



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARCELLA CARVALHO DE OLIVEIRA

TRANSEXUALIDADE E CASAMENTO

Salvador
2015

MARCELLA CARVALHO DE OLIVEIRA

TRANSEXUALIDADE E CASAMENTO

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Camilo de Lelis Colani Barbosa

Salvador
2015

TERMO DE APROVAÇÃO

MARCELLA CARVALHO DE OLIVEIRA

TRANSEXUALIDADE E CASAMENTO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito,
Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____ / ____ / 2015

Aos meus pais, principais motivadores da minha caminhada acadêmica e às minhas melhores amigas, minhas irmãs.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, primeiramente, por ter me dado discernimento e forças para lidar com os obstáculos impostos durante esta longa jornada. Acreditar no Senhor torna tudo possível.

Aos professores da Faculdade Baiana de Direito por todo o ensinamento dispensando neste período acadêmico.

Ao orientador, prof. Camilo Colani, que fez despertar em mim o amor pela disciplina Direito de Família e pela ajuda na escolha do tema.

Às minhas amigas da turma 2010.1, que tive o prazer de partilhar boa parte deste longo período em que pudemos conviver diariamente

“Só é útil o conhecimento que nos torna melhores”.

(Sócrates)

RESUMO

O presente trabalho teve como objetivo analisar a possibilidade de retificação no registro civil de pessoa submetida à cirurgia de mudança de sexo, com o escopo de dar o direito ao casamento do transexual. Para tanto, faz-se necessário percorrer os conceitos precípuos do direito de família com o fito de elucidar questões que envolvam a transexualidade e seus desdobramentos referentes ao casamento. Primeiramente o estudo abarca a questão da sexualidade e identidade e analisa a possibilidade de mudar a morfologia sexual externa dos transexuais. Em seguida relata a problemática do nome e posterior alteração no registro civil, fazendo o transexual prova de seu novo estado de sexo e gênero. Por fim, se debruça sobre as soluções para o casamento do transexual com sua nova identidade, abordando as discussões na doutrina que transitam da inexistência à anulação.

Palavras-chave: transexual; identidade sexual; casamento; invalidade; erro essencial.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação direta de inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de descumprimento de preceito fundamental
Art.	Artigo
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
CFM	Conselho Federal de Medicina
CP	Código Penal
LIND	Lei de introdução às normas do Direito brasileiro
OMS	Organização Mundial da Saúde
STF	Supremo Tribunal Federal
SUS	Sistema Único de Saúde

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 TRANSEXUALIDADE	11
2.1 SEXUALIDADE E IDENTIDADE DE GÊNERO	16
2.2 PRINCIPAIS DISTINÇÕES	19
2.3 DA CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO DE SEXO	21
2.3.1 A intervenção cirúrgica no estado do transexual	21
2.3.2 Integridade física	25
3 A QUESTÃO DO NOME	32
3.1 O DIREITO À IDENTIDADE DO TRANSEXUAL COMO DIREITO PERSONALIDADE	32
3.2 PRINCÍPIO DA IMUTABILIDADE DO NOME	35
3.3 A MODIFICAÇÃO DO PRENOME E GÊNERO NO REGISTRO CIVIL	38
3.4 REFERÊNCIA DISCRIMINATÓRIA	45
3.5 NOME SOCIAL	50
4 O CASAMENTO	53
4.1 O CASAMENTO NA CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DO DIREITO DE FAMÍLIA	53
4.2 CONCEITO	55
4.3 INVALIDADE DO CASAMENTO	59
4.3.1 Casamento nulo	60
4.3.2 Casamento anulável	61
4.4 CASAMENTO INEXISTENTE	64
4.5 CASAMENTO DO TRANSEXUAL	67
4.5.1 Diversidade de sexos	71
4.5.2 O erro sobre a pessoa do cônjuge como causador de anulação de casamento	73
4.5.3 Mudança de sexo na constância do casamento	78
5 CONCLUSÃO	81
REFERÊNCIAS	83

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho teve como objetivo analisar a possibilidade de retificação no registro civil de pessoa submetida à cirurgia de mudança de sexo, com o escopo de permitir o casamento do transexual e conferir quais as soluções caso esse matrimônio incida em erro. Para tanto, faz-se necessário percorrer os conceitos precípuos do direito de família a fim de elucidar questões que envolvam a transexualidade e seus desdobramentos referentes ao casamento.

A escolha do tema apresentado surgiu em virtude da curiosidade em adentrar no mundo de pessoas vulneráveis, como os transgêneros, os quais, uma vez submetidos à cirurgia de mudança de sexo, poderiam acabar por convolar núpcias com pessoa que desconheça sua situação.

O desejo de pesquisar intensificou-se ao se vislumbrar os efeitos jurídicos oriundos da nova condição sexual do transexual, iluminado pelo princípio constitucional do direito da personalidade e confrontado com a inexistência de lei no Brasil que acate a questão da adequação do prenome do transexual no registro civil e possível casamento.

Ademais, diante da pesquisa realizada acerca do transexual, constatou-se posicionamentos da doutrina e da jurisprudência divergentes no tocante à adequação do sexo e do prenome do transexual, após a intervenção cirúrgica de conversão.

O problema proposto por essa pesquisa é a possibilidade de o consorte entrar com ação de anulação por erro quanto à qualidade essencial da pessoa, uma vez que, se discute o dever do transexual de informar sua condição, ao argumento de que se o cônjuge tivesse ciência do fato não teria casado, sob pena de tornar impossível a vida em comum.

Isto posto, o estudo foi dividido em três capítulos centrais, além da introdução e conclusão, com o escopo de alcançar o que foi apresentado.

O capítulo dois discorre sobre a transexualidade e os conceitos que envolvem a sexualidade e a identidade de gênero, trazendo ainda as distinções no tocante aos tipos sexuais desarmônicos com o fito de não confundí-los com os transexuais. Além disso explica a operação de conversão de sexo, que abrange a discussão sobre conceito de saúde e integridade física.

Em seguida, o capítulo três relata a questão do nome e todas suas implicações jurídicas, trazendo, a priori, a relação entre a identidade sexual e os direitos da personalidade. Em

seguida contesta o princípio da imutabilidade do nome, que seria um óbice à alteração no registro civil. Além de discorrer quanto à possibilidade de modificação do prenome e gênero, caso se faça referência discriminatória nos documentos do transgêneros, a fim de proteger de terceiros. Ademais, traz a dúvida quanto ao uso do nome social no Brasil como forma de minimizar a crise de identidade dos transgêneros e, por fim, faz-se breve comentário acerca dos projetos de lei no Brasil relacionados ao problema do nome do transexual.

Já o capítulo cinco irá trazer o tema central desta pesquisa, pois tem como propósito responder o tema proposto, ou seja a transexualidade e a possibilidade de casamento. Para alcançar a resposta almejada será examinada a possibilidade de anulação do casamento com erro em relação à pessoa do cônjuge.

Por fim, se debruçará sobre os conceitos principiológicos que iluminam os direitos das pessoas para, diante de uma visão analítica encontrar soluções para o casamento daquelas que por um infortúnio da natureza não tiveram a sorte de ter o mesmo sexo morfológico e psicológico.

No capítulo de conclusão, será exposta, pontualmente, a opinião alcançada a partir da pesquisa executada para a construção deste trabalho, tornando compreensível as conclusões auferidas.

2 TRANSEXUALIDADE

Com profundos desdobramentos no campo do direito, a questão envolvendo o transexual abarca os direitos da personalidade, posto que, situa-se na esfera do direito à vida, especialmente no tocante à felicidade. Deve-se assegurar o direito à identidade de gênero, à intimidade, à livre expressão sexual, à integridade física e psíquica, possibilitando a reintegração no convívio social.

A Organização Mundial de Saúde (OMS) diz que o transexualismo é classificado como um transtorno de personalidade e de comportamento. Dentre os Transtornos de Identidade Sexual (F64) capitulados na Classificação Internacional de Doenças (CID 10), está o Transexualismo (F64.0). (SOUZA, 2012, p. 325)

Desirée Cordeiro e Tereza Vieira (2012, p. 287) informam que no Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais, a última classificação americana dos transtornos mentais retirou dos seus diagnósticos o termos transexualismo e que, no lugar, adotou-se o termo Transtorno de Identidade de Gênero, que é visto como menos preconceituoso ou discriminatório.

Tereza Rodrigues Vieira (2012, p. 378) entende que, "transexualismo, apesar de ser um termo antigo, que caiu em desuso, ainda pode ser usado, uma vez que, a manutenção do termo visa caracterizar um transtorno que, por enquanto, precisa de avaliação, acompanhamento e tratamento médico".

Sabe-se que, o sufixo "ismo" é utilizado para doenças, e que o transexualismo, pesar de ser classificado como doença mental, no Brasil se discute se é um problema de sexualidade ou de identidade.

Glória W. de Oliveira Souza (2012, p. 340) ensina que, "a transexualidade é uma possibilidade de sexuação imersa em um contexto historicamente construído com base na correspondência entre sexo biológico e psicológico, característico da heteronormatividade".

Ocorre que, nem sempre haverá correspondência entre o sexo biológico e o sexo psicológico, sendo, portanto, a via crucis enfrentada pelos transexuais.

Nos dizeres de Arnaldo Rizzardo (1.994, p. 120), " Os caracteres sexuais externos têm conformação explícita. Há, pois, a configuração de sexo morfológico. Todavia, a mentalidade ou personalidade do indivíduo tem uma natureza feminina".

Nos transexuais, verifica-se divergência de sexo, ou seja, o sentimento íntimo, a convicção interna e o comportamento externo refletem o tipo feminino. Conclui-se, dessa forma, que se trata o transexual de indivíduo anatomicamente de um sexo, que acredita pertencer sexo oposto.

Transexualismo é uma entidade própria, individualizada e caracterizada pela existência de defasagem entre o aspecto externo dos genitais e o aspecto interno do psiquismo; é uma síndrome psicossocial bem definida, para cujo diagnóstico se enumeram dados perfeitamente delineados. O diagnóstico deve ser feito de maneira atilada e pluridimensional. (CARVALHO, 1981, p. 293)

Ora, se na sociedade contemporânea os sujeitos existem a partir de um corpo sexuado, então é preciso que este corpo externe a forma como o sujeito pensa seu sexo e seu gênero. Segundo Paul A. Walker citado por Maria Helena Diniz (2011, p.316):

Transexualismo é a inversão da identidade psicossocial, que leva a uma neurose reacional obsessivo-compulsiva, manifestada pelo desejo de reversão sexual integral. Constitui, por fim, uma síndrome caracterizada pelo fato de uma pessoa que pertence, genotípica e fenotipicamente a um determinado sexo, ter consciência de pertencer ao oposto.

Há uma incongruência entre a realidade física e psicológica, criando no sujeito um desconforto perante a sociedade, dificultando o convívio com o seu próprio corpo, tendo em vista que se vê e se reconhece como uma pessoa do sexo oposto.

Tereza Rodrigues Vieira citada por Lygia dos Santos Fussek (2014, p. 57) define o transtorno como sendo, "uma vontade enorme de viver e ser aceito como membro do sexo oposto, comumente acompanhado por uma sensação de desconforto ou impropriedade de seu próprio sexo anatômico e o desejo de iniciar tratamento hormonal e cirurgia, para seu corpo ficar tão congruente quanto possível com o seu sexo preferido".

Representa o transexualismo uma alteração da psique da pessoa, dificultando e muitas vezes inviabilizando a sua plena integração na sociedade.

Stéphane Clerget citada por Adriana Caldas (2013, p. 302), informa que:

Estudos realizados em vários pacientes transexuais masculinos apontaram para a estrutura neuronal – numérica e estrutural – idêntica entre estes e a estrutura feminina, sendo a recíproca verdadeira – a estrutura neuronal dos transexuais femininos era idêntica à masculina. Sintetiza também que essa diferença se nota mais tardiamente nos pacientes, por volta dos 25 anos. Fato este que induz à conclusão de que a identidade sexual se dá antes da diferenciação da estrutura cerebral, decorrente de fatores genéticos, ambientais, entre outros.

O texto imprime a informação de que a estrutura neuronal do transexual é idêntica a do sexo oposto e que, a identidade sexual é formada independente de fatores externos e de fatores genéticos.

Ao estudar o hipotálamo de cadáveres, região do cérebro responsável pelo desenvolvimento dos hormônios sexuais, foi descoberto pelos cientistas que uma parte chamada estria terminal é em média 44% maior nos homens do que nas mulheres. Medindo a região em seis transexuais, os pesquisadores descobriram volume até 52% menores do que a média masculina. Dessa forma, a região cerebral ligada à evolução da sexualidade seria, nos transexuais, mais próxima à das mulheres do que à dos homens. (SÁ; NAVES, 2011, p. 266)

Essa semelhança entre a estrutura neuronal do transexual masculino e da mulher e da transexual feminina e do homem pode ser explicada, conforme as palavras de Adriana Caldas (2013, p. 293):

Amparando-se nos preceitos da embriologia, temos que entre seis e oito semanas após a concepção, o feto masculino de estrutura cromossômica (XY) recebe uma dose maciça de hormônios androgênicos que, além de configurações embriológicas específicas, alteram a estrutura cerebral de um formato feminino para uma configuração masculina. Um erro na secreção desse hormônio alterando-lhe a dosagem circulante, ou uma hipersensibilidade dos tecidos cerebrais, pode gerar um feto masculino com estrutura cerebral funcionante nitidamente feminina, levando ao aparecimento do comportamento homossexual na puberdade (ou num grau mais elevado gerar a síndrome transexual).

De forma mais resumida, Klotz citado por Maria Helena Diniz (2011, p. 317), diz que, transexual sofre uma impregnação hormonal no hipotálamo, pelo hormônio contrário, nos últimos dias de vida fetal ou nas primeiras semanas de vida. Trata-se, portanto, de uma anomalia surgida no desenvolvimento da estrutura nervosa central, por ocasião do seu estado embrionário.

Outros são os fatores que podem influenciar, conforme aduz Dorina R. G. Epps Quaglia citado por Adriana Caldas (2013, p. 303):

A variação pode também decorrer de alteração numérica ou estrutural dos cromossomos sexuais; de testículo fetal pouco funcionante; stress inusitado na gestante; ingestão de substâncias antiandrogênicas na fase de estampagem cerebral; insensibilidade dos tecidos ao hormônio masculino, fatores ambientais adversos, que prejudiquem, por exemplo, a identificação do menino com a figura paterna na infância.

Superadas as explicações acerca dos fatores que desencadeiam a transexualidade, importante é, mencionar a situação vivida pelo transexual, cuja rejeição do seu estado é tamanha, que pode resultar em automutilação ou autoextermínio.

O transexual é portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação ou autoextermínio. Sente que nasceu com o corpo errado, por isso, rejeita completamente o seu sexo, identificando-se psicologicamente com o oposto ao que lhe foi designado na certidão de nascimento, apesar de biologicamente não ser portador de nenhuma anomalia. (DINIZ, 2011, p. 316)

A necessidade de adequação do sexo biológico ao sexo psicológico é tão grande que alguns chegam ao ponto de extirpar pessoalmente seus órgãos genitais em ato de completo desatino e de automutilação.

Existem casos que, em razão da recusa de alguns cirurgiões em fazer a operação plástica, alguns transexuais chegam ao extremo de autocastração ou suicídio. Isso só vem a potencializar o entendimento de que a intervenção cirúrgica é indispensável para o tratamento do transexual. (Peres, 2001, p. 162)

Um transexual masculino é, anatomicamente, um homem, mas sente-se como mulher e, um transexual feminino é uma mulher aprisionada no corpo de um homem. Trata-se, portanto, de situação existencial, que pode custar a vida do transexual.

Roberto Farina, citado por Fabiana Spengler (2004, p. 105) salienta que, "o transexual é uma verdadeira mulher, tendo horror à sua genitália, que procura esconder através dos mais variados artifícios, até o ponto de atrofiá-la".

Atrofiar o órgão genital, se automutilar, ou mesmo tirar a própria vida, todas essas atitudes extremas, decorrem das características e situações abaixo registradas.

Maria Helena Diniz (2011, p. 323) traz alguns critérios de reconhecimento de um transexual, quais sejam, "forte e persistente identificação com o sexo oposto; desconforto renitente com seu sexo biológico; não concomitância dessa perturbação mental com uma condição intersexual física; e sofrimento psíquico intenso e lesivo às suas atividades ocupacionais e sociais".

Dessa forma, é extrema de dúvidas a situação de desconforto do transexual, quando vive dentro de um corpo que não te pertence. Além de critérios de reconhecimento de um transexual, há que se falar das classificações.

O transexual é classificado em primário e secundário. O transexual primário consiste no indivíduo que, desde cedo, apresenta o desejo inequívoco de modificação de sexo. Por outro lado, o transexual secundário varia entre homossexualismo e travestismo. Nesta senda, alguns

entendem que a cirurgia para mudança de sexo somente é indicada para o transexual primário, uma vez que o quadro clínico do transexual secundário é passível de mudanças. (SÁ; NAVES, 2011, p. 266)

Protestam, no entanto, não pactuar com esse entendimento, justificando que, muitas vezes a pessoa procura comportar-se de acordo com os padrões que a sociedade exige, na tentativa de superar seus anseios e preferências.

Por outro lado, entende Ana Paula Ariston Barion Peres (2001, p. 128):

A operação de mudança de sexo somente será indicada em se tratando de transexual primário, pois se infere do seu diagnóstico a necessidade da intervenção. Motivo não há para se recomendar a cirurgia no caso do transexual secundário. O seu quadro clínico é suscetível de mudanças e, uma intervenção cirúrgica, medida drástica, requer certeza quanto à sua imprescindibilidade. Tanto é verdade que, normalmente, para se diagnosticar o transexualismo primário, para fins de submeter o paciente à operação, ele terá que passar por uma série de exames e por uma equipe de profissionais, entre eles psicólogos.

Primários, portanto, são aqueles que, desde criança, sentem com grande intensidade que a sua identidade de gênero, não corresponde ao seu corpo biológico. Essas crianças sentem que pertencem ao gênero oposto ao relacionado ao seu sexo, e se comportam como se sentem desde a infância até a velhice. Já os secundários só vão explicitar a sua noção de identidade de gênero na idade adulta e muitas vezes gravitam pelo transexualismo apenas para manter períodos de atividades homossexuais ou de travestismo.

No aprofundar do estudo, a medicina constata o transexual como sendo um indivíduo que sofre de extrema inversão psicológica, que o faz acreditar que pertence a um sexo diferente do seu sexo originário, sendo esse distúrbio, que dificulta e inviabiliza a integração do indivíduo na sociedade.

O transexualismo é, portanto, um distúrbio psíquico, que acarreta em formação invertida da identidade sexual do indivíduo, o qual tem a certeza de pertencer ao sexo oposto do manifestado fisicamente e constante do seu registro de nascimento, por essa razão, reprova seus órgãos sexuais externos, e se vê condenado a suportar uma dicotomia entre seu sexo físico e psíquico.

2.1 SEXUALIDADE E IDENTIDADE DE GÊNERO

O grande problema enfrentado pelos transexuais consiste em adequar sua formação genética, responsável por sua identidade genital à sua identidade de gênero. O que se pretende com o estudo é fazer entender qual o gene identificador mais potente do ser-humano, baseando-se em múltiplos fatores, conforme se verá adiante.

É importante no tocante, diferenciar sexo de sexualidade, como bem faz Adriana Caldas (2013, p. 304):

Ao sexo correspondem as conotações anatômicas, fisiológicas ou genéticas distintas do homem e da mulher, e, por sexualidade entendem-se as manifestações do instinto sexual imanentes ao ser, que se encontram inseridas ou mesmo reguladas por um conjunto de normas de ordem social, jurídica ou religiosa.

Sexo é a diferença genética constitutiva do homem e da mulher, já a sexualidade é um tema mais complexo, porque, seu conceito consiste em um conjunto de todos os caracteres morfológicos e fisiológicos, externos e internos, que os indivíduos possuem. Ademais, a sexualidade é ponto central da personalidade humana, por meio da qual o indivíduo se relaciona consigo, com os outros, tem sentimento, ama, tem prazer e procria. (OLIVEIRA; GOMES, 2001, p. 577)

A personalidade sexual não se encontra vinculada tão somente ao aspecto físico, pois a sexualidade de uma pessoa não decorre da existência de órgão reprodutor masculino ou feminino. A sexualidade pertence à ordem do desejo e do inconsciente, não se restringindo somente à sua genitalidade, criando-se às vezes uma sexualidade biológica diversa da sexualidade psicológica, caso do transexual.

Além do mais, não se pode negar a importância que teve o sexo na configuração dos direitos da pessoa, desde os primórdios até a equiparação jurídica do homem e da mulher tal como se apresenta atualmente. Representa o sexo em seu âmago uma qualidade identificadora do ser advinda do equilíbrio de diversos elementos – somáticos, psíquicos, sociais – que normalmente aparecem equilibrados. (MALUF, 2013, p. 293)

De outra sorte, a sexualidade significa uma característica distintiva do ser humano, em que cada um, por força de determinados caracteres biológicos, sensações e experiências de comportamento, vê ser construída sua personalidade.

Maria de Fátima Freira de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves (2011, p. 264) esclarecem que:

Percebe-se que, a sexualidade humana vai para além do campo biológico. A sexualidade é cultural, ou seja, formação histórica que constitui importantes aspectos do ser humano, abrangendo nuances de cunho biológico, psíquico e comportamental, que se integram entre si. A integração desses aspectos é denominada status sexual. A partir do status sexual, surge, para o indivíduo, o direito à identificação sexual, que, por sua vez, se insere no campo dos direitos da personalidade.

A determinação do sexo do ser humano exige que se adentre no conjunto de aspectos de sua sexualidade. Esses aspectos são classificados em três grupos: o sexo biológico, constituído pelo sexo morfológico, pelo sexo genético e pelo sexo endócrino, o sexo psíquico e o sexo civil.

Do ponto de vista jurídico, sexo morfológico é aquele definido pela observação externa da criança quando do seu nascimento. E, o sexo psíquico consiste em um conjunto de características manifestadas como reação psicológica no indivíduo frente a determinados estímulos. (ALVES, 2004, p. 349)

Existe, dessa forma, uma gradação de vários estados sexuais, podendo-se identificar o sexo dos indivíduos de diversas maneiras preponderantes; o sexo morfológico, o sexo cromossômico ou genético, sexo psicológico ou social, o sexo jurídico, e o sexo hormonal.

Segundo Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf (2010, p. 302), “considera-se na literatura especializada o sexo hormonal como sendo o verdadeiro sexo, uma vez que os hormônios sexuais condicionam a evolução dos caracteres sexuais somáticos, funcionais e psíquicos”.

A sexualidade humana é um poderoso agente identificador. As variações da sexualidade e do gênero humano produzem intrínsecos questionamentos, cujo debate será travado mais à frente.

No tocante ao momento da formação da identidade, Ana Paula Ariston Barion Peres (2001, p. 98) verifica que:

A diferenciação sexual do indivíduo resulta da interação de diversos fatores durante o período pré-natal, ao passo que a formação de sua identidade sexual só se firmará no curso da vida, embora tenha início, igualmente, antes do nascimento com a constituição do sexo biológico.

A identidade sexual do indivíduo não está ligada somente ao órgão sexual possuído, da mesma forma que a sexualidade não está ligada unicamente ao poder de reprodução. A sexualidade se vincula ao desejo como expressão do ser humano não se restringindo apenas à genitalidade. (MATOS, 2012, p. 11)

No tocante à identidade sexual é importante diferenciar alguns conceitos basilares como, a orientação sexual e a identidade de gênero.

Bem pontua Adriana Caldas (2013, p. 292):

Como identidade sexual podemos definir a plena inserção psíquica de um indivíduo em consonância com suas características anatômicas, enquanto o gênero recebe uma construção sociológica, é um conceito mais subjetivo, mais ligado ao papel social desempenhado pelo indivíduo do que por suas características biológicas. Representa, outrossim, a identidade de gênero a expressão da vivência social do indivíduo.

O exposto visa à distinguir identidade sexual e identidade de gênero e o seu desdobramento no tocante à disforia de gênero e a forma como o transexual se projeta na sociedade

A identidade de gênero do indivíduo geralmente coincide com o disposto no Registro Civil no tocante ao sexo. Quando a identidade não coincide com o Registro, diz-se que o indivíduo possui disforia de gênero, que consiste no descontentamento com o seu gênero, masculino ou feminino. (VIEIRA, 2012, p. 380)

O direito à identidade sexual ganha relevância na medida em que há necessidade de toda pessoa ser identificada como pertencente a um dos dois sexos, inclusive para o pleno exercício de seus direitos.

A identidade sexual significa a individualidade do ser humano em seu gênero, e demonstra principalmente a maneira como essa individualidade é vivenciada nos aspectos de consciência e comportamento, representa a experiência particular do papel sexual, que, por sua vez, traduz à sociedade e a si próprio em que grau se é homem ou mulher. (MALUF, 2013, p. 312)

Neste sentido, o Transexualismo envolve um transtorno na identidade de gênero, em grande parte determinada pelo cérebro, o que desequilibra toda a identidade sexual do indivíduo.

Ana Paula Ariston Barion Peres (2001, p. 101) em seus estudos afirma que:

A identidade sexual é algo interiorizado no indivíduo, ou seja, é o sentir-se como homem ou mulher, ou melhor, como parte de um dos dois gêneros, o que pressupõe a intervenção de fatores cognitivos e sentimentais. Por sua vez, o papel de gênero representa a forma pela qual a pessoa se apresenta socialmente investida na condição de homem ou mulher. Assim, o papel social seria, de forma bastante simplificada, a exteriorização dessa identidade sexual, ao ser vivenciada pelo indivíduo.

Conforme mencionado alhures acerca da identidade sexual e seus conceitos basilares, há que se falar da orientação sexual, a qual consiste na profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, resultando na forma pela qual o indivíduo vai viver a sua sexualidade, podendo ser: heterossexual, homossexual, bissexual.

Nesse sentido, Adriana Caldas (2013, p. 292) ensina que, "é importante entender que o sexo pode ser definido como o conjunto de características biológicas contidas nos aparelhos

reprodutores masculino e feminino, embora não possua o condão de determinar a identidade de gênero nem a orientação sexual do indivíduo".

É ampla a abordagem temática que envolve o indivíduo e as questões de gênero. Para o estudo do transexual, faz-se necessário, portanto, navegar nestes conceitos para bem entender a questão da necessidade de reconhecimento da identidade sexual do transexual.

Edinei Mora, Fernando Lopes e Luiz Roberto Prandi (2012, p. 362) aduzem que:

Uma visão constitucionalista moderna reconhece no texto constitucional o direito fundamental à identidade de gênero, que garante ao indivíduo conduzir sua vida em sociedade pautando-se, de acordo com o gênero com o qual se reconhece, seja ele masculino ou feminino, independente do sexo biológico que possui. Este direito fundamental, embora não exposto textualmente na Constituição Federal, decorre dos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1, inciso III, da CF), da igualdade (art. 5º, *caput*, da CF), da vedação das discriminações odiosas (art. 3º, inciso IV, da CF) e da liberdade (art. 5, *caput*, da CF).

Imprescindível no estudo é atentar para o fato de que existe, no descontentamento com o gênero, um conflito entre o físico e o que o indivíduo sente ser intrinsecamente. Diante da sua não aceitação e da dos outros, o transexual passa a lutar pelo reconhecimento e aceitação da sua identidade sexual.

2.2 PRINCIPAIS DISTINÇÕES

Primaz se faz estabelecer um panorama acerca do homossexual, do transexual e do intersexual, além do travestismo, uma vez que são tipos sexuais ditos 'desarmônicos'.

Pode parecer à primeira vista, que o transexualismo se assemelhe ao homossexualismo, ao travestismo ou hermafroditismo, entretanto, há algumas diferenças cruciais que envolvem esses conceitos.

Dentro dos tipos sexuais desarmônicos, se incluem os intersexuais, que segundo Ana Paula Ariston Barion Peres (2001, p. 158), "apresentam má-formação congênita e desvios de diferenciação genital que dão origem a uma sexualidade ambígua".

Intersexualismo caracteriza-se por distúrbio de ordem biológica, levando os portadores a apresentar caracteres masculinos e femininos.

Importante neste contexto diferenciar transexual e hermafrodita, o que bem faz Morgana Bellazzi e Dácio Gomes (2001, p. 578):

Enquanto o transexual suscita o problema de harmonizar a mente com o seu corpo, no hermafrodita o sexo cromossômico coincide com o psíquico. Apenas há a necessidade de reconduzir seu corpo ao seu verdadeiro sexo, eliminando-se cirurgicamente qualquer ambiguidade física e fixando-se os caracteres do sexo de que é portador. O hermafrodita tem problemas com sua identidade genital e não com a de gênero.

Não há, na história da medicina, descrição de casos de hermafroditismo verdadeiro em seres humanos. O que ocorre é que, não há órgãos sexuais de ambos os sexos em funcionamento, pois um dos órgãos apresenta normalidade fisiológica, enquanto o outro se apresenta atrofiado.

Diferenciando homossexual do transexual, Heleno Fragoso (1981, p. 301) traz que, o tema deve ser tratado com extrema seriedade por quantos dele tomarem conhecimento, haja vista o transexualismo ser uma entidade nosológica e nosográfica bem definida, que não deve ser confundida com o homossexualismo, dessa forma, alerta que as atenções médicas devem ser exigidas desde os primeiros anos de vida, requerendo tratamento contínuo, no âmbito da medicina.

No tocante à homossexualidade, homens homossexuais e mulheres lésbicas não têm dúvida ou desconforto com seu sexo anatômico, apenas têm orientação sexual por pessoa do mesmo sexo, inclusive utilizam suas genitálias nas relações sexuais. Os travestis também não sentem desconforto com seu sexo anatômico, são homens que se vestem de mulher, podendo até mudar seu corpo, mas continuam fazendo uso de seus órgãos sexuais originais em seus relacionamentos amorosos.

Cabe ressaltar que os transexuais podem apresentar as diferentes orientações sexuais, ou seja, podem ter inclinação heterossexual, homossexual ou bissexual, mesmo que tenham se submetido à cirurgia de adequação genital, haja vista que, a orientação sexual não tem relação com o desejo de se identificar biologicamente de forma diversa ao seu sexo psicológico. (FUSSEK, 2014, p. 59)

Quando a intensidade assume um valor extremo, a condição deixa de ser meramente transgênero e adquire contornos ainda mais radicais e dramáticos - do masculino ao feminino de forma extrema e completa - inclusive transgenital. Nesse caso a condição é categorizada como transexual. (FREITAS, 2012, p. 307)

A orientação sexual já foi objeto de definição no estudo em comento e, em se tratando dos transexuais, Lygia Fussek (2014, p. 59) ressalta que:

Os transexuais podem apresentar as diferentes orientações sexuais, ou seja, podem ter inclinação heterossexual, homossexual ou bissexual, mesmo que tenham se

submetido à cirurgia de adequação genital, visto que, conforme exposto anteriormente, a orientação sexual nada tem a ver com o desejo de se identificar biologicamente de forma diversa ao seu sexo psicológico.

Maria de Fátima Freira de Sá e Bruno Torquato (2011, p. 265) informam que, "a sociedade considera heterossexual o indivíduo normal, ou seja, o indivíduo que possui sexo biológico em harmonia com o sexo psíquico".

Vale ressaltar que os transexuais não apresentam, em geral, qualquer disfunção hormonal e, portanto, do ponto de vista biológico, são, de fato, machos ou fêmeas. O problema deles é adequar sua formação genética, responsável por sua identidade genital à sua identidade de gênero.

Entende-se, portanto, transexual aquele indivíduo biologicamente perfeito, mas que acredita pertencer ao sexo contrário à sua anatomia, sendo o sexo psicológico incompatível com o sexo morfológico.

2.3 DA CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO DE SEXO

Os recursos concernentes às técnicas cirúrgicas têm se mostrado cada vez mais avançados, possibilitando consideráveis modificações estéticas no corpo físico humano. Como resultado disso, muitos indivíduos insatisfeitos com seu sexo biológico têm procurado adequar sua forma física à do outro sexo.

Em que pese haja tratamentos hormonais, a cirurgia de transgenitalização, tem sido a única solução apontada pela Medicina para a correção da anomalia apresentada pelos transexuais como portadores do sexo psicossocial diverso do sexo biológico.

Far-se-á imprescindível, contudo, observar se o ato do qual resulta modificação ou lesão permanente da estrutura física não é contrário à saúde humana.

2.3.1 A intervenção cirúrgica no estado do transexual

Visam a dar amparo legal à operação de mudança de sexo, as Resoluções do Conselho Federal de Medicina nº 1.482 de 1997; 1.652 de 2002, que ampliaram o já disposto na Resolução anterior e a Resolução 1.955 de 2010 que ampliou as possibilidades do transexual.

Em 2013, foi publicada a Portaria n. 2.803, de 19 de novembro, do Ministério da Saúde, que revoga a portaria n. 1.707 e "redefine e amplia o Processo Transexualizador no Sistema Único de Saúde".

De acordo com a Resolução nº 1.955/2010, o Conselho Federal de Medicina (CFM) diz ser transexual o "portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à auto/mutilação e/ou autoextermínio". Conforme o art. 3º o transexual deverá sentir desconforto com o sexo anatômico natural, manifestar desejo expresso de eliminar os genitais, perdendo assim, as características primárias e secundárias do próprio sexo para ganhar as do sexo oposto, ademais os distúrbios devem permanecer de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos, e por fim, deve ser comprovada a ausência de outros transtornos mentais.

Deve ser realizada em hospitais universitários ou públicos adequados à pesquisa científica, desde que preenchidos os critérios e desde que haja relatório de psiquiatra, comprovando a necessidade terapêutica e declarando ser caso de transexualismo, além de um psicólogo, acompanhado de testes variados indicativos de equilíbrio emocional e do maior ou menor grau de feminilidade. Será necessária ainda pesquisa dos cromossomos sexuais, de cromatina sexual e de dosagens hormonais. (DINIZ, 2011, p. 322)

Ana Paula Ariston Barion Peres (2001, p. 193) explica a necessidade de se tentar todas as vias antes de se partir para a intervenção cirúrgica, uma vez que, o prazo de dois anos, exigido para a constatação da anomalia e o trabalho de uma equipe multidisciplinar, fazem crer que, durante esse período, tal equipe irá dispor de todos os recursos possíveis, antes de aprovar a cirurgia. Ademais, somente após os dois anos, depois de elaborado um diagnóstico preciso, em que a síndrome transexual tenha sido satisfatoriamente caracterizada, é que a via cirúrgica poderá ser recomendada, logicamente, se a pessoa preencher todos os requisitos legais.

O transexual é considerado um hermafrodita psíquico, que, em que pese seja submetido a tratamento clínico e psicológico, essas medidas são inócuas, sendo necessária a intervenção cirúrgica.

Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf (2013, p. 309) através de Gerald Ramsey explica o procedimento de transformação:

"O tratamento clínico do transexual se inicia com a aplicação de hormônios. O hormônio feminino aplicado em homens arredonda suas formas, aumenta as mamas e retarda o crescimento da barba; as mulheres que recebem hormônios masculinos vêem engrossar a voz, surgir barba e aumentar a musculatura. Segue-se a cirurgia, na transformação do homem para mulher o pomo de Adão é reduzido pela retirada

da cartilagem da laringe, são feitas plásticas no nariz e nas faces; na parte genital, os testículos e o tecido interior do pênis são removidos e é feita uma abertura no períneo para funcionar como vagina que é revestida com o tecido que sobrou com a remoção do pênis e o escroto vazio é utilizado para remodelar os lábios vaginais. A operação mulher para homem é, evidentemente, muito mais complexa. Começa com a remoção das mamas, depois extraem-se os ovários e o útero, passando, em seguida, à feitura do pênis artificial. No interior deste é colocada uma prótese, um osso, uma cartilagem que conferem ao órgão uma posição semiereta e rigidez suficiente para permitir a realização do ato sexual”.

O tratamento de transexuais diagnosticados consubstancia-se em terapia hormonal e cirurgia. A partir do diagnóstico os médicos optam pela terapia hormonal que é efetuada após, pelo menos, três meses com o paciente em psicoterapia, ou pela cirurgia, esta somente realizada após dois anos de acompanhamento terapêutico.(OLIVEIRA; GOMES, 2001, p. 580)

Usa-se, portanto, a cirurgia para adaptar o corpo à mente, posto que, outra não poderia ser a solução, porque o distúrbio é tão arraigado e a convicção do transexual tão imutável que o tratamento psico-terapêutico é inútil.

Gerald Ramsey citado por Adriana Caldas (2013, p. 307) recomenda a psicoterapia também no pós-operatório, para amenizar o estágio depressivo a que se acometem muitos pacientes, possibilitando a adaptação ao novo sexo e a aceitação social.

Vê-se que, a cirurgia é um procedimento ético-legal de ressocialização do indivíduo, cuja identidade de gênero atrelada à identidade formal do ser humano, encontra-se comprometida.

Ana Paula Ariston Barion Peres (2001, p. 162) ensina que, as operações sofrem variações de acordo com cada caso e que, são as mesmas, complementadas com a ministração de hormônios sexuais que, objetivam estimular as características do sexo adotado. Por fim, para os que passam a ser homens, ministra-se testosterona e para os que passam a ser mulheres, estrogênio, com o objetivo de por fim aos conflitos psicológicos e sociais de que são vítimas.

Tem-se notícia de transexuais que passam parte de suas vidas se transformando, fazendo uso de medicamentos e hormônios não legalizados. Verdade é que, visam à reversão desta síndrome pela realização da cirurgia de transgenitalização.

De acordo com Santos, citado por Gloria W. (2012, p. 346), se na sociedade contemporânea os sujeitos existem a partir de um corpo sexuado, então é preciso que este corpo externe a forma como o sujeito pensa seu sexo e seu gênero.

Dados apontam que nos Estados Unidos mais de 3.000 pessoas já realizaram a operação de mudança de sexo e há pelo menos 7.000 pacientes em potencial para realizar esse tipo de operação. Mesmo assim, estes representam apenas de 10 a 20% do candidatos que se

apresentam à cirurgia transformadora, sendo os demais constituídos por psicóticos e masoquistas. A triagem é severa e a maioria dos centros especializados exige que os requerentes vivam pelo menos dois anos como membros do sexo oposto.(MALUF, 2013, p. 308)

Luiz Alberto David Araújo citado por Adriana Caldas (2013, p. 311) elucida que:

As opções do transexual, como querer ou não fazer um tratamento hormonal, de pretender ou não assumir o seu sexo psicológico – assumindo uma postura feminina quando seu sexo biológico é masculino ou uma postura masculina quando seu sexo psicológico é feminino, ou ainda de submeter-se a uma cirurgia de redesignação do sexo, encontram suporte no sistema constitucional atual.

A Constituição Federal garante o direito à vida, à identidade, à privacidade, à dignidade. Os resultados da cirurgia se coadunam com o princípio da liberdade e o reconhecimento da dignidade humana, fundamento do art. 1º, III, da Constituição Federal. Nesta esteira, a jurisprudência brasileira vem garantindo o direito personalíssimo da modificação – ou adequação – do sexo biológico ao sexo psíquico.

Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato (2011, p. 269) entende que:

Como exercício regular de direito, não há necessidade de autorização judicial para a realização da cirurgia de ablação de órgãos. Até porque a cirurgia deve ser precedida de exames médicos e psicológicos. Contudo, a autorização judicial facilitaria a posterior mudança do prenome, uma vez que, o laudo produzido no processo e a sentença fundamentariam contundentemente o pedido de adequação do sexo jurídico da pessoa à sua nova aparência.

A cirurgia de transgenitalização deve ser realizada quando verificado o distúrbio psíquico do indivíduo, através de avaliação médica. No Brasil, não há necessidade de autorização judicial para sua realização, uma vez que, se entende que a cirurgia de redesignação sexual pode ser a solução para o transexual, mas, de outra sorte, pode também criar o problema da completa dissociação entre o registro civil do transexual e o seu sexo redesignado pela cirurgia em comento, conforme se verá em capítulo seguinte.

Adriana Caldas (2013, p. 310) diz que pesquisas clínicas apontam para o bom resultado do efeito terapêutico da cirurgia redesignatória, apresentando um número relativamente pequeno de pacientes que se arrependem de sua decisão de operar-se.

Todos os tratamentos são indicados para que o paciente recupere a estabilidade emocional. E o resultado é que a maioria dos verdadeiros transexuais, após o tratamento, recupera a confiança em viver, volta a trabalhar, a ser produtivo, e talvez, pela primeira vez na vida, a se relacionar bem com as pessoas em geral, e assim, obter a satisfação com o convívio social.

É incontroverso que, o transexual vive em um constante conflito entre o sexo morfológico e o sexo psíquico. A cirurgia de redesignação é, portanto, a única maneira que ele encontra de equilibrar corpo e mente e desenvolver sua verdadeira personalidade, a qual se encontra impedida, haja vista a dicotomia inconciliável e antagônica que vive o transexual.

A concretização desta intervenção cirúrgica significa uma verdadeira redenção na vida do redesignado, que almeja, tão somente, a integração dentro do mundo social com intuito de alcançar a sua própria felicidade.

É forçoso atentar para o fato de que, advindo essa alteração, diversas conotações de cunho jurídico suscitar-se-ão, dentre as quais, a possibilidade de constituição da família.

2.3.2 Integridade física

A identidade sexual é um princípio constitucional atinente ao direito da personalidade, em sendo assim, questiona-se se permitir a mudança de sexo de pessoa maior, capaz, com seu consentimento, por ser transexual, seria um direito de decidir sobre o próprio corpo.

Como resultado do desenvolvimento tecnológico, a questão da mudança de sexo está cada vez mais viva e controversa, tanto na doutrina quanto nos tribunais. O grande problema que afeta o tema é o fato de que, para a obtenção de um resultado fruto da liberdade e da vontade de um indivíduo, é necessário que se viole, em parte, direitos da personalidade até então indisponíveis, ou relativamente disponíveis sobre outros aspectos.

A determinação do que seja “saudável” ou de “necessário tratamento” não depende mais, unicamente de indicação médica. O modelo plural de sociedade impõe a percepção do paciente como partícipe ativo do processo de cura.(SÁ; NAVES, 2011, p. 267)

A Constituição Federal brasileira protege o direito à saúde, o que implica no direito à busca do melhor e mais adequado tratamento para o problema, uma vez que, o bem-estar geral, psíquico, físico e social, contribuirá para o desenvolvimento da personalidade do transexual, superando, a amargura experimentada com a imposição de uma genitália repulsiva, dissociada da sua correta identificação. (VIEIRA, 2012, p. 386).

A cirurgia de transgenitalização traz a debate qual a ideia de saúde que adotamos e se poderíamos continuar vendo a saúde como um dever do médico de impor tratamentos para o “bem” do paciente.

Para Dayse Gagliano citada por Adriana Caldas(2013, p. 313), “a saúde assim como a forma do corpo é bem da personalidade em face da integridade física. A vida é o bem supremo, que em sua posição hierárquica, diz respeito à essência da psique”.

Nos dizeres de Elimar Szaniawsky, citado por Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato (2011, p. 272), "o direito à vida, o direito à integridade psicofísica e o direito à saúde constituem o trinômio que informa o livre desenvolvimento da personalidade e a salvaguarda da dignidade do ser humano, traduzindo-se no exercício da cidadania".

Nos tempos atuais, as violações à integridade psicofísica da pessoa humana, em consequência principalmente das manipulações biológicas, têm suscitado a busca dos fundamentos principiológicos na ordem jurídica.

A saúde clínica ou psíquica é um pressuposto para o livre desenvolvimento da personalidade. Portanto, a redesignação seria um direito fundamental de todo ser humano, pois o bem-estar psicofísico do indivíduo estaria tolhido se não lhe fosse reconhecida a real identidade sexual. (MALUF, 2013, p. 307)

Depreende-se, portanto, que deve haver garantiade igual proteção entre esses dois aspectos relevantes da saúde: a integridade física e a integridade psíquica, uma vez que, é dado ao transexual o direito de decidir o que é saudável para si física e psiquicamente.

Aurélio Buarque de Holanda Ferreira citado por Glória W. de Oliveira Souza (2012, p. 344), diz que, para algumas pessoas transexuais, as mudanças corporais são tão importantes para o reconhecimento social, que negar-lhes esse direito é uma ação violenta.

A cirurgia de mudança de sexo é um direito personalíssimo, uma vez que, o direito à integridade do homem afigura-se direito de personalidade. Essa integridade possui caráter unitário, englobando, tanto a integridade física quanto a psíquica. Conclui-se, que a cirurgia de mudança de sexo não é mutilatória ou destrutiva, mas de índole corretiva, garantidora do livre desenvolvimento da personalidade do ser humano, possuindo o condão de adequar o sexo morfológico ao sexo psíquico do indivíduo. (SÁ; OLIVEIRA, 2011, p. 268)

Preconiza o Código Civil em seu art. 13: “Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”.

Pelo Conselho da Justiça Federal (IV Jornada de Direito Civil), no Enunciado n. 276, "o art. 14 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.

Segundo Tereza Rodrigues Vieira, citada por Lygia Fussek (2014, p. 68), "atualmente o referido artigo atende à esta exigência, visto que a cirurgia de redesignação sexual somente é realizada por exigência médica e com a emissão de laudo que comprove a sua necessidade".

Parte dos doutrinadores adota a posição de que todo indivíduo tem o direito de dispor de forma restrita de seu corpo, levando em consideração que, apesar da cirurgia de transgenitalismo, resultar em amputação dos membros sexuais, o seu maior objetivo é conceder ao redesignado uma qualidade de vida melhor através de uma intervenção cirúrgica prescrita por uma equipe médica, uma vez que, tal procedimento visa tão somente à conservação da sua saúde e integridade.

César Rabelo, Cláudia Viegas e Leonardo Poli (2014, p. 31) defendem a liberdade do transexual em se submeter à cirurgia de redesignação sexual, por entenderem que, se trata da prevalência da autonomia privada, da expressão de vontade, como meio de desenvolvimento da personalidade da pessoa humana, com a manifestação do desejo de corrigir a sua aparência para o sexo que alega possuir ou não. Sendo, portanto, uma salvaguarda ético-jurídica que reconhece ao transexual o direito de se autodeterminar, nos limites constitucionais.

Essa liberdade impede que o homem se torne refém do próprio corpo, ou melhor, que este venha a ser motivo de infelicidade, sendo, outrossim, agente viabilizador da vida plena e equilibrada.

O direito à integridade física é disponível, em certo limite, sendo possível a sua disposição, desde que, para tanto, haja o consentimento de seu titular.

Para a realização da cirurgia é necessário o consentimento livre e informado de acordo com o inciso IV da Resolução 466 de 2012, do Conselho Nacional de Saúde, representando um direito personalíssimo do paciente.

Hilário Veiga de Carvalho (1981, p. 295) alerta que, "o consentimento da paciente está implícito na própria essência da síndrome. Mas convém seja explícito por meio de um documento hábil".

A cirurgia de conversão sexual adapta o sexo físico ao psicológico e tem por fim último melhorar a condição mental do transexual e possibilitar sua inserção na sociedade, no entanto, não dispensa a autorização do paciente maior e capaz.

Apesar de muitos países admitirem direitos aos transexuais, no Brasil não há previsão legal para estes, pois ainda em tempos recentes, o Direito pátrio considerava a redesignação de sexo como mutilação do corpo humano, por motivo de ablação dos órgãos genitais masculinos, o que, conseqüentemente, configurava o crime de lesão corporal de natureza grave (art. 129, § 2º, III, do Código Penal), não somente por se tratar de ofensa a um bem indisponível, como também por ser contrária à ordem pública e aos bons costumes.

No tocante à integridade física, Tereza Rodrigues Vieira, citada por Lygia Fussek (2014, p. 68) explica que, "se por um lado o Direito Civil tutela o direito da pessoa à integridade de seu corpo, em contrapartida é admitida, mesmo que em parte, a liberdade e o poder de disposição sobre o próprio corpo".

Conselho Federal de Medicina declarava inadmissível a cirurgia redesignatória, por entender haver ofensa à valores éticos que as sociedades médicas deveriam preservar, e que sob o ponto de vista anatômico a cirurgia não era corretiva, mas mutiladora, constituindo lesão, à luz do Direito Penal.

É o que diz Adriana Caldas (2013, p. 305), "até setembro de 1997, a cirurgia e demais procedimentos eram considerados medidas não éticas e passíveis de punição pelo Conselho de Medicina e também pelo Poder Judiciário, como crime de lesão corporal".

Não tardou para o Conselho Federal de Medicina do Brasil afastar a ideia de crime de lesão corporal, ligada à operação do transexual e defendeu a adequação da genitália ao sexo psíquico do paciente, respaldando-se, nos avançados estudos da medicina sobre este tema e no artigo 199, § 4º, da Constituição de 1988.

Morgana Bellazi e Dácio Gomes (2001, p. 581) informam que, "somente após a publicação da Resolução Federal 1.482, de 10 de setembro de 1.997, é que os médicos brasileiros foram autorizados a realizar o tratamento cirúrgico de transexuais, de acordo com as normas internacionais".

A Comissão Europeia dos Direitos do Homem entende essa intervenção cirúrgica como uma conversão curativa que realiza a integração pessoal e social do paciente ao sexo pretendido; desse modo, não entende que há mutilação, posto que, tem por escopo a diminuição ou a cura

de seu sofrimento mental, julgando que não há ocorrer sequer perda de função, uma vez que, o órgão extirpado era inútil para o transexual. (CALDAS, 2013, p. 309)

Para Jalma Jurado citado por Adriana Caldas (2013, p. 307):

A cirurgia não extirpa órgãos nem abole funções, pelo contrário, adapta a genitália autodesfuncionalizada para a cópula em anatomia apta à função coeundi. Apenas as gônadas atrofiadas pelo bombardeio hormonal são removidas no procedimento cirúrgico pelo alto potencial cancerígeno que representam.

Eduardo Bonnin citado por Adriana Caldas (2013, p. 310) aduz que, “para os que apoiam a liceidade da cirurgia essa intervenção contribuiria para o bem geral da pessoa em questão, basicamente sua saúde psíquica, a mutilação do órgão seria fundamentada pela superação da angústia do portador do desvio psicológico”.

Não seria razoável entender a cirurgia de mudança de sexo como um regresso do direito à integridade física, sem, contudo, dar importância à violação à integridade psíquica.

Ana Paula Ariston Barion Peres (2001, p. 172) considerando a importância do sexo psicossocial na determinação sexual do indivíduo, defende que:

Faz-se necessário modificar os critérios jurídicos assentados na indisponibilidade do corpo. Essa nova perspectiva possibilita que o indivíduo, em prol da construção da sua identidade sexual, disponha, até certo ponto, do seu próprio corpo. A autonomia da vontade da pessoa é que será o ponto chave para toda essa mudança. Com efeito, o desenvolvimento tecnológico permite que os indivíduos possam, hoje, fazer uma escolha, enquanto, no passado, havia tão-somente a preponderância dos procedimentos naturais. Nessa atual fase, o indivíduo poderá, portanto, construir a sua identidade com base em critérios morfológicos e psicossociais, o que o levará, a posteriori, a pedir e a receber o reconhecimento formal do Estado.

Essa escolha decorre da liberdade, que é um poder de autodeterminação, por meio do qual o homem faz o que deseja, desde que não seja proibido pela lei.

Outros argumentos se fundam no fato de que a cirurgia não se configura como mutiladora, possuindo sim índole corretiva. Ademais, como o direito ao próprio corpo encontra-se no rol dos direitos de personalidade, queda cristalino que o transexual tem o direito de buscar o livre desdobramento da sua personalidade por meio do seu equilíbrio psicofísico, inserindo-se esse, por sua vez, no campo do direito à saúde, também classificado como direito de personalidade. (SÁ; NAVES, 2011, p. 272)

No entendimento de Maria Helena Diniz (2011, p. 323), a cirurgia de mudança de sexo acarreta para o paciente a “perda irreparável dos órgãos sexuais e de suas respectivas funções, e, ainda que tenha êxito, a funcionalidade do novo sexo é diferente da que teria se tivesse nascido com ele”.

Aracy Klabin, citado por Ana Paula Ariston Barion Peres (2001, p. 164), sustentando um posicionamento contrário à operação, entende que, a intervenção cirúrgica não leva à mudança de sexo do indivíduo, mas apenas modifica a sua aparência e que, se a cirurgia implicasse tal mudança de sexo, seria possível, talvez, defender a cirurgia de conversão, para então, pugnar pela adoção de uma legislação que regulasse todos os fatos que envolvessem o transexual após sua submissão à cirurgia.

Assim, há quem entenda que, por não ser uma cirurgia reparadora ou corretora, sendo destituída de ação curativa, nem mesmo o consenso do transexual maior e capaz a legitimaria, recaindo no Código Penal, arts. 129. § 2º, III e IV, e 307, e no Código de Ética Médica, art. 14.

De outro lado, o Conselho Federal de Medicina (Res. n. 1.652/2002) considera que a cirurgia de transformação plástico-reconstrutiva da genitália externa, interna e caracteres secundários não constitui crime de mutilação previsto no art. 129 do Código Penal, por ter fins terapêuticos de adequar a genitália ao sexo psíquico, desde que precedida de avaliação criteriosa feita por equipe multidisciplinar especializada.

Nesse sentido, assevera Lygia Fussek (2014, p. 62):

Atualmente, a realização de cirurgia de transgenitalização não necessita de autorização judicial, sendo de absoluta competência da Medicina tal decisão, seguindo os princípios da ética, da necessidade e da conveniência para o paciente. Por ser a operação cirúrgica considerada como o exercício regular do direito, não há mais que se falar em crime de lesão corporal, conforme previsto no art. 23, inciso III, do Código Penal, que trata das cláusulas de exclusão de ilicitude.

A realização da cirurgia da mudança de sexo representa um direito fundamental do ser humano, intrínseco à sua identidade pessoal, ao seu equilíbrio psíquico - saúde mental -, à sua dignidade, pois o direito à identidade sexual deve ser entendido como um direito da personalidade. Conclui-se que não há que se falar em cirurgia mutilatória, resultado de atentado à integridade física do ser humano, mas sim de um procedimento realizando sob recomendação médica, haja vista que o tratamento clínico e psicológico se mostra ineficaz. (MALUF, 2013, p. 312)

Poderia concluir, por oportuno que, a cirurgia é lícita, pois harmoniza a sexualidade corporal e psíquica da pessoa, possibilitando uma vivência sadia na sociedade.

Tereza Rodrigues Vieira (2014, p. 62) salienta que, "a cirurgia de adequação de sexo é de natureza terapêutica, não constituindo uma violência punível. O direito e a medicina deviam

contribuir na diminuição do sofrimento das pessoas, reconhecendo o direito do transexual em adequar sua genitália ao seu verdadeiro sexo".

Exames clínicos revelam a necessidade da “conversão curativa” para a saúde mental do paciente, que tem direito a uma vida feliz, impedindo-se que caia em estado depressivo, que se suicide ou se automutile, diante da real prevalência do sexo psicológico sobre o genético.

Foi preciso entender o transexual como um inadaptado psicológico ao seu sexo anatômico, para que a postura brasileira evoluísse no sentido de buscar corrigir a dicotomia existencial vivida pelo transexual por intermédio da medicina.

Conclui-se que, a realização da cirurgia da mudança de sexo não tem natureza mutilatória, sendo por sua vez, correta e adequada, não há que se falar, portanto, em atentado à integridade física, mas sim de um procedimento realizado sob recomendação médica, para que o interior e o exterior do indivíduo possam se coadunar.

3 A QUESTÃO DO NOME

O direito ao nome condizente com seu sexo psíquico é uma das grandes angústias do transexual, pois, quando nasce, não identifica seu sexo psíquico com seu sexo biológico, e, mesmo depois de operado, tem dificuldade de alteração do nome, bem como da nova designação de gênero. O que o transexual deseja é a efetivação da verdadeira dignidade humana.

Todas as pessoas são possuidoras dos direitos da personalidade, portanto, se questiona se não teria o transexual direito à sua identidade como forma de individualização da pessoa humana. Diante desse transtorno de gênero, o Estado brasileiro não pode, justificar omissão legislativa para não regulamentar os procedimentos necessários à conformação do sexo, sob pena de infringir os direitos da personalidade.

3.1 O DIREITO À IDENTIDADE DO TRANSEXUAL COMO DIREITO DA PERSONALIDADE

A identidade sexual é um princípio constitucional atinente ao direito da personalidade. No entanto, muito difícil é a inserção social do transexual. Tem-se entendido que, os documentos devem ser fiéis aos fatos da vida e deve haver segurança nos registros públicos.

O nome do indivíduo é símbolo de sua personalidade, elemento de individualidade da pessoa na vida social, de forma particularizada, e é com o nome que o ser humano penetra no mundo jurídico. Trata-se de aspecto essencial da pessoa, portanto, encontra-se inserido no contexto dos direitos da personalidade. (FUSSEK, 2014, p. 64)

O direito ao nome é provavelmente o primeiro direito de personalidade, uma vez que o nome é o direito subjetivo por excelência, para a estruturação dos direitos da personalidade.

O próprio art. 16 do Código Civil de 2002 transcreve que "toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome", como sendo essa a forma de identificação da pessoa.

O princípio da dignidade da pessoa humana inserto no art. 1º, III, da Carta Magna, é pilar dos direitos da personalidade.

Assim sendo Daniel Costa (2014, p. 48) explicita a relação entre o direito ao nome e os princípios constitucionais:

O direito do transexual de retificar o seu prenome encontra-se absolutamente alambrado pelos princípios que emanam do direito fundamental da dignidade da pessoa humana. Isso porque privar o transexual desse ato é fechar os olhos para a honra e a integridade desse sujeito, ou seja, é não atentar para um dos mais basilares princípios fundamentais.

Sílvio Rodrigues assim define(2000, p. 61) os direitos da personalidade, "direitos que são inerentes à pessoa humana, e portanto a ela ligados de maneira perpétua e permanente, não se podendo mesmo conceber um indivíduo que não tenha direito à vida, à liberdade física ou intelectual, ao seu nome, ao seu corpo e à sua imagem".

A personalidade nem sempre foi reconhecida e é inerente a todos os seres humanos, tendo variado conforme a evolução do homem. A construção dos direitos de personalidade se confunde com a evolução dos direitos humanos, assim como a proteção à dignidade da pessoa humana; são os movimentos de constitucionalização e repersonalização que têm orientado o atual estudo sobre os direitos da personalidade, todavia, os transexuais ainda encontram muita dificuldade em efetivar o seu direito básico da personalidade à identidade pessoal e sexual. (RABELO; VIEGAS; POLI, 2012, p. 26)

Tereza Rodrigues Vieira (2019, p. 27) ressalta que "o nome deve ser o reflexo da personalidade individual, e deve estar integrado com seu estado pessoal, social, bem como com seu psiquismo, sua honra, imagem pessoal e social, não podendo ser vexatório ou que lhe exponha ao ridículo".

Acreditam César Rabelo, Cláudia Viegas e Leonardo Poli (2014, p. 27) que, "o indivíduo que opta pela alteração de sexo também deve ter respaldo jurídico em relação ao respeito à sua identidade. Ora, a alteração de sexo jamais lhe retira a condição de pessoa humana portadora de direitos da personalidade".

Edinei Mora, Fernando Lopes e Luiz Roberto Prandi (2012, p. 363)A identidade sexual vai além da genitália, ela está conforme a forma com que se apresenta socialmente. Em seu amplo marco referencial, ao livre desenvolvimento da sua personalidade, inclui-se o direito à identidade no plano sexual e o Registro Público deve espelhar esta realidade.

São imensuráveis as humilhações pelas quais um transexual, mesmo se identificando e sendo identificado como mulher, passa ao ter que apresentar seu nome de batismo nas mais diversas relações sociais do cotidiano,

O direito à adequação de sexo e prenome, ampara-se no direito ao próprio corpo, no direito à saúde (art. 196 da Constituição Federal), principalmente, no direito à identidade sexual, a qual integra um poderoso aspecto da identidade pessoal. Trata-se, desta forma, de um direito da personalidade. (RABELO; VIEGAS; POLI, 2014, p. 26)

Por ser de tamanha importância a identificação pessoal para o ser humano é que o direito à identidade abarca-se ao rol dos direitos da personalidade, tutelados pela Constituição Federal. A identidade consiste em uma qualidade de idêntico conjunto de características de um indivíduo. Há, portanto, o direito de se exigir um reconhecimento.

Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato (2011, p. 316) afirmam que:

Com base nos princípios constitucionais, entendemos que uma vez diagnosticada a transexualidade, cumpridas todas as formalidades legais e realizada a cirurgia redesignatória - representa um direito personalíssimo - deve-se proceder à alteração do assento registral, bem como à determinação do novo sexo em seu termo, pois, como já exposto, o transexual não redesignado vive num conflito intenso, que lhe macula a existência e a dignidade.

Quando o Estado garante a pluralidade de ideias e possibilita aos indivíduos agirem de acordo com estas convicções, assegura o direito de livre desenvolvimento da personalidade e também reconhece um direito fundamental à identidade de gênero, devendo, conseqüentemente, o Estado, assim como a sociedade garantir os meios necessários para que o indivíduo goze a plenitude de sua personalidade. (MORA; LOPES; PRANDI, 2012, p. 363)

Devemos nos ater ao art. 1º, III, da Constituição Federal, que garante a dignidade do ser humano como um dos fundamentos da República. Esse princípio determina a possibilidade do livre desdobramento da personalidade, garantindo ao transexual o direito à cidadania e o reconhecimento da posição de sujeito de direitos no seio da sociedade.

O direito da personalidade é respeitado quando é deferido aos transexuais a redesignação sexual e identidade de gênero. Essa é a opinião de Luiz Alberto David Araújo, citado por Lygia Fussek (2014, p. 67):

Decidindo pela possibilidade de "libertação" do transexual, pela cirurgia de redesignação de sexo, com suas conseqüências de alteração do Registro Civil, o operador do direito cuidará de decidir conforme o vetor da dignidade da pessoa humana previsto no ditame constitucional. Mantendo o transexual na mesma situação, angustiada, o Poder Judiciário deixa de operar no sentido da busca da felicidade do cidadão, conseqüentemente impedindo o conceito de dignidade da pessoa humana. Não se pode acreditar que alguém possa conviver com a dualidade expressa em sua divisão sexual e imaginar-se digno. A infelicidade e a angústia geram situação de indignidade que só pode ser resolvida pela cirurgia de redesignação de sexo.

Identifica-se, portanto, uma violação ao princípio da dignidade da pessoa humana obrigar um indivíduo a carregar um nome que não condiz com seu estado físico-psíquico e, um autêntico Estado Democrático de Direito deve reconhecer, respeitar e fazer cumprir todos os direitos dos seus cidadãos, inclusive o direito a uma nova identidade sexual.

Segundo Sílvio Venosa, citado por Daniel Costa (2014, p. 51), se ao comprovar a alteração do sexo, impor a manutenção do outro sexo à pessoa seria cruel, sujeitando-a a uma degradação que não é consentânea com os princípios constitucionais. E, defende, a alteração do prenome, por se tratar de corolário dos princípios que protegem a personalidade.

Antônio Chaves (1992, p. 14) protesta não existir razões verdadeiras para impedir que, depois de todo o drama vivido pelo transexual, este venha a ser impedido de fazer um simples aditamento de seu nome, sendo obrigado a perpetuar com um registro de nascimento que não lhe condiz, que não corresponde à sua realidade psíquica, e agora material do indivíduo, que, redesignado sexualmente, não pode mais ser considerado como constava, "homem ou mulher".

É, pois, inquestionável que a identidade sexual integra os princípios constitucionais atinentes aos direitos da personalidade (arts. 1º, III; 5º, X), sendo perfeitamente possível uma interpretação contínua da ordem jurídica que desemboque no direito do transexual de ver ratificado o seu prenome em razão da transformação do sexo.

Resta ao Poder Judiciário efetivar os direitos da personalidade dos transexuais, conferindo-lhes o direito à alteração de prenome no registro civil, garantindo desta forma, sua harmonia e felicidade.

3.2 PRINCÍPIO DA IMUTABILIDADE DO NOME

Vigorava anteriormente o princípio da imutabilidade do nome, descrito no artigo 58 da Lei 6.015 de 31 de dezembro de 1973 de Registros Públicos, "O prenome será imutável". Com a redação dada pela Lei n. 9708 de 1998, passa a dispor o Art. 58, "o prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios".

Outra restrição legal consiste no artigo 1.604 do Código Civil, que diz que é vetado, salvo prova de erro ou falsidade, vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento.

Fabiana Spengler (2004, p. 109) diz que, “talvez baseado nessa norma legal que o entendimento favorável à alteração de registro civil para os transexuais nunca se fez pacífico, existindo muitos posicionamentos contrários”.

Luiz Edson Fachin, citado por Maria de Fátima de Freire de Sá e Bruno Torquato (2011, p. 314) bem traduz a questão da imutabilidade:

O sistema jurídico cioso de seus mecanismos de controle estabelece, desde logo, com o nascimento, uma identidade sexual teoricamente imutável e una. Essa rigidez, entretanto, não leva em consideração dimensões outras, também relevantes, no plano das questões sociais e psicológicas. Desse modo, o papel de gênero se apresenta como uma expressão pública dessa identidade. O atestado de nascimento é dessa forma um registro do ingresso da pessoa no universo jurídico, disposto a conferir segurança e estabilidade nas relações jurídicas. O registro civil exerce, nesse plano, uma chancela imodificável que marca o indivíduo em sua vida social. Esse sinal, entretanto, demonstra-se incapaz de compreender a pluralidade psicossomática dos diversos indivíduos.

A imutabilidade das informações do registro civil deve ser relativizada porque este é realizado apenas com base no órgão genital e, os avanços científicos mostram que o sexo biológico é apenas um dos vários componentes que formam o sexo do indivíduo como visto alhures, não seria, portanto, razoável que o registro civil observasse apenas o sexo biológico.

A lei n. 9.708, de 18 de novembro de 1998 dá nova redação ao art. 58 da Lei 6015 de 73, mas na primeira parte, a nova redação segue, em princípio, a regra anterior, ao prescrever que o prenome será definitivo, de modo a evitar eventuais alterações indesejáveis para a segurança das relações jurídicas. (GONÇALVES, 2012, p. 156)

Maria Helena Diniz (2011, p. 331) traz que, "a alteração enfrenta a barreira da imutabilidade prevista no art. 58 da Lei n. 6.015/73. Tal imutabilidade poderá expor o transexual operado ao ridículo; logo, possível será alterar seu prenome, fazendo a devida retificação no assento (CF, art. 3º, IV; LINDB, arts. 4º e 5º).

O art. 57 dá a possibilidade de o indivíduo alterar o prenome, “a alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, ressalvada a hipótese do art. 110 desta Lei”.

O art. 58 da Lei dos Registros Públicos, em sua redação original, dispunha que o prenome era imutável. Todavia, permitia a sua mudança, no caso do parágrafo único do art. 55, que proíbe o registro de nomes que possam expor a ridículo os seus portadores. (GONÇALVES, 2012, p. 156)

No ordenamento jurídico atual os comandos normativos encartados nas leis ordinárias não podem ser interpretados de maneira isolada. Devem, antes de tudo, se coadunarem com os mandamentos constitucionais.

Daniel Costa (2014, p. 48) salienta que:

Apesar disso, vultos eminentes das nossas letras jurídicas apostam resolver os litígios que versam sobre a retificação do prenome dos transexuais, por meio de uma análise exclusiva do Código Civil e da Lei de Registros Públicos, fazendo verdadeira tábula rasa da moderna forma de interpretação das legislações interprivadas.

Segundo os cultores desse entendimento, de acordo com a Lei n. 6.015, de 1973, só é possível a alteração do prenome de uma pessoa quando houver erro material no assento de nascimento, sendo, pois, um absurdo se cogitar dessa retificação para solucionar os casos dos transexuais, já que a ação cirúrgica deixa intacto o seu sexo biológico.

Argumentam, ainda, que não existe legislação própria que acautele e discipline o assunto, resultando esta falta de norma que disponha sobre a mudança da identidade biológica impedimento para a alteração do estado individual que é imutável, inalienável e imprescritível.

A alteração do nome para o sexo biológico e psíquico harmoniza-se, em uma interpretação constitucional, não só com a Carta Magna, mas também com o Código Civil e a Lei dos Registros Públicos.

A propósito, conforme leciona Renan Lotufo citado por Carreira Machado e trazido por Daniel Costa (2014, p. 51), "a excepcional imutabilidade do nome deriva do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana e se, por acaso, a atribuição do nome enseja afetação na honra e a integridade do indivíduo, prepondera o valor mais alto".

Tereza Rodrigues Vieira, citada por Lygia Fussek (2014, p. 70) diz que, "embora de ordem pública, o princípio da inalterabilidade de nome sofre exceção quando se torna manifesto o interesse individual ou benefício social, desde que motivados".

O princípio tradicional da indisponibilidade do estado das pessoas não é um obstáculo à mudança de sexo no registro civil, estando incluído nele a possibilidade de retificação no registro. Não se trata de desestruturar o sistema erigido sobre tal princípio, mas de adequar a complexidade da ordem jurídica à complexidade da ordem natural, de modo que os indivíduos e a sociedade tenham orientação normativa a lhes guiar os atos. (PERES, 2001, p. 170)

Em decorrência dessa tentativa de compatibilizar essas duas ordens, natural e jurídica, é indispensável atenuar certas exigências legais, como a que decorre da imutabilidade, em regra, da declaração do registro civil.

Ana Paula Ariston Barion Peres (2001, p. 171) aduz que:

Legalmente, existe a obrigação de se declarar o sexo da criança no registro, em um curto espaço de tempo, ao passo que a formação da identidade do indivíduo pode não se estruturar com essa mesma rapidez porque requer tempo para sua construção. Assim, em virtude, em alguns casos, da não coincidência entre o tempo jurídico e o tempo de construção da identidade de gênero, não se pode mais compreender as informações que estão no registro como definitivas. Outro fator que se contrapõe à definitividade do sexo legalmente reconhecido é o da descoberta de que ele não é formado apenas pelo sexo genético. Assim, nos casos em que o sexo do indivíduo discorda do seu sexo genético, a informação declarada no registro não será condizente com a verdade.

Depreende-se que, a importância do sexo psicossocial na formação da identidade sexual do indivíduo impõe uma reavaliação sobre os critérios jurídicos de imutabilidade do registro civil.

Não existe em nosso país lei específica que tutele o direito do transexual em adequar seu nome e sexo de conformidade com sua verdadeira identidade de gênero. Assim, os agentes do direito se valem de dispositivos legais gerais, como é o caso da Lei nº 9.708/98, que é uma possibilidade legal de se proceder à alteração do prenome individual por motivo de modificação cirúrgica do sexo da pessoa. Dessa forma, o transexual operado teria base legal para alterar o seu prenome, substituindo-o pelo apelido público e notório pelo qual é conhecido no meio em que vive.

Analisando o Código Civil e a Lei de Registro Públicos à luz da Constituição Federal 9arts. 1º, III; 5º, X), não há como emprestar entendimento diverso a essas leis, senão o de que é permitido aos transexuais a alteração do seu prenome.

3.3 A MODIFICAÇÃO DO PRENOME E GÊNERO NO REGISTRO CIVIL

A grande barreira que os transexuais enfrentam não está relacionada à cirurgia de readequação genital ante a segurança e a eficácia da cirurgia. O grande obstáculo está na dificuldade de alteração do registro civil para completa satisfação com relação à identidade pessoal, a efetivação do direito da personalidade de alteração do nome e do gênero.

Com a evolução das técnicas cirúrgicas, tornou-se possível mudar a morfologia sexual externa, para encontrar a identificação da aparência com o sexo desejado. No entanto, após a realização da cirurgia, que extrai os órgãos genitais aparentes, adaptando o sexo à identidade psicossocial, outra questão se apresenta, qual seja, a necessidade de retificar o registro de nascimento.

Realizada a cirurgia de redesignação sexual, outra questão precisa ser resolvida, a mudança de prenome e gênero no Registro Civil. Conforme estudado no capítulo referente à cirurgia, esta pode ser realizada inobstante a autorização judicial, no entanto, diferente é o procedimento para alteração de prenome e status sexual no Registro Civil, devendo o transexual acionar o Poder Judiciário.

Ana Paula Ariston Barion Peres (2001, p. 165), traz o problema do transexual que, após ter-se submetido à cirurgia de redesignação sexual, tem seu pedido indeferido pelo Poder Judiciário, e, agora, sua aparência não condiz com o seu sexo jurídico. Ressalta que, a referência à redesignação tem de se compatibilizar com a avaliação sobre a licitude ou não da cirurgia.

Adriana Caldas (2011, p. 34) alerta que:

Uma vez diagnosticada a transexualidade e realizada a subsequente cirurgia de redesignação sexual, o registro civil deve fazer a acomodação competente, alteração do estado da pessoa, que representa a maneira intrínseca da pessoa se relacionar na coletividade, um direito personalíssimo, individual, um dos maiores atributos da personalidade. Sendo matéria disciplinada por normas de ordem pública, sua alteração só pode ser efetivada mediante procedimento judicial.

Muito difícil é a inserção social do transexual, e até mesmo seu acesso a uma profissão, porque sofre rejeição pela família, sendo ridicularizado pela sociedade e marginalizado socialmente em locais onde deve apresentar documento pessoal, porque na carteira de identidade não há adequação com sua aparência física.

À luz da Constituição Federal de 1.988, o transexual possui direitos como qualquer cidadão (art. 5º, caput), por esta razão, deve ter o direito de alterar o prenome em seu registro civil, adequando-o à sua identificação externa, quando este lhe causar transtornos e embaraços. Do contrário, estarão violadas sua intimidade, sua vida privada, sua honra e imagem (art. 5º, X), além de estar completamente mitigado o o princípio da igualdade.

Morgana Bellazzi e Dácio Cunha (2001, p. 582) se inclinam no sentido da adaptação do prenome dos operados, justificando que:

Sem essa necessária adaptação, o transexual não poderá funcionar normalmente na sociedade, abrir conta em banco, exercer a profissão para a qual recebeu formação, ser atendido em consultórios com a carteira do plano de saúde que integram, enfim,

exercer os direitos normais assegurados a todos os cidadãos. E, ainda, poderá ser vítima de ofensas verbais, físicas e psicológicas, e, até mesmo, de maus tratos por parte de médicos e auxiliares de saúde.

Durante muitos anos a doutrina e a jurisprudência se guiaram no sentido de não concordar com a troca de nome e de sexo, justificando que a ablação para constituição do sexo oposto não se mostra suficiente para a transformação, pois a conceituação de mulher decorre da existência, no interior do corpo, dos órgãos genitais femininos: dois ovários, duas trompas que se conectam com o útero, glândulas mamárias e algumas glândulas acessórias etc. (GONÇALVES, 2013, p. 245)

No campo da jurisprudência, não obstante todos os interesses a serem protegidos ainda existe uma inércia que lhe é própria. Os Tribunais têm criado entendimentos divergentes, ora autorizando as mudanças de prenome e sexo no registro civil, ora negando-as, existindo inclusive decisões que só as autorizam após a realização da citada cirurgia de transgenitalização, o que afasta do transexual não operado o direito ao tratamento digno pela sociedade e pelo direito.

Nesse sentido discorrem César Rabelo, Cláudia Viegas e Leonardo Poli (2014, p. 33) que:

O transexual tem o direito de se autodeterminar e, independente de realizar a cirurgia de redesignação de sexo, pode ter o seu nome e sexo alterados, fundamentado no princípio da dignidade humana que impõe a proteção do ser humano concretamente considerado. Com a personalização dos institutos jurídicos, o princípio passou não somente a representar um limite à atuação do Estado, mas também um caminho para a sua atuação positiva, garantindo o mínimo existencial e dando ao ser humano o direito de ser feliz.

Morgana Bellazzi e Dácio Gomes (2001, p. 582) informam que, “os transexuais têm conseguido sentenças favoráveis à mudança de prenome nos tribunais de primeira instância, sendo, geralmente, refutado esse direito nos tribunais superiores que se têm mantido insensíveis quanto à permissão deste câmbio”.

Tendo ocorrido ou não a cirurgia, a decisão que autoriza a adoção de novo prenome e sexo junto a um novo registro de nascimento representa dar vida e pleno respeito aos valores constitucionais, sendo que, especialmente no caso dos transexuais, é medida acessória visando proteger também sua própria integridade física.

Lygia dos Santos Fussek (2014, p. 65) defende que, a mudança de prenome se revela no maior objetivo do transexual, que, com essa conquista, passa a ter sanadas todas as dúvidas a respeito de sua identidade perante a sociedade, dando-lhe a segurança física e moral, respeito à sua dignidade e a oportunidade profissional necessária a fim de conviver em total equilíbrio, de modo seguro e pacífico.

A aparência externa não é a única circunstância para a atribuição da identidade sexual. A identidade civil deve espelhar a identidade social, uma vez que, influencia contundentemente para a inclusão social e afetiva.

Mudar somente a sua estrutura física e não autorizar a alteração do seu sexo jurídico de acordo com sua nova identidade, seria o mesmo que deixar sobrevivendo como um meio cidadão, que apesar de se apresentar psicológica e fisicamente como mulher ou homem, a sua identidade não se coaduna à realidade no meio social. (ALVES, 2004, p. 357)

É indubitável, portanto, a situação de angústia do transexual, quando realizada a cirurgia transformadora e seu prenome se torna inadequado não correspondendo com seu sexo morfológico. Fato é que, embora ocorrida a mudança física, todos os seus documentos encontram-se em desacordo com sua nova aparência.

Adriana Caldas (2013, p. 318) assevera que:

A modificação da identidade do indivíduo traz para o direito problemas difíceis, pois, referem-se desde logo ao estado da pessoa, sua identidade - aquela simbólica, oriunda do nome, e também a real - estabelecida pelo sexo social do indivíduo, em que a lei lhe confere uma imagem jurídica que, limitando seus contornos, estabelece-lhe um plexo de direitos e obrigações. Faz surgir a abordagem jurídica do público e do privado, essenciais para a abordagem jurídica do transexualismo e sua difícil conexão com a questão filosófico-jurídica da propriedade do corpo e os limites de sua intervenção.

É constitucional, legal, moral e eticamente possível, além de recomendável, que os Magistrados autorizem a modificação do prenome e do sexo tanto dos transexuais, quanto dos que já realizaram a cirurgia de transgenitalização, devendo-se proceder a um novo registro de nascimento - e não a uma mera averbação no registro existente. (MARQUES, 2014, p. 81)

Percebe-se que há uma inclinação à não averbação no registro existente com o fito de resguardar, em grau máximo, a intimidade e os demais direitos do interessado. Mas há que se ressaltar, a necessidade de preservar interesses de terceiros.

A única hipótese de solução ainda parece ser aquela que não determina a averbação junto ao registro civil por ser contrária aos ditames constitucionais, possibilitando apenas a extração de certidões em casos excepcionais, como a habilitação para o casamento, que poderia ocorrer depois de ser dada ciência ao cônjuge do procedimento cirúrgico ao qual o outro foi submetido. (SPENGLER, 2004, p. 119)

Em que pese tais restrições legais sempre servirem de obstáculo à pretensão dos transexuais de alterar o nome e a identidade de gênero, doutrina e jurisprudência não vêm interpretando a

regra do citado artigo, uma vez que, está se buscando o respeito ao princípio da dignidade humana.

A jurisprudência vem se posicionando favoravelmente ao transexual:

APELAÇÃO CÍVEL - RETIFICAÇÃO DE ASSENTO DE REGISTRO CIVIL - MUDANÇA DE NOME E SEXO - TRANSEXUAL - POSSIBILIDADE - REALIZAÇÃO DE CIRURGIA ABLATIVA DANDO CONFORMIDADE DO ESTADO PSICOLÓGICO AO NOVO SEXO COMO MEIO CURATIVO DE DOENÇA DIAGNOSTICADA - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IDENTIDADE SEXUAL - RELEITURA DA LEI DE REGISTROS PUBLICOS AO MANDAMENTO CONSTITUCIONAL - MUTABILIDADE DO NOME - ALTERAÇÃO PARA CONSTAR ALCUNHA - POSSIBILIDADE - PROTEÇÃO ALBERGADA PELO NOVO CÓDIGO CIVIL - APELO PROVIDO. "A mudança de nome, em razão da realização de cirurgia de transgenitalização, adequando o estado psicológico ao seu novo sexo, no caso de transsexuais, é possível pelo ordenamento jurídico pátrio, como corolário interpretativo a partir do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e do respeito à identidade sexual do indivíduo, trazendo com isso, releitura hodierna aos dispositivos normativos insertos na Lei de Registros Públicos, evitando a exposição dos mesmos à situações de chacota social diante da desconformidade entre seus documentos pessoais e a nova condição morfológico-social." (TJ-PR - AC: 3509695 PR 0350969-5, Relator: Rafael Augusto Cassetari, Data de Julgamento: 04/07/2007, 12ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 7411)

Ante o exposto, percebe-se que não é cabível nenhuma justificativa para negar a alteração de nome e sexo, posto que, a pretensão é chancelada com a simples releitura da Lei de Registros Públicos, e que o direito à identidade integra os direitos da personalidade.

Glória W. (2012, p. 349) defende o direito à autorização para alteração dos documentos dos transexuais:

À semelhança de outros grupos marginalizados, as pessoas transexuais experimentam situações de opressão, assédio e violência, enfrentando inúmeras dificuldades em áreas como a empregabilidade, habitação, educação e acesso aos serviços de saúde. Além disso, sofrem abuso físico em muitas situações, provenientes de pessoas próximas. Vale lembrar a importância do direito no tocante a essas questões, quando sabemos que, mesmo obtendo as mudanças corporais, essas pessoas continuam sentenciadas à discriminação se não alcançarem a autorização para alteração dos seus documentos.

Quanto à decisão de permitir a mudança no registro da indicação do sexo, este tema é delicado e motivo de controvérsias. Afinal, apesar de seus caracteres morfológicos e até psíquicos, geneticamente o transexual será sempre marcado pela presença dos cromossomos sexuais próprios do seu sexo biológico, independentemente dos tratamentos a que tenha se submetido.

É importar mencionar que, o sexo jurídico está consignado na certidão de nascimento, a qual descreve o indivíduo como pertencente ao sexo masculino ou feminino e, o que suscita discussão é a redesignação em razão da modificação da genitália e os fatores determinantes do sexo.

Bem pontua Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf (2013, p. 315) quando aduz que a realidade fática acaba se sobrepondo perante o direito, fazendo com que algumas características humanas invertam os desígnios legais.

No que tange à mudança de gênero e nome civil dos transexuais no Registro Civil, Elimar Szaniawski, citado por Lygia Fussek (2014, p. 64) defende que, "a vedação à redesignação do estado sexual e do prenome no assento de nascimento é negar aos transexuais a prerrogativa de sujeitos de direito, impedindo aqueles de exercerem as atividades que são habituais de todo ser humano".

A adequação do registro civil é a última etapa do tratamento do transexual, pois é neste momento que o redesignado recorre à tutela jurisdicional para fazer valer a sua pretensão, qual seja, a adequação de seu sexo anatômico ao sexo psíquico.

Rodrigo da Cunha Pereira citado por Patrícia Souza Alves (2004, p. 359):

Não vê impedimento no que diz respeito à alteração do registro civil, certo que o Direito interessa a segurança das relações jurídicas. Autorizar a mudança do nome, do gênero masculino para feminino pode significar dar segurança a terceiros, evitando-se, assim, que alguém com a aparência de uma mulher, com genitália de mulher não tenha que fazer um negócio qualquer com identidade civil masculina. Não autorizar a mudança de nome pode gerar confusão e dúvida nas relações jurídicas. Ademais, a justiça não pode ficar à margem do fato. E o fato novo, na maioria das vezes precede de norma jurídica.

É extrema de dúvidas que, o transexual não redesignado vive num conflito interno intenso, portanto, é forçoso que se proceder à alteração registral, bem como à determinação do novo sexo em seu termo.

Ainda que a criação de uma lei não seja a solução definitiva para o assunto, se existisse lei para tratar do tema transexualismo e suas particularidades poderia, de alguma forma, resolver os problemas enfrentados pelos magistrados, quando se deparam com uma situação não legislada, o que resulta em decisões até mesmo preconceituosas.

O Direito deve priorizar o bom senso e a verdade dos fatos, firmando normas que regem a atividade humana, estando atualizado às constantes mudanças da sociedade, auxiliando o legislador e o aplicador da lei a atingir o ideal de justiça visando à satisfação dos desejos individuais.

Maria Helena Diniz (2011, p. 329) questiona a possibilidade de legalizar o registro público de uma "inverdade":

A doutrina e a jurisprudência têm negado, em sua maioria, a retificação do registro civil do transexual operado, alegando que o registro público deve ser preciso e regular, constituindo a expressão da verdade, e a operação de mudança de sexo

atribui ao interessado um sexo que não tinha, nem poderá ter, porque o fim da procriação nunca será atingido, pois não se terá nem um homem nem uma mulher, mas um ser humano mutilado, em que pesem a alteração comportamental, a ingestão de hormônios e a modelação física com silicone ou cirurgia estética. Essa retificação de registro civil por mudança de sexo e nome só tem sido, em regra, admitida em caso de intersexual. Já se decidiu que o despojamento cirúrgico do equipamento sexual e reprodutivo de transexual, com sexo psicologicamente diverso das características somáticas ostentadas, não permite a alteração jurídica de seu prenome. No Brasil não existe lei que acate a questão da adequação do prenome de transexual no registro civil, mas, apesar disso, existem julgados permitindo-a.

Nada é pacífico a respeito do assunto: para alguns, a alteração de registro deve ser deferida para evitar que se exponha ao vexame o transexual. Para outros, ela deve ser evitada como meio de se garantir e proteger direito de terceiros, espelhando o sexo biológico, independentemente de qualquer alteração que ele possa ter sofrido posteriormente.

No Brasil muitos pacientes operados têm alcançado a alteração registral ainda na dependência de decisão judicial favorável. A Resolução do CFM contribuiu muito para a mudança do entendimento jurídico nos últimos anos, embora falte aos transexuais um amparo legal mais efetivo oriundo de uma legislação específica para os casos de disforia de gênero. (MALUF, 2013, p. 317)

A Lei brasileira ainda não permite que transexuais operados mudem o prenome, adequando seus documentos à nova aparência física. Esse aspecto jurídico do tema é muito importante, pois bastaria a legalização da mudança do prenome para possibilitar que as decisões sejam tomadas todas conforme a mesma linha de raciocínio, resultando em sentenças e julgamentos com embasamento e argumentação pacíficas e para permitir que os transexuais viessem a atuar na sociedade como seres humanos normais, livres de preconceitos.

Argentina e Brasil não possuem lei específica sobre o assunto, cabendo ao judiciário a análise dos pedidos. Ao contrário da Argentina, o disfórico de gênero brasileiro recorre ao judiciário apenas no momento de demandar a adequação do seu registro civil, quanto ao sexo, ou ambos. A jurisprudência argentina caminha na mesma direção que a brasileira, que tem acatado o pedido do transexual facilitando sua inclusão. (HOOFT; VIEIRA, 2012, p. 406)

No Brasil, existem alguns projetos de lei para tratar do tema, no entanto, nenhum obteve a atenção devida na Câmara dos Deputados, permanecendo os transexuais a mercê de decisões judiciais divergentes.

O atual projeto de Lei 5002 de 2013, de autoria do Deputado Jean Wyllys (PSOL/RJ), denominado, Lei João Nery, Lei de identidade de gênero, dispõe sobre o direito à identidade de gênero e altera o art. 58 da Lei nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973. Estabelece os

mecanismos jurídicos para o reconhecimento da identidade de gênero, permitindo às pessoas a retificação de dados registrais, incluindo o sexo, o prenome e a imagem incluída na documentação pessoal.

Em conformidade com o direito comparado, a lei estabelece os critérios para assegurar a continuidade jurídica da pessoa, através do número da identidade e do registro da mudança de prenome e sexo no registro civil das pessoas naturais e sua notificação aos órgãos competentes, garantindo o sigilo do trâmite. As pessoas que mudarem de sexo e prenome continuarão tendo os mesmos direitos e obrigações.

Não há no ordenamento jurídico atual norma que trate expressa e especificamente da situação dos transexuais, o que não impede que esta alteração seja autorizada judicialmente e realizada, especialmente pelo fato de ser possível, diante de uma interpretação extensiva às normas contidas na CR/88, no Código Civil de 2002 e na própria Lei dos Registros Públicos, concluir por esta permissão. (MATOS, 2012, p. 19)

Cumprir ressaltar que todo indivíduo deve ter respeitado os seus direitos. Dessa forma, se não autorizada a alteração do gênero sexual e do prenome no assento de nascimento, o Estado não estará cumprindo seu papel de garantidor de direitos.

O presente estudo bem frisou que, sexo não é mais determinado apenas nos caracteres biológicos da pessoa, devendo se considerar a identidade de gênero do indivíduo. O plano jurídico deve corresponder ao plano social vivido pelo transexual, cessando assim a exposição a situações humilhantes que o torna vulnerável.

Nesta esteira queda cristalino que, reside a importância do diagnóstico, do tratamento e por via de consequência do tratamento jurídico adequado ao indivíduo transexual, na plena inserção na sociedade e desenvolvimento de sua personalidade.

3.4 REFERÊNCIA DISCRIMINATÓRIA

No curso do desenvolvimento humano, se a formação da identidade sexual do indivíduo coincidir com o seu sexo genético (biológico), também se confirma o sexo jurídico, tendo-se como verdadeiras as informações do registro civil. Caso contrário, sendo a identidade sexual distinta do sexo jurídico, haverá um registro civil com informações falsas, o que fere sua própria natureza.

A construção da identidade sexual do indivíduo, cuja ficção jurídica do registro civil não se confirmou, perpassa pela nova perspectiva de relativização da indisponibilidade do próprio corpo, em prol da construção de sua identidade sexual.

Maria Helena Diniz (2011, p. 330) diz que:

Deve-se assegurar a quem passou pela cirurgia de transgenitalização o direito a um nome que não o exponha à situação vexatória, o que se daria se continuasse com um prenome que não mais condiz com sua aparência física. Mas, apesar disso, a jurisprudência brasileira tem entendido que se deve permitir a alteração do prenome, colocando-se no lugar reservado a sexo o termo "transexual", por ser esta a condição física e psíquica da pessoa, para garantir que outrem não seja induzido em erro.

É importante trazer à baila a questão da alteração do assento e a exposição da condição anterior. No tocante, assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça no REsp n. 1008398-SP: quando entendeu a Ministra Nancy Andrigui que fazer constar a observação sobre a alteração sexual na certidão implicaria na exposição da pessoa a situações constrangedoras e discriminatórias. Ressaltou, ainda, que a tendência mundial é de adequar juridicamente a realidade do transexual.

Maria Helena Diniz (2011, p. 331) entende que deve haver a adequação do prenome ao novo sexo do transexual operado sem qualquer referência discriminatória na carteira de identidade, de trabalho, no título de eleitor, no CPF etc. ou averbação sigilosa no registro de nascimento, diante da alegação de que isso impediria sua plena integração social e afetiva e obstaría seu direito ao esquecimento do estado anterior, que lhe causou tanto sofrimento.

Autorizar a operação, mas impor a inscrição "transexual", é atitude que não resolve a situação do transexual. Solve-se apenas o problema da aparência, assumindo o sexo desejado, mas a questão da integração social continua. Apesar de agora possuir a aparência do seu sexo psicológico, na vida civil ostentará a anotação "transexual", para que fique marcado como anormal para sempre. (ARAÚJO, 2000, p. 135)

Antônio Chaves citado por Maria Helena Diniz (2011, p. 331) defende que não se deve etiquetar o transexual, obrigando-o a carregar, ao assumir a nova vida, o estigma da transexualidade:

Não se deve fazer qualquer menção nos documentos, ainda que sigilosa, mesmo porque a legislação só admite a existência de dois sexos: o feminino e o masculino e, além disso, veda qualquer discriminação. Com a entrada em vigor da Lei 9.708/98, alterando o art. 58 da Lei n. 6.015/73, o transexual operado teria base legal para alterar seu prenome, substituindo-o pelo apelido público notório com que é conhecido no meio em que vive.

O assunto não possui decisão uniforme quando se trata de alteração de registro civil de transexual que, após a cirurgia de transformação de seus órgãos genitais, encontra-se com a

possibilidade de alteração, mas também vislumbra o rótulo de transexual que lhe é imposto com a averbação.

Ainda não há um entendimento pacífico quanto à publicização da retificação de assento levada a efeito. Há determinações para que permaneça em sigilo absoluto; de forma que sequer no fornecimento de certidões deve ser feita referência à situação anterior, com a exceção de mediante requerimento do próprio interessado ou pedido judicial; em outras decisões existe a possibilidade de tornar pública a retificação. (MALUF, 2013, p. 317)

Da mesma forma em que é autorizada a modificação do registro civil, algumas decisões não mencionam quanto à publicidade de retificação; outras impõem que haja formas de torná-la pública. Tais meios podem ser representados pela averbação da palavra "transexual", com o fito de mostrar que os órgãos sexuais daquela pessoa foram construídos a partir de uma cirurgia transformadora. (SPENGLER, 2004, p. 111)

Ao exigir que a pessoa carregue, em seus documentos, a anotação "transexual", o sistema jurídico apenas cuidaria das aparências, deixando a pessoa com os mesmos problemas existenciais sofridos antes da cirurgia.

Na nova Certidão do assento de nascimento fornecida pelo Registro Civil não se deverá fazer qualquer menção à natureza das retificações procedidas, havendo apenas ressalva no tocante ao assento modificado por sentença judicial se resguardar em segredo de justiça e que a certidão com o inteiro teor poderia ser fornecida a critério da autoridade judiciária. (DINIZ, 2011, p. 336)

Para muitos, possibilitar a averbação da condição de transexual junto ao registro civil e possibilitar a expedição de certidão de inteiro teor a pedido da parte ou de terceiro é infringir o direito à privacidade e à identidade da pessoa.

Tereza Rodrigues Vieira (2012, p. 392) traz que:

É reconhecido aos transexuais e intersexuais o direito à retificação do nome e da identidade sexual, para adequá-los à sua identidade psíquica e social, independentemente de realização da cirurgia de transgenitalização. A sentença de adequação do nome e sexo dos transexuais será averbada no Livro de Registro Civil de Pessoas Naturais, sendo também assegurada a retificação em todos os outros registros e documentos sem qualquer referência à causa que ensejou a mudança. Nas certidões não podem constar quaisquer referências à mudança levada a efeito, a não ser a requerimento da parte ou por determinação judicial.

Outro aspecto relevante é saber se a adequação do prenome e do sexo deve-se realizar sob a forma de averbação no registro já existente ou se deve ser produzido um novo registro. Por um lado, averbar novo nome e sexo no registro público de nascimento não poderia ser

evitado, pois ocorre uma modificação no estado da pessoa e a lei e a segurança jurídica exige a gravação. Mas os outros documentos devem ser novos, sem referência da adequação, haja vista que poderia trazer problemas discriminatórios ao transexual. (RABELO; VIEGAS; POLI, 2014, p. 29)

Tereza Vieira, citada por César Rabelo, Cláudia Viegas e Leonardo Poli (2014, p. 29) compartilha da opinião de que:

Os Registros Públicos relatam fatos históricos da vida do indivíduo. Entendemos que os direitos dos transexuais e de terceiros estariam muito mais explicitamente assegurados, se no Registro Civil constar a alteração ocorrida. Trata-se de uma ação modificadora, com a adequação de sexo, devendo, portanto, ser averbada. Todavia, defendemos que não deverá ocorrer nenhuma referência à aludida alteração na carteira de identidade, cadastro de pessoa física, carteira de trabalho, cadastro bancário, título de eleitor, cartões de crédito etc.

Em outras palavras, o que a citada autora defende é que, no ato de alteração do registro no cartório competente, deve-se constar, expressamente, que foram realizadas modificações do sexo e prenome, assim como averbado que tudo se deu com base em sentença judicial, mas que esta averbação fique constatada apenas no livro de registros, a fim de dar maior segurança, discrição, não expondo o sujeito ao constrangimento e exposição discriminatória.

Stefano Rodotá, citado por Ana Paula Ariston Barion Peres (2001, p. 173), levanta um ponto de suma importância relacionado à vida privada dos transexuais. Afasta a concepção tradicional de vida privada e defende uma orientação muito mais ampla que suplanta a ideia de vida secreta, em detrimento da vida escolhida pela pessoa, ou seja, a vida construída voluntariamente pelo indivíduo. Segundo o autor hoje, não se considera a ideia de vida privada como estreitamente vinculada à noção de segredo, pois é examinada por um ângulo mais protetivo, haja vista se tratar de salvaguardar as escolhas de vida contra o controle público e o estigma social.

A partir da cirurgia e da retificação do registro civil, o transexual tem direito ao esquecimento de sua situação anterior, o que ocorre com a impossibilidade de menção a seu estado anterior ou mesmo a "transexual". A omissão dos dados anteriores é a única maneira de preservar a dignidade da pessoa humana, como princípio constitucional a ser seguido. (ARAUJO, 2000, p. 140)

Depreende-se desta leitura que, o transexual não tem o dever de revelar informações completas sobre a sua vida privada após ter obtido a mudança de sexo no registro civil.

A intimidade íntegra, hoje, os chamados “direitos da personalidade”. Conforme dispõe o art. 5º, X, da Constituição Federal de 1.988: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra

e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Nesse sentido, constitui a tutela da intimidade função inderrogável do Estado.

A estudiosa Maria Berenice Dias, citada por César Rabelo, Cláudia Viegas e Leonardo Poli (2014, p. 31) afirma que a proteção à dignidade humana é o elemento norteador da Constituição Federal, o núcleo jurídico do próprio Estado, a garantia das liberdades individuais:

A regra maior da Constituição Pátria é o respeito à dignidade humana, verdadeira pedra de toque de todo o sistema jurídico nacional. Este valor implica adotar os princípios da igualdade e isonomia da potencialidade transformadora na configuração de todas as relações jurídicas, sendo que qualquer discriminação baseada na orientação sexual é um desrespeito à dignidade da pessoa humana e infringe regra expressa da Constituição Federal, que garante a inviolabilidade da intimidade e da vida privada.

Afinal, todo ser humano tem dignidade, uma pessoa humana não tem uma dignidade maior ou menor que a outra por ser ou não transexual. Cada pessoa é dotada de dignidade em igualdade de condições com as demais. Negar a dignidade a alguém é considerá-la inferior às demais, o que é inadmissível em um Estado Democrático de Direito, pois a dignidade, enquanto fundamento do Estado, representa então a premissa essencial para que o homem seja a razão de todo o Direito.

Um autêntico Estado Democrático de Direito reconhece, respeita e faz cumprir todos os direitos dos seus cidadãos, inclusive, o direito a uma nova identidade sexual. O transexual deseja ver seu direito à saúde, à cidadania, à igualdade, à dignidade, à opção sexual respeitados.

Apresentados todos os pontos referentes à referência discriminatória, entende-se que, embora deva se assegurar direitos de terceiros, a averbação sigilosa resguardaria o direito de privacidade e intimidade da vida privada do transexual, evitando a discriminação e, por sua vez, eventuais humilhações públicas em relação à sua mudança de identidade.

Defende-se que haja a averbação, com a possibilidade de obter a certidão de inteiro teor por interessado, mas que seja inadmissível a discriminação em documentos de identidade.

3.5 NOME SOCIAL

O nome está ligado diretamente à identidade do indivíduo e possui relação íntima com a sua exteriorização, pois por meio deste elemento ele se apresenta em sociedade e se singulariza no convívio social.

O nome civil é o principal individualizador das pessoas em sociedade, que o recebem logo após o nascimento e por seus primeiros interlocutores. É por meio dele que somos reconhecidos nas relações interpessoais e pelo Estado ao particularizar cada indivíduo em suas ações. (MORA; LOPES; PRANDI, 2012, p. 366)

Cumprir informar que nome civil não é a única forma de nos identificarmos em sociedade, existindo indivíduos que se apresentam por outros nomes em uma relação de direito, identificando-se com o gênero masculino ou feminino, independente do sexo biológico que possuem. É neste cenário que nos deparamos com o nome social.

O nome social pode ser definido como um nome civil, para aqueles que possuem uma identidade de gênero. Pode ser um prenome, diverso do Registro de nascimento, o qual não é adequado para sua nova forma, seja feminina ou masculina. Nesta senda, se usa um novo nome devido o reconhecimento de identidade de gênero adequado em repartições públicas, hospitais e na vida escolar.

Edinei Mora, Fernando Lopes e Luiz Roberto Prandi (2012, p. 366) trazem que:

A evolução social e a concretização da democracia permitiram aos indivíduos a liberdade para o desenvolvimento da personalidade, possibilitando a construção de uma identidade própria, que por muitas vezes não corresponde às interligações entre sexo biológico, orientação sexual e gênero que a sociedade padronizou.

Como visto alhures, transexuais podem entrar com ações judiciais para mudar seu nome civil ou seu sexo, porém, o processo é longo e dificultoso, fazendo com que o nome social seja uma facilidade temporária.

Edinei Mora, Fernando Lopes e Luiz Roberto Prandi (2012, p. 366) informam que a utilização de nome social para fins jurídicos tem sofrido muitas críticas por uma parcela da doutrina mais conservadora e que não tem sido objeto de relevantes debates pelos membros do Poder Legislativo, justificando que há certa barreira em aceitar que um indivíduo, que é reconhecido amplamente em sociedade pelo nome social, também o seja desta forma reconhecido pelo Estado.

A Portaria 1820 de 2009 do Ministério da Saúde, traz que é permitido que transexuais e travestis utilizem o nome social na carteirinha de identificação do Sistema Único de Saúde (SUS), mas com ressalvas, posto que, primeiro está escrito o nome de registro e abaixo o nome social.

O Decreto nº 51.180 (Portaria nº 233, de 18 de maio de 2010) de 14 de janeiro de 2010, do município de São Paulo, dispõe sobre a inclusão e uso do nome social de pessoas travestis e transexuais nos registros municipais relativos a serviços públicos prestados no âmbito da Administração Direta e Indireta.

Embora não exista ainda disciplina jurídica direcionada para uma efetiva proteção do nome social, o Estado paulatinamente tem implementado políticas públicas direcionadas aos transexuais, possibilitando a exemplo do nome social, sua utilização como forma de identificação oficial em determinadas situações.

Nesta esteira, alguns Estados da Federação emitiram regulamentações autorizando que esses indivíduos possam ser reconhecidos por instituições de ensino médio pelo nome social, ao invés do nome civil, como forma de inclusão e efetivação do princípio da igualdade de condições para acesso e permanência na escola.

É com sabedoria que elucidam Edinei Mora, Fernando Lopes e Luiz Roberto Prandi (2012, p. 369):

A escola é um ambiente essencial para a formação da identidade de qualquer ser humano, pois é nela que se estabelecem as relações sociais e se permite a construção e formação do caráter e da personalidade intelectual. Uma boa formação acadêmica vem ao encontro de uma vida profissional de sucesso. No entanto, travestis e transexuais não atingem seus objetivos educacionais por não conseguirem frequentar o ambiente escolar ou até mesmo por não conseguirem finalizar seus estudos simplesmente pelo preconceito sofrido nestes estabelecimentos.

Uma das formas de garantia de inclusão e permanência no espaço escolar é a utilização do nome social por travestis e transexuais na escola pública, que nada mais é do que assegurar um direito personalíssimo.

Atualmente dezessete Estados da Federação possuem regulamentos para que travestis e transexuais possam ser identificados na rede de ensino pelo nome social, demonstrando o compromisso com a desburocratização e efetivação dos direitos fundamentais à identidade de gênero e do livre desenvolvimento da personalidade.

Importante informar que, o prenome anotado no registro civil deve ser utilizado para os atos que ensejarão a emissão de documentos oficiais, acompanhado do prenome escolhido.

São inúmeros os decretos, resoluções, portarias que autorizam o uso do nome social por travestis e transexuais, de acordo com sua identidade de gênero, antes do reconhecimento judicial.

César Rabelo, Cláudia Viegas e Leonardo Poli (2014, p. 28) alertam para essa criação do nome social, pois, para os transexuais, a utilização de nome social consiste em constrangimento público passível de discriminação. E considera que, se a cirurgia modificou o sexo, o nome deveria ser automaticamente alterado sem necessidade de utilização de nome social, mas de um novo nome compatível com a nova redesignação social.

O nome social, em verdade, é a denominação construída por travestis e transexuais para serem reconhecidos perante a sociedade e que possui relação direta com o gênero com o qual se identificam, seja ele masculino ou feminino, no entanto, não resolve o problema de identificação dos transexuais.

Ante a discussão do direito ao nome e todos os problemas decorrentes da não autorização da modificação, será exposto a seguir de que forma a não alteração do nome influenciará no matrimônio do transexual.

4 O CASAMENTO

De casamento há numerosas definições que não se limitam às vezes a conceituá-lo, porém, refletem concepções originais ou tendências filosóficas. Mesmo que todos os sistemas o disciplinem, inexistem uniformidade na sua caracterização. Dessa forma, para bem compreender o conceito de casamento, se faz imprescindível entendê-lo na concepção contemporânea do Direito de Família, analisar sua natureza jurídica, bem como suas finalidades e invalidades.

4.1 O CASAMENTO NA CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DO DIREITO DE FAMÍLIA

O Direito de Família, no Código de 1965, era um ramo do direito intimamente ligado ao matrimônio, tendo suas normas e princípios a função de regular a celebração do casamento, sua validade e efeitos.

Porém, diante do caráter plural das entidades familiares trazido pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, não há mais como se pensar que a família é apenas aquela que decorre do matrimônio.

Dessa forma, prelecionam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2014, p.49-50) que o Direito de Família disciplina as relações que se formam na vida familiar, podendo ter origem no casamento, na união estável, na família monoparental e em outras situações fundadas no afeto e na solidariedade.

Nesse contexto, Cristina de Oliveira Zamberlam (2011, p. 97) pontua que, a família brasileira e por consequência, o Direito de Família, vêm sofrendo profundas mudanças na sua estrutura interna e social e que, outros arranjos familiares foram compostos na contemporaneidade, para além da família tradicional, cumprindo a função que a sociedade destina à família – transmissão da cultura e formação de sujeitos.

A família, neste final de século, ganha um novo contorno, passando a ser o centro de realização da pessoa, uma comunhão de afeto, o seu fim último de vida em sociedade, (FACHIN, 2011, p. 131)

Caio Mário da Silva Pereira (2014, p. 32) ensina que:

Na sua evolução pós-romana, a família recebeu a contribuição do direito germânico. Recolheu, sobretudo, a espiritualidade cristã, reduzindo-se o grupo familiar aos pais e filhos, e assumiu cunho sacramental. E veio revestir no direito moderno outras características. Substituiu-se à organização autocrática uma orientação democrático-efetiva. O centro de sua constituição deslocou-se do princípio da autoridade para o da compreensão e do amor. As relações de parentesco permutaram o fundamento político da agnatio pela vinculação biológica da consanguinidade.

O novo contorno das famílias se justifica através da mudança da sociedade, que é o elemento informador para a evolução da família e, por via de consequência, do Direito da Família. Na medida em que se busca a realização pessoal do indivíduo, está mais latente a valorização do “ser”. (FACHIN, 2011, p. 80)

Restam evidenciados os desafios que reclamam um novo olhar para o Direito de Família, prezando a efetividade material dos direitos, assentados na dimensão pessoal, haja vista que, os vínculos de afetividade projetam-se no campo jurídico como a essência das relações familiares e o afeto constitui a diferença específica que define a entidade familiar.

Carlos Roberto Gonçalves (2013, p. 31), verifica que, a Constituição Federal, alterando o conceito de família, impôs novos modelos e que, embora a família continue a ser base da sociedade e a desfrutar da especial proteção do Estado, não mais se origina apenas o casamento, uma vez que, a seu lado, duas novas entidades familiares passaram a ser reconhecidas: a constituída pela união estável e a formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

O alargamento conceitual das relações interpessoais resultou em reflexos na conformação da família, que não possui mais um significado singular. A mudança da sociedade e a evolução dos costumes levaram a uma verdadeira reconfiguração no casamento e no Direito de Família.

Jones Figueiredo Alves e Mário Luiz Delgado (2005, p. 759) ensina que:

A supressão da cláusula "e institui a família" no referido dispositivo, quando reexaminado o projeto na Câmara Federal, afastou o falso desígnio de ser a família apenas constituída pelo casamento, como dispunham todas as Constituições anteriores. A supressão atendeu a proposição que formulamos atentos ao disposto no art. 226 da CF que, tendo a família, como base da sociedade, assegura-lhe especial proteção do Estado, possuindo ela várias fontes de formação, além da estabelecida pelo casamento.

Atualmente o que identifica a família não é nem a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par ou o envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida. Hoje, o afeto se sobrepõe a esta nuance, mas não anula a sua existência.

Surge então a necessidade de respeitar a existência de novas configurações familiares. Deve-se assegurar, por exemplo, a igualdade substancial entre homens e mulheres, para o reconhecimento das relações homoafetivas.

Sendo assim, o Direito de Família tem uma grande dificuldade de tutelar esses novos modelos de família que vem surgindo, uma vez que, não há amparo em uma legislação em harmonia com os avanços da realidade. As famílias, atualmente, não consistem apenas na união de indivíduos determinados que compõem uma família, não há apenas laços biológicos, hoje a existência do afeto é considerada uma forma de unir as pessoas.

O afeto hoje é um bem jurídico que deve ser tutelado pelo Estado, com suas vênias, pois ele é o que une as pessoas. Antigamente, não se atentava aos vínculos socioafetivos como elemento central desta relação. Em que pese a atuação do Direito de Família se restringisse a estrutura patriarcal, formada por um homem, uma mulher e seus filhos, é importante destacar, que este ramo do Direito, apesar de voltado para o afeto e para a concepção de família eudemonista não perde seu caráter patrimonial, haja vista que, este não deixou de existir, a exemplo, da escolha do regime de bens do casamento, as obrigações alimentares e o regime sucessório.

4.2 CONCEITO

O art. 1.511 do Código Civil de 2002 determina que o “casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”.

Rolf Madaleno (2013, p. 104) diz que a definição de casamento divide as opiniões dos autores, com uma corrente defendendo a natureza contratual, porque requer o consentimento dos nubentes e outra corrente atribuindo ao matrimônio uma feição institucional, porque imperaram no casamento normas de ordem pública, a impor deveres e a reconhecer direitos aos seus membros.

Washington de Barros Monteiro (1999, p. 12-13) assevera que:

No estudo da instituição matrimonial a primeira questão com que defrontamos é relativa à sua natureza jurídica. A concepção clássica, depara no casamento uma relação puramente contratual, estabelecida por acordo entre os cônjuges. De outro lado, acha-se a concepção supra-individualista, que vislumbra o casamento como uma grande instituição social, que, de fato, nasce da vontade dos contraentes, mas que, da imutável autoridade da lei, recebe sua forma, suas normas e seus efeitos. A essas duas concepções, podemos acrescentar terceira, proposta por ROUAST e de natureza eclética: o matrimônio é ato complexo, ao mesmo tempo contrato e instituição.

Conclui, nesta esteira que, o casamento é uma instituição e que, configura o contrato, especialmente, no acordo de vontades, ao passo que no casamento não basta o elemento volitivo, tornando-se igualmente necessária a intervenção da autoridade.

Segundo Silvio Luís Ferreira da Rocha (2004, p. 24)

A doutrina contratual vê o casamento como um contrato por pressupor que existem declarações convergentes de vontades dos nubentes. Essa concepção contratualista deriva do direito canônico que valoriza o casamento como ato de vontade dos nubentes, relegando a plano secundário a intervenção do celebrante na formação do vínculo. Como visto, a Igreja Católica no Concílio de Trento definiu o casamento como a "união conjugal do homem e da mulher, que se contrata entre pessoas capazes segundo as leis, e que as obriga a viver inseparavelmente, isto é, em perfeita união com a outra

Na definição de Clóvis Beviláqua citado por Carlos Roberto Gonçalves (2013, p. 39), “o casamento é um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolavelmente, legalizando por ele suas relações sexuais, estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a criar e a educar a prole que de ambos nascer”.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2014, p. 177) defendem que é preciso apartar o casamento da ideia de procriação, colacionando o direito positivo quando permite a adoção por pessoas não casadas e o planejamento familiar, deixando clara a inexistência de uma relação implicacional entre o casamento e a reprodução.

Carlos Roberto Gonçalves (2013, p. 47) concorda com o pensamento registrado alhures, quando diz que se aceito que a reprodução constitui o fim exclusivo do matrimônio, ter-se-á de concluir pela anulação de todos os casamentos em que não advenha prole.

No mesmo sentido, Washington de Barros Monteiro (1999, p. 99) pontua:

A instituição não tem exclusivamente por fim a procriação; visa também ao estabelecimento de união afetiva e espiritual entre os cônjuges. Uma vez que essa união pode ser alcançada, inexistirá motivo para anular o casamento, só porque dele não adveio prole, em razão da esterilidade de um dos cônjuges. A jurisprudência é pacífica a respeito, tanto para a mulher como para o homem.

Na realidade a referência à prole não é essencial. A falta de filhos não afeta o casamento, pois casam-se pessoas que não têm condições de procriar. E, seria inconcebível anular todos os casamentos de que não advenha prole.

Segundo Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2014, p. 184):

Até o advento da constitucional, o matrimônio sempre havia sido enxergado pela ótica institucionalista, servindo como uma instituição jurídica e social, através da qual era constituída a família, plena em regulamentações. Mais interessava o

atendimento das formalidades e prescrições legais do que a proteção e a felicidade das pessoas envolvidas.

O casamento, como todas as instituições sociais, varia com o tempo e os povos. Não existe em todo o direito privado instituto mais discutido. Parte dos doutrinadores acreditam ser o casamento o fundamento da sociedade, base da moralidade pública e privada.

Nessas linhas é que Maria Helena Diniz (2011, p. 51) ressalta, "é o casamento a mais importante e poderosa de todas as instituições de direito privado, por ser uma das bases da família, que é pedra angular da sociedade".

Afirmam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2014, p. 174) que, "o casamento é uma instituição histórica, trazendo consigo a marca da tradição e de inúmeros fatores que a ele se agregaram com o passar do tempo. É, enfim, uma instituição milenar, conglobando valores culturais, sociais, religiosos, biológicos e jurídicos".

Segundo Caio Mário da Silva Pereira (2014, p. 81), "casamento é a união de duas pessoas de sexo diferente, realizando uma integração fisiopsíquica permanente e é nesta integração que subsiste a essência do casamento, elemento que se sobrepõe às mutações sociais e culturais".

Sabe-se que, não é possível concluir que a vida do casal, composta de um homem e uma mulher, é, nos dias atuais, a única forma de vida familiar e comunitária uma vez que, foram sem sucesso as tentativas do Estado em controlar as relações sexuais ao impor que elas só poderiam existir dentro do casamento.

Maria Berenice Dias (2009, p. 140) aduz que o Código Civil não traz qualquer definição nem tenta conceituar o que seja família ou casamento, além de não identificar sequer o sexo dos nubentes, limitando-se a estabelecer requisitos para sua celebração.

Ocorre que, em que pese os arts. 1514, 1517 e 1535, se utilizar de forma expressa dos termos "homem e mulher" e "marido e mulher", a diversidade de sexos não foi barreira para impedir a conversão da união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo, de acordo com a Resolução 175 do Conselho Nacional de Justiça .

Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 143) traz que ainda que a Constituição Federal de forma indireta, reconheça a união estável entre homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento, e ao proclamar que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (art. 226, §§ 3º e 5º), a Magna Carta só admite casamento entre pessoas que não tenham o mesmo sexo.

Nesta esteira, vale trazer à baila o reconhecimento da proteção do Estado à entidade familiar constituída por qualquer dos pais e seus descendentes ou à união estável entre um homem e uma mulher (art. 226, §§ 3º e 4º, da Constituição Federal) e a admissão de união estável entre os homoafetivos, conforme decisão do STF na ADI 4.277/DF e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, publicada em 04 e 05.05.2011.

O conceito de casamento assume múltiplos aspectos, derivados da natureza das relações que os formam. De acordo com Camilo de Lelis Colani Barbosa (2006, p. 20) ao utilizar-se das terminologias criadas por Pontes de Miranda acerca das acepções conceituais do casamento, aborda-o como entidade biológico-reprodutiva, o casamento enquanto entidade social e o casamento como entidade jurídica.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2014, p. 176) defendem que o casamento não é o objetivo central da vida das pessoas humanas, sendo essa uma opção pessoal. No entanto, trazem que:

Casando ou não, a pessoa humana merecerá, sempre, a mesma proteção, dessa forma, optando pela via formal e solene do casamento, por igual estará protegida e as normas do casamento adaptadas para realçar a sua dignidade, igualdade substancial e liberdade, além de ser estabelecido um elo solidário entre cada um dos cônjuges.

A finalidade precípua do casamento seria então, o estabelecimento de uma comunhão de vidas, não se prestando a fins específicos que podem, ou não, estarem presentes nas diferentes relações de casamento.

Washington de Barros Monteiro (1999, p. 14) afirma que, para a concepção individualista, o matrimônio é uma comunidade de amor, tem ele por escopo, principalmente, as relações pessoais entre os cônjuges.

Mais importante do que se discutir o conceito de casamento, sua natureza contratual ou institucional, é perceber que no casamento identifica-se uma relação de afeto, de comunhão de interesses e, sobretudo, respeito, solidariedade e compromisso. Em que pese haja proteção constitucional ao matrimônio, podem ocorrer vícios de tamanha gravidade que resulte na invalidade, tornando-o nulo ou anulável.

4.3 INVALIDIDADE DO CASAMENTO

O casamento inválido pode ser nulo ou anulável, dependendo do grau de imperfeição, ou seja, de inobservância dos requisitos de validade exigidos na lei. Invalidar o casamento significa lhe tirar o valor e, a invalidade compreende a nulidade e anulabilidade.

Nos dizeres de Maria Berenice Dias (2015, p. 183), "A distinção entre casamento nulo e anulável diz respeito à natureza do vício que o macula: vício sanável gera nulidade relativa; vício insanável leva à nulidade absoluta.

Maria Helena Diniz (2011, p. 272) aduz que, "o sistema de nulidade do casamento contém normas próprias que o tornam uma especialização da teoria geral das nulidades, logo, não seria prudente adotar no âmbito matrimonial, na íntegra, os princípios e critérios do regime das nulidades dos negócios jurídicos".

Tal especialização se constata no regime das nulidades absolutas do casamento, pois está intimamente ligado ao sistema dos impedimentos matrimoniais, ao passo que, a ausência de certos requisitos para a capacidade matrimonial e para a validade do casamento pode levar à nulidade relativa do matrimônio.

Segundo Rolf Madaleno (2013, p. 135), "com o advento da Lei do Divórcio, a nulidade e anulação do matrimônio perderam bastante interesse e cedeu rápido espaço para as demandas de dissolução do casamento, considerando que a adoção do divórcio aboliu a indissolubilidade do casamento no Brasil".

Cumprir fazer uma ressalva no sentido de que, com a Lei do Divórcio as nulidades do casamento não perderam espaço, uma vez que, as causas de nulidade representam gravidade tal, que o divórcio não atende o interesse consubstanciado.

De qualquer forma, há diferenças entre divórcio e desconstituição do casamento pela sua nulidade ou anulabilidade. A anulação do casamento tem efeito retroativo e o dissolve desde sua celebração. O divórcio produz efeitos a contar do trânsito em julgado da sentença que o decreta. (DIAS, 2011, p. 270)

É questionável, no entanto, a afirmação acima, no sentido de que o art. 1.561 do Código Civil, traz que "mesmo nulo ou anulável, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento produzirá todos os efeitos com relação aos filhos até o dia da sentença anulatória", e o art. 1.563 dispõe que "a sentença que decretar a nulidade do casamento retroagirá à data

da sua celebração, sem prejudicar a aquisição de terceiros de boa fé, nem a resultante de sentença transitada em julgado".

Percebe-se que, tanto na hipótese do casamento nulo, como na hipótese do casamento anulável, o casamento existe, e foi celebrado, no entanto, a produção dos efeitos jurídicos se dará de forma diferente, conforme se verá adiante.

4.3.1 Casamento nulo

No tocante à nulidade matrimonial o novo Código Civil, estabelece em seu artigo 1.548 o seguinte, “é nulo o casamento contraído: **I** - pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil; **II** - por infringência de impedimento”.

A primeira hipótese de nulidade matrimonial é o casamento de um enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil. Afinal o casamento é o negócio jurídico em que a liberdade e a consciência do consentimento devem ser observadas em vários momentos distintos.

As demais causas de nulidade do casamento são aquelas derivadas de situações de impedimento, previstas no artigo 1.521, I a VII do Código Civil.

Rolf Madaleno (2013, p. 137) diz que o interesse na proposição da ação de nulidade do casamento pode ser de ordem moral e eugênica e sua incidência é de ordem pública, como norma de aplicação cogente e imprescritível e, no tocante aos efeitos da nulidade do casamento leciona que, os efeitos da nulidade do casamento retroagem à data da celebração das núpcias judicialmente declaradas inválidas, sem prejuízo da eventual aquisição de direitos, a título oneroso, por terceiros de boa-fé.

A declaração de nulidade proclama, retroativamente, jamais ter existido casamento válido. Por isso diz-se que, em princípio, a nulidade produz efeitos *ex tunc*. É o que diz o art. 1.563 do Código Civil.

Camilo de Lelis Colani Barbosa (2011, p. 108) pontua que, o casamento pode até realizar-se; no entanto, estará passível de declaração de nulidade, em face da gravidade e ao impacto social das hipóteses que se apresentam nos impedimentos absolutos.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2014, p. 237) ensinam quanto aos efeitos *ex tunc* que:

Da decisão judicial que declara a nulidade de um casamento, é de se reconhecer que as partes voltam, em linha de princípio, ao estado civil anterior (*status quo ante*), afinal daquele casamento não decorreram efeitos. Com isso, as relações jurídicas decorrentes do matrimônio são desfeitas, como regra. Serão reconhecidos os efeitos do casamento (como a manutenção do uso do sobrenome, o direito a alimentos etc), porém, se um deles estiver de boa-fé e tiver requerido ao juiz o reconhecimento da putatividade (CC, art. 1.561).

Constata-se, desta forma que, quem casa desobedecendo vedação legal, afronta preceito de ordem pública, pois a lei diz "não podem casar", desta forma, isto é visto como ameaça à estrutura da sociedade, uma vez que, ela mesma repugna tal matrimônio, haja vista a gravidade do vício, portanto, se terá um casamento nulo.

4.3.2 Casamento anulável

Anulabilidade matrimonial está prevista no artigo 1.550 do Código Civil, que traz as hipóteses de se anular o casamento:

É anulável o casamento: **I**- de quem não completou a idade mínima para casar; **II** - do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal; **III** - por vício da vontade, nos termos dos arts. 1.556 a 1.558; **IV** - do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento; **V** - realizado pelo mandatário, sem que ele ou o outro contraente soubesse da revogação do mandato, e não sobrevivendo coabitação entre os cônjuges; **VI** - por incompetência da autoridade celebrante.

Jones Figueiredo Alves e Mário Luiz Delgado (2005, p. 785) comentam que é:

Anulável o casamento por vício de vontade (art. 1550, III), nos termos dos arts. 1.556 e 1.557 (por erro essencial) e por coação (art. 1.558), tem-se, que a coação, para os fins de anulabilidade do casamento, será considerada somente aquela verificada pelo fundado temor de mal considerável e iminente para a vida, a saúde e a honra, do contraente ou de pessoa de sua família. Adota-se, nesse fim, o instituto da coação moral do art. 151 do CC.

Rolf Madaleno (2013, p. 138) assevera que, "a anulação do casamento não segue a ordem pública da ação de nulidade e autoriza em certos casos a perfeita convalidação do casamento, bem como diminui o número de pessoas legitimadas a promoverem a ação de anulação".

Dessa forma, depreende-se que, o cônjuge uma vez que tendo ciência do acontecimento ou da situação antes ignorados, poderá optar por dar continuidade ao matrimônio convalidando-o, por conseguinte ou requerer a anulação judicialmente.

A anulabilidade tem por fundamento razões que não são de interesse social, podendo prevalecer ou deixar de prevalecer o matrimônio. Sua invalidade diz respeito a interesse dos próprios cônjuges.

O que interessa ao estudo em comento são os vícios do consentimento, onde se encontra a anulação do casamento por erro. A anulabilidade do casamento por vício de vontade (art. 1.550, III) se refere ao erro essencial quanto à pessoa do outro cônjuge, conforme dispõe o art. 1.556 do Código Civil, "o casamento pode ser anulado por vício da vontade, se houve por parte de um dos nubentes, ao consentir, erro essencial quanto à pessoa do outro".

A primeira condição a apurar no caso é de ter sido o erro determinante do matrimônio, isto é, sem ele a pessoa não teria consentido no casamento. Dispõe o art. 1.557 que considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro 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, ou de moléstia grave e transmissível, pelo contágio ou herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência;
- IV - a ignorância, anterior ao casamento, de doença mental grave que, por sua natureza, torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado.

O art. 1.557, I, diz respeito à identidade do outro cônjuge, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado.

Caio Mário da Silva Pereira (2013, p. 164) conclui que, no tocante ao erro essencial, todos os casos são de consentimento defeituoso, manifestação volitiva imperfeita ou viciada de interferência estranha. E entende que, o casamento anulável é virtualmente válido em um primeiro momento, até que seja pronunciado o decreto judicial de sua invalidade. Em outras palavras, é um ato subordinado à condição resolutiva de um pronunciamento contrário.

De acordo com os autores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2014, p. 245) o erro ou ignorância é o resultado de uma falsa percepção, noção, ou mesmo da falta de percepção sobre a pessoa, com quem se está se casando. Ressaltam ainda, pontualmente, que não é qualquer espécie de erro que torna anulável o matrimônio, posto que, o erro só será admitido como causa de anulabilidade do casamento se for essencial, sendo a causa eficiente da declaração de vontade.

No mesmo sentido, Rolf Madaleno (2013, p. 140) pontua que, "o erro é uma falsa percepção da realidade e faz com que uma pessoa acabe por manifestar uma vontade diferente daquela a ser realmente externada se tivesse conhecimento exato da situação".

Camilo Colani (2006, p. 112) entende que:

Erro, como se percebe das construções legislativas, pode ser definido como a ignorância de fatos ou de condição específica sobre a pessoa do outro cônjuge, ignorância essa anterior à realização do matrimônio. Em outras palavras, trata-se do casamento levado a efeito com a ocultação, por parte de um dos cônjuges, de situação ou acontecimento que, se houvesse sido conhecida pelo outro cônjuge, poderia levar à desistência do matrimônio.

Da mesma forma explicita Maria Helena Diniz (2011, p. 284) quando salienta que para que o erro essencial quanto à pessoa do outro consorte seja causa de anulabilidade do casamento é preciso que ele tenha sido o motivo determinante do ato nupcial, pois se fosse conhecido não teria havido matrimônio e lembra que o erro concernente à identidade se apresenta em identidade física e identidade na sociedade.

O erro alude à identidade, honra e fama do outro cônjuge, em nível tal que torne insuportável a convivência familiar. Haverá, portanto, um conflito entre a realidade e a aparência anterior. Os atributos que aparentemente eram positivos, revelaram-se negativos no curso da convivência.

Exige-se, portanto, que o conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum, de modo que, a opinião comum se oriente no sentido de considerar tal erro capaz de determinar a vontade. A noção de erro essencial está ligada a um juízo que o sendo comum das pessoas fazem sobre a razoabilidade da alegação do erro, no caso concreto.

Segundo Orlando Gomes, citado por Sílvio Luís Ferreira da Rocha (2004, p. 41):

O erro como vício do consentimento reduz-se a uma das espécies do erro essencial, o *error in persona*. A expressão "erro sobre a pessoa" deu lugar a diversas dissensões e na França sua interpretação originou três correntes principais: a que circunscrevia o erro à identidade da pessoa; a que o estendia à identidade civil ou social do nubente; e a que o estendia ainda às qualidades substanciais da pessoa. Esta última corrente é a mais aceita. Por qualidades substanciais da pessoa entende-se aquelas que servem para caracterizar um indivíduo, como os atributos físicos, civis e sociais.

Quando se fala em erro sobre a identidade civil, está se tratando, por exemplo, da hipótese de alguém casar com um divorciado, supondo-o solteiro, ou de casar com um transexual que teve o seu estado alterado antes de contrair casamento.

De acordo com Paulo Lôbo (2011, p. 129) a principal causa de anulação de casamento na casuística dos tribunais é o erro sobre a pessoa do outro cônjuge. Segundo ele, diz respeito às qualidades essenciais da pessoa, ou seja, suas características morais, intelectuais, espirituais, físicas, socioprofissionais, que a distinguem das outras pessoas.

Conforme ensinamento de Carlos Roberto Gonçalves (2013, p. 164):

“O erro como regra geral, consiste em uma falsa representação da realidade. Em matéria de casamento nada mais é do que uma especificação da teoria geral do erro substancial quanto à pessoa. Nessa modalidade de vício de consentimento o agente

engana-se sozinho. Deve-se, no entanto, salientar que não é qualquer erro que torna anulável o negócio jurídico ou o casamento. Para tanto, deve ser substancial. Há de ser a causa determinante, ou seja, se conhecida a realidade, o casamento não seria celebrado”.

No tocante ao dolo não tem lugar em nosso sistema a anulação do matrimônio por tal causa anulatória nesse sentido. Ressalta Caio Mário da Silva Pereira (2014, p. 165), “que quando a maquinação dolosa induz a erro quanto à pessoa, o consórcio já incide nesta causa anulatória”.

Em outras palavras, não há necessidade que tenha havido intenção dolosa de ocultação pelo cônjuge, pois a intensidade dos fatos dissimulados pode ser sentida apenas na convivência, de onde resulta a insuportabilidade da convivência.

Depreende-se, portanto, que, vício do consentimento é o desconhecimento da situação ou do acontecimento, que impediu a livre e espontânea manifestação. O erro vicia a vontade que não se produziu livre e nem soberana, e, para determinar a anulação do casamento, o erro há de ser substancial, fundamental, determinante para a manifestação.

4.4 CASAMENTO INEXISTENTE

Em se tratando de invalidades, conforme visto alhures, o casamento existiu, mas por estar impregnado de um vício de origem resultará invalidado por um decreto judicial, ao contrário do casamento inexistente, onde é dispensada a intervenção judicial de um casamento que, no plano jurídico, jamais existiu.

Acerca dos atos inexistentes, Washington de Barros Monteiro (1999, p. 83) explicita:

O Código Civil brasileiro não se referiu de modo expresso ao ato inexistente, por se tratar de mero fato, inábil à produção de consequências jurídicas. A rigor, nem precisa se lhe declare a ineficácia por decisão judicial, porque ele nunca existiu juridicamente, nem se torna possível destruir o que não existe. O ato inexistente é o nada. A lei não o regula, porque não há necessidade de disciplinar o nada.

Percebe-se, portanto, uma tentativa de transformar o casamento em um ato invisível, em um nada jurídico, cuja ocorrência não gera qualquer efeito, pois inexistente vínculo matrimonial. O casamento inexistente, seria de tal modo evidente, que dispensa regulamentação legislativa, uma vez que, consiste numa aparência de casamento, que a ordem jurídica não pode admitir, ainda que para anulá-lo.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2014, p. 229) aduzem que:

“No plano da existência não se discute a validade ou invalidade do casamento e tampouco a sua eficácia. Neste plano analisa-se o ser, isto é, o preenchimento das condições mínimas para que possa produzir ser admitido como um acontecimento relevante para o Direito das Famílias – e para a ciência jurídica como um todo”.

Bem define Rolf Madaleno (2013, p. 136), “casamentos inexistentes são aqueles que não foram celebrados de acordo com as prescrições legais em vigor, desvestidos das solenidades obrigatórias, ou que careçam de quaisquer de seus pressupostos de constituição”.

José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco Ferreira Muniz, citados por Camilo de Lelis Colani Barbosa (2006, p. 103), afirmam que:

A categoria do casamento inexistente distinta da do casamento nulo atendia à necessidade prática, derivada da aceitação do princípio *pas de nullité sans texte em matière de mariage*, pois o caráter taxativo da enumeração de causas de nulidade levava a uma dificuldade de enquadramento de determinadas situações, posto que o Código não enumerava como hipóteses de nulidade, casos a exemplo da falta de celebração ou mesmo da falta do requisito de diversidade de sexo entre os nubentes.

Em outras palavras, relatam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2014, p. 230) que, a teoria da inexistência foi concebida, especialmente, para justificar certas situações relacionadas ao casamento. Construída na França, a teoria da inexistência foi pensada, pela doutrina, para justificar a impossibilidade de reconhecer invalidades sem expressa cominação legal (*pas de nulité sans texte*), apenas sendo permitidas as invalidades textualmente previstas na lei.

Com relação ao direito positivo brasileiro a teoria da inexistência nunca esteve reconhecida. Muitos doutrinadores afirmam ser desnecessária a distinção entre existência e validade, preferindo tratar o casamento inexistente com a mesma disciplina e efeitos do casamento nulo.

Nesse sentido, pontua Maria Berenice Dias (2015, p. 179), “a grande dificuldade, é estabelecer a distinção, no plano teórico, entre o nulo e o inexistente, o que faz surgir delicados problemas de fronteira”.

A classificação de três pressupostos de existência do casamento não é unanimemente aceita pela doutrina pátria. Não ocorrendo alguma dessas hipóteses, temos como inexistente o casamento, a citar celebração perante a autoridade legalmente investida de poderes; o consentimento manifestado na forma da lei pelos nubentes e, a diferença de sexo dos nubentes.

Washington de Barros Monteiro (1999, p. 83) sabiamente afirma:

As três hipóteses mencionadas (identidade de sexos, ausência de consentimento e falta de celebração) constituem os casos geralmente apontados pelos tratadistas para indicar o casamento inexistente, que não pode, de modo algum, sanar-se pela

ratificação ou pela prescrição, porque não se pode reconhecer, confirmar ou dar vida ao que não existe.

Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato (2011, p. 274) afirmam que, “historicamente, o casamento é o ato solene pelo qual se unem homem e mulher, com o objetivo de construir uma vida em comum. Exigia-se, pois, o consentimento, a cerimônia formal presidida por autoridade competente e a diversidade de sexo”.

Camilo de Lelis Colani Barbosa (2006, p. 105) diz que a qualidade do casamento está vinculada à importância da solenidade, da cerimônia, para que exista, dessa forma, a celebração por pessoa não investida de poder legal, ou seja, por pessoa a quem as leis de Organização Judiciária não atribuam competência, não confere legitimidade jurídica a esse ato, que por ser um nada jurídico, equivale à inexistência, e complementa que, o consentimento é ato que compõe a essência do matrimônio, uma vez que nenhuma pessoa pode, validamente, casar-se contra a vontade. Deve-se, portanto, coibir a coação para a outorga da vontade, preservando-se assim a plena liberdade dos nubentes.

No mesmo sentido repousa o entendimento de Maria Helena Diniz (2011, p. 69), quando disserta que, o matrimônio se funda no mútuo consenso dos interessados, portanto, se houver ausência total de consentimento ter-se-á ato inexistente.

Nesta esteira, entende-se que, não há matrimônio quando ausente o consentimento dos nubentes na forma determinada em lei, assim como, a incompetência da autoridade celebrante pode levar à inexistência do casamento, a qual deve estar legalmente investida dos respectivos poderes.

O terceiro pressuposto de existência do casamento consiste na diversidade de sexos, conforme explicita Maria Helena Diniz (2011, p. 69):

Casamento em que se tem identidade de sexos, falta de celebração e de consentimento não é matrimônio; trata-se de um nada, por ser inexistente, sendo lícito a qualquer pessoa desconhecer de direito e de fato tal vínculo, que inexistente nenhum efeito produz, mesmo provisório. Não é casamento nulo, nem anulável, pois nem mesmo chega a ser um matrimônio. Não é necessário que sua ineficácia seja declarada por decisão judicial porque nunca existiu juridicamente.

Maria Berenice Dias (2015, p. 181) discorda ao afirmar ser incabível defender a desnecessidade um processo judicial para declarar que o enlace matrimonial não ocorreu. Em que pese tenha sido celebrado de forma aparente, é indispensável ser proclamada sua inexistência por meio de uma ação declaratória, única forma de subtraí-lo do mundo jurídico.

No tocante à diversidade de sexos a Constituição Federal só admite casamento entre homem e mulher. A Lei Maior veda, inclusive, a união estável entre pessoas do mesmo sexo, só admitindo entre homem e mulher.

Todavia, a partir do reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da união homoafetiva como união estável, a jurisprudência, especialmente a do Superior Tribunal de Justiça, tem afastado o requisito da diversidade de sexos, admitindo expressamente o casamento homoafetivo.

No passado a diversidade de sexos dos noivos era condição imprescindível para validade do casamento, como observa o art. 226, § 5º, da Constituição Federal e o Código Civil nos arts. 1.514 e 1.517 ao estabelecerem devesse o casamento ocorrer entre um homem e uma mulher e não entre pessoas do mesmo sexo.

Caio Mário da Silva Pereira (2014, p. 92) advoga que:

Tradicionalmente, o ato nupcial sempre teve em vista a união de duas pessoas de sexo oposto, indicado não só como requisito, mas também como pressuposto fático de sua existência, cuja postergação fundamentava a teoria do “casamento inexistente”. (...) Nem por isso, pode-se desconhecer como válida a convivência entre pessoas do mesmo sexo, a qual dia a dia se torna mais frequente.

Ante o exposto, das hipóteses eleitas pela doutrina a única que continua sustentando a categoria de casamento inexistente é a do casamento homossexual, embora a jurisprudência venha deferindo esta possibilidade. Nesta esteira, ante a discussão da diversidade de sexos e do casamento homossexual, cumpre trazer ao estudo a possibilidade do casamento do transexual.

4.5 CASAMENTO DO TRANSEXUAL

A transexualidade não possui previsão legal no ordenamento jurídico pátrio. Assim, o Judiciário, mediante o emprego da interpretação, busca adequar as soluções dos litígios à realidade social.

Trata de um tema bastante polêmico, e muito se discute acerca da possibilidade do transexual de contrair matrimônio ou constituir união estável, formando assim uma família nos moldes legais.

A questão em debate persiste na validade do casamento do transexual após o tratamento médico e a modificação do registro civil, uma vez que, houve a mudança de sexos. Cumpre

ressaltar que as mudanças são apenas nos caracteres externos, permanecendo os órgãos congênitos do anterior sexo.

Adriana Caldas (2013, p. 318) informa que:

O debate abrangendo indivíduos transexuais leva a sérias consequências no mundo do direito, pois, após a transformação da aparência sexual, reclamam-se, em seguida, o reconhecimento legal de seu novo sexo e todas as implicações que as modificações do sexo e, conseqüentemente, do estado, acarretam para o direito de família, tendo em vista que a mudança do estado civil torna-se parte integrante da terapêutica do transexual.

Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves (2011, p. 273) entendem que o fato de a legislação brasileira sobre casamento não mencionar a situação do transexual, poderia se concluir que, diante da ausência de normas que proíbam o casamento de transexuais, esse deveria ser permitido, ainda mais com a alteração do prenome e do gênero no registro civil.

Ana Paula Peres (2001, p. 210) aduz que:

Normalmente, os sistemas jurídicos apontam a finalidade procriadora do casamento como um empecilho a que os transexuais se casem. De qualquer sorte, esse obstáculo deixa de ter grande significado por haver diversos casais sem filhos, embora gozem de perfeita saúde para tê-los, como, também, por haver casais que, diversamente, não podem procriar em virtude da idade avançada ou de problemas de saúde, não tendo o ordenamento jurídico lhes negado o direito ao matrimônio. Minimizando a alegada finalidade procriadora do casamento, pode-se citar, ainda, o casamento *in extremis*. Em verdade, o matrimônio realizado, nessas condições atenua, inclusive, a importância da relação sexual.

João Baptista Villela, citado por Ana Paula Peres (2001, p. 213), entende ser possível o casamento entre pessoas do mesmo sexo, sob o argumento moderno da despolarização procriacional dessa instituição.

Antônio Chaves, citado por Adriana Caldas (2013, p. 320) sustenta a possibilidade do casamento do transexual que já tenha obtido o reconhecimento judicial da sua redesignação sexual, pois entende que a inexistência de aptidão procriativa não é causa para a descontinuação do matrimônio.

Percebe-se que, a procriação deixou de ser uma imposição social e se tornou uma forma de livre escolha dos casais e, uma vez afastada a finalidade procriadora do casamento, destaca-se a intenção das pessoas de se unirem no amor, o que não é um atributo exclusivo da heterossexualidade.

Superada a ideia de finalidade procriadora do casamento, é importante estudar a validade do casamento do transexual, haja vista a importância de dar conhecimento ao consorte de sua condição, evitando assim, a anulação fundada em erro. O artigo 1.557, inciso I, do Código

Civil, disciplina que o erro envolve a identidade, a honra e a boa fama da pessoa, sendo esse erro tal que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado.

Se o cônjuge desconhece a situação de transexual operado daquele com quem contraiu matrimônio, pode buscar a anulação desse casamento, simplesmente pelo fato de não querer suportar o peso da evidência social que lhe impingirão os que, piores de preconceito, tenham conhecimento desta situação. (BELLAZZI; GOMES, 2001, p. 584)

A insuportabilidade da vida em comum poderia ser evitada, se fosse dada ao cônjuge enganado chance de tomar conhecimento acerca das qualidades da pessoa com quem está convolvendo núpcias, no entanto, problema de outra monta surge quando, se determina a expressão transexual no registro civil, conforme se verá.

Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 145) cita jurisprudência autorizativa de alteração de nome e a menção do termo transexual, como forma de evitar anulações de casamento fundadas em erro com relação à pessoa do cônjuge:

A partir da decisão pioneira proferida no Processo n. 621/89 da 7ª Vara da Família e Sucessões de São Paulo, deferindo a mudança de nome masculino para feminino, de transexual que se havia submetido à cirurgia plástica com extração de órgão sexual masculino e inserção de vagina, outras se sucederam, determinando-se, porém, que constasse no registro civil, no lugar de sexo masculino, a expressão transexual, para evitar que este se habilitasse para o casamento induzindo em erro terceiros, pois em seu organismo não estavam presentes todos os caracteres do sexo feminino.

Nesses casos, ressalte-se, deve ser declarado expressamente o efeito *ex nunc* da sentença, para não prejudicar situações anteriormente consolidadas.

Contrária a essas decisões que impõem a discriminação do transexual Maria Berenice Dias (2011, p. 142) se posiciona no sentido de que antes da realização da cirurgia seria possível a alteração do nome e da identidade sexual, pois, alterado o prenome e a identificação do sexo, nada justifica subtrair do transexual o direito de casar, descabendo revelar a modificação registral até para fins matrimoniais. Ainda que o cônjuge desconheça a mudança ocorrida, o casamento é válido.

Há quem sustente que, o transexual operado que não obteve êxito quanto ao pedido judicial de mudança de registro do prenome e do registro de gênero sexual e que permanece em seu registro civil o sexo de origem, poderia invocar os efeitos da ADPF n. 132 e ADI n. 4.277, do Supremo Tribunal Federal, que reconhecem a união homoafetiva como entidade familiar.

Com isso, várias decisões judiciais¹ foram prolatadas permitindo o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo

Ademais, a Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça, que obriga os Juízes à celebração de casamento ou conversão da união estável em casamento entre homoafetivos, também tem resultado em decisões favoráveis aos homossexuais².

Adriana Caldas (2013, p. 321) registra:

Pessoalmente entendemos que a informação genética trazida pelos seres humanos não se altera, logo, por mais que se sinta o indivíduo como pertencente ao outro sexo do seu sexo originário, dele não se separará. No entanto, valorizando-se o sexo psicológico que leva à redesignação do indivíduo para o seu sexo social - e consequentemente jurídico-, nada obstará a convolação de justas núpcias, reservados os direitos da personalidade - dignidade, intimidade, identidade de gênero, sigilo, de ambos os nubentes.

Tereza Rodrigues Vieira (2009, p. 299) defende o direito ao casamento dos transexuais, julgando ser coerente que, a partir do momento em que o direito admitir a adequação do sexo, deve reconhecer ao transexual o direito de contrair matrimônio.

Prezando-se pelo respeito aos direitos personalíssimos da pessoa humana e pela leitura contemporânea do casamento, baseada no afeto, na observância dos costumes e do momento histórico vigente, vê-se valorizado o indivíduo transexual, estando apto para exercer plenamente os atos da vida civil.

Os transexuais desejam viver em harmonia e articular o masculino e o feminino. Essa possibilidade de se alterar o gênero, adequando-o a uma conformação psicológica diversa, abarca a esfera dos direitos humanos e recebe proteção principiológica na Constituição Federal.

¹ DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA AQUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCIPOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ EDA ADI N. 4.277/DF Recurso especial provido. (STJ , Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 25/10/2011, T4 - QUARTA TURMA)

² APELAÇÃO CÍVEL. HABILITAÇÃO DE CASAMENTO DE PESSOAS DO MESMO SEXO. HOMOLOGAÇÃO. Tendo em conta a vedação às autoridades competentes de recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo, trazida pela Resolução nº 175 do CNJ, de rigor a manutenção da sentença que homologou a habilitação do casamento dos apelados. NEGARAM PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70054229836, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 27/06/2013) (TJ-RS - AC: 70054229836 RS , Relator: Rui Portanova, Data de Julgamento: 27/06/2013, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 01/07/2013)

Como toda e qualquer pessoa, o transexual também deseja uma vida digna, com casamento e filhos e, as normas jurídicas devem acompanhar os fatos sociais. Dessa forma, o amor, o afeto e a solidariedade devem prevalecer também no casamento onde figure um transexual.

Mesmo ante às limitações e restrições legais, vem a Justiça autorizando a alteração tanto do nome como do sexo, sem que nos acórdãos seja feita qualquer referência sobre a possibilidade ou não da ocorrência posterior de casamento.

Ocorre que, ocorrido matrimônio com a ocultação da condição de transexualismo, se questiona a própria existência do casamento e sua higidez, assim como a possibilidade de o ato ser anulado sob o fundamento de ter ocorrido erro essencial sobre a pessoa.

Assim, o Direito não pode continuar desconhecendo a realidade vivida pelos transexuais, posto que sua finalidade é solucionar os problemas que surgem no seio da sociedade, pacificando os litígios na busca do ideal de convivência harmônica.

4.5.1 Diversidade de sexos

Conforme trazido no tópico 4.4, a diversidade de sexos já foi considerada requisito de existência do casamento. Diferentemente dos homossexuais, ao se tratar do transexual, deve-se analisar as nuances de sexo, as quais foram bem delineadas em capítulos anteriores.

A primeira pergunta que suscita é se a cirurgia de redesignação tem o efeito de mudar o sexo, ou seja, se transforma mulher em homem e homem em mulher. Duas são as hipóteses possíveis, se a cirurgia realmente tem o condão de transformar, não restariam dúvidas quanto à validade do casamento. Por outro lado, se se considera que a cirurgia, mesmo que modifique os caracteres morfológicos e fisiológicos dos órgãos genitais, não modifica os caracteres genéticos, não haveria que se falar em transformação biológica.

Maria Berenice Dias (2000, p. 114), citando Luiz Carlos Lucarelli e Antonio Chaves, que afastam a inexistência, ante a irrelevância da capacidade procriativa, não vê impedimento, depois de obtido o reconhecimento judicial de sua condição feminina.

Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 144), no tocante à diversidade de sexos, entende que, em todos os sistemas jurídicos, os legisladores, ao pensarem o negócio jurídico típico que é o casamento, idealizam-no a partir de um modelo que pressupõe a diversidade de sexos, citando os exemplos do art. 1517 e 1565 do Código Civil.

Apesar de o ordenamento brasileiro ter imposto a diversidade de sexo como um pressuposto fático de existência do casamento, no caso dos transexuais não se esbarraria nesse problema, desde que reconhecido legalmente o novo sexo pela ordem jurídica em sua plenitude, pois assim, estaria o ordenamento lhes atribuindo o sexo oposto ao seu sexo biológico, e o casamento se realizaria com uma pessoa de sexo jurídico diferente do seu. (PERES, 2001, p. 212)

Ancorados na legalidade, Morgana Bellazzi e Dácio Gomes (2001, p. 583) imprimem seus pensamentos da seguinte forma:

A legislação brasileira só permite que se realize matrimônio entre um homem e uma mulher. Assim, se for permitido legalmente ao transexual mudar seu gênero sexual no seu registro civil, ele poderá casar-se com uma pessoa do sexo oposto aquele indicado no registro alterado, mas que, na verdade, pertencerá ao mesmo sexo somático. Logo, perante a legislação pátria, esse casamento não deverá existir no mundo jurídico, tendo em vista que a intenção do legislador civil foi de vedar o casamento entre pessoas do mesmo sexo somático e não psicológico, tendo em vista inclusive o objetivo da procriação inerente ao instituto.

Dispara Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf (2013, p. 319) que, "existem interpretações divergentes sobre o tema. Inexistente seria a coincidência de sexos preconizada pela lei se se entender que há uma real troca de sexo, possuindo o transexual aptidão para o casamento".

Carlos Roberto Gonçalves (2013, p. 144) adverte que, a ausência de diversidade de sexos não deve ser confundida com hipóteses de dubiedade de sexos, de malformação dos órgãos genitais e de disfunção sexual, que somente induzem anulabilidade e, diferencia da questão que diz respeito ao transexual, especialmente quando o transexual se submete a tratamento cirúrgico e vem a ser alterados seus caracteres externos, retificando nome e sexo no registro civil.

Maria Berenice Dias (2015, p. 179) defende que nem a Constituição nem o Código Civil impõem a diversidade de sexo dos noivos como condição para celebração do casamento.

O casamento inexistente, conforme retro explicado, consiste na ausência de pressuposto de fato, que induz à invalidade do vínculo. Assim, frustrados os elementos de existência, não existe na órbita jurídica, não podendo produzir, por conseguinte, qualquer efeito jurídico.

Com relação ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, é forçoso imprimir que, nos casos envolvendo transexuais que se submeteram à cirurgia de adequação sexual, a mudança do sexo no registro civil possibilitaria a convolação de núpcias.

Maria Berenice Dias (2010, p. 115) conclui que não pode subtrair do transexual o direito de casar, pois, mesmo que não haja inversão da natureza, mas mudança de uma forma de viver, possui o transexual capacidade para o casamento, uma vez que o sexo psíquico prepondera sobre o biológico. Segundo a autora não há norma proibitiva com relação ao casamento de transexuais, desta forma, pode-se afirmar pela inexistência de impedimento para a realização do contrato de casamento.

Entende, nesse contexto que, em se tratando de transexuais, há divergência entre os sexos dos indivíduo, uma vez que, deve-se levar em consideração o que levou à modificação no assento de nascimento, qual seja o sexo psicológico, assim, o sexo morfológico não é o único indicador da divergência de sexos. Dessa forma, não é aceitável considerar o conceito de sexo fora de uma apreciação pluridimensional, resultante de fatores genéticos, somáticos e psicológicos.

Se o transexual obteve êxito na ação para alteração do sexo civil, e conseqüentemente também de seu nome, nada impede que ele venha a convolar núpcias com pessoa do sexo oposto ao seu novo sexo, uma vez que estão preenchidos todos os elementos essenciais à existência do casamento.

Não há que se falar, portanto, em inexistência do casamento de transexual transgenitalizado por ausência de divergência de sexos dos nubentes, cabendo a sua anulação apenas nas hipóteses legais.

4.5.2 O erro sobre a pessoa do cônjuge como causador de anulação de casamento

O estudo em questão se pauta na possibilidade da união legal entre pessoas do mesmo sexo, quando uma delas tenha se submetido à cirurgia de conversão sexual. Dessa forma, em havendo engano, se debate se anula o casamento a pedido do consorte, por erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge.

Conforme visto anteriormente, ainda que reconhecida a ausência de impedimento para o casamento de transexual com pessoa de sexo idêntico ao seu de nascimento, a descoberta da sua autêntica identidade pessoal, em momento posterior ao matrimônio, poderá ensejar a anulação do matrimônio por erro essencial sobre a pessoa.

Ana Paula Peres (2001, p. 214) defende a anulação do casamento por erro, mesmo que autorizada a cirurgia de redesignação e permitido o casamento:

Sendo juridicamente possível a mudança de sexo realizada anteriormente ao casamento, e sendo este permitido, quer pela jurisprudência, quer por legislação posterior, o casamento, conquanto seja válido, poderá ser anulado pelo consorte, desde que desconheça essa situação, com fundamento no erro essencial sobre a pessoa, o qual se funda no art. 1557, I ou III do Código Civil.

Vencida a discussão acerca da inexistência do casamento, importante analisar, no tocante ao casamento transexual se, este poderá ser anulado, com fulcro nos incisos I e III do art. 1557 do Código Civil.

Concluem Morgana Bellazzi e Dácio Gomes (2001, p. 280) que:

As hipóteses I e III do art. 1557 do Código Civil se encaixarão à situação do transexual que se casar sem dar conhecimento de seu estado físico ao seu cônjuge, pois embora seu corpo externe, após o tratamento, uma determinada aparência perfeitamente adequada à sua postura psicológica, esconde características hormonais e órgãos internos relativos ao sexo original, genético, não constante de seus novos documentos civis.

Segundo o inciso I, o casamento de um transexual poderá ser anulado por desconhecimento da identidade civil do cônjuge, sendo que o conhecimento ulterior ao casamento torne insuportável a vida em comum para o cônjuge enganado e, pelo inciso III, por ignorância anterior ao casamento de defeito físico irremediável ou de moléstia grave e transmissível, por contágio ou herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência.

No tocante ao inciso III, a ignorância de defeito físico, o Legislador civil fez referência àquelas qualidades físicas que julga essenciais para a validade do casamento, destacando, em primeiro lugar, o defeito físico irremediável.

Bem salienta, Maria Berenice Dias (2010, p. 117) quando afasta a incidência em erro com base no inciso III, afirmando que, em decorrência da cirurgia, o transexual está apto ao coito, não servindo a impotência coeundi de fundamento para subsidiar qualquer dos pedidos. Ao passo que, a incapacidade generandi, de fato decorre da cirurgia transformadora, mas igualmente não justifica um pedido anulatório, pois a esterilidade não tem o condão de invalidar o casamento.

Em linhas atrás, fora visto que, o matrimônio do transexual operado somente poderia ocorrer por processo de habilitação, que requer a retificação de seu registro civil. Por sua vez, isso pode gerar problemas de anulação do casamento por erro essencial sobre a identidade da pessoa, dentro do prazo decadencial de três anos (CC, arts. 1.557, I, e 1.560, III),

principalmente se não houver revelação do passado, induzindo o outro consorte em erro e tornando insuportável a vida em comum.

Maria Berenice Dias (2015, p. 181) alega que:

Ao menos é de ser admitido como existente e válido o casamento de transexual. Mesmo sem ter havido a redesignação dos órgãos genitais, obtida na justiça a alteração do nome e retificada a identidade do sexo, tais pessoas não estão impedidas de casar. O casamento não se pode ter por nulo muito menos inexistente. Alegando o consorte que desconhecia a condição de transexual do cônjuge, pode eventualmente ser reconhecido erro essencial de pessoa (CC 1.557 I). De qualquer forma, a solução seria a anulação do casamento e não o reconhecimento da sua inexistência.

Arnaldo Rizzardo (1.994, p. 121) concorda com esta solução, quando aduz que, "a inclinação transexual configura a hipótese de erro sobre qualidade pessoal. E se a mulher tivesse obtido conhecimento das peculiaridades do então noivo, não contrairia o casamento".

Para Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 146) é inegável a possibilidade de o transexual, após a cirurgia plástica e a alteração do nome e do sexo no registro civil, casar-se com pessoas pertencentes ao seu anterior sexo, como sustentam José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz, citando precedente do Tribunal Constitucional alemão, com a ressalva de que essa possibilidade não exclui eventuais anulações por erro essencial, se o outro nubente ignorava os fatos antes do casamento e a descoberta levou à insuportabilidade da vida em comum.

Camilo de Lelis Colani Barbosa (2011, p. 105) explicita que se a pessoa omite a condição de transexual antes do matrimônio, poderá o consorte valer-se de ação de anulação pelo erro quanto à qualidade essencial daquela. Todavia, se a pessoa transexual admite que adequou o seu estado sexual através de cirurgia e o cônjuge estando ciente deste fato e sendo de sexo oposto, lhe parece ser válido o matrimônio, especialmente se for procedida a alteração do registro civil.

Yussef Said Cahali, citado por Adriana Caldas (2013, p. 322) leciona que, "a aquiescência do cônjuge não abalaria a validade do casamento, mas a falta de concordância configuraria conduta desonrosa e grave violação dos deveres do casamento, pois tratar-se-ia de uma violação contra a personalidade do cônjuge".

Entende-se, portanto que, casa-se com quem se pensava casar e não com quem efetivamente se casou, o que compromete o consentimento. Dessa forma, a transexualidade ocultada, ainda que essa diferença deva ser respeitada no plano dos direitos individuais, é exemplo de erro

sobre a identidade do outro cônjuge que torna a vida em comum insuportável, permitindo a anulação do casamento dentro do prazo decadencial.

Maria Helena Diniz (2011, p. 284) entende que a menção do termo transexual tem por escopo proteger terceiros, consequentemente, evitando anulação do casamento por erro essencial sobre a pessoa, "com a finalidade de proteger o consorte defende-se a menção do termo transexual no registro civil. O matrimônio do transexual só poderia ocorrer por processo de habilitação, que requer a retificação do seu registro civil, todavia".

Carlos Roberto Gonçalves (2013, p. 145) concorda quando diz que é para proteger o consorte que se procura a mudança do prenome adequando-o ao sexo no registro civil e defende-se a menção "transexual".

No que concerne à retificação ou alteração do status sexual do transexual no Registro Civil, em que pese a questão ser deveras complexa, não pode deixar de ser apreciada pelo Judiciário mesmo que para decidir em um ou outro sentido, tenho que se utilizar de considerações metajurídicas e se valer de enfoques oriundos de ciências auxiliares do Direito. (CHAVES, 1992, p. 10)

A menção do termo transexual nos seus documentos pessoais, não obstante evitar a configuração do erro essencial sobre a pessoa, considerando-se que deveria o transgenitalizado revelar a sua verdadeira identidade sexual ao seu cônjuge, vai de encontro ao seu direito à intimidade.

Rosa Maria de Andrade Nery, citada por Maria Helena Diniz (2011, p. 331) sugere que se faça uma averbação sigilosa no registro de nascimento, assim, o interessado, no momento do casamento, poderia pedir, na justiça, uma certidão de "inteiro teor", onde consta o sigilo e, alerta que seria bastante satisfatório que se fizesse tal averbação sigilosa junto ao Cartório de Registro Públicos, constando o sexo biológico do que sofreu a operação de conversão de sexo, com o intuito de impedir que se enganem terceiros.

No mesmo sentido, defende Tereza Rodrigues Vieira (2009, p. 299) que, os direitos dos transexuais e de terceiros estarão mais assegurados se, constar somente no livro do Registro Civil a modificação ocorrida e que, por se tratar de ação concernente ao estado da pessoa, deve ser averbada. No entanto, alerta que, não se deve fazer nenhuma referência consistente à condição do transexual em nenhum outro documento, devendo constar apenas nome e sexo reconhecidos judicialmente como os verdadeiro, com a ressalva de Certidão de Nascimento, onde incluir-se-á observação de averbação, mas sem detalhes constrangedores.

Deve-se deixar a cargo do transexual a liberdade de informar ao cônjuge sua condição, pois não seria correto obrigá-lo a confidenciar algo pessoal. Não pode o legislador intervir nessa liberdade, entretanto, o transexual que omitiu sua condição deverá responder por sua dissimulação.

Tereza Rodrigues Vieira (2009, p. 313) ressalta que, o transexual masculino, que obteve o reconhecimento do seu direito à adequação do prenome e do sexo no Judiciário, possui todos os direitos de uma mulher, incluindo o casamento, mas que isso não dá o direito de omitir fato de tamanha relevância do cônjuge e, completa que, é válido o casamento de transexual que foi reconhecido com seu novo sexo e não ocultou sua condição do cônjuge antes do matrimônio.

Cumprir registrar que, a omissão da lei que impede sejam reconhecidos os direitos dos transexuais, essa minoria não aceitável socialmente e que pugna por tutela jurídica, acarreta consequentemente em mais responsabilidade para o magistrado.

Nesta senda, na defesa dos direitos fundamentais, revela-se imprescindível que as decisões judiciais e interpretações jurídicas apliquem a visão contemporânea do Direito de Família, prevalecendo a liberdade e a igualdade como condições primordiais para uma existência digna em respeito à diversidade sexual.

Se a cirurgia de mudança de sexo realmente transforma homem em e mulher e vice-versa, não restam dúvidas sobre validade e higidez do casamento. Sendo assim, seria possível ao transexual contrair casamento quando da concessão de retificação de nome e sexo.

Ocorre que, se após a transgenitalização para feminino, por exemplo, o transexual vier a contrair matrimônio com um homem, escondendo a sua anterior condição de vida, este casamento poderá ser anulado com fundamento no erro essencial sobre a pessoa.

O presente estudo se filia à corrente da anulação do casamento por erro essencial com relação à pessoa do cônjuge, uma vez que, após o transexual redesignado obter novo registro civil que conste seu novo gênero e prenome, tem, entretanto, a obrigação de informar às pessoas com quem se envolva conjugalmente de sua especial condição, sob pena de ficar claro o *error in persona* possibilitando a anulação do casamento.

Nesta esteira, ao passo em que é garantido ao transexual o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à dignidade, também é conferido ao seu consorte o direito de decidir pela anulação do matrimônio, devendo o transgenitalizado ser responsabilizado por suas escolhas quando estas afetem direitos de terceiros.

Ante o exposto, se o transexual não revelar sua condição anterior, o cônjuge enganado tem o direito de postular, a anulação de casamento em que foi constatado erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge, isto no prazo decadencial de três anos, a contar da data da celebração do matrimônio, conforme estabelece o artigo 1.560 do Código Civil.

4.5.3 Mudança de sexo na constância do casamento

A situação se torna mais complexa no caso do transexual casado que submetendo-se a tratamento cirúrgico, vem a ter alterados seus caracteres sexuais, que passam a ser idênticos aos do sexo do cônjuge. Segundo parte da doutrina, neste caso, desaparece um dos pressupostos de existência do matrimônio.

Pontes de Miranda citado por Maria Berenice Dias (2015, p. 273), diz que, se entre a celebração do casamento e a propositura da ação declaratória de sua inexistência, o cônjuge se submete a operação ou tratamento que altere seu sexo, o casamento existiu e existe e assevera que a conformação viciosa ou a mutilação dos órgãos sexuais não torna impossível a existência do casamento, uma vez que, a ação deverá debater necessariamente quanto à validade, quando houver dúvida quanto ao sexo de um dos cônjuges.

Ana Paula Peres (2001, p. 215) insiste que, "por mais que o Direito avance, acreditamos que o casamento anterior enquanto não for desfeito, constituirá sempre um óbice à realização da cirurgia".

Maria Helena Diniz (2011, p. 337) diz que, transexual casado só poderia submeter-se à cirurgia de transgenitalização após o divórcio. E questiona se na constância do matrimônio um dos cônjuges passar a sofrer de perturbação de identidade sexual, impossibilitando, por isso, o cumprimento do débito sexual, o outro poderia propor a separação judicial litigiosa com base em conduta desonrosa.

Desta forma, se ocorrer a cirurgia sem a anterior vênua do cônjuge, este poderá requerer a separação, encontrando fundamento no art. 5º da Lei do Divórcio, configurando em conduta desonrosa e grave violação dos deveres do casamento.

Tereza Rodrigues Vieira (2010, p. 77) não concorda com o divórcio por injúria grave, pois aduz não ser possível considerar como injuriosa uma mudança que se torna necessária por

uma predisposição, de modo que, o divórcio por consentimento mútuo e o divórcio por separação de fato, seriam as duas possibilidades restantes.

É desaconselhável ao transexual casado e que tenha constituído família, alterar seu sexo mediante o emprego das diversas terapias que a medicina põe a disposição. Sendo oportuno e exigível que o transexual não seja casado.

Acaso ocorra a cirurgia durante o casamento, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf (2013, p. 324) indica solução no sentido de que:

Uma vez redesignado o cônjuge, impede que tenha continuidade o casamento pela igualdade dos sexos, logo, conclui que o divórcio seja a única solução jurídica cabível, pois não se poderia falar em casamento inexistente, nem mesmo em anulação ou nulidade matrimonial, pois anteriormente à realização da cirurgia, dependendo do prazo, houve a consumação do casamento.

Caso o transexual obtenha a modificação do seu sexo, isso consistirá em motivo determinante para a separação judicial, desde que o cônjuge resignado se sinta impossibilitado de com ele coabitar. A mudança poderá importar também, se reconhecido para todos os efeitos do sexo psicossocial, em existirem pessoas do mesmo sexo casadas, o que, teoricamente, torna o casamento inexistente.

Arnaldo Rizzardo (1.994, p. 121) entende que, “se a intervenção cirúrgica ocorre na vigência do casamento, desaparecem os pressupostos de sua existência. Saliente-se, todavia, que o sexo revelado pelo tratamento médico já existia potencialmente no momento da celebração do casamento”.

Corrêa de Oliveira e Ferreira Muniz citados por Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 145) entendem não ser possível enquadrar o problema como caso de inexistência. Argumentam, com razão, que seria uma inexistência por identidade de sexos superveniente à celebração, o que contraria a própria noção de inexistência originária.

Maria Berenice Dias (2010, p. 118) reforça esse entendimento quando diz que, ainda que adquirido sexo morfológico idêntico ao do seu cônjuge, por via cirúrgica, a identidade do sexo é superveniente à celebração do casamento.

Elimar Szaniawski, citado por Ana Paula Peres (2001, p 216) sugere que, realizada a cirurgia nessas circunstâncias, a lei preveja a configuração de motivo para a dissolução automática do vínculo matrimonial do paciente.

No tocante à anuência para a realização da cirurgia, explana Ana Paula peres (2001, p. 2157:

Há quem sustente que, para que o transexual casado possa ser operado, há necessidade do consentimento expresso do seu cônjuge. Isso porque a posse do

estado de casado faz estreitar a possibilidade de disposição do próprio corpo. A questão não é tranquila, visto que existe quem dispense a referida anuência, sob o argumento de que, em outras situações, em que ocorre a intervenção cirúrgica, não há essa exigência.

Para reforçar a tese da desnecessidade da outorga, o cônjuge insatisfeito com tal prática poderá requerer a separação com base em injúria grave, além de se tratar de um problema de saúde.

A própria ordem dos médicos recomenda que o candidato à transgenitalização não seja casado, haja vista os tribunais considerarem as pessoas casadas como incapazes de serem transexuais, faltando-lhes capacidade jurídica para o pedido.

No tocante à cirurgia de transgenitalização na constância do casamento, se percebe um grande equívoco, ao cogitar de sua inexistência, uma vez que, não houve ainda a redesignação da identidade sexual com alteração do registro civil, não havendo que se falar, inexistência do requisito da diversidade de sexo. De outra sorte, o casamento, não pode simplesmente deixar de existir, como causa de uma cirurgia.

Outros afirmam que no caso a cirurgia levaria a nulidade absoluta do casamento, fato que, ao menos no direito brasileiro seria inconcebível, uma vez que a nulidade é, ao lado da anulabilidade, um grau de invalidade do ato jurídico no momento de sua formação e não posteriormente. Além do fato de que não previsão no artigo 1.548 do Código civil, que trata da nulidade do casamento.

O presente estudo se coaduna com a ideia da possibilidade de extinção do casamento por injúria grave, podendo, contudo, ser confirmada pelo interessado ou mesmo convalidar-se pelo tempo.

5 CONCLUSÃO

Os direitos sexuais estão abarcados no rol dos direitos humanos, e não podem ser afastados, uma vez que, haveria violação à dignidade humana, incluídos os direitos à intimidade, à honra, à vida privada e à liberdade. Neste diapasão, as demandas da sociedade moderna têm exigido dos operadores do Direito especial atenção e sensibilidade quanto à condição peculiar do transexual, uma vez que não deixa de ser sujeito de direitos

No aprofundar do estudo, constatou-se que, a transexualidade consiste em um distúrbio psíquico, que resulta em formação invertida da identidade sexual do indivíduo, levando-o à convicção de pertencer ao sexo oposto do apresentado fisicamente e constante do seu registro de nascimento e a rejeitar seus órgãos sexuais externos.

Imprescindível na pesquisa foi atentar para o fato de que existe, no descontentamento com o gênero, um conflito entre o físico e o que o indivíduo sente ser intrinsecamente e que, diante da sua não aceitação e da dos outros, o transexual passa a lutar pelo reconhecimento e aceitação da sua identidade sexual.

Permitir que um indivíduo conviva permanentemente com a inadequação de seu sexo biológico à sua identidade de gênero é uma contribuição para que este tenha impedido o livre exercício de seus direitos e a busca de sua felicidade, desta forma, a concretização da intervenção cirúrgica significa uma verdadeira redenção na vida do redesignado, que almeja, tão somente, a integração dentro do mundo social com intuito de alcançar a sua própria felicidade, não havendo que se falar em cirurgia mutilatória, que constitua um atentado à integridade física do ser humano, mas sim de um procedimento correto e adequado, realizado sob recomendação médica.

Advindo essa alteração, diversas conotações de cunho jurídico suscitaram-se, dentre as quais, a possibilidade de mudança de nome e sexo no registro civil. É, pois, inquestionável que a identidade sexual integra os princípios constitucionais atinentes aos direitos da personalidade. Desta forma, reside a importância do sexo psicossocial na formação da identidade sexual do indivíduo, impondo uma reavaliação sobre os critérios jurídicos de imutabilidade do registro civil, devendo dar o tratamento jurídico adequado ao transexual.

Haja vista o respeito aos direitos humanos, e o casamento em sua visão contemporânea - vê-se valorizado o indivíduo transexual, estando apto para exercer plenamente os atos da vida civil.

Ocorre que, após a cirurgia muitos transexuais não têm o reconhecimento de sua nova situação jurídica, qual seja, a do sexo oposto, resultando na impossibilidade de casar, haja vista a falta de permissivo legal de casamento entre pessoas do mesmo sexo no ordenamento jurídico vigente. Dessa forma, com o provimento de ratificação do sexo no registro civil, haveria a possibilidade de o transexual convolar núpcias.

Não há que se falar, portanto, em inexistência do casamento de transexual transgenitalizado por ausência de divergência de sexos dos nubentes, cabendo a sua anulação apenas nas hipóteses legais

Em razão dessas considerações, é extenuante de dúvidas a validade do casamento do transexual transgenitalizado, uma vez que, a redesignação de gênero modifica esteticamente os seus órgãos genitais, restando o acompanhamento jurídico com o fito de reinserir o transexual no seu contexto social, com modificação de nome e sexo e possibilidade de realizar casamento.

O presente estudo se filia à corrente da anulação do casamento por erro essencial com relação à pessoa do cônjuge, uma vez que, após o transexual redesignado obter novo registro civil que conste seu novo gênero e prenome, tem, entretanto, a obrigação de informar às pessoas com quem se envolva conjugalmente de sua especial condição, sob pena de ficar claro o *error in persona* possibilitando a anulação do casamento.

REFERÊNCIAS

ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz; **Código Civil anotado**. 1. ed. São Paulo: Método, 2005.

ALVES, Patrícia Souza. Transexualismo: aspectos médicos-legais e alteração do nome no Registro Civil. **Novos Nomes em Direito Civil**. Salvador: 2004, p. 347 – 363.

BARBOSA, Camilo de Lelis Colani; **O casamento**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 16 nov. 2014.

_____. **Código Penal**. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de setembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 16 nov. 2014.

_____, Conselho Federal de Medicina. **Resolução 1.955/2010**. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução CFM nº 1.652/02. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm>. Acesso em: 10 mai. 2015.

_____, Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 175 CNJ**. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas do mesmo sexo. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2015.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 16 nov. 2014.

_____. **Lei 9.798**, de 18 de Novembro de 1998. Altera o art. 58 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Brasília, DF, 19 nov. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9708.htm>. Acesso em: 17 nov. 2014.

_____. Ministério da Saúde. **Portaria n. 457**, de 19 de agosto de 2008. Define as diretrizes nacionais para o processo transexualizador no sistema único de saúde. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/sas/2008/prt0457_19_08_2008.html>. Acesso em: 17 nov. 2014.

_____. **Resolução nº 2.803**, de 19 de novembro de 2013. Redefine e amplia o processo transexualizador no sistema único de saúde. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt2803_19_11_2013.html>. Acesso em: 17 nov. 2014.

_____. **Portaria nº 1820**, de 13 de agosto de 2009. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/ultimas_noticias/2009/01_set_carta.pdf> Acesso em: 10 jun. 2015.

_____. **Projeto de Lei nº 5002, de 2013**. Dispõe sobre o direito à identidade de gênero e altera o art. 58 da Lei nº 6015 de 73. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565315>>. Acesso em: 09 jun. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Recurso Especial 1008398 SP 2007/0273360-5. Relatora Ministra Nancy Andrighi. 15 de outubro de 2009. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5718884/recurso-especial-resp-1008398-sp-2007-0273360-5/inteiro-teor-11878380>>. Acesso em: 17 mai. 2015.

_____. Recurso Especial 1183378 RS 2010/0036663-8. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. 25 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21285514/recurso-especial-resp-1183378-rs-2010-0036663-8-stj>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação direta de inconstitucionalidade 4277 DF. Relator Ministro Ayres Brito. 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf>>. Acesso em: 05 mar. 2015.

_____. Arguição de descumprimento de preceito fundamental 132 RJ. Relator Ministro Ayres Brito. 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627227/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-132-rj-stf>>. Acesso: 05 mar. 2015.

CARVALHO, Hilário Veiga de. Conduta médica a ser adotada. **Revista dos Tribunais**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, v. 545, março de 1981, p. 289-298.

CHAVES, Antônio. Operações cirúrgicas de mudança de sexo: a recusa de autorização de retificação do registro civil. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.679, mai. 1992, p. 7 - 14.

_____, Operações de "mudança de sexo". **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 707, set. 1994, p. 9 - 12.

CORDEIRO, Desirée Monteiro; VIEIRA, Tereza Rodrigues. Transgêneros - Travestis: A dura aceitação social. **Minorias sexuais**. 1. ed. Brasília: Consulex, 2012, p. 286-299.

COSTA, Daniel. O transexualismo e a mudança do prenome: uma interpretação constitucional. **Revista Síntese - Direito de Família**. São Paulo: Síntese, fev-mar/2014, p. 46-77.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **União Homossexual - O preconceito e a justiça.** 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

DINIZ, Maria Helena Diniz. **O Estado Atual do Biodireito.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____; **Curso de Direito Civil brasileiro.** 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família. Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, Rosana Amara Girardi; **Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo.** 1. ed. São Paulo: Renovar, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; **Curso de Direito Civil.** 5. ed. Salvador: JusPODIVUM, 2014.

FUSSEK, Lygia dos Santos. Os Direitos Civis do Transexual em relação à mudança de gênero e prenome. **Revista Síntese – Direito de Família.** São Paulo: Síntese, fev – mar 2014, p.54 – 76.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Transexualismo – Distinção do homossexualismo. **Revista dos tribunais.** Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, v. 545, março de 1981. p. 299-304.

FREITAS, Martha. Transgêneros (Travestilidades). **Minorias Sexuais.** 1. ed. Brasília: Consulez, 2012, p. 300-317.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de Direito Civil.** 1. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

HOOFT, Pedro Federico; VIEIRA, Tereza Rodrigues. Autorização para realização da cirurgia e adequação do nome e sexo na Argentina. **Minorias Sexuais - Direitos e Preconceitos.** Brasília: Consulex, 2012, p. 397 - 406.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil aplicado: Direito de Família.** 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: Famílias,** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito da Família,** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito.** 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARQUES, Roberto Lins. Da possibilidade jurídica de alteração do prenome e do sexo no registro civil pelos Transexuais. **Revista Síntese – Direito de Família.** São Paulo: Síntese, fev-mar/2014, p.78 – 81.

MATOS, Graziella Pinheiro Godoy. Alteração do Registro Civil face à mudança de sexo. **Revista Síntese - Direito de Família**. São Paulo: Síntese ago-set/2012, p. 9-27.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 35. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MORA, Edinei Aparecido; LOPES, Fernando Augusto Montai Y, PRANDI, Luiz Roberto. A utilização do nome social por travestis e transexuais na rede de ensino como forma de inclusão social. **Minorias Sexuais - Direitos e preconceitos**. Brasília: Consulex, 2012, p. 354 - 373.

OLIVEIRA, Morgana Bellazzi de; GOMES; Dácio Cunha. Transexualismo: aspectos sociais e jurídicos. **Grupo de formandos; Revista jurídica dos formandos em Direito da UFBA**. Ano V – Volume VII. Salvador: Saraiva, 2001, p. 577-585.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação cível AC 3509695 PR 0350969-5. Relator Rafael Augusto Cassetari. 04 de julho de 2007. Disponível em: <<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6271915/apelacao-civel-ac-3509695-pr-0350969-5>> Acesso em 04 jun. 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 22. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. **Transexualismo – O Direito a uma nova Identidade Sexual**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

RABELO, César Leandro de Almeida; VIEGAS, Cláudia Maria de Almeida Rabelo; POLI, Leonardo Macedo. O Direito do Transexual de alterar o prenome, o gênero e exercer sua autodeterminação. **Revista Síntese – Direito de Família**. São Paulo: Síntese, fev – mar 2014, p. 9 – 42.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70054229836. Oitava Câmara Cível. Relator Rui Portanova. Julgado em: 27 de junho de 2013. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112928791/apelacao-civel-ac-70054229836-rs>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Introdução ao Direito de Família**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. 25. Ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. 2. Ed. Belo Horizonte: DelRey, 2011.

SAMPAIO, Liliana Lopes Pedral; Coelho, Maria Thereza Ávila Dantas. Quando o estranhamento se traduz em preconceito: trajetórias de vida de pessoas transexuais. **Minorias Sexuais - Direitos e Preconceitos**. 1. ed. Brasília: Consulex, 2012, p. 337-351.

SÃO PAULO. **Decreto n. 51.180**, de 14 de janeiro de 2010. Dispõe sobre a inclusão e uso do nome social de pessoas travestis e transexuais nos registros municipais relativos a serviços públicos prestados no âmbito da Administração Direta e Indireta. Disponível em <

http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/chamadas/decreto_1264092483.pdf
> Acesso em 17 mai. 2015.

SOUZA, Glória W. de Oliveira. Um olhar de dentro: apontamentos iniciais acerca da transexualidade. **Minorias Sexuais - Direitos e Preconceitos**. 1. ed. Brasília: Consulex, 2012, p. 320-336.

SPENGLER, Fabiana Marion. Os transexuais e a possibilidade de casamento. **Direitos Fundamentais do Direito de Família**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 103-120.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. Adequação de nome e sexo e a vulnerabilidade do transexual. **Minorias Sexuais – Direitos e Preconceitos**. 1. ed. Brasília: Consulex, 2012, p. 376-406.

_____. **Nome e sexo - Mudança no registro civil**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. O transexual e o Direito de Família. **A leitura - Caderno da escola superior de magistratura do estado do Pará**. Belém: ESM, v.1, 2008, p. 75-80

ZAMBERLAM, Cristina de Oliveira; **Os novos paradigmas da família contemporânea**. 1. Ed. São Paulo: Renovar, 2011.

WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila M. P., Côrrea da. **Direito Civil**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.