



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

RENATA VILAS BÔAS VIANA GARCEZ.

**TRANSEXUALIDADE, GÊNERO E ERRO ESSENCIAL
SOBRE A PESSOA: UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A
(IM)POSSIBILIDADE DE ALEGAÇÃO DE ERRO ESSENCIAL
SOBRE A PESSOA NO CASAMENTO COM UMA MULHER
TRANSEXUAL A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA
SOCIOLÓGICA GENDRADA**

Salvador
2018

RENATA VILAS BÔAS VIANA GARCEZ

**TRANSEXUALIDADE, GÊNERO E ERRO ESSENCIAL
SOBRE A PESSOA: UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A
(IM)POSSIBILIDADE DE ALEGAÇÃO DE ERRO ESSENCIAL
SOBRE A PESSOA NO CASAMENTO COM UMA MULHER
TRANSEXUAL A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA
SOCIOLOGICA GENDRADA**

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

Orientadora: Prof. Carolina Grant.

Salvador
2018

TERMO DE APROVAÇÃO

RENATA VILAS BÔAS VIANA GARCEZ

TRANSEXUALIDADE, GÊNERO E ERRO ESSENCIAL SOBRE A PESSOA: UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE DE ALEGAÇÃO DE ERRO ESSENCIAL SOBRE A PESSOA NO CASAMENTO COM UMA MULHER TRANSEXUAL A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA SOCIOLOGICA GENDRADA

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

Nome: Carolina Grant

Titulação e instituição: Doutoranda em Direito pela UFBA (Faculdade Baiana de
Direito)

Nome: Vicente Passos

Titulação e instituição: Doutor em Direito pela UFBA (Faculdade Baiana de Direito)

Nome: Ana Thereza Meireles Araújo

Titulação e instituição: Doutora em Direito pela UFBA (Faculdade Baiana de Direito)

Salvador, 07/08/ 2018

À
Toda a minha família, especialmente a
minha mãe, por nosso amor
incondicional.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por estar comigo nos momentos mais difíceis.

Aos meus pais: João Massa Viana e Rosa Maria Vilas Bôas (in memoriam) por todo amor, exemplo e apoio. Amo vocês imensamente!

Aos meus filhos: João Victor e Rafaella por serem minha fonte de alegria e força. Presentes de Deus na minha vida!

Aos meninos do estacionamento por terem sido sempre tão gentis e cuidadosos. À equipe de segurança também muito gentis e prestativos. À equipe de apoio por todo carinho. Às meninas da recepção sempre muito atenciosas. À equipe da biblioteca por toda atenção e torcida. À equipe do NPJ, por toda convivência, aprendizado e momentos compartilhados. À Coordenação acadêmica por todo acolhimento.

A todos os professores que me acompanharam nessa jornada, por todo empenho e dedicação. À Carolina Grant, minha orientadora, por ter me mostrado um novo universo e ter me incentivado a realizar este trabalho. Obrigada por tanto ensinamento e amizade. À Vicente Passos, professor que tive a honra de acompanhar em diversas disciplinas e que fez minha admiração aumentar a cada semestre, por se tratar de um profissional exemplar e tão humano. Desconfio que você seja um alienígena (risos). À Ana Thereza, professora dedicada e solícita por toda atenção e apoio.

A Guilherme Bellintani, pela parceria e apoio que serão para sempre lembrados.

Às amigas de graduação : Letícia e Cylene, pessoas maravilhosas que tornaram essa jornada muito mais agradável .

E por fim, a Joel Maldonado, por toda inspiração com seu “Manifesto Contra a Natureza”.

“Para aqueles que seguem “naturalizando” o “feminino” e o “masculino”, para aqueles que espalham essa má semente de ver o ser humano, eu reafirmo minha decisão de desenraizá-la, pois só me trouxe sofrimento e, ao crescer, me fez constantes sombras...
Minha vida tem sido uma constante luta contra a natureza.
Reafirmo que uma pessoa é tão válida como outra, um feminino é tão válido como um masculino e os masculinos e femininos se equivalem.”

Joel Maldonado - Manifesto Contra a Natureza

RESUMO

O presente estudo trata do tema da transexualidade através de uma perspectiva sociológica gendrada, com foco, portanto, na discussão de gênero, investigando sobre a (im) possibilidade de anulação do casamento com uma transexual sob alegação de erro essencial sobre a pessoa. O trabalho enfrentou uma análise sobre a natureza do gênero. Adotou como marco teórico as concepções de Joan Scott, Judith Butler, Carolina Grant, Cristiano Chaves de Farias e Edson Fachin, conforme será visto ao longo do trabalho. Verificou-se que o Gênero é culturalmente construído de modo que o homem e masculino podem significar tanto um corpo feminino como um masculino, e mulher e feminino, tanto um corpo masculino como um feminino. A transexualidade foi acatada uma experiência identitária conexas a possibilidade de os sujeitos construírem novos sentidos para os masculinos e os femininos. A concepção de sexo como um predicado de ordem cromossômica imutável – ou com a presença ou não de determinada genitália- viola gravemente tanto a autonomia do transexual como o seu direito à intimidade que abarca os direitos da personalidade, cuja tutela é função primordial do Estado. Desse modo, conclui-se que anular o casamento alegando erro essencial sobre a transexual, além de sustentar um paradigma ultrapassado é negar a essa mulher o direito de existir como ela se entende, ou seja, é negar a ela uma existência digna. Ademais, obrigá-la a contar sobre a sua cirurgia viola o seu direito constitucional a igualdade e a liberdade como também ferem os seus direitos da personalidade- intimidade e honra.

Palavras-chave: transexualidade; gênero; erro essencial sobre a pessoa; perspectiva sociológica gendrada.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 GÊNERO: NOTAS CONCEITUAIS	13
2.1 A ORIGEM DO TERMO GÊNERO E A HISTÓRIA DO PENSAMENTO FEMINISTA	15
2.2 O DESENVOLVIMENTO DO TERMO POR CULTURAS DOMINANTES E PADRÕES CONSTITUÍDOS.	18
2.3 ASCENDÊNCIA DAS ESTRUTURAS DE PODER NA FORMAÇÃO DA IDENTIDADE DO SUJEITO	24
3. TRANSEXUALIDADE: NOTAS CONCEITUAIS	28
3.1 A CONCEPÇÃO DE TRANSEXUALIDADE NA MEDICINA E NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO	29
3.2 TRANSEXUALIDADE COMO EXPERIÊNCIA IDENTITÁRIA	33
3.3 A TEORIA <i>QUEER</i> E A INVISIBILIDADE DOS TRANSEXUAIS	36
3.4 EXPERIÊNCIAS INVISÍVEIS	41
3.5 DIREITOS DOS TRANSEXUAIS	45
4. CASAMENTO: VALORES E PRINCÍPIOS	51
4.1 CASAMENTO: CONCEITOS E FINALIDADES	51
4.2 INVALIDADES DO CASAMENTO	53
4.3 CONSTITUCIONALIDADE DO CASAMENTO	60
4.4 OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS PARA O DIREITO DE FAMÍLIA	65
4.4.1.O princípio da dignidade da pessoa humana	65
4.4.2 O direito à intimidade	72
5. A TRANSEXUALIDADE COMO MOTIVO DE INVALIDADE DO CASAMENTO	80
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	91
REFERÊNCIAS	94

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre o tema da Transexualidade, casamento e erro essencial sobre a pessoa. É possível anular o casamento com uma transexual alegando erro essencial sobre a pessoa? A transexual tem a obrigação de revelar ao seu cônjuge que fez a cirurgia de transgenitalização?

Até os dias atuais não existe um consenso na doutrina a respeito desse tema. Existem posições divergentes condescendentes com a concepção de gênero ultrapassada em outras áreas do Direito, como na Sociologia e Ciências Sociais, que compreendiam a ordem social e a heterossexualidade como palavras equivalentes e, desse modo, sem embargo de suas boas intenções, corroboravam para que os estudos sobre minorias perpetuassem a manutenção e naturalização da norma heterossexual. O legislador pátrio continua silente sobre a temática da transexualidade e afins, e o judiciário nacional, em que pese tenha implementado relevantes avanços em relação à tutela dos direitos de alguns transexuais, ainda não é afinado quanto a esta tutela como também se mostra resistente quanto a efetivação da proteção dos direitos da personalidade. O tema possui ampla relevância teórica e social pois toca a existência de um grupo social que vem aumentando e ganhando visibilidade na luta por seus direitos como um grupo transexual.

Em julgamentos históricos, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e o Supremo Tribunal Federal (STF) afirmaram a humanidade, dignidade, cidadania e autonomia das pessoas transexuais e travestis, ao reconhecerem seu direito de *soberana* autodefinição de sua identidade de gênero e a necessidade de respeito a suas pessoas enquanto tais, gerando o emblemático reconhecimento do direito à mudança de (pre) nome e sexo de transexuais e travestis, independente de cirurgia de transgenitalização. Em 01 de Março de 2018, o TSE acolheu a pretensão de reconhecimento da identidade de gênero das pessoas transgênero (transexuais e travestis), para afirmar que mulheres transexuais e *travestis* podem concorrer na cota destinada ao sexo *feminino* pela Lei Eleitoral (e, conseqüentemente, homens trans nas vagas restantes, destinadas ao sexo masculino). Em 14/11/14, o Supremo Tribunal Federal, na figura do Min. Luís Roberto Barroso, pronunciou-se pela repercussão geral atribuída ao tema do “tratamento social compatível com a identidade sexual” assumida pelo indivíduo. O Recurso Extraordinário (RE) 845779,

[Digite aqui]

discutiu a possibilidade e indenização por danos morais pleiteada por uma pessoa trans* que teria sido constrangida ao tentar entrar em um banheiro feminino em um shopping center. O tema apresenta repercussão geral sob o viés tanto social, quanto jurídico.

As pessoas trans padeceram de marginalizações múltiplas, sem recursos e tampouco intimidade com instituições civis, e sobejam mais uma vez à margem do Estado. Diversos abandonam a escola, não frequentam hospitais, não fazem carteira de identidade e esquivam-se do amparo dos órgãos públicos pelo receio de serem tratados com desrespeito à sua identidade e expressão de gênero. Preconceitos, discriminações e violência homofóbicas se exasperam sensivelmente em relação a travestis e transexuais. Sem poderem se adequar à “pedagogia do armário”, ficam reféns das mais gravosas formas de desprezo, abuso e violência. Seus direitos são sistematicamente negados e transgredidos, sob a indiferença total. São as maiores vítimas do bullying homofóbico. Esbulhadas do abrigo afetivo, em decorrência das suas experiências de expulsão e abandono por parte de familiares e amigos, as travestis são alvo de agressão e hostilidade por parte de vizinhos, conhecidos, desconhecidos e instituições. Com seu alicerce emocional fragilizado, travestis e transexuais na escola têm que descobrir forças para lidar com o estigma e a discriminação sistemática e recorrente. Expostas a experiências de escárnio e humilhação e a sucessivos processos de exclusão, isolamento e guetização, são empurradas por uma rede de exclusão.

Para responder a esse questionamento sobre o erro essencial é necessário primeiramente compreender que Gênero e sexo são elementos basilares na construção da identidade e da personalidade de qualquer pessoa e, portanto, posicionam-se na ordem do segredo, ou seja, ninguém tem o direito de saber a respeito da sexualidade do outro. O Choque entre os direitos à livre expressão e à intimidade, incapaz de qualquer ponderação proporcional. Assim, a informação que choque com o direito constitucionalmente protegido da Intimidade, nem ao menos estará apto à observância de exigências mínimas de razoabilidade e proporcionalidade. Prevalecerá inexoravelmente o direito à Intimidade. Defendemos nesta monografia a impossibilidade de anulação do casamento com o transexual por entendermos que no caso em tela não houve erro essencial, pois, a mulher transexual é de fato, uma mulher.

[Digite aqui]

Os posicionamentos basilares que impulsionaram a condução deste trabalho foram Judith Butler e Joan Scott na concepção de gênero; Carolina Grant na perspectiva do Direito dos transexuais além de Cristiano Chaves e Edson Fachin no que tange o Direito de família.

O objetivo geral do trabalho foi desenvolver um raciocínio crítico a respeito da ideia de gênero como a respeito da ideologia desenvolvida a partir de quem o rotula para assim ultrapassar os conceitos binários fantasiosos cultivados por uma determinada sociedade e os seus sistemas jurídicos de poder.

Com relação à metodologia, trata-se de uma pesquisa teórica baseada em revisão de literatura e análise de conteúdo de doutrina, legislação e jurisprudência, segundo raciocínio dedutivo que parte da concepção das premissas gerais, sobretudo dos recortes de gênero e do próprio Direito com vistas a alcançar uma conclusão específica que é justamente a verificação da hipótese do caso.

2. GÊNERO: NOTAS CONCEITUAIS

A conceituação de gênero pode aludir a uma infinidade de significados a depender da lógica adotada de pensamento, da perspectiva de quem o elabora ou mesmo do fundamento consubstanciado para tal aquilatação. Segue o posicionamento de alguns renomados autores a respeito do tema:

Seria o gênero algo derivado da lógica e significando classe cuja extensão se ramifica em outras classes, essas, chamadas espécies? Seguindo essa lógica de pensamento, teríamos as espécies homem e mulher da dita classe Humana. Segundo o linguista Ferreira, o termo Gênero poderia ser qualquer agrupamento de indivíduos, objetos ou ideias com caracteres comuns. Desse modo, teríamos indivíduos dos dois sexos, novamente o homem e a mulher agrupados, reunidos pelas características comuns, sendo o feminino para a mulher e o masculino para o homem. Adentrando ainda mais na língua portuguesa, essas características comuns seriam convencionalmente estabelecidas, podendo se referir desde maneiras, estilos, à gêneros artísticos ou mesmo aos estilos de arte. (FERREIRA apud GUEDES, 1995, p.02)

Nesse mesmo sentido Joan Scott pondera de forma brilhante que gênero é simplesmente um termo gramatical. O seu uso, com ou sem permissão, para se referir a pessoas ou criaturas do gênero masculino ou feminino com o sentido de sexo masculino ou feminino, representa ou uma brincadeira, ou um equívoco. (SCOTT, 1995, p.71-79)

As pessoas que se incumbem de compilar os sentidos das palavras travam uma causa perdida. A razão é que as palavras, assim como as ideias e as coisas que elas imaginam significar, têm uma história. Nem mesmo os professores de Oxford ou da Academia francesa têm sido efetivamente aptos a enclausurar e determinar o significado de maneira apartada das vicissitudes da invenção e da imaginação humanas. (SCOTT, 1995, p.71-99)

A conceituação de gênero pode ainda estar relacionada às diversas áreas da ciência: O significado do termo pode ainda ser encontrado na Biologia ou no campo da Gramática propriamente dita. Ferreira desenvolveu uma definição do termo do ponto de vista gramatical em sentido estrito. Para ele, gênero é uma categoria que sugere

[Digite aqui]

uma divisão dos nomes, com fundamento em critérios como sexo e associações psicológicas. E assim, o autor indica o Gênero masculino, o feminino e o neutro. Podemos verificar até esse ponto que a palavra Gênero pode proporcionar inúmeras interpretações diversas a depender do ponto de vista de quem o analisa e para além de tudo, ainda pode ser somado a acepção de costumes e ideias. Nesse sentido encontramos o significado do chamado Gênero de Vida, expressão que indigita o conjunto de atividades costumeiras, advindas da tradição, em favor dos quais o homem garante a sua existência, amoldando a natureza aos seus interesses. (GUEDES, 1995, p.02)

Historicamente, as pessoas utilizaram de maneira figurada os termos gramaticais para se referir aos traços de caráter ou os traços sexuais. Essas conotações textuais são ao mesmo tempo claras e incompletas. Segue o paradigma de Joan Scott:

A utilização desenvolvida pelo Dicionário da Língua Francesa de 1876, é “Não se sabe de que gênero ele é, se ele é macho ou fêmea, diz-se de um homem muito dissimulado, do qual não se conhecem os sentimentos”. Em 1978 Gladstone fazia essa diferenciação: “Atenas não tinha nada do sexo além do gênero, nada da mulher além da forma”. Atualmente, as feministas começaram a utilizar o termo gênero de modo mais sério, com uma essência mais literal, como uma forma de se referir à organização social da relação entre os sexos. A referência à gramática é simultaneamente transparente e cheia de expectativas não examinadas.

Transparente, porque a aplicação da gramática abrange regras formais decorrentes da atribuição do masculino ou do feminino; cheia de expectativas não examinadas, porque em diversas línguas indo-europeias existe uma terceira categoria – o sem sexo ou neutro. Na gramática, o gênero é concebido como uma forma de categorizar fenômenos, um sistema socialmente consensual de diferenças e não uma exposição objetiva de traços essenciais. Ademais, as classificações propõem um vínculo de ligação entre as categorias que proporciona distinções ou agrupamentos separados. (SCOTT, 1995, p.71-99)

Além dos inúmeros significados de gênero existentes há que se considerar também a ideologia desenvolvida a partir de quem o rotula, como explica Guedes:

A definição de Gênero torna-se bastante complexa por ostentar inúmeros significados. Por outro lado, o ser humano se comunica através de representações sociais que são

[Digite aqui]

esperadas pelo grupo, análise esta que indica uma função da linguagem que é a mediação ideológica atrelada ao significado das palavras, produzidas por uma classe dominante que se assenhoreia do poder de pensar e conhecer a realidade, definindo-a por meio de verdades incontestáveis e imputando preceitos soberanos. (GUEDES, 1995, p.02).

2.1 A ORIGEM DO TERMO GÊNERO E A HISTÓRIA DO PENSAMENTO FEMINISTA

É muito importante para o estudo do Gênero e sua conceituação esclarecer a origem do termo. Esse foi primeiramente alcunhado por Jonh Money, como explica a professora Carolina Grant (2015, p.97):

Na década de 1950, a partir do estudo de crianças intersexuais, quem pioneiramente concebeu as premissas teóricas essenciais e implementou condições de alternativa para a mudança de paradigma do verdadeiro sexo para o do verdadeiro gênero foi o psicólogo, sexólogo e professor de psicopediatria do Hospital Universitário John Hopkins (Nova York), o neozelandês Jonh Money ao elaborar a própria definição de gênero e revelar, por meio de suas polêmicas pesquisas a possibilidade de se interferir no desenvolvimento da criação da identidade de gênero do indivíduo até o marco de 03 anos de idade desse, por intermédio de um condicionamento pedagógico dirigido ao gênero compatível com a genitália redefinida (nos casos de intersexualidade ou mutilação). Desse modo J.Money possibilitou a superação de um relevante combate das ciências e influenciou avanços tanto na Medicina (concepção biologicista) relativamente ao funcionamento endocrinológico do corpo humano e das cirurgias genitais, como na Sociologia (concepção construtivista) concernente às teorias a respeito da função da aprendizagem e do processo de socialização na estruturação da identidade de gênero de uma pessoa – por meio de recursos terapêuticos para tratar as “anomalias” concernentes ao binômio sexo/gênero .

Money consolidou os fundamentos teóricos para a demarcação desse novo paradigma do verdadeiro gênero, no entanto, foi Harry Benjamim, endocrinologista e sexólogo de origem alemã radicado nos Estados Unidos, consagrado na seara da medicina sexual, quem estabeleceu os parâmetros práticos no sentido de tornar possível a adequação do sexo ao gênero, demonstrando a maleabilidade do primeiro, suscetível de modificação apesar da aparente rigidez do segundo. Em vista disso, Benjamim foi o grande responsável por definir os primeiros contornos a respeito da

compreensão da transexualidade. Por seu turno, Rafaela Cyrino, doutora em Sociologia pela Universidade Federal de Minas Gerais e pós-doutora pelo Collège International de Philosophie (Paris), foi quem sustentou a hipótese de que a pontuada mudança paradigmática do biológico ao psicológico/sociocultural, apesar de vasta e essencial foi inepta para desestruturar a crença do dimorfismo heteronormativo do sistema sexo-gênero. (GRANT, 2015, p.97)

Associadamente aos estudos de John Money, despontaram nas universidades, pleitos para que fossem oferecidos estudos e disciplinas, até aquele momento julgadas não acadêmicas, a exemplo dos estudos negros, latinos, feministas...Necessidades que emergiram, não do contexto das universidades, mas como consequência de diversos movimentos sociais nos EUA. Dando início, assim, aos estudos culturais, negros, e ao terreno conhecido como *Women Studies*. É no ambiente dos “Estudos das Mulheres” que o conceito de Gênero passa ser entendido de forma semelhante ao que conhecemos hoje. (VIEIRA, 2015)

Num momento posterior, o termo “gênero” de J.Money foi apropriado pelas feministas americanas com o propósito de ressaltar a característica essencialmente social das distinções fundadas no sexo.

A expressão assinala uma recusa ao determinismo biológico subentendido no uso de locuções como “sexo” ou “diferença sexual”. Na sua versão recente mais elementar, “gênero” é sinônimo de mulheres e visa indicar a sapiência e importância de um trabalho por oferecer uma aceção mais objetiva e neutra do que “mulheres”. Busca assim, uma validação acadêmica para os estudos feministas, nos anos 80. (SCOTT, 1995, p.71-99)

A tese das mulheres como sujeito do feminismo acende a viabilidade de não haver um sujeito que se situe “perante” a lei, a espera de representação na lei ou pela lei. Quiçá o sujeito, bem como a anamnese de um “antes” temporal, seja composto pela lei como embasamento enganoso de sua própria aceção de legitimidade. A suposição preeminente da probidade ontológica do sujeito diante da lei pode ser entendida como o indício recente do pressuposto do estado natural, essa fábula fundante que é característica das estruturas jurídicas do liberalismo clássico. O apelo performativo de um “antes” não histórico converte-se em argumento essencial a asseverar uma ontologia pré-social de pessoas que aprovam espontaneamente em

ser governadas, forjando assim a legitimidade do contrato social. (BUTLER, 2003, p. 20)

Guedes chama atenção para o fato dos termos serem desenvolvidos por culturas dominantes e revelarem, por conseguinte, a sua maneira de pensar e determinar práticas sociais a serem adotadas pela sociedade governada:

A partir da linguística, os significados são expressões de culturas dominantes, destarte, as características do termo Gênero sendo, segundo Ferreira, comuns e convencionalmente estabelecidas, passam pelos padrões constituídos. Assim, aprofundando na busca do sentido gramatical do masculino e feminino, entende-se o que seriam os dois sexos em que a sociedade habitualmente divide os seres humanos. É preciso ainda recordar que existe o Gênero neutro, todavia, o dicionário define o termo Masculino como "diz-se das palavras ou nomes que pela terminação e concordância designam seres masculinos ou como tal considerados". Para o Feminino, por sua vez, alude a gramática "diz-se do gênero de palavras ou nomes que, pela terminação e concordância designam os seres femininos ou como tal considerados". O que pensar do Neutro do Gênero que, para Ferreira "diz-se do gênero de palavras ou nomes, que em certas línguas, designamos serem concebidos como não animados, em oposição aos animados, masculinos e femininos"? Como encaixar, nessa situação, que a qualificação de feminino também indique, no sentido figurativo, efeminado, aclamado e mulherengo? (GUEDES, 1995, p.02)

Outro aspecto é o termo também ser utilizado para insinuar que qualquer dado sobre as mulheres é imperiosamente dado sobre os homens, que um resulta no estudo do outro. Além disso, o termo "gênero" converte-se numa forma de apontar construções culturais – a criação absolutamente social de conceitos sobre as funções apropriadas aos homens e às mulheres. "Gênero" é, de acordo com essa hipótese, uma categoria social prescrita sobre um corpo sexuado e tornou-se palavra sobretudo frutífera, por oferecer uma forma de diferenciar a prática sexual dos papéis sexuais impostos às mulheres e aos homens. Com efeito, o uso de "gênero" ressalta todo um sistema de relações que pode abranger o sexo, mas não é propriamente definida pelo sexo, tampouco define exatamente a sexualidade. No seu uso descritivo, o termo "gênero" está associado ao estudo de coisas relativa às mulheres. Constitui um novo tema, um novo domínio da pesquisa histórica, mas não tem poder analítico suficiente para questionar e modificar os paradigmas históricos existentes. (SCOTT, 1995, p.71-99)
[Digite aqui]

Ao longo dessas reflexões pode-se inferir o quanto a língua manifesta a construção cultural do povo que a batiza, através da prevalência de características comuns, de modo a atravessar os próprios indivíduos, as instituições sociais, bem como as normas e valores sociais estabelecidos pela sociedade e revelados em códigos de comportamento sociais.

No entanto, a instância psíquica mais dependente das conjunturas histórico-sociais é o superego, que assimila normas e valores correntes conforme o que cada cultura entende como reprovável ou desejável. De modo que, em que pese boa parte do que move as pessoas – suas paixões, seja intrínseca à condição humana, a maneira como elas se anunciam, a apreciação positiva ou negativa de cada uma delas, está contaminada por uma forma de expressão de consumo e de visão de mundo de cada cultura que comumente apelidamos de Ideologia. (GUEDES, 1995, p.02)

A identificação de gênero é mesmo, extremamente instável. Como arrumações de sentido, as identidades subjetivas são recursos de diferenciação e de distinção, que impõem a eliminação de ambiguidades e de noções de oposição, como fito de garantir de maneira ilusória uma suposta coerência e de uma compreensão comum. A ideia de masculinidade consiste na coerção necessária de aspectos femininos – da potencialidade do sujeito para a bissexualidade – e inaugura o embate na oposição entre o masculino e o feminino. Os desejos contidos estão presentes no inconsciente e fundam uma intimidação perene para a estabilidade da identificação de gênero, recusando sua unidade, corrompendo sua carência de segurança. E depois, as ideias conscientes sobre o masculino e o feminino não são fixas, pois variam de acordo com as aplicações contextuais. Essa análise traz inclusive que o sujeito se encontra em um processo permanente de edificação e põe à disposição um meio ordenado de interpretar o desejo consciente e inconsciente, ao ressaltar a linguagem como um objeto acertado de análise. (SCOTT, 1995, p.71-99)

2.2 O DESENVOLVIMENTO DO TERMO POR CULTURAS DOMINANTES E PADRÕES CONSTITUÍDOS.

O gênero não deve ser entendido unicamente numa perspectiva de construção social. É imprescindível compreender a relação da construção ideológica de uma determinada sociedade e os seus sistemas jurídicos de poder. Numa perspectiva

Foucaultiana, os sistemas jurídicos de poder, geram os mesmos sujeitos que em seguida passam a espelhar. Ou seja:

As noções jurídicas de poder agem de modo a normalizar a vida política em disposições tão-somente negativas – isto é, através de limitação, proibição, regulamentação, controle e inclusive mediante “amparo” dos indivíduos conexos àquela organização política, através de uma atuação contingente e multável de opção. No entanto, Butler sugere, que a construção jurídica da linguagem e da política que simboliza as mulheres como “o sujeito” do feminismo é, antes de tudo, uma concepção discursiva e implicação de uma determinada variante da política representacional. (BUTLER, 2003, p.18)

No mesmo sentido, pontua Cirino:

As relações de poder devem ser entendidas como a multiplicidade de correlações de forças referentes ao âmbito no qual se desempenham e próprias de sua organização, desenvolvendo cadeias ou sistemas, ou, contrariamente, defasagens e discriminações que as segregam entre si. Nesse vaivém há batalhas e afrontamentos intermináveis que resultam por modifica-las, robustecê-las e invertê-las. As relações de poder se referem a diversas espécies de relações ou micropoderes e se manifestam como corolário direto das desigualdades e defasagens geradas nas mesmas. (CIRINO, 2003, p. 98)

De maneira análoga ao que foi exposto, Butler desenvolve a ideia de que o termo gênero enfrenta um problema político:

Não obstante, afora as ficções “fundacionistas” que parametrizam a ideia de sujeito, há o imbróglio político que o feminismo esbarra na prognose de que o termo mulher indique uma identidade comum. Como sugere o título de Denise Riley: *Am I That Name?* (Sou eu este nome?), concerne à pergunta formulada pela contingência mesma das diversas acepções do nome. Se um indivíduo é uma mulher, isso seguramente não é tudo o que esse indivíduo é; o termo não alcança a completude, não porque os atributos predefinidos de gênero da “pessoa” extrapolem a aparelhagem particular de seu gênero, mas porque o gênero nem sempre se funda de forma lógica ou consciente nas variadas conjunturas históricas, e porque o gênero compõe ligações com modalidades raciais, classistas, étnicas, sexuais e regionais de identidades discursivamente constituídas. Segue-se que se ornou impraticável afastar

[Digite aqui]

a noção de “gênero” das interseções políticas e culturais em que sistematicamente ela é lançada e retida. (BUTLER, 2003, p. 20)

Para Scott, o núcleo da definição de gênero baseia-se numa total conexão entre duas questões:

(1) o gênero é um componente típico de relações sociais alicerçado nas diferenças concebidas entre os sexos e (2) o gênero é uma forma primitiva de dar significação às relações de poder. É um campo originário dentro do qual, ou através do qual, o poder é estruturado. O gênero não é o único campo, mas ele aparenta ter sido uma maneira obstinada e contínua de possibilitar a significação do poder no ocidente, nas tradições judaico-cristãs e islâmicas. Na medida em que essas referências determinam distribuições de poder, o gênero torna-se envolvido na elaboração e na edificação do próprio poder. (SCOTT, 1995, p.71-99)

Corroborando com esse entendimento, Guedes exemplifica de que maneira as relações de poder de uma sociedade governam a construção das suas relações sociais e conseqüentemente a valoração de sentido da sua língua e em última análise a estruturação do próprio sujeito:

Os diversos sentidos da língua divulgando valorações, permitem com que o mesmo termo Mulher seja entendido como Santa reprodutora ou como prostituta. O novo dicionário define a mulher como: “O ser humano do sexo feminino capaz de conceber e parir outros seres humanos e que se distingue do homem por essas características”. Podemos ainda nos deparar com qualificações como “Mulher à toa”, “Mulher de comédia”, “Mulher de rótula”, “Mulher da vida”, “Mulher de amor”, “Mulher de má nota”, “Mulher de ponta de rua”, “Mulher de fado”, “Mulher de fandango”, “Mulher de mundo”, “Mulher do pala aberto”, “Mulher errada”, “Mulher fatal”, “Mulher perdida”, e “Mulher vadia”. De todas as nomeações de mulheres que o linguista aponta, apenas duas se distanciam do significado de Meretriz! “Mulher de César” e “Mulher de piolho”. (GUEDES, 1995, p.03)

De outra sorte, para o significado do Homem, o dicionário estabelece “qualquer indivíduo pertencente à espécie animal que, apresenta o maior grau de complexidade na escala evolutiva, o ser humano “dotado” das chamadas qualidades viris, como coragem, força, vigor sexual etc. Macho – Homem que é homem não leva desaforo para casa”. Não há entre elas, qualquer denominação com sentido pejorativo ou

[Digite aqui]

significado de gigolô. Longe disso, todos os sentidos que definem o termo seguem uma linha de definição global, de alguém que exibe um grau mais elevado de complexidade na escala evolutiva. Pode-se constatar desse modo, para além da dualidade de sentidos, um nítido diferencial de pesos e medidas para os termos Mulher e Homem. A mulher só existe como Meretriz ou Reprodutora, carecendo de qualquer outra função social além dessas qualificações. Não é à toa que Lacan utiliza o termo “a Mulher não existe” e entende que a feminilidade se encontra na classe do inominável, exibindo a debilidade do saber para denominar o feminino como tal. (GUEDES, 1995, p.03)

Logo, a genealogia do poder empregada no estudo do sujeito, possibilita clarificar o processo de subjetivação e deslindar a submissão a regras de performance que, concomitantemente, extrapolam, restringem e constituem os indivíduos. Assim sendo, pela teoria de Foucault, o sujeito não é entendido como ontologicamente existente, e sim definido em termos de concepção desenvolvida por discursos da ciências e práticas do poder. (CIRINO, 2017, p. 101)

Podemos entender até aqui, como a genealogia do poder influenciou a história do sujeito sendo responsável pelas desigualdades perpetradas ao longo dos séculos e pelas equivocadas noções de identidade formuladas. Passaremos a esclarecer o posicionamento do pensamento feminista neste cenário.

A história do pensamento feminista é uma história de enjeitamento da concepção hierárquica do vínculo entre o masculino e o feminino, em suas conjunturas próprias, e uma investida para transformar ou transmudar suas operações. É também uma tentativa de pleitear um efetivo campo de definição, para salientar a inépcia das teorias existentes para explicar as desigualdades renitentes entre as mulheres e os homens. (SCOTT, 1995, p.71-99)

Segundo Butler, a obstinação antecipada num sujeito estável do feminismo, abarcado como uma categoria una das mulheres, suscita, fatalmente, variadas rejeições a acolher essa categoria. Essas esferas de exclusão descortinam as implicações coercitivas e reguladoras dessa construção, mesmo quando a construção é organizada com desígnios emancipatórios. É indubitável, o desmembramento no cerne do feminismo e a oposição paradoxal ao feminismo – por parte de “mulheres” que o feminismo assegura representar – alvitram as fronteiras necessárias da política

da identidade. A insinuação de que o feminismo pode obter representação mais ampla para um sujeito que ele próprio engendra suscita efeito sarcástico de que os propósitos feministas correm o risco de fracassar, justamente devido sua recusa a considerar os poderes fundantes das suas próprias reivindicações representacionais. (BUTLER, 2003, p. 22)

O lugar da mulher na vida social humana não é, de maneira alguma direta, um efeito das suas atividades, mas do significado que essas atividades alcançam por meio da interação social palpável. Para investigar o significado, é necessário alcançar o sujeito individual, bem como a organização social, e associar o universo de suas interrelações, visto que ambos são fundamentais para entender como funciona o gênero, como ocorre a mudança. (SCOTT, 1995, p.71-99)

Cirino conclui a seguir, que os significados estão para além da racionalidade humana, na medida que essa última é inconscientemente influenciada por preceitos sociais:

Uma ontologia da subjetividade não pode tomar como pressuposto a consciência ou a razão por envolver o processo através do qual nos tornamos sujeitos através da mediação estabelecida objetivamente das relações sociais – que muito além de relações intersubjetivas entre consciências, estão invariavelmente mediadas por normas sociais. (CIRINO, 2017, p. 101)

Butler e Cirino sugerem como ponto de partida, uma conscientização das estruturas postas para que se possa promover uma diferenciação entre o que elas impõem como identidade e a verdade do sujeito.:

De certo que a função política não é repelir a política representacional. O ponto de partida nevrálgico é o presente histórico, como esclareceu Marx. E o desafio é justamente elaborar, no âmago dessa estrutura posta, uma crítica às categorias de identidade que as estruturas jurídicas contemporâneas concebem, naturalizam e engessam. (BUTLER, 2003, p. 22)

A subjetividade como subjetivação se mostra através da inscrição do eu em expedientes aletúrgicos, ou seja, a manifestação da verdade do sujeito pelo próprio sujeito. A aleturgia é o conjunto de expedientes pelos quais os indivíduos são chamados a expressar o que eles são de modo que o sujeito pode estabelecer com o regime uma postura de distanciamento através de um esforço para desamararrar os nós que o liga ao poder. (CIRINO, 2017, p.103)

[Digite aqui]

Qual a lógica de ampliar a representação a sujeitos cuja composição se dá por meio da exclusão daqueles que não se moldam às imposições normativas não explicitadas do sujeito? Que relações e dominação e exclusão se asseveram deliberadamente no momento que a representação se transforma no único objetivo da política? A identidade do sujeito feminista não deve ser o fundamento da política feminista, uma vez que, a criação do sujeito transcorre no cerne de um campo de poder sistematicamente dissimulado pela alegação desse fundamento. Quiçá, paradoxalmente, o conceito de “representação” só venha verdadeiramente ter cabimento para o feminismo quando o sujeito “mulheres” não for presumido em parte alguma. (BUTLER, 2003, p. 23)

2.2.1. Subjetividade como subjetivação x subjetividade como sujeição aos meios de poder

Para melhor entendimento dessas implicações é necessário diferenciar a subjetividade como sujeição e a subjetividade como subjetivação:

A subjetividade como sujeição é resultado dos meios de poder reguladores que permeiam a subjetividade mansa e submissa ao longo de inúmeras influências no corpo, com a seguinte psicologização ou fabricação da alma individual. A subjetivação é baseada na sujeição às normas, porém, na teoria foucaultiana ela não é nem determinante nem possui o poder liquidante da dominação. Ao invés, a subjetivação poderia ser definida como um processo através do qual o sujeito produz a si próprio na morosa e infundável tarefa de determinar sua relação com a gama de regras e valores postos em sua cultura. (CIRINO, 2017, p. 102)

Um exemplo disso é a bifurcação que se estabelece no sujeito feminista através da distinção entre sexo e gênero.:

Ainda que o sexo pareça irascível em termos biológicos, o gênero é culturalmente construído: por conseguinte, não é nem o efeito causal do sexo, muito menos tão visivelmente fixo quanto o sexo. Portanto, a unidade do sujeito já é teoricamente refutada pela distinção que abre espaço ao gênero como interpretação múltipla do sexo. (BUTLER, 2003, p. 24)

Partindo do pressuposto que o gênero são as acepções culturais adotadas pelo corpo sexuado, não se pode afirmar que ele derive, de um sexo desta ou daquela maneira. Levada a seu limite lógico, a diferenciação sexo/gênero indica uma descontinuidade [Digite aqui]

radical entre corpos sexuados e gêneros culturalmente constituídos. Considerando por um instante a estabilidade do sexo binário, não deriva daí que a construção de “homens” seja utilizada unicamente a corpos masculinos, ou que o termo “mulheres” explique exclusivamente corpos femininos. De resto, ainda que os sexos afigurem não problematicamente binários em sua estrutura e constituição, não há argumento para aceitar que os gêneros também devam conservar-se em número de dois. A suposição de um sistema binário dos gêneros remata implicitamente a convicção numa relação mimética entre gênero e sexo, na qual o gênero espelha o sexo ou é por ele limitado. Quando o status erigido do gênero é elucubrado como drasticamente independente do sexo, o próprio gênero transforma-se num artifício flutuante, com a consequência de que homem e masculino podem, com a mesma facilidade, significar tanto um corpo feminino como um masculino, e mulher e feminino, tanto um corpo masculino como um feminino. (BUTLER, 2003, p. 25)

A subjetivação requer uma postura ativa diante do código normativo que regula ou pretende regular o nosso comportamento. Portanto, implica uma elaboração reflexiva do sujeito sobre si próprio, elaboração essa que será imperiosamente mediada pela relação que esse sujeito compõe com as normas, estabelecendo-se através de determinadas prática. Decorre que todo movimento de dessubjetivação tem como efeito a produção de uma subjetivação diversa, e assim inaugura um novo modo de relação com a norma na elaboração de si próprio através de um novo posicionamento crítico. (CIRINO, 2017, p.103)

Entendendo que o sexo é, ele próprio, uma categoria tomada em seu gênero, não é razoável delimitar o gênero como a perspectiva cultural do sexo.

O gênero não deve ser simploriamente entendido como a filiação cultural de significado num sexo preliminarmente dado (uma concepção jurídica); ademais, deve indicar inclusive o aparato mesmo de produção através do qual os mesmos sexos são estabelecidos. (BUTLER, 2003, p. 25)

2.3 A ASCENDÊNCIA DAS ESTRUTURAS DE PODER NA FORMAÇÃO DA IDENTIDADE DO SUJEITO.

Nesse sentido, Butler questiona o peso das estruturas de poder na formação da identidade do sujeito e o impacto dessas delimitações entre as pessoas que não se amoldam às expectativas estabelecidas de gênero:

Ao passo que a indagação filosófica invariavelmente centra a questão do que compõe a “identidade pessoal” nos atributos íntimos da pessoa, naquilo que definiria a sua continuidade ou auto identidade no decorrer do tempo, a questão aqui seria: em que medida as práticas reguladoras de formação e divisão do gênero representam a identidade, a coerência interna do sujeito, e, mais precisamente, o status auto idêntico da pessoa? Em que grau é a “identidade” um ideal normativo, ao invés de um traço descritivo da experiência? A “coerência” e a continuidade da “pessoa” não são atributos lógicos ou analíticos da condição da pessoa, mas, ao revés, preceitos de inteligibilidade socialmente produzidos e perpetuados. Tornando-se a “identidade” preservada por conceitos estabilizadores de sexo, gênero e sexualidade, o próprio conceito de “pessoa” restaria questionado pelo afloramento cultural daqueles seres cujo gênero é “discrepante” ou inconstante, os quais aparentam ser pessoas, no entanto, não se ajustam às normas de gênero e intangibilidade cultural através das quais as pessoas são identificadas. (BUTLER, 2003, p. 38)

Corolário à essa bipartização da identidade em feminino/masculino, surgem os chamados gêneros inteligíveis e os não inteligíveis, determinados pela compatibilização entre eles e as normas culturais definidoras do significado de sexualidade.

Gêneros “inteligíveis” são os que, de algum modo, estabelecem e conservam vínculos de coesão e continuidade entre sexo, gênero, prática sexual e desejo. De outro modo, os espectros de descontinuidade e incoerência, eles mesmos, apenas aceitáveis em relação a normas existentes de continuidade e coerência, são sistematicamente reprimidos e produzidos pelas mesmas leis que procuram definir linhas causais ou significativas de vinculação entre o sexo biológico, o gênero culturalmente estabelecido e a “expressão” ou “efeito” de um e outro na manifestação do desejo sexual através da prática sexual. (BUTLER, 2003, p. 38)

A ideia de que pode existir uma “verdade” do sexo, como Foucault a epíteta jocosamente, é instituída justamente pelas práticas reguladoras que produzem identidades coerentes por meio de uma matriz de normas de gênero coerentes. A

[Digite aqui]

heterossexualização do desejo demanda e elabora a formação de distinções discriminadas e assimétricas entre “feminino” e “masculino”, em que estes são concebidos como características relevantes de “macho” e de “fêmea”. A matriz cultural mediante a qual a identidade de gênero se converte inteligível demanda que determinadas espécies de “identidade” resembram proibidas de “existir” – ou seja, aquelas em que o gênero não deriva do sexo e aquelas onde as condutas do desejo não “decorrem” nem do “sexo” nem do “gênero”. Nesse enquadramento, “decorrer” seria uma relação política de direito estabelecido pelas normas culturais que determinam e regulam a forma e o significado da sexualidade. Pois bem, sob essa perspectiva, determinados tipos de “identidade de gênero” afiguram ser simples imperfeições do desenvolvimento ou inviabilidades lógicas, exatamente por não se compatibilizar às normas da inteligibilidade cultural. Todavia, sua constância e propagação estabelecem oportunidades críticas de revelar os limites e os propósitos reguladores desse âmbito de inteligibilidade e, por conseguinte, de difundir, nos mesmos moldes dessa matriz de inteligibilidade, matrizes concorrentes e subversivas de desordem do gênero. (BUTLER, 2003, p. 39)

A imposição binária da identidade imposta pela genealogia do poder através da linguagem, violenta e impede as diversificadas e possíveis expressões da sexualidade do indivíduo

O conceito no qual o sexo surge na linguagem hegemônica como substância, ou, ponderando abstratamente, como ser idêntico a si mesmo, é objeto fulcral para as variadas acepções de poder. Esse semblante se atinge mediante um truque performativo da linguagem e /ou do discurso, que oculta o fato de que “ser” um sexo ou um “gênero” é fundamentalmente impossível. Para Irigaray, a gramática jamais poderá ser um índice seguro das relações de gênero, precisamente porque sustenta o modelo substancial do gênero como sendo uma relação binária entre dois termos positivos e representáveis. Ainda segundo a autora, a gramática substantiva do gênero, que supõe homens e mulheres assim como seus atributos de masculino e feminino, é um exemplo de sistema binário a mascarar de fato o discurso unívoco e hegemônico do masculino, o falocentrismo, silenciando o feminino como lugar de uma multiplicidade subversiva. Para Foucault, a gramática substantiva do sexo impõe uma relação binária artificial entre os sexos, bem como uma coerência interna artificial em cada termo desse sistema binário. A regulação binária da sexualidade suprime a

[Digite aqui]

multiplicidade subversiva de uma sexualidade que rompe as hegemonias heterossexual, reprodutiva e médico-jurídica. (BUTLER, 2003, p. 40)

Por fim, Butler sugere o rompimento com os conceitos binários fantasiosos de uma heterossexualidade imposta.:

A restrição binária que pesa sobre o sexo atende aos objetivos reprodutivos de um sistema de heterossexualidade compulsória; ela afirma, ocasionalmente, que a derrubada da heterossexualidade compulsória irá inaugurar um verdadeiro humanismo da “pessoa”, livre dos grilhões do sexo. Em outros contextos, ela sugere que a profusão e difusão de uma economia erótica não falocêntrica irá banir as ilusões do sexo, do gênero e da identidade. (BUTLER, 2003, p. 41)

3. TRANSEXUALIDADE: NOTAS CONCEITUAIS

Existe a falsa convicção de que o sexo civil ou jurídico precisa espelhar e coincidir com o sexo vivido socialmente pela pessoa e, por isso, não aceita ambiguidades. A fixação da identidade sexual baseia-se em critério morfológico, e o papel do gênero se revela como expressão pública dessa identidade. O atestado de nascimento é, deste modo, um registro do ingresso da pessoa no universo jurídico, destinado a proporcionar segurança e estabilidade nas relações jurídicas. O registro civil imprime, nesse plano, um carimbo invariavelmente imodificável, que rotula o indivíduo em sua vida social. É um sinal uniforme e monolítico, incapaz de assimilar a pluralidade psicossomática das pessoas. O homem só pode ser assim qualificado por ter um pênis, e a mulher, uma vagina. Por essa razão, a sociedade defende o critério do sexo morfológico para a separação da espécie humana entre os polos homem e mulher. (DIAS, 2014, p. 267)

Pode-se observar na poesia a seguir de que forma esse tipo de concepção pode impactar a vida de um transexual:

“Manifesto contra a Natureza:

Minha vida tem sido uma constante luta contra a natureza.

Disseram-se que os corpos de “homem são mais fortes que os corpos de mulheres. Eu praticava esporte suportando mais que muitos, para demonstrar para mim mesmo e para os demais que isso não era certo.

Diziam que um corpo de homem era alto, forte e ativo, tinha por “natureza” mais sexualidade que o corpo de mulher, e eu, ao não poder suportar isto, tentei tirar meu corpo do meio, porém fracassei em minha tentativa de suicídio...

Sentia-me um monstro, por decidir, por amar, por ser diferente, por não querer ser “mãe” por natureza.

Hoje, já se passaram anos destes dias de constante rebeldia, de constante perseguição a mim mesmo.

Minha vida tem sido uma constante luta contra a natureza.

As explicações rebuscadas que diziam que eu estava doente ou louco, me faziam sofrer até os meus limites.

O que se faz quando se está farto de chorar?

Quanto tempo perdi tentando desmontar suas constantes mentiras!

Quantas vezes terão utilizado meus aparentes “fracassos” para reduzirme a ser só “natureza”!

Para aqueles que seguem “naturalizando” o “feminino e o “masculino”, para aqueles que espalham essa má semente de ver o ser humano, eu reafirmo minha decisão de desenraizá-la, pois só me trouxe sofrimento e, ao crescer, me fez constantes sombras...

Minha vida tem sido uma constante luta contra a natureza.

Reafirmo que uma pessoa é tão válida como outra, um feminino é tão válido como o masculino e os masculinos e femininos se equivalem.

Nego-me a acreditar que isto não seja possível.

Reafirmo minha rebeldia contra a natureza, contra “o estabelecido”, contra tudo aquilo que nos roube “a esperança”. Reafirmo minha rebeldia contra tudo aquilo que nos negue, antes de tudo, nossas próprias vidas. “

(Joel Maldonado, cartunista e ativista do movimento transexual espanhol)

O sexólogo alemão Magnus Hirschfeld empregou pela primeira vez o termo “transexual”, contido na expressão “transexual psíquico”, em 1910, na obra *Die Transvestiten*, um grupo forçoso e apenas teoricamente homogêneo de práticas sexuais, tidos como “atos contra a natureza”, era tolhido com especial crueldade pelo Código Imperial de 1870, retomando disposições então empregadas na Alemanha do Norte, antes da unificação. A Sexologia embrionária, com as suas primeiras associações científicas internacionais, surgia com um ideal taxonômico positivista, classificatório e de matriz heterossexual, declarando que não existiriam “atos contra a natureza”, uma vez que a natureza estaria presente em toda a parte, mesmo nas condutas e ações consideradas como as mais vis, repugnantes ou indesejáveis socialmente. (GRANT, 2015, p.24)

3.1 A CONCEPÇÃO DE TRANSEXUALIDADE NA MEDICINA E NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Devido a lacuna legislativa sobre o tema, a transexualidade, no Brasil, ainda tem como medida de abordagem as resoluções do Conselho Federal de Medicina, que, visando conservar, sob o prisma da eticidade do procedimento (em nítida preocupação bioética), os profissionais que realizam a “cirurgia de transgenitalismo”, na nomenclatura médica, ou, como é ordinariamente conhecida, “cirurgia de mudança de sexo”, editou três resoluções a esse respeito. A RES/CFM n.º 1.955/2010, concernente à mais recente destas três resoluções, declara a pessoa transexual como um paciente portador de um desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo (ou seja, das suas características físicas, morfológicas e fisiológicas aparentes) e tendência à automutilação e/ou autoextermínio, sugerindo, nestes casos, a cirurgia de transgenitalismo ou transgenitalização (cirurgia de transformação plásticoreconstrutiva da genitália externa, interna e caracteres sexuais secundários) como solução terapêutica, por ajustar a genitália do indivíduo ao seu sexo psíquico. Esta mesma resolução enumera, nos artigos 3º e 4º, os critérios

[Digite aqui]

mínimos a serem considerados para o diagnóstico do “transexualismo” (forma como a Medicina ainda se refere, muitas vezes, à transexualidade, sinalizando, através do sufixo ismo, a noção de doença ou patologia), bem como o seu procedimento. Esses dispositivos legais robusteceram as linhas da versão brasileira da figura do “transexual verdadeiro” – isto é, o único que poderá (e deverá), por sugestão médica, passar pelo chamado “processo transexualizador”, para atingir, ao final, as transformações corporais almeçadas, de modo a permitir, inclusive, a viabilidade de acesso a direitos, tais como a mudança do nome e do sexo no registro civil. (GRANT, 2015, p.15)

O **CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA**, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e

CONSIDERANDO ser o paciente transexual portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e/ou autoextermínio; (...)

CONSIDERANDO o que dispõe o parágrafo 4º do artigo 199 da Constituição Federal, que trata da remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como o fato de que a transformação da genitália constitui a etapa mais importante no tratamento de pacientes com transexualismo; (...)

CONSIDERANDO que o diagnóstico, a indicação, as terapêuticas prévias, as cirurgias e o prolongado acompanhamento pós-operatório são atos médicos em sua essência; (...)

RESOLVE:

(...) **Art. 3º** Que a definição de transexualismo obedecerá, no mínimo, aos critérios abaixo enumerados:

- 1) Desconforto com o sexo anatômico natural;
 - 2) Desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto;
 - 3) Permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos;
 - 4) Ausência de outros transtornos mentais. (Onde se lê “Ausência de outros transtornos mentais”, leia-se “Ausência de transtornos mentais”)
- (RESOLUÇÃO CFM nº 1.955/2010)**

Hegemonicamente a transexualidade é compreendida como um transtorno de gênero, uma doença. Pessoas que solicitam cirurgias de transgenitalização, são expulsas de casa, não conseguem estudar, não conseguem emprego, são excluídas de todos os

campos sociais, acessam a justiça para requisitar a mudança do nome e do sexo, enfim, uma série de instituições sociais é posta em ação toda vez que alguém afirma: “ não me reconheço nesse corpo, não me identifico com o gênero imposto, quero uma cirurgia corretiva do meu sexo, não suporto esses seios que me aprisionam ao destino materno”. Essas afirmações reverberam nas instituições como sentenças proferidas por uma pessoa transtornada, sem condições de entender suas dores. (BENTO, 2012, p.13)

O sujeito de direito admitido, portanto, pelos tribunais brasileiros, após anos de reivindicações, é aquele diagnosticado com “transexualismo” e que se submeteu a “transformação terapêutica da genitália”, nos termos da RES/CFM n.º 1.955/2010, através procedimento cirúrgico sugerido por uma equipe multidisciplinar que investigou a pessoa candidata à cirurgia por, no mínimo, dois anos, cumprindo os protocolos médicos fixados sobre a transexualidade. Tal diagnóstico perpassa, ainda hoje, obrigatoriamente pela patologização (consideração como patologia, doença, distúrbio mental com possibilidade de cura via intervenção terapêutica) da experiência transexual; patologização que exerceu um relevante papel no cenário jurídico brasileiro, ao sustentar a superação do tratamento penal do tema pela abordagem médica e do direito à saúde, mas que, no entanto, foi questionada pela pesquisa desenvolvida pela socióloga e também especialista nacionalmente reconhecida sobre o assunto, Berenice Bento (2006), em sua tese de doutoramento, na qual indica os limites e insuficiências dos protocolos médicos, do diagnóstico diferencial e do enquadramento do “transexual verdadeiro” para incluir a pluralidade das experiências trans*. (GRANT,2015, p.11)

É essa visão restrita sobre sexualidade e gênero que vem incentivando a homofobia e a transfobia na atualidade, consolidada no Brasil numa campanha difamatória contra a minoria que foge aos padrões da sexualidade. Nos dias de hoje, o tema dos direitos da diversidade sexual está no âmago do debate político em todo o mundo, com delineamentos que variam de acordo o sistema político que acolhe ou que rejeita esses indivíduos, a exemplo de países subdesenvolvidos com regimes autoritários que chegam ao ponto de criminalizar a homossexualidade com pena de morte, e, contrariamente, países socialmente mais desenvolvidos e democráticos que, ao se abrirem aos estudos de sexualidade e gênero, legitimaram direitos plenos às pessoas LGBT. (TARTUCE, 2014)

[Digite aqui]

Tradicionalmente, sempre se considerou o transexual como a pessoa que sofre uma dissociação entre o sexo físico e o sexo psíquico, dissociação denominada tecnicamente como disforia de gênero. Diante da certeza de ter nascido no corpo errado, tem ojeriza a seu órgão sexual biológico, almejando realizar uma - cirurgia de transgenitalização- e não desejando que as pessoas percebam que se trata de um transexual. Entretanto, atualmente, muitos transexuais não querem se submeter à cirurgia, ainda que não sintam prazer sexual não sentem repulsa por seus órgãos genitais. Todavia, não há como confundir transexuais com travestis e intersexuais. As travestis, em que pese apresentem uma identidade com o sexo oposto -do masculino para o feminino – e adquiram todas as características femininas, conserva a funcionalidade dos órgãos sexuais. Os intersexuais, que eram cunhados de hermafroditas, nascem com características genitais de mais de um sexo. (DIAS,2014, p.268)

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais em 22 de abril de 2004, no julgamento de Embargos Infringentes, Relator Carreira Machado, processo n º 1.0000.00.296076-3/001(1) referente a retificação de Registro – Nome e Sexo – de transexual dispôs sobre o tema da seguinte forma:

O transexual não se confunde com o travesti ou com o homossexual. No tranvestismo, a característica principal é o uso de roupa cruzada, por fetichismo ou por defesa; no homossexualismo, a identificação é feita pelo relacionamento sexual com pessoas do mesmo sexo. Também não se confunde com o hermafroditismo verdadeiro ou com o pseudo-hermafroditismo. Esclarece, a respeito, Carlos Fernandez Sessarego:" El primero de ellos, como lo señala la literatura especializada es un síndrome que se caracteriza "por la presencia simultánea, em el mismo individuo, de la gónada masculina y de aquella femenina" , cuya coexistência "influye, de modo variable, sobre la conformación de los genitales externos, el aspecto somático y el comportamiento síquico. El seudo- hermafroditismo, tanto masculino como femenino, representa la carencia, en un mismo individuo, de homogeneidad entre los órganos genitales externos y el sexo genético. Esta situación se diferencia del transexualismo en tanto en éste no se presentan anomalías a nivel de la gonoda o en lo que atañe a los genitales externos"(El cambio de sexo y su incidencia em las relaciones familiares", in Revista de Direito Civil, vol. 56, pág. 7).

Em outro trecho do referido Embargo:

" O sofrimento psíquico do transexual se encontra no sentimento de uma total inadequação entre, de um lado, a anatomia do sujeito e seu "sexo

[Digite aqui]

psicológico" e, de outro lado, este mesmo "sexo psicológico" e sua identidade civil. Essas pessoas, cujo sentimento de identidade sexual não concorda com a anatomia, manifestam uma exigência compulsiva, imperativa e inflexível de "adequação do sexo", expressão utilizada pelos próprios transexuais; como se elas, face a esta convicção de incompatibilidade entre aquilo que são anatomicamente e aquilo que se sentem ser, se encontrassem num corpo disforme, doente e monstruoso. Um tal sentimento pode chegar ao ponto de levar o sujeito à auto-emasculação e até mesmo ao suicídio. À reivindicação de "adequação do sexo", segue-se a mudança do nome e a de retificação da certidão de nascimento" (CECARRELI, Paulo Roberto. Transexualismo e identidade sexuada)

O sistema bipartido (masculino versus feminino) produz e reproduz a noção de que o gênero retrata, espelha o sexo e que todas as outras áreas constitutivas do sujeito estão adstritas a essa determinação inicial: a natureza constrói a sexualidade e classifica os corpos conforme as supostas disposições naturais. (BENTO, 2012, p.9)

3.2 TRANSEXUALIDADE COMO EXPERIÊNCIA IDENTITÁRIA

Bento levanta que a sexualidade seja uma experiência identitária, caracterizada pelos conflitos com as normas de gênero, porém, essa definição é conflitante com a entendida pela medicina e ciências psi que a qualificam como "doença mental" e a relaciona com o campo da sexualidade e não ao gênero. A autora entende que definir a pessoa transexual como doente é aprisioná-lo, fixá-lo em uma posição existencial que encontra no próprio indivíduo a fonte esclarecedora para os seus conflitos. Perspectiva divergente daqueles que a interpretam como uma experiência identitária.

Atualmente a Medicina admite ser o sexo uma conjugação de fatores que devem manter harmonia entre si, sendo eles o elemento biológico, o psicológico e o comportamental do indivíduo. Logo, para o diagnóstico completo e exato da sexualidade, necessário perceber o aspecto plurivetorial: o sexo biológico (formado pelo sexo morfológico, sexo genético e sexo endócrino), o sexo psíquico e o sexo civil. Para a Medicina Legal, não se deve mais considerar o conceito de sexo apartado de uma apreciação plurivetorial, produto de fatores genéticos, somáticos, psicológicos e sociais. A psicologia define a sexualidade humana como uma combinação de vários elementos: o sexo biológico, (o sexo que se tem); as pessoas pelas quais se sente desejo (a orientação sexual); a identidade sexual (quem se acha que é); e o comportamento ou papel sexual. Do jeito que os fatos terminam se impondo ao Direito, a inflexibilidade do registro identificatório da sexualidade não pode deixar de curvar-se à pluralidade psicossomática do ser humano. (DIAS, 2014, p.268)

[Digite aqui]

A transexualidade é uma decorrência inexorável a uma ordem de gênero que determina a inteligibilidade dos gêneros no corpo. As definições do que seja um/a homem/mulher de “verdade” se espelham e retratam nas definições do que seja um/a transexual de “verdade”. Se a sociedade julga que o “normal” é a heterossexualidade quando se afirma sou “mulher/homem” é como se estivesse considerando a heterossexualidade como um dado natural. Transexualidade, travestilidade, transgênero são expressões identitárias que ostentam discrepâncias com as normas de gênero uma vez que estas são baseadas no disformismo, na heterossexualidade e nas idealizações. As normas de gênero estabelecerão o reputado “real”, estabelecendo o campo no qual se pode conferir humanidade aos corpos. (BENTO, 2012, p.20)

A transexualidade é uma discrepância entre o estado psicológico de gênero e as qualidades físicas e morfológicas perfeitas que relacionam o indivíduo ao gênero oposto. Caracteriza-se por um pesado antagonismo entre o corpo e a identidade de gênero e abarca um imenso desejo de adequar – hormonal ou cirurgicamente- o corpo ao gênero pretendido. Ocorre um deslocamento entre o corpo e a mente, o transexual sente-se como se tivesse encarnado no corpo errado, como se esse corpo fosse uma punição ou mesmo uma patologia inata. O transexual se considera pertencente ao sexo oposto, encapado com o aparelho sexual errado, o qual quer veementemente aniquilar. Enquanto o homossexual acolhe seu sexo biológico, o transexual despreza seu próprio sexo físico. O transexual masculino possui ego corporal e psíquico femininos. Com o transexual feminino, ocorre o inverso. (DIAS, 2014, p. 268)

A experiência transexual rompe a causalidade entre sexo/gênero/desejo e revela os limites de um sistema binário fundado no corpo- sexuado (o corpo homem e o corpo mulher). As visões habituadas ao mundo bipartido ousam reivindicar uma identidade de gênero em contraposição àquela estabelecida pela genitália e ao fazê-lo podem ser enlaçados pelas normas de gênero através da medicalização e patologização da experiência. Na qualidade de doente, o centro abriga com satisfação os habitantes da margem para melhor excluí-los. Este centro arquitetará explicações acolhidas como oficiais. Asseverar que a transexualidade é uma experiência identitária, que está conexas a possibilidade de os sujeitos edificarem novos sentidos para os masculinos e os femininos, não significa esquecer a dor e o sofrimento de viver experiências que lhes são confiscadas por não apresentarem comportamentos estabelecidos como

[Digite aqui]

adequados. De que maneira encontrar sentido para este desejo se o corpo carrega um genital que atua como o bloqueador desse trânsito? (BENTO, 2012, p. 23)

A acepção de sexo como um predicado de ordem cromossômica imutável – ou como a presença ou não de determinada genitália – viola a autonomia do transexual e ofende o direito à intimidade que agrega os direitos da personalidade, cuja tutela é uma função impreterível do Estado. É o direito à intimidade que viabiliza que o indivíduo, em razão da constituição da sua identidade sexual, disponha até certo ponto de seu próprio corpo, em consonância com sua intimidade, isto é, a vida que optou para si, sua vida erigida voluntariamente. As pessoas transexuais e travestis têm sua sexualidade constitucionalmente garantidas, pois desfrutam do direito à identidade, à dignidade (CF 1º III), à igualdade (CF 5º I), à cidadania (CF 1º II) e a privacidade (CF 5º X). Para além de colocá-las à prova sobre a posse ou não de genitália apresentada como adequada, o Estado tem a obrigação de protege-las contra os outros e mesmo contra a própria ingerência. (DIAS, 2014, p.269)

A transexualidade não é uma experiência identitária a-histórica, ao avesso, estabelece com todo sofrimento e dramaticidade os limites de uma ordem de gênero que se alicerça na diferença sexual e que fixa a verdade das identidades em estruturas corporais. A partir do século XVIII se tornou politicamente necessário diferenciar biologicamente homens e mulheres, por meio do uso do discurso científico acarretando a emergência de novas subjetividades e novas identidades coletivas. No isoformismo, a vagina era vista como um pênis invertido. A mulher era fisiologicamente um homem invertido que transportava dentro de si tudo que o homem trazia exposto. Nessa amostra, o corpo é concebido por continuidade a diferença é concebida em termos de graus (mais quente/menos quente). A genitália no isoformismo era um alicerce inseguro para dispor os sujeitos na ordem social. Os discursos da diferença sexual darão apoio, a partir de um discurso científico, ao julgamento das condutas. (BENTO, 2012, p.24-29)

As pessoas trans padeceram de marginalizações múltiplas, sem recursos e tampouco intimidade com instituições civis, e sobejam mais uma vez à margem do Estado. Diversos abandonam a escola, não frequentam hospitais, não fazem carteira de identidade e esquivam-se do amparo dos órgãos públicos pelo receio de serem tratados com desrespeito à sua identidade e expressão de gênero. Preconceitos, discriminações e violência homofóbicas se exasperam sensivelmente em relação a [Digite aqui]

travestis e transexuais. Sem poderem se adequar à “pedagogia do armário”, ficam reféns das mais gravosas formas de desprezo, abuso e violência. Seus direitos são sistematicamente negados e transgredidos, sob a indiferença total. São as maiores vítimas do bullying homofóbico. Esbulhadas do abrigo afetivo, em decorrência das suas experiências de expulsão e abandono por parte de familiares e amigos, as travestis são alvo de agressão e hostilidade por parte de vizinhos, conhecidos, desconhecidos e instituições. Com seu alicerce emocional fragilizado, travestis e transexuais na escola têm que descobrir forças para lidar com o estigma e a discriminação sistemática e recorrente. Expostas a experiências de escárnio e humilhação e a sucessivos processos de exclusão, isolamento e guetização, são empurradas por uma rede de exclusão. (DIAS, 2014, p.270)

Considerar a heterossexualidade como um regime de poder significa assegurar que longe de nascer espontaneamente de cada corpo recém-nascido, registra-se incansavelmente por meio de sucessivas operações de repetição e recitação dos códigos socialmente estipulados como naturais. Pelo dimorfismo, a organização social deveria ser estabelecida e orientada pela natureza. Nessa lógica, o feminino e o masculino só conseguem alcançar sua inteligibilidade quando referenciados à diferença sexual. O maior desafio é identificar os desdobramentos que o dimorfismo causou para o âmbito da organização social, quais os valores que foram colocados, a favor de quem e quais foram emudecidos. Pensar o mesmo discurso científico como elemento gestante de ideologia de gênero e como um dos guardiões das normas de gênero. Tão necessário quanto a abordagem histórica desnaturalizante da diferença sexual, é entender como nas interações habituais somos convidados a continuar reproduzindo a naturalização dos gêneros e da sexualidade. (BENTO, 2012, p.30-32)

3.3 A TEORIA QUEER E A INVISIBILIDADE DOS TRANSEXUAIS

Queer é uma expressão usual na Inglaterra, há aproximadamente 400 anos. Era precisamente em Londres, na rua Queer Street onde residiam toda sorte de pessoas - qualificadas de vagabundas, caloteiras, prostitutas e pervertidas- toleradas por aquela sociedade. ”. (VIEIRA,2015)

O termo ganhou a acepção de “viadinho, sapatão, mariconha, mari-macho” com a prisão de Oscar Wilde, o primeiro ilustre a ser chamado de “queer”. Desde então, a palavra passou a ser utilizada como provocação, tanto para homossexuais, quanto para travestis, transexuais e todas os sujeitos não abarcados pela norma cis-heterossexual. Queer era o termo para os “divergentes”. Não há em português um sinônimo exato, quem sabe, como sugere a professora Berenice Bento, se possa pensar o queer como “transviado”. (BENTO apud VIEIRA,2015)

No final da década de 1980 surge a teoria Queer nos Estados Unidos, mais precisamente em departamentos como o de Filosofia e crítica literária - até então não relacionados às investigações sociais - se contrapondo criticamente aos estudos da Sociologia a respeito das minorias sexuais e gênero. O objeto de análise dessa corrente teórica foi apresentado na Universidade de Ivy League: “A dinâmica da sexualidade e do desejo na organização das relações sociais”. O projeto Queer foi alimentado pela tensão crítica alusiva às ciências sociais bem como pela abertura ao diálogo, já acessível, quando surgiu em uma coleção de livros sobre teoria social contemporânea em 1996 o título: Queer Theory/Sociology. (“MISKOLCI, 2009, p.150-182)

Apesar do estranhamento, o diálogo entre a Teoria Queer e a Sociologia foi marcado pela afinidade no entendimento da sexualidade como construção social e histórica. O estranhamento teve origem no fato que até a década de 1990, as Ciências Sociais, compreendiam a ordem social e a heterossexualidade como palavras equivalentes. O preceito heterossexista da concepção sociológica era evidente, inclusive nas investigações sobre sexualidades não hegemônicas. Sem embargo de suas boas intenções, ocorria que os estudos sobre minorias perpetuavam a manutenção e naturalização da norma heterossexual. (MISKOLCI, 2009, p.150-182)

A teoria Queer questionava as premissas normalizadoras que assinalavam a Sociologia canônica ao passo que rejeitavam o pensamento minorizante dos estudos socioantropológicos. O termo queer consiste num xingamento que denota anormalidade, perversão e desvio. A eleição do termo para se auto denominar, convinha para salientar o acordo de desenvolver uma analítica da normalização que, naquele momento, era voltada para a sexualidade. Assim, Tereza Lauretis utilizou a denominação Queer Theory, em 1990, numa conferência na Califórnia de modo a contrapor o pensamento da sua teoria com os estudos gays e lésbicos e [Digite aqui]

posteriormente também como com os movimentos assimilacionistas. (MISKOLCI, 2009, p.150-182)

Os estudos queer problematizaram concepções clássicas de sujeito, identidade, agência e identificação. Seu eixo foi o rompimento com o pensamento iluminista do sujeito como alicerce de uma ontologia e de uma epistemologia. Em que pese existam divergências entre os autores, é aceitável afirmar que o sujeito no pós-estruturalismo é invariavelmente visto como provisório, circunstancial e cindido. (MISKOLCI, 2009, p.150-182)

É uma teoria a respeito do gênero que entende a identidade sexual como produto de uma construção social. Desse modo critica a noção de corpos sexualmente estanques e biologicamente determinados pela natureza humana ao passo que defende a variedade de formas e de corporalidades.

Teóricos queer se respaldaram nas obras de Michel Foucault e Jacques Derrida, em seus conceitos e métodos. Segundo Foucault, vivemos em uma sociedade que por mais de um século fala de modo analítico sobre o seu próprio silêncio, teima em esmiuçar o que não diz; acusa os poderes que exerce e almeja libertar-se das leis que a fazem funcionar. O filósofo declarou desse modo que a sexualidade não é proibida, mas sim, gerada por meio de discurso. Ao exhibir e avaliar a concepção do homossexual ele revelou que identidades sociais são resultantes da maneira como ocorre a sistematização do conhecimento e que a produção social de identidades é “naturalizada” nas ciências dominantes. A sexualidade passou a ser objeto de sexólogos, psiquiatras, educadores de modo a ser explicada bem como disciplinada, saneada, normalizada através da demarcação de seus contornos em aceitáveis e perversos. A homossexualidade e o sujeito homossexual são invenções do século XIX essenciais para os sistemas de regulação e normalização. (FOUCAULT apud MISKOLCI, 2009, p.150-182)

É no âmbito da higienização das identidades “gays e lésbicas” e da indagação da identidade do “ser mulher” e do “ser homem” que emerge um movimento fundamentado nas diferenças, portanto não-assimilacionista, como modo de crítica. Esse movimento é tanto teórico como social. A “Teoria Queer”, expressão agora redefinida como forma de empoderamento. Nesta ocasião, considerando uma associação teórica com os estudos pós-estruturalistas de Deleuze, Derrida e Foucault,

[Digite aqui]

que se inaugura pensar o próprio Gênero como “ficção política encarnada”, termo empregado por Paul. B. Preciado em palestra dada no “Hay Festival”, em Cartagena. (VIEIRA,2015)

Jacques Derrida colaborou com a Teoria Queer mais precisamente como a formulação da noção de complementariedade e a ótica metodológica da desconstrução. A complementariedade revela que os sentidos são elaborados através de diferenças em uma situação de presença e ausência. Em outras palavras, o que aparenta estar fora de uma estrutura já está dentro dela e o que parece genuíno é construído historicamente. Para Derrida, a heterossexualidade necessita da homossexualidade no sentido da sua própria significação, sendo que um homem homofóbico só pode ser definido em contraste àquilo que ele não é: um homem gay. Essa análise que expõe o implícito numa oposição binária é habitualmente nomeada de desconstrução. Desconstruir é evidenciar o combate entre presença e ausência e a complementariedade é a consequência da interpretação pois que oposições binárias feitas a de hetero/homossexualidade, são remodeladas e revigoradas em qualquer ato de significação, sendo que, nos encontramos eternamente numa lógica binária que ao tentarmos romper, acabamos por reinscrever em seus próprios fundamentos. (DERRIDA apud MISKOLCI, 2009, p.150-182)

A teoria queer vai além das teorias binárias de oposição homem/mulher, masculino/feminino, investigando sobre variados tipos de estados intersexuais considerando e principalmente criticando os diversos processos políticos e sociais que impõem e institucionalizam a heterossexualidade assim como a monogamia.

Expressar a Teoria Queer pressupõe considerar a categoria de “Gênero” como sendo algo fluido, socialmente construído, performado e sistêmico. De acordo com Teresa de Lauretis, a referida teoria é um sistema sexo-semiótico, de análise dos aspectos biológicos como elaboradores de diferenças, que não são *per si*, mas criação da análise arbitrária dos “marcadores biológicos”. Existem, inclusive, segundo a autora “Tecnologias de Gênero”, ou seja, criação de técnicas de viver que estabelecem como um sujeito pode ser incorporado na sociedade de acordo com normas específicas de “ser homem” ou “ser mulher”. (VIEIRA, 2015)

A partir das contribuições de Foucault diversos outros teóricos realizaram estudos da sexualidade como um elemento histórico do poder que rubrica as sociedades

[Digite aqui]

ocidentais modernas e define pela inclusão do sexo em estruturas de uniformidade e regulação social. Assim, os Estudos Queer focam sua crítica na política do conhecimento e da diferença, na análise das práticas sociais que estruturam a sociedade como um todo, sexualizando – heterossexualizando ou homossexualizando – seres, desejos, práticas, identidades, relações sociais, saberes, costumes e instituições sociais. (MISKOLCI, 2009, p.150-182)

A sexualidade é entendida por essa teoria como um elemento histórico de poder: um conjunto conflitante de argumentos e práticas sociais, formando uma rede entre variados elementos como a literatura, premissas científicas, instituições e teses morais. (MISKOLCI, 2009, p.150-182)

A maneira como lidamos com a sexualidade contemporaneamente foi investigada por Eve Sedgwick. Essa autora tinha como proposta comprovar que a dominação das mulheres está relacionada à repulsa amorosa entre os homens. A misoginia assim como a homofobia se apresenta interdependentes. Sedgwick relatou que determinadas formas de dominação sexual, especialmente a da atualidade, fundam-se na repulsa a uniões eróticas entre homens e na exibição deles em uma figura estigmatizada: o homossexual. (MISKOLCI, 2009, p.150-182)

Sedgwick afirma que a ordem social contemporânea não se diferencia de uma ordem sexual. A estrutura dessa ordem está sedimentada no dualismo hetero/homo, de modo que dá prioridade a heterossexualidade através de um dispositivo que a naturaliza e concomitantemente a torna obrigatória. Dito de outro modo, a ordem social contemporânea tem como premissa a heteronormatividade. (MISKOLCI, 2009, p.150-182)

A heteronormatividade expõe as expectativas, necessidades e as obrigações sociais que advém da premissa da heterossexualidade como natural e, dessa forma, fundamento da sociedade. Ela é uma conceituação moderna para o preceito histórico da sexualidade que revela a sua finalidade de doutrinar todos para serem heterossexuais ou planejarem suas vidas alicerçado num modelo tido como racional, superior e “natural” da heterossexualidade. (MISKOLCI, 2009, p.150-182)

No cerne destes debates, eis que surge a reflexão sobre a travestilidade e a transexualidade como experiências de gênero – a transfeminilidade como uma forma de mulheridade. Essa percepção é necessária ao nos confrontarmos com argumentos

[Digite aqui]

essencializadores do ser mulher. Judith Butler, em seu livro “Gender Trouble”, estreia com indagações essenciais: “Quem é o sujeito do feminismo? ”, “ É possível, pensar de forma categórica e universalizante em ‘mulher’? ”. A conclusão é manifestamente negativa. É viável que se pense em “mulheres”, em “mulheridades”, em vivências femininas, no entanto, não é possível universalizá-las na criação de uma acepção identitária imutável. (VIEIRA,2015)

A teoria queer pretende analisar os processos de formação de identidades a partir da perspectiva dos socialmente estigmatizados, das identidades não inteligíveis, em descompasso com os preceitos totalizantes do gênero e se caracteriza pela oposição a regulamentação dos comportamentos sexuais.

O núcleo do queer na heteronormatividade não consiste apenas em a uma defesa de sujeitos não heterossexuais. Em resumo, o estudo da sexualidade imperiosamente requer a investigação dos labirintos da heteronormatividade, abarcando desde a homofobia concretizada em meios de inibição e controle das relações amorosas e sexuais com pessoas do mesmo sexo, até a uniformização heteronormativa dos homo orientados. (MISKOLCI, 2009, p.150-182)

É indispensável enfatizar que a Teoria Queer não sugere um modelo “queer” de mundo. O queer é justamente o excêntrico. É aquele que se descreve ou é descrito como fora das normas. A Teoria Queer sugere o questionamento às teorias do saber ao que rotulamos como verdade, às acepções de uma essência do masculino, de uma essência do feminino, de uma essência do desejo. Para a Teoria Queer é imperativo perceber através desses conceitos que eles não correspondem a uma essência, ou ainda, que não existe uma ontologia do todo, talvez, no máximo, uma relação de mediação cultural dos marcadores biológicos.

A teoria queer, é na verdade, uma teoria de empoderamento dos corpos subalternos, e não o empoderamento assimilacionista. O empoderamento que faz esses corpos fortes em suas margens e ocupar os espaços com tais corpos transviados. (VIEIRA,2015).

3.4 EXPERIÊNCIAS INVISÍVEIS

Transformar em visível a vivência de alguém invisibilizado socialmente, ou ainda, com uma identidade definida como repulsiva e/ou rotulada, seria bastante para escrever sua história? Para Joan Scott, a experiência não deve ser o fundamento da explicação [Digite aqui]

pelo fato dessas constituírem os sujeitos e não apenas os sujeitos que têm experiências. (PINO,2007, p.149-174)

Intersex é um termo médico que se refere a pessoas que não se encaixam no que se entende por corpo masculino ou feminino. Esses corpos são praticamente entendidos como não humanos ou quase patológicos e por isso são invisibilizados, ignorados. São corpos que não se encaixam nos conceitos predefinidos de sexualidade.

A intersexualidade possibilita a análise a respeito das contradições identitárias praticamente invisíveis na sociedade ao passo que oportuniza reflexões sobre a estruturação dos corpos sexuados, suas acepções sociais e políticas, o sistema de uniformização e regulação social, tanto dos intersex como também de todos os corpos.

A experiência, entendida tanto como uma metáfora de visibilidade, como por um sentido de transparente, relata, mais que se opõe, sistemas ideológicos postos-aqueles que julgam que os fatos da história falam por si mesmos e aqueles que se apoiam em conceitos de uma objeção natural definida entre práticas sexuais e normas sociais, ou ainda, entre homossexualidade e heterossexualidade. Histórias que relatam o universo acaçapado da homossexualidade, por exemplo, transmitem a repercussão do silêncio e repressão nas vidas que foram lesadas e trazem à baila a história da maneira que foram excluídos e abusados. Porém, tornar a experiência visível, dificulta a apuração minuciosa do modo de agir do sistema ideológico em si, suas classes de representação (homossexual/heterossexual, homem/mulher, branco/negro na qualidade de identidades certas e inabaláveis), suas bases sobre o significado dessas categorias e como elas funcionam, como também das suas concepções de sujeito, origem e causa. Condutas homossexuais são entendidas como corolários do desejo, interpretadas como ímpeto natural atuando fora ou contrariamente a regras sociais. Nessas narrativas a homossexualidade é retratada como um desejo reprimido (experiência negada), com intenção de afigurar invisível, antinatural e emudecida por uma sociedade que preceitua a heterossexualidade como única prática normal. Já que essa espécie de desejo homossexual não pode, em última análise, ser tolhido - visto que a experiência existe - instituições são desenvolvidas para ordená-la. Essas instituições não são realmente legitimadas ainda que não sejam invisíveis. De fato, é a viabilidade de que possam ser vistas que atemoriza a ordem e, por conseguinte, supera a repressão. Renitência e desempenho [Digite aqui]

são interpretadas como comandadas por desejo indomável; emancipação é uma narrativa teleológica na qual o desejo, finalmente, derrota o controle social e se torna visível. A história ajusta e coordena o tempo de modo a tornar as experiências visíveis, e na qual as espécies surgem como a-históricas: desejo, homossexualidade, heterossexualidade, feminilidade, masculinidade, sexo e inclusive práticas sexuais resultam de alguma maneira em instituições inabaláveis, experimentadas ao longo do tempo, contudo, não são historicizadas em si próprias. Exibir a história desse modo, elimina ou ao menos desconsidera, o inter-relacionamento historicamente volátil entre as denominações “homossexual” e “heterossexual”, a potência constitutiva mútua e a essência efêmera e rejeitada do local que eles residem simultaneamente. (SCOTT,1998, p.302)

A Teoria Queer evidencia que o gênero não é uma verdade biológica, porém, um sistema de conquista social das subjetividades. Em que pese sejamos seres ontológicos, a percepção que efetivamente temos sobre nós muitas vezes pode não coincidir com o que a norma estabelece como dever ser.

A percepção subjetiva, como o nome já supõe é particular, íntima, própria e não cabe a nenhuma teoria defini-la. Entretanto, a declaração disso, ou seja, a capacidade de dizer, enquanto ato de fala e performance, pressupõe o conhecer. (VIEIRA,2015)

Níveis drásticos de normalização compulsória dos corpos e das identidades são percebidos com a restrição das identidades de gênero ao binarismo homem-mulher e das identidades sexuais a uma pretensa racionalidade essencial entre corpo sexuado, práticas e desejos. É necessário questionar as exigências sociais intransigentes, mesmo que não escancaradas, sobre como devemos ser homens e mulheres diante da sociedade, como estas identidades binárias não são naturais, pelo contrário, fruto de princípios regulatórios que comandam sua construção. (PINO,2007, p.149-174)

Joan Scott acredita que dar visibilidade a essa categoria de pessoas através do discurso de suas histórias e experiências é uma forma de combater a discriminação perpetrada pelos ideais regulatórios e assim ele esclarece:

Tornar visível a experiência de uma categoria diferente evidencia a existência de procedimentos repressivos, mas não sua lógica ou modo de operar; entendemos que a diferença existe, mas não a percebemos como estabelecida em relação mútua. Por conseguinte, é indispensável nos referir aos processos históricos que, por meio do

[Digite aqui]

discurso, posicionam sujeitos e apresentam suas experiências. Não são indivíduos que têm experiência, mas sim os sujeitos que são constituídos pela experiência. A experiência aqui, torna-se a origem de nossa explanação, não a evidência legitimadora (porque vista ou sentida) que fundamenta o que é conhecido, mas sim o que procuramos explicar, sobre o que o conhecimento é apresentado. Pensar sobre experiência desse modo é historicizá-la, bem como historicizar as identidades que ela produz. Ela ainda representa uma resposta aos muito historiadores contemporâneos que argumentaram que uma “experiência “desproblematizada” é o fundamento de suas práticas; é uma historização que implica exame crítico de todas as categorias explicativas tomadas normalmente como óbvias, incluindo a categoria de “experiência” (SCOTT,1998, p.304)

A transexualidade assim como a intersexualidade pode se tornar um estigma social. Segundo Erving Goffman, o estigma retrata um cenário em que a pessoa se encontra inabilitada para a aprovação social absoluta. Desse modo a transexualidade é antes um problema de trauma e de estigma e posteriormente, de gênero. (PINO,2007, p.149-174)

Nesse sentido, a Teoria Queer questiona os processos sociais que lançam, reconhecem, naturalizam e suportam as identidades.

Sua promessa política consiste na censura aos múltiplos binarismos e evidentes contradições sociais revelados em categorias que compreendem raça, gênero, classe, nacionalidade e religião, todas fatalmente relacionadas com a sexualidade. Dedicar atenção às pessoas que não se enquadram às regras e, dessa maneira, encontram-se na zona da indignidade, locais nos quais sua própria humanidade é contestada, justamente por estar em desconformidade com os princípios normativos do humano. A atuação do queer é no sentido de politizar a abjeção, promover sua ressignificação com o escopo de tecer estratégias de sobrevivência para que as vidas queer sejam compreensíveis, prestigiadas, dignas de assistência e de reconhecimento. (PINO,2007, p.149-174)

Nessa nova ótica, o imprescindível é combater as formas de legislação totalizante das identidades e conseguir diferenciar que o admissível para um grupo pode não ser para os outros, identificando, nesse diapasão, os diversos níveis que conferem habilidade às pessoas e achando estratégias capazes de minimizar os conflitos com as normas

[Digite aqui]

de gênero. As críticas às normas precisam ficar no contexto em que essas vidas são vividas e orientar-se pelas conjunções que potencializem a esperança de ter uma vida habitável. Tanto os transexuais como os intersex pleiteiam vidas habitáveis, contudo, essas somente subsistem enquanto consentem com as categorias de reconhecimento. (PINO,2007, p.149-174)

De acordo com Butler, o cenário controverso de choque com as normas de gênero e, simultaneamente, a dificuldade de se ter um mínimo de reconhecimento social para possuir vidas habitáveis configura os sujeitos da teoria queer que experimentam condições de paradoxo identitário como viabilidade de manter a sua existência. Essas pessoas estão sujeitas ao não reconhecimento por alimentarem uma relação de censura com as normas e, assim, serem julgadas menos humanas do que as “adequadas,” as “normais”. Os sujeitos queer, contudo, são montados por normas e, mesmo que queiram viver de forma crítica e transformadora, são lesados por essas próprias normas a serem invisibilizados e desfeitos como se não pertencessem ao que se considera humano. Esses indivíduos entendem que caso não incorporem essas normas de reconhecimento, suas vidas restarão inabitáveis, desse modo, precisam procurar identidades reconhecidas. (PINO,2007, p.149-174)

Destarte, Butler propõe implementar estudos queer de assuntos direcionados ao escopo de possibilitar “habitabilidade “para os sujeitos.

O objetivo é lutar para fazer a realidade, modificar as normas que regulam o humano, acordar o que é habitável ou não. A luta pela independência de reger os próprios corpos é fulcral nesses movimentos. Para Butler, tanto os investigadores de gênero e sexualidade como os movimentos políticos precisam considerar a socialização da vida corporal e a situação paradoxal do mesmo. O corpo tem uma fragilidade que os conecta primordialmente com os outros, com as normas sociais que regem os corpos. (PINO,2007, p.149-174)

3.5 DIREITOS DOS TRANSEXUAIS

Começando assim, referenciando a Constituição brasileira que tutela a liberdade, a igualdade sem distinção de qualquer natureza (art.5º, CF/1988), a inviolabilidade da intimidade e a vida privada (art. 5º, inciso X), a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual como direito personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa humana. Assim, como direito fundamental, surge um prolongamento de

[Digite aqui]

direitos da personalidade imprescindíveis para a construção de uma sociedade que se quer livre, justa e solidária.

O Direito ao nome compõe, portanto, o rol dos chamados direitos da personalidade, dentre eles, o direito à identidade pessoal, de gênero e sexual em recurso à legislação Portuguesa e Italiana, como também à doutrina de Rubens Limongi França. Este último reconhece, nesse contexto, um largo conjunto de direitos da personalidade, subdivididos em três grandes grupos: direito à integridade física, direito à integridade intelectual e direito à integridade moral (e como subgrupo deste último o direito à identidade pessoal, familiar e social, todos eles também defendidos por Vieira) (GRANT, 2013, p.3)

O direito personalíssimo à orientação sexual conduz a afastar a identificação social e jurídica das pessoas por esse predicado. Andou, ao menos em parte, contra essa trilha de preconceito o acórdão do Superior Tribunal de Justiça (Ministro Ruy Rosado de Aguiar no REsp 148897 – MG, julgado em 10 de fevereiro de 1998, por unanimidade), quando, na voz do relator, assentou ser “impertinente qualquer indagação sobre a vida íntima de um e de outro”, evitando resvalar para um subjetivismo discutível. A questão, todavia, está em que os limites e possibilidades da eficácia desse direito estão na estreita dependência do modelo jurídico ancorado no conjunto de valores prevaletentes nas relações sociais. É precisamente para estribar a arquitetura desse modelo que princípios e regras são edificados num sistema que atribui direitos e deveres. (FACHIN, 2003, p.121)

A realização da cirurgia de resignação sexual (CRS) teve seu início na década de 1970, quando sua prática foi considerada extremamente mutilante e atentatória a dignidade física do indivíduo pelo fato de resultar, por exemplo, na perda de um órgão totalmente funcional do cirurgiado (ablação do pênis). Alguns médicos que realizaram esse tipo de procedimento foram denunciados pelo Ministério Público e um cirurgião acabou sendo condenado à pena de dois anos de reclusão. A partir da década de 1980, com as classificações internacionais de doenças e transtornos mentais – DSM-III (1980), CID-10 (1992), DSM-IV (1994) e DSM-V (2013) -, mas principalmente com o advento das resoluções do Conselho Federal de Medicina (RES CFM n.º 1.482/1997; RES CFM n.º 1652/2002; RES CFM n.º 1.955/2010, que vieram a preencher considerável lacuna jurídico- normativa sobre o tema, é que paulatinamente veio a se consolidar o entendimento sobre a transexualidade – ou [Digite aqui]

transexualíssimo, como uma patologia, desvio psicológico, transtorno ou disforia de gênero, passível de tratamento e cura terapêutica através de intervenções hormonais e procedimentos cirúrgicos. e A partir desse momento o tema deixou de ser abordado sobre a ótica penal para uma perspectiva médica, bioética, constitucional e civil. Assim, o direito à realização da cirurgia de redesignação passou a ser uma decorrência, sobretudo, do direito à saúde disposto nos arts. 196 e 199 §4º, da CF/88. Com isso foi também consolidado na jurisprudência o direito à adequação do registro civil (nome e, especificamente, sexo, em adequação à genitália adquirida com a cirurgia) à “nova realidade” ou “nova verdade” da (o) Transexual e preservou-se desse modo, o direito a integridade física do indivíduo bem como os demais direitos da personalidade ao passo que também viabilizou uma melhor coerência entre as leis e a Constituição Federal.(GRANT, 2013, p.7)

Nesse sentido, Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2011, p.190), disseram que havendo desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição de fenótipo, há de se admitir, como o fez o órgão de classe médico, os benefícios da resignação do estado sexual, que desempenha função terapêutica e respeita a dignidade humana. O transexual tem direito constitucionalmente garantido à integridade física e psíquica e, por conta disso, poderá submeter-se à cirurgia de readequação sexual, independentemente de autorização judicial. Entender de forma diversa seria negar-lhe o direito à própria felicidade, condenando a conviver com uma desconformidade físico-psíquica, que, sem dúvida, viola o seu direito a uma vida digna. Por isso, realizada a cirurgia de mudança de sexo, resta à Ciência Jurídica readequar o estado sexual registral e o nome do (ex) transexual, modificando o registro público respectivo. O pedido deve ser feito através de procedimento especial de jurisdição voluntária perante o juízo de Família, ouvido o Ministério Público, como fiscal da lei. Em tal hipótese, a competência para processar e julgar o pedido é absoluta e pode ser declarada de ofício. Atualmente, a orientação jurisprudencial prevaiente é no sentido de permitir a resignação do estado sexual e do nome, no caso de cirurgia de mudança de sexo (transgenitalização), sem qualquer referência ao status anterior da pessoa.

O sistema jurídico, cioso de seus mecanismos de controle, desde logo, com o nascimento de uma identidade sexual, teoricamente imutável e uma. Essa rigidez não leva em conta dimensões outras, também relevantes, no plano das questões sociais [Digite aqui]

e psicológicas. Desse modo, o papel de gênero se apresenta como uma expressão pública dessa identidade.

O atestado do nascimento é, desta 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 normalmente imodificável, que marca o indivíduo em sua vida social. É um sinal uniforme e monolítico, incapaz de compreender a pluralidade psicossomática das pessoas. Entretanto, como os fatos acabam se impondo perante o Direito e a realidade acaba desmentindo esses mesmos “códigos”, mudanças e circunstâncias mais recentes têm contribuído para dissolver a “névoa de hipocrisia” que encobre a negação de efeitos jurídicos à orientação sexual. Tais transformações decorrem, dentre outras razões, da alteração da razão de ser das relações familiares, que passam agora a dar origem a um berço de afeto, solidariedade e mútua constituição de uma história em comum. (FACHIN, 2003, p.123)

Interessante a colocação de Carolina Grant (2013, p.14) ao esclarecer que os Tribunais Estaduais têm admitido o direito a alteração dos registros mas não sem reforçar os critérios necessários para tanto, quais sejam: condição de transexual atestada para alteração do prenome e realização da cirurgia de redesignação para alteração do sexo no registro civil, ao passo que alguns tribunais, entretanto, exigem apenas a comprovação da “condição de transexual” para autorizar a modificação tanto do prenome, quanto do sexo civil, considerando irrelevante a prévia realização da cirurgia. Desse modo, pode-se inferir que, mesmo os avanços já alcançados pela pessoa transexuais na esfera jurídica estão subordinados às imposições de segurança e certeza do Direito, bem como a uma pretensão da verdade e autenticidade que tem por fundamento por um lado, a presumida fixidez da divisão dos corpos em corpos-pênis-masculinos e corpos-vagina-femininos e suas derivações em termos de sexo, gênero, sexualidade, comportamento e práticas) e, por outro, na cientificidade da Medicina, na sua aptidão categórica de comprovar o patológico e o não patológico, assim como de indicar e regular a forma mais correta de proceder.:

TJ-MG - 100240577822030011 MG 1.0024.05.778220-3/001(1) (TJ-MG).

Data de publicação: 07/04/2009.

[Digite aqui]

Ementa: RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO - **TRANSEXUAL** - CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO JÁ REALIZADA - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - **MUDANÇA DE NOME** - NECESSIDADE PARA EVITAR SITUAÇÕES VEXATÓRIAS - INEXISTÊNCIA DE INTERESSE GENÉRICO DE UMA SOCIEDADE DEMOCRÁTICA À INTEGRAÇÃO DO **TRANSEXUAL**. - A força normativa da constituição deve ser vista como veículo para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, que inclui o direito à mínima interferência estatal nas questões íntimas e que estão estritamente vinculadas e conectadas aos direitos da personalidade. - Na presente ação de retificação não se pode desprezar o fato de que o autor, **transexual**, já realizou cirurgia de transgenitalização para **mudança** de sexo e que a retificação de seu **nome** evitar-lhe-á constrangimentos e situações vexatórias. - Não se deve negar ao portador de disforia do gênero, em evidente afronta ao texto da lei fundamental, o seu direito à adequação do sexo morfológico e psicológico e a conseqüente redesignação do estado sexual e do prenome no assento de seu nascimento. V.V.

TJ-SP - Apelação APL 00139343120118260037 SP 0013934-31.2011.8.26.0037 (TJ-SP)

Data de publicação: 25/09/2014

Ementa: RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. **TRANSEXUAL** QUE PRESERVA O FENÓTIPO MASCULINO. REQUERENTE QUE NÃO SE SUBMETEU À CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO, MAS QUE REQUER A **MUDANÇA DE SEU NOME** EM RAZÃO DE ADOTAR CARACTERÍSTICAS FEMININAS. POSSIBILIDADE. ADEQUAÇÃO AO SEXO PSICOLÓGICO. LAUDO PERICIAL QUE APONTOU **TRANSEXUALISMO**. Na hipótese dos autos, o autor pediu a retificação de seu registro civil para que possa adotar **nome** do gênero feminino, em razão de ser portador de **transexualismo** e ser reconhecido no meio social como mulher. Para conferir segurança e estabilidade às relações sociais, o **nome** é regido pelos princípios da imutabilidade e indisponibilidade, ainda que o seu detentor não o aprecie. Todavia, a imutabilidade do **nome** e dos apelidos de família não é mais tratada como regra absoluta. Tanto a lei, expressamente, como a doutrina buscando atender a outros interesses sociais mais relevantes, admitem sua alteração em algumas hipóteses. Os documentos juntados aos autos comprovam a manifestação do **transexualismo** e de todas as suas características, demonstrando que o requerente sofre inconciliável contrariedade pela identificação sexual masculina que tem hoje. O autor sempre agiu e se apresentou socialmente como mulher. Desde 1998 assumiu o **nome** de "Paula do Nascimento". Faz uso de hormônios femininos há mais de vinte e cinco anos e há vinte anos mantém união estável homoafetiva, reconhecida publicamente. Conforme laudo da perícia médico-legal realizada, a desconformidade psíquica entre o sexo biológico e o sexo psicológico decorre de **transexualismo**. O indivíduo tem seu sexo definido em seu registro civil com base na observação dos órgãos genitais externos, no momento do nascimento.

No entanto, com o seu crescimento, podem ocorrer disparidades entre o sexo revelado e o sexo psicológico, ou seja, aquele que gostaria de ter e que entende como o que realmente deveria possuir. A cirurgia de transgenitalização não é requisito para a retificação de assento ante o seu caráter..

Já há espaços para encontrar pronunciamentos como aquele do Ministro Sálvio de Figueiredo TEIXEIRA, do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual o “fetichismo das normas legais, em atrito com a evolução social e científica, não pode prevalecer a ponto de levar o judiciário a manietar-se em face de uma realidade mais palpitante”.

Esta é a razão pela qual, no reconhecimento que emerge da própria magistratura, “não pode a Justiça seguir dando respostas mortas a perguntas vivas, ignorando a realidade social subjacente, encastelando-se no formalismo, para deixar de dizer o direito. ” (FACHIN, 2003, p.123)

Dificuldades e resistências mostram o fosso abissal entre a realidade e seu espelho jurídico, tendo indiscutível valia instrumento que preencha esse vazio legislativo para expressar uma forma mais ampliada de compreensão das relações sociais apreendidas pelo direito. O pronunciamento legislativo tem importância à medida que preenche um espaço jurídico de definição de valores e vincula o próprio julgador.

Com virtudes e defeitos, toda a manifestação legislativa pode ser um veículo situado no reconhecimento de uma mudança de padrões dentro e fora da família.

Sem embargo dessa legítima busca, cabe também localizar, numa interpretação atualizada e dialética, a hermenêutica construtiva que pode, desde logo, revelar uma compreensão diferenciada do tema.

Essa dedução, se de um lado pode gerar alguma perplexidade para a sustentação dos valores informativos das uniões tradicionais, por outro, pode ser um caminho, enquanto a norma específica não vier, para que os resultados buscados, dentro ou fora do Judiciário, sejam mais justos. (FACHIN, 2003, p.124).

4. CASAMENTO: VALORES E PRINCÍPIOS

4.1 CASAMENTO: CONCEITOS E FINALIDADES

O casamento, no sistema clássico, chama para si a origem, porto de partida e ancoragem. A sua própria finalidade está na celebração do matrimônio como componente essencial da família. Ela, a família matrimonializada. Causa e o fim dessa concepção, a família matrimonializada faz das relações familiares, de um modo geral, um giro em torno de relações ligadas pelo vínculo do matrimônio.

O Direito matrimonial se ocupa do casamento, quer do casamento civil, quer do religioso com efeitos civis. Pressupostos e requisitos são estabelecidos para essa formalização jurídica do vínculo. Um rito de passagem sob as vestes de um ato de autonomia privada.

Eis a união formal. Formalidades preliminares e solenidade concomitante à celebração se reúnem num ato que se consolida e se prova, prioritariamente pelo viés formal, secundariamente pela posse de estado de casados. (FACHIN, 2003, p.127)

Por ser uma instituição social, o casamento é conceituado de forma variável ao longo do tempo e cada um desses conceitos refletem os valores predominantes dos poderes constituídos de cada época. A seguir apresentaremos algumas definições que surgiram ao longo da história entre os autores mais renomados:

São as definições de casamento apresentadas pelos escritores a partir de Modestino, da época clássica do direito romano, muitas delas refletindo concepções ou tendências filosóficas ou religiosas. A aludida definição é do século III e reflete as ideias predominantes no período clássico: *Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio*, ou seja, casamento é a conjunção do homem e da mulher, que se unem para toda a vida, a comunhão do direito divino e do direito humano. (PEREIRA, 2014, p.79)

Essa noção, um tanto grandiosa e sacramental desfigurou-se com o tempo e com a evolução dos costumes, desaparecendo a alusão ao direito divino e a referência à perenidade do consórcio de vidas.

Portalís, um dos criadores do código Civil francês, com intuito de ser objetivo, definiu o casamento nos seguintes termos: “É a sociedade do homem e da mulher, que se unem para perpetuar a espécie, para ajudar-se mediante socorros mútuos a carregar

[Digite aqui]

o peso da vida, e para compartilhar seu comum destino. Existem diversas críticas a essa conceituação, sobretudo por apresentar a vida como um fardo e silenciar quanto ao caráter legal e civil do casamento, podendo ser aplicado para certas uniões de fato. (GONÇALVES, 2017, p.37)

No direito brasileiro, existem duas definições clássicas. A primeira, de Lafayette Rodrigues Pereira, anuncia: "O casamento é um ato solene pelo qual duas pessoas de sexo diferente se unem para sempre, sob promessa recíproca de fidelidade no amor e da mais estreita comunhão de vida". A segunda definição é a de Clóvis Beviláquia, que expressa: "O casamento é um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolúvelmente, legalizando por ele suas relações sexuais, estabelecendo a mais estrita comunhão de vida e de interesses e comprometendo-se a criar e a educar a prole, que de ambos nascer". Fazem jus a referência as definições de Washington de Barros Monteiro e Pontes de Miranda. Para o primeiro, casamento é "a união permanente entre o homem e a mulher, de acordo com a lei, a fim de se produzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem seus filhos". Para o segundo, o casamento é "o contrato solene, pelo qual duas pessoas de sexo diferente e capazes, conforme a lei, se unem com o intuito de conviver toda a existência, legalizando por ele, a título de indissolubilidade do vínculo, as suas relações sexuais, estabelecendo para seus bens, à sua escolha ou por imposição legal, um dos regimes regulados pelo Código Civil, e comprometendo-se a criar e a educar a prole que de ambos nascer". Desse modo, o matrimônio não é mais a única forma de se constituir uma família. (GONÇALVES, 2017, p.38)

Agora, avançaremos para uma definição de casamento à luz da normatividade constitucional, que preconiza a pluralidade das entidades familiares (CF, art. 226, caput) e igualdade entre as pessoas humanas (CF, art.5º, caput e inciso I), assim como adota a total isonomia entre os filhos (CF, art.227, § 6º), para tanto, refutaremos algumas informações que, de maneira imprópria, habita no imaginário dos juristas.: Primeiramente, é preciso diferenciar o casamento da noção de procriação. De fato, não é necessário casar para ter filhos. Casamento é comunhão de vida entre pessoas, independentemente da procriação. Do mesmo modo, com as avançadas técnicas de reprodução assistida também não se pode relacionar ao casamento à (antiga) concepção de "perpetuação da espécie". Ademais, não se pode pretender que o casamento seja indissolúvel, por expressa previsão constitucional (CF, art. 226, § 6 [Digite aqui]

º), definindo que o casamento pode ser dissolvido por vontade de um ou de ambos os cônjuges. Terceiro, é preciso liberar o casamento das referências religiosas, recorrendo ao preceito constitucional expresso (CF, art. 19), que atesta que o nosso país é laico, de sorte ser impossível relacionar o casamento civil às exigências e às formalidades ou às finalidades próprias de sua estrutura religiosa. (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p.178)

A modificação mais significativa no conceito de casamento, porém, surgiu da interpretação concedida pela jurisprudência dos nossos Tribunais Superiores. Seguindo mesmo entendimento da doutrina majoritária, banuiu o requisito da diversidade de sexos para a constituição do casamento. Acolhe-se, assim, a celebração do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. É o chamado casamento homoafetivo que foi admitido, sustentado pelo fundamento de respeito à dignidade humana, a liberdade, a igualdade substancial e à solidariedade social. A Corte Superior de Justiça declarou que “a dignidade da pessoa humana, consagrada pela Constituição, não é aumentada nem diminuída em razão do uso da sexualidade, e que a orientação sexual não pode servir de pretexto para excluir famílias da proteção jurídica representada pelo casamento”. (FARIAS; ROSENVALD apud STJ, Ac.4º T, REsp 1.183.378/RS, rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 25.10.11).

Dessa forma, o casamento civil pode, sim, ser entre pessoas do mesmo sexo, escapando ao interesse religioso, por dizer respeito, tão somente, aos efeitos civis.

4.2 INVALIDIDADES DO CASAMENTO

A teoria da inexistência dos negócios jurídicos é construção doutrinária que se não sedimentou na dogmática jurídica, por causa da resistência que lhe opõe grandes juristas, continuando a ser objeto de discussão. Desenvolvida por Zachariae, para justificar a ineficácia absoluta de atos praticados no campo do Direito de Família, e acolhida por tratadistas egrégios da Escola exegética, criou corpo, até ser indicada sua inserção na teoria geral da ineficácia dos negócios jurídicos. No Direito de Família vige o princípio de que o casamento só é ineficaz quando a lei o declara de modo expresso. Carecendo no texto legal a proibição, por se referir justamente de pressuposto da sua formação – presumido, portanto, - teria de ser julgado válido, porque não estava expressamente defeso. Mas, a ordem jurídica não pode conferir validade a um ato a que falta elemento substancial. Diante do embaraço, a doutrina

desenvolveu a categoria dos atos inexistentes, para justificar a ineficácia absoluta daqueles a que falta requisito juridicamente necessário à existência. Tal situação se constata no casamento de pessoas do mesmo sexo ou no que não foi celebrado, não passando de farsa. Esses matrimônios aparentes não devem produzir qualquer efeito jurídico, mas não poderiam ser admitidos nulos. Seria absurdo aceitá-los como atos jurídicos, pois não existem. Considerou-se, assim, a necessidade de criar-se, ao lado dos negócios nulos e anuláveis, os inexistentes. (GOMES, 2009, p.420)

A questão de ser ou não ser, no direito ou em qualquer outro ramo de conhecimento, é a questão liminar. Ou algo entrou ou se produziu e, então, é no mundo jurídico; ou nele não entrou, nem se produziu nele, e, então, não é. De certo o legislador é livre no abranger, ou não, no conjunto da inexistência, ou no conjunto da existência (mundo jurídico), o nulo. Porém terá de o admitir, sempre, como inexistente, se naquele conjunto o abrangeu, ou como existente, se o abrangeu nesse. Não pode qualificar o nulo como não sendo e tratá-lo como ser; nem o qualificar como ser e trata-lo como não sendo. São requisitos elementares de lógica, a que não se pode furtar qualquer jurista alinhado com seu ofício. Adotemos, por exemplo, a declaração de vontade. Ou ela foi feita, ou não foi feita. Não se pode entender que a declaração de vontade pelo que estava coagido, ou ameaçado, não foi feita; foi-o, apesar de atingida pelo defeito. Defeito não é falta. O que falta não foi feito. O que foi feito, mas possui defeito, existe. O que não foi feito não existe, e, portanto, não pode ter defeito. O que foi feito, para que falte, há, primeiro, de ser desfeito. Qualquer declaração de falta possui enunciado existencial negativo: não há, não é, não existe; ou afirmação de ser falso o enunciado existencial positivo: é falso que haja, ou que seja, ou que exista. Faltar é derivado de *fallere*, como falso; ao passo que defeito decorre de *deficio* (facio) e indica estar mal feito. O nulo é negação da validade; não é negação da existência. Mesmo porque se pressupôs o existente; tanto que nulo e não nulo existem. A classe vazia e a classe cheia têm existência; porque a classe é, e os sinais se referem à vaziez ou ao enchimento (vazio, não vazio = cheio). “Sem se dar conta do que pressupôs, cair-se-ia em paradoxo, pois fa e $\sim fa$ não seriam contraditórios se fa não pressupusesse que f existe e a existe: a conjunção de “ f existe” e “ a existe” implica $(\exists x) fx$ e, portanto, fa concede $(\exists x) fx$ ”. (MIRANDA, 2012, p.69)

O negócio inexistente tem denominação dúbia. Rebate-se com a impossibilidade lógica assegurando-se que, se ato foi praticado, existe. Mas o que se quer demonstrar [Digite aqui]

com tal locução é que, apesar de existente porque realizado, o ato carece de substântividade jurídica. O que se quer afirmar é, em resumo, que não se formou para o Direito. Convém, assim, diferenciar o ato inexistente do negócio nulo. Este agrupa os elementos essenciais à sua constituição, mas exhibe defeito que a lei avalia bastante grave para lhe recusar validade. Aquele não chega a se formar, justo pelo motivo de lhe faltar elemento indispensável à sua existência jurídica. Falta-lhe, como acentua Santoro Passarelli, requisito que lhe obsta a identificação, que o torna inconcebível. Negócio inexistente vem a ser o que não engloba os elementos de fato que a sua natureza, ou seu objeto, supõe, e cuja carência impossibilita sua formação. Apenas dois requisitos gerais podem ser concebidos elementos de fato que, faltando totalmente, não admitem sua formação. Esses elementos são: a) a vontade; b) o objeto. Quando falte, assim, um desses dois requisitos, negócio jurídico não se forma. Uma vez considerado juridicamente inexistente, desnecessário declarar a sua invalidade, pois assim não pode produzir qualquer consequência jurídica. “Não se convalida, não se converte em outro negócio válido, não pode ter eficácia como putativo”. A teoria da existência é considerada uma construção inútil. A falta do objeto pode ser entendida como causa de nulidade, e a da vontade, até de anulabilidade. No entanto, muitos lhe creditam grande utilidade prática. (GOMES, 2009, p.420)

Ora, reputa-se ineficaz, em sentido amplo, o negócio jurídico que, por razões internas ou externas, não atingem as consequências que lhe são peculiares. Quando por razões internas isso ocorre, tem-se a ineficácia *latu sensu*, ou nulidade, e, quando por motivos externos, ou irregularidades outras, tem-se a ineficácia *stricto sensu*, dividida em total ou parcial, de acordo com respectiva extensão. Em sentido estrito, caracteriza-se a ineficácia por inoccorrência de fenômeno antevisto, ou por dispositivo legal expresso que obsta efeitos a determinados negócios, subdividindo-se em absoluta, quando oponível *erga omnes*, e relativa, quando simplesmente a entidade ou pessoa determinada. Já a nulidade se refere a vícios ou defeitos concernentes aos elementos essenciais do negócio jurídico, ou a pressupostos e a requisitos de sua constituição. Classificada em absoluta ou relativa, tendo em vista a gravidade correspondente, relacionada à causa, a nulidade pode aniquilar o negócio jurídico, ou retirar-lhe efeitos, frente o interesse tutelado, de índole pública ou privada. Insere-se igualmente, nesse contexto, a questão controversa da inexistência do negócio jurídico, em que pese não aceita por parte da doutrina. Mas, de qualquer sorte, a inexistência

relaciona-se à carência de pressupostos ou de elemento fundamental à formação do negócio jurídico. Acata a elemento condicionante da existência, ao passo que a nulidade se refere a elemento condicionante da validade do negócio jurídico, ao lado da anulabilidade (ou nulidade relativa). Portanto, na perfeita avaliação dos limites das figuras em questão, compete distinguir-se o negócio jurídico nos três planos principais em que se apresenta, o da existência, o da validade e o da eficácia, extremando-se-lhe as linhas essenciais. (BITTAR, 1994, p.165)

Prova-se o casamento existente, válido ou inválido. A inexistência está na véspera matrimonial, um “não existir” em termos jurídicos. A invalidade ultrapassa esta antessala e se põe numa desconformidade ao comando jurídico, nulo ou anulável será o casamento. Duas categorias da invalidade que pressupõe a existência. No substrato delas, defeitos jurídicos que se reportam a prazos cujo fluir destaca a relevância jurídica do tempo. O lapso temporal pode, às vezes, sob as vestes da prescrição, promover uma espécie de “juízo de esquecimento” como se fosse, assim, o remédio tácito da invalidade. (FACHIN, 2003, p.128)

Somente após a verificação da existência do matrimônio e de todos os seus pressupostos é que será possível apreciar o plano da validade, averiguando a presença dos requisitos exigidos por lei.

É no plano da validade que o negócio jurídico encontrará plena justificação teórica, apreciando o papel maior ou menor da vontade exteriorizada, bem como os limites da autonomia privada, a forma, o objeto, e o conteúdo, de maneira que serão atribuídos efeitos jurídicos de acordo com o que foi manifestado, de modo a cercar esse fato jurídico de algumas garantias, não somente para as partes, como também para terceiros e da coletividade.(FARIAS;ROSENVALD, 2014, p.233)

Após o surgimento do divórcio, a estratégia adotada era de manter o casamento a todo custo, impedindo a sua dissolução e para tanto, empregava expedientes para obstar, tanto o divórcio, como as separações ou nulidades e nesse sentido foi consagrado na doutrina que os vícios ensejadores da desconstituição do casamento estão tipificados na lei de modo taxativo, não sendo permitido qualquer outro motivo a anulá-lo.

Nesse sentido, Berenice Dias esclarece que o entendimento prevalecente é que, se a lei deve exaurir as hipóteses de nulidade do casamento, não existe nulidade sem

[Digite aqui]

texto. Não existem exceções à regra. A autora aponta Caio Mário, que afirma de modo categórico que o regime das nulidades dos atos e negócios jurídicos não se aplicam em matéria de casamento.

Desse modo, não se pode ao menos apelar para os vícios que governam o negócio jurídico. Resta aqui desprezado o que próprio código estipula sobre capacidade civil, (art.3 a 5), validade (art. 104 a 114), defeitos (art., 138 a 165) e invalidade dos negócios jurídicos. (art. 166 a 184). (DIAS, 2017, p.194)

As invalidades dizem respeito a defeitos que impedem a formação de vínculo matrimonial válido. Os casos de invalidade podem ser de três espécies: inexistência, nulidade e anulabilidade.

A teoria do ato inexistente compreende três pressupostos: identidade de sexos, falta de celebração e ausência total de consentimento. Aqui falta um pressuposto de fato, diferente das nulidades em que falta um pressuposto de direito que induz à invalidade do vínculo. (PEREIRA, 2014, p. 158).

Ainda assim, a doutrina não converge sobre tal enumeração, havendo quem sustente – e não sem razão- a irrelevância jurídica da inexistência matrimonial, considerando tais hipóteses como de nulidade absoluta. A maior crítica feita à teoria da inexistência é quanto a sua inutilidade perante a categoria dos atos nulos. Para Silvio Venosa, dizer que um ato é nulo ou que não existe é, sob todos os pontos, a mesma coisa. (DIAS, 2017, p. 197)

Todavia, não se pode colocar em dúvida, a necessidade de diferenciar os planos da existência e da validade pela sua mais completa distinção ôntica, exigindo, inclusive, elementos componentes absolutamente diversos. No Brasil, confere-se a Pontes de Miranda o mérito de, primeiramente, ter apresentado as necessárias reflexões sobre o tema, buscando inspiração nos alemães que já sustentavam a tese. Quanto ao fato do ordenamento positivo jamais ter reconhecido a teoria da inexistência, esclarecia de modo irrefutável, o inesquecível jurista alagoano, que a distinção entre casamento inexistente e casamento nulo ou anulável (inválido) ” não depende do direito positivo: é dicotomia fundamental intrínseca, porque tudo não é casamento, ou não basta para que a lei considere casamento, é não-casamento (inexistente)... O suporte fático não entrou no mundo jurídico”. (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p.230)

Assim, um casamento não existindo juridicamente, sequer precisa ser desconstituído judicialmente, porque a inexistência é o não ser, o nada juridicamente falando. Logo, não tendo vocação para produzir qualquer efeito, não havendo necessidade de ser declarado inexistente. Outrossim, pelos mesmos argumentos expostos, o casamento inexistente jamais poderá ser reconhecido como putativo, mesmo que as partes estejam de boa-fé. De fato, não se pode emprestar efeitos como na putatividade, ao que não existe. (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p.230)

No mesmo sentido Luiz Fachin argumenta:

Há diferenças claras entre inexistência e nulidade. A primeira distinção é que, ao contrário das causas de inexistência, as causas de nulidade são declaradas expressamente no ordenamento jurídico. Mesmo as causas da inexistência não estando no ordenamento jurídico, não raro é necessário movimento na máquina judiciária “para declarar inexistente aquilo que não existe”, uma ação sob o pálio do inciso I do artigo 4º do Código de Processo Civil. O mesmo raciocínio pode ser aplicado à nulidade? Sim, em parte. As causas da nulidade estão no ordenamento jurídico. É preciso um movimento da máquina do Estado para declarar a nulidade, ainda que esta declaração retroaja *ex tunc* à data da celebração daquele ato jurídico. E mais: em hipótese excepcional a nulidade pode produzir efeitos, como no casamento nulo putativo, e não haveria, então, putatividade na inexistência matrimonial. (FACHIN, 2003, p. 148)

Para o presente trabalho acadêmico, o mais importante é analisar a hipótese de inexistência do casamento por existir identidade de sexo entre os cônjuges.

Nem a Constituição nem o Código Civil impõem a diversidade de sexo dos noivos como condição para a celebração do casamento. Assim, para sustentar a teoria do casamento inexistente, invoca-se como exemplo o casamento homossexual. Ora, se esse exemplo, até há algum tempo, podia servir, hoje se tornou imprestável para tal fim. A diversidade de sexo do par não é mais um elemento essencial para o casamento. Depois que o STF reconheceu as uniões estáveis homoafetivas, casamentos têm sido celebrado no País, e às centenas, até porque o Conselho Nacional de Justiça proibiu que se negasse acesso ao casamento. (DIAS, 2017, p.197)

O Superior Tribunal de Justiça reconheceu a inexistência de óbice relativo à igualdade de sexo nesses termos:

“Assim sendo, as famílias formadas por pessoas homoafetivas não são menos dignas de proteção do Estado se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos. O que se deve levar em consideração é como aquele arranjo familiar deve ser levado em conta e, evidentemente, o vínculo que mais segurança jurídica confere às famílias é o casamento civil. Assim, se é o casamento civil a forma pelo qual o Estado melhor protege a família e se são múltiplos os arranjos familiares reconhecidos pela CF/1988, não será negada essa via a nenhuma família que por ele optar, independentemente de orientação sexual dos nubentes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas e o afeto. Por consequência, o mesmo raciocínio utilizado tanto pelo STJ quanto pelo STF para conceder aos pares homoafetivos os direitos decorrentes da união estável devem ser utilizados para lhes proporcionar a via do casamento civil, ademais porque a CF determina a facilitação da conversão da união estável em casamento (art. 266, §3º) (STJ,REsp 1.183.387 -RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.25-10-2011)

Nem o casamento de transexual é de ser admitido como inexistente ou inválido. Mesmo sem ter havido a redesignação dos órgãos genitais, obtida, na justiça, a alteração do nome e retificada a identidade do sexo, não há impedimento para casar. O casamento não é nulo nem inexistente. Alegando o consorte que desconhecia a condição de transexual do cônjuge, pode eventualmente ser reconhecido o erro essencial sobre a pessoa (CC1.557, I) a justificar a sua anulação e não a declaração de sua inexistência (DIAS, 2017, p. 197)

O casamento nulo está previsto no art. 1521 do CC/02, onde se encontram os impedimentos para se casar. Antigamente, o art. 1548 do CC/02 também trazia uma hipótese, a do impedimento do enfermo mental. Contudo, o Estatuto da Pessoa com Deficiência de 2015 revogou a referida hipótese. O interesse presente aqui para que não se crie o vínculo é público, sendo a proteção estatal maior. Já o casamento anulável está previsto no art. 1550 do CC/02. Para os fins previstos no citado artigo, a hipótese mais importante é a que consta no inciso III: por vício de vontade, nos termos dos arts. 1556 a 1558 do CC/02. Os vícios são: erro essencial quanto à pessoa [Digite aqui]

do outro cônjuge e quando o casamento for realizado sob coação de um ou ambos os cônjuges. O erro é o argumento mais utilizado para se requerer a anulação do casamento. Argumenta-se que se fosse sabido o passado médico do cônjuge, o matrimônio não teria ocorrido, o que se encaixa perfeitamente na ideia de erro sobre a pessoa. Estabelecidos esses pressupostos, passa-se a enfrentar os argumentos para invalidar o casamento com cônjuge transexual.

4.3 CONSTITUCIONALIDADE DO CASAMENTO

O casamento é uma instituição social milenar, berço da formação da família e que traz consigo valores sociais, morais, culturais, religiosos, jurídicos e filosóficos que se modificam com o passar do tempo.

É fato que o ser humano já nasce inserido no seu núcleo familiar. Será a partir dessa primeira estrutura social que esta pessoa será ajustada e socializada ao meio em que vive com vistas a sua realização pessoal.

É dentro do seio familiar que ocorrerão os diversos fatos da vida do indivíduo e abrangerão desde os fatos naturais, incluindo o seu nascimento até a morte como também os fenômenos culturais. A partir desse núcleo é que o homem terá entendimento de si como um ser racional capaz de realizar escolhas, o que por sua vez terá efeito na formação da sua personalidade, da sua vida e do seu propósito de ser feliz.

Cristiano Chaves de Faria (2007, p.2) leciona que a família é um fenômeno humano basilar da sociedade, sendo impossível entendê-la, de modo a desprezar a interdisciplinariedade, máxima na sociedade contemporânea, assinalada por relações complexas, plurais, abertas, multifacetárias e sobretudo globalizadas.

É imprescindível, para melhor compreensão desse fenômeno complexo que é a família, que esse entendimento seja construído numa base interdisciplinar, considerando os diversos ramos do saber que a constituem. Ademais, é necessário considerar todos os entes envolvidos e as suas relações, sob pena de se resvalar para um enfoque estéril e incapaz de dar respostas que atendam de modo efetivo as expectativas e necessidades da sociedade e de cada indivíduo.

Induvidosamente, a família traz consigo uma dimensão biológica, espiritual e social, demonstrando ser necessário, desse modo, sua compreensão a partir de uma feição

ampla, considerando suas idiossincrasias e peculiaridades, o que exige participação de diferentes áreas de conhecimento, tais como a sociologia, a psicologia, a antropologia, a filosofia, a teologia, a biologia (e, do mesmo modo, da biotecnologia e a bioética) e, ainda, da ciência do Direito. (FARIAS, 2007, p.3)

O Direito Constitucional da Família é um campo do saber que rompe as fronteiras tradicionais do público e do privado. Acolhe o novo Código Civil, em alguns dispositivos, normas constitucionais expressas, como a que trata do princípio da igualdade; deixa, contudo, de espelhar avanço numa visão de mundo e de sistema. Deve, pois, ser a codificação de 2002 vista e lida à luz dos princípios constitucionais.

Afirmada essa nova realidade familiar plural e multifacetária, mais do que apenas reconhecer a existência dos diversos modelos existentes, faz-se urgente buscar os meios para efetivar a proteção desses novos grupos familiares, tendo como primeiro passo a tutela da dignidade humana.

Nesse passo assevera Cristiano Chaves de Farias (2007, p.11-13):

A preocupação central do nosso tempo é com a pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas de direito positivo, especialmente aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo no social.

Desse modo, predomina um modelo familiar eudemonista que visa a realização plena do ser humano, ao passo que constata que a família é o local privilegiado para efetivar a dignidade humana e promover a realização plena do ser humano.

Eleito o princípio fundamental da República, a dignidade da pessoa humana, de forma revolucionária, veio a se coadunar com a nova apresentação da família, passando a garantir proteção igualitária a todos os seus membros.

Conclui-se assim que a família possui um papel funcionalizado e deve servir como ambiente favorável a promoção da dignidade e a realização da personalidade de seus membros, integrando sentimentos, esperanças e valores, servindo como alicerce fundamental para o alcance da felicidade. Do contrário, ainda viveremos como os nossos pais (lembrando da canção), esquecendo que o principal sentido da evolução é não permitir que se mantenha erros e equívocos de um tempo passado.

Assim, o Direito de Família constitucionalizado não deve ser como horizonte final o texto constitucional expresso. Por isso, sustentamos o direito para além do novo Código Civil. Os princípios constitucionais desbordam das regras codificadas e neles a hermenêutica familiar do século XXI poderá encontrar abrigo e luz.

É desse grau de efetivação da cidadania que reclama a pluralidade constitucional da família, não exclusivamente matrimonializada, diárquica, eudemonista e igualitária. (FACHIN, 2003, p.39)

Enfim, o que se há de afirmar da configuração da família na contemporaneidade é de núcleo fértil para o desenvolvimento dos aspectos mais benéficos do ser humano, como a solidariedade, a ajuda recíproca, a troca enriquecedora e os laços afetivos. Um verdadeira LAR: um Lugar de Afeto e Respeito. (FARIAS, 2007, p.14)

Durante a vigência da codificação Beviláquia, o casamento ostentou importante papel de forma instituidora única da família legítima, que usufruía de prerrogativas distintas. Fora do casamento a família era ilegítima, fraudulenta ou adúltera, e não era digna da proteção do ordenamento jurídico familiarista, limitando seus efeitos, apenas na seara das relações obrigacionais. (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p.174)

Desse modo, havia uma única maneira de constituir família, qual seja, pelo casamento. A família tinha uma natureza patriarcal, e os preceitos legais refletiam essa realidade. A influência religiosa perseverou. Apenas tinha reconhecimento a família unida pelos sagrados enlaces matrimoniais, por ser considerado um sacramento, ou seja, sagrado em sua origem. Não existia outra espécie de convívio aceitável. O casamento era indissolúvel. A dificuldade do Estado em admitir outros relacionamentos era de tal ordem, que o único modo de desfazer o casamento era com o desquite, que não extinguiu o vínculo matrimonial e, desse modo, impossibilitava novo casamento. (DIAS, 2017, p.160)

A constituição de 1988 trouxe uma perspectiva inteiramente renovada a respeito do casamento ao estabelecer entre outros princípios, o vetor primordial da dignidade da pessoa humana.

Conseqüentemente, a situação se modificou, adquiriu novos contornos. A família foi pluralizada, assumindo diferentes feições. O casamento perdeu a exclusividade, mas não a proteção. Continua digna da especial proteção do Estado (CF. art. 226), como uma das maneiras viáveis para a constituição de uma entidade familiar, por meio de [Digite aqui]

uma união formal, solene, entre pessoas humanas. Simplesmente não possui mais as características de exclusividade, coexistindo com outros expedientes de constituição de família, como a união estável, a família monoparental, a família homoafetiva...Dispõe, textualmente, o caput do art. 226 da Carta Maior que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, revelando, de forma explícita, que todo e qualquer núcleo familiar, tenha sido concebido de que modo for, será digno da proteção estatal, não podendo sofrer discriminações. O casamento, mediante esta multiplicidade de núcleos afetivos, se mantém protegido, apenas perdendo o exclusivismo. (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p.174)

Seguindo esse mesmo raciocínio, Berenice Dias relata que:

Essa nova realidade acabou por produzir enorme revolução na própria estrutura social. Tornou-se tão saliente o novo formato dos vínculos de convivência, que a constituição de 1988 alargou o conceito de família para além do casamento. Trouxe o conceito de entidade familiar albergando relacionamentos para além do casamento. Foi assegurada especial proteção tanto aos vínculos monoparentais – formados por um dos pais com seus filhos – como a união estável – relação de um homem e uma mulher não formalizada pelo casamento. Assim, o matrimônio deixou de ser a única forma de se constituir uma família. (DIAS, 2017, p.161)

Também é fato que, antes do advento da Carta Magna, o Estado sempre demonstrou interesse na manutenção do casamento e inicialmente proibia a sua dissolução. Esse contexto histórico é muito bem explanado por Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald.: O Código Civil de 1916 emprestava ao casamento feições eterna, indissolúvel. Filiava de certa maneira, o preceito canonista “o que Deus uniu o homem não separa”, revelando assim total influência religiosa sobre a relação de família, quase que reprisando a normatividade canônica. (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p.174)

O advento da Constituição modificou a ótica do casamento de institucionalista, voltado ao atendimento das formalidades e normas jurídicas para um enfoque que privilegia a tutela e a felicidade das pessoas envolvidas.

O constituinte garantiu a todos uma nova tábua axiomática, dando relevo a valores essenciais à pessoa humana, como a dignidade, a solidariedade social, a igualdade substancial e a liberdade. Dessa maneira é completamente indispensável compreender daqui em diante o sentido e o alcance das normas casamentarias a partir [Digite aqui]

da experiência constitucional e exaltar o seu garantismo humanitário e social. Em outras palavras: é necessário conformar toda a normatividade infraconstitucional do casamento à soberania dos valores constitucionais, conciliando, quando possível, os seus mandamentos ao espírito garantista e, quando não houver possibilidade oportunizar uma conciliação, simplesmente rechaçando a norma inferior do sistema. (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p.175)

A finalidade do casamento é justamente servir às pessoas nele comprometidas. Precisa ser encarado não como um fim em si mesmo, mas simplesmente como um caminho dentre vários possíveis que possibilita o desenvolvimento da personalidade, da realização e da felicidade.

Historicamente, os argumentos jurídicos que embasavam a tutela formal e solene do casamento em face de um interesse na manutenção da família, ainda que em prejuízo das pessoas que a compunham, como se houvesse uma proteção para o núcleo familiar em si mesmo, dão lugar à tutela de um casamento tido como núcleo privilegiado para o desenvolvimento da pessoa humana. Não existe mais a proteção do casamento pelo casamento, mas sim, em razão do ser humano. O matrimônio se perfaz em razão dos seus componentes e não estes em função dele, legitimada, com a valorização da pessoa humana, uma proteção avançada dos vínculos afetivos. (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p.175)

Nessa linha de pensamento, é fácil detectar com propriedade que o Direito de Família da pós-modernidade, espúrio em laços de afetividade, fincados como a sua causa originária e final, tem o propósito de servir como mola propulsora da afirmação da dignidade das pessoas de seus componentes, tratando-se do locus privilegiado, o ambiente adequado para o desenvolvimento da personalidade humana em busca da felicidade pessoal, e não mais como instituição digna de tutela autônoma, justificada por si só, em detrimento, não raro, da proteção humana. (FARIAS, 2007, p.21)

Para se fazer uma releitura de um Direito que deseja traduzir a família contemporânea, é indispensável que as leis estejam em conformidade com os princípios basilares do Direito de Família. Para se compreender tais princípios, e sustenta-los, é preciso que se perfilhe uma hermenêutica contextualizada numa revolução paradigmática.

E esta revolução paradigmática já se fez. Subsiste assimilá-la melhor para que fique definitivamente fincada na ordem jurídica sobre a família. E para tanto uma legislação

[Digite aqui]

é insatisfatória e jamais traduzirá, por si só, ou mesmo ao lado da doutrina e jurisprudência, todo o espírito do Direito de Família contemporâneo. (PEREIRA, 2012, p.29)

Diante disso, a função dos princípios é, também, noticiar todo o sistema, de modo a oportunizar a conquista da dignidade humana em todas as relações jurídicas, suplantando, assim, a concepção puramente positivista, que apregoa um sistema de regras neutro. Não mais se admite um Direito limitado a concepções simplesmente formais, aprisionado em uma moldura positivista. É preciso atravessar esta barreira e idealizar que só é possível a construção de um Direito vivo e em harmonia com a realidade se tivermos em mente um Direito principiológico. (PEREIRA, 2012, p.39)

4.4 OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS PARA O DIREITO DE FAMÍLIA

4.4.1 O princípio da dignidade humana

O princípio da dignidade humana é hoje um dos suportes de sustentação dos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Não se admite mais pensar em direitos dissociados da noção e conceito da dignidade. Embora essa ideia esteja atrelada à evolução histórica do Direito Privado, ela tornou-se também um dos fundamentos do Direito Público, na medida em que é o primeiro pilar da ordem constitucional e, portanto, o vértice do Estado de Direito. (PEREIRA, 2012, p.114)

Dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade. Implica em um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (DIAS, 2014, p.125)

A dignidade é um macroprincípio sob o qual irradiam e estão contidos outros princípios e valores essenciais como a liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e alteridade. São, portanto, uma coleção de princípios éticos. Isto significa que é contrário a todo nosso direito qualquer ato que não tenha como fundamento a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político. Essas inscrições constitucionais são [Digite aqui]

resultado e consequência de lutas e conquistas políticas associadas à evolução do pensamento, desenvolvimento das ciências e das novas tecnologias. É a noção de dignidade e indignidade que possibilitou pensar, organizar e desenvolver os direitos humanos. (PEREIRA, 2012, p.115)

A Constituição Brasileira consolida a dignidade da pessoa humana como um dos pilares da nossa República, através do seu art. 1º, III. A expressão não mais retorna no texto como um direito subjetivo expressamente reconhecido. Possivelmente por um motivo sábio de nosso constituinte, visto que a dignidade é multidimensional, estando relacionada a um grande conjunto de condições relacionadas à existência humana, a começar pela própria vida, perpassando pela integridade física e psíquica, integridade moral, liberdade, condições materiais de bem estar etc. Desse modo, a realização da dignidade humana está atrelada à realização de outros direitos fundamentais – estes, sim, expressamente consagrados pela Constituição de 1988. (VIEIRA, 2006, p.63)

A Dignidade é um princípio Constitucional e o seu significado tem origem na tradição kantiana do início do século XIX. Immanuel Kant, em sua Fundamentação da metafísica dos costumes, argumenta que há em cada homem um mesmo valor em virtude da sua razão e revela que a expressão dignidade da pessoa humana serve para indicar o que está em pleito quando se almeja uma compreensão ética – ou seja, da natureza do ser humano. Kant expõe de forma explícita que o valor intrínseco que faz do homem um ser superior às coisas (que podem receber preço) é a dignidade; e julgar o homem um ser que não pode ser tratado ou qualificado como coisa pressupõe nutrir uma denominação mais específica ao próprio homem: pessoa. Assim, o homem em Kant, é categoricamente um ser superior na ordem da natureza e das coisas. Por abranger essa dignidade, esse valor intrínseco, sem preço e acima de qualquer preço, que concebe ele pessoa, ou seja, um ser munido de consciência racional e moral, e por isso mesmo apto a exercer responsabilidade e liberdade. (PEREIRA, 2012, p.116)

Trata-se de princípio que tem como âmago a noção de que o ser humano é um fim em si mesmo, não devendo ser instrumentalizado, coisificado ou descartado em razão das características singulares que retratam sua dinâmica pessoal. A relação entre a proteção da dignidade da pessoa humana e a orientação homossexual é direta, uma vez que, refere-se aos atributos distintivos de cada um, independente do fato de estar ou não prevista, de modo expreso, na Constituição. A orientação que alguém confere [Digite aqui]

no ambiente de sua vida privada não permite quaisquer restrições. Assim sendo, discriminação fundada na orientação sexual caracteriza incontestável afronta à dignidade humana, o que viola o princípio vetor da Constituição federal. Vãos preconceitos não podem validar limitações a direitos, sob pena de endossar estigmas sociais e consolidar sentimentos de rejeição, além de ser fonte de sofrimentos a quem não teve a autonomia de escolher nem mesmo a orientação de sua vida. (DIAS, 2014, p.125)

Muito interessante para a análise do estudo aqui proposto, quando precisamos sopesar direitos e no caso concreto, inclusive relativizar o princípio da dignidade de um dos envolvidos na contenda é perceber a diferenciação feita por Kant entre inclinações e necessidades gerais do homem e o que constitui a sua condição enquanto natureza humana. Vejamos a seguir o desenrolar do raciocínio de Rodrigo Pereira (2012, p.118 -120):

O que se relaciona com as inclinações e necessidades gerais do homem tem um preço venal; aquilo que, mesmo sem pressupor uma necessidade, é conforme a um certo gosto, isto é, a uma satisfação no jogo livre e sem finalidade das nossas faculdades anímicas, tem um preço de afeição ou de sentimento; aquilo, porém, que constitui a condição, graças a qualquer coisa, pode ser um fim em si mesmo, não tem somente um valor relativo, isto é, um preço, mas um valor íntimo, ou seja, a dignidade

Se a dignidade é hoje um princípio constitucional, isso é resultado de uma conquista histórica. É o reconhecimento de que não importa quais sejam as circunstâncias ou qual o regime político, todo o ser humano deve ter reconhecido pelo Estado o seu valor como pessoa, e a garantia, na prática, de uma personalidade que não deve ser menosprezada ou desdenhada por nenhum poder. Exigir, por meio de preceito constitucional, que o Estado reconheça a dignidade da pessoa humana, é exigir que ele garanta a todos direitos que podem ser considerados válidos para um ser humano capaz de compreender o que é o bem. Sendo assim, uma nação que se pretende democrática não pode se furtar a congregar a dignidade da pessoa humana através das suas constituições e estas por sua vez, estão completamente vinculadas aos preceitos fundamentais dos Direitos Humanos, por traduzirem os ideais constitucionais de desenvolver uma sociedade livre, justa e igualitária. " Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação aos outros com espírito de fraternidade". Uma sociedade justa e democrática deve necessariamente reverenciar a liberdade e a

[Digite aqui]

autonomia privada. Significa dizer que a supressão de determinadas relações de família do laço social é uma afronta aos Direitos Humanos, ou melhor, é um desrespeito à dignidade da pessoa humana. O Direito de família só estará de acordo e em harmonia com a dignidade e com os Direitos Humanos a começar do momento em que essas relações inter-privadas não estiverem mais à margem, fora do laço social. Os exemplos históricos de indignidade no Direito de Família são muitos: a supressão da mulher do princípio da igualdade, alocando-a em posição inferior ao homem; o impedimento de registrar o nome do pai nos filhos havidos fora do casamento se o pai fosse casado; e o não reconhecimento de outras formas de família que não fosse o casamento.

A proibição discriminatória não tem sede unicamente constitucional. Está inscrito na Convenção Internacional dos Direitos Civis e Políticos, na Convenção Americana de Direitos Humanos e no Pacto de San José da Costa Rica, dos quais o Brasil é signatário. Como estabelece a Constituição Federal, são recepcionados pelo ordenamento jurídico os tratados e convenções internacionais objetos de ratificação. Ademais, a Resolução do Conselho da ONU, em 2011, afirma que todos os seres humanos nascem livres e iguais no que tange a sua dignidade e seus direitos e que cada um pode se favorecer do conjunto de direitos e liberdades, sem qualquer distinção. (DIAS, 2014, p.126)

Pode-se perceber desse modo que o Direito de Família está profundamente ligado aos Direitos Humanos e à dignidade. A compreensão desses elementos, que nos remetem ao conceito contemporâneo de cidadania, é que tem promovido o avanço do Direito de Família. Cidadania implica não exclusão. Isto deve significar a validação e a inserção no laço social de todas as formas de família, reverência a todos os vínculos afetivos e a todas as diferenças. Sendo assim, o princípio da dignidade humana significa para o Direito de Família o apreço e o respeito à autonomia dos sujeitos e à sua liberdade. Significa, sob todos os prismas, uma igual dignidade para todas as entidades familiares. Desse modo, podemos afirmar que é abominável dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família. A verdade sobre o valor da dignidade, no entanto, é relativa e é construída ideologicamente na proporção que as concepções subjetivas vão modificando ao longo do tempo. Por mais que se acate como absoluta a intangibilidade da vida humana, na aplicação dos princípios ao caso concreto, haverá sempre uma [Digite aqui]

relativização, pois quaisquer que sejam as estruturas do Estado de Direito, se encontrará numa interpretação jurídica, invariavelmente, um sujeito singular diante de um conflito humano identicamente singular. De forma que, harmonizar a dignidade de uma pessoa com a de outra é incumbência nada simples. É que a ótica pela qual se vê e se confere o valor à dignidade é uma ótica do sujeito singular com toda a sua carga de subjetividade, isto é, sua individualidade, suas razões e registros inconscientes que formaram aqueles determinados valores do sujeito desejante, até mesmo com o seu teor ideológico. As decisões abaixo ilustram e nos ajudam a refletir sobre a relatividade do conceito de dignidade que, às vezes, em nome de outros princípios, atribui diferentes dignidades sociais. (PEREIRA, 2012, p.123)

O estado civil revela atributo da personalidade e predicado da dignidade da pessoa humana, consubstanciando um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito (CF, art.1º, III). A não consumação do matrimônio, ante a recusa do Cônjuge à convivência, à coabitação e ao consórcio carnal, abandonando a esposa logo após a cerimônia, enseja a anulação do casamento, porquanto configurado o erro essencial sobre a pessoa do outro, apresentando-se a inação conjugal hábil ao acolhimento da pretensão deduzida em juízo.

(...) Sob todos os pontos de vista – ético, moral e legal – reprovável a conduta do ora apelado em abandonar a ora apelante exatamente no dia em que convolaram núpcias, fazendo configurar respectiva conduta recusa de coabitação em seu sentido amplo. Ora, a interpretação constitucional do dispositivo que envolve a matéria não comporta essa premissa. O raciocínio hermenêutico e jurídico-social não admite essa conclusão. O estado civil revela atributo da personalidade e integra a dignidade da pessoa humana, consubstanciando um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, III). Exigir que a apelante – mesmo com o reconhecimento judicial sobre a não consumação do casamento – ostente o estado civil de “separada judicialmente” (seria esse o caminho?) seria afrontar a sua dignidade, mediante forma sem conteúdo, literalidade sem sentido e formalismo desatrelado da realidade.

(...) Aparelho de som e antena parabólica não são considerados indispensáveis a garantia da dignidade da pessoa humana e, portanto, estão excluídos da Impenhorabilidade Absoluta, conferida na Lei n. 8.009/90. Sentença reformada.

(...) A penhora de bens móveis que guarnecem a residência não pode incidir sobre aqueles essenciais ao convívio familiar. A Lei n. 8.009/90 é de ordem pública e visa garantir um mínimo de exigência digna. Um único televisor e um único aparelho de som, bens móveis que guarnecem o imóvel, não podem ser objeto de constrição porque essenciais ao lazer, direito individual garantido pelo art. 60 da Carta Magna. A proteção da Lei n. 8.009/90 excepciona os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos (art. 2º, caput), que não se confundem com os bens constritos nos autos. O art. 659, §2º, do CPC decorre do princípio da economia processual, enquanto a Lei n. 8.009/90 decorre do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º da CF/88)

De acordo com Rodrigo Pereira (2012, p. 124), Maria Celina Boldin de Moraes, bebendo na fonte da filosofia Kantiana, contribuiu enormemente para esclarecer o que tange a relatividade e subjetividade X objetividade do conceito de dignidade. A autora propõe que o substrato material da dignidade seja decomposto em quatro postulados, para dessa forma, trazê-lo para um terreno de maior objetividade.:

I) O sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; II) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; III) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; IV) é parte do grupo social, em relação ao qual tem garantia de não vir a ser marginalizado. São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica, da liberdade e da solidariedade.

Esta decomposição serve ainda a demonstrar que, embora possa haver conflito entre duas ou mais situações jurídicas subjetivas, cada uma delas amparada por um desses princípios, e, portanto, conflito entre princípios de igual importância hierárquica, o fiel da balança, a medida de ponderação, o objeto a ser alcançado, já está determinado, a priori, em favor do princípio, hoje absoluto, da dignidade humana. Somente os corolários, ou subprincípios em relação ao maior deles, podem ser relativizados, ponderados, estimados. A dignidade, assim como ocorre com a justiça, vem à tona no caso concreto, se bem feita aquela ponderação.

O pensamento construído pela autora coaduna com o caso em tela exposto pelo presente trabalho que necessita recorrer a ponderação de princípios para atingir a sua elucidação. Ela demonstra que o macroprincípio da dignidade da pessoa humana nunca poderá sofrer qualquer tipo de relativização, mas somente os subprincípios que integram o seu conteúdo e dessa forma conclui que, no caso concreto, deverá haver uma ponderação de princípios, afim de se pormenorizar de que forma será efetivada a dignidade.

Nesse mesmo espírito, Maria Berenice Dias (2014, p.135) revela seu irretocável discernimento: Havendo confronto entre princípios, é importante descobrir uma maneira de adotá-los de forma a estabelecer o menor grau de sacrifício possível. Para tanto, é necessário ponderar os princípios em questão, conferindo-lhes pesos, de modo a auferir o conteúdo e o grau de aplicabilidade de cada princípio no caso concreto. Na ocorrência de colisão, indispensável realizar uma ponderação entre os [Digite aqui]

valores em questão, obrigando-se avaliar as razões a favor de um e a favor de outro, como fito de determinar um ponto de equilíbrio entre ambos que seja mais pertinente para o caso concreto. É crucial evitar cair no puro subjetivismo, decidindo de acordo com as preferências pessoais do intérprete. Para afastar tal perigo, a técnica de ponderação deve ajustar-se a três exigências: 1) É sempre necessário levar a cabo cuidadosa análise das características do caso concreto, tanto em seus aspectos fáticos como em seus aspectos jurídicos. 2) Uma vez verificado que não existe solução possível à margem da colisão, é necessário determinar qual dos valores é mais digno de proteção. E, para se evitar a tentação do subjetivismo, é necessário lembrar que não se trata de decidir qual dos valores é mais digno de proteção em abstrato, mas sim no caso concreto. 3) Deve-se recordar que a técnica de ponderação não oferece respostas em termos de “sim” ou “não”, mas de “mais” ou “menos”.

O que defendemos aqui é justamente a ponderação de interesses do casal envolvido no caso concreto do presente trabalho: por um lado, o interesse legítimo do cônjuge à informação relacionada ao seu parceiro transexual, por outro lado, o direito à dignidade do outro cônjuge, na acepção Kantiana, qual seja, a dignidade da natureza do cônjuge transexual. Ora, é irrefutável que por tudo o que foi exposto até agora a respeito da concepção de gênero, de todo o histórico de luta e sofrimento e invisibilidade acometido a esse ser, que seria um retrocesso a todo avanço até então conquistado, entender que, em que pese se autorize a mudança de nome, inclusive no registro de nascimento dessa pessoa, com propósito de tutelar e resguardar a sua privacidade, ao mesmo tempo, em contrário sensu, se obrigue essa mesma pessoa a revelar a sua intimidade ao seu parceiro sob pena de anulação do seu casamento.

Esse tipo de análise, completamente desprovida de alteridade, prova-se por si mesma carente de utilidade e serve de fundamento às críticas progressistas ou radicais que desconfia de uma razão abstrata da qual os jusnaturalistas derivam direitos.:

Para David Hume não é possível extrair obrigações morais e políticas da razão abstrata alegada pelos contratualistas, pois os valores que dela decorrem, e que ostentem como obrigatórios, não passam de subterfúgio a justificar uma resoluta forma de organização da sociedade e exercício do poder, tal como esses mesmos direitos naturais, um dia, prestaram para legitimar o poder absoluto dos reis. Bentham, por seu turno, esboça os direitos, tal como expressos na Declaração Francesa, como [Digite aqui]

“falácias anárquicas”. A seu entender, a Natureza pôs a humanidade sob o governo de dois princípios soberanos, que são a dor e o prazer. Nesse sentido, as decisões morais são aquelas que derivam da maior felicidade, ou maior prazer. Os sistemas jurídicos, ao invés de darem atenção aos “caprichos” de uma falsa razão, deveriam fundar-se no princípio da utilidade, único derivado da verdadeira razão. Para Bentham o bem estar da sociedade só pode ser alcançado a partir do sacrifício de todos, e não pelo fortalecimento do egoísmo de cada um, como assegurado pela Declaração de 1789. Esta também será a tônica da crítica de Marx, ao fazer uma análise da Declaração Francesa, em sua obra *Questão Judaica*, na qual a esfera cercada por direitos burgueses tem a finalidade de garantir o mercado que funciona como uma mera extensão do estado de natureza, onde deve prevalecer o mais forte, aquele que tenha domínio sobre os meios de produção. Assim, para esses autores a legitimidade do Direito deve derivar ou de sua sincronia com os valores e a herança cultural de uma determinada comunidade, do princípio da utilidade – ou felicidade para o maior número -, ou de uma total reformulação da sociedade, a partir da igualização material. Nesse sentido, não mais se deve indagar sobre a legitimidade ou justiça do Direito, mas sobre sua eficácia, sobre sua fonte de produção. O que nos recoloca na posição de Antígona, ou seja, de nos vermos obrigados a um Direito que tem como único título de legitimidade o fato de ser posto por aqueles que se encontram no poder. (VIEIRA, 2006, p. 33-35)

4.4.2 O direito à intimidade.

Para além da efetivação da dignidade da pessoa humana na qualidade de um princípio fundamental do Estado Democrático de Direito brasileiro (CF, art. 1º, III), o Poder constituinte originário de 1988 positivou os valores intimidade e vida privada no nosso ordenamento pátrio por julga-los essenciais para a nossa sociedade.

A intimidade e a vida privada são valores que, após anos de proteção indireta através de outros institutos jurídicos, o direito principia a amparar independentemente, a partir do final do século XIX.¹ Para tanto, os debates sobre a existência, o conceito e a estrutura jurídica da, então, moderna classe dos direitos da personalidade foi fundamental. Em que pese a primordialidade de tutelar atributos da personalidade humana, até então esquecidos pelo direito, o BGB, em 1900, não abraçou de forma clara, no direito positivo alemão, país onde sucederam as melhores discussões

doutrinárias, a concepção dos direitos da personalidade. Ainda que não positivados inicialmente, na Alemanha e em outros países, a discussão sobre os bens da personalidade foi de grande importância para o desenvolvimento autônomo do direito à intimidade e à vida privada. Coube a Warren e a Brandeis, dois juristas norte-americanos, darem início à noção jurídica sobre o direito "de ser deixado só" em artigo da Harvard Law Review, em 1890, sob o título "The Right to Privacy (FILHO, 2006, p.185)

De acordo com BITTAR (2001, p.106), o grande destaque no contexto psíquico da pessoa é o direito à intimidade, que tem o propósito de preservar a privacidade em seus múltiplos aspectos: pessoais, familiares e negociais. Questão que tem encontrado, na doutrina, posicionamentos variados. Assim é que se privilegia, de um lado, um direito geral à intimidade, com minuciosidades relativas à imagem, ao segredo e à privacidade, dentre outras. Entendemos, no entanto, possa o direito nesse quesito ser definido em si, com núcleo próprio, a diferenciá-lo dos demais. Situando-o, desse modo, entre os direitos de natureza psíquica, nele divisamos a proteção à privacidade, na exata medida da exclusão de qualquer violação a aspectos particulares ou íntimos da vida da pessoa, em sua consciência, ou em seu ambiente íntimo, compreendendo-se o seu lar, a sua família e a sua correspondência.

Direito à intimidade é aquele que resguarda o indivíduo da sua vida privada e seus projetos mais secretos da ciência de outras pessoas e do Estado, preserva a própria vivência da pessoa. Existe diversas terminologias utilizadas para denominar esse direito: Nos E.U.A. é denominado de *right of privacy*; na França, *droit a la privéé e droit a la intimité*; na Itália, *diritto allá riservatezza*. Na Alemanha, a Corte Constitucional, esteada na Lei Fundamental daquele país, admitiu a existência de um direito fundamental à autodeterminação sobre as informações de caráter pessoal - *Recht auf informationelle Selbstbestimmung*. O Brasil reconheceu explicitamente a proteção ao direito à privacidade no artigo 5º, inciso X da CRFB/ 88, quando determina que: "São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". A intimidade pode ser encarada como valor fundamental dos seres humanos enquanto convivendo em sociedade. Significa um direito essencial, inalienável, inapreensível, e desse modo, livre de amarras e limitações. Possui caráter exclusivista e individualista, constitui liberdade negativa do indivíduo. A vida privada é o recinto sagrado da pessoa [Digite aqui]

humana onde ele guarda elementos pessoais que não deseja seja exposto a quem quer que seja. É um determinado isolamento, refúgio ou esconderijo do indivíduo, um direito fundamental do ser humano. A finalidade do princípio do sigilo é proteger a privacidade e a intimidade do indivíduo, até mesmo de possíveis intervenções do Estado, assegurando a todos, o direito de preservar apenas para si aquilo que não pretende revelar a terceiros. (OLIVEIRA, Rogério)

O ponto fulcral desse direito resvala-se na necessidade de isolamento mental inata no psiquismo humano, que leva a pessoa a não almejar que determinados aspectos de sua personalidade e de sua vida cheguem à ciência de terceiros. Restringe-se, com esse direito, o máximo possível, a inclusão de estranho na esfera privada ou íntima da pessoa. São esses elementos: a vida privada; o lar; a família; a correspondência, cuja inviolabilidade se encontra difundida, no mundo jurídico, a começar dos textos das Declarações Universais às Constituições e, ainda, em muitos fragmentos da legislação ordinária. Proíbe-se qualquer ingerência na vida privada, na família, no domicílio e na correspondência, bem como na fórmula adotada pela Declaração Universal – vedam-se os ataques à sua honra ou reputação, autorizando-nos distinguir, em sua essência, os aspectos do direito à intimidade, o qual se diferencia, por sua vez, do direito à honra. Distinguimos, inclusive, frente à sua especificidade, o campo do segredo, componente da esfera íntima do ser, mas constitutivo de direito autônomo, com peculiaridades próprias. Assim, no terreno do direito à intimidade são resguardados, dentre outros, os seguintes bens: confidências; informes de ordem pessoal (dados pessoais); recordações pessoais; memórias, diários; relações familiares; lembranças de família; sepultura; vida amorosa, ou conjugal; saúde (física e mental); afeições; entretenimentos; costumes domésticos e atividades negociais, reservados pela pessoa para si e para seus familiares (ou pequeno círculo de amizade) e, dessa forma, afastados da curiosidade pública.(BITTAR, 2001,p.107)

O direito à privacidade tem sido objeto de estudo de diversos juristas ao longo dos anos. Privacidade, de acordo com o referido autor, significa: “fora do Estado, pertencente à pessoa ou ao indivíduo mesmo”. Descreve a privacidade como uma aptidão inerente a todo e qualquer indivíduo de proteger do alcance de terceiros o conhecimento sobre elementos concernentes a sua própria pessoa ou atividades íntimas. A privacidade elaborada em seu sentido lato ainda pode ser entendida como: A totalidade de informação referente ao indivíduo que ele pode decidir resguardar sob [Digite aqui]

seu exclusivo controle, ou revelar, definindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso estar legalmente sujeito. Engloba todos os acontecimentos das esferas íntimas, privadas e da personalidade, que o texto constitucional consagrou. A esfera de inviolabilidade, dito isso, é ampla, contempla o modo de vida doméstico, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos locais, nome, imagem, pensamentos, segredos, como também, as origens e projetos futuros do indivíduo. À vista dessas ponderações, entende-se que a privacidade face à Constituição Federal de 1998, é o conjunto de modo de ser e viver, como direito de o indivíduo viver sua própria vida. Compreende ainda na possibilidade que cada indivíduo tem de se opor à intervenção de desconhecidos na sua vida privada e familiar, bem como de negar-lhes o acesso a informações a respeito da privacidade de cada um, e também que sejam reveladas informações sobre esta área de manifestação existencial do ser humano. (OLIVEIRA, ROGÉRIO)

A manifestação legislativa sobre a intimidade e a vida privada não foi auxiliada por uma evolução clara e profundo da doutrina. Em que pese existam maravilhosos estudos sobre o tema, como também, diversas obras sobre a questão, parece carecer ainda de um mínimo de consenso sobre o conteúdo dos valores intimidade e vida privada que impede um progresso razoável sobre os bens a serem protegidos pelo direito à intimidade e à vida privada na atualidade. Essa carência de um mínimo consenso possível proporciona, desde o início, graves problemas, pois as ações e os sentimentos humanos tutelados variam, especialmente, de acordo com as diversas noções sobre o direito à intimidade e à vida privada entendidas pelos doutrinadores, bem como pelos significados desenvolvidos pelos inúmeros juristas. (FILHO, 2006, p. 187)

René Ariel Dotii afirma que a Intimidade está alocada na Vida Privada como se fossem dois círculos - teoria dos círculos concêntricos: a Intimidade seria um círculo concêntrico e de menor raio que a Vida Privada. Quanto maior for a familiaridade das informações a expor das esferas de intimidade e segredo, maior peso terá que enfrentar os fundamentos para a sua revelação, da perspectiva do interesse público. Do mesmo modo, afirma Darcy Arruda Miranda ao indicar que devem ser avaliados como próprios à Vida Privada da pessoa, "não só os fatos da vida íntima, como todos aqueles em que seja nenhum o interesse da sociedade de que faz parte". Dessa forma, a intimidade seria uma espécie do gênero Privacidade.

[Digite aqui]

Sobre o direito à intimidade, Robert Alexy assevera, em sua obra Teoria dos Direitos Fundamentais, a teoria das Esferas, através da qual é possível separar três esferas com decrescente intensidade de tutela, quais sejam: a esfera mais interna (âmbito último intangível da liberdade humana), individualizando-se por ser o âmbito mais íntimo, a esfera íntima intangível e segundo interpretação do Tribunal Constitucional alemão, o âmbito fulcral totalmente protegido da disposição da vida privada, abarcando os temas mais secretos que não devem chegar ao conhecimento dos outros em razão da sua natureza especialmente reservada; a esfera privada ampla, que envolve o âmbito privado na razão em que não pertença à esfera mais interna, incluindo situações que o indivíduo leva ao conhecimento de outra pessoa de sua confiança, ficando suprimido o resto da sociedade; e a esfera social, que abarca todo o resto que não for incluído na esfera privada ampla, ou seja todas os assuntos relacionados com os dados que a pessoa deseja eliminar da ciência de terceiros. (Marques, 2010)

Com a finalidade de descobrirmos esse âmbito mais íntimo e interno do indivíduo, bastaria questionar-se se há uma conduta de uma pessoa que em nenhum aspecto refira-se ou afete a esfera de outras ou os interesses da vida em sociedade. Desse modo, certas situações e formas de conduta do indivíduo levariam a uma prioridade suprema do princípio da liberdade negativa simultaneamente com o princípio da dignidade da pessoa face a quaisquer princípios opostos imagináveis. Contudo, resta lembrar que não existe direito absoluto, mesmo que assim consideremos, não está afastado o âmbito mais interno da personalidade do indivíduo a ser tutelado por regras ou princípios. Importante também salientar a lição de Edilson Pereira Farias, verbis: A intimidade, como exigência moral da personalidade para que em determinadas situações seja o indivíduo deixado em paz, constituindo um direito de controlar a indiscrição alheia nos assuntos privados que só a ele interessa, tem como um de seus fundamentos o princípio da exclusividade, formulado por Hannah Arendt com base em Kant. Esse princípio, mirando a proteger a pessoa dos riscos decorrentes da pressão social niveladora e do império do poder político, comporta basicamente três exigências: "a solidão (donde o desejo de estar só), o segredo (donde a exigência de sigilo) e a autonomia (donde a liberdade de decidir sobre si mesmo como centro emanador de informações)". (MARQUES, 2010)

Analisando a teoria das esferas concêntricas, a jurisprudência constitucional alemã eleva a esfera da intimidade para o conteúdo essencial dos direitos de personalidade, o que torna o Choque entre os direitos à livre expressão e à intimidade, incapaz de qualquer ponderação proporcional. Assim, a informação que chocasse com o direito constitucionalmente protegido da Intimidade, nem ao menos estaria apto à observância de exigências mínimas de razoabilidade e proporcionalidade. Prevaleceria inexoravelmente o direito à Intimidade. Jónatas Machado recomenda para o risco de se estender a título de Privacidade aquilo que, habitualmente, estaria reservado à Intimidade (zona de segredo) do indivíduo:

[...] Todavia temos dúvidas que tenha que ser assim, parecendo-nos que uma tal solução acabará, na prática, perante um hard case em que esteja em causa a ponderação entre a intimidade e o interesse público, por conduzir à colocação, sob a égide da privacidade, daquilo que normalmente surgiria associado à intimidade, para que por essa via o interesse público possa prevalecer. (MARQUES, 2010)

A par desse entendimento, acredita que a mencionada análise, ao englobar o conteúdo geral do direito à liberdade com o conteúdo principiológico, pode marchar para elaborações adequadas sobre o direito à intimidade e à vida privada. O direito à vida privada seria circunspeto pela liberdade sexual, pela liberdade da vida familiar e pela intimidade, além de demais núcleos de intersecção com outros elementos ou atributos da personalidade. Já a noção de intimidade "cuida-se de sua projeção no âmbito das informações pessoais, do relacionamento comunicativo do ser com os demais, enfim, de uma 'autodeterminação informativa' ou 'informacional'". (FILHO, 2006, p.188).

A partir desses conceitos a respeito da intimidade e a vida privada, os autores avaliam a possibilidade de matrimônio entre pessoas do mesmo sexo. Lorenzetti, devido ao seu conceito, apesar de entender relevante a reserva de atos pessoais como o comportamento sexual, acreditava que o caso de matrimônio entre pessoas de um mesmo sexo não era permitido pelo sistema jurídico. Argumentava que o ato de matrimônio teria desdobramentos sobre terceiros, pois "o cônjuge tem direitos concedidos pelo legislador: pensões, privilégios trabalhistas, auxílios familiares, proteção da moradia e muitos mais". Dessa forma, a conduta influenciaria os demais, sendo lícitos que estes, por intermédio do Estado, promovessem certos bens e outros não. É, dessa forma, "legítima" que o Estado decidia que "a promoção (do matrimônio)

[Digite aqui]

é para pessoas de diferente sexo que se unem". Sob outro prisma, Sampaio, devido "à crueza literal" dos parágrafos do artigo 226, entendia que a união estável e o casamento apenas seriam permitidos ao casal formado pelo homem e pela mulher. No entanto, revela que "somente uma construção hermenêutica muito sólida, fincada sobretudo do direito de igualdade, de intimidade e da vida privada poderia vencer a crueza literal das disposições do Texto Constitucional". Com o estudo dos trabalhos de Raymond Wacks e Ruth Gavinson, define a infra-estrutura teleológica da privacy por meio da contraposição:

[...] de um lado, o interesse do indivíduo na sua privacidade, isto é, em subtrair-se à atenção dos outros, em impedir o acesso a si próprio ou em obstar à tomada de conhecimento ou à divulgação de informação pessoal (interesses estes que, resumindo, poderíamos dizer serem os interesses em evitar a intromissão dos outros na esfera privada e em impedir a revelação de informação pertencente a essa esfera); de outro lado, fundamentalmente o interessa em conhecer e em divulgar a informação conhecida, além do mais raro interesse em ter acesso ou controlar os movimentos do indivíduo – interesses esses que ganharão maior peso se forem também interesses públicos (FILHO, 2016, p.190)

Modernamente, parece que não existe uma esfera pública e outra privada, e sim somente uma única esfera social, a qual é responsável por administrar uma enorme economia coletiva (assunto privado) através da política e do mundo comum (vida pública). O surgimento da esfera social coincidiu com a transformação da propriedade de preocupação individual para pública. Nas palavras de Arendt:

Logo que passou à esfera pública, a sociedade assumiu o disfarce de uma organização de proprietários que, ao invés de se arrogarem acesso à esfera pública em razão de sua riqueza, exigiram dela garantias para o acúmulo de mais riqueza. Nas palavras de Bodin, o governo pertencia aos reis e a propriedade aos súditos, de modo que o dever do rei era governar no interesse da propriedade de seus súditos. O oposto da vida privada moderna não é a esfera pública, e sim o conformismo e a igualdade impostos pela sociedade na esfera social. Dessa forma, a esfera da intimidade não nasce em contraposição à esfera pública, mas como um espaço espiritual que necessita de proteção contra a esfera social e seu correspondente conformismo. (FILHO, 2006, p. 196)

5. A TRANSEXUALIDADE COMO MOTIVO DE INVALIDADE DO CASAMENTO

Superando a possibilidade de casamento, discute-se o pedido de anulação do casamento que tenha como fundamento o erro essencial sobre a pessoa, tendo em vista que um dos cônjuges pode se sentir enganado, caso não saiba da condição de transexual de seu parceiro e alegue que se soubesse, não teria contraído matrimônio. Pois essa é a natureza do erro que deve ser auferida, “sendo esse erro tal que o seu

[Digite aqui]

conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado” (PEREIRA, 2014, p.169).

É anulável o casamento realizado com vício de vontade. Porém, as possibilidades de buscar anulação do casamento são restritas às hipóteses de coação ou erro quanto à pessoa do cônjuge. Em sede matrimonial, os chamados erros essenciais se distanciam da teoria dos defeitos e invalidades dos atos e negócios jurídicos: dolo, coação, estado de perigo, lesão e fraude contra credores (CC 1.45 a 165). Tais máculas, mesmo presentes no casamento, não dão margem à sua anulação. O prazo para propor ação anulatória é de três anos a contar da data da celebração do casamento. (CC 1.560 III) (DIAS, 2017, 205)

O Código de 2002, no seu art. 1.557 delinea o entendimento legal e o alcance do erro essencial, que não anuncia muita distinção, em linhas gerais, do Código anterior. Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge:

- “I- O que diz respeito sobre a 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 erro, enquanto vício da vontade no casamento, é aplicação específica da teoria geral. É conformação de representação psíquica desacertada, imprópria, incompatível com a verdade. É necessário considerar a priori os princípios gerais, antes de analisar o erro sob o prisma do casamento. Somente terá o condão de anular o ato jurídico o erro substancial ou essencial, conforme disposto nos arts. 138 e 139 do CC, que alude ao erro quanto à natureza do ato, ao objeto principal da declaração ou alguma das qualidades a ele essenciais. No que tange esse aspecto, o art. 139, II dispõe que o erro é substancial quando “concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante”. Contudo, como em matéria de casamento não existe nulidade sem texto,

[Digite aqui]

somente poderá ser anulado por erro o casamento que se subsumir às situações de erro especificadamente descritas. Ademais há que se atentar ao prazo de três anos a contar da data da celebração, para anular o casamento por erro (art.1.560, III). (VENOSA, 2017, p.124)

Venosa ainda acrescenta que diversos exemplos concretos enunciados entre os julgados que configuram erro essencial e autorizam a anulação de casamento acarretam prejuízo social e dano psicológico de gravidade ao cônjuge inocente, de molde a autorizar pedido indenizatório por danos morais.

O erro ou ignorância é fruto de uma falsa percepção, noção, ou ainda da falta (ausência) de percepção sobre a pessoa, com que se está convolvendo núpcias. Há no erro assim, uma falsa concepção (falsa ideia) ou uma falta de noção sobre a realidade, motivo pelo qual o agente (em razão dessa noção deturpada) celebra o pacto. Assim, o erro deve de ser o motivo determinante do casamento. Se o cônjuge soubesse daquela situação, não teria casado. É, à vista disso, o estado mental que, diante do desconhecimento da real situação da outra pessoa, macula uma verdadeira manifestação da vontade. Contudo, não é qualquer espécie de erro que torna anulável o casamento. O erro só é aceito como causa de anulabilidade do casamento se for essencial (substancial), sendo a causa eficiente da declaração de vontade. Para que o erro seja reconhecido é necessária uma concorrência de fatores, sendo exigido que: ele seja existente antes das núpcias; porém a sua descoberta somente tenha acontecido após o matrimônio; tornando a vida conjugal insuportável. Faltando qualquer desses elementos, inviabiliza-se a alegação de erro. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p.214)

O erro essencial na hipótese do indivíduo transexual, refere-se à omissão da verdade, ou seja, o não compartilhamento de um cônjuge de toda a sua esfera íntima com o outro. Entretanto, questiona-se: há de fato o dever de informar? Para alguns doutrinadores, a exemplo de Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Naves há o dever de informar, sob pena de restar manifesto o *error in persona*, possibilitando a anulação do casamento. É importante salientar que, para que isso ocorra, é necessário que o erro essencial quanto à pessoa seja preexistente ao casamento, e que o outro cônjuge não tenha conhecimento e nem a possibilidade de ter esse conhecimento. Ou seja, é relevante que não seja um simples descuido, que haja realmente uma intenção de esconder a informação. (RESENDE; SOUZA, 2017, p.1428)

[Digite aqui]

Venosa (2015, p.126) ressalta que o ordenamento faz referência à honra e boa fama. O contexto deve ser analisado especialmente sob a perspectiva do nubente que se sente enganado: se tinha conhecimento ou as circunstâncias manifestavam que devia saber com quem estava-se casando, não se anula o casamento. O exame de situações encaradas na jurisprudência reflete o entendimento atual dessa contenda. Nessa lógica, decidiu, por exemplo, o Superior Tribunal da Justiça (REsp 86.405/SP, 10-9-96, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar.:

“A mulher que aceita contrair casamento após quatro ou cinco meses de namoro, ainda que não tenha tido perfeitas condições para conhecer as circunstâncias que depois tornaram insuportável a vida em comum, não está inibida de promover com êxito a ação de anulação do casamento, por erro essencial.”

Ao que tudo indica, esse dispositivo referente a honra e boa fama, faz menção ao casamento coma pessoa errada. Temos como exemplo o casamento por procuração. Entretanto, parece estar compreendida também a possibilidade de erro por causa das contingências pessoais de qualificação do cônjuge, com base na sobreposição (desnecessária) de concepções mencionadas na lei. Entendemos ser plausível no caso de alguém que se passa por pessoa conhecida, sem o ser, ou utiliza dois ou mais nomes. É indispensável, contudo, que aquela personalidade civil tenha sido a causa preponderante do matrimônio. Igualmente nos parece ser hipótese de descobrir que o cônjuge foi transexual, tendo obtido a mudança de registro, após a cirurgia. Entretanto, entendemos inadmissível a alegação de homossexualismo, bissexualismo, preferências sexuais, vícios de jogos e tóxicos, alcoolemia, como causa de anulação por erro. Por certo, tais hipóteses se enquadraram com muito mais vigor à hipótese de separação (CC, art.1.572), não sendo fundamento razoável para perquirir a anulação do ato. Inclusive porque a norma constitucional assegura a liberdade de expressão e de autodeterminação, amparando, de modo diferenciado, as garantias individuais. Antigamente, especificamente antes do advento do divórcio, era banal admitir que tais hipóteses fossem reconhecidas como erro, para de algum modo, fazer interromper uma convivência que tinha se tornado insuportável. Entretanto, atualmente, quando se simplifica, com razão, a dissolução do casamento, não há mais razão de viabilizar tais debates, ferindo, indubitavelmente, a privacidade e a dignidade da pessoa humana. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 215)

Berenice Dias (2014, p.295) pondera sobre o assunto e traz alguns esclarecimentos: Após o procedimento da cirurgia, o transexual está apto ao coito, desse modo, a impotência *coeundi* não pode ser utilizada como fundamento para embasar pedido de anulação. De outro lado, a incapacidade *generandi* – que, nesse caso, advém da cirurgia transformadora – de maneira análoga, não justifica um pedido anulatório, pois não constitui hipótese de erro essencial sobre a pessoa, sendo que a esterilidade não tem o condão de invalidar o casamento. Assim, o único fundamento que poderia dar ensejo à pretensão de desconstituir o casamento seria a alegação da ocorrência de erro essencial sobre a pessoa, sua identidade, a tornar insustentável a vida em comum. De qualquer forma, é pouco provável, modernamente, com a evolução dos costumes que a vida sexual dos nubentes tenha seu início unicamente após a constituição do matrimônio. A virgindade deixou de ser o símbolo da honestidade feminina, o que exigia – ao menos socialmente – que a mulher permanecesse casta até casar. O fato é que, mesmo que bem-sucedida a cirurgia, raramente passarão despercebidas, nos contatos sexuais, as marcas e cicatrizes que decorrem do ato cirúrgico. Como derradeiro argumento, se o par, em vez de casar, decidir por manter uma vida em comum, sob o mesmo teto, de forma pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituição de uma família, estarão presentes então, todos os pressupostos legais para o reconhecimento de uma união estável. Evidentemente que a Justiça não poderá deixar de declarar sua existência pelo simples motivo de um dos conviventes ser transexual. Ora, se é plausível ter por configurada uma união estável, é no mínimo estranho admitir a anulação do casamento.(DIAS,2014, p.295)

É preciso entender que essa mulher transexual é de fato, uma mulher. O gênero dela é Mulher. Transexual é uma condição dessa mulher que irá passar por uma série de transformações para adequar o seu corpo ao gênero que ela já vivencia socialmente. Só que a condição dela de transexual é circunstancial, mas não é o que a define, nem tampouco a limita. Ela é uma mulher, se sente como uma mulher, se entende como mulher e vive como mulher, de maneira que o Gênero dela não é transexual, o Gênero dela é Mulher. Desse modo, não existe um homem que vira mulher, ninguém “vira” nada. Não é uma lagarta que “vira” borboleta. Um homem não “vira” uma mulher. Na verdade, essa mulher Trans sempre se sentiu e viveu como uma mulher e por isso sempre foi uma mulher que apenas precisou se ajustar para se sentir uma mulher completa dentro do que a nossa cultura entende o que é ser mulher. (GRANT,2018)

[Digite aqui]

Ela é Mulher mesmo que o documento dela constasse o sexo masculino. Porque a sociedade entende que o que define o sexo e o gênero é a genitália, então, quando o conseguimos visualizar no ultrassom que o pintinho do bebê, entende-se que ele é do sexo masculino, gênero homem e muitas vezes de sexualidade heterossexual. Isso é o que se pressupõe por ter sido algo tão naturalizado, tão arraigado. Porém, podemos constatar nessa pesquisa que a genitália não define nada. Podemos observar o caso das pessoas interssex que nascem com genitália “ambígua” demonstrando que nem a biologia dos corpos é tão bem definida assim entre corpos- pênis- homens e corpos- vagina-mulheres. Portanto, muitas vezes pessoas que nascem com pênis não vão se entender como homens não vão ser heterossexuais. (GRANT, 2018)

Ainda que o sexo pareça irascível em termos biológicos, o gênero é culturalmente construído: por conseguinte, não é nem o efeito causal do sexo, muito menos tão visivelmente fixo quanto o sexo. Portanto, a unidade do sujeito já é teoricamente refutada pela distinção que abre espaço ao gênero como interpretação múltipla do sexo. (BUTLER, 2003)

Ora, se a própria genitália não pode definir muita coisa, não é essa mesma genitália que poderá definir o sexo ou gênero de alguém. Essa pessoa se sentiu e viveu a vida toda como mulher, construiu a sua identidade de gênero feminina, assumiu e dialogou com signos femininos, ou seja, com tudo aquilo que a nossa sociedade construiu como sendo feminino. Assim, é essa construção identitária que definirá o seu gênero.

Para ser mulher não é necessário ter o estereótipo feminino.: usar rosa ou brincar de bonecas, mesmo porque, nem todas as mulheres usam rosa ou brincam de boneca, mas essa pessoa usa roupas e acessórios, convive como uma mulher e por derradeiro é uma mulher. (GRANT, 2018).

Desse modo, não existe o “descobrir que era homem”, pois essa pessoa como demonstrada, sempre foi uma mulher. E assim, não existe fundamento para o erro essencial sobre a pessoa, pois ela sempre foi uma mulher. O erro essencial, na verdade é de quem acredita que aquela mulher, por ter nascido com um pênis, nasceu homem. O erro é nosso e não da pessoa. Essa pessoa é uma mulher porque ela conseguiu significar a si mesma e construiu sua identidade dialogando, internalizando, assumindo todo o feminino que a nossa sociedade construiu enquanto tal.

Essa é uma incrível virada de paradigma capaz de desequilibrar as pessoas e fazer com que elas recuem e não consigam ir além na compreensão da discussão. É a primeira barreira para descortinarmos a gravidade por trás do conceito do erro essencial sobre a pessoa.

A genitália biológica não é capaz de definir muita coisa. Na verdade, nem ela por si só já é muito definida, visto que não existe um pênis igual ao outro ou uma vagina igual a outra e inclusive existem as chamadas genitálias “ambíguas”. Como conceber que essa genitália que não se define em si mesma, não é única nem absoluta, poderá definir algo bem maior e tão mais complexo, que é o gênero de uma pessoa. É através da compreensão do gênero, de quem são essas mulheres e quem são esses homens, que vivem enquanto tais, é que poderemos falar de um pequeno registro que é o sexo masculino para os homens e feminino para as mulheres, a partir, agora, não da genitália, mas sim do próprio gênero. É dentro desse raciocínio que compreendemos o sexo a partir do gênero e não o contrário. (GRANT,2018)

O segundo argumento desenvolvido a partir desse trabalho, invoca a interpretação dos Direitos Humanos assim como os princípios de Yogyakarta.

A positivação dos Direitos Humanos foi um movimento construído através de muita luta ao longo de toda história e teve o seu ápice com a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Nesse contexto, a dignidade da pessoa humana se firmou como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e foi positivado pela Constituição Federal como vetor interpretativo da ordem econômica e social.

É a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos que temos a noção mais clara do que é a Dignidade da Pessoa Humana. A (DUDH) também é alicerce para os direitos Fundamentais que engloba o Direito a liberdade e o Direito a Igualdade.

A história dos direitos fundamentais é em parte, também, a história da limitação do poder como é também resultado da personalização e positivação constitucional de valores basilares que compõem ao lado dos princípios, o núcleo da ordem normativa e evidencia a necessidade mesmo num Estado constitucional democrático, especialmente após a Segunda Grande Guerra, de determinadas vinculações de cunho material para se impor em relação a questões como a ditadura e o totalitarismo.(SARLET, 2015, p. 62)

[Digite aqui]

Existe uma estreita relação entre as ideias de Estado de Direito, Constituição e direitos fundamentais, estes, sob o aspecto de concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana, aliados aos valores da igualdade, liberdade e justiça. Essa relação estabelece tanto a condição de existência como também a medida da legitimidade de um efetivo Estado Democrático e Social de Direito. (SARLET, 2015)

A dignidade humana diz respeito ao direito de existir como pessoa em todas as dimensões do que é ser pessoa, inclusive no que tange o seu gênero e a sua sexualidade – que são elementos basilares da construção da identidade e da personalidade. Faz parte da existência de alguém enquanto ser humano poder ter um gênero e sexualidade e não sofrer por conta disso.

Um conceito mais completo foi trazido por Ingo Sarlet (2002)

” dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover a sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”.

A Liberdade ao seu turno, pressupõe o livre exercício da construção da minha identidade de gênero e livre orientação sexual, ao passo que a igualdade implica ter as mesmas oportunidades e o mesmo tratamento a partir da minha posição construída livremente, ou seja, não sofrer qualquer tipo de discriminação por minha orientação sexual ou pela minha identidade de gênero. (Princípios de Yogyakarta, 2006)

A mesma acepção dos Direitos humanos é trazida também pelos princípios de Yogyakarta. Esses princípios foram elaborados num documento internacional pela Comissão internacional de juristas juntamente com o Serviço Internacional de Direitos Humanos. Esse documento versa sobre as violações de direitos humanos baseadas na identidade de gênero ou orientação sexual. Afirmam a obrigação dos Estados signatários a aplicarem os direitos humanos internamente no que tange esses dois marcadores: gênero e sexualidade. (Princípios de Yogyakarta, 2006)

A imposição por parte dos Estados sobre normas de gênero e orientação sexual à população, se dá através de costumes, legislação e até mesmo violência, de modo a exercer limitações sobre o modo como elas experimentam os seus relacionamentos íntimos e sobretudo de como se identificam. Esses instrumentos reforçam de forma [Digite aqui]

velada a sistemática violência de gênero como também substanciam as desigualdades promovidas entre os gêneros.

... Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Os seres humanos de todas as orientações sexuais e identidades de gênero têm o direito de desfrutar plenamente de todos os direitos humanos.

... Todas as pessoas têm o direito de desfrutar de todos os direitos humanos livres de discriminação por sua orientação sexual ou identidade de gênero. Todos e todas têm direito à igualdade perante a lei e à proteção da lei sem qualquer discriminação, seja ou não também afetado o gozo de outro direito humano. A lei deve proibir qualquer dessas discriminações e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer uma dessas discriminações. A discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero inclui qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada na orientação sexual ou identidade de gênero que tenha o objetivo ou efeito de anular ou prejudicar a igualdade perante a lei ou proteção igual da lei, ou o reconhecimento, gozo ou exercício, em base igualitária, de todos os direitos humanos e das liberdades fundamentais.

... Toda pessoa, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero, tem o direito de desfrutar de privacidade, sem interferência arbitrária ou ilegal, inclusive em relação à sua família, residência e correspondência, assim como o direito à proteção contra ataques ilegais à sua honra e reputação. O direito à privacidade normalmente inclui a opção de revelar ou não informações relativas à sua orientação sexual ou identidade de gênero, assim como decisões e escolhas relativas a seu próprio corpo e a relações sexuais consensuais e outras relações pessoais. (Princípios de Yogyakarta, 2006)

Portanto, anular um casamento de uma pessoa sob a crença de que foi um erro, aceitar que aquela mulher é uma “mulher” quando na verdade ela seria um homem é sustentar um paradigma ultrapassado como vimos anteriormente. Ao afirmarmos isso estamos atingindo a dignidade dessa pessoa. Quando você diz que uma mulher na verdade é um homem, você afirma que na verdade ela não é uma mulher, porque não existe uma mulher que na verdade seja um homem. Existe apenas uma mulher. Então, se eu obrigo essa mulher a contar que ela foi um homem e a aceitar que ela nem sempre foi uma mulher, isso é uma violência de ordem subjetiva, psicológica, emocional tão forte e tão grave pois você está negando a existência de um sujeito, da forma como ele se entende. E negar a existência de uma pessoa é negar a sua dignidade. Se a pessoa não pode nem mesmo existir dirá ter uma existência digna. Negar a existência de uma pessoa, fazer ela entender que como mulher ela nunca será aceita como tal, entendida como tal, fere por demais a sua dignidade. A dignidade como visto, é o pilar do nosso ordenamento jurídico. A partir dela adentramos nos Direitos Fundamentais, ou seja, liberdade, igualdade, honra, imagem, que é a base constitucional dos direitos da personalidade.

[Digite aqui]

O terceiro argumento tem como fundamento a própria Constituição Federal de 1988 e o seu vetor de interpretação – a dignidade da pessoa humana – postulado dos Direitos Fundamentais.:

Os direitos fundamentais no Brasil possuem aplicação imediata, por força do art.5, §1, da Constituição de 1988, e dessa forma não carecem de regulamentação para sua efetivação, visto que são diretamente vinculantes e plenamente exigíveis; são cláusulas pétreas, por força do art.60, §4, inc. IV, da constituição de 1988, e, assim, não podem ser abolidos nem mesmo através de emenda à constituição. Ademais, possuem hierarquia constitucional de modo que uma lei que dificulte ou impeça desproporcionalmente a aplicação de um direito fundamental poderá vir a ser afastada e declarada inconstitucional. A ideia central que fundamenta a posituação desses valores é criar uma proteção para que não se permita que o Estado ou a sociedade se intrometa, indevidamente, na vida pessoal dos indivíduos. Nesse contexto, inclui-se como prerrogativas de cunho individual e subjetivo “o direito à paz de espírito e a tranquilidade, o direito de ser deixado só (direito ao isolamento), o direito de não ser bisbilhotado, de não ter a vida íntima e pessoal devassada, de não ter detalhes pessoais divulgados, nem de ter a imagem e o nome expostos contra a vontade da pessoa”. (MARMELSTEIN, 2014)

Como já pontuado nesse trabalho, gênero e sexo são elementos basilares na construção da identidade e da personalidade de qualquer pessoa. Segundo a teoria das esferas, de Ingo Sarlet, quando fala de direitos da personalidade, gênero e sexualidade estariam na ordem do segredo, ou seja, ninguém tem o direito de saber a respeito da minha sexualidade. Tudo o que afeta gênero e sexualidade é tão intenso para a construção da pessoa e da ideia que ela tem de si. É algo extremamente íntimo. A ninguém interessa o que o outro tem debaixo das suas calças ou saia. Quando um professor está na sala de aula tratando com seus alunos, ou quando um advogado atende seus clientes ou quando um Juiz realiza uma audiência, eles não mandam ninguém tirar a roupa para saber como é que vai tratar homens e mulheres. (GRANT, 2018)

Analisando a teoria das esferas concêntricas, a jurisprudência constitucional alemã eleva a esfera da intimidade para o conteúdo essencial dos direitos de personalidade, o que torna o Choque entre os direitos à livre expressão e à intimidade, incapaz de qualquer ponderação proporcional. Assim, a informação que chocasse com o direito

constitucionalmente protegido da Intimidade, nem ao menos estaria apto à observância de exigências mínimas de razoabilidade e proporcionalidade. Prevaleceria inexoravelmente o direito à Intimidade. Jónatas Machado recomenda para o risco de se estender a título de Privacidade aquilo que, habitualmente, estaria reservado à Intimidade (zona de segredo) do indivíduo:

[...] Todavia temos dúvidas que tenha que ser assim, parecendo-nos que uma tal solução acabará, na prática, perante um hard case em que esteja em causa a ponderação entre a intimidade e o interesse público, por conduzir à colocação, sob a égide da privacidade, daquilo que normalmente surgiria associado à intimidade, para que por essa via o interesse público possa prevalecer. (MARQUES, 2010)

Desse modo, é desnecessário saber o que ocorre no interior do seu organismo, debaixo de suas roupas ou dentro da sua intimidade, de modo que obrigar uma pessoa que se sente mulher, tem um corpo de mulher (inclusive com vagina após a cirurgia), a revelar que um dia teve um pênis é algo absurdamente doloroso tão quanto desnecessário, pois uma vez que ela já enfrentou essa penosa transição ela tem o direito de não ser obrigada a revisitar esse passado.

Trata-se da sua intimidade. Obrigá-la a contar ao seu parceiro antes do casamento a respeito de um passado certamente doído demais e que não diz respeito a ninguém além dela atingirá o âmago da sua dignidade. De certo que essa mulher não está apta a procriar, contudo, como visto, foi eliminada a obrigatoriedade de procriação no o casamento de modo que com a evolução este foi desatrelado da reprodução biológica. Então, obrigar essa mulher a contar significa violar de tal forma a dignidade, a liberdade, a igualdade, mas também, os direitos da personalidade: a honra dessa mulher e a imagem que ela tem de si mesma e isso tudo é muito grave. Constitui uma violação aos Direitos Humanos como também uma violação à dignidade da pessoa humana, violação aos Direitos Fundamentais e também é uma violação aos direitos da personalidade.

Vejamos a definição de casamento à luz da normatividade constitucional, que preconiza a pluralidade das entidades familiares (CF, art. 226, caput) e igualdade entre as pessoas humanas (CF, art.5º, caput e inciso I), assim como adota a total isonomia entre os filhos (CF, art.227, § 6º), para tanto, refutaremos algumas

[Digite aqui]

informações que, de maneira imprópria, habita no imaginário dos juristas.: Primeiramente, é preciso diferenciar o casamento da noção de procriação. De fato, não é necessário casar para ter filhos. Casamento é comunhão de vida entre pessoas, independentemente da procriação. Do mesmo modo, com as avançadas técnicas de reprodução assistida também não se pode relacionar ao casamento à (antiga) concepção de “perpetuação da espécie”. Ademais, não se pode pretender que o casamento seja indissolúvel, por expressa previsão constitucional (CF, art. 226, § 6º), definindo que o casamento pode ser dissolvido por vontade de um ou de ambos os cônjuges. Terceiro, é preciso liberar o casamento das referências religiosas, recorrendo ao preceito constitucional expresso (CF, art. 19), que atesta que o nosso país é laico, de sorte ser impossível relacionar o casamento civil às exigências e às formalidades ou às finalidades próprias de sua estrutura religiosa. (FARIAS; ROSENVALD, 2014)

Por fim, se o casamento enfrenta uma situação grave entre os dois, por conta da transexualidade a qual a mulher não é obrigada a contar, mas isso vem à tona de modo a inviabilizar o convívio amoroso e harmonioso do casal, não poderá ocorrer a anulação do casamento mas existe a opção do divórcio, que poderá se dar por esse motivo como por qualquer outro ou por nenhum, simplesmente porque quiseram se divorciar.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estudo desenvolvido sobre a (im) possibilidade de anulação do casamento com uma transexual alegando erro essencial sobre a pessoa percorreu uma análise existentes a respeito da natureza do gênero, suas concepções e diversos sentidos elaborados por culturas dominantes convencionalmente estabelecidas ao longo da história. Além dos inúmeros significados de gênero também foi investigada a ideologia desenvolvida a partir de quem o rotula, revelando a mediação ideológica ligada ao significado das palavras, estas, elaboradas por uma classe dominante detentora do poder de pensar e ditar a realidade, atribuindo verdades absolutas e limitadoras e enraizando preceitos soberanos.

No segundo capítulo verificamos que o gênero é culturalmente construído e por esse motivo não pode ser lido a partir do sexo nem pode se pretender tão fixo quanto este. Segundo Judith Butler, quando se entende que o gênero é independente do sexo, o gênero se transforma num artifício flutuante de modo que o homem e masculino podem significar tanto um corpo feminino como um masculino, e mulher e feminino, tanto um corpo masculino como um feminino.

Entendendo que o sexo é, ele próprio, uma categoria tomada em seu gênero, não é razoável delimitar o gênero como a perspectiva cultural do sexo. Desse modo, conclui-se que a mulher trans é do gênero mulher por ter construído a sua identidade sócio psíquico e cultural como mulher.

No terceiro capítulo foram feitas considerações sobre a transexualidade e esta foi acatada uma experiência identitária conexas a possibilidade de os sujeitos construírem novos sentidos para os masculinos e os femininos. A Teoria Queer que se contrapõe criticamente aos estudos da Sociologia, problematiza concepções clássicas de sujeito, identidade, agência e identificação e considera a categoria gênero como sendo algo fluido, socialmente construído, performado e sistêmico e entende o sujeito como provisório, circunstancial e cindido. Desse modo, critica a noção de corpos sexualmente estanques e biologicamente determinados pela natureza humana ao passo que defende a variedade de formas e de corporalidades.

Verificou-se historicamente que as pessoas trans padeceram de marginalizações múltiplas, sem recursos ou intimidade com instituições civis, restaram por muitos anos à margem do Estado. São até os dias atuais, vítimas de preconceitos, discriminações

[Digite aqui]

e violência homofóbicas que as tornam reféns das mais gravosas formas de desprezo, abuso e violência. Seus direitos são sistematicamente negados e transgredidos.

A transexualidade sempre foi compreendida como uma doença, como uma disforia de gênero. O sujeito de direito era aquele diagnosticado com “transexualismo”. Em que pese a patologização da experiência sexual tenha exercido papel relevante para a superação do tratamento penal do tema pela abordagem médica e do direito à saúde, se mostrou ineficaz para incluir a pluralidade das experiências trans ao passo que fomentou a homofobia e a transfobia consolidada no Brasil numa campanha difamatória contra a minoria que foge aos padrões da sexualidade. Atualmente, a medicina admite que o sexo é uma combinação de fatores que deve manter harmonia entre si, sendo eles o elemento biológico, o psicológico e o comportamental do indivíduo.

Recentemente houveram importantes avanços nos Direitos dos transexuais como o direito a utilização do nome social além da alteração do registro civil independente de cirurgia de transgenitalização. A adoção dessas medidas teve o escopo de concretizar o princípio da dignidade humana, que inclui o direito à mínima intervenção estatal nas questões íntimas e que estão estritamente vinculadas e conectadas com os direitos da personalidade.

A concepção de sexo como um predicado de ordem cromossômica imutável – ou com a presença ou não de determinada genitália- viola gravemente tanto a autonomia do transexual como o seu direito à intimidade que abarca os direitos da personalidade, cuja tutela é função primordial do Estado. É a partir do direito à intimidade que o indivíduo poderá constituir sua identidade sexual livremente. É uma garantia constitucional o direito à identidade, à dignidade (CF 1, III), à igualdade, (CF 5 I), a cidadania (CF 1 II) e a privacidade (CF 5 X). Assim, o Estado tem a obrigação de proteger essas pessoas contra os outros indivíduos como também contra a própria ingerência. Esse conjunto de direitos constitui a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual como direito personalíssimo, atributo intrínseco e indissociável da pessoa humana. E como direito fundamental se prolonga aos direitos da personalidade, essenciais na construção de uma sociedade que se pretende justa e igualitária.

No quarto capítulo foi feita uma análise sobre o Casamento na contemporaneidade. Para tanto, verificou-se a mudança paradigmática ocorrida no casamento com o advento da constituição de 1988, que passou de uma ótica institucionalista, voltado ao atendimento das formalidades e normas jurídicas, para um modelo que privilegia a tutela e a felicidade das pessoas envolvidas, possibilitando assim o desenvolvimento da personalidade, da realização e da felicidade. Percebe-se desse modo que o direito de família está intimamente ligado aos Direitos Humanos e à dignidade.

No quinto capítulo, enfrentou-se a tese sobre a (im) possibilidade de se alegar erro essencial sobre a pessoa no casamento com uma transexual numa perspectiva sociológica gendrada.

A proibição discriminatória além de ter sede constitucional está inscrita na Convenção Internacional dos Direitos Civis e políticos, na Convenção Americana de Direitos Humanos e no Pacto de San José da Costa Rica, dos quais o Brasil é signatário. A DUDH também é alicerce para os Direitos Fundamentais que abarca o Direito à liberdade e o Direito à igualdade.

A dignidade da pessoa humana diz respeito ao direito de existir como pessoa em todas as dimensões do que é ser pessoa, inclusive no que tange o gênero e a sexualidade – elementos basilares na construção da identidade de qualquer indivíduo. Faz parte da existência de alguém enquanto ser humano poder ter um sexo e u gênero e não sofrer por conta disso. A liberdade ao seu turno diz respeito à construção da identidade de gênero e livre orientação sexual, e a igualdade implica ter as mesmas oportunidades e mesmo tratamento a partir da construção do gênero exercida livremente.

Documento muito importante no que tange os direitos dos transexuais são os Princípios de Yogyakarta. - documento internacional elaborado pela Comissão internacional de juristas juntamente com o serviço internacional de direitos humanos que versam sobre as violações dos direitos Humanos referentes aos marcadores de sexo e gênero. Segundo este documento todas as pessoas são livres de discriminação por sua orientação sexual ou identidade de gênero. Todos têm direito a igualdade perante a lei e à proteção da lei sem qualquer discriminação, seja ou não também afetado o gozo de outro direito humano. Todos têm o direito de desfrutar de privacidade, sem interferência arbitrária ou ilegal. Esse direito normalmente inclui a

[Digite aqui]

opção de revelar ou não informações relativas à sua orientação sexual ou identidade de gênero assim como decisões e escolhas relativas a seu próprio corpo e a relações sexuais consensuais e outras relações pessoais.

Por todo o exposto entendeu-se que anular um casamento de uma transexual sob crença de que foi um erro é dizer que a mulher trans na “verdade” é um homem. É sustentar um paradigma ultrapassado. Negar a essa mulher o direito de existir como ela se entende é negar a sua existência digna. É também uma violação à liberdade e a igualdade como igualmente uma violação os direitos da personalidade - intimidade e honra.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção Constitucional do Transexual**. São Paulo. Saraiva, 2000.

AUGUSTO, Naiara Czarnobai. **A anulação do casamento do transexual transgenitalizado por erro essencial sobre a pessoa**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3458, 19dez. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23276>>. Acesso em: 7 de maio 2018.

BARBOSA, Camilo Lelis Colani. **Casamento**. Rio de Janeiro:Forense,2006.

BENTO, Berenice Alves de Melo. **O que é Transexualidade**. 2ed.São Paulo, Brasiliense, 2012

BITAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 5ed. Rio de Janeiro, Forense, 2001.

BITTAR, Carlos Alberto. **Curso de Direito Civil**. 1ed.Rio de Janeiro, Forense, 1994. Vol.1.

BUTLER, Judith – **Problemas de Gênero**: feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

CIRINO, Samia Moda. **(Des)construção da identidade de gênero: Inserção crítica ao sujeito do feminismo e o reconhecimento do trabalho da mulher**. Tese

[Digite aqui]

apresentada como requisito parcial para conclusão do curso de Doutorado vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito. Orientadora: Prof^a. Dra. Aldacy Rachid Coutinho. CURITIBA 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**:12 eds. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo, Revista dos Tribunais: 2017

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os Direitos LGBT**.6ed. reformulada da obra:União homoafetiva: o preconceito e a justiça.São Paulo: Revista dos Tribunais,2014

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 5. Direito de família. 26ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v5.

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

FARIAS, Cristiano Chaves de; Rosendal, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Famílias. 6ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodium, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; Rosendal, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Famílias. 7ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodium, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; Rosendal, Nelson. **Direito Civil – Teoria Geral**. 9ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves. **Escritos de Direito de Família**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007

FILHO, Ilton Norberto Robl. **Direito, intimidade e vida privada: uma perspectiva histórico-política para uma delimitação contemporânea**. Revista Eletrônica do CEJUR. ago./dez. 2006, v. 1, n. 1.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: direito de família. As famílias em perspectiva Constitucional. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.6.

GOMES, Orlando. **Orlando Gomes: Introdução ao Direito Civil**. Revista, atualizada e aumentada, de acordo com o código Civil de 2002, por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. 19ed.Rio de Janeiro. Forense, 2009

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: **Direito de família**. 14ed. São Paulo, Saraiva, 2017.v.6

GRANT, Carolina. **Direito e Gênero em trânsito**: Quando corpos e gêneros em trânsito obrigam o trânsito do Direito – uma análise crítica da ‘Ley de identidade de Gênero’ argentina e do PL 5.002/2013 a partir dos estudos queer. In: XXII Congresso Nacional do CONPED, 2013, São Paulo. Anais do XXII Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2013.

GRANT, Carolina. **Travestilidades** – O corpo em cena: Notas sobre a efetividade dos direitos da personalidade das pessoas travestis no Brasil. Revista de Gênero, sexualidade e Direito. 2016.

_____ **DIREITO, BIOÉTICA E TRANSEXUALIDADE**: Um estudo sobre os limites e as possibilidades de ampliação da tutela jurídica das experiências trans*. Dissertação(Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2015. Orientadora: Prof^a. Dr^a. Mônica Neves Aguiar da Silva.

GUEDES, Maria Eunice Figueiredo. **Gênero, o que é isso?** Brasília, v. 15, n. 1-3, p. 4-11, 1995. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98931995000100002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 28 abril de 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/S1414-98931995000100002>.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MARMELSTEIN, George. **CURSO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**. 5 Edição, São Paulo: Editora Atlas, 2014.

MARQUES, Andrea Neves Gonzaga. Direito à Intimidade e Privacidade. TJDFT. publicado em 18/042010. Disponível em <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2010/direito-a-intimidade-e-privacidade-andrea-neves-gonzaga-marques>>. Acesso em 15 maio 2018.

MELO, Marcos Bernardes de. Teoria Do Fato Jurídico: Plano da Validade. 13ed. São Paulo. Saraiva, 2014.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado – Parte Geral: Tomo I – Introdução. Pessoas Físicas e Jurídicas. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2012.

[Digite aqui]

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado – Parte Geral: Tomo IV: Validade, Nulidade, Anulabilidade**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2012

MISKOLCI, Richard. **A teoria Queer e a Sociologia**: o desafio de uma analítica da normalização. *Sociologias*, 2009, Porto Alegre, ano 11, n.21, pp.150-182.

OLIVEIRA, Rogério Donizetti Campos de. **Direito a intimidade e sua proteção baseada nos direitos humanos no mundo. Âmbito jurídico**. Disponível em < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14826.> Acesso em 15 maio 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 25 ed. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 2017. v 5.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 2ed. São Paulo: Saraiva,2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PINO, Nadia Perez. **A teoria Queer e os intersex**: experiências invisíveis de corpos des-feitos. 2017.pp 149-174.

PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. Novembro de 2006. Disponível em: http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em 25 de Maio de 2018.

RESENDE,Thais Lara Gonçalves de ; SOUZA, Wallace Fabrício Paiva. **A (Im)possibilidade De Invalidar um casamento sob o argumento de um dos cônjuges ser transexual**. V Congresso Nacional Da Fepodi. 2017, Campo Grande - MS.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia Dos Direitos Fundamentais- Uma Teoria Geral Dos Direitos Fundamentais Na Perspectiva Constitucional**. 12 Edição, Porto Alegre: Livraria Do Advogado, 2015.

SCOTT, Joan W. **A invisibilidade da Experiência**. Proj. História, São Paulo, (16), Fevereiro, 1998.

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

TARTUCE, Flavio. Transexualidade ou Transexualimo?: a construção da cidadania trans.Jusbrasil. Publicado em 2014. disponível em:<
<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/144342466/transexualidade-ou-transexualismo>> Acesso em: 17 maio 2018.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. 15ed.São Paulo, Atlas, 2015.

VIEIRA, Helena. **Teoria Queer o que é isso?** Disponível em<
<https://www.revistaforum.com.br/osentendidos/2015/06/07/teoria-queer-o-que-e-isso-tensoes-entre-vivencias-e-universidade/>.> Acesso em 03/05/2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais: Uma leitura da Jurisprudência do STF**. São Paulo, Malheiros, 2006.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Nome e Sexo: Mudanças no Registro Civil**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2008.

WALD, Arnold; FONSECA, Priscila. **Direito Civil – Direito de Família**.17ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009. v.5.