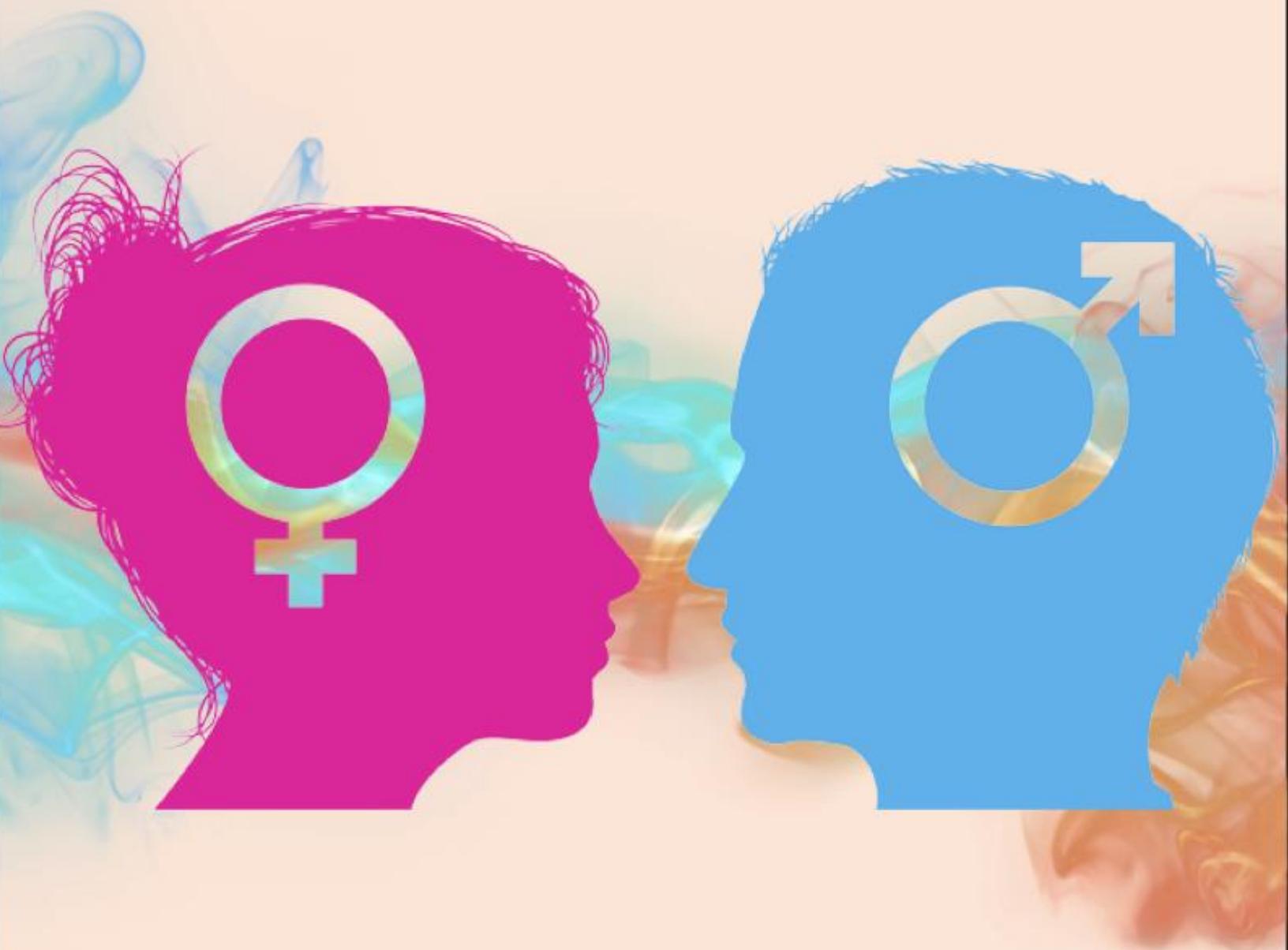


CONJUGALIDADE NOS ESTADOS INTERSEXUAIS



Adriana Maluf

Sumário

1. Introdução
2. A conjugalidade homossexual
3. Casamento nos estados intersexuais
 - 3.1 O Transexual
 - 3.1.1 A cirurgia de transgenitalização
 - 3.1.2 A questão do nome do transexual
 - 3.1.3 A conjugalidade do transexual
 - 3.2 A conjugalidade do Intersexual
4. Conclusão
5. Referências Bibliográficas

1. Introdução

A família possui um espaço muito importante na formação social. Apresenta em sua formação um laço coesivo de relativa permanência além da consciência de unidade outrora denominada consciência do nós.

Apresentou no decorrer da história diversos rostos e maneiras de composição, além de diversas funções: função religiosa (muito acentuada nas sociedades primitivas), política, biológica, psicológica, econômica.

Esta última tem grande importância nos dias atuais como bem tratou San Tiago Dantas. Traduz-se, inicialmente, no dever de sustento que tem o chefe de família em relação aos filhos, o dever de alimentar que existe para o filho em relação aos pais, para os colaterais entre si, bem como a transmissão do patrimônio – que se dá em função do parentesco (salvo exceções que se abrem), isto é, se transmite ao grupo familiar.¹

Tendo em vista a importância da família como grupo social, destaca-se como laço coesivo, o matrimônio ou convivência e o parentesco como elementos nos quais se funda a família.

A formação da família, dando ensejo à formação social, é de vital importância e interesse ao Estado. A este confere existência, força e higidez.

A doutrina distingue, do ponto de vista da imperfeição, três modalidades de atos que de acordo com a gravidade que impõem geram efeitos diferenciados: inexistência, nulidade ou

¹ SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino – Direito de família e das sucessões. Revista e atualizada por José Gomes Bezerra Câmara e Jair Barros, Rio de Janeiro, Forense, 1991, p.3 a 10.

anulabilidade, que de uma forma ou de outra tangenciam as famílias formadas nos estados intersexuais.

Como bem tratou Santiago Dantas uma boa definição de casamento deve partir da conceituação de seus fins, que embora vários englobam basicamente a procriação e a educação da prole; o mutuo adjutório – apoio recíproco, a união sexual que o homem procura e que encontra legitimamente dentro do matrimônio. Desta sorte apresenta o matrimônio um fim individual e um fim social.

Cícero denominara o casamento *seminarium republicae*, ou seja a base de onde vivem as futuras gerações, de que a vida coletiva precisava.²

Entretanto, desde a sua concepção pode apresentar o casamento vícios, que tornam o ato anulável, nulo ou inexistente de pleno direito. Na atualidade, esse mesmo direito prefere defender a família que se constitui a defender a liberdade das partes cuja vontade foi viciada.³

Tendo em vista as noções fundamentais acerca das invalidades dos atos e negócios jurídicos- regulados nos arts.166 e seguintes do Código civil – preleciona Washington de Barros Monteiro que a imperfeição desses atos geralmente provém de uma das três causas que se seguem: por falta de elemento essencial indispensável à sua formação levando à inexistência dos mesmo; a pratica do ato mediante infração de preceito legal obrigatório, contenha cláusula contrária à ordem pública e aos bons costumes, ou não se revista da forma expressamente prevista em lei, que embora reunindo os elementos essenciais, leva à nulidade do mesmo; o defeito pode advir de imperfeição da vontade, seja porque emanada por incapaz, seja porque sua manifestação encontre-se envolta de vício, seja porque a vontade das partes desviando-se da boa fé e da honestidade, atuem no sentido de prejudicar outrem ou de infringir preceitos legais, tornam anuláveis os mesmos.

Há desta forma uma verdadeira graduação no que tange à gravidade da violação: atos inexistentes, nulos ou anuláveis.⁴

2. A conjugalidade homossexual

² SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino – Direito de família e das sucessões. Revista e atualizada por José Gomes Bezerra Câmara e Jair Barros, op. Cit.p.120.

³ SAN TIAGO DANTAS,FC- Direito de família e das sucessões, op.cit.p.198 e 199.

⁴ MONTEIRO,Washington de Barros – Curso de direito civil. Atualizado por Regina Beatriz Tavares da Silva, 37ºed., São Paulo, Saraiva, 2004,p.111 e 112.

A família inicialmente, veio alçada na tradição do casamento. A contemporaneidade fez alcançar à égide de família formas novas, hoje delineando a formação desta, mais no afeto do que na tradição da moralidade.

No Brasil, a doutrina admite o casamento somente entre pessoas de sexos diferentes.

Diversamente do Código Civil de 1916 que reconhecia a família somente se constituída em face do casamento, o Código Civil de 2002 nos artigos 1723 a 1727 reconhece a união estável como entidade familiar, amparado nos preceitos da Constituição Federal em seu artigo 226 § 3º e à família monoparental no § 4º do mesmo artigo. Nenhum dos dois diplomas estendeu sua proteção ao homossexual, referindo –se sempre ao homem e à mulher ou a um dos genitores e sua prole, apesar de a Constituição Federal vedar expressamente a discriminação em face da opção sexual art 1º,IV, consagrando também no art 5º,X o direito à intimidade, que pode ser entendida como exercício do direito e da prática sexual livres de discriminação.

O Novo Código Civil não regula a união entre pessoas do mesmo sexo. No entender de Miguel Reale a matéria não é de Direito civil, mas sim de Direito constitucional, porque a Constituição institucionalizou a união estável entre o homem e a mulher.” Para cunhar-se a união estável dos homossexuais, seria preciso mudar a Constituição”.⁵

Assim sendo, somente uma Emenda Constitucional teria competência para estender os mesmos direitos já conferidos às famílias e às entidades familiares às parcerias homossexuais, pois no estado atual em que se encontram os ditames da Constituição Federal e seus reflexos na legislação civil, não há como se cogitar que a convivência entre duas pessoas do mesmo sexo venha constituir efetivamente casamento. Depreende-se daí que o termo casamento somente pode ser entendido em sentido estrito como uma união heterossexual e da mesma forma a união homoafetiva não gera união estável, pois a Constituição Federal é bastante clara quanto a necessidade de diversidade de sexo para a sua caracterização.

Aduz Álvaro Villaça Azevedo que “ o pressuposto da diversidade de sexo no casamento não é defeito, sanável ou insanável, desse contrato matrimonial, mas requisito essencial de sua própria existência”.⁶

Para Carlos Roberto Gonçalves “ a diversidade de sexos constitui requisito natural do casamento a ponto de serem consideradas inexistentes as uniões homossexuais. Estas por sua vez devem receber regulação de natureza diversa como objetivam, por exemplo, os projetos de lei apresentados com o objetivo de disciplinar as uniões estáveis, não se propondo a dar às parcerias homossexuais um status igual ao do casamento”.⁷

Entretanto, diante da evolução do direito, que vem valorizando a afetividade humana, abrandando o preconceito e as formalidades legais e sociais, no que tange ao reconhecimento

⁵ REALE,Miguel – O Projeto do Novo Código Civil ,p.14

⁶ AZEVEDO,Álvaro Villaça – Estatuto da família de fato,São Paulo, Ed. Jurídica brasileira, 2001, p.468.

⁷ GONÇALVES,Carlos Roberto – Direito Civil brasileiro, op.cit.,p.126 e 127

de direitos patrimoniais ou previdenciários entre homossexuais, ante os princípios constitucionais da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana, não guardar-se-iam impedimentos para sua efetivação.

Em face disso, recentemente o Sen. Sérgio Cabral (PMDB/RJ), numa visão construtiva, apresentou ao Senado uma proposta de Emenda ao artigo 226§ 3º, de n. 70/2003, incluindo os casais homossexuais como entidade familiar reconhecida pelo Estado. O texto da Emenda exclui a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo, limitada à casais heterossexuais.

Desta forma o parágrafo 3º do art. 226 passaria a ter a seguinte redação “para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre casais heterossexuais ou homossexuais como entidade familiar devendo a lei facilitar sua conversão em casamento quando existente entre homem e mulher”.

Assim, com a evolução dos costumes e das relações interpessoais, restou uma lacuna na lei. O que fazer com os homossexuais? Sendo que estes existem em um número cada vez maior, são ativos na sociedade e no ambiente de consumo, urge que seja feito seu amparo legal, pois a falta de uma previsão legal positivada no ordenamento jurídicos leva-os a um constante estado de insegurança jurídica e instabilidade em relação aos seus direitos e deveres.

Como o direito brasileiro não disciplina as uniões homossexuais, permanecem estes desamparados em face da lei, “impede o ordenamento jurídico a criminalização do homossexualismo, não articulando, no entanto, qualquer medida protetiva eficaz aos direitos fundamentais dos homossexuais”.⁸

É válido ressaltar que num Estado democrático de Direito, que compõe uma sociedade livre e justa, sem preconceito de cor, raça, religião, orientação sexual ou qualquer outra forma de discriminação e que tem seus fundamentos na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF) e na igualdade como preceito fundamental (art. 5º, caput da CF) não se poderia perseguir, discriminar aqueles que têm uma orientação sexual diferente da maioria.

Não há como se falar em casamento homossexual por causa da igualdade de sexo no direito brasileiro. A Constituição Federal em prevalecer a família tradicional apenas reconhece as outras formas de composição familiar onde também se impõe a dualidade de sexos. A falta da dualidade de sexo das partes faz o “casamento” inexistente.

Na lição de San Tiago Dantas, o casamento inexistente é o casamento a que faltam os requisitos essenciais para sua existência, como a diversidade de sexo, a celebração na forma da lei e o consentimento manifestado.⁹

⁸ DIAS, Maria Berenice – União homossexual o preconceito e a justiça, livraria do advogado editora, 2000, p.47

⁹ SAN TIAGO DANTAS, FC – Direito de família e das sucessões, op.cit., p.213

Apenas se mantém, a exterioridade do casamento (aparência) e em caso de dúvida sobre a existência ou inexistência do mesmo, o que cabe propor é a ação declaratória, para que o juiz , numa sentença de mero acertamento, declare se há casamento ou não.

Para Carlos Alberto Dabus Maluf diz-se de casamento inexistente quando lhe falta três requisitos essenciais, sem os quais se repugna reconhecer que houve casamento, mesmo inválido: a diversidade de sexos; o consentimento; a celebração (tal como disposto nos arts. 1533 a 1535 do CC).¹⁰

Dispõe Carlos Roberto Gonçalves, que em razão de o ato inexistente constituir um nada jurídico, não reclama ação própria para combatê-lo. No entanto, à frente da delicada questão da **identidade de sexos**, se esta for ignorada pelo celebrante, houve celebração e a conseqüente lavratura do assento, far-se-á necessária a propositura de ação para o cancelamento do registro.Também será imprescindível a propositura de ação se for exigida a produção de provas do fato alegado.¹¹

Como retrata Alexandre Guedes Alcoforado Assunção “ não há referência legislativa ao casamento inexistente, este é o que não se aperfeiçoou por falta de elemento essencial. Nenhum efeito portanto pode operar”.¹²

Tem-se aqui uma definição clássica e bastante sedimentada na doutrina. A contemporaneidade traz a baila debates a cerca do real significado do “ casamento” e da formação da nova família.Nestes termos, temos as relações afetivas formadas por indivíduos do mesmo sexo ou pelos estados intersexuais, que suscitam profundas considerações.

Ao se considerar o casamento um contrato, a única objeção às parcerias homossexuais seria de ordem moral, o que não se coaduna com o exercício do direito.

Para Gerard Cornu, “Si dans la formation, le mariage est un contract, il est , dans ses effets,une institution.”,suas regras constitutivas são de ordem pública,constitui o casamento uma instituição privada que obedece aos interesses coletivos,submetendo-lhe a lei à regulamentação dos interesses familiares protegidos pelo Estado: C'est la famille que l'ordre public protège.¹³

Na acepção de Silvio Rodrigues e Caio Mário da Silva Pereira:“casamento é um contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, em

¹⁰ MALUF,Carlos Alberto Dabus – A inexistência na teoria das nulidades – Tese apresentada ao Departamento de Direito Civil da FADUSP para provimento de cargo de Professor Titular realizado em 2007,p.143

¹¹ GONÇALVES,Carlos Roberto – Direito civil brasileiro, op.cit.,p.124 e 125

¹² ASSUNÇÃO,Alexandre Guedes Alcoforado – Código Civil Comentado, 6ºed.São Paulo,Saraiva, 2008,p.1674.

¹³ CORNU,Gerard Cornu – Droit Civil – La Famille,p.

conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem à mútua assistência”¹⁴

Para Caio Mario da Silva Pereira “ O casamento é a união de duas pessoas de sexos diferentes , realizando uma integração psíquico-física permanente”¹⁵

Neste sentido pronunciou-se o tribunal de Minas Gerais : “ Tratando de casamento realizado entre duas pessoas do mesmo sexo, o caso não é de nulidade e sim de declaração de casamento inexistente.Existiu o ato, mas não existiu o casamento, e o ato é nulo porque inexistiu o casamento”.

Apresentando os homossexuais uma condição sui generis de entidade familiar,cujo reconhecimento se insere muito mais no direito das obrigações, mas atendendo como se refere Glauber Moreno Talavera “ num patente perfil paradigmático de entidade familiar não fundada no matrimônio”.

No momento atual inexiste no Brasil diferentemente de outros países legislação regulamentadora que proteja os casais homossexuais. Encaminhou a então deputada Marta Suplicy (PT-SP) em 1995 a proposta de emenda à Constituição nº139 , que altera os artigos 3º e 7º da Carta Constitucional e regula a nominada união civil entre pessoas do mesmo sexo, que hoje tramita no Congresso Nacional como Parceria Civil regista de Pessoa do Mesmo Sexo , nos moldes das já existentes nos países europeus, que foi substituído pelo Projeto de lei n1151-A/97 de autoria do Deputado Roberto Jefferson(PTB-RJ)- aprovado por deliberação da Comissão Especial da Câmara dos Deputados.

O Projeto inicial estatui claramente que sua finalidade precípua é garantir aos homossexuais direitos fundamentais e direitos patrimoniais, não sendo portanto, um esboço para equiparar a união homoafetiva ao casamento.

Assim, o projeto de união civil entre pessoas do mesmo sexo,seria registrada no Cartório de Pessoas Naturais e teria como requisitos a capacidade civil observados os impedimentos matrimoniais (nos moldes dos pactos europeus),sua dissolução seria *causa mortis* ou através de processo judicial.A partilha de bens obedeceria aos pactos contratuais estabelecidos.

O projeto substituto apresentado por Roberto Jefferson, pretendeu ser mais abrangente que o projeto inicial, tratando de parcerias formadas entre casais homossexuais ou entre pessoas sem específico envolvimento sexual.

Acrescenta ao projeto inicial, o reconhecimento da parceria civil para fins de preferência para concessão de vistos de permanência no país para estrangeiros que convivam com brasileiros no regime de parceria registrada; atribuição da condição de dependente para fins

¹⁴ RODRIGUES,Silvio – Direito Civil,vol 6, Saraiva,p.17

¹⁵ PEREIRA,Caio Mário da Silva – Instituições de Direito Civil, vol V, p.33

de legislação tributária, reconhecimento para planos de saúde, para seguros de grupo e para composição de renda para fins de aquisição de casa própria.

Apesar de não se incluírem questões como adoção ou equiparação com o casamento, a legislação proposta visa garantir segurança jurídica e patrimonial e outros direitos básicos para os contratantes.¹⁶

Há também o projeto de Lei 5252 de 2001, que pretende criar e disciplinar o pacto de solidariedade, apresentado posteriormente pelo Deputado Roberto Jefferson, inspirado na legislação francesa, além do Projeto Biscaya e do Estatuto das Famílias.

O projeto de lei, ora em trâmite no Senado Federal, destitui expressamente a orientação sexual como elemento de cunho discriminatório, podendo , como nos modelos europeus ser estabelecido o pacto entre pessoas do mesmo sexo ou de sexo diferente.

A discriminação social oriunda da descoberta de suas íntimas preferências traz ao indivíduo homossexual um enorme desgaste psíquico e emocional. Faz-se imperativo aqui , analisar a situação do homossexual em face do princípio constitucional da igualdade, pois no tocante às minorias a exclusão social dá-se como pagamento daquilo que efetivamente não se escolheu, pois como preconizou o médico Húngaro Karoly Benkert , esse comportamento que transcendia ao enfoque padrão , era algo inato e não adquirido.¹⁷

Difícil é na prática compatibilizar os princípios da liberdade e da igualdade, pois , como adverte Norberto Bobbio, “ o libertarismo e o igualitarismo fundam suas raízes em concepções do homem e da sociedade profundamente diversas, sendo que para o liberal o fim principal é a expressão da personalidade individual e para o igualitário, o fim principal é o desenvolvimento da comunidade, em seu conjunto, mesmo no custo de diminuir a esfera de liberdade dos singulares”.¹⁸

Diferentemente do modelo brasileiro, diversos países no mundo aprovaram o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

A Holanda legalizou essa modalidade de união conjugal em 2001, a Bélgica em 2003, o Estado americano de Massachusetts em 2004, em 2005 o aprovaram algumas províncias espanholas (em outras adota-se a união estável), o Canadá em 2005 e a África do Sul em 2006. A Tasmânia propôs a legalização do casamento homossexual em 2005.O estado da Califórnia aprovou o casamento homossexual em 2008.

¹⁶ DIAS,Maria Berenice – União homossexual – o preconceito e a justiça, op. Cit.,p.123 a 127.

¹⁷ COSTA, Ronaldo Pamplona da – Os Onze Sexos As Múltiplas faces da Sexualidade humana,editora gente,1994 , p.22 e TALAVERA,Glauber Moreno – O Novo Perfil da Sociedade Conjugal Contemporânea in :Temas atuais de Direito Civil na Constituição Federal ,ed RT,2000,p.182

¹⁸ BOBBIO,Norberto – Liberalismo e democracia,5º ed Brasiliense,1994,p.39- trad de Marco Aurélio Nogueira

Em outros países como a França e a Alemanha, muito embora não tenham previsão de casamento homossexual, estendem o benefício protetivo à união estável formada por pessoa do mesmo sexo.

Na França existe o PACS, modalidade contratual que organiza desde 1999 com o advento da Lei de 15.11.1999, a vida em comum fora do casamento para casais homo e heterossexuais.

Na Alemanha, a proteção ao casal homossexual se dá através da lei da união estável – *Lebenpartnerchaftsgesetz* - em vigor desde 2001, equiparando sua união à união conjugal.¹⁹

3. O casamento nos estados intersexuais

3.1. O Transexual

A questão envolvendo o fenômeno do transexualismo é bastante complexa, e reclama no direito contemporâneo expressa regulamentação. Para tratar inicialmente do tema, primaz se faz trazer uma pequena definição do transexual, das fases que compõem a sua identificação como pessoa natural – a cirurgia de redesignação e a acomodação registral do nome – para finalmente poder abordar a polêmica problemática da sua conjugalidade.

Entende-se por transexual o indivíduo que apresenta um desvio psicológico que o faz acreditar pertencer ao sexo oposto ao seu sexo biológico originário.

Na lição de Henry Frignet “*desde a noite dos tempos, o ser humano vem sendo obrigado a se conformar com seu sexo e admitir que pertence ou à gente feminina ou à gente masculina... de alguns anos para cá, no entanto, esta obrigação fundamental não é mais recebida com tanta inflexibilidade quanto antes, o homem que o deseja poderia, assim, metamorfosear-se em mulher e a mulher em homem*”.

Para tanto pode-se concluir que a mudança de sexo apresenta-se ao mesmo tempo como uma vitória da liberdade individual e uma conquista da ciência, que envolve o direito à intimidade do cidadão. Estaríamos assistindo assim, a uma etapa lógica na liberação dos costumes, após as etapas da emancipação feminina, da contraceção, ou do reconhecimento social da homossexualidade.

Tratar-se-ia de certa forma, como aduz Frignet de um direito humano suplementar quanto à vida privada: o direito de escolher o sexo.²⁰

¹⁹ SCHLÜTER, Wilfried – O Código Civil alemão – direito de família, Sérgio Antonio Fabris editor, 2002, p.488

²⁰ FRIGNET, Henty – O Transexualismo, Rio de Janeiro, Companhia de Freud editora, 2002, p.9.

No alcance da medicina, nenhum ser é totalmente homem ou totalmente mulher, em cada ser há um sexo oposto que é geralmente encoberto pela maior quantidade de hormônios do próprio sexo. Contudo, algumas vezes ocorrem anomalias que se caracterizam pelo fato do outro sexo se manifestar na estrutura física, no comportamento ou em ambos.

Aceita-se hoje a existência de uma graduação de vários estados sexuais compreendidos entre as duas entidades extremas : o homem e a mulher, podendo-se identificar o sexo dos indivíduos de diversas maneiras preponderantes :o sexo morfológico , pelo exame dos órgãos genitais e das gônadas (acusando a presença dos ovários na mulher e dos testículos no homem), ressalva feita aos casos de intersexualidade, o sexo cromossômico ou genético,pela análise dos cromossomos(conformação XX na mulher ou XY no homem); o sexo nuclear estabelecido pelo exame da cromatina sexual; o sexo psicológico , definido pelo comportamento e o sexo jurídico, que se estabelece em face das relações assumidas na vida jurídica, o sexo hormonal, que se apresenta em face dos hormônios circulantes provenientes da glândulas sexuais, que por sua vez indicam todos os caracteres morfológicos do homem e da mulher. Considera-se na literatura especializada o sexo hormonal como sendo o verdadeiro sexo uma vez que os hormônios sexuais condicionam a evolução dos caracteres sexuais somáticos,funcionais ou psíquicos .²¹Ou seja,define-se o sexo do indivíduo baseando-se em fatores genéticos,somáticos,psicológicos e sociais, como pode ser visto , representa o sexo uma realidade bastante complexa

Qualquer estado no qual esses sexos sejam incoerentes entre si é denominado intersexo, cuja freqüência dos acontecimentos que os geram não é desprezível na atualidade.

Numa acepção mais restrita o sexo corresponde às conotações anatômicas, fisiológicas ou genéticas distintas do homem e da mulher e, por sexualidade entende-se como as manifestações do instinto sexual, bem como o conjunto de normas sociais, jurídicas e religiosas que as regulam ou punem.

Segundo a classificação internacional de doenças (CID-10 F64.0), o transexualismo caracteriza-se por “um desejo imenso de viver e ser aceito como membro do sexo oposto, usualmente acompanhado por uma sensação de desconforto ou impropriedade de seu próprio sexo anatômico”.

Concebe Javier López-Galiacho Perona ,que “ Mientras la genitalidad es exclusivamente biológica, la sexualidad, además de biológica, presenta conexiones psicológicas, sociológicas, jurídica”²²

Do ponto de vista médico, o transexualismo envolve homens ou mulheres que estão profundamente convencidos de pertencerem ao sexo oposto; tanto isso é verdadeiro que na maioria dos casos o tratamento psicológico é inócuo.Pesquisas recentes sugerem que se em

²¹MALUF,Adriana caldas do Rego Freitas Dabus– Direito da Personalidade no Novo Código Civil e os Elementos genéticos para a Identidade da Pessoa Humana in: Novo Código Civil Questões Controvertidas, ed Método,2003,p.63 e 64

²² PERONA,Javier López-Galiacho – La problemática jurídica de la transexualidad ,p.37

um feto masculino ocorrer uma escassez de andrógenos, embora a genitália masculina se diferencie normalmente , o cérebro adquire uma tendência feminina originando como que um cérebro feminino em um corpo masculino.

O transexual apresenta uma anomalia surgida no desenvolvimento da estrutura nervosa central, por ocasião de seu estado embrionário, que , contudo não altera suas atividades intelectuais .²³Para Klotz o transexual sofre uma impregnação hormonal no hipotálamo pelo hormônio contrário, nos últimos dias de vida fetal ou nas primeiras semanas de vida,podendo ainda advir, no entender de Dorina R.G.Epps Quaglia, de alteração numérica ou estrutural dos cromossomos sexuais; de testículo fetal pouco funcionante; de stress inusitado na gestante ; de ingestão de substâncias antiandrogênicas na fase de estampagem cerebral; de insensibilidade dos tecidos ao hormônio masculino ou de fatores ambientais adversos.

Desta forma, temos que o transexual é portador de um desvio psicológico permanente da identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência a automutilação e ao auto-extermínio. Ele sente que nasceu no corpo errado, situando-se patologicamente em face ao seu sexo biológico.²⁴

Define Silvio Rodrigues, “o transexual é um indivíduo de extrema inversão psicossexual, que nega o seu sexo biológico, exigindo cirurgia reparadora de reajuste sexual, a fim de assumir a identidade de seu verdadeiro gênero que não condiz com seu sexo anatômico”.²⁵

A questão do transexual, no fundo, traz ao exame os limites de sua inserção entre o que efetivamente é de ordem pública e o que é de ordem privada: reflete um questionamento sobre a liberdade.

3.1.1. A cirurgia de transgenitalização

A operação de mudança de sexo é um assunto bastante polêmico.Recebe amparo legal pela Resolução de nº 1482/97 do Conselho Federal de Medicina. A literatura médica conhece a figura do transexual, que é um indivíduo que sofre de extrema inversão psicológica,hermafrodita psíquico, que acredita pertencer a um sexo diferente do seu sexo originário. Atualmente vem-se defendendo a possibilidade da realização da cirurgia de transgenitalização para que interior e exterior possam harmonizar-se, restabelecendo-se assim a dignidade humana do transexual.

A cirurgia de transgenitalização, autorizada pelo Conselho Federal de Medicina, Resolução de nº 1482/97 supra citada é realizada exclusivamente em hospitais universitários ou públicos para fins de pesquisa gratuita.

²³ - Maria Helena Diniz aponta Rogger Gorsky,William Young e um grupo do Oregon Regional Primate Reserch Center , que vêem no transexualismo uma determinação de hormônios na organização dos tecidos do sistema nervoso central.

²⁴ -DINIZ,Maria Helena –O estado atual do Biodireito, p.223

²⁵ -RODRIGUES, Silvio– Direito civil- parte geral, p.69

Conforme disposição expressa dessa Resolução, está liberada eticamente aos médicos a realização da cirurgia transgenital em pacientes maiores, capazes, que tenham sido submetidos à terapia por no mínimo dois anos e que venham recebendo acompanhamento de equipe multidisciplinar.

A cirurgia transgenital está regulamentada em mais de quarenta centros médicos mundiais segundo dados da OMS, Organização Mundial da Saúde, abrangendo diversas raças e credos- desde a China até países de cultura mulçumanas.

Para a realização da dita cirurgia é necessário o consentimento livre e informado de acordo com a resolução de nº 196/96 do Conselho Nacional de Saúde. As opções sobre a vida e a morte, escreve Ronald Dworkin, as mais importantes e cruciais para a formação e a expressão da personalidade do ser humano.

Para Jalma Jurado, reconhecida autoridade no âmbito da cirurgia experimental de transgenitalização, a cirurgia não extirpa órgãos nem abole funções, pelo contrário, adapta a genitália auto desfuncionalizada para a cópula em anatomia apta à função coeundi.

Entendemos que na prática a cirurgia é um procedimento ético, legal de ressocialização do indivíduo, pois a sexualidade representa por seu turno um bem personalíssimo não somente ligado à reprodução, pois o transexual não re-designado vive em situação de incerteza, angústia e conflitos, atentatórios à sua dignidade.

Ocorre ainda na vida prática que alguns transexuais masculinos chegam a casar-se e ter filhos no período em que estão se esforçando para ter um ajustamento ao sexo biológico; porém por vezes acabam procurando por psiquiatras, médicos e cirurgiões para libertá-los de um corpo que acreditam não ser o seu. “É mais fácil modificar o corpo que o íntimo de uma pessoa”.

A Comissão Europeia dos Direitos do Homem considera essa intervenção cirúrgica como uma conversão curativa que permite a integração pessoal e social do paciente ao sexo pretendido, logo, entende que não há mutilação, pois visa a redução ou a cura de sofrimento mental, julgando que não há nem mesmo perda de função, porque o órgão extirpado era inútil para o transexual ”.²⁶

Assim, à luz do disposto no artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, garante-se o direito de alteração do sexo em casos de transexualismo autêntico e a consequente alteração do estado individual, baseado no princípio da liberdade, que garante o direito de cada um ao “respeito da vida privada”. Desta sorte a **Corte Suprema entende que em matéria de sexo, a aparência doravante fazia lei.**²⁷

²⁶ - DINIZ,Maria Helena - O Estado Atual do Biodireito, op.cit. p.233

²⁷ FRIGNET, Henry – O Transexual, op. Cit., p.97 e 98; Dentre os sistemas regionais de proteção aos direitos humanos , o sistema europeu de proteção aos direitos humanos apresenta-se como o mais consolidado , influenciando os demais – o sistema interamericano e o africano, representando para isso um grande avanço para a proteção judicial dos direitos e liberdades nele previstos.No plano interno a alteração de sexo e o consequente amparo registral situam-se na esfera da ação de estado.

No mesmo sentido, aduz Luiz Alberto David Araújo, para quem o transexual é biologicamente normal, pois tem genitália interna e externa perfeitas, mas devido à sua constituição genética patológica, oriunda de defeitos cromossômicos ou fatores hormonais, acredita, sente-se como se fosse do sexo oposto.²⁸

3.1.2. A questão do nome do transexual

Após a realização da cirurgia redesignatória, nova batalha surge para o transexual: a sua identificação, e a consequente re-inserção na vida social e jurídica no país.

Apesar de muitos países admitirem direitos aos transexuais , no Brasil não há previsão legal para tal fato, pois ainda se entende o transexual como um ser humano mutilado incapaz de procriar, fato que a religião entende indispensável para a prática sexual.

Entendemos que uma vez diagnosticada a transexualidade e realizada a subsequente cirurgia de redesignação sexual, o registro civil deve fazer a acomodação competente da alteração do estado individual,que representa como já referido anteriormente a maneira intrínseca da pessoa se relacionar na coletividade, um direito personalíssimo, individual,um dos maiores atributos da personalidade.

Sendo matéria disciplinada por normas de ordem pública, sua alteração só pode ser efetivada mediante procedimento judicial.²⁹

É mister estabelecer que advindo desta alteração diversas conotações de cunho jurídico suscitar-se-ão, dentre os quais elencamos a possibilidade de contrair matrimônio, os direitos previdenciários, a prática desportiva profissional.

A questão abrange a alteração do estado pessoal do indivíduo, ou seja, a forma como ele se demonstra na sociedade e desta forma, em se tratando de uma ação de Estado, deve ser proposta perante a vara de família.³⁰

Com a entrada em vigor da Lei 9.708/98 alterando o artigo 58 da Lei 6.015/73, o transexual operado teria base legal para alterar o seu prenome, substituindo-o pelo apelido público e notório pelo qual é conhecido no meio em que vive.

Ante a problemática atual da alteração do prenome em face da alteração do sexo do indivíduo, deve o magistrado atender às razões psicológicas e sociais que esse fato acarreta.

²⁸- ARAUJO,Luiz Alberto David – A Proteção Constitucional do Transexual, op. Cit., p.55

²⁹ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – Direito da Personalidade no Novo Código Civil e os Elementos Genéticos para a Identidade da Pessoa Humana in: Questões controvertidas no Novo Código Civil, op.cit.,p.67 e DIAS, Maria Berenice – União Homossexual o preconceito e a Justiça,op. Cit.,p.112 e sg.

³⁰ Decisão do tribunal de justiça do Rio de Janeiro fixou a competência da vara de família para a ação mais famosa sobre o tema que foi o caso Roberta Close , cujo pedido de alteração , entretanto foi negado.Seu nome e gênero foram alterados em 10.3.05 pela 9º Vara da Família do RJ. Em 1989 havia sido submetida a cirurgia de transgenitalização na Europa.

A questão desloca-se, segundo Silvio Venosa, para o plano constitucional sob os aspectos da cidadania e da dignidade da pessoa humana, pois impor o nome do outro sexo à pessoa operada sujeita-a a uma degradação e a uma não inserção na sociedade, ferindo os princípios da justiça social à luz do artigo 1.º, III e artigo 3.º, IV, da Constituição Federal. Observa ainda Silvio Venosa que “o transexual não re-designado vive em situação de incerteza, angústia e conflitos o que lhe dificulta, senão impede de exercer as atividades inerentes aos seres humanos”³¹.

Aponta Rodrigo da Cunha Pereira que são encontradas na atualidade, embora esparsas decisões jurisprudenciais, entendendo pelo acolhimento do pedido de retificação do registro de nascimento do transexual, conforme acórdão da 3º CCTJ do RS, decisão também da 4º Câmara Cível do TJMG , Apelação nº591.019.831 do TJRS, Possibilidade de Implante de Neovagina- Decisão de Primeira Instância Autos nº 2098/89 do TJPE ; Retificação de Registro Civil- Apelação Cível nº 4425/93 do TJRJ , Mudança de sexo e alteração do Registro Civil em face de hermafroditismo - TJAL³²

Maria Helena Diniz entende que a adequação do prenome ao novo sexo do transexual operado deve ser feita em todos os seus documentos sem nenhuma menção discriminatória, pois o transexual é portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual.³³

No mesmo sentido deliberou Antonio Chaves para quem “não existem razões verdadeiras para impedir que, depois de todo esse drama, venha ele ainda a ser perpetuado pela recusa de um simples aditamento, transladando para o registro de nascimento o reconhecimento da correção de uma só palavra, que não corresponde à realidade psíquica, e agora, material do indivíduo, que, sob esse ponto de vista, já não mais pode ser considerado, como constava, homem ou mulher?”³⁴

Em concordância com o pensamento de tão ilustre jurista e professor, intimamente entendemos que o nome , em sua função primária de situar a pessoa no universo, deve forçosamente representá-la no meio em que vive e da forma como ela se apresenta, pois, inócuo seria este, perdendo a sua função individualizadora se ao contrário não identificasse essa pessoa.

Completando o nosso pensamento citamos Daisy Gogliano,³⁵que traz a noção de integridade física como sendo “ a faculdade de conservar a substância corpórea e íntegra, completa, perfeita e acabada, sem qualquer diminuição que possa comprometer o seu normal desenvolvimento”, desta sorte, em capítulo próprio analisaremos a cirurgia transgenital em seus aspectos clínicos e jurídicos, mas de pronto entendemos que deve ser analisado o órgão à luz da função que desempenha no complexo orgânico que é o corpo humano.

³¹ - VENOSA,Silvio – Direito Civil, op. Cit. p.223.

³² PEREIRA,Rodrigo da Cunha Pereira-A sexualidade vista pelos tribunais, op. Cit.,p 166 a 189.

³³ DINIZ,Maria Helena – O Estado Atual do Biodireito, op. Cit., p.224

³⁴ CHAVES,Antonio – Operações cirúrgicas de mudança de sexo: a recusa de autorização de retificação do registro civil,Revista dos Tribunais,SP,n. 679,p.14,maio de 1992

³⁵ GOGLIANO, Daisy – O Direito ao Transplante de Órgãos Humanos – Tese de Doutorado apresentada na Faculdade de direito da USP,1986,p.77

Há quem entenda que o não acolhimento do pedido de adequação do prenome em relação ao sexo no registro civil violaria o artigo 8.º da Convenção de salvaguarda dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, visto que toda pessoa tem o direito à vida privada e familiar e à identidade pessoal.

Ainda não há um consenso quanto a publicização da retificação de assento levada a efeito. Há determinações para que permaneçam em sigilo absoluto, nem no fornecimento de certidões deve ser feita referência à situação anterior, salvo mediante requerimento do próprio interessado ou pedido judicial; em outra decisões existe a possibilidade de tornar pública a retificação.³⁶

Na prática ,nenhum desses julgamentos esclarece a finalidade da divulgação da retificação do nome do transexual.Se para motivar o eventual indeferimento do pedido de habilitação para o casamento , para evitar que terceiros de boa fé incorram em erro essencial frente à pessoa de seu cônjuge,bem como questionar-se a própria existência e higidez do casamento.

Diferente do direito brasileiro,no direito alienígena a situação apresenta-se de forma mais favorável para o transexual.

No direito Espanhol, elucida Javier López- Galiacho Perona que “ uma vez decretada por sentença a retificação registral do sexo modificado, deveria passar a ser conhecido o transexual por direito como pessoa pertencente ao sexo, que agora, mediante alteração, anuncia o novo registro.

3.1.3. A conjugalidade do transexual

Em face à problemática da mudança de sexo, diversas questões são suscitadas no campo do direito civil.Poderia o transexual contrair matrimônio? Não haveria identidade de sexo entre os cônjuges? Em face do artigo 1556 e seguintes do Código Civil (220 do Código Civil de 1916) este seria passível de anulação a pedido do seu consorte.Haveria erro essencial em face da pessoa do outro cônjuge? Seria esse matrimônio inexistente?

Paira-se a dúvida se o transexual poderia efetivamente contrair matrimônio, formando assim uma família nos moldes tradicionais.

A Constituição brasileira só permite o casamento entre pessoas de sexo diferente, sendo, portanto, inadmissível a união legal entre as pessoas do mesmo sexo ainda que uma delas tenha se submetido à cirurgia de conversão sexual.Com finalidade de proteger o consorte defende-se a menção do termo transexual no registro civil.O matrimônio do transexual só poderia ocorrer por processo de habilitação que requer a retificação do seu

³⁶ DIAS,Maria Berenice – op cit.p.113.

registro civil, todavia questiona-se ainda se não se trata de matrimônio inexistente por haver identidade de sexo entre os cônjuges³⁷.

A questão a ser levantada no caso é quanto a efetiva troca de sexo ou mesmo acomodação do gênero do indivíduo redesignado cirurgicamente. Ou seja , tem mesmo a cirurgia a capacidade de transformar o homem em mulher ou a mulher em homem?

Se entendermos que sim, que houve uma real “troca” de sexo, ou melhor, uma efetiva adequação ao estado sexual preponderante do indivíduo,em que a cirurgia o tornaria apto para uma vida nova, alterando-lhe não só o sexo, mas a essência, podemos entender que nada obstaria a união matrimonial do transexual,possuindo este aptidão para o casamento pela inexistência de igualdade de sexos preconizada pela lei.Desta opinião partilham Maria Berenice Dias e José Roberto Neves Amorim.³⁸

Porém, se entendemos que a cirurgia de transgenitalização por mais que modifique a morfologia dos órgãos sexuais,alterando-lhes o fenótipo,o sexo jurídico, bem como o estado do cidadão, efetivamente não tem a capacidade de alterar o sexo do indivíduo (posto que sua informação genética, que é determinada pelos cromossomos ,continuará a ter a leitura do seu sexo originário), seria inexistente o casamento convolado pelo transexual.

A questão apresenta-se controversa. Antonio Chaves, sustenta a possibilidade de casamento do transexual que já tenha obtido o reconhecimento judicial da sua redesignação sexual, pois entende que a inexistência de aptidão procriativa não é causa para a descontinuação do matrimônio.³⁹

Pontes de Miranda, após asseverar que a conformação viciosa ou a mutilação dos órgãos sexuais não torna impossível a existência do casamento, conclui que admitida a dúvida quanto ao sexo de um dos cônjuges, a ação deverá debater necessariamente quanto à validade e não quanto à existência do casamento.⁴⁰

“ Uma decisão inédita do TJRS,autorizou expressamente o casamento de transexual ainda que não haja inversão da natureza, mas da mudança de uma forma de viver, possui o transexual capacidade para o casamento, pois o sexo psíquico prepondera sobre o biológico.Não havendo norma proibitiva com relação ao casamento de transexuais, pode-se afirmar pela inexistência de impedimento para a realização do contrato de casamento”⁴¹

Foram consultadas três decisões em igual sentido da Corte de Strassburgo de 1986,1990,1998 relativos a transexuais ingleses garantindo-lhes o direito de se casarem pois apresentam sexo biológico diferente de seus consortes.

³⁷ DINIZ, Maria Helena – O Estado Atual do Biodireito, op. Cit. p.240.

³⁸ DIAS,Maria Berenice – União Sexual O Preconceito e a Justiça, op. Cit. P. 206 a 210 e AMORIM,José Roberto Neves – Direito ao Nome da Pessoa Física, op. Cit. p.64.

³⁹ CHAVES,Antonio – Castração- esterilização- mudança artificial de sexo.Revista dos Tribunais,v.542,p.18

⁴⁰ PONTES DE MIRANDA, FC – Tratado de direito privado, 3.ed,Rio de Janeiro, Borsoi,1971,p.366

⁴¹ DIAS,Maria Berenice – União homossexual o preconceito e a justiça, op.cit.p.115

Assim, se questionada a validade da alteração de gênero realizada pela cirurgia, resta-se fazer a seguinte análise: o momento em que o outro cônjuge terá ciência da transexualidade de seu par.

Entendemos que o casamento convolado com um indivíduo transexual não seria um casamento inexistente, mas poderia ser anulável, tendo em vista o erro essencial sobre a pessoa, caso a transexualidade não seja revelada em momento anterior às núpcias, ou mesmo, dependerá da apreciação dos envolvidos em cada caso.

Como pondera Washington de Barros Monteiro a questão que envolve a identidade civil torna-se um tanto complexa e obscura, em face de uma maior desconexidade, que aparece tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, pois a identidade civil, conceitua-se como a reunião dos atributos ou qualidades essenciais, com que a pessoa se distingue na sociedade. Por sua vez, qualidades essenciais são os modos pelos quais a pessoa existe no meio social e sem os quais deixa de ser o que aparenta.

Deste modo, a apreciação dependerá de cada caso, tendo em vista as condições subjetivas do cônjuge enganado.⁴²

É válido ressaltar, na concepção de Washington de Barros Monteiro, que “na apreciação dos fatos desabonatórios da honra e boa fama o aplicador da lei não deve perder de vista a parte final do dispositivo: eles são causa de anulação apenas quando seu ulterior conhecimento torne insuportável a vida em comum”.⁴³

Em face da questão formulada é se não revelada antes do matrimônio as alterações físicas e registrais ocorridas, poderia dar ensejo à anulação do casamento tal como preconiza o artigo 1557,I,III,IV do Código Civil ou mesmo ao divórcio.

O casamento anulável é aquele em que as partes estão impedidas de casar em virtude da incapacidade em relação à idade, da presença de vício, da falta de consentimento, defeito na manifestação da vontade, ausência de autoridade competente para a celebração, erro essencial quanto à pessoa do outro ou coação.

Como preleciona Carlos Roberto Gonçalves “na maioria dos casos há um consentimento defeituoso, uma manifestação volitiva imperfeita, seja por se tratar de pessoa que se casou inspirada no erro, seja por se tratar de quem, pela sua imaturidade ou defeito mental, não podia consentir desassistido de seu representante”.⁴⁴

O artigo 1556 do Código Civil reporta-se à questão do vício de vontade “O casamento pode ser anulado por vício da vontade, se houver por parte de um dos nubentes, ao consentir, erro essencial quanto à pessoa do outro”.

⁴² MONTEIRO, Washington de Barros – Curso de direito civil, v.2,op.cit.,p.124 e 125

⁴³ MONTEIRO, Washington de Barros – Curso de direito civil, v.2,op.cit.,p.126

⁴⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto – Direito Civil brasileiro, op.cit.p.141

Como preleciona Silvio Rodrigues “ ocorre erro quando o autor da declaração a emitiu inspirado num engano ou na ignorância da realidade” (falsa representação da realidade).⁴⁵

Erro é defeito no ato jurídico capaz de invalidá-lo. Insere-se na categoria de vícios do consentimento. Em matéria de casamento representa uma especificação da teoria geral do erro substancial quanto à pessoa (art.139,II do CC). Nessa modalidade de víncio de consentimento o agente engana-se sozinho.

Preleciona Francisco Amaral que “ erro essencial, também dito substancial é aquele de tal importância que, sem ele, o ato não se realizaria”.⁴⁶

No entendimento de Carlos Roberto Gonçalves o dolo em si, quando não leve a erro essencial, embora víncio de consentimento, não conduz à anulabilidade do matrimônio diversamente do que ocorre nos negócios jurídicos em geral.⁴⁷

Para Clóvis Bevilaqua a exclusão do dolo de entre as causas de nulidade relativa do casamento, justifica-se pela necessidade de não tornar precária a segurança das famílias, pois não seria difícil alegar que um dos cônjuges fora induzido ao casamento por manobras fraudulentas do outro.

Para San Tiago Dantas nem todos os vícios de vontade conduzem à anulação matrimonial. A questão envolvendo o dolo é mais discutível, pois pode-se admitir que uma pessoa se valha de um ardil para induzir outra ao matrimônio. Podendo muito facilmente o dolo confundir-se com o erro.

O Código Civil alemão contempla o dolo como uma das causas de nulidade, sendo causa autônoma de resolução do casamento (Ehegesetz § 33, al. 2), podendo ser do outro nubente ou de terceiro, com o conhecimento daquele, tanto por se converterem em erro os casos graves de dolo quanto para proteger o vínculo familiar de uma alegação muito fácil como seria a de dolo, pois é fácil demonstrar que uma das partes seduziu a outra para o matrimônio; sendo todavia irrelevante quando tenha tido por objeto indução do nubente em erro quanto à situação patrimonial do outro⁴⁸

Assim, o erro essencial capaz de provocar a anulação do casamento deve estar revestido dos requisitos da anterioridade e da insuportabilidade da vida em comum para o cônjuge enganado.⁴⁹

O erro quanto à identidade do outro cônjuge pode-se verificar sobre sua identidade física ou civil, estando o nubente iludido sobre o conjunto de atributos ou qualidades essenciais, com o que a pessoa aparece na sociedade, como bem retratou Clóvis Bevilaqua.⁵⁰

⁴⁵ RODRIGUES,Silvio – Direito Civil, 27ed.,São Paulo,Saraiva,v.1,p.192

⁴⁶ AMARAL,Francisco – Direito Civil:introdução,4ºed.,Rio de Janeiro, Renovar, 2002,p.484

⁴⁷ GONÇALVES,Carlos Roberto – Direito civil brasileiro, op.cit.,p.142 e 143

⁴⁸ SAN TIAGO DANTAS, FC – Direito de família e das sucessões, op. Cit.,p.206

⁴⁹ MONTEIRO,Washington de Barros – Curso de direito civil,v.2, op.cit.,p.123

⁵⁰ BEVILAQUA,Clóvis – Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado, Rio de Janeiro,Livr. Francisco Alves,1917, v.2,p.86

Além disso, num outro exemplo, se o casal viver em união estável. Poderia a justiça deixar de declarar a sua existência pelo simples fato de um dos conviventes ser transexual?

Além dessas, outra questão suscitada seria quanto à possibilidade para o transexual casado de submeter-se à cirurgia de transgenitalização.

Para evitar constrangimento ao outro cônjuge, entende Maria Helena Diniz com o amparo da legislação alemã e sueca, que somente os transexuais solteiros, divorciados ou viúvos poderão fazê-la, embora permaneçam inalterados os direitos e deveres entre o transexual operado e seus filhos quanto não lhes cause com sua conduta qualquer dano moral ou material.

A aquiescência do cônjuge não abalaria a validade do casamento, a falta de concordância por outro lado, configuraria conduta desonrosa e grave violação dos deveres do casamento como preconiza Yussef Said Cahali, pois tratar-se-ia de uma violação contra a personalidade do cônjuge.

A situação do transexual se demonstra de modo mais favorável no direito estrangeiro: em Portugal, o casamento civil heterossexual pós-transicional, não tem se apresentado mais de forma emblemática. Mudado o registro, é permitido o casamento civil desde que de orientação sexual heterosexual. Registram-se alguns casos nesse sentido em solo português.⁵¹

À luz do direito espanhol, ao transexual foi concedido o direito de alterar o seu registro civil adequando-o ao novo estado do indivíduo, introduzindo o novo nome, porém permanecem ainda privados da prática de determinados atos da vida civil como o casamento e a adoção, em algumas regiões.

Em recurso impetrado pelo Tribunal Superior Espanhol, obteve-se em sentença de 2.7.1987: “Sin embargo, tal modificación registral no supone una equiparación absoluta con la de sexo femenino para realizar determinados actos o negocios jurídicos, toda vez que cada uno de éstos exigirá la plena capacidad y aptitud em cada supuesto (FD 3º,2º)”, com isso conclui-se que o transexual teria somente o direito à troca de nome, mas esta não abrangeeria outros atos da vida civil, como o casamento, que por outro lado continuaria a ser contraído ao lado da adoção, das competições esportivas mediante seu sexo originário.⁵²

O momento da realização da cirurgia redesignatória apresenta-se todavia controverso: a cirurgia de conversão de sexo, só poderia ser realizada em transexual solteiro, viúvo ou divorciado, para evitar constrangimento para o seu cônjuge. Se na constância do casamento um dos cônjuges passar a sofrer de perturbação de identidade sexual, impossibilitando para isso o cumprimento do débito conjugal poderia o outro cônjuge propor a separação com base

⁵¹ referência – <http://fishspeaker.blogspot.com/2006/10/problemática-social-da-conjugalidade.html>, p.1

⁵²PERONA,Javier López Galiacho, op. Cit., p. 319 e 320

em conduta desonrosa?anular o casamento por erro essencial?pedir o divórcio por separação de fato?requerer a separação judicial por injuria grave?⁵³

Vê-se que transexualidade afeta o casamento de várias formas, principalmente para os casos de quem é transexual e com orientação homossexual, e se casa antes da mudança de registro, em países sem possibilidade de acesso ao casamento civil pô parte de casais homossexuais.

A legislação Espanhola prevê que antes de requerer a alteração do sexo deve o matrimônio ser desfeito, mediante divórcio ou arguição de nulidade. Este é um requisito prévio para a realização da cirurgia de transgenitalização.

Em Portugal, além da própria ordem dos médicos recomendar que o candidato à transgenitalização não seja casado, os tribunais têm considerado as pessoas casadas como incapazes de serem transexuais, assim falta capacidade jurídica para o pedido(nenhum acórdão explica a relação clínica entre um casamento prévio e a não transexualidade).⁵⁴

A legislação Alemã de 1980, por outro lado dispõe que o transexual seja solteiro (§ 8.1.2), assim também o entende a legislação Holandesa de 1.8.1985(art 29 a-1 C.c); a Sueca de 21.4.1972(§3); a lei de Quebec de 31.12.1977;a Australiana de 5.5.1988(art 7).

À luz da legislação australiana previa-se a possibilidade de anulação de casamento envolvendo transexuais. O leading-case da aceitação desse tipo de casamento mantendo a preservação do vínculo conjugal de justas núpcias convoladas antes da mudança registral do novo sexo do marido, transexual feminino. Este veio então a ser o primeiro casamento homossexual na Austrália.(No país há a possibilidade de parceria domésticas em todos os estados, com exceção da Austrália do Sul e Vistoria.O casamento entre pessoa do mesmo sexo foi proibido por uma determinação federal).⁵⁵

Outro caso envolvendo o casamento com transexual, foi o que culminou com a anulação do casamento de Kevin, transexual masculino que por ser não operado não pode manter o vínculo conjugal. Esse caso teve destacada importância local porque na sentença prolatada foi alegado que os transexuais não eram um subgrupo da intersexualidade.⁵⁶

Merce especial atenção a legislação Italiana de 14.4.1982, que diferentemente das anteriores não impõe que o indivíduo seja solteiro, divorciado ou viúvo para a realização da cirurgia de redesignação, pois permite ao transexual casado realizá-la. A sentença de retificação dissolve automaticamente o casamento, independentemente da sua forma de realização, se civil ou religiosa.

⁵³ DINIZ,Maria Helena – O Estado Atual do Biodireito , op.cit.,p.240.

⁵⁴ fonte:<http://fishspeaker.blogspot.com/2006/10/problemática-social-da-conjugalidade.html>.,p.2

⁵⁵ fonte:http://pt.wikipedia.org/wiki/homossexualidade_na_Oceania,p.1

⁵⁶ fonte:<http://fishspeaker.blogspot.com/2006/10/problemática-social-da-conjugalidade.html>.,p.2

No mesmo sentido dispõe a lei Turca de 12.5.1988 para a qual “ dissolve-se automaticamente o vínculo conjugal desde a promulgação da sentença que autoriza a troca de sexo- art 29CC”.⁵⁷

Na Inglaterra, com a introdução em 2004 do Gender Recognition Act, uma lei de identidade de gênero das mais conservadoras da União Europeia, quem já for casado e não dissolver o seu casamento voluntariamente num período de tempo limitado após o pedido de mudança dos registros legais, recebe apenas uma certidão de reconhecimento de gênero ínterim, que ao contrário da plena continua a considerar a pessoa como membro de seu sexo anatômico original para vários efeitos.⁵⁸

Entendemos que a solução fique pairada no seguinte sentido: uma vez redesignado o cônjuge impede que tenha continuidade o casamento pela igualdade dos sexos, pois a inadaptação de um ao seu sexo originário não impõe ao outro a convivência homossexual, logo, entendemos que o divórcio seja a única solução jurídica cabível, pois não se poderia falar em casamento inexistente, nem mesmo em anulação ou nulidade matrimonial, pois anteriormente à realização da cirurgia, dependendo do prazo, houve a consumação do mesmo.

Diversos problemas de ordem privada e da ordem pública decorrem da redesignação do transexual, principalmente no que concerne às relações familiares.

Os efeitos com relação a prole continuaria inalterados ,desde que não venha a causar com sua conduta qualquer dano moral ou material à educação da prole, não constaria a redesignação dos pais em nenhum documento dos filhos.

3.2. A conjugalidade do Intersexual

Diferentemente dos outros casos intersexuais, descrevemos a figura do intersexual, que é definida como o indivíduo portador de diferenciação sexual anômala, em que existe a preponderância de um sexo, de outro ou em casos extremos a co-existência de ambos.

Até a 6.^a semana de gestação o embrião é neutro do ponto de vista sexual; suas gônadas são indiferenciadas, mistas ou bissexuais. À partir dessa semana gestacional que vai ocorrer a diferenciação sexual dependendo da existência do cromossomo Y ou não na estrutura cromossômica do embrião. Num momento posterior a constituição cromossômica do embrião deixa de influir na diferenciação sexual que passa a ser controlada basicamente por hormônios. Assim, a primeira fase do processo de diferenciação sexual é a formação da genitália interna.

⁵⁷ PERONA,Javier López-Galiacho – La Problemática Jurídica de la transexualidad , op. Cit. 249 a 251.

⁵⁸ fonte:<http://fishspeaker.blogspot.com/2006/10/problematica-social-da-conjugalidade.html>,p.

2;BURTON,Frances-Core Statutes on Family Law 2005/2006, Law matters publishing,p.258 e s.

A partir daí, a próxima fase, será da diferenciação da genitália externa, havendo à partir do terceiro mês de gestação a secreção de um hormônio masculinizante, o hormônio androgênico, que induz a formação da genitália masculina, a sua ausência, ao contrário, leva à formação da genitália feminina.

A última etapa da diferenciação sexual normal do indivíduo, seria a diferenciação dos caracteres sexuais secundários do indivíduo; sendo esta dependente de um equilíbrio muito delicado entre os hormônios masculinos e femininos que cada indivíduo possui.⁵⁹

A ocorrência de qualquer anomalia nessa fase, acarreta distúrbios no desenvolvimento normal, gerando o aparecimento dos intersexos.

De acordo com a preponderância destes, e a ocorrência de anomalias, temos o pseudo hermafroditismo feminino ou masculino.

Assim, por exemplo, um embrião pode ser cromossômica e internamente masculino e apresentar órgãos genitais externos femininos devido à falta de secreção androgênica; ou, poderá um embrião cromossomicamente feminino apresentando inclusive ovários apresentar uma genitália externa masculina se sofrer ação de andrógenos no seu desenvolvimento embrionário, pode ainda um embrião cromossomicamente masculino desenvolver genitália interna e externa feminina caos sua gônada embrionária não produza nem substância morfogenética, nem secreção androgênica. Assim sendo, os embriões inicialmente apresentam caracteres hermafroditas, envolvendo para sua diferenciação a presença de substâncias como a substância morfogenética e a secreção androgênica, para sua diferenciação.

Diversas são as causas que podem gerar a masculinização da genitália dos indivíduos que cromossomicamente são femininos: A produção excessiva de andrógenos pelas suprarrenais (síndrome adreno-genitais), andrógenos provenientes da placenta da mãe; andrógenos ingeridos pela mãe para evitar o aborto. Dessa forma o recém nascido feminino com a síndrome adreno-genital apresenta clitóris grande e fusão das saliências genitais, em casos extremos poderá ser considerado um menino e educado como tal.

Pode ocorrer também inversamente a feminização das genitálias internas e externas do indivíduo cromossomicamente masculino. Estes nascem com a síndrome da feminização testicular sendo criados como meninas, com desenvolvimento físico e psíquico tipicamente femininos; são estéreis e não menstruam. Seus dutos genitais são contudo masculinos. Existem entretanto graus de intersexualidade, levando a falta dos caracteres secundários como falta de barba ou aumento das mamas nos meninos.

No hermafroditismo verdadeiro temos a presença de gônadas masculinas e femininas, possuindo tanto tecido testicular como ovariano.

⁵⁹ - Neste sentido, ver separata utilizada no serviço de nutrição do Hospital das Clínicas da Usp-Diferenciação sexual normal e anormal, SP, 1985

Diagnosticado o quadro clínico de hermafroditismo, a cirurgia corretiva adequando o sexo externo ao interno ou o oposto é recomendável, conforme dispõe Silvério da Costa Oliveira, “a decisão sobre a predominância do sexo interno ou externo deve levar em consideração a ocasião do procedimento cirúrgico corretivo, se durante a infância e antes de o indivíduo começar a se definir dentro dos padrões de masculinidade e feminilidade socialmente impostos, será dada preferência ao sexo cromossômico, adequando a aparência externa ao cariótipo e órgãos internos. Se a cirurgia ocorre em momento mais tardio, deverá predominar o sexo culturalmente aceito pelo indivíduo. O diagnóstico de hermafroditismo é excluente do de transexualismo”.⁶⁰

Segundo Vicente Renato Bagnoli, Ângela Maggio da Fonseca e Paulo Augusto de Almeida Junqueira, “os fatores que determinam o sexo são: cromossômico, gonadal, somático, civil e psicossocial, que atuam em forma sequencial durante a embriogênese. Define-se como intersexo indivíduo que apresente discordância de um ou mais desses fatores, independentemente de haver ou não ambiguidade dos genitais.”

Apontam a importância do diagnóstico precoce e a adoção de medidas terapêuticas corretas em época oportuna, para conferir característica, o mais próximo possível, ao sexo adotado e assim melhorar o prognóstico social e sexual desses indivíduos, bem como seu convívio familiar e social, por uma necessidade de identificar o sujeito, seja masculino, seja feminino e de se definir como ele se apresentará ao mundo jurídico”.

Cumpridas todas as formalidades processuais, e realização de todos os exames apontados como necessários para constatar-se o sexo do indivíduo, entendemos que fez-se uma acomodação natural ao sexo prevalente do paciente em questão. Assim, deve o registro civil fazer a acomodação da nova situação clínica, introduzindo o indivíduo sem máculas no mundo jurídico, capaz de direitos e deveres disso decorrente. A cirurgia de adequação de sexo mais que um direito legal concedido é uma conduta médica visando o bem estar e saúde clínica do indivíduo, pois, a natureza fez-se num dado momento prevalecer .

Assim sendo, pode o intersexual contrair matrimônio?

Em matéria de casamento, a regra é pela dualidade de sexos. A não ser que possam dar enganos em raros casos de hermafroditismo ou deformações, como retratou Clóvis Bevílaqua.⁶¹

Em face do cumprimento de todas as formalidades médico-legais supra referidas, entendemos que ele está absolutamente apto para tanto.

⁶⁰ -OLIVEIRA,Silvério Costa de – Transexualismo , site www.sexodrogas.psc.br .p.6

⁶¹ BEVILAQUA, Clóvis – Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, op.cit.p.67

4.Conclusão

A questão da conjugalidade abrangendo os estados intersexuais apresenta grande repercussão no pensamento jurídico da atualidade.

Muito tem-se discutido sobre a validade dos casamentos realizados nessas circunstâncias, assim como a atribuição do *status familiae* a esses cidadãos.

No que toca ao tema de inexistência e nulidades matrimoniais, muito bem se ocupou o Código Civil de 2002, assim como também o fizera o Diploma Civil anterior.

Quanto ao casamento convolado diante das figuras com disforia de gênero, em três modalidades distintas, entendemos ser inexistente o casamento entre homossexuais, no que toca ao casamento enquanto ato registral, mas a idéia de casamento como valor, como afeição vem ganhando espaço nas decisões jurisprudenciais no direito pátrio e na comunidade internacional, sendo mesmo reconhecido em alguns países do mundo, como Holanda, Canadá, Bélgica, África do Sul, Espanha e nos Estados americanos de Massachussets e da Califórnia.

Entendemos que a validade do casamento entre transexuais depende diretamente da realização da cirurgia de transgenitalização e sua consequente alteração em caráter firme e definitivo do sexo jurídico ou sexo social do indivíduo. Assim, na impossibilidade da conversão curativa do sexo o casamento seria inexistente em virtude da igualdade de sexos. Em sentido contrário, seria o casamento válido ou anulável, dependendo do pleno conhecimento e aceitação do outro nubente, que em caso de desconhecimento da realização da dita cirurgia poderia alegar erro essencial, o que seria passível de gerar a anulação do feito.

Quanto ao intersexual, em face da realização dos tratamentos adequados e a consequente acomodação da genitália interna e externa, ou seja o sexo biológico, social e jurídico do indivíduo, entendemo-lo como apto para o ato matrimonial válido.

9.Referências Bibliográficas

ARAÚJO,Luiz Alberto David – A proteção constitucional do transexual, São Paulo, saraiva,2000

ASSUNÇÃO,Alexandre Guedes Alcoforado – Código Civil Comentado, 6ºed.,São Paulo, Saraiva, 2008

AZEVEDO,Álvaro Villaça - Estatuto da família de fato, São Paulo, Jurídica brasileira, 2001

BAGNOLI,Vicente Renato;FONSECA,Ângela Maggio;JUNQUEIRA,Paulo Augusto de – Estados intersexuais diagnóstico e tratamento.site:www.sogesp.com.br

BEVILAQUA,Clóvis – Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado, Rio de Janeiro, Livr.Francisco Alves,1917,v.2

BURTON,Frances – Core statutes on family law, UK,2005/2006Law Matters publishing

CAHALI,Yussef Said – O casamento putativo, 2°ed.,São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais,1979

CHAVES,Antonio – Castração-esterilização-mudança artificial do sexo,RT,v.542

_____ - Operações cirúrgicas de mudança de sexo:arecusa deautorização deretificação do registro civil,São Paulo, RT,1992

CORNU, Gérard – Droit civil – la famille, 7édition, Paris, Montchrestien,2001

DIAS, Maria Berenice – União homossexual o preconceito e a justiça, Porto Alegre, Livraria do advogado editora, 2000

DINIZ,Maria Helena – O Estado atual do biodireito, São Paulo, Saraiva,2001

FRIGNET,Henry – O Transexualismo, Rio de Janeiro,Companhia de Freud Ed.,2002

GOGLIANO,Daisy – O direito ao transplante de órgãos humanos.Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Direito Civil da FADUSP,1986

GOMES,Orlando – Direito de Família. Atualização Humberto Theodoro Jr.,11°ed.,Rio de Janeiro, Forense, 1999

GONÇALVES,Carlos Roberto – Direito Civil brasileiro, 5°ed.,São Paulo, Saraiva,2007

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – Direitos da personalidade e elementos genéticos, São Paulo, Método, 2003

MALUF,Carlos Alberto Dabus – Nulidades matrimoniais. In:Enciclopédia Saraiva do Direito, v.55

_____ - A inexistência na teoria das nulidades, Tese apresentada à FADUSP para provimento do cargo de Professor Titular em 2007

MONTEIRO,Washington de Barros – Curso de direito civil, atualizado por Regina Beatriz Tavares da Silva,37^{ed.}, São Paulo, Saraiva,2004

OLIVEIRA,Silvério Costa de- Transexualismo. Site:www.sexodrogas.psc.br

PEREIRA,Caio Mario da Silva – Instituições de direito civil,11^{ed.},Rio de Janeiro,Forense, 1965

PEREIRA,Rodrigo da Cunha -A sexualidade vista pelos tribunais,2^{ed.}, Belo Horizonte, Del Rey, 2001

PERONA,Javier López Galiacho – La problemática jurídica de la transexualidad,Madrid, Mac Graw Hill,1998

PONTES DE MIRANDA,FC – Tratado de Direito Privado,3^{ed.},Rio de Janeiro,1971

RENARD,Claude;VIEUJEAN,ME – L'inexistence et annulabilité en droit civil belge.In: Travaux de L'association Henri Capitant, Paris,Dalloz,1965

RODRIGUES,Silvio – Direito Civil,27^{ed.}, São Paulo, Saraiva,2002

SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de – Direito de família e das sucessões, atualizado por José Gomes Bezerra Câmara e Jair de Barros, Rio de Janeiro, Forense, 1991

SCHLÜTER, Wilfried – BGB- Familienrecht,9^{ed.},Porto Alegre, Sérgio Fabris Editor,2002

VENOSA,Silvio de Salvo – Direito Civil, São Paulo, Atlas,2003