XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS II

LEANDRO MARTINS ZANITELLI

MÔNICA NEVES AGUIAR DA SILVA

SILVANA BELINE TAVARES

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

B615

Biodireito e direitos dos animais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;
coordenadores: Leandro Martins Zanitelli, Mônica Neves Aguiar Da Silva, Silvana Beline Tavares – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-079-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Biodireito. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS II

Apresentação

No Congresso deste ano, o GT teve a apresentação de boa quantidade de trabalhos sobre direitos dos animais, a sugerir a conveniência, em um futuro próximo, de um grupo próprio para esse tema. Entre os trabalhos apresentados, vários versam sobre a discussão basilar, mas, não obstante, pertinente, dada a situação atual do direito brasileiro, sobre os animais como pessoas ou sujeitos de direitos. É o caso dos trabalhos de Paula Maria Tecles Clara e Paula Cristiane Motta Sales ("Os animais como sujeitos de direito"), Samory Pereira Santos ("Os animais como sujeitos de direitos fundamentais"), Carolina Maria Nasser Cury e Lais Godoi Lopes ("Para além das espécies: a busca por um conceito juridicamente adequado para os animais no direito brasileiro") e Mariana de Carvalho Perri ("Dignidade para animais não humanos: uma questão de justiça"). Outros trabalhos se debruçam sobre temas mais pontuais, como o de Cristian Graebin e Selma Rodrigues Petterle ("A aplicação dos princípios constitucionais ambientais de precaução e prevenção em relação ao animal não humano"), sobre a ressignificação dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção tendo em vista o imperativo da consideração aos interesses dos animais, e os de Rafael Speck de Souza ("Experimentação animal na sociedade de risco e a violação do princípio da igual consideração de interesses"), Roberta Maria Costa Santos ("Experimentação animal: uma análise à luz da ética animal e da Constituição Federal de 1988") e Lucia Frota Pestana de Aguiar Silva ("Habermas e o futuro da natureza humana diante da ética animal: utilização oblíqua da doutrina habermasiana em justificativa a comitês de ética e experimentação animal"), sobre a permissibilidade e limites do uso de animais em experimentos.

Carolina Belasquem de Oliveira e Thais Garcia Jeske no artigo Saúde mental no Brasil a partir de uma perspectiva da bioética buscam a partir da visão focaultiana refletir acerca da autonomia dos pacientes com transtornos mentais lembrando que estes e o tratamento dos pacientes com transtornos psiquiátricos é algo que deve ser debatido atualmente. Trazem a reflexão acerca da reforma psiquiátrica em conjunto com os princípios estruturantes da bioética, ressaltando as diferenças para os pacientes acometidos pela doença antes e depois da Lei 10.216/2001.

O artigo Transexualidade, biodireito e direito de família: a necessidade de valorização da autonomia privada escrito pelas autoras Ariete Pontes De Oliveira e Iana Soares de Oliveira Penna pretende analisar algumas implicações da transexualidade no Direito de Família, a

validade do casamento após a cirurgia de mudança de sexo, a alteração do registro civil dentre outras questões utilizando como fundamento princípios constitucionais e do Direito de Família, sob o marco do Estado Democrático do Direito e a dignidade da pessoa humana.

Corpo e subjetividade na transexualidade: uma visão além da (des)patologizacao artigo de Leonardo Canez Leite e Taiane da Cruz Rolim tem como objetivo, discutir a transexualidade no contexto das políticas de saúde pública no Brasil, frente à luta pelo reconhecimento de transexuais. Buscou-se problematizar as diferentes classificações e intervenções que foram decisivas na estruturação da transexualidade enquanto transtorno de identidade de gênero, atenuando as possibilidades de ditos da transexualidade a uma patologia, lembrando que, toda construção política dos corpos desvela e articula sexualidade, gênero e direitos humanos com ênfase na construção de uma democracia pós-identitária.

No artigo Uma reflexão sobre a tutela jurídica do embrião humano e a questão do aborto no Brasil, Lília Nunes Dos Santos discorre sobre o inicio da vida e de sua natureza propondo pesquisar sobre os dados apresentados pelas ciências biomédicas a respeito do inicio do ciclo vital e abordando as considerações jus filosóficas acerca do momento em que o homem passa a existir. À luz da Constituição Federal, do Código Civil e do Código Penal pátrios observou-se segundo a autora a proteção e a tutela do direito à vida e à existência do nascituro em torno da problemática sobre a descriminalização do aborto.

Antonio José Mattos do Amaral e Rogério Sato Capelari no artigo Da imperiosa necessidade de alteração do Art. 58 da Lei 6.015/1973: um registro público de respeito à transexualidade e o direito ao nome social sem a intervenção do poder judiciário retratam o problema da discriminação, intolerância e discriminação sofrida pelos transexuais em seu cotidiano, apresentando-se o imperativo de alteração de nome sem a necessidade do transexual se submeter a um processo de transgenitalização por considerar que tal procedimento não se faz necessário para registrar paz e conforto em sua condição de transgênero.

Em Uma resposta para o dilema da internação compulsória do dependente químico à luz da bioética latino-americana as autoras Mônica Neves Aguiar Da Silva e Jessica Hind Ribeiro Costa fazem uma reflexão acerca das complicações decorrentes do uso nocivo de substâncias psicoativas e o dilema referente a necessidade (e efetividade) da internação compulsória. Propõem as autoras a construção de um contraponto entre a autonomia individual dos dependentes químicos e a situação de extrema vulnerabilidade em que vivem.

Os autores Danilo Zanco Belmonte e Edgar Dener Rodrigues no artigo Direitos fundamentais e a proteção jurídica do embrião in vitro buscam, por meio de pesquisa bibliográfica,

investigar a partir do processo de reprodução humana assistida, na modalidade in vitro, o problema quanto à eliminação de embriões excedentes contraposto com o direito à vida. Perquiriram qual a situação jurídica do embrião desta maneira concebido para o direito, bem como, se são detentores de direitos fundamentais, em especial o direito à vida.

O artigo Parto anônimo ante aos direitos humanos e fundamentais de Roberta Ferraço Scolforo e Juraciara Vieira Cardoso tem por objetivo examinar o instituto do parto anônimo, visando à compreensão do conceito e do histórico da roda dos expostos, por meio do estudo do Direito Comparado e de sua evolução no Brasil, além de estudar o princípio da dignidade da pessoa humana e sua aplicação quando se está diante de uma relação afetiva, parental e acima de tudo sanguínea, analisando os direitos fundamentais da criança e os pontos polêmicos do parto anônimo no Brasil.

Utilizando categorias como corpo, gênero, sexo, invisibilidade social e intersexualidade a partir do método pós-estruturalista de matriz foucaultinana, o artigo Os corpos refeitos: a intersexualidade, a pratica medica e o direito a saúde de Ana Carolina Gondim de Albuquerque Oliveira tem por objetivo discutir como a prática médica atua sobre os corpos intersexuais a partir das cirurgias de normalização do sexo, e, se estas violam o direito à saúde das pessoas com anomalia no desenvolvimento sexual, partindo da premissa que o direito à saúde é direito humano protegido pelo direito interno e internacional.

Rodrigo Róger Saldanhae e Larissa Yukie Couto Munekata em O trafico de órgãos e tecidos no direito brasileiro têm por objetivo analisar a lei que regula a matéria de remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para transplante e tratamento - Lei nº 9.434/97, bem como o artigo 199, §4º da Constituição Federal. Trataram ainda sobre a questão da comercialização de tecidos, especialmente de medula óssea, como uma forma de disposição voluntária que segundo os autores deveria ser legalizada; as espécies de transplantes e o tratamento anterior à Lei nº 9.434/97.

Relevante, igualmente, a produção concernente a questões de autonomia e capacidade bioética. Nesta seara, debruçou-se Iara Antunes de Souza ao revisitar a teoria das incapacidades à luz do novíssimo Estatuto da pessoa com deficiência, trazendo tese sobre o tema que certamente irá auxiliar a interpretação das novas normas legais. Examinando a autonomia no final da vida, Maria de Fátima Freire de Sá e Pedro Henrique Menezes Ferreira fazem interessante paralelo entre a Colômbia e a Bélgica a partir do estudo de caso. E Amanda Souza Barbosa enriquece a doutrina brasileira sobre o tema ao nos brindar com seu artigo O necessário (re)pensar do tratamento jurídico conferido às decisões sobre o fim da vida no Brasil: contribuições a partir de Dworkin, Beauchamp e Childress.

Ainda no viés do estudo sobre a autonomia, Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann nos apresenta hipótese em que a vulnerabilidade acrescida deu ensejo a um dos casos mais polêmicos envolvendo experimentação em crianças nos EUA. Natália Petersen Nascimento Santos, por sua vez, constrói a tese da existência de ficção de respeito à autonomia quando envolvida a exploração do sujeito nas pesquisas clínicas com humanos.

Outros trabalhos, igualmente consistentes e de reconhecida utilidade acadêmica merecem ser apresentados: Sociedade de Risco, Bioética e Princípio da precaução de Marcelo Pereira dos Santos; A criação e a utilização dos bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal no Brasil: uma análise através da Bioética e do advendo da lei 12.654/2012 de Carlos Eduardo Martins Lima; Submissão obrigatória à identificação do perfil genético para fins criminais: uma abordagem à luz do direito à intimidade e da dignidade da pessoa humana, de George Maia Santos e Pedro Durão; Os perigos da biotecnologia à prática da medicina tradicional baseada em plantas e o papel do direito na garantia do direito à medicina tradicional, de Robson Antão de Medeiros; A eugenia liberal: um olhar a partir da obra "O futuro da natureza humana de Jürgen Habermas, de Riva Sobrado de Freitas e Daniela Zilio.

TRANSEXUALIDADE, BIODIREITO E DIREITO DE FAMÍLIA: A NECESSIDADE DE VALORIZAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA

TRANSSEXUALITY, BIOLAW AND FAMILY LAW: A VALUATION NEED PRIVATE AUTONOMY

Ariete Pontes De Oliveira
Iana Soares de Oliveira Penna

Resumo

Partindo da análise de um caso real, amplamente divulgado pela mídia em maio de 2015, no qual o casal norte americano David (72 anos), um tenente aposentado da força aérea norte americana e Jonni (68 anos) relatam a história de seu casamento, o presente artigo pretende analisar algumas implicações da transexualidade no Direito de Família. David e Jonni, estão casados há 49 anos e relatam sua história antes e depois da decisão de David de se submeter à cirurgia para a mudança de sexo e após mudar seu nome para Ângela. Mesmo após enfrentarem essa mudanças, o casal permanece junto, relata ter uma vida sexual ativa e não manifestam vontade de pôr fim ao vínculo conjugal. Diante desse relato, questiona-se: Seria válido o casamento após a cirurgia de mudança de sexo? Seria possível a alteração do registro civil de Ângela? Haveria alguma proibição ao exercício da autonomia desse casal? Existindo filho menor, como no caso em tela, a solução jurídica seria diferente? Busca-se responder a essas questões com fundamento nos princípios constitucionais e do Direito de Família e no instituto da autonomia privada, analisando-o sob o marco do Estado Democrático do Direito e tendo como pilar a dignidade da pessoa humana e o pluralismo.

Palavras-chave: Transexualidade, Biodireito, Família, Autonomia privada

Abstract/Resumen/Résumé

Based on the analysis of a real case, widely reported by the media in May 2015, in which the North American couple David (72 years), a retired lieutenant of the North American Air Force and Jonni (68 years) reported the story of your wedding, the present article analyzes some implications of transsexuality in family law. David and Jonni, have been married for 49 years and report its history before and after David's decision to undergo surgery to change sex and after changing its name to Angela. Even after facing such changes, the couple stays together, reports having an active sex life and do not manifest desire to put an end to the marriage bond. In view of this report, the question is: Would it be valid marriage after the sex change surgery? Is it possible to change the civil registration Angela? Was there any prohibition on the exercise of autonomy of this couple? Existing minor child, as in the case in question, a legal solution be any different? It seeks to answer these questions on the basis of

constitutional principles and the Family Law and the private autonomy institute, analyzing it under the framework of the democratic rule of law and with the pillar to human dignity and pluralism.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Transsexuality, Biolaw, Family, Private autonomy

INTRODUÇÃO

Há aproximadamente dois meses, na edição do dia 24 de junho de 2015, a Revista Marie Claire divulgou reportagem com o seguinte título: “Meu marido se transformou em uma mulher – e isso salvou nosso casamento”.

A reportagem narra a história de amor de David (72 anos), um tenente aposentado da força aérea norte americana e Jonni (68 anos), uma jovem, filha do comandante de David. Os dois se conheceram em 1965 e logo se apaixonaram. Casaram-se 6 meses depois e com cinco anos de casamento nasceu Audra, a filha do casal.

Em 1975, após retornar da guerra do Vietnã, David começou a apresentar mudanças em seu comportamento tornando-se uma pessoa fechada e pouco comunicativa, até que em 1984, quando se aposentou resolveu se abrir com a esposa. Segundo Jonni: “Uma noite, depois do jantar, em lágrimas, ele finalmente deixou escapar um segredo que carregava há anos. Desde os três anos, David se sentia diferente dos meninos da sua idade.”

A partir de então David confessou a mulher sua necessidade de se vestir com roupas de mulher. Nas palavras de David, “Eu acordava cedo, vestia minhas roupas femininas, lia o jornal, tomava café e escovava os dentes”, conta. “Depois, eu me trocava novamente, colocava minhas roupas masculinas e saia para dar aula. Assim que chegava em casa, trocava as minhas roupas pelas de mulher. Viver como um homem pela manhã era como atuar, não era algo natural para mim.”

Em 1985 David iniciou o tratamento hormonal para alterar seu corpo, tornando-o mais feminino e passou a adotar o nome Ângela. Em 2001 passou pela cirurgia para a alteração do sexo, transformando seu pênis em vagina e colocando seios. Hoje Ângela já retificou seu registro civil alterando o nome mas mantém o gênero masculino para evitar problemas jurídicos como a perda da pensão militar, já que a Força Aérea norte americana não paga pensão para cônjuge de transexual.

Apesar de todas as transformações pelas quais passaram, Ângela e Jonni relatam serem felizes e se amarem e afirmam nunca terem pensado em desfazer a família.

O caso narrado nos remete a várias questões que merecem ser analisadas sob o aspecto jurídico, com implicações diretas no Direito de Família. A história de Ângela e de Jonni nos faz questionar: Seria válido o casamento após a cirurgia de mudança de sexo? Seria possível a

alteração do registro civil de Ângela? Haveria alguma proibição ao exercício da autonomia desse casal? Existindo filho menor, como no caso em tela, a solução jurídica seria diferente?

Vieira, além dessas questões que serão discutidas no presente trabalho apresenta outras:

> O transexual deve informar ao seu futuro cônjuge a sua condição transexual? Deve o casamento ser contraído apenas entre pessoas com sexo genético diferentes? A operação de adequação de sexo realizada por um dos cônjuges é motivo para a dissolução do casamento? Pode o celibato ser imposto como condição para a realização da cirurgia? Podemos condicionar a realização de uma cirurgia apenas a pessoas solteiras, divorciadas ou viúvas? Em sendo casado, o consentimento do cônjuge faz-se necessário? Sendo a Igreja Católica contra o divórcio, qual seria o seu posicionamento quando da realização da cirurgia na constância do matrimonio? Deverá o médico informar o futuro cônjuge sobre a cirurgia transexual descoberta por ocasião do exame pré-nupcial? Pode o transexual adotar? Pode o transexual recorrer à reprodução assistida? Devemos nos inquietar pelo futuro dessa criança? O casamento daquele que faz a cirurgia deve ser anulado contra a vontade dos cônjuges? (2009, p. 1).

Algumas dessas questões serão enfrentadas no presente trabalho, partindo-se do marco do Estado Democrático de Direito, fundamentado na dignidade da pessoa humana. Inicialmente será conceituada a transexualidade e as atuais concepções sobre o assunto, tanto das ciências médicas quanto daqueles que não vêm na transexualidade uma patologia.

Após a conceituação será analisado o papel da autonomia privada no que diz respeito às questões existenciais, fundamentando-a em dois pilares: a dignidade da pessoa humana e o pluralismo da atual sociedade em que vivemos.

Ao final serão estudados alguns dos princípios do Direito de Família aplicáveis ao caso em tela.

Parte-se da hipótese de que, na atualidade o papel do direito é de valorização da autonomia privada e que é necessária uma menor intervenção estatal em questões autorreferentes, devendo ser respeitados os diversos projetos de vida.

1. TRANSEXUALIDADE

Antes de discutir as eventuais implicações da transexualidade no direito de família, necessário entendê-la. É necessário apresentar o conceito de transexualidade e discutir as diversas formas de se entender a experiência transexual, seja pela ótica das ciências *psi*[1], seja a partir da concepção dos estudos *queer*, que a apresenta fora dos marcos patologizantes da primeira para entendê-la como experiência identitária.

Transexual é a pessoa que apresenta conflitos relacionados às normas de gênero, por pleitear reconhecimento social e legal do gênero oposto ao informado pelo sexo biológico (BENTO, 2008, p. 144). Trata-se de pessoa marcada por profundo e irreversível conflito de identidade, caracterizado pela rejeição ao sexo biológico, podendo chegar a situações extremas de automutilação ou, até mesmo, suicídio.

Apesar de o termo dar a entender, não há no transexual qualquer problema relativo à sua sexualidade. O conflito apresentado pelo transexual diz respeito a sua identidade, pois há divergência entre seu corpo e a imagem que tem de si.

Importante destacar que alguns autores, como Bento (2008, p. 145), preferem falar em "experiência transexual", esclarecendo que "a transexualidade não é a pessoa" e que aquele que vive essa experiência tem ainda outras identidades, (esposa/marido, namorado/a, católico/a, médico/a etc.) que juntas formam a sua subjetividade.

Não há unanimidade quanto à sua origem/causa, a medicina, a psicologia, a psiquiatria e a psicanálise consideram-na patologia, existindo documentos que são usados mundialmente para o diagnóstico e para o tratamento. Em todos esses documentos, há tendência uniformizadora no tratamento da transexualidade. Todos os transexuais são considerados como tendo os mesmos sintomas e os mesmos desejos, além de se notar forte influência da matriz heterossexual como parâmetro de normalidade para o diagnóstico.

Veja-se como essa uniformização da transexualidade acontece nos principais documentos dedicados ao seu diagnóstico e tratamento, que refletem a visão da experiência como uma patologia.

O primeiro documento a ser a analisado será o SOC - *State of Care*, produzido pela Associação *Harry Benjamin Gender Dysphoria Association* –HBIGDA. Nele, a transexualidade é apresentada como doença e o transexual é considerado ser assexuado que busca na cirurgia de redesignação sexual corpo apto a lhe permitir desenvolver sexualidade adequada (heterossexual); por isso, segundo sua definição, todos os transexuais objetivam a cirurgia, não podendo ser considerados "transexuais de verdade" aqueles que a rejeitam.

[1] Por ciências *psi*, entendem-se a psicologia, a psiquiatria e a psicanálise.

Outro documento considerado referência no diagnóstico e tratamento dos transexuais é o Manual de Diagnóstico e Estatística de Distúrbios Mentais – DSM, da Associação Americana de Psicanálise – APA.

Nessa recente versão do manual, a APA substituiu o termo "transtorno de gênero", usado nas versões anteriores para "disforia de gênero", termo que ressalta o sofrimento decorrente da incongruência marcante entre o sexo de nascimento e a identidade de gênero. Tal modificação teve como objetivo evitar o estigma dos transexuais como portadores de transtorno mental. Apesar da importante modificação, não houve a despatologização da transexualidade que continua sendo considerada doença.

Outro documento que se refere à transexualidade é a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas relacionados com a Saúde (CID- 10), aprovada pela Conferência Internacional para a 10ª Revisão da Classificação Internacional de Doenças, da Organização Mundial de Saúde, realizada em 1989, na cidade de Genebra, entrando em vigor em 1993. Quanto a transexualidade é possível identificar:

> F64 Transtornos da identidade sexual
> F64.0 Transexualismo
> Trata-se de um desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto. Este desejo se acompanha em geral de um sentimento de mal estar ou de inadaptação por referência a seu próprio sexo anatômico e do desejo de submeter-se a uma intervenção cirúrgica ou a um tratamento hormonal a fim de tornar seu corpo tão conforme quanto possível ao sexo desejado. (Organização Mundial de Saúde .Disponível em: < http://www.psicologia.com.pt/instrumentos/dsm_cid/dsm.php>. Acesso em 01 de maio de 2010.)

Os documentos acima descritos, têm como pressuposto o fato de que a transexualidade, por se tratar de uma doença (exceto na nova versão do DSM, que menciona "disforia de gênero") tem os mesmos sintomas em todas as partes do mundo e em todos os portadores. Pode-se afirmar que o SOC, o DSM e o CID-10 são documentos que universalizam o transexual e que "a patologização caminha de mãos dadas com a universalização." (BENTO, 2008, p. 77).

No Brasil, além dos documentos acima citados, serve de referência aos profissionais da área da saúde, no diagnóstico e no tratamento da transexualidade, a Resolução n.º 1.955/2010, do Conselho Federal de Medicina, que dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo.

Seguindo a tendência dos documentos internacionais acima mencionados, a resolução do CFM, considera a transexualidade uma doença e aponta o desejo de realizar a cirurgia como um dos fatores que devem estar presentes para seu diagnóstico.

Apesar da grande aceitação dos documentos citados, atualmente, alguns pontos vem sendo questionados quanto aos critérios diagnósticos da transexualidade. O principal questionamento refere-se ao desejo manifestado por todos os transexuais em realizar a cirurgia de redesignação sexual e também quanto ao desejo sexual manifestado.

O "transexual oficial"[2] apresentado no SOC, no DSM e no CID-10 apresenta intenso desejo de se submeter a intervenção cirúrgica para adequar sua genitália e demais caracteres sexuais secundários ao do sexo reivindicado, sendo inconcebível a possibilidade de que sinta prazer sexual com seus órgãos genitais. Ainda segundo esses documentos, outro fator a justificar o desejo de realização da cirurgia é o anseio por "relações sexuais normais", ou seja, para que sejam capazes de se relacionar sexualmente com homens (no caso das transexuais femininas) e mulheres (no caso dos transexuais masculinos).[3]

Pode-se afirmar que, no atual estágio da literatura sobre transexualidade, constatou-se que existe pluralidade de indivíduos que vivem a experiência transexual e que vários deles têm perfil conflitante com o do "transexual oficial." Essa pluralidade pode ser vista no relato de Bento (2008), histórias de vida de pessoas transexuais que têm uma vida sexual ativa, que vivem com seus/suas companheiros/as antes da cirurgia, pessoas que fazem a cirurgia não para manterem relações heterossexuais, pois se consideram lésbicas e gays, desconstroem as respostas padronizadas dadas pelo poder/saber médico. Outras pessoas transexuais questionam a eficácia da cirurgia para suas vidas, defendem que o acesso e o exercício da masculinidade ou da feminilidade não serão garantidos pela existência de um pênis ou de uma vagina. Nesses casos, a principal reivindicação é o direito legal à identidade de gênero (BENTO, 2008, p. 49).

Distanciando-se das visões acima expostas e constantes dos documentos citados que constituem a visão do transexual oficial, existem aqueles que enxergam a transexualidade como experiência idenitária. Tal entendimento tem como fundamento a ideia de que não existe "um núcleo comum compartilhado por todos os que vivem a experiência transexual." (BENTO, 2008, p. 53).

Essa visão pode ser percebida nas palavras do médico psiquiatra do departamento de neuropsiquiatria do Hospital das Clínicas da Universidade de São Paulo – USP, Jorge (2009,

---

[2] Chamar-se-á de "transexual oficial" aquele descrito pelos documentos mundialmente reconhecidos como orientações válidas para o tratamento da transexualidade, que descrevem um transexual que tem sua subjetividade anulada por características que tendem a uniformizá-lo. Tais documentos são: DSM-IV (Manual de Diagnóstico e Estatísticas de Distúrbios Mentais da Associação Pisiquiátrica Americana), CID-10 (Código Internacional de Doenças da Organização Mundial de Saúde) e o SOC (State of Care- Normas de tratamento publicadas pela HBIGDA – Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association). Tal nomenclatura é utilizada por Berenice Bento em suas obras "O que é transexualidade" e "A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual."

[3] Mais uma vez nota-se a homossexualidade sendo tratada como uma patologia ou como uma "anormalidade".

p.100) “A sexualidade é, em si, polimorfa e, em particular no transexualismo, recai naquilo que insistimos anteriormente, é uma identidade sexual consciente e responsável.” Essa variedade de experiências e desejos fica clara no caso de David e Jonni, narrado na introdução do trabalho.

Essa concepção da transexualidade questiona o saber médico e das ciências *psi*, que cria transexual universal, portador de patologia, passando a analisar as especificidades de cada experiência e levando em conta as diferenças percebidas nos seus discursos.

Um dos principais pontos questionados a partir dessa visão é a questão da cirurgia de transgenitalização, tida como necessidade e vontade de todos os indivíduos transexuais, bem como a heteroxessualidade que marca, mesmo que de forma implícita, os discursos anteriores.

De acordo com o que se estipulou como transexual oficial, a rejeição ao órgão sexual e, portanto, a ausência de vida sexual, apresenta-se como condição para o diagnóstico, devendo o transexual ser assexuado. Esse perfil do transexual oficial pode ser questionado a partir de relatos de transexuais, desejosos ou não da realização da cirurgia, que relatam vida sexual ativa e se dizem satisfeitos. (BENTO, 2006, p.152).

Ainda segundo os posicionamentos acima, a motivação para a realização da cirurgia seria o exercício da sexualidade normal, ou seja, heterossexual. Tal fato também é questionado a partir do discurso de transexuais que se intitulam como lésbicas e gays.

A valorização das subjetividades dos transexuais e sua colocação fora do campo do patológico tiveram, nos estudos queer, forte fundamentação. O surgimento dos estudos queer, que tiveram como texto de referência a obra de BUTLER, “Problemas de Gênero: Feminismo e subversão da identidade”, publicada em 1990, possibilitaram posicionar a transexualidade fora dos marcos patologizantes apontados pela medicina e pela psicologia, uma vez que se dedicaram àqueles que, com suas performances, “provocavam fissuras nas normas de gênero.” (BENTO, 2006, p.78).

A partir da perspectiva proporcionada pelos estudos *queer*, é possível posicionar a transexualidade como experiência idenitária e não como patologia, valorizando cada uma das experiências vividas pelo indivíduo. Para Arán,

> Diante dos dispositivos da sexualidade tão bem definidos na modernidade por meio da naturalização de sistemas normativos de sexo-gênero, como também da naturalização do sujeito do desejo, a transexualidade será sempre excluída das possibilidades subjetivas consideradas normais e legítimas. É necessário, portanto, certo estremecimento destas fronteiras excessivamente rígidas e fixas — tais como as do simbólico e das estruturas de poder — para que a transexualidade possa habitar o mundo viável da sexuação e sair do espectro da abjeção, seja como transtorno de identidade de gênero, seja como psicose. Desse modo, estaremos mais livres para compreender as diversas formas de

> identificação e de subjetivação possíveis na transexualidade. (ÀRAN, 2006, p. 59).

Apresentadas algumas posições sobre o que é a transexualidade e demonstrada a diversidade de concepções, bem como a ausência de uma definição de causa, resta clara a necessidade da análise da experiência transexual sob a perspectiva da autonomia, permitindo que as diversas subjetividades sejam respeitadas. Para tanto necessário o respeito e a proteção a identidade sexual como uma das manifestações da identidade humana em suas distintas relações sociais, aí incluindo é claro, a primeira delas, a relação familiar.

2. AUTONOMIA PRIVADA NAS RELAÇOES AFETIVAS

O princípio da autonomia privada, princípio basilar do Direito Civil, vem passando já há algum tempo por uma releitura fundamentada no princípio da dignidade da pessoa humana. Isso em razão da centralidade dada à pessoa humana na Constituição Federal de 1988. Tal princípio também é aplicado de forma direta às relações familiares, fundamentadas que são no afeto.

Para que se possa ter uma compreensão adequada do princípio, necessária a análise de dois outros conceitos que funcionam como pilares da autonomia privada, sob a ótica do Estado Democrático de Direito: a dignidade da pessoa humana e o pluralismo jurídico

A palavra autonomia origina-se do grego *autós,* que significa próprio, a si mesmo e *nomos,* que significa norma, lei, ou seja, significa sob esse aspecto, auto-governo ou o direito de criar as suas próprias normas. Uma pessoa que age com autonomia e capaz de decidir as normas que regulamentam sua vida e alguém capaz de tomar as próprias decisões.

Para Meireles, “Autonomia privada significa regulamentação de interesses, patrimoniais e não patrimoniais.” (2009, p. 74) e ainda, “Trata-se de um princípio que confere juridicidade àquilo que for definido pelo titular para o regramento de seus interesses, por meio das vicissitudes jurídicas relacionadas às situações subjetivas respectivas.” (2009, p. 74).

É a autonomia privada que assegura ao particular o poder de criar, modificar ou extinguir situações jurídicas subjetivas, sendo uma manifestação da liberdade. Tal poder existe porque é reconhecido pelo ordenamento jurídico, e não porque deriva da vontade. A citada autora destaca ainda que por ser uma manifestação da liberdade, é a autonomia privada, forma de realização da dignidade humana nas situações existenciais. (2009, p. 74).

Para discutir o conceito de autonomia privada na atualidade necessário se faz um afastamento do conceito tradicional, formado nos séculos XVIII e XIX, baseado em uma liberdade individual plena e focado apenas em relações patrimonialistas.

Tendo em vista que a pessoa foi colocada em lugar de destaque no ordenamento jurídico, contemporaneamente, a ideia de autonomia, está relacionada com o livre desenvolvimento da personalidade (MEIRELES, 2009, p.1), estando reservado a cada um dos sujeitos, um espaço de individualidade, no qual possa, de forma autônoma, decidir sobre seu desenvolvimento pessoal.

De acordo com Teixeira, autonomia da vontade,

> caracteriza-se pelo poder da vontade atribuído ao indivíduo no marco político do Estado Liberal, que deixava a cargo dos indivíduos decidirem as próprias vidas no que tange à liberdade contratual, já que o maior valor social à época era o patrimônio, em razão da sociedade burguesa que dominava a cena. (2010, p. 87).

Já autonomia privada "é o poder que nós, particulares, temos, de regular juridicamente as nossas relações, dando-lhes conteúdo e eficácia juridicamente reconhecidos." (TEIXEIRA, 2010, p. 87).

O fundamento constitucional para os atos de autonomia privada nas situações jurídicas existenciais é a dignidade da pessoa humana, relacionando, diretamente, com a cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, prevista no art. 1º, III[4], da Constituição da República brasileira.

Apesar do grande valor dado constitucionalmente à dignidade, existe grande dificuldade em se definir o seu conceito. "Mas em que consiste a dignidade humana, expressão reconhecidamente vaga, fluida, indeterminada?" (MORAES, 2006, p. 6).

Etimologicamente, a palavra dignidade, tem origem no latim *dignus*, "aquele que merece estima e honra, aquele que é importante." (MORAES, 2006, p. 8). No campo filosófico e político, o cristianismo e as ideias de Immanuel Kant, influenciaram fortemente o conceito de dignidade.

Foi o cristianismo que pela primeira vez concebeu uma dignidade individual, inerente a cada indivíduo. Tal dignidade justificava-se no fato de ser o homem o centro da criação e ter

[4] "**Art. 1.** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) **III –** a dignidade da pessoa humana;"

sido salvo por Deus, que o dotou de liberdade de escolha. (MORAES, 2006, p. 8). Já Kant, em "*Fundamentação da metafísica dos costumes*" criou o seguinte imperativo categórico:

> têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, que dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio. (KANT, 2001, p. 68).

Com o imperativo categórico, Kant enunciou que as pessoas tem dignidade (*Würden)* e as coisas tem preço (*preis)* e que o ser humano jamais pode ser usado como instrumento, sendo um fim em si e jamais um meio de realização de interesses de terceiros. Dessa maneira, a dignidade representa um valor moral, de interesse de todos e que está sempre acima do preço, sendo um valor este a ser buscado por todos.

Sob o aspecto jurídico, o conceito de dignidade humana é influenciado pela filosofia e pela política. Para Moraes, o princípio da dignidade da pessoa humana seria um macroprincípio que abrangeria quatro subprincípios, o princípio da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade.

> São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica -, da liberdade e da solidariedade. De fato, quando se reconhece a existência de outros iguais, daí dimana o princípio da igualdade; se os iguais merecem idêntico respeito à sua integridade psicofísica, será preciso construir o princípio que protege tal integridade; sendo a pessoa essencialmente dotada de vontade livre, será preciso garantir, juridicamente, esta liberdade; enfim, fazendo ela, necessariamente, parte do grupo social, disso decorrerá o princípio da solidariedade social. (MORAES, 2006, p. 17).

No presente artigo, interessa a aplicação do princípio da liberdade como instrumento de realização da dignidade, ainda que a referida dignidade se manifeste através da autonomia de decidir sobre a melhor forma de constituir a própria família e viver a própria vida

Se existir integridade psíquica, capacidade de discernimento deverá existir também um espaço de autonomia a ser respeitado pelo Estado e pelos outros indivíduos.

Se efetivamente existir um espaço de autonomia individual, respeitado por todos, no qual a construção da dignidade caiba ao próprio indivíduo cada um será capaz de tomar suas decisões de acordo com aquilo que considera importante.

As decisões e as escolhas individuais, a construção da própria vida, será feita com base nos valores individuais e possibilitará a cada um o livre desenvolvimento da personalidade com

ampla proteção a dignidade. Tal concepção é valorizada em um Estado que tem no pluralismo um de seus pilares fundamentais. Ou seja,

> concretizar a dignidade é atribuir a cada pessoa a ampla liberdade para que ela construa a própria vida, realize suas necessidades, faça suas escolhas e "adone-se" da própria existência, dirigindo-a da forma como entender que lhe traga maior realização, pois as concepções de cada um devem ser considerados, uma vez que todos os valores são possíveis no Estado Democrático de Direito, que, como visto, tem o pluralismo como um dos pilares fundamentais. (TEIXEIRA, 2010, p. 84-85).

A autonomia como instrumento para a concretização da dignidade deve ser sempre uma autonomia com responsabilidade. Responsabilidade no sentido de ser capaz de responder pelos seus atos. Dignidade, autonomia e responsabilidade, são os pilares da construção da personalidade.

> É nessa trilogia que será possível uma efetiva possibilidade de cada pessoa construir, de forma livre, a própria personalidade, desenvolvê-la em todas as suas potencialidades, pois na base de toda e qualquer relação humana deve estar sempre presente o respeito à dignidade. (TEIXEIRA, 2010, p. 84-85).

Feitas tais considerações teóricas, pode-se dizer que é a autonomia privada existencial que asseguram a David e Jonni constituírem seu próprio modelo de família.

De tal modo, o respeito à dignidade humana exigira uma abstenção por meio do Estado e da sociedade de forma geral, que deveriam abrir mão de qualquer conduta positiva que implicasse em afronta a autonomia e a privacidade do casal.

Conforme se afirmou acima, a construção de uma conduta autônoma está intimamente relacionada ao livre e irrestrito desenvolvimento da personalidade, a partir do reconhecimento de um espaço de individualidade no qual seja possível decidir sobre suas questões existenciais.

Definidos os atuais contornos dados à autonomia privada, passa-se à análise de alguns princípios aplicáveis ao Direito de Família.

3. PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO DIREITO DE FAMÍLIA

Elege-se aqui alguns dos princípios aplicáveis ao Direito de Família que demostram de forma clara a atual valorização da autonomia privada, bem como a possibilidade de ampliação dos tradicionais modelos familiares e da compreensão do direito de família, adequando-os as mudanças sociais.

Para Almeida e Rodrigues Júnior,

> A família é considerada a célula, a base fundamental da sociedade. Sua existência é, por isso, secular. Talvez, ela possa ser considerada uma das formações mais antigas. Por outro lado – o que parece um contrassenso -, também é possível afirmar ser ela ainda plenamente atual. Transcorridas diferentes épocas, a família persistiu. **E, assim, exatamente por acompanhar o desenvolvimento social, a família vai se adequando a ele conforme necessário. Em cada momento histórico, novas necessidades, novos interesses e, consequentemente uma peculiar estruturação familiar.** (2012, p. 1). (Sem destaques no original)

Essa novas necessidades e novos interesses ficam claros na família de Jonni e Ângela, uma estruturação inimaginável há alguns anos, até mesmo pela inexistência de técnicas médicas para a mudança de sexo ou de permissão dos tribunais para a alteração do Registro Civil.

Nesse trabalho serão analisados os princípios da afetividade, do livre desenvolvimento da personalidade, da pluralidade das entidades familiares e da dinamicidade.

a. AFETIVIDADE

A partir do momento em que a família tradicional, fundamentada no casamento se demonstrou insuficiente para a satisfação dos diversos projetos de vida e individualidades, a afetividade ganhou importância passando a ser objeto de análise jurídica.

E com base nesse sentimento que as pessoas se relacionam e formam as mais diversas constituições familiares. Segundo Madaleno, “o afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana” (2008, p. 66).

É o afeto que fundamenta as relações familiares, e ganha importância jurídica na medida que é externado por aqueles que manifestando-o, assumem uma convivência estável e ostensiva. Assim, apesar de termos colocado no tópico que trata dos princípios aplicáveis ao direito de família, acredita-se que o afeto não tenha esse *status*.

Entende-se que o mesmo não tem característica imperativa, não podendo ser objeto de cobrança. Questiona-se: o afeto é um princípio jurídico? De acordo com Lana; Rodrigues Júnior

(2010, p. 266), “Princípios pertencem ao plano deôntico, cujo conceito principal é o de *dever*-ser, o que induz a uma avaliação de lícito e ilícito. Valores, por sua vez, pertencem ao âmbito da axiologia, cujo elementar conceito é o *bom* e suas respectivas avaliações atinem ao melhor ou pior.”.

Basta essa diferenciação para que seja possível concluir ser o afeto um valor e não um princípio jurídico como defendem alguns. O ideal, o desejável, é que exista afeto em todas as relações familiares, mas o fato de não haver não significa a caracterização de um ato ilícito. Segundo Almeida e Rodrigues Júnior,

> As avaliações do que seja bom, mau, melhor ou pior, além de poderem ser as mais variadas possíveis, não são as razões que justificam o que é devido. E isso, exatamente porque o dever-ser o é para todos e a todos vincula; o que é bom o é para alguns e, não sendo para outros, não admite entendê-lo como obrigatório. (2008, p. 266-267).

Pelo motivo acima exposto, é possível concluir não ser o afeto ou a afetividade um princípio jurídico, mas sim um valor. Pode-se afirmar ainda que a principal característica do afeto é a espontaneidade, não sendo possível falar em “dever” de afeto.

Apesar de não ser considerado princípio jurídico o afeto e fundamento das relações familiares. No caso em estudo, após 49 anos de casados, seria possível negar a existência desse valor na relação de Jonni e Ângela? Parece que nesse caso a única resposta possível é não.

b. LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE

Considerando que vivemos em um sociedade plural, na qual cada pessoa é livre e autônoma para escolher e decidir sobre sua vida e que existem várias concepções de vida boa, concluímos que as personalidades são diversas e que a melhor maneira de protegê-las e tutelando o livre desenvolvimento da personalidade.

É possível falarmos em uma cláusula geral de tutela da personalidade, prevista no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, que coloca a dignidade da pessoa humana com um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito. Essa cláusula dá prioridade à proteção da pessoa humana e possibilita a proteção da personalidade sempre que exista ofensa, estando a situação prevista ou não.

É esse o entendimento do Enunciado n.º 274, aprovado na IV Jornada de Direito Civil, que assim dispõe: “Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III da Constituição (princípio da dignidade da pessoa Humana).”

Ao afirmar que a personalidade deve ser protegida e que o código civil regula os direitos da personalidade de forma não exaustiva, é possível afirmar que a tutela desses direitos e dotada do atributo da elasticidade. Assim, a personalidade, deve ser defendida em todas as situações, previstas ou não. Para Tepedino,

> No caso da pessoa humana, elasticidade significa a abrangência da tutela, capaz de incidir a proteção do legislador e, em particular, o ditame constitucional de salvaguarda da dignidade humana a todas as situações, previstas ou não, em que a personalidade, entendida como valor máximo do ordenamento, seja o ponto de referência objetivo. (2001, p. 49).

Assim, prevista ou não a possibilidade de mudança de sexo e continuidade do casamento, se é essa a decisão do casal, deve o direito criar meios para proteger a personalidade.

Para Almeida e Rodrigues Júnior,

> Sendo regra a autonomia da pessoa na eleição de seus objetivos e suas respectivas ações, inadmitidas seriam quaisquer imposições de arquétipos prédeterminados para serem seguidos. Limitações externas, sobretudo de natureza estatal, apenas caberiam quando devidamente qualificadas, quando fundamentadas, mormente numa interpretação sistemática dos preceitos constitucionais fundamentais, levando-se em conta os interesses de outras pessoas, dotadas de igual liberdade. (2012, p. 40).

Mais do que proteção, ao tratar do livre desenvolvimento da personalidade, deve-se pensar em promoção de direitos. Nas questões existenciais, aí incluídas as de direito de família, não basta uma tutela que garanta a reparação toda vez que houver uma lesão. É preciso mais que isso. É necessária uma tutela promocional, ou seja, que atue na promoção do livre desenvolvimento da personalidade.

No caso em estudo haveria motivos para esse intervenção estatal ou a decisão de continuar ou não a relação afetiva (no caso o casamento) caberia apenas a eles? Existe interesse

de terceiros envolvidos? No caso, parece-nos que a única pessoa que tem seus interesses atingidos com a decisão do pai é Audra e analisaremos ao final a possível solução para essa questão.

É possível concluir, diante da necessidade de proteção e promoção da personalidade que inevitável também o reconhecimento da pessoa como titular de liberdade. Passa-se assim, à análise do próximo princípio.

c. PLURALIDADE DAS ENTIDADES FAMILIARES

A Constituição Federal, em seu artigo 226, reconhece não apenas as famílias originadas no matrimônio mas outras fundamentadas em relações afetivas, como a união estável e a família monoparental.

Os modelos de família previstos constitucionalmente não se apresentam de forma exaustiva, sendo possível o reconhecimento de outros diverso arranjos familiares. Segundo Farias e Rosenvald, "é necessário compreendê-la como sistema democrático, como um espaço aberto ao diálogo entre seus membros, onde é almejada a felicidade e a realização plena." (2010, p. 42).

Para Almeida e Rodrigues Júnior,

> O que o sistema jurídico – instaurado pela Carta Magna de 1988 – quer proteger, enquanto família, é a comunhão afetiva que promove a formação pessoal de seus componentes, seja sob qual forma for que esta se apresente, tenha que origem for. Não é da expressão normativa que vem a razão para a tutela. O fundamento e o próprio conceito de família. (2012, p. 44)

A proteção a família só se justifica na medida em que se protege a pessoa, apenas para se proteger o livre desenvolvimento da personalidade, em relações familiares fundamentas no afeto e que existe a proteção à pessoa. Segundo os mesmos autores, "É a família servindo como instrumento para o desenvolvimento da personalidade humana e para realização plena de seus membros." (2010, p. 42).

d. DINAMICIDADE

Por ser um fato social e não jurídico, a família se constitui de diversas formas, em diversos contextos históricos e culturais. Prova disso são as uniões homoafetivas, poliafetivas e a citada no início desse trabalho. Sendo assim, em um Estado Democrático de Direito, inadequada seria a imposição restrição à liberdade individual e a imposição de valores.

Para Fiuza e Poli,

> O conceito fechado de família é forma de controle nucleativo da sociedade, razão pela qual defendemos que o Estado Democrático de Direito deva reconhecer a família como fato social, organismo aberto, mutante e maleável, cujos delineamentos se constroem constantemente no decorrer do tempo, da história e da transformação dos costumes. (2011, p. 2.481)

Sendo um fato social, cabe ao estado apenas o reconhecimento da família e não sua delimitação. Um ordenamento jurídico que se fundamenta na dignidade da pessoa humana e no pluralismo jurídico não pode se abster de reconhecer os diversos modelos, muito menos pode ter a pretensão de impô-los.

NOTAS CONCLUSIVAS

A partir das ideias apresentadas no presente artigo e entendendo que as questões jurídicas devem ser solucionadas a partir da aplicação de princípios, quando não há uma regulamentação específica, busca-se responder às questões apresentadas na introdução. Quais sejam: (1) Seria válido o casamento após a cirurgia de mudança de sexo? (2) Seria possível a alteração do registro civil de Ângela? (3) Haveria alguma proibição ao exercício da autonomia desse casal? (4) Existindo filho menor, como no caso em tela, a solução jurídica seria diferente?

No que diz respeito à primeira pergunta, apesar de ser comum a manifestação da transexualidade antes do casamento, existem vários relatos de pessoas casadas e com filhos que resolvem assumir sua condição de transexual. Um desses relatos é o narrado na introdução do

presente trabalho, o que nos leva a questionar sobre a validade do casamento após a realização da cirurgia para mudança de sexo realizada por David.

As opiniões são divergentes no que diz respeito a resposta a essa pergunta. Considerando que a cirurgia de transgenitalização, por si só, não altera o sexo de ninguém, já que a definição de sexo, a nosso ver deve levar em conta diversos fatores - de ordem psíquica, biológica e social - mas apenas modifica a genitália externa da pessoa. E considerando ainda, a necessidade de se realizar a cirurgia, seja como uma solução terapêutica, para aqueles que consideram a transexualidade uma patologia, seja como exercício do direito ao próprio corpo para aqueles que a colocam fora dos marcos patologizantes, discorda-se daqueles que defendem a possibilidade de anulação do casamento com fundamento na identidade de sexo.

A questão da diversidade de sexos como exigência do casamento já vem sendo dispensada no Brasil após o reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal da união estável entre pessoas do mesmo sexo, havendo inclusive decisões que, com base nos princípios da igualdade e da liberdade vêm autorizando a conversão da união estável homoafetiva em casamento. Entende-se que em uma interpretação pautada na principiologia constitucional, e na atual e adequada leitura que se faz do princípio da autonomia privada, o casamento entre pessoas do mesmo sexo é válido.

Nas palavras de Poli e Fiuza,

> A possibilidade de realização de casamento entre homossexuais pode ser sustentada pelos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da intimidade, do livre desenvolvimento da personalidade e da não-discriminação, dentre outros. Interessante notar que, no caso dos transexuais, defende-se que após a retificação do registro civil não se pode recusar a celebração do casamento, sob pena de atentado à liberdade sexual e à plena capacidade do individuo.
>
> Os tribunais, em diversos julgados, têm aplicado analogicamente às uniões homoafetivas normas referentes à união estável. Ora, se atribuídos efeitos de união familiar à união homoafetiva, não cabe ao intérprete limitar sua forma de constituição em razão do sexo dos envolvidos. (2013, p. 121).

Há também quem sustente que, na situação narrada, a dissolução do casamento se impõe, opinião com a qual também não concordamos. Entende-se, mais uma vez com base na principiologia apresentada, que a dissolução do casamento deve partir da vontade do cônjuge,

não podendo ser imposta, sob pena de ofensa ao livre desenvolvimento da personalidade e consequentemente à dignidade.

No presente caso, a solução para o fim do casamento, caso essa fosse a vontade de Jonni e da Ângela, seria o divórcio. Mas apesar das opiniões em contrário e da estranheza que a situação possa causar, as duas decidiram, com base no afeto mútuo, permanecer casadas. Para Teresa Vieira Rodrigues, "a nosso ver ninguém pode impedir os esposos de prosseguir sua vida em comum. Os cônjuges é que devem optar ou não pela dissolução do casamento." (2009, p. 134).

Quanto à segunda pergunta: seria possível a alteração do Registro Civil de Ângela? Entendemos que a resposta também é afirmativa. No caso, Ângela retificou seu registro apenas no tocante ao nome por questões de recebimento de pensão, porém, a nosso ver e pelos mesmos fundamentos utilizados na resposta a primeira pergunta entendemos que ela teria direito à retificação no que diz respeito ao nome e também ao gênero.

Após responder as duas questões, quanto a terceira pergunta (Haveria alguma proibição ao exercício da autonomia desse casal?) parece não haver outra resposta a não ser "não". Até para ser condizente com a fundamentação apresentada não podemos concordar com qualquer limitação que infrinja os direitos à liberdade, à igualdade e intimidade desse casal.

Já a resposta à quarta e última pergunta parece ser um pouco mais complexa. A questão é: Existindo filho menor, como no caso em tela, a solução jurídica seria diferente? Ou seja, o fato de Jonni e Ângela possuírem uma filha, Audra, implicaria em resposta diferente das apresentadas? Aqui mais uma vez entendemos que não.

Se o fundamento apresentado por alguns para proibir a realização da cirurgia de transgenitalização e a retificação do Registro Civil está em possíveis danos causados ao filho de transexual, mais uma vez discordamos. Alegar que ao se submeter a intervenção cirúrgica ou ter o registro civil alterado o transexual estaria atingindo a esfera moral do filho e causando-lhe dano, parece ser um argumento preconceituoso e hipócrita. Ora, quando uma pessoa transexual chega ao ponto de buscar uma cirurgia e o poder judiciário para adequar seus documentos, seu comportamento e sua apresentação social já são, há muito, como uma pessoa que pertence ao sexo oposto. Não será, nesse caso, a cirurgia e a retificação, capaz de causar qualquer dano ao filho.

Todas as obrigações do transexual com relação ao filho permanecerão a mesma, não sendo alterada a relação pai/filho ou mãe/filho. Nas palavras de Vieira,

> Quando está em jogo o interesse de menores, o julgador deve ter em vista sempre os interesses destes. O fato de ser o pai transexual não significa que este possua uma vida dissoluta e depravada. Ele pode conduzir uma vida respeitável, comportando-se de forma comedida e discreta, não causando qualquer dano moral ou material à criação e à educação dos filhos. (2009, p. 137).

Assim, o fato de Ângela ter uma filha não a impediria de se submeter a cirurgia nem seria óbice à retificação do seu registro civil. Agora, com relação ao registro do filho, entendemos não ser possível qualquer alteração. De acordo com Luz,

> Portanto, a despeito da alteração do registro civil do transexual, os direitos de seus filhos não sofrerão qualquer alteração para que justamente não sejam os mesmo expostos a situações constrangedoras e vexatórias, em virtude de escolha realizada pelo seu pai ou mãe, não constando em documentação daqueles qualquer ressalva acerca de ser o pai ou a mãe transexual. (p. 14).

Assim, conclui-se que mesmo na ausência de norma específica, as questões apresentadas são passíveis de resposta, não sendo possível ao Direito negar existência as diversas constituições familiares.

Segundo Fiuza e Poli,

> Cabe-nos questionar: deve os Estado Democrático de Direito sufocar o fato social? Se o Estado Democrático de Direito é inclusivo, diante de uma entidade familiar atípica é-lhe defeso adotar uma atitude exlcludente. Ao revés, sua atitude deve revelar inclusiva, a fim de acolher a entidade familiar atípica e dar-lhe juridicidade, em vez de negar existência jurídica. (2011, p. 2.482).

E ainda,

> No contexto do Estado Democrático de Direito, devemos procurar solucionar os impasses através da aplicação do maior número possível de princípios. Só assim, uma sociedade pluralista terá sua identidade (também pluralista) preservada. A convergência dos princípios constitucionais apontados no

> presente trabalho, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da dinamicidade da família, conduz a um só caminho: o reconhecimento das entidades familiares atípicas, como núcleo promocional da dignidade de seus membros. (2011, p. 2.483).

A interpretação do ordenamento jurídico em seu conjunto é suficiente para trazer resposta as perguntas apresentadas, principalmente no que diz respeito à aplicação dos princípios.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de; JÚNIOR, Walsir Edson Rodrigues. **Direito Civil:** Famílias. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ARAN, Márcia. A transexualidade e a gramática normativa do sistema sexo-gênero. Ágora (Rio J.), Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, jun. 2006. Disponível em **<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S151649820060001000004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 22 nov. 2009.**

BENTO, Bento. **O que é transexualidade**. São Paulo: Brasiliense, 2008.

BENTO, Berenice. **A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual**. Rio de Janeiro, Garamond, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 11 de fevereiro de 2014.

CASTEL, Pierre-Henri. Algumas reflexões para estabelecer a cronologia do "fenômeno transexual" (1910-1995). In: **Revista Brasileira de História**. n. 11, p. 77-111, 2001.

CHOERI, Raul Cleber da Silva. **O Conceito de Identidade e a Redesignação Sexual**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Transexualidade e o direito de casar.** Disponível em: < http://www.mariaberenice.com.br/uploads/1_-_transexualidade_e_o_direito_de_casar.pdf>. Acesso em 14 de maio de 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FIUZA, César; POLI, Luciana Costa. **A ADPF 132 e a ADI 4277 e a ampla possibilidade de adoção por casais homossexuais.** Disponível em:

<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=10a5ab2db37feedf>. Acesso em: 14 mar 2015.

FIUZA, César. **A autonomia privada no estado democrático de direito e a (im) possibilidade de casamento entre homossexuais: novos direitos?** In: Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n.º 106, p. 95-131, jan./jun. 2013. Disponível em: <http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/viewFile/P.0034-7191.2013v106p95/211>. Acesso em: 14 mar 2015.

FIUZA, César; MARTINS, Thiago Penido. **A eficácia do direito fundamental à igualdade nas relações familiares: uma análise crítica da decisão proferida no julgamento do Recurso Especial n.º 1.159.242-SP.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0e9d935f7e3f2b50>. Acesso em: 14 mar 2015.

FIUZA, César; POLI, Luciana Costa. **Família em evolução: apontamentos sobre a formação da família à luz do princípio da dinamicidade.** Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/XXencontro/Int-egra.pdf>. Acesso em: 14 mar 2015.

JORGE, F. T. Avaliação Neuropsiquiátrica em Transexualidade. Separata de: VIEIRA, T. R.; PAIVA, L. A. S. (Orgs.). Identidade Sexual e Transexualidade. São Paulo: Roca, 2009. P. 126-138.

LUZ, Jamile Pereira. **Implicações jurídicas do reconhecimento do direito à identidade sexual: uma análise da transexualidade.** In: Revista Eletrônica Mensal UNIFACS. n.º 181, 2015. Disponível em: < http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/index>. Acesso em 15 de maio de 2015.

MACHADO, Renata Durão. **Matrimônio transexual: a necessária flexibilização das normas que regulamentam o instituto do casamento no direito de família.** Disponível em:< http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130422212411.pdf>. Acesso em 20 de maio de 2015.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família.** Rio de Janeiro: Forense, 2008.
MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos À Pessoa Humana:** uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de**. O Princípio da Dignidade Humana.** In: BODIN DE MORAES, Maria Celina. (Org.). Princípios do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1- 60.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia Privada e Dignidade Humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

OLIVEIRA, Alexandre Miceli Alcântara de. **Direito de autodeterminação sexual: dignidade, liberdade, felicidade e tolerância**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

PAIVA, L. A. S. (Orgs.). **Identidade Sexual e Transexualidade**. São Paulo: Roca, 2009. P. 126-138.

PENNA, Iana Soares de Oliveira. **Dignidade da pessoa humana e direito à identidade na redesignação sexual.** 2010. 119 f. Dissertação (Mestrado) – o Programa de Pós-graduação em Direito do Departamento de Direito da PUC-Rio.– Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em **<http://www.lambda.maxwell.ele.pucrio.br/Busca_estatisticas.php?strSecao=resultado_todos_anos&nrSeq=18434@1>.**

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional.** Trad. Maria Cristina de Cicco. 2 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RAMOS, Miguel Antônio Silveira. **Anotações sobre a validade do casamento do transexual (e do interxexual) após a redesignação de sexo.** Disponível em:< http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1035>. Acesso em 14 de maio de 2015.

REVISTA MARIE CLAIRE, **"Meu marido se transformou em uma mulher – e isso salvou nosso casamento", diz americana.** 24/06/2015. Disponível em: < http://revistamarieclaire.globo.com/Comportamento/noticia/2015/06/meu-marido-se-transformou-em-uma-mulher-e-isso-salvou-nosso-casamento-diz-americana.html>. Acesso em 01 jun. 2015.

RODOTÁ, Stefano. **La vita e le regole**: tra diritto e non diritto. Millano: Feltrinelli, 2006.

_____. **Palestra proferida no Rio de Janeiro**, em 11 de março de 2003, disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/pgm/publicacoes/UerjpalestraStefanoRodota.pdf>.

_____. **Transformações no corpo**. In: RTCD Revista Trimestral de Direito Civil. n. 19, jul-set. 2004, p. 91-107.

SUTTER, Matilde Josefina. **Determinação e mudança de sexo – aspectos médico-legais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civilconstitucional**. In: Temas de Direito Civil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 23-54.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Saúde, corpo e autonomia privada.** Rio de Janeiro: Renovar**,** 2010.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética, transexual e modelo de família.** In: Anais do Encontro de Bioética do Paraná, 2009. Disponível em: < http://www.pucpr.br/congressobioetica2009/ 130 >. Acesso em 20 de maio de 2015.