

ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE A INTERFACE DA DIVERSIDADE SEXUAL E OS RELACIONAMENTOS AFETIVOS COM O DIREITO*

Tereza Rodrigues Vieira¹

SOME REFLECTIONS ABOUT THE INTERFACE OF SEXUAL DIVERSITY AND AFFECTIONATE RELATIONSHIPS WITH LAW

Resumo: Este artigo reflete acerca da relação da diversidade sexual e dos relacionamentos afetivos com o Direito. A existência humana não pode prescindir da sexualidade, a qual pode ser expressada de diversas formas, desempenhando um importante papel no desenvolvimento da personalidade. Assim, não pode o direito desconsiderar a diversidade sexual, principalmente homossexuais e transexuais. Uma das funções do Direito é regular a vida do homem em sociedade, para que haja um convívio harmônico entre as pessoas e o meio ambiente. Apesar da Constituição Federal de 1988 proibir qualquer forma de discriminação, não prevê expressamente a discriminação por orientação sexual. Tal previsão contribuiria para o exercício da cidadania, garantindo a livre expressão da sexualidade. Cumpre ao Direito, com a colaboração da sociedade, elaborar leis que garantam o livre exercício da diversidade sexual, possibilitando também a demonstração do afeto em público.

Palavras-chave: Casamento; homossexualidade; transexualidade; diversidade sexual.

Abstract: This article discusses issues concerning the links among sexual diversity, affectionate relationships, and Law. Human existence cannot do

* Artigo apresentado em sessão de mesa redonda na 2ª Jornada CEPCoS de Sexualidade, 2006.

¹ Mestre e doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/Université de Paris. Especialista em Bioética pela Faculdade de Medicina da USP, Especialista em Sexualidade Humana pela SBRASH, Especialista em Interesses Difusos e Coletivos pela Escola Paulista do Ministério Público. Professora/Pesquisadora na área de Bioética no Mestrado em Direito Processual e Cidadania na UNIPAR e, Professora do Curso de Especialização em Bioética e Pastoral da Saúde no Centro Universitário São Camilo, São Paulo. Advogada. e-mail: terezavieira@uol.com.br

without sexuality, which can be expressed in diverse forms, which play an important role in the development of the personality. Therefore, Law cannot disregard sexual diversity, mainly that of homosexuals and transsexuals. One of Law's purposes is to regulate human life within society, so that there will be a harmonic coexistence between the people and the environment. Although the 1998 Federal Constitution forbids any form of discrimination, it does not refer specifically the discrimination for sexual orientation. By guarantying the free expression of sexuality, such explicit reference would contribute to the exercise of citizenship. It is Law's duty, with the contribution of society, to elaborate laws that both guarantee the free exercise of sexual diversity, and allow and make possible the demonstration of affection in public.

Keywords: Marriage; homosexual; transsexual; sexual diversity.

1. Nota Introdutória

O presente artigo se propõe a efetuar algumas reflexões acerca da relação da diversidade sexual, relacionamentos afetivos com o direito. Sabemos que a existência humana não pode prescindir da sexualidade. Esta, evidentemente, não se restringe aos impulsos genitais, visto que abrange toda a pessoa, podendo ser expressada de diversas formas, desempenhando um importante papel no desenvolvimento da personalidade humana.

A sexualidade vai além da fisiologia, sendo também um fenômeno psíquico. É também um desejo, não apenas uma necessidade. Em assim sendo, não pode o direito desconsiderar esta realidade, fechando os olhos para a diversidade sexual. Tal denominação é aqui utilizada para designar as minorias sexuais, principalmente homossexuais, *transexuais* e *bissexuais*.

Por vezes, por ignorância ou preconceito, estas minorias são tratadas como portadoras de patologia somática ou psíquica. Isto ocorre por ausência de educação sexual, por parte dos agentes da formação sexual, quais sejam, os pais ou responsáveis legais, visto que são os primeiros a terem contato com as crianças com a obrigação de educarem-nas. A família é quem deve se incumbir de transmitir os valores essenciais acerca da vida sexual. A escola funciona como uma aliada nesta missão, colaborando e integrando no desenvolvimento sexual e afetivo.

Além da família e da escola, a sociedade também apresenta um papel importante na educação sexual de todos. Sucede que, uma das funções do direito é justa-

mente regular a vida do homem em sociedade. Para quê? Para que haja um convívio harmônico entre as pessoas e o meio ambiente. Indagamos: Pode o direito interferir no desejo das pessoas? Podemos padronizar o desejo? Pode o direito contribuir para a realização dos desejos?

Parece-nos satisfatório o conceito de desejo considerado como uma expectativa consciente ou inconsciente de possuir (um objeto) ou alcançar determinada situação que supra uma aspiração do corpo ou do espírito (HOUAISS, 2004)

Apesar da Constituição Federal de 1988 proibir qualquer forma de discriminação, nada prevê expressamente acerca da homossexualidade e a transexualidade. A inserção explícita da discriminação por orientação sexual contribuiria de forma mais clara para o exercício da cidadania, garantindo a livre expressão da sexualidade.

Cumpra ao Direito com a colaboração da sociedade elaborar leis que garantam mais energicamente o direito ao livre exercício da diversidade sexual, possibilitando inclusive a demonstração do afeto em público.

2. União Homoafetiva

125

O casamento legalmente reconhecido só existe entre homem e mulher, o que não significa que as leis concernentes ao assunto não possam ser alteradas, abrigando as uniões homoafetivas, como já fizeram diversos países. É questão de tempo.

Paulatinamente, alguns direitos já estão sendo reconhecidos pela jurisprudência, visto que a lealdade, o amor, a solidariedade e o desejo de formar uma família estão presentes também entre os homoconviventes. Algumas destas uniões estão recebendo o mesmo tratamento que as heterossexuais. Vejamos:

Relações homossexuais. Competência da vara de família para julgamento de separação em sociedade de fato. A competência para julgamento de separação de sociedade de fato de casais formados por pessoas do mesmo sexo, e das varas de família, conforme precedentes desta Câmara, por não ser possível qualquer discriminação por se tratar de união entre homossexuais, pois é certo que a constituição federal, consagrando princípios democráticos de direito, proíbe discriminação de qualquer espécie, principalmente quanto a opção sexual, sendo incabível, assim, quanto a sociedade de fato homossexual. Conflito de competência acolhido².

² Conflito de competência nº 70000992156, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Des. José Ataídes Siqueira Trindade, julgado em 29/06/2000.

Em 05 de abril de 2006, quanto à adoção por duas moças que viviam uma relação homoafetiva, decidiu a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pelo não provimento da Apelação do Ministério Público:

APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes.³

No dia 4 de julho de 2006, ao avaliar o pedido de pagamento de pensão do companheiro homossexual pela morte de um servidor público, a juíza mineira Mariângela Meyer Pires Faleiro, da 7ª Vara Estadual de Belo Horizonte, entendeu que:

A mudança introduzida na legislação estadual no ano de 2000, ao abranger o rol de beneficiários no art. 7º, I, da Lei 9.380/86, não cuidou de discriminação quanto à opção sexual, posto que ao se referir à entidade familiar, não quis dizer apenas a entidade familiar tradicional.(...)

O direito deve se prestar a servir o ser humano como um todo, qualquer que seja a sua cor, raça ou sexo, respeitando a sua liberdade, independentemente de sua opção sexual, acomodando-o em seu seio, garantindo-lhe o direito de não ser discriminado e de ter sua própria identidade, com o respeito que ele merece. O Poder Judiciário tem que ser independente e ter a coragem de inovar, de enfrentar os tabus e de reconhecer a realidade dos fatos que estão batendo à sua porta, adequando a eles a legislação existente.

Igualmente sopesou o disposto no art. 201, da Constituição Federal, cotejando-o ao arts. 215 e 217 da Lei nº 8.112/90, os quais reputam sobre os beneficiários de pensões:

Tem-se que os artigos mencionados não tratam clara e expressamente da possibilidade de que os companheiros sejam de sexos diferentes, mas também

³ A decisão, publicada no Diário Oficial do dia 04 de julho de 2006.

não vedam que tenham o mesmo. Assim, entendo a Lei 9.380/86, que dispõe em seu art. 4º, I: a esposa e o marido, a companheira e o companheiro mantidos há mais de cinco anos, os filhos de qualquer condição menores de 21 anos ou inválidos, deve ser interpretada dentro desse sistema de princípios e regras e, assim, ser entendida de forma a abranger os beneficiários, sem discriminação quanto à opção sexual dos mesmos.

Ademais, se a própria União Federal já reconheceu o direito do autor, porque o Estado não o faz?³

Todavia, pairam discussões nas mais diversas áreas acerca da impossibilidade da união homoafetiva. Invocam os mais religiosos o Novo Testamento, segundo São Mateus (19:5), que expressa: “portanto, deixará o homem pai e mãe e se unirá a sua mulher e serão dois numa só carne”.

O Código Civil brasileiro não menciona expressamente a diversidade de sexo como um requisito para a validade do casamento, contudo abstrai-se do sistema normativo este entendimento.

Para evitar polêmica, preferem algumas legislações declaração expressa da diversidade de sexo como requisito essencial para a existência do matrimônio. É o caso, por exemplo de Portugal e da Colômbia. Prescreve o Código Civil português em seu art. 1.577 que “Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código”.

Reafirmando o acima disposto, o art. 1.628, em sua alínea “e”, do diploma legal retrocitado, declara: “É juridicamente inexistente: e) O casamento do mesmo sexo”.

Por sua vez, o art. 113 do título IV do Código Civil colombiano prescreve: “El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliar mutuamente”.

A maioria dos doutrinadores entende que inexistência do casamento entre pessoas do mesmo sexo está subtendida no conceito do instituto. Senão, vejamos a opinião de Domenico Barbero: “Nosotros creemos que el matrimonio no existe: a) si falta la diversidad de sexo: lo cual va implícito en el concepto del instituto, aunque la lei no hable de ello.”

Alex Weill e François Terré (1983, p. 176), ressaltam como primeira condição natural de aptidão para o casamento, a diferença de sexo. Explicando que a lei não a enuncia porque não há necessidade. Por parecer evidente, declara

Bénabent (1984, p.53), apenas implicitamente o art. 144 do Cód. Civil francês faz alusão à diferença de sexo.

Raymond e Billard (1986, p. 341) apregoam que a diferença de sexo é uma condição implícita no Código Civil francês, que a menciona em diversas ocasiões (em particular no art. 75 do Código Civil). A ocorrência da identidade de sexo engrossa o elenco de impedimentos de ordem pública, provocando a nulidade do casamento, segundo esses autores. Em seguida, mencionam que a existência do casamento está subordinada à dupla condição de que o sexo de cada um dos esposos seja reconhecível e que ele seja diferente do outro cônjuge. Em princípio, a prova se faz através do Registro Civil .

Para o lusitano Eduardo Santos (1985, pp. 149 e 169), de outra maneira não poderia ser, visto que “os fins do casamento são impossíveis de alcançar entre pessoas do mesmo sexo”. Por fim enfatiza que “estamos fartos de saber que não pode haver casamento senão entre pessoas de sexo diferente. Seria juridicamente inexistente o ‘casamento’ (g.a.) celebrado entre pessoas do mesmo sexo. (Art 1.628, ‘e’)”.

As definições de casamento pelos doutrinadores são as mais diversas, no entanto, quase todas mencionam expressamente a diversidade de sexo. Vejamos:

É um contrato solene, pelo qual duas pessoas de sexo diferente e capazes, conforme a lei, se unem com intuito de conviver toda a existência, legalizando, por ele, a título de indissolubilidade do vínculo, as suas relações sexuais, estabelecendo para seus bens, à sua escolha ou por imposição legal, um dos regimes regulados pelo Código e comprometendo-se a criar e educar a prole que de ambos nascer.

É a união de um homem com uma mulher, realizada segundo as prescrições da lei.

É a união perpétua e legítima de duas pessoas de sexo diferente consagrada por um contrato civil solene.

São as definições de Pontes de Miranda, Cunha Gonçalves e Tito Fulgêncio, respectivamente (Apud RT 572/194).

E, ainda nesse sentido escreve Rubens Limongi França (1988, p. 277): “não é preciso dizer, pois, inexistente, quer física, quer juridicamente, admissibilidade de matrimônio de pessoas do mesmo sexo” .

Carvalho Santos (1956, p. 1 53) exemplifica alguns casos no Código Civil brasileiro, dos quais se depreende das entrelinhas a diversidade de sexo

como condição essencial para a existência do casamento: “...quando dispõe não só que o homem não pode casar antes dos dezoito anos e a mulher antes dos dezesseis, senão também quando fala em marido e mulher em diversas passagens do capítulo referente ao casamento”.

A primeira Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, decidiu em 16 de novembro de 1992 pela inexistência: “É ato inexistente o casamento de duas pessoas do sexo feminino”.(RT 572/189)

Chamado a se pronunciar acerca do assunto, o Desembargador Valle da Fonseca declarou que em se “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 casamento.” (RT 572/189)

É de se lembrar neste ponto que, a Constituição Federal do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, reconhece expressamente, para efeito de proteção do Estado, a “união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” (art. 226, § 3º).

129

Antonio Chaves (1974, p. 111) prescreve a diferença de sexo como uma das condições de aptidão natural para o casamento. Baseando-se em Jorge A. Frias e Carlos Sampaio, afirma que tal diferença se impõe por si mesma, a tal ponto que a lei não a menciona. Em assim sendo:

Cumpra evidentemente suprir a esse silêncio, e decidir que um casamento concluído entre pessoas do mesmo sexo é radicalmente nulo. A solução estende-se ao caso em que um dos esposos não tivesse, fisiologicamente falando, nenhum sexo determinado. A ausência total de sexo equivale à identidade de sexo, do ponto de vista da nulidade do casamento.

Para evitar dúvidas, o Código Civil português expressa em seu art. 1.630, que:

1. O casamento juridicamente inexistente não produz qualquer efeito jurídico e nem sequer é havido como putativo.
2. A inexistência pode ser invocada por qualquer pessoa, a todo o tempo, independentemente de declaração judicial.

O mesmo entendimento não é aplicável ao casamento nulo ou anulável. Defendemos a sua decretação judicial para que dúvidas não subsistam, protegendo principalmente terceiros.

Ainda que não se refiram exatamente ao casamento inexistente, cremos serem oportunas as afirmações da professora Teresa Arruda Alvim Pinto (1987, p. 192) quando esta, com segurança e firmeza, afirma:

Por certo, no tema em tela, enquanto não for declarado um ato inexistente, pela autoridade competente – que haverá de ser membro do Poder Judiciário – que esse ato inexistente pode ter aparência de um ato suscetível de ser tido como válido e, portanto, ao qual se empreste a aptidão para provocar validamente efeitos, existe interesse jurídico em suprimi-lo.

Destarte, sustentamos que o casamento realizado por exemplo entre dois homens ou entre um homem e um transexual que não se considere pertencente ao sexo masculino e que ainda não tenha obtido o reconhecimento judicial da sua condição feminina, como casamento legalmente inexistente.

O casamento legalmente reconhecido só existe entre homem e mulher, o que não significa que as leis concernentes ao assunto não possam ser alteradas, abrigoando a união de pessoas do mesmo sexo. É o que já ocorre em muitos países.

Desde 1986 a Dinamarca reconhece alguns direitos patrimoniais entre casais homossexuais. A união civil foi legalizada em 1989.

A Noruega acompanhou a Dinamarca em 1992.

Nos Estados Unidos existem dezenas de cidades, dentre elas São Francisco (1991) e Nova Iorque (1993), que reconhecem aos casais homossexuais alguns direitos relativos ao patrimônio, seguro saúde, etc.

O parlamento sueco, desde 1º de janeiro de 1995, reconhece a “partenariat”, que oficializa os laços entre pessoas do mesmo sexo.

Desde setembro de 1995, diversos municípios franceses já entregaram alguns “certificats de vie commune” a casais homossexuais. Seu valor é muito mais simbólico que jurídico, todavia, permitem aumentar o debate pelo reconhecimento da aliança homossexual.

No Brasil, por sua vez, desde 1995, já existe um projeto que visa disciplinar a união civil entre pessoas do mesmo sexo. Trata-se do Projeto de Lei nº 1.115, de autoria da deputada federal Marta Suplicy (PT- SP).

O referido projeto possui 18 artigos que objetivam, sobretudo, proteger os direitos à propriedade e à sucessão das pessoas do mesmo sexo que tiverem

reconhecida sua união civil. Propõe-se a alteração de alguns artigos da Lei dos Registros Públicos, Lei nº 6.015/73, que passariam a vigorar inscritos no registro civil de pessoas naturais:

(...)

IX - os contratos de união civil entre pessoas do mesmo sexo.

Parágrafo primeiro. Serão averbados:

(...)

g) a sentença que declarar a extinção da união civil entre pessoas do mesmo sexo.

Art. 33. Haverá em cada cartório, os seguintes livros, todos com trezentas folhas cada um:

(...)

III - B - Auxiliar - de registro de casamento religioso para efeitos civis e contratos de união civil entre pessoas do mesmo sexo.

Art. 167. No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos:

1 - o registro:

(...)

35 - dos contratos de união civil entre pessoas do mesmo sexo que versarem sobre comunicação patrimonial, nos registros referentes a imóveis ou a direitos reais pertencentes a qualquer das partes, inclusive os adquiridos posteriormente à celebração do contrato.

II - a averbação:

(...)

14 - das sentenças de separação judicial, de divórcio, de nulidade ou anulação do casamento e de extinção de união civil entre pessoas do mesmo sexo, quando nas respectivas partilhas existirem imóveis ou direitos reais sujeitos a registro.

Por sua vez, os arts. 217 e 241 da Lei nº. 8.112/90 passariam a vigorar com o texto seguinte:

Art. 217. (...) c) a companheira ou companheiro designado que comprove união estável como entidade familiar, ou união civil com pessoa do mesmo sexo, nos termos da lei.

Art. 241.(...) Parágrafo único. Equipara-se ao cônjuge a companheira ou companheiro, que comprove união estável como entidade familiar, ou união civil com pessoa do mesmo sexo, nos termos da lei.

Igualmente, sofrerão alteração os artigos 16 e 17 da Lei nº 8.213/91, que passariam a vigorar com o seguinte teor:

Art. 16. (...)

§ 3º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém, com o segurado ou com a segurada, união estável de acordo com o

§ 3º do art. 226 da Constituição Federal, ou união civil com pessoa do mesmo sexo, nos termos da lei.

Art. 17. (...)

§ 2º O cancelamento da inscrição do cônjuge e do companheiro ou companheira do mesmo sexo se processa em face de separação judicial ou divórcio sem direito a alimentos, certidão de anulação de casamento, certidão de óbito ou sentença judicial, transitada em julgado.

Pretende-se também garantir aos contratantes da referida união civil, desde a data da sua constituição, os direitos à sucessão regulados pela Lei nº 8.971 /94.

Sugere o aludido Projeto de Lei que o inciso I do art. 113 da Lei nº 6.815/80, Lei do Estrangeiro, passe a vigorar com a seguinte redação:

Art. 113. (...) I – ter filho, companheira ou companheiro de união civil entre pessoas do mesmo sexo, brasileiro ou brasileira.

Argumenta a autora do Projeto de Lei em sua exposição de motivos, que, a relação permanente e compromissada entre homossexuais deve existir como possibilidade legal, não se intentando dar a essas parcerias status similar ao casamento (Código Civil) ou da união estável (art. 226, § 3º da Constituição Federal). O casamento possui um status único - explica Suplicy. “Este projeto fala de ‘parceria’ e de ‘união civil’. Os termos ‘matrimônio’ e ‘casamento’ são reservados para o casamento heterossexual, com suas implicações ideológicas e religiosas”.

Somente alguns poucos municípios e estados brasileiros já possuem leis expressas com o intuito de coibir o preconceito contra homossexuais. O Estado de São Paulo possui a lei 10.948/2001 que prevê penas aos estabelecimentos infratores, que de alguma forma discrimina os homossexuais. As punições são em forma de advertência, multas ou suspensão e cassação do funcionamento do estabelecimento que de alguma forma discriminar o homossexual.

Convém lembrar que a homossexualidade existe desde priscas eras e que os costumes também evoluem. Há que se considerar que o preconceito não é inato e se apresenta como um produto da desinformação. As leis, evidentemente, também devem acompanhar a evolução social.

É, portanto, compatível com os fins de uma sociedade democrática o reconhecimento de orientações não efêmeras como essa - diferentes daquelas praticadas ou seguidas pela maioria, é verdade - mas igualmente merecedoras de respeito e compreensão.

3. Casamento do transexual

O direito também é atingido pela transexualidade, uma vez que a adequação de sexo implica na alteração dos documentos, exercendo influência inclusive no casamento.

O amor, este sublime afeto, igualmente habita o coração e a mente do transexual, o qual tem sentimentos e, como qualquer pessoa também deseja se unir a alguém com o intuito de constituir uma família.

Como sabemos, a Convenção Européia de Salvaguarda dos Direitos do Homem assinada em Roma, em 4 de novembro de 1950, visa a proteção do indivíduo contra as ingerências do Estado na vida privada e familiar.⁴ Assim, tendo esta Convenção como supedâneo, a Corte e a Comissão de Strasbourg deram a estas noções uma notável extensão. Adrede, anotam Pousson-Petit e Pousson: “S’agissant du respect de la vie familiale, les instances strasbourgeoises ont affirmé le droit de fonder une famille, y compris pour les transsexuels” (1990, p. 276).

Quanto ao direito do respeito pela vida privada, foi este definido pela Comissão nos termos seguintes: “Este direito compreende numa certa medida o direito de estabelecer e de manter relações com outros seres humanos, notadamente no campo afetivo, para o desenvolvimento e satisfação de sua própria personalidade”.

A vida sexual é considerada como parte da vida privada, e, em aplicação a este princípio e sob este fundamento, merece proteção. É vedada qualquer discriminação ligada a transexualidade, segundo o disposto no art. 14 da Convenção supracitada, no que concerne ao gozo das liberdades e dos direitos fundamentais.

Assim, com o escopo de proteger o futuro cônjuge do transexual, defende-se a menção da adequação do nome e sexo no livro do Registro Civil. Desta forma, o pretense consorte tomará ciência da adequação ocorrida, podendo optar livremente pela continuidade ou não dos trâmites do matrimônio.

Entendemos que os direitos dos transexuais e de terceiros estarão muito mais explicitamente assegurados se, no livro do Registro Civil constar a alteração ocorrida. Trata-se de uma ação modificadora do estado da pessoa, devendo, portanto, ser averbada. Todavia, não deverá ocorrer qualquer referência à aludida alteração em nenhum documento, devendo constar apenas o sexo reconhecido judicialmente como o verdadeiro. Exceção se abre para a Certidão

⁴ O artigo 12 da Convenção Européia de Salvaguarda dá ao homem e à mulher o direito de se casar a partir da idade núbil e o direito de fundar uma família segundo as leis nacionais que regem o exercício deste direito. Do mesmo modo, tem o transexual o direito de gozar da mesma proteção. Toda discriminação, ligada ao fato de ser transexual, deve ser considerada ilegítima.

de Nascimento, onde existe local apropriado para incluir-se este tipo de observação, podendo se inscrever “registro feito na forma da lei”, “contém averbações à margem do termo”, “De acordo com os Autos n...”, “Conforme sentença proferida na data denos Autos ...”, sem detalhes constrangedores, nem referências à transexualidade.

Assim, ninguém poderá se casar sem informar ao futuro cônjuge a sua condição anterior. Caso, não informe, o consorte poderá anular o casamento, dentro do prazo decadencial de três anos, com base no Código Civil brasileiro, que preceitua:

Art. 1556 – O casamento pode ser anulado por vício da vontade, se houve por parte de um dos nubentes, ao consentir, erro essencial quanto à pessoa do outro.

Art. 1557 – Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge:

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

II – ... III – ... IV –

O Código Civil português, esclarece em seu art. 1636, que: “O erro que vicia a vontade só é relevante para efeitos de anulação quando recai sobre qualidades essenciais da pessoa do outro cônjuge, seja desculpável e se mostre que sem ele, razoavelmente, o casamento não teria sido celebrado”.

O cônjuge enganado pode invocar erro sobre a identidade sexual do seu parceiro. Argumenta o cônjuge de boa-fé que esposou pessoa aparente, mas não geneticamente, de sexo contraposto ao seu (MARQUES, 1988, p.10).

Há que se esclarecer que o erro deve ser considerado essencial para a generalidade das pessoas, e de acordo com as concepções dominantes.

O cônjuge que alegar o erro deverá provar que, se houvesse conhecimento de tal qualidade, não teria contraído casamento. Este caráter determinante do erro pode resultar de manobras dolosas por parte do cônjuge.

As qualidades essenciais, para Jugnet (1986, p.123), são aquelas determinantes para o outro esposo; se este houvesse tido conhecimento do estado do outro, não teria casado. “*Existe, portanto, algumas possibilidades para anular o casamento de um transexual, desde que a coabitação não tenha ultrapassado seis meses após a descoberta do erro*” (art. 181, do Código Civil francês).

Breton, Frohwirth e Pottiez (1985) advertem que, mesmo que um médico, por ocasião do exame pré-nupcial, venha a descobrir a condição do transexual

(operado), o segredo profissional deve ser respeitado. Lembram que o art. 378 do Código Penal francês o proíbe de comunicar quem quer que seja *“Aucun médecin ne le fait et si, par exception, il le fait, il sera justement condamné”*. Não há dúvida de que o médico não tem o direito de expor segredo de que tomou ciência por força de seu exercício funcional (VIEIRA, 2003, p.131).

Não cremos necessário lembrar aqui que não somos contrários ao casamento entre transexuais ou homossexuais com heterossexuais. Repudiamos sim, a dissimulação de tal situação. Comete o dissimulado flagrante injustiça em relação ao cônjuge enganado.

Dessa orientação, aliás, não discrepa a jurisprudência⁵:

Constitui erro quanto a identidade moral do marido o fato deste ser homossexual, o que veio a ser conhecido da esposa só após o casamento.

É indisputável que o homossexualismo do marido torne insuportável a vida em comum. Entretanto, para justificar a anulação do casamento, deve a mulher comprovar que o conhecimento do fato foi posterior ao matrimônio. Erro essencial quanto a pessoa do outro cônjuge, particularmente quanto a sua identidade psíquica, moral e social, a ponto de tornar insuportável a vida em comum, enquadra-se na hipótese do n.º.1 do art. 219 do CC, possibilitando a anulação do casamento.

A anulação do casamento, nos casos previstos no art. 1.557 do Código Civil brasileiro poderá demandar o cônjuge enganado. Somente este poderá assumir tal posição no pólo ativo do pleito. Nem mesmo seus herdeiros poderão iniciá-la; poderão apenas prosseguir-la, em caso de falecimento do cônjuge enganado, depois de havê-la iniciado.

Lembra Almada (1978, p. 131) que o cônjuge lesado pode sanar o erro essencial, por meio de indulgência do amor, *“daquele sentimento que, no sábio opinar do Apóstolo dos Gentios, tudo sofre, tudo espera, tudo suporta e nunca falha”*.

Contudo, dificilmente a observação no Registro Civil atualizado passará despercebida pelo Oficial no momento da apresentação da documentação com vistas ao matrimônio, na preparação para os proclamas. Poderá o Oficial, reservadamente, convidar o portador do referido documento a prestar esclarecimentos sobre a averbação. Se o transexual se sentir lesado ao ver invadida sua privacidade, poderá fazer valer o seu direito à intimidade, mas não poderá se casar sem informar ao consorte. Em verdade, o futuro companheiro é

⁵ Respectivamente: RT 506/88, RT 577/119. TJSP (cível), j. 17/03/83, RT 583/117. TJSP (cível), j. 08/03/83.

quem deve avaliar se para ele o conhecimento do fato anteriormente era realmente *essencial*.

A partir do momento em que o direito admite a adequação do sexo deve ser coerente e reconhecer ao transexual o direito de contrair matrimônio (RT 542/18).³ A incapacidade de procriação não pode ser considerada um empecilho, visto que não constitui uma das condições de validade do casamento.

Negam alguns pouco informados sobre a questão transexual, o direito ao casamento, com base no frágil argumento de que faltará alguém para fazer os bebês.

É evidente que um punhado de casamentos transexuais que serão passados pelo filtro da mudança de estado civil não vai desestabilizar definitivamente a *“instituição fascinante, fundamental, fundadora... o mais velho costume da humanidade, e o estado da maior parte dos indivíduos adultos”* (CARBONNIER, 1993, p. 33 *apud* HAUSER, 1993, p. 326) lembra aos que são contrários a essa união matrimonial que, em verdade, devem se interrogar seriamente acerca do fato de que o número de casamentos na França diminui ano após ano. No momento em que a clientela tradicional abandona essa prática, o casamento é reivindicado por aqueles para os quais a instituição não fora feita, mas dão a ela, paradoxalmente, um valor simbólico.

Neste assunto a maioria dos transexuais se mostra freqüentemente tradicionalista e aspira uma vida organizada, com casamento e filhos. Querer impedir o casamento do transexual é obrigá-lo a união estável, enquanto que seu desejo persistente é a regularização de sua situação pelo matrimônio.

Cumprе lembrar que também há indivíduos que, apesar de casados e possuir filhos, manifestam o desejo incontestе de adequação de sexo. O que dizer da questão jurídica? 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? Em sendo casado, o consentimento do cônjuge faz-se necessário?

Dificilmente o cônjuge – escreve Shindler-Vigue (1989, p. 8) – poderá invocar a anulação do casamento baseando-se na intervenção cirúrgica sofrida pelo cônjuge transexual, considerando que à época da formação do liame conjugal, a identidade de sexo não existia. Quanto ao divórcio, anota o autor supra, a situação também não é clara, visto que nenhuma falta poderá ser alegada considerando que cirurgia a que se submeteu o transexual teve um fim legítimo.

Autores da envergadura de De Page (1990, p.160), entendem que se um dos cônjuges realiza a adequação de seu sexo, a dissolução do casamento se impõe. *Como?* – indaga De Page e responde:

A nulidade está excluída, tanto por erro, quanto pela identidade de sexo. Não se pode considerar que havia identidade de sexo, quando da celebração do casamento e a mudança de sexo é operada sem retroatividade. Exclui-se, igualmente, um divórcio por injúria grave. Como considerar como injuriosa uma mudança que se tornou necessária por uma predisposição?

Parece mais razoável, no tocante a esta matéria, figurarem os cônjuges como mestres de seus direitos. Contudo, a solução do direito sueco e do direito alemão obriga o cônjuge que deseja adequar seu sexo a divorciar-se previamente, visto que a ausência de um liame conjugal é exigida.

Bénabent (1984, p.53) entende como duvidoso que um casamento possa ser pronunciado ou mantido quando um dos cônjuges sai de uma operação com o mesmo sexo que o outro, mesmo que seu estado civil não possa ser retificado. Poderá o divórcio ser requerido se a operação tiver sido dissimulada pelo outro cônjuge. Todavia, não poderá o cônjuge (não transexual) recorrer a esta via quando houver aprovado a intervenção.

A lei holandesa exige que o solicitante da adequação de sexo não seja casado, devendo se encontrar incapacitado à procriação.

Patti & Will (1983) e Mantovani (1985, p.11) partilham da mesma solução no que toca à tutela dos familiares do transexual. Postulam como necessário intentar uma ação autônoma para obter-se a declaração judicial de dissolução do vínculo, tão logo seja produzida a sentença que aprova a adequação de sexo. Entendem outros que o interessado deva requerê-la expressamente dentro da mesma ação de adequação de sexo. Esta, aliás, foi a postura abraçada pelo Tribunal de Roma, após a promulgação da lei italiana de 14 de abril de 1982. Outros, no entanto, pregam solução oposta. Para estes, o tribunal é quem deve prover de ofício a dissolução do vínculo, sem que o recorrente a solicite. A dissolução do vínculo não deve ficar à mercê da vontade das partes.

Difícilmente as tendências transexuais são supervenientes ao matrimônio. O que poderá ocorrer posteriormente ao casamento é a sua revelação. Contudo, entendemos que o celibato não deva ser imposto como condição para a realização da cirurgia. Visando, portanto, evitar desarranjos constrangedores ao cônjuge e à prole, o reconhecimento jurídico da adequação de sexo deve ser concedido apenas ao transexual solteiro, divorciado ou viúvo. Estando ainda o indivíduo sob a égide do casamento, assentimos que a

cirurgia de adequação de sexo é motivo para a dissolução do vínculo, pela identidade de sexo dos cônjuges. O consentimento do cônjuge vale ressaltar, não se faz necessário para a realização da intervenção cirúrgica.

A sentença que ordenar a retificação do sexo possui efeitos *ex nunc*, não possuindo efeito retroativo. No entanto, não está o transexual isento da obrigação de prestar alimentos ao cônjuge e aos filhos.

4. Considerações Finais

Parece-nos que o tratamento legal a ser dado ao transexual que ocultou sua condição do cônjuge deve ser o mesmo que os tribunais concedem ao homossexual que escondeu tal circunstância.

A jurisprudência e a doutrina têm entendido como prazo de decadência, o de três anos, para que o cônjuge exerça o direito de anular o casamento nos casos de erro essencial.

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

Cumprе ressaltar que o transexual masculino, por exemplo, que obteve o reconhecimento do seu direito a adequação do prenome e do sexo no Judiciário possui todos os direitos de uma mulher, inclusive ao casamento. Contudo, isto não lhe dá o direito de esconder este fato do futuro cônjuge. Isto vale para qualquer pessoa que oculte algo essencial sobre si próprio, inclusive transexual. É válido o casamento de transexual que foi reconhecido com seu novo sexo e não ocultou sua condição do cônjuge antes do matrimônio.

Destarte, deve o direito ser sensível às contingências e às circunstâncias da vida, não ignorando as modificações culturais e científicas, respeitando a autonomia do homem.

A Justiça tem por obrigação responder as indagações emanadas da sociedade, ainda que não dispostas de forma clara na lei vigente. Muitos juízes e promotores, como a sociedade em geral, ainda não distinguem homossexuais e transexuais, sendo que estes, ao contrário dos homossexuais, rejeitam sua genitália. A maioria ainda fala em “*opção sexual*”, em vez de “*orientação sexual*”. Homossexuais e transexuais não *optam*, não *escolhem*, não *elegem* sua condição.

O Estado deve prover, pelo menos, o mínimo fundamental para assegurar a dignidade das pessoas, proibindo todos os atos atentatórios a esse núcleo essencial, colaborando para a eliminação das desigualdades.

Deve haver uma integração maior entre os profissionais que estudam a mente e o comportamento humano com os do Direito, contribuindo para a construção de uma sociedade pluralista, inclusiva e sem preconceitos.

Trata-se de uma forma diferente, (se considerar a maioria), de se relacionar, mas possui a mesma intensidade das demais. Destarte, o Judiciário não pode temer o enfrentamento de tabus. Deve sim, reconhecer a realidade, pois o que existe de fato, não pode ser negado pelo Direito.

Referências bibliográficas

- ALMADA, N. M. *Manual de direito de família*. São Paulo: Hemeron, 1978.
- BÉNABENT, A. *Droit civil – la famille*. Paris: Litec., 1984.
- BRETON, FROHWIRTH & POTTIEZ. *Le transsexualisme: étude nosographique et médico-légale*. Paris: Masson, 1985.
- CARBONNIER, J. (1993) Droit civil – la famille, pp. 33-35. Apud HAUSER, J. (1993) Personnes et droits de la famille. In *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, jan.-mar. de 1993.
- CHAVES, A. *Lições de direito civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.
- DE PAGE, H. *Traité élémentaire de droit civil belge*. Tomo 2, vol. I, 4ª ed. Bruxelas: Bruylant, 1990.
- FRANÇA, R.L. *Instituições de direito civil*, 1º volume. São Paulo: Saraiva, 1988.
- HAUSER, J. Personnes et droits de la famille. In *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, jan.-mar. de 1993.
- HOMOSSEXUAL HERDA BENS DE SEU PARCEIRO, *Jornal Folha de São Paulo*, edição de 19.04.1996.
- HOUAISS. *Dicionário eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa*. CD-ROOM.
- JUGNET, F. *Droit e transexualisme. Mémoire pour le diplôme d'Etudes Approfondies de Droit et Science Politique (mention droit privé)*, session d'octobre, 1986, p. 123.
- LE MARIAGE HOMO EN VOIE DE LÉGALISATION AUX PAYS-BÁS. *Libération*, edição de 1 8.04.1 996.

MANTOVANI. Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso. In **Nuova Giurisprudenza Civile Commentata**, 1985.

MARQUES, J.P.F.R. In **Tribuna da Justiça**, n. 37, Jan., 1988.

PATTI, S.; WILL, M. Nome in materia di rettificazione si attribuzione di sesso. In **Nuove leggi civile commentata**, 1983

PINTO, T.A.A. **Nulidades da sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987

POUSSON-PETIT, J. & POSSON, A. **L'affection et le droit**. Toulouse: Edition du Centre National de la Recherche Scientifique, 1990.

RAYMOND & BILLARD. **Concours de fonctions publiques**. Paris: Litec., 1986.

REVISTA DOS TRIBUNAIIS, RT 572. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 194.

SANTOS, E. **Direito de família**. Coimbra: Almedina, 1985.

SANTOS, J.M.C. **Código civil brasileiro interpretado**. vol. IV, 5^a. ed., Rio de Janeiro e São Paulo: Freitas Bastos, 1956.

SHINDLER-VIGUE, S. Corrigé de la note de synthese de 22 avril 1989. **Année** 1988-1989. Institut d'Estudes Judiciaires de Paris II, 1989

VIEIRA, T. R. **Bioética e direito**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2003.

WEILL, A. & TERRÉ, F. **Droit civil**. Paris: Dalloz, 1983.