

PROTEÇÃO DAS PESSOAS TRANSEXUAIS E A POSSIBILIDADE DE ANULABILIDADE NO CASAMENTO EM CASO DE OMISSÃO DA TRANSEXUALIDADE¹

*PROTECTION OF TRANSGENDER PEOPLE AND THE POSSIBILITY OF ANNULLABILITY OF
MARRIAGE IN CASE OF OMISSION OF TRANSEXUALITY*

Giovanna de Vasconcelos FERREIRA²

RESUMO

O presente artigo versa sobre o casamento com transexual que esconde do cônjuge sua condição de transexual, baseando, com essa omissão, quais seriam as consequências jurídicas. Além disso, o trabalho utiliza também de uma ponderação de princípios e direitos constitucionais como liberdade de expressão; identidade pessoal entre outros, como forma de entender melhor de haveria necessidade de o transexual expor sua condição. Por fim, é levantada a hipótese da aplicação da Teoria da Perda de Uma Chance, utilizando como uma possível saída, o direito obrigacional. O método usado foi o dedutivo, fundamentado por meio de doutrinas, artigos científicos e jurisprudência.

Palavras-chave: Transexualidade. Transexual. Negócio-Jurídico. Anulabilidade. Omissão. Direitos.

ABSTRACT

The present paper discusses about the marriage to a transsexual who hides his/her transsexual status from the spouse, basing on this omission what the legal consequences would be. In addition, the work also uses a weighting of constitutional principles and rights as freedom of expression; personal identity among others as a way understand whether there would be a need for the transsexual to expose his/her condition. Finally, the hypothesis of application about the Theory of Loss a Chance is raised, using obligatory law as a possible solution.

Keywords: Marriage. Transsexuality. Transsexual. Legal-Business. Nullity. Omission. Rights.

¹ O presente artigo sintetiza a monografia de conclusão da pesquisa, realizada para o Programa Interno de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC 2020-2021) da Faculdade de Direito de Franca (FDF), Franca/SP.

² Discente da Faculdade de Direito de Franca (FDF), Franca/SP. Bolsista do Programa Interno de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC 2020-2021).

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo propende alcançar um maior entendimento sobre o conceito de uma das minorias, a dos transexuais, e explorá-lo de forma clara em uma celebração solene que se configura o casamento. Além de salientar uma situação em que o cônjuge não saberia da transexualidade e como isso afetaria o ato, e assim, introduzir uma discussão entre os direitos do transexual ao manter sua condição em segredo e os do companheiro, de saber.

A transexualidade é, pelas palavras de Berenice Bento³, “um desdobramento inevitável de uma ordem de gênero que estabelece a inteligibilidade dos gêneros no corpo”, ou seja, o transexual não escolhe “ser” de outro sexo e sim pertence a ele sem que haja qualquer influência externa, e tem o desejo absoluto de ir em uma busca na qual seu corpo possa estar em congruência com sua mente.

Aracy Klabin⁴ conceitua uma subdivisão dos transexuais, são elas: a transexualidade primária, a qual se refere ao transexual que tem como uma necessidade a busca pela transformação, e a secundária, na qual o indivíduo está em um limbo entre a transvestilidade e a homossexualidade, não tendo então a redesignação sexual como primordialidade. Logo, o artigo em questão se remete ao primeiro grupo, pois é essa transformação que está em discussão como motivo ou não de anulabilidade.

A escolha do tema justifica-se pela existência de grande controvérsia nas questões que dizem respeito às minorias e em específico os transexuais que são o motivo da problematização desta pesquisa. Os benefícios de pesquisas deste tipo são muitos: identificar as minorias, introduzir questões atuais no âmbito jurídico, além de promover maior crédito a tal discussão.

A motivação do artigo encontra-se no fato de que mesmo ao não fazer parte de um grupo ameaçado, deve-se, com seus meios, legais e honestos, auxiliá-lo, pois só assim será possível alcançar um mundo mais justo e com igualdade de todas as formas.

Por fim, pode ser confirmado que esta pesquisa será de grande importância, por ser um passo a mais em direção a esse mundo igualitário

³ BENTO, Berenice Alves de Melo. **O que é transexualidade**. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 2012. p. 19.

⁴ apud SILVA, Inajara Piedade da. **A transexualidade dos direitos humanos: a redesignação de sexo na sociedade globalizada**, 2018, p. 23

supracitado para os transexuais. O trabalho tem por objetivo analisar e debater sobre a resposta à questão da possibilidade de anulabilidade no casamento em caso de omissão da transexualidade, e, recorrer-se-á ao uso de princípios constitucionais, de conhecimento de direito civil de doutrinadores, além de decisões de tribunais.

2 O INSTITUTO DO CASAMENTO

O casamento é complexo como um todo, tem extrema importância, como um dos institutos mais antigos da civilização, também é visto por vários doutrinadores como um negócio jurídico, formal e que se desenvolve de forma divulgada ao público, constitui um vínculo jurídico no convívio de duas pessoas, com o objetivo de atingir uma vida plena, fidelidade recíproca, mútua assistência, regular a vida sexual, bem como a assistência aos descendentes.

Como contempla a doutrinadora Maria Helena Diniz⁵ é “o vínculo jurídico entre homem e a mulher que visa o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família”. Claro que, de acordo com o entendimento geral, não pode conceituar-se constituição de família com a concepção de filhos, por não ser mais considerado que o casamento vise à produção de descendentes, visto que muitos casais atualmente escolhem não ter filhos, por razão do termo ‘família’ ter se tornado um conceito amplo, ou seja, todo tipo de constituição afetiva pode ser considerada como família.

Segundo Ana Teixeira e Renata Rodrigues⁶ é claro que o casamento também pode ser considerado como ato jurídico, não exatamente como negócio jurídico, uma vez que diferentemente deste, o ato jurídico, apesar de também apresentar a manifestação de vontade das partes, os efeitos jurídicos, provenientes da lei, são gerados automaticamente independente do agente perquiri-las.

⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito de Família**, 22. ed. São Paulo, Saraiva, 2007, p. 35. (apud por SANTOS, Wallace Costa Dos. O casamento civil e os regimes de bens matrimoniais. Disponível em: https://www.ibdfam.org.br/artigos/1483/O+casamento+civil+e+os+regimes+de+bens+matrimoniais#_ftnrefl. Acesso em: 11 dez. 2020.

⁶ RODRIGUES, Renata de Lima; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **O Direito das famílias entre a norma e a realidade**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 158.

O princípio da afetividade é o liame socio afetivo que vincula os dois indivíduos de maneira concreta; a jurisprudência já entende afeição como uma atribuição de vínculo, não apenas no casamento, mas também união estável e núcleo monoparental, além de outras formas de arranjos como a de pessoas do mesmo sexo ou mesmo a união poliafetiva⁷.

Outro princípio presente é o da solidariedade familiar visado pelo art. 1.511 do Código Civil “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.”⁸ Alguns princípios importantes são o princípio da igualdade entre os cônjuges e o princípio da função social da família. Por fim, é essencial citar o princípio da intervenção mínima do estado no direito de família citado por Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho: “Ao Estado não cabe intervir no âmbito do Direito de Família ao ponto de aniquilar a sua base socioafetiva.”⁹ Assim, com tais princípios, cria-se a base para o casamento na sociedade moderna.

3 ANULAÇÃO E ANULABILIDADE DO CASAMENTO

Apesar de haver outros defeitos, o artigo foca apenas no erro visto sua ligação direta com os resultados que uma omissão no casamento poderia acarretar: o erro é um defeito jurídico que acontece quando, entre outras palavras, o negócio jurídico apenas ocorre por causa de uma falsa representação do concreto; a doutrina deixa claro que o sujeito “enganado”, não se submeteu a influência de ninguém, acarretando a anulabilidade do negócio jurídico.

Como prevê o Código em seu Art. 138. “São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.”¹⁰ Porém, é importante ressaltar que

⁷ Termo que se refere a uma entidade familiar constitucionalmente tutelada.

⁸ BRASIL. **Lei n.10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 28 set. 2021.

⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1094.

¹⁰ BRASIL. **Lei n.10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em:

nem todo erro é capaz de anular. Como ressalta o código, esse erro tem que ser substancial e escusável. Escusável se refere ao erro perdoável, o qual qualquer homem de normal zelo teria cometido. Já o substancial é o erro quanto à característica essencial ao negócio, esta substância do negócio é primordial para a realização do ato e sem ela não teria acontecido.

Existem pressupostos de relevância do erro como causa de anulação do negócio jurídico, as quais são: essencialidade, é preciso que o erro tenha sido determinante, ou seja, foi essencial para a celebração do negócio; escusabilidade, logo o erro deve ser plausível e que tenha incorrido a qualquer homem mediano e a reconhecibilidade, para o erro ser reconhecido, a outra parte deve perceber o erro cometido pelo declarante.¹¹

O erro essencial também pode ser aquele engano sobre quem realmente é a outra pessoa, de um casamento, por exemplo. Pode-se elencar, neste caso, pessoa com atos contrários a lei; que tenha cometido crime anterior ao casamento e que é incógnito pelo companheiro; ou por ser portador de uma deficiência, não necessariamente aparente, como a impotência *coeundi*, induzindo o outro cônjuge ao engano, já que é levado a creditar que esses fatores não existem.

Uma hipótese do erro se refere à identidade, honra e boa fama, em seus sentidos amplos, visto que é relacionada com a autoestima (caráter subjetivo) e reputação social (caráter objetivo). Na doutrina e jurisprudência é possível ver diversas exemplificações como o casamento celebrado com homossexual, com dependente químico, com irmão gêmeo de outra pessoa entre outros. Tais casos não se encaixam ao transexual operado que não revelou sua anterior condição, pois quando o indivíduo se submete à mudança de sexo é homem ou mulher verdadeiramente, logo deve ser considerado um indivíduo comum, sem problemas ou dificuldades que afetariam o matrimônio.

Frente aos negócios jurídicos defeituosos vale ressaltar quais as possíveis consequências: são nulos atos que foram praticados por absolutamente incapazes; tiverem por objeto coisa ilícita, impossível ou indeterminável; se a própria lei o declarar nulo; não obedecer a forma

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 28 set. 2021.

¹¹ MIRANDA, C. D. P. U. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. São Paulo: Atlas, 1991. pp. 90-93.

prescrita em lei; se tiver motivo ilícito comum às partes; se o objeto do negócio é fraudar lei ou a falta de solenidades essenciais.

O casamento é anulável se feito mediante infração à lei ou vícios de vontade ou, mesmo se não preencher as formalidades necessárias à sua validade. Porém, se a motivação não for forte o suficiente para violar a paz social do indivíduo, retira-se a possibilidade da anulabilidade como sanção.¹²

No geral, são causas de anulabilidade: a falta de idade mínima para o casamento (art. 1.550, I e II; o casamento daquele que seja incapaz de manifestar consentimento de modo inequívoco (art. 1.550, IV); também é possível pela hipótese de revogação do mandato (art. 1.550, V); no caso do celebrante não tiver competência para celebrar casamentos (art. 1.550, VI) ou pôr fim por vício de vontade (art. 1.550, III).¹³ A anulação do matrimônio, diferentemente do casamento nulo, traz efeitos *ex nunc*, logo não retroage os efeitos do matrimônio.

O erro essencial à pessoa recai, como diz Sílvio Rodrigues, em espécies de negócio *intuitu personae*, logo foi razão do negócio ter acontecido em primeiro momento as qualidades da outra parte.¹⁴ Podendo incidir sobre a identidade ou qualidades essenciais da pessoa, as quais devem ser levadas em consideração com relação à natureza do ato, portanto a motivação tem grande relevância.

Sílvio de Salvo Venosa entende que o erro substancial à pessoa e a consequente anulação do matrimônio somente é passível se respaldado na teoria geral que rege a regra geral dos atos jurídicos. Doutrinadores como Maria Berenice Dias, Nelson Rosendal e Cristiano Farias e Naiara Czarnobai Augusto defendem que caso o cônjuge não informar sua condição de transexual, informação que viria causar desconforto e se sabido previamente a não realização do casamento configura erro essencial sobre a pessoa.¹⁵ Assim sendo possuiria o direito de postular anulação o nubente sem conhecimento dos fatos no prazo decadencial de três anos, segundo art. 1.560 do Código Civil de 2002.

¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 186.

¹³ Ibid.

¹⁴ MIRANDA, C. D. P. U. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. São Paulo: Atlas, 1991. p. 96.

¹⁵ CZARNOBAI, Naiara. A anulação do Casamento do transexual transgenitalizado por erro essencial sobre a pessoa. **Âmbito Jurídico**, 1 dez. 2021. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-107/a-anulacao-do-casamento-do-transexual-transgenitalizado-por-erro-essencial-sobre-a-pessoa>. Acesso em: 23 nov. 2020.

Segundo o doutrinador Moacir César Pena Junior, com relação ao casamento do transexual, quando o indivíduo é biologicamente pertencente a um gênero, mas se identifica com o contrário, deve-se levar em conta a sua existência e sua validade para anulação. Assim, se a pessoa não declarou, anteriormente ao casamento, a sua condição, poderá o outro pedir a anulação judicialmente. Nesse caso, o remédio jurídico é a anulação do matrimônio e não o reconhecimento de que existiu. Por outro lado, se houve a mudança de sexo por procedimento cirúrgico e foi dado a conhecer esse fato pelo outro cônjuge é de se reconhecer como válido esse casamento, mormente se foi concedido judicialmente a mudança de gênero e nome, e alterado o registro civil.¹⁶

Guilherme Calmon Nogueira da Gama, em análise do tema afirma que quando se trata de transexuais, o sexo determinado no registro civil difere daquele que de fato existe psicologicamente no indivíduo, porque se leva em conta sua morfologia, o aspecto externo de sua genitália, ignorando-se que a pessoa se sente como sendo do sexo oposto. Nesse caso, a mudança de sexo por cirurgia, com a mudança de gênero no seu assento civil abre a possibilidade de seu casamento com pessoa de outro sexo, sem contestação.

Se realmente há o reconhecimento do transexual como homem ou mulher após a cirurgia de redesignação e mediante a retificação do registro civil, não haveria o que se falar em erro essencial sobre a pessoa, pois se deve considerar, não como um gênero obtido artificialmente, mas tratar o transexual com igualdade e por uma questão de coerência de direitos, reconhecer que o casamento, apesar dos preconceitos existentes ao afirmar que o fato do nubente ser transexual é o mesmo que afetar a honra e boa fama, o que seria o mesmo que encobrir, através do direito, um pensamento preconceituoso.

3.1 IMPOTÊNCIA *GENERANDI* E *COEUNDI* PARA A ANULAÇÃO DO CASAMENTO COM O TRANSEXUAL

A impotência *coeundi* está relacionada a incapacidade da realização do ato sexual em si devido a algum obstáculo pertinente ao âmbito físico ou até mesmo psíquico. A impotência *generandi/concipiendi*, por sua vez, é a incapacidade para gerar filhos.

¹⁶Ibid.

Nessa situação, a jurisprudência e a doutrina concordam que essa incapacidade de gerar filhos não dá base à causa de anulação de casamento. O Código Civil de 1916 também não considerava como causa de anulação a impotência *generandi*, porém a jurisprudência pensava diferente em relação a *coeundi*. A jurisprudência atual também autoriza a anulação por impotência *coeundi*, apesar dos casos serem bem escassos. A impotência *generandi* por sua vez, nos atuais âmbitos do direito, continua não sendo causa de anulabilidade do casamento.

Em relação à impotência *coeundi*, não há nem discussão em relação à situação do transexual, uma vez que, apesar de ainda ser causa de anulabilidade no entendimento de alguns doutrinadores e algumas jurisprudências, a cirurgia de transexualização não retira a possibilidade de o transexual praticar o ato sexual ou sentir prazer com o mesmo.

Conclui-se mediante o que foi exposto, que a anulação do casamento com um transexual não pode usar da impotência como norteadora da anulação, logo se exclui essa possibilidade visto que apesar de não haver como, por exemplo, uma mulher transexual conceber uma criança, esta, conhecida como impotência *generandi*, não é causa de anulação. Além de haver muitas outras formas de ter filhos e constituir uma família.

4 A TRANSEXUALIDADE

A transexualidade é a qualidade de uma pessoa que não se sente confortável com seu sexo biológico, termo este que apenas se refere às características exteriores do corpo do indivíduo. Para eles, a redesignação sexual é um objetivo certo, não se comportam de acordo com o seu sexo biológico, e, esse é um dos requisitos importantes para o consentimento da cirurgia. É vital destacar que o transexual não se identifica como homossexual em momento algum, a insatisfação não está relacionada ao gênero pelo qual a pessoa se sente atraída, mas sim pelo próprio corpo, o que, muitas vezes, pode lhe causar sentimento de angústia e inconformidade consigo.

O termo *transexualismo*, criado anos atrás, que é, ainda, utilizada pela OMS em seu Manual de Classificação Internacional de

Doenças (CID-10)¹⁷, ressalta a classificação como um dos transtornos de identidade sexual F64, já que o uso desta terminologia *-ismo* se refere a doença, ou seja, vê o transexual como um doente¹⁸. Porém, a terminologia que atualmente é mais utilizada pelos doutrinadores é *-dade* que significa modo de ser, uma tentativa de retirar o estigma dessa minoria. Não existem sintomas precisos para a sexualidade, até porque, não deve ser tratada como uma doença. Portanto, é incorreto tentar aplanar todos os casos em um, por meio de semelhanças entre um grupo, geneticamente ou anatomicamente, pois são pessoas normais.

A resolução nº 2.265/2019¹⁹ é considerada um avanço na forma que aborda os transexuais, visto que a resolução define de forma inequívoca para os profissionais de saúde e também para sociedade, conceituando “transgênero ou incongruência de gênero a não paridade entre a identidade de gênero e o sexo ao nascimento, incluindo-se neste grupo transexuais, travestis e outras expressões identitárias relacionadas à diversidade de gênero”.²⁰ Essa resolução também trouxe outros avanços em relação às resoluções anteriores no que trata dessa redesignação sexual tendo um tratamento mais humano e maior preocupação com o indivíduo. Além de elencar outros conceitos importantes.

Os requisitos para essa mudança incluem uma atenção integral à saúde por meio de uma equipe de profissionais interdisciplinar, também a diminuição de 21 anos para 18 anos de idade com idade mínima para inserção cirúrgica e com acompanhamento de um ano como requisito para que seja feita a cirurgia sendo proibido o início de um processo hormonal antes dos 16 anos.

O doutrinador Guilherme da Gama faz referência no que respalda ao casamento dos transexuais, ao afirmar que mediante o transexual em seu conceito, como já falado neste artigo, que realize a cirurgia de sexo por cirurgia há também a mudança de gênero do âmbito

¹⁷ OMS. Centro Brasileiro de Classificação. **Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à saúde-CID 10.**

¹⁸ Visão que não será abordada neste trabalho como perspectiva de sua autora, mas apenas para a problematização.

¹⁹ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. (CFM) **Resolução nº 2.265, de 20 de setembro de 2019.** Dispõe sobre o cuidado específico à pessoa com incongruência de gênero ou transgênero e revoga a Resolução CFM nº 1.955/2010. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-2.265-de-20-de-setembro-de-2019-237203294>. Acesso em: 30 set. 2021

²⁰ Ibid.

civil, abre espaço para a realização de matrimônio.²¹ Frente ao que se apresenta, fica claro que o tópico deve ser encarado com cautela, prestados os pertinentes e neutros informes, para que permita ao transexual a escolha de seu futuro, em seu pleno direito da autonomia.

5 DIREITOS DO CÔNJUGE *VERSUS* OS DO TRANSEXUAL

Poucas vezes, na antiguidade, o direito à liberdade teve amparo, a liberdade de expressão então foi várias vezes abafada e olvidada. A liberdade, porém, é inerente ao homem, antecessor à Sociedade, ao Direito e ao Estado. A liberdade faz parte da natureza humana.

Como sendo um direito fundamental de primeira geração, detém uma enorme área jurídica de proteção, que visa dar ao indivíduo a proteção necessária para que possa se expressar, participar de uma religião entre outras inúmeras escolhas da vida de uma pessoa que, apesar de comuns, para a maioria atualmente, garantem seu livre arbítrio na busca de sua felicidade.

José Afonso da Silva apresentou em uma de suas obras uma divisão do princípio constitucional a liberdade e segundo essa classificação há: liberdade de locomoção (da pessoa física); de pensamento (opinião, religião, informação, comunicação, expressão e artística); de expressão coletiva (associação); de ação profissional (livre escolha de profissão a se seguir) e de conteúdo econômico e social.²²

O segundo citado se encaixa no preâmbulo deste trabalho: dando ao transexual para sentir e se expressar no gênero que se sentir mais cômodo. Fica claro que, o homem que vive em uma sociedade organizada tem esses direitos garantidos pela lei, a Constituição de 1988 prevê que o direito inviolável a liberdade igualmente a todos em seu art. 5º, *caput*, o que dá ao transexual o direito de escolha, a opção pela cirurgia de redesignação sexual, sem que haja qualquer tipo de julgamento ou consequências que podem causar transtornos para o mesmo.

²¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil: Família**. São Paulo: Atlas: 2008. p. 67.

²² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 235

Os direitos fundamentais exprimem determinados valores que o Estado não apenas deve respeitar, mas também promover e proteger, valores esses que, de outra parte, alcançam uma irradiação por todo o ordenamento jurídico – público e privado – razão pela qual de há muito os direitos fundamentais deixaram de poder ser conceituados como sendo direitos subjetivos públicos, isto é, direitos oponíveis pelos seus titulares (particulares) apenas em relação ao Estado.²³

Logo, apesar de não ser, não é expressamente confesso no sistema jurídico brasileiro, tal direito à liberdade de orientação sexual, espera-se uma sociedade mais tolerante, uma vez que os princípios da liberdade e da igualdade estão em evidência na Carta Magna brasileira.

O princípio da identidade pessoal consiste num direito com origem da diversidade que os indivíduos apresentam, tendo por objetivo uma verificação das diversas formas que alguém pode reger sua vida, não existindo uma pré-forma a ser cumprida trazendo, pois, o direito à liberdade da diferença e o dever da aceitação desta.

Os direitos trazidos pelo artigo 5º da Constituição Federal de 1988 abarcam, em seu inciso X, os direitos essenciais à personalidade, nos quais o direito à identidade pessoal se encaixa e a valorização deste, então, se dará com o respeito à autonomia da vontade. O Código Civil de 2002 também zela pelos princípios personalíssimos em seu segundo capítulo, art. 11, ao dispor que “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.”²⁴

A identidade de gênero sendo uma forma íntima de expressar a identidade pessoal e que define seu comportamento em sociedade, deve ser vista como uma forma de expressão deste direito de forma inerente ao

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. **Revista Jurídica**, Porto Alegre: Notadez, ano 55, n. 352, p. 45-94, fev. 2007 b, p. 56. Apud: GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. A Transsexualidade Sob A Ótica Dos Direitos Humanos: Uma Perspectiva De Inclusão. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-04032013-105438/publico/Tese_versao_simplificada_Camila_de_Jesus_Mello_Goncalves.pdf. Acesso em: 06 nov. 2020

²⁴ BRASIL. **Lei n.10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 28 set. 2021.

ser humano, assim não deixa espaço para contestação de terceiros frente à escolha íntima.

Os direitos vitalícios, indisponíveis e absolutos protegem, não só o físico das pessoas, mas também os valores psíquicos e morais. Gagliano e Pamplona Filho explanam sobre o tema “Conceituam-se os direitos da personalidade como aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais.”²⁵

Como pessoa possuidora de iguais direitos e deveres, o transexual deve ser tratado em conformidade a essa igualdade e identidade pessoal, tendo, inclusive, direito ao nome em seu registro civil e gênero vinculado ao seu psicossocial, além de ser tratado da mesma forma que um homem ou mulher fisiologicamente nascidos assim seriam zelados, buscando sempre o equilíbrio. Assim, se estará agindo em conformidade com os direitos e princípios previstos na Constituição Federal de 1988.²⁶

Acontece, cada vez mais, dentro da sociedade, esse movimento de destaque dos princípios sociais que regem este país nas relações privadas e normas infraconstitucionais, como por exemplo, a função social da propriedade e do contrato, imposta pelo Código Civil, a proteção do consumidor, trazida pelo Código de Defesa do Consumidor, a igualdade entre os filhos, a boa-fé objetiva e o equilíbrio contratual e até mesmo o objeto de estudo deste trabalho: a igualdade entre os cônjuges. Logo, além da promoção deste princípio tão importante, cresce uma espécie de uma nova personalização do direito civil, cada vez mais buscando aplicar os princípios e os direitos fundamentais às relações privadas.

Diante do exposto, nota-se um objetivo social e jurídico de possibilitar a todos os membros das sociedades a possibilidade de desempenhar seus deveres e direitos nas ações cotidianas tendo sua dignidade resguardada, assim deve ser de entendimento geral que não há espaço para visões que retirem da pessoa a sua dignidade.

²⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 67.

²⁶ FUSSEK, Lygia dos Santos. Os Direitos Civis do Transexual em Relação à Mudança de Gênero e Prenome. jul./dez. 2012. Apud SCHORR, Janaína Soares; STURZA, Janaína; Transexualidade e os Direitos Humanos: Tutela Jurídica ao Direito à Identidade. **Revista Jurídica Cesumar**. jan./jun. 2015, v. 15, n. 1, p. 265-283 DOI: <http://dx.doi.org/10.17765/2176-9184.2015v15n1p265-283>. Acesso em: 10 dez. 2020.

É incontestável o fato de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, logo, todo cidadão brasileiro tem direito a buscar sua felicidade, através de qualquer ato, desde que não interfira no direito de outrem ou vá contra as normas legislativas, a moral e os bons costumes. Entende-se então, que tal direito do indivíduo somente poderá ser retirado se houver uma ponderação e essa felicidade estiver ligada a um dano a outro indivíduo.

A ação direta de inconstitucionalidade (ADI) 4275, famosa por permitir aos travestis e transexuais com ou sem a cirurgia de redesignação a alteração do prenome e do sexo no registro civil garantindo o reconhecimento à liberdade pessoal, à honra e à dignidade dos mesmos, como preservação desse direito, sendo este, no inteiro teor da ADI, citado muitas vezes.²⁷ Ainda no âmbito jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal já havia vislumbrado este direito em vários julgados sendo destaque o julgado sobre o reconhecimento e qualificação da união homoafetiva como entidade familiar (ADI 4277/2011), no qual o direito à busca da felicidade “Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana”²⁸.

Em suma, a ausência expressa de previsão constitucional do direito à felicidade não é suficiente para impugnar a certificação desse direito, uma vez que o sistema legislativo por inteiro reconhece a existência implícita dele em cada decisão, seja pública ou privada.

5.1 OMISSÃO NO CASAMENTO E POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS

Muito já foi discutido sobre a omissão da transexualidade como uma hipótese de erro relacionando-se à identidade, honra e boa fama do cônjuge. Porém, aceitar tal conjectura é o mesmo que demover importantes princípios constitucionais como a igualdade, dignidade da

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4275**. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Julgamento: 01 mar. 2018. Publicação: 07 mar. 2019 Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 11 de jul. de 2021.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal - **RE: 477554 MG**, Relator: Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 01 jul. 2011, Data de Publicação: 03/08/2011 RT v. 100, n. 912, 2011, p. 575-588.

pessoa humana e identidade pessoal e também a liberdade de expressão do transexual ser tratado efetivamente como parte do gênero que se declara, seria, entre outras palavras, usar de um preconceito para fazer justiça e tratar os transexuais como menos merecedores de felicidade.

Como foi explanado anteriormente, a omissão de uma pessoa de sua transexualidade para o cônjuge não pode ser motivo de anulação do casamento em relação à impotência *generandi*. Além disso, como também já foi visto em capítulo anterior, o casamento é uma relação construída através de um vínculo afetivo com a finalidade de constituir família, não sendo mais esse conceito preso à concepção de filhos, uma vez que este conceito de família vem, cada vez mais, abarcando diversas formações.

Porém, não é possível ignorar que pode haver a perda de uma chance em relação ao cônjuge. Para explicar melhor: na hipótese de não haver anulação ou invalidade do casamento, é necessário ponderar se haverá consequências jurídicas da omissão para a responsabilidade civil, saindo da questão do casamento ou anulação e entrando no campo das obrigações, visto que uma mulher ou homem transexual somente se difere de um indivíduo que nasceu biologicamente no gênero por uma razão: a concepção de filhos. Não quer dizer, de forma alguma, que os transexuais não podem ter filhos, com o avanço da biomedicina e tecnologia, além das várias formas de concepção familiar, tudo é possível.

Contudo, é necessário encarar as consequências frente ao transexual não contar ao nubente sua infertilidade já sabida em relação ao Direito das Obrigações. Uma vez que da responsabilidade civil nasce um dever de informar, não a notificação da condição de transexual porque essa exigência resultaria de um preconceito e traria infração dos direitos constitucionais elencados neste trabalho, pois, em tese, a condição de transexual não deveria ser algo relevante para se informar, mas comunicar o outro cônjuge sua situação quanto à concepção de filhos e também descobrir se há um desejo do parceiro de ser mãe ou pai sim. Entra-se então, no campo da perda de uma chance daquele cônjuge que casou sem saber que o outro não poderia ter filhos.

Ainda na mesma perspectiva da responsabilidade civil, juntamente com danos materiais, morais e estéticos vem sendo, pela doutrina brasileira, a perda de uma chance entendida como a quarta

hipótese de dano, porém devido a sua difícil verificação, ainda existem contestações.²⁹

A chamada teoria da perda de uma chance tem origem no direito francês e é empregada em casos de reparação civil do dano, quando devido a uma ação ou omissão extingue com a chance de outrem de atingir vantagem ou, ao mesmo, esquivar-se de um dano.

A doutrina e jurisprudência estadunidense ainda estão divididos frente à adoção dessa teoria, mas o entendimento majoritário é que será considerada a oportunidade séria e real se houver a possibilidade maior que 50%, utilizando o parecer que a perda de uma chance com índice superior ao apresentado são equiparadas e ganham indenização integral, entretanto nada recebem as vítimas se as chances forem menores ou iguais a 50%.

Já no Brasil, embora a doutrina não tenha se aprofundado, a jurisprudência já abordou o tema, porém foi somente com o Agostinho Alvim que tal teoria chegou ao âmbito jurídico brasileiro de forma ampliada. Sendo as principais críticas a essa teoria por motivo de incerteza quanto a real chance do fato em questão ocorrer, não sendo possível verificar esse requisito do dano, pois não há nexo de causalidade certo. Não havia como calcular o dano final de algo que não havia acontecido, contudo, quando os legistas passaram a analisar a existência de dano autônomo decorrente da perda da oportunidade, admitindo valor econômico à chance, foi possível enxergar de forma autônoma ao dano final. Esse valor é, portanto, baseado na frustração de uma chance tão aguardada pela vítima.

Um caso citado por todos como emblemático para essa Teoria foi referente a uma situação ocorrida no programa "Show do Milhão", a jogadora, no caso autora da ação, havia chegado à rodada final do jogo, na qual teve a oportunidade de responder uma pergunta e ganhar 1 milhão de reais ou sair do programa com metade do valor. O REsp 788.459/BA, do ano de 2005, julgado pelo STJ, julgava a alegação da autora de que a questão final não tinha resposta correta e por isso havia decidido receber a metade do valor, e alegava que se houvesse resposta correta na questão seria possível levar o prêmio de 1 milhão de reais pedindo assim a chance

²⁹ FERRARA, Gabrielle. Aspectos gerais sobre a teoria da perda de uma chance: quando uma oportunidade perdida é causa de indenizar. **Migalhas**, 13 set. 2016. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/245438/aspectos-gerais-sobre-a-teoria-da-perda-de-uma-chance--quando-uma-oportunidade-perdida-e-causa-de-indenizar>. Acesso em: 06 de jul. de 2021.

de ganhar 500 mil reais. Foi considerada a teoria da perda de uma chance, porém com provimento parcial ao pedido visto que mesmo que houvesse uma resposta correta a querelante ainda teria de acertar a questão para ganhar.

Existem casos em que a chance perdida não incorre em dano econômico, mas em dano extrapatrimonial impondo-se assim indenizações quanto a danos materiais e morais. Como exemplo deste tem-se o julgado do STJ AgInt no REsp 1454025/RJ, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, julgado em 2020 e que segue essa linha de entendimento: É verificado a aplicação da teoria nos casos de descumprimento contratual e dano moral, pois a empresa retirou do recém-nascido a chance de tratamento para alguma enfermidade futura, sendo assim, a empresa foi condenada à indenização de todos os recém-nascidos. Caso já visto anteriormente em 2014 REsp 1.291.247/RJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado pelo mesmo tribunal.

Assim assume-se que o dano extrapatrimonial de cunho moral pode ser adequado ao caso da perda da chance de ter filhos para o cônjuge que não sabe da condição do parceiro, ainda que este não tenha expressado esse desejo, dado ser uma preocupação futura, pois não imagina a situação do companheiro.

Conclui-se que os doutrinadores há unanimidade frente ao entendimento de que para que seja considerada a aplicação desta teoria é necessário que a chance em questão seja real e séria. Restando analisar se, na situação problema da omissão da condição de transexual por um dos cônjuges haverá repercussão a ser perseguida, eventualmente, no campo da responsabilidade civil por aquele que se sentiu lesado e sofredor de dano pelas repercussões do desconhecimento em si, haverá repercussões no campo da responsabilidade civil, ou seja, se isso ocasionaria a perda de uma chance ou possível responsabilidade civil no campo das obrigações frente a omissão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, podemos concluir que o casamento é um dos institutos mais antigos do direito e é, no âmbito do direito atual, considerado um negócio jurídico à vista de apresenta todas as condições para tal, não se pode ignorar também seu caráter *intuitu personae*. Porém,

foi apenas em 1977 que foi instaurada a lei de divórcio no Brasil, possibilitando assim novos arranjos no direito frente ao matrimônio.

Essa instituição tem como base princípios como o da solidariedade familiar, igualdade entre os cônjuges, função social da família e intervenção mínima do direito.

Adentrando ainda mais no campo do direito foi importante analisar os negócios jurídicos e seus defeitos explicitando as consequências jurídicas, em principal, da omissão como anulabilidade do negócio, que se enquadraria no erro essencial sobre a pessoa. Explanando que, mediante o contemplado, nota-se este enquadramento de forma equivocada e retrógrada, de forma a desrespeitar os fundamentos constitucionais, ainda foram alustradas as formas de anulação mediante impotência, nas quais se concluiu que ainda é aceito nos dias de hoje a anulação por impotência *coeundi*, mas não por *generandi*.

Conforme o exposto transexual é aquele que não se sente confortável com o gênero biológico como o qual nasceu tendo enorme desejo de realizar a mudança de sexo. Ainda foi elucidado o dizer da OMS em relação à situação dos transexuais, a qual, apesar de grande melhora, ainda continua considerando a transexualidade como uma doença.

A resolução do CFM nº 2.265/2019 traz as mais novas disposições para a realização do tratamento, inclusive a cirurgia de redesignação sexual, cuja realização traz uma série de requisitos que visam proteger tanto o físico como o psicológico dos transexuais.

Por fim, fez-se uma análise de princípios constitucionais que deveriam ser levados em consideração em decisões que envolvem assuntos tão delicados, especialmente como forma de proteger os direitos da minoria.

Ponderando-se os direitos do cônjuge e do transexual nota-se que é imperativo o amparo a esta minoria de uma forma que o transexual tenha seus direitos e proteções garantidos e o também que o cônjuge saiba quais são as consequências reais do casamento, a não concepção de filhos, o que não pode ser causa de anulação, porém, talvez exista um dever de informar por parte do transexual que cominaria na área da responsabilidade civil da perda de uma chance atrelada ao princípio da boa-fé objetiva, que pauta toda relação jurídica.

Fica claro que o tema requer ainda muito estudo para que de fato, seja possível o entendimento se esse é o caminho certo de uma futura forma de tratamento dos casos relacionados proteção das pessoas

transexuais e a possibilidade e a anulabilidade no casamento em caso de omissão da transexualidade.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. (CFM) **Resolução nº 2.265, de 20 de setembro de 2019**. Dispõe sobre o cuidado específico à pessoa com incongruência de gênero ou transgênero e revoga a Resolução CFM nº 1.955/2010. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-2.265-de-20-de-setembro-de-2019-237203294>. Acesso em: 30 set. 2021

BRASIL. **Lei n.10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 28 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - **RE: 477554 MG**, Relator: Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 01 jul. 2011, Data de Publicação: 03/08/2011 RT v. 100, n. 912, 2011, p. 575-588.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4275**. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Julgamento: 01 mar. 2018. Publicação: 07 mar. 2019 Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 11 de jul. de 2021.

CZARNOBAI, Naiara. A anulação do Casamento do transexual transgenitalizado por erro essencial sobre a pessoa. **Âmbito Jurídico**, 1 dez. 2021. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-107/a-anulacao-do-casamento-do-transexual-transgenitalizado-por-erro-essencial-sobre-a-pessoa>. Acesso em: 23 nov. 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito de Família**, 22. ed. São Paulo, Saraiva, 2007, p. 35. (apud por SANTOS, Wallace Costa Dos. O casamento civil e os regimes de bens matrimoniais. Disponível em: https://www.ibdfam.org.br/artigos/1483/O+casamento+civil+e+os+regimes+de+bens+matrimoniais#_ftnrefl. Acesso em: 11 dez. 2020.

FERRARA, Gabrielle. Aspectos gerais sobre a teoria da perda de uma chance: quando uma oportunidade perdida é causa de indenizar. **Migalhas**, 13 set. 2016. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/245438/aspectos-gerais-sobre-a-teoria-da-perda-de-uma-chance--quando-uma-oportunidade-perdida-e-causa-de-indenizar>. Acesso em: 06 de jul. de 2021.

FUSSEK, Lygia dos Santos. Os Direitos Cíveis do Transexual em Relação à Mudança de Gênero e Prenome. jul./dez. 2012. Apud SCHORR, Janaína Soares; STURZA, Janaína; Transexualidade e os Direitos Humanos: Tutela Jurídica ao Direito à Identidade. **Revista Jurídica Cesumar**. jan./jun. 2015, v. 15, n. 1, p. 265-283 DOI: <http://dx.doi.org/10.17765/2176-9184.2015v15n1p265-283>. Acesso em: 10 dez. 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil: Família**. São Paulo: Atlas: 2008.

MIRANDA, C. D. P. U. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. São Paulo: Atlas, 1991.

OMS. Centro Brasileiro de Classificação. **Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à saúde-CID 10**.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

RODRIGUES, Renata de Lima; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **O Direito das famílias entre a norma e a realidade**. São Paulo: Atlas, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. **Revista Jurídica**, Porto Alegre: Notadez, ano 55, n. 352, p. 45-94, fev. 2007 b, p. 56. Apud: GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. A Transexualidade Sob A Ótica Dos Direitos Humanos: Uma Perspectiva De Inclusão. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-04032013-105438/publico/Tese_versao_simplificada_Camila_de_Jesus_Mello_Goncalves.pdf. Acesso em: 06 nov. 2020

SILVA, Inajara Piedade da. **A transexualidade dos direitos humanos: a redesignação de sexo na sociedade globalizada**, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.