

DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE NAS RELAÇÕES FAMILIARES COMO EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO TRANSEXUAL

THE PRINCIPLE OF FAMILY RELATIONSHIPS IN AFFECTIVITY EFFECTIVE AS OF THE RIGHTS OF PERSONALITY TRANSEXUAL

Fernanda Moreira Benvenuto*

Luiz Geraldo do Carmo Gomes**

RESUMO: A evolução do Direito de Família traz fatores fundamentais na valorização, consolidação e preservação dos vínculos familiares a aplicabilidade dos direitos da personalidade. Alguns aspectos do princípio da afetividade expressam o quão influente tornou-se tal princípio, ao ponto de sua aplicabilidade repercutir no mundo jurídico como ferramenta indispensável na operação do direito e na garantia da dignidade da pessoa humana. Dignidade essa resguardada aos membros familiares que corroboram com o reconhecimento dos mesmos. A aplicação majoritária do princípio da afetividade nas relações familiares como promoção da dignidade do transexual efetiva o reconhecimento e respeito pleiteado, uma vez que a aplicação da afetividade foca a pessoa e força o rompimento com os resquícios patrimonialistas, contribuindo para preservação do instituto familiar e para a formação da personalidade do transexual.

Palavras-chave: Direito de Família; Afetividade; Dignidade; Transexual.

ABSTRACT: Developments Family Law brings key factors in recovery, consolidation and preservation of family ties the applicability of personal rights. Some aspects of the principle of affection express how influential it has become such a principle, the extent of its applicability reflected in the legal world as an indispensable tool in the operation of law and the guarantee of human dignity. Dignity that sheltered family members corroborate the recognition. The application of the principle of majority warmth in family relationships and promoting the dignity of transsexual effective recognition and respect claimed, since the implementation of affection focuses on the person and force the break with the remnants patrimonial, helping to preserve the family and to institute the formation of the personality of the transsexual.

Key words: Family's Rights; Affection; Dignity; Transexual.

* Cartorária em Maringá – PR, (2ª Vara de Família, Sucessões e Acidente de Trabalho). Docente da Instituição de Ensino da Faculdade Alvorada de Maringá/PR. Discente do programa de Mestrado em Ciências Jurídicas com ênfase em Direitos da Personalidade do Centro Universitário de Maringá – CESUMAR. Especialista em Direito de Família à luz da Responsabilidade Civil pela Universidade Estadual de Londrina - UEL (2011). Graduada em Direito pela Faculdade Maringá (2006).

** Mestrando em Ciências Jurídicas e graduado em Direito pelo CESUMAR – Centro Universitário de Maringá. Co-orientador do projeto de pesquisa financiado pelo CNPQ “Dos aspectos controversos da homofobia”. Pesquisador do projeto FUNADESP “Da diversidade sexual: da proteção dos direitos da personalidade”. Professor Universitário na Faculdades Alvorada de Maringá na disciplina de Teoria Geral do Estado. Endereço eletrônico: lgcarmo@icloud.com

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho científico tem por objetivo a análise da eficácia da promoção dos direitos da personalidade do transexual mediante a aplicabilidade do princípio do afeto no seio das relações familiares, uma vez que o afeto é oriundo da relação familiar e faz com que a dignidade seja preservada também.

Para efetivação dos direitos da personalidade o presente estudo aborda que o princípio da afetividade é o liame na promoção da dignidade dos transexuais dentro do instituto familiar.

Afere-se ainda substancial importância na promulgação do princípio da dignidade da pessoa humana como efetivação dos direitos da personalidade do transexual, pois o princípio da afetividade estabelece a dignidade da pessoa como direito fundamental e, sem exceção, aplica-se generalizadamente.

Não explícito, mas diversos artigos constitucionais primam pelo princípio da afetividade, ponto vinculante com a dignidade humana.

Será utilizado no referido artigo o método comparativo com pesquisas realizadas em doutrinas e análises jurisprudenciais, bem como a busca por pesquisas bibliográficas, revistas jurídicas e anais que versam sobre o tema.

Superados os aspectos e conceitos do princípio da afetividade, no presente trabalho prioriza-se a aplicabilidade do princípio da afetividade no tratamento aos transexuais como efetivação dos direitos da personalidade dentro ambiente familiar, para enfim concluir, que longe de uma ciência utópica, inalcançável pela praticidade, o princípio da afetividade é uma ferramenta de valor relevante nas relações interpessoais, elemento que repersonaliza; que socializa e sustenta os elos familiares.

2 DO TRANSEXUAL

A sexualidade humana compreende três aspectos distintos, a orientação afetiva sexual, o sexo e o gênero, sendo que este último é o que cada indivíduo entende-se como pertencente ao masculino e feminino, isto é, sua identidade de gênero.

Segundo os princípios de Yogyakarta Identidade de gênero é:

A profundidade sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento,

incluído o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificações da aparência ou função corporal por meio médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos.¹

Denota-se que na identidade de gênero, os indivíduos não se identificam com o seu sexo biológico, uma vez que seu gênero diferencia-se de seu sexo, como por exemplo, se um bebê nasce com um pênis necessariamente seria do gênero masculino. São chamados de transexuais, os indivíduos caracterizados pelo desejo compulsivo do indivíduo de modificar seu sexo anatômico em conformidade com seu sexo psicossocial..

Há um conflito entre o sexo biológico, que é determinado cromossomicamente, com o sexo de sua psique. Observa-se ainda que na puberdade, ao tomar conhecimento de sua sexualidade, depara-se com um grande conflito interior caracterizado pelo repúdio aos seus órgãos sexuais, além do exterior, porquanto, normalmente sofrem rejeição primeiramente no próprio âmbito familiar, ou seja, no meio em que vivem².

Ao discorrer acerca do tema, Tereza Rodrigues Vieira afirma que

Nestes casos a evolução da identidade sexual não seguiu a via correta, tendo ocorrido uma justaposição de diversos fatores psicológicos, hormonais e sociais sobre o comportamento cromossômico (...). Esta adequação lhe é imposta de modo irreversível, escapando ao seu livre-arbítrio.³

Para a Organização Mundial de Saúde (OMS) a transexualidade é considerada um tipo de transtorno de identidade de gênero, como consta no Cadastro Internacional de Doenças - CID 10, em sua seção F64.0, sendo uma das variações da sexualidade humana segundo a qual o indivíduo possui um “sentimento profundo de pertencer ao sexo oposto e a vontade extremada de reversão sexual⁴.

Sexo e gênero são por sua vez distintos. O sexo é definido pela natureza, baseado no corpo orgânico, biológico, hormonal e genético, enquanto o gênero é algo que se entende por meio de uma cultura, mais precisamente atrelado à figura do papel masculino e feminino que se exerce na sociedade.⁵

¹ PRINCÍPIOS de Yogyakarta. Disponível em: < http://www.clam.org.br/pdf/principios_de_yogyakarta.pdf >. Acesso em 13 mar. 2013

² SZANIAWSKI, Elimar. Limites e Possibilidade do direito de redesignação do estado sexual. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 49.

³ VIEIRA, Tereza Rodrigues. O direito à mudança de sexo do transexual. Revista Jurídica Consulex. Ano VIII, nº 181. 31 de Jul/2004.

⁴ SZANIAWSKI, Elimar. Limites e Possibilidade do direito de redesignação do estado sexual. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 53.

⁵ PERES, Ana Paula Ariston Barrio. Transexualismo: O direito a uma nova identidade sexual. 1 ed. São Paulo: Renovar, 2001, p.98.

A transexualidade, portanto, é a discrepância do sexo com o gênero, no qual se um indivíduo nasce com o cromotipo XY (macho) ele deveria ser, pelo padrão sexual, do gênero masculino, entretanto, na transexualidade essa pessoa se entende do gênero feminino, tornando assim o sexo e o gênero diferentes da norma social (macho/masculino, fêmia/feminino) . Nesse sentido, Ana Paula Ariston Barion Peres ensina que:

Embora se sinta pertencente ao outro sexo, o seu corpo espelha uma realidade diversa, e é com base no seu sexo anatômico que a sociedade lhe atribui um papel sexual e espera que ele, nesses moldes, o desempenhe. Esse papel socialmente aceitável, contudo, se torna intangível para essa pessoa.⁶

Por se sentirem do gênero oposto, os transexuais consideram que as relações afetivo sexuais com seus parceiros, são hetero e não homossexuais,⁷ pois a orientação sexual se dá pelo gênero e não pelo sexo.

Ressalte-se que a transexualidade não se confunde com a travestilidade uma vez que este se caracteriza pela vestimenta do gênero oposto e a não há aversão ao sexo biológico. Tampouco se confunde com as orientações sexuais, que para os princípios de Yogyakarta compreende:

Como uma referência à capacidade de cada pessoa de ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essa pessoa.⁸

Já o transexual repudia seu sexo biológico e a sua manutenção gera propensão a depressão e desejo suicida em razão de intenso sofrimento psíquico⁹. Para alguns transexuais a cirurgia de redesignação sexual é a adequação a uma condição existente por já considerar pertencente ao gênero oposto. Para eles o procedimento cirúrgico se apresenta como única solução para que cesse o conflito entre sua mente e seu corpo.¹⁰

⁶ PERES, Ana Paula Ariston Barion. *Transexualismo: O direito a uma nova identidade sexual*. 1 ed. São Paulo: Renovar, 2001, p.104.

⁷ ZAMBRANO, Elizabeth. Parentalidades “impensáveis”: pais/mães homossexuais, travestis e transexuais. In: *Horizontes Antropológicos*. v.12, n. 26 Porto Alegre jul./dez. 2006

⁸ PRINCÍPIOS de Yogyakarta. Disponível em: < http://www.clam.org.br/pdf/principios_de_yogyakarta.pdf >. Acesso em 13 mar. 2013

⁹ ARÁN, Márcia; ZAIDHAFT, Sérgio; MURTA, Daniela. *Transexualidade: corpo, subjetividade e saúde coletiva*. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822008000100008>. Acesso em: 11/10/2011.

¹⁰ CONSELHO Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.955/2010. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm> . Acesso em: 14 mar. 2013.

No Brasil não há lei que disciplina a cirurgia de redesignação sexual, mas esta se tornou possível por intermédio da Resolução 1492/1997 do Conselho Federal de Medicina, inicialmente em caráter experimental. Após a edição da Resolução 1652/2002 a cirurgia passou a ser permitida, inclusive na rede pública de saúde, desde que haja o diagnóstico de transexualidade, assinado por uma equipe multidisciplinar e um acompanhamento de 2 anos, onde o indivíduo, maior de vinte e um anos, se submeta a essas condições, apurando que o mesmo tem condições psíquicas para a redesignação.

Os indivíduos diagnosticado como transexual apresenta características como: 1) Desconforto com o sexo biológico; 2) Desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo/gênero oposto; 3) Permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos e 4) Ausência de outros transtornos mentais.¹¹

Na cirurgia de transexuais MtF (Male-to-Female Transexual)¹² consiste na amputação peniana para a feitura de uma vulva, além da implantação de silicone e a aplicação de hormônios femininos. Já na cirurgia FtM (Female-to-Male Transexual)¹³ há a amputação dos seios e a preparação de um órgão genital masculino artificial.

Entretanto, o tratamento cirúrgico é, necessariamente, precedido de parecer unânime dos profissionais que compõem o corpo clínico, que conclua pela irreversibilidade da identidade de gênero do transexual e reconheça a “supremacia do fator psicossocial na composição do sexo”¹⁴.

Para Tereza Rodrigues Vieira o reconhecimento da adequação sexual por meio de cirurgia se fundamenta no princípio da dignidade da pessoa humana¹⁵, que confere unidade aos direitos e garantias fundamentais, inerentes à personalidade.¹⁶

Alexandre de Moraes considera que:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais

¹¹ ARÁN, Márcia; Zaidhaft, Sérgio; Murta, Daniela. Transexualidade: corpo, subjetividade e saúde coletiva. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822008000100008>. Acesso em: 11 out. 2011.

¹² Masculino para o Feminino transexualidade

¹³ Feminino para o Masculino transexualidade

¹⁴ VIEIRA, Tereza Rodrigues. O direito à mudança de sexo do transexual. *Revista Jurídica Consulex*. Ano VIII, nº 181. 31 de Jul/2004

¹⁵ VIEIRA, Tereza Rodrigues. O direito à mudança de sexo do transexual. *Revista Jurídica Consulex*. Ano VIII, nº 181. 31 de Jul/2004

¹⁶ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 23 ed. São Paulo: Atlas. 2008, p. 50

peçoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar (...)¹⁷

Dessa maneira, o transexual deve ser protegido com base nos princípios constitucionais da autonomia da vontade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana, respeitando-se sua autodeterminação para assegurar-lhe a redesignação sexual por meio de cirurgia, a fim de alcançar sua realização plena como indivíduo, até porque determina o inciso IV do art. 3º da Constituição Federal que um dos objetivos da República é promover o bem estar de todos, o que pressupõe o direito à felicidade.

3 DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

O conceito de família se amolda ao cumprimento de sua função social, renovando-se sempre como ponto de referência central do indivíduo na sociedade¹⁸. Para Adauto Suannes¹⁹, família é uma expressão que deve abranger pelo menos duas pessoas que se unem com o propósito de manutenção desse vínculo afetivo, independente de serem de sexo diverso que tenham ou não prole.

Luiz Edson Fachin aponderou:

A procriação deixa de ser a finalidade primeira. Há famílias assentadas no casamento, sem filhos. A coabitação passa também a ser discutida se é ou não um elemento fundamental para estatuir um conjunto de deveres. Basta olhar pessoas que se matrimonializam e se distanciam em face de suas atividades profissionais, residem ou têm domicílios à distância.²⁰

Conceituar o instituto familiar depende do tempo, região, comunidade, cultura, religião, etc. Ao passo que o instituto familiar se transforma influenciado por diversos aspectos e nos países de cultura ocidental as relações entre seus membros evoluíram e empreendem novos valores, variando as intensidades de afeto que os vinculam.

Segundo Rolf 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

¹⁷ *Ibidem*, 2008, p. 50

¹⁸ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 326.

¹⁹ SUANNES, Adauto. *As uniões homossexuais e a Lei 9.278/1996*. Rio de Janeiro: COAD, ed. out.-nov. 1999. p. 32.

²⁰ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 48.

dignidade à existência humana. A afetividade deve estar presente nos vínculos de filiação e de parentesco, variando tão-somente na sua intensidade e nas especificidades do caso concreto. Necessariamente os vínculos consanguíneos não se sobrepõem aos liames afetivos, podendo até ser afirmada a prevalência desses sobre aqueles.²¹

A Constituição Federal de 1988 prevê que a família é base da sociedade, e a idéia jusnaturalista de proteção desse instituto tornou-se latente, sendo possível dizer que as relações interpessoais, independente de previsão legal, recebem a tutela estatal.²²

É impossível negar a supremacia positivista no ordenamento pátrio, no entanto, os princípios programam as práticas jusnaturalista, sendo a atuação do princípio da afetividade nas relações familiares o significado de abstração do individualismo liberal, preconizado pela Revolução Iluminista e Americana no século XVIII, fruto de uma burguesia insatisfeita, conforme, Paulo Luiz Neto Lôbo:

[...] O liberalismo tinha, como valor necessário da realização da pessoa, a propriedade, em torno da qual gravitavam os demais interesses privados, juridicamente tuteláveis.²³

A falta de previsão legal no regulamento acerca de uma determinada situação, principalmente no Direito de Família, o qual exerce efeitos imediatos nos destinatários da norma não significa que determinada situação está desprovida de tutela jurídica, ou mesmo que os membros daquela família estejam à margem da lei.

Luiz Edson Fachin comunga dessa afirmação:

Não está apenas no Código o “código” da família. O estatuto jurídico da família e da filiação desdobra dessa visão estrita de sistema. Causas e razões explicitam a constituição e a superação do modelo clássico: transpessoal, matrimonializado, patriarcal e hierarquizado.²⁴

A aplicação da medida jurídica, em conformidade com a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, art. 4º, ilumina as dúvidas do magistrado quando a lei for omissa, de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Nesse

²¹ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 66:

²² BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade: de acordo com o Novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 29.

²³ LOBO, Paulo Luiz Neto. *O Direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 71.

²⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 308.

aspecto, emerge o princípio da afetividade com o fito de embasar as decisões cuja matéria carece de previsão legal, atribuindo a norma e valor jurídico um caráter humano.²⁵

Por meio da conjunção do princípio da afetividade, o Direito, até então aplicado de forma superficial, cujo regramento visava somente tratar a relação entre as partes e o juiz, promotor e advogado de forma equidistante, agora relativiza sua aplicabilidade, na medida em que a dignidade da pessoa humana deve ser preservada. A dignidade da pessoa humana detém várias ferramentas para a sua aplicabilidade, e no contexto familiar, de regra, deve-se utilizá-la tendo com premissa o princípio da afetividade.

Imbuídos de uma percepção diferenciada acerca do assunto “família”, novas teses jurídicas abarcam situações sociais latentes, as quais, mesmo não positivadas tiveram sua guarida estatal garantida. Atos que definiram a competência dos juizados especializados da família para apreciar as uniões homoafetivas, inserindo-as no âmbito do Direito de Família.

Deferimento de herança a parceiro sobrevivente, adoção por casais homossexuais, são exemplos da aplicação do princípio da afetividade no direito brasileiro que respondem à evolução e modernização das relações sociais, e como consequência, reconhece os novos tipos de entidades familiares.

O afeto, segundo Sérgio Resende Barros, não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família, é mais, um viés externo que pede mais humanidade em cada família, compondo o que ele chama de família universal, cujo lar é a aldeia global, mas cuja origem sempre será, como sempre foi, a família.²⁶

Tomando como base o princípio da afetividade, a jurisprudência vem construindo um novo perfil para o direito das famílias. O casamento, antes tido como obrigação, vem sendo revestido de aspectos tendentes a realizar os verdadeiros interesses afetivos e existenciais dos seus integrantes. A culpa pela dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal deixou de ser ponto fundamental na hora do divórcio; na verdade, não há que se falar em culpa quando se trata de afetividade, é algo bastante subjetivo onde não se justifica delimitar ações judicantes apenas com base no patrimonialismo.

Ao implantar nas relações familiares o princípio da afetividade, estar-se-ia repersonalizando esse instituto, deverás considerado falido, tanto que Paulo Luiz Neto Lôbo preconiza:

²⁵ BRASIL. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 16 mar. 2013.

²⁶ BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos Humanos da família: dos fundamentais aos operacionais*. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). São Paulo: Imago, 2003, p. 142.

A família é no presente, muito mais do que antes, o espaço de realização pessoal afetiva, despatrimonializada. A repersonalização de suas relações revitaliza a união familiar, em todas as suas manifestações sociais e não apenas a oficial, que renasce com outros fundamentos.²⁷

O conceito de familiar mudou, deixando de ser composta de vários membros para então formar núcleos, ao longe integram esses núcleos apenas indivíduos consanguíneos, a legitimidade do parentesco, ao passo que novas idéias e valores, embasam a verdadeira essência da entidade familiar. A palavra “amor” deixou de ser apenas uma constituição poética, para, enfim torna-se um princípio concreto expresso na afetividade.

É nessa moderna forma de ser que a família contemporânea vive. Algumas previsões implícitas e explícitas no ordenamento brasileiro retiraram a subjetividade da afetividade e sem necessidade de previsão legal as relações ditam as condições da sua aplicabilidade. Caso necessário, é indiscutível a intervenção estatal na responsabilização e penalização do desafeto, na medida em que sua desafeição é causa de problemas particulares e públicos.

José Sebastião de Oliveira entende:

Realmente, o Direito não tem o poder de criar afetividade. Sentimentos naturais não decorrem de legislações, mas da vivência cotidiana informada pelo respeito, diálogo e compreensão.²⁸

Apesar de não haver a possibilidade de impor a afetividade na conduta humana, por exemplo, ao ponto de obrigar o homem amar os seus filhos e respeitar sua esposa, cabe sim a legislação e demais operadores do Direito dirimir sua aplicabilidade nas relações familiares, da forma que não havendo o afeto, conforme reconhecido nos diversos Tribunais é possível responsabilizar o culpável pelos danos causados aos desafetos e, principalmente, inibir tais práticas, pois são inegáveis os problemas sociais gerados em decorrência de tal negligência.

Sem sombra de dúvidas, o afeto é o principal fundamento das relações familiares.²⁹ Nesse sentido, a valorização desse princípio remonta as argumentações expostas pelo jurista João Batista Vilella, na década de 80, quando o mesmo escreveu sobre a desbiologização da paternidade, cuja essência, demonstra que o vínculo familiar ultrapassa o vínculo biológico,

²⁷ LOBO, Paulo Luiz Neto. *O Direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 74.

²⁸ OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 233.

²⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 66.

concluindo que a parentabilidade socioafetiva, baseada na posse de estado do filho, é uma nova forma de parentesco civil.

Acerca da valorização desse vínculo, Paulo Luiz Netto Lôbo ministra:

O modelo tradicional e o modelo científico partem de um equívoco de base: a família atual não é mais, exclusivamente, a biológica. A origem biológica era indispensável à família patriarcal, para cumprir suas funções tradicionais. O modelo científico é inadequado, pois a certeza absoluta da origem genética não é suficiente para fundamentar a filiação, uma vez que outros são os valores que passaram a dominar esse campo das relações humanas. Os desenvolvimentos científicos, que tendem a um grau elevadíssimo de certeza da origem genética, pouco contribuem para clarear a relação entre pais e filhos, pois a imputação da paternidade biológica não substitui a convivência, a construção permanente dos laços afetivos. A filiação biológica não é mais determinante, impondo-se profundas transformações na legislação infraconstitucional e no afazer dos aplicadores do direito, ainda fascinados com as maravilhas das descobertas científicas. Em suma, a identidade genética não se confunde com a identidade da filiação, tecida na complexidade das relações afetivas, que o ser humano constrói entre a liberdade e o desejo (*Princípio jurídico da afetividade na filiação*).³⁰

É com base nesses argumentos que se atribui ao princípio da afetividade características inerentes ao instituto familiar, importante para a formação da personalidade dos seus membros, o que, estampado no art. 3º, inciso I da Constituição Federal de 1988 encampa a solidariedade social, sendo enfim, praticado em prol da desmaterialização do seu contexto em contrapartida a repersonalização do instituto.

Ao tratar do princípio da afetividade, Paulo Luiz Netto Lôbo consagra:

Impõe-se a distinção entre origem biológica e paternidade/maternidade. Em outros termos, a filiação não é um determinismo biológico, ainda que seja da natureza humana o impulso à procriação. Na maioria dos casos, a filiação deriva-se da relação biológica; todavia, ela emerge da construção cultural e afetiva permanente, que se faz na convivência e na responsabilidade. No estágio em que nos encontramos, há de se distinguir o direito de personalidade ao conhecimento da origem genética, com esta dimensão, e o direito à filiação e à paternidade/maternidade, nem sempre genético. O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não do sangue. A história do direito à filiação confunde-se com o destino do patrimônio familiar, visceralmente ligado à consanguinidade legítima. Por isso, é a história da lenta emancipação dos filhos, da redução progressiva das desigualdades e da redução do *quantum* despótico, na medida da redução da patrimonialização dessas relações.³¹

³⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípio jurídico da afetividade na filiação*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/130>>. Acesso em: 16 mar. 2013.

³¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípio jurídico da afetividade na filiação*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/130>>. Acesso em: 16 mar. 2013.

Acrescenta-se o autor que a prática da adoção, medida essa que, sem sombra de dúvidas, é reflexo puro das circunstâncias filiativas atribuídas às pessoas que não detêm qualquer parentesco consanguíneo, contudo, mesmo assim, a vontade das partes resulta em um enlace tão forte, impossível de não conceituá-lo paternal ou maternal, tendo por base a afetividade.

A própria adoção de forma furtiva, conhecida como “adoção à brasileira”, retém a atenção dos operadores do direito, os quais, imbuídos dos sentimentos mais nobres e atinentes ao ser humano, emblemático na aplicação de uma decisão justa, vestem a peculiaridade do caso e o vínculo afetivo estabelecido entre a criança e os pretensos pais, culminam com a aquiescência da sua atitude.³²

Mais do que a própria adoção, o que se diga da reprodução assistida realizada de forma heteróloga? Por certo, a reprodução assistida realizada de forma homóloga, cuja fertilização ocorre *in vitro* ou na gestante e mãe, importa atitude não estranha aos olhos dos pretensos pais, pois existe a concepção de que ali se encontra um ser fruto dos seus genes; por outro lado, a gestação heteróloga pode ocorrer, e terceiras pessoas (“barriga de aluguel” e doadores de materiais genéticos) participam do processo conceutivo; mesmo assim, após a entrega da criança aos pretensos pais, independente da consanguinidade e do material genético empregado, é o vínculo afetivo que determina o enlace familiar.

A concepção da família consanguínea não enfraquece, mas surge a família instituída pelo *animus affectus*. As formas alternativas introduzidas pela ciência e tecnologia não possuem limites ou fronteiras, cabem às novas concepções familiares o respaldo estatal que os filhos esperam receber dos seus pais, maridos, esposas, avós, cada qual deve proporcionar a cada qual o mínimo de afetividade devido.

Rodrigo da Cunha Pereira observa:

É na compreensão desse papel social do pai e da mãe, desprendendo-se do fator meramente biológico, que esse Estatuto vem ampliar o conceito de pai, realçando sua função social. Em outras palavras, o direito ao pai é condição básica para que alguém possa existir como sujeito. Portanto, é mais que um

³²“A adoção tem sido repensada e facilitada, sob o signo da total igualdade, princípio este adotado na nova Constituição. O ‘crime nobre’ da falsificação do registro de nascimento é um fato social amplamente tolerado, por sua finalidade humanista. Antônio Chaves intitulou um trabalho sobre o assunto com a instigante indagação: pode a sociedade punir um ato cuja nobreza exalta?” (LOBO, Paulo Luiz Neto. O Direito de família e a Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 75)

DIREITO FUNDAMENTAL, é o DIREITO FUNDANTE DO SER HUMANO COMO SUJEITO.³³

Por derradeiro o princípio da afetividade é o valor supremo entre o vínculo familiar e a formação de seus entes, uma vez que propicia o reconhecimento de seus membros em um ambiente familiar respaldado na dignidade da pessoa humana tornando assim, o meio pelo qual seus integrantes reconheçam seu papel na sociedade.

4 DA AFETIVIDADE E DO VÍNCULO FAMILIAR;

Um dos aspectos que torna o Direito de Família singular e especial em face dos demais ramos do Direito é o afeto. A afetividade, quando vinculada às pretensões jurídicas de cunho familiar, cujas ações judiciais trazem consigo essa carga sentimental e delicada é capaz de causar constrangimentos indescritíveis às partes.

O afeto é uma evolução no contexto familiar, embora manifestado naturalmente em vários núcleos desse instituto, no decorrer dos anos tomou proporções maiores, principalmente no Brasil, em uma mistura de consciência jurídica e necessidade humana.

Atualmente, o afeto é um princípio visível e palpável, com possibilidades de exigência de aplicação em razão da nova cultura jurídica que através da proteção estatal permite às entidades familiares repersonalizar as relações sociais, centrando-se na dignidade da pessoa humana como sua maior preocupação.

Importa que a Constituição Federal Brasileira de 1988 prevê em seu art. 1, inciso III a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, sendo o princípio da afetividade e todos os demais princípios norteadores do Direito de Família ferramentas essenciais ao pleno desenvolvimento daquele fundamento. Maria Celina Bodin, ao criticar o Código Civil de 1916, ensina:

[...] é preciso reconhecer que enquanto o Código Civil correspondeu às aspirações de uma determinada classe social, interessada em afirmar a excelência do regime capitalista de produção, e cujos protagonistas são o proprietário, o marido, o contratante, o testador – na realidade, roupagens diversas usadas pelo mesmo personagem – a Constituição Federal, ao contrário, pôs a pessoa humana no centro do ordenamento jurídico ao estabelecer, no art. 1º, III, que sua dignidade constitui um dos fundamentos

³³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Temas atuais de Direito e Processo de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 392.

da República, assegurando, por esta forma, absoluta prioridade às situações existenciais ou extra-patrimoniais.³⁴

Tentar localizar na Constituição a palavra afeto é tarefa impossível, pois o constituinte ao tratar do assunto o reconheceu de forma implícita, seja na união estável como entidade familiar e a sua devida proteção jurídica, ou do modelo de família eudemonista, que se refere à família que busca a realização plena de seus membros, caracterizando-se pela comunhão de afeto recíproco, a consideração e o respeito mútuos entre os membros que a compõe, independente do vínculo biológico.

Constitucionalista e apreciador do contexto histórico, o professor José Sebastião de Oliveira trata com propriedade em seu livro sobre a afetividade na família contemporânea, “amálgama dos laços familiares”, e no que condiz a situação afetiva é enfático.³⁵

Tentar traçar um paralelo entre o afeto e a dignidade humana, ao ponto de lançar aquele no rol de direitos fundamentais, acaba por forçar um entendimento obscuro, desprovido de essencialidade suficiente para tanto. Em outro viés, se analisado no contexto familiar da personalidade, o qual, provido de afetividade contém todas as condições de desenvolvimento físico e psicológico do indivíduo, de certo é possível atribuir-lhe o caráter de repersonalização da instituição familiar.

Seguindo essa linha de raciocínio, pode-se identificar claramente na Constituição a existência de outros fundamentos essenciais do princípio da afetividade, seja na igualdade de todos os filhos independente da origem (art. 227, §6º, CF), ou da adoção como escolha manejada em virtude de afeto, dando aos adotados direitos iguais ao do filho biológico (art. 227, §§ 5º e 6º, CF), menciona, também, o reconhecimento e a tutela estatal da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, inclusive os adotivos (art. 226, parágrafo 4, CF) e, por fim, direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança e do adolescente (art. 227, CF).³⁶

No mesmo sentido José Sebastião de Oliveira, menciona:

A afetividade não foi esquecida pelo constituinte. Ao mesmo tempo em que estabeleceu como princípio constitucional do direito de família a obrigação de os pais assistirem, criarem e educarem os filhos menores, determinou,

³⁴ MORAES, Maria Celina Bodin. A Constitucionalização do Direito Civil. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, 1999, p. 76.

³⁵ OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 233.

³⁶ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 48.

com a mesma intensidade a obrigação de os filhos maiores ajudarem e ampararem os pais na velhice, carência ou enfermidade (art. 229, CF).³⁷

A forma implícita com que a Constituição Federal prevê o princípio da afetividade em seu contexto enseja a personalização dos membros familiares, além do contexto consanguíneo ou materialista, ampara através da dignidade a base de uma sociedade carente por afeto.

Os avanços trazidos pelo Código Civil que entrou em vigor no dia 11 de janeiro de 2003 contribuíram, e muito, para reger a sociedade atual, apesar de seu conteúdo ter sido projetado no ano de 1975, ou seja, antes mesmo da Lei n. 6.515/77, que estabeleceu a possibilidade da separação judicial e do divórcio.

Destaca-se que, alguns avanços foram trazidos no novo texto legal. A determinação compulsória da perda do sobrenome do marido no nome da mulher, quando da conversão da separação em divórcio, foi suprimida, bem como, excluiu-se o dispositivo que instituía que o responsável pela separação não tinha direito a alimentos, mesmo sem ter meios de sobreviver.³⁸

Dentre algumas incoerências para com a Constituição Federal, pode-se mencionar que o legislador foi omissor quando deixou de inserir no texto do Código Civil aspectos evolutivos do Direito das Famílias, as relações entre pessoas do mesmo sexo, denominadas pela jurista Maria Berenice Dias como uniões homoafetivas.³⁹

Infer-se que, a guarda, que a princípio permaneceu inerte no Código Civil de 2002, por conseguinte sofreu alteração na nova redação dos artigos 1583 e 1584, os quais instituíram e disciplinaram a guarda compartilhada, evidente prática do princípio da afetividade em consonância com o melhor interesse da criança. Tamanha a aplicabilidade da afetividade nesse caso, que existe a possibilidade de que a terceira pessoa, a qual detenha os requisitos para tanto, possa ser destinatário da referida guarda. Nesse sentido:

³⁷ “Foi mais longe: demonstrando os valores humanitários de nossos dias, estabeleceu como dever de todas as espécies de família o amparo aos idosos (não só aos parentes, mas a qualquer idoso), assegurando sua integração na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhe o direito a uma vida sadia (art. 230, *caput*, CF). (OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 238)

³⁸ “Pela predominância do casamento durante muitos anos, com a vigência do Código Civil de 1916, apenas eram tidos como legítimos os filhos dele decorrentes (art. 337). A nomenclatura antes usada (“legítimos”) fazia que muitas pessoas ficassem excluídas do direito de ter um pai ou, pelo menos, pleitear alimentos. Não é sem razão, portanto, que a Lei nº 8.560, de 29.12.1992, revogou a norma legal que denominou os filhos ilegítimos de “havidos fora do casamento”. (NAMBA, Edison Tetsuzo. *Manual da bioética e biodireito*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 109-110)

³⁹ DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual: o preconceito e a justiça*. Porto Alegre: Livraria dos advogados, 2006, p. 10.

Considerando que o parágrafo 5, introduzido no art. 1.584 do Código Civil pela Lei 11.698, de 13 de junho de 2008, “autoriza a transferência da guarda para pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade”, não se pode afastar a possibilidade de guarda compartilhada de um dos pais com quem efetivamente exerça as funções inerentes ao desenvolvimento e educação da criança.⁴⁰

Diante disso, deve-se reconhecer que o Código Civil procurou atualizar aspectos relevantes do Direito de Família, entretanto, não deu o passo mais significativo, olvidando-se, inclusive, de temas já consagrados pela Constituição Federal Brasileira, sendo, por este motivo, alvo de variadas interpretações, comentários e sugestões de reforma.

Reflexo de uma cultura conservadora, a qual não permite mudanças bruscas de pensamento, com legisladores que articulam politicamente, em prol de interesses pessoais. O Estado, por sua vez, perde o controle dos avanços, anseios e práticas familiares, muitas vezes em razão de uma burocracia transforma a mínima intervenção dos entes estatais em omissão e negligência.

Merece destaque o uso da palavra “afetividade” pelo legislador, quando das disposições da proteção dos filhos nos casos de dissolução de sociedade ou do vínculo conjugal. O § 5º do art. 1.584 do Código Civil dispõe que, quando for observado que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá a sua guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, levando em consideração o grau de parentesco e relação de afinidade e “afetividade”, nos termos da legislação específica. Sobre essa passagem do Código, manifesta-se Maria Berenice Dias, aduzindo que ainda que tenha havido grande esforço por parte do legislador na elevação do afeto a valor jurídico, o mesmo mostrou-se tímido ao criar disposições legais delimitando apenas situações pontuais.⁴¹

Não obstante o entendimento da ilustre jurista, os passos estão sendo realizados na construção de uma legislação compatível com a doutrina e a jurisprudência, em vista dos anseios sociais, esculpindo mudanças vindouras com caráter afetivo nas normas de Direito de Família, como já se observa no estabelecimento da comunhão plena de vida no casamento (art. 1.511) e na consagração da igualdade de filiação (art. 1596), trazidos pelo Código Civil.

⁴⁰ “Cite-se decisão pioneira do Desembargador Custódio de Barros Tostes, em 2002, ainda titular da 17ª Vara de Família da Comarca da capital (TJ/RJ), na qual deferiu a guarda compartilhada de uma criança à mãe e à avó paterna, justificando que a criança vinha sendo criada, educada, e assistida por esta última.”. (DELGADO, Mário; COLTO, Mathias. *Guarda compartilhada/coordenadores*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 347)

⁴¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 68.

Importante aspecto de aplicação, ou não, das obrigações matrimoniais é o *affectio maritalis* (*ratio essendi*), sem o qual, não existe razão de determinado regime de bens. Assim pondera José Sebastião de Oliveira:

O casamento gera um complexo de direito-deveres. Seria adverso aos valores sociais cindir o que não é cindível, ou seja, aceitar a inexistência de vida em comum entre os cônjuges, mas deferir a repartição de bens adquiridos durante a separação de fato. Parece, *data vênia*, contraditória esta solução. Não havendo mais afetividade, não existe razão para manutenção, aos olhos da sociedade, de uma estrutura formal e vazia de fundamento.⁴²

Embora impossível de se obrigar, a afetividade por vezes deve ser presumida e exigida, para fins de aplicação das obrigações inerentes aos direitos de sobrevivência da prole ou ex-companheira, ao ponto de cada qual exigir aquilo que lhe provém juridicamente, com direito de pleitear a reparação dos danos provenientes da falta de assistência afetiva.⁴³

Finaliza-se assim que a afetividade é o princípio norteador do direito de família que garante a aplicabilidade e a eficácia do reconhecimento dos direitos da personalidade, principalmente no tratamento e na formação do transexual no seio familiar.

5 DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO TRANSEXUAL

O direito da personalidade é um direito subjetivo, de caráter não patrimonial, que visa, na verdade, tutelar a própria pessoa humana, a sua dignidade e integridade. Neste sentido, tem-se que os bens tutelados não são palpáveis, mas totalmente subjetivos, pois estão ligados diretamente ao sentimento do ser humano, da pessoa.

Observe-se que, sendo subjetivo, o direito da personalidade não tem como ser transferido à terceiro, mesmo diante da morte do seu titular. Por outro lado, é um direito absoluto, com efeitos *erga omnes*.

⁴² OLIVEIRA, José Sebastião de. Fundamentos constitucionais do direito de família São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 243.

⁴³ “A afetividade, como princípio jurídico, na se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles. [...]. Por isso, sem qualquer contradição, podemos referir a dever jurídico de afetividade oponível a pais e filhos e aos parentes entre si, em caráter permanente, independentemente dos sentimentos que nutram entre si, e aos cônjuges e companheiros enquanto perdurar a convivência. No caso dos cônjuges e companheiros, o dever de assistência, que é desdobramento do princípio jurídico da afetividade (e do princípio fundamental da solidariedade que perpassa ambos), pode projetar seus efeitos para além da convivência, como a prestação de alimentos e o dever de segredo sobre a intimidade e a vida privada”. (LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 48-49).

Maria Helena Diniz, em seu Dicionário Jurídico, define personalidade como: “5. *Filosofia geral.* a) Conjunto de qualidades da pessoa; b) função psicológica pela qual o indivíduo considera-se como um eu uno e permanente (Lalande).”⁴⁴

Seguindo tal definição, introduzem-se como alguns dos fatores fundamentais ao ser humano, o *conjunto de qualidades*, o sexo e o nome, pois é inegável que tais elementos são de suma importância ao perfeito desenvolvimento do mesmo. Desde o nascimento, a pessoa se identifica com o *nome* que lhe foi atribuído, bem como com a aparência da genitália, o sexo.

A *função psicológica* é justamente a fusão do convencimento interno, aquilo que ele pensa que é, com a sua aparência e nome, aquilo que ele é.

É pacífico que o nome é um direito da personalidade, contudo, sempre que a discussão abrange o tema sexo e sexualidade, esta torna-se delicada, em decorrência do efeito moral que o tema exerce sobre as pessoas.

A identidade e o sexo são elementos formadores da personalidade, uma vez que normalmente estão em consonância um com o outro, resultando na identidade de gênero. Portanto, esta faz parte da personalidade do ser humano.

Neste sentido, Raul Cleber da Silva Choeri, assevera que:

“A identidade sexual, como integrante da identidade humana, compartilhando desse mesmo interesse existencial, deve ser igualmente tutelada e constituir, assim, objeto de direito subjetivo de personalidade.”⁴⁵

Assim, o nome e a identidade de gênero e a orientação sexual são direitos personalíssimos, devendo serem tutelados pelo Estado.

O Estado já tem assegurado aos transexuais, o direito a cirurgia de readequação de sexo, onde cumpridas as formalidades previstas, pode o transexual, através de um ato cirúrgico, ter adequado o sexo biológico ao gênero psicológico, harmonizando a sua identidade sexual.

O procedimento é assegurado através da Resolução nº 1.482/1997, do Conselho Federal de Medicina, que autoriza a cirurgia de transgenitalização, definindo o transexual como “portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à auto mutilação e ou autoextermínio;”.

⁴⁴ DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico A-Z*. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 3. p. 581.

⁴⁵ CHOERI, Raul Cleber da Silva Choeri. *O direito à identidade na perspectiva-constitucional*. São Paulo: Renovar, 2010, p. 135

Verifica-se, que o direito da personalidade relativo a identidade sexual é assegurado ao transexual, porém, o sexo não. Após a redesignação sexual, através de cirurgia, o transexual tem que buscar o judiciário para ter adequado o seu registro civil à sua nova realidade, ou melhor, ao seu novo sexo, necessitando da retificação do sexo e de novo prenome.

Contudo, não é certeza que o transexual terá o seu registro de nascimento retificado, pois não há no ordenamento jurídico pátrio previsão legal para tanto, pelo contrário, o artigo 58 da Lei 6.018/1973, Lei dos Registros Públicos, prevê a imutabilidade do nome.

A corrente majoritária doutrinária defende a imutabilidade do prenome do indivíduo, para tanto se apegam em argumentos como a segurança jurídica da coletividade, erro essencial quanto a pessoa, a possibilidade de casamento, dentre outros argumentos.

Contudo, vedar o transexual operado de ter seu registro civil retificado torna-se contraditório.

Luiz Alberto David Araújo, traça as seguintes linhas:

Há incoerência evidente. Se a Medicina, a Psicologia e a Psicanálise entendem que a cirurgia é necessária, como forma de eliminação da angústia, para o direito o indivíduo ainda viverá a mesma angustia. Questões práticas de vivência mínima levam à imediata revisão do pensamento daqueles que entendem que o registro civil não deve ser alterado. Imaginemos a ida a um banheiro público, por exemplo. Evidentemente que a pessoa deverá buscar o banheiro para o seu sexo, já que, transformado, vive e pensa como tal. Mas, quando constatado seu estado jurídico, poderá sofrer sanções por entrar em banheiro feminino, sendo homem.⁴⁶

Denota-se, que o tema traz as mais diversas manifestações, pois está intimamente ligado aos conceitos e preconceitos morais da sociedade, quando este se trata da sexualidade.

Em resposta, invoca-se os princípios anteriormente exposto, da dignidade da pessoa humana e da personalidade, pois há que se analisar os bens tutelados. De um lado há a hipotética lesão de direitos de terceiros e à uma suposta segurança jurídica. Do outro lado, há a situação concreta e evidente da angústia do indivíduo, e o direito constitucional à sua personalidade e dignidade.

Não se pode considerar digno que um ser humano que é física e psicologicamente de um sexo seja obrigado a manter em seu registro civil, e demais documentos, o sexo e nome que não condiz com a realidade. É evidente que não há equilíbrio na balança que pesa estes valores.

⁴⁶ ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo, Saraiva: 200. p.134.

Quanto as argumentações em contrário, também há resposta. Quando do nascimento, o sexo é atribuído pela aparência da genitália, contudo, no caso do transexual este não corresponde ao sexo psicológico. Assim, no caso do transexual, tem-se que o registro de nascimento, em verdade, foi lavrado com evidente erro essencial quanto a pessoa, uma vez que não há como aferir o gênero do recém nascido, sendo anulável o ato.

Na mesma esteira permanece a alegação da possibilidade do casamento ferir direito de terceiro. Neste caso, terá o cônjuge incidido em erro essencial quanto a pessoa, podendo anular o ato. Observe-se, que o legislador ‘não impôs a nulidade do ato, pelo contrário, deixou prevalecer a vontade do cônjuge quanto a anular ou não o casamento, pois o ato é anulável e não nulo.

O transexual operado harmoniza a relação do gênero psicológico como o do sexo físico, faltando-lhe apenas adequar o registro civil, e, quando o tiver, estará completo no que diz respeito à sua sexualidade, ou seja, a harmonia entre o gênero, o sexo e o registro civil.

Ainda sob o argumento do casamento, os que defendem a imutabilidade do registro civil, defendem o direito de procriar. Este argumento é demasiadamente frágil. Observe-se no mundo moderno a quantidade de pessoas estéreis, seja por características congênitas ou adquiridas, não sendo crível aceitar tal fato como óbice à regularização da situação do transexual.

Não obstante técnicas de reprodução humana assistida podem por sua vez propiciar a realização de um projeto parental com respaldo nos princípios da paternidade responsável e do planejamento familiar.

Conclui-se que os direitos da personalidade do transexual são infringidos na negativa da mudança do nome e da readequação sexual. Afere-se por fim que, atualmente referidos direitos vem sendo reconhecidos e tutelados como a efetivação do poder judiciário, que concretiza a dignidade dos transexuais.

6 RELAÇÕES FAMILIARES E TRANSEXUALIDADE

Todo homem ao nascer torna-se membro integrante de uma entidade natural: o organismo familiar. Durante toda a sua existência, conserva-se ligado à essa família, mesmo constituindo uma nova família com o casamento ou a união estável. A sociedade quando é composta por famílias constituídas em afeto e respeito, é uma sociedade fortalecida e bem estruturada.

No entendimento de Georg Wilhelm Friedrich Hegel

Como substancialidade imediata do espírito, a família determina-se pela sensibilidade de que é uma pelo amor, de tal modo que a disposição de espírito correspondente é a consciência em si e para si e de nela existir como membro, não como pessoa para si.⁴⁷

A família é o meio pelo qual cada indivíduo deveria se reconhecer enquanto pessoa e proporcionar a felicidade, porém a mesma pode se transformar nas angústias, nas frustrações, nos traumas e em medos, de integrantes que não se enquadram no padrão social aceito, como é o caso da transexualidade.

Para o psicanalista Jacques Lacan:

“entre todos os grupos humanos, a família desempenha um papel primordial na transmissão da cultura. Se as tradições espirituais, a manutenção dos ritos e dos costumes, a conservação das técnicas e do patrimônio são com ela disputados por outros grupos sociais, a família prevalece na primeira educação, na repressão dos instintos. Ela estabelece desse modo, entre as gerações, uma continuidade psíquica cuja causalidade é a ordem mental”⁴⁸.

É no âmbito familiar que os indivíduos desenvolvem as primeiras fases da vida, compreendendo o desenvolvimento da personalidade e a identidade dos seus integrantes, que se moldam e os prepara para uma inclusão no seio social.

Entretanto, a sexualidade humana sempre foi um *tabu* no seio familiar brasileiro, todavia tanto a orientação afetiva sexual como a identidade de gênero é uma realidade, porém mesmo fazendo parte deste fato, em sua maioria as pessoas tendem a excluir e vitimizar seus integrantes que não se enquadram na heteronorma.

Segundo David Willian Foster:

Por heteronormatividade, entende-se a reprodução de práticas e códigos heterossexuais, sustentada pelo casamento monogâmico, amor romântico, fidelidade conjugal, constituição de família (esquema pai-mãe-filho(a)(s)). Na esteira das implicações da aludida palavra, tem-se o heterossexismo compulsório, sendo que, por esse último termo, entende-se o imperativo inquestionado e inquestionável por parte de todos os membros da sociedade com o intuito de reforçar ou dar legitimidade às práticas heterossexuais.⁴⁹

É por falta de conhecimento e até mesmo uma cultura ocidental cristã, que a família mesmo que indiretamente exclui e vitimiza aqueles que não fazem parte do padrão social, que

⁴⁷ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. 2º ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Pág. 149.

⁴⁸ LACAN, Jacques. *Os complexos Familiares*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 1985. p. 13.

⁴⁹ FOSTER, David Willian. Consideraciones sobre el estudio de la heteronormatividade en la literatura latinoamericana. *Letras: literatura e autoritarismo*, Santa Maria, n. 22, jan./jun. 2001. p. 19

no caso é, se um indivíduo nasce com o cromossomo XX, sendo esta fêmea deverá ter sua identidade de gênero feminina, se nasce com o cromossomo XY, sendo este macho deverá ter sua identidade de gênero ser masculino.⁵⁰

A falta de compreensão sofrida pelo transexual no âmbito familiar ainda é muito grande, e em casos extremos a violência física, pode acarretar a morte.

Para Simone de Beauvoir o fenômeno da exclusão vitimiza qualquer indivíduo que se encontra em um grupo inferiorizado, ainda que tal agressão ocorra dentro do seio familiar, mencionando que:

[...] quando um indivíduo ou um grupo de indivíduos é mantido numa situação de inferioridade, ele é de fato inferior; mas é sobre o alcance da palavra *ser* que precisamos entender-nos; a má-fé consiste em dar-lhe um valor substancial quando tem o sentido dinâmico hegeliano; *ser* é ter-se tornado, é ter sido feito tal qual como se manifesta; o problema consiste em saber se esse estado de inferioridade, bem como o tratamento dado deve perpetuar-se⁵¹.

O transexual é dotado de personalidade, todavia violações de direitos tanto na sociedade como no âmbito familiar ocorrem todos os dias. A legislação pátria protege a pessoa e na Constituição Federal de 1988, isso restou claro, pois o legislador Constituinte elegeu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República. Trata-se não apenas de um valor como de um princípio e, também, de um direito da personalidade, um direito fundamental e um direito humano.

Afere-se ainda que, os direitos fundamentais é uma qualidade inerente ao ser humano, pois é detido de valor supremo, atuando como alicerce na ordem jurídica democrática, onde David Pardo, explica:

(...) identifica como fundamentais todos aqueles direitos declarados em uma comunidade política organizada, para satisfação das necessidades ligadas ao reconhecimento dos princípios da liberdade, igualdade e dignidade humana; todos conformes com o momento histórico e reconhecidos na ordem jurídica constitucional.⁵²

⁵⁰ CERQUEIRA, Elizabeth Kipman (org.). *Sexualidade, gênero e desafios bioéticos*. São Caetano do Sul: Difusão. 2011. p. 46.

⁵¹ BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo*. 6 ed. Rio de Janeiro: nova fronteira, 1980. p. 54.

⁵² PARDO apud MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.40.

A dignidade da pessoa humana, como fundamento da República vem como “uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento⁵³”. Valor este que é atribuído a todo homem. Dessa forma, o transexual também é detentor de dignidade.

A constituição Federal em seu artigo 1º: “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 em seu inciso III – a dignidade da pessoa humana; (...)”⁵⁴.

Denota-se ainda que tal preceito uma vez consagrado na Constituição Federal, ainda é abordado e trabalhado no art. 226, § 7º da Constituição Federal, que segundo o ensinamento de Zulmar Fachin:

A dignidade da pessoa humana é o valor fundante do estado brasileiro (art. 1º, inc. III) e inspirador da atuação de todos os poderes do Estado e do agir de cada pessoa. Tal valor está presente, de modo expresso ou implícito, em todas as partes da Constituição. Um exemplo bastante claro pode ser encontrado no campo do direito de família: o planejamento familiar, livre decisão do casal, deve estar findado no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 226,§ 7º).⁵⁵

Tem-se ainda que o princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito do direito de família traz como instrumento o respeito à personalização do homem e de sua família, todavia o transexual pertence a uma família, e esta deve tratá-lo com dignidade.

Entretanto, o que se observa é que as maiorias dos transexuais vivem à margem da sociedade, e não em um ambiente familiar, e por ter a sua sexualidade diversa, mais precisamente a sua identidade de gênero discrepante com o sexo biológico, muitas famílias optam por excluí-los ou até mesmo negar mutua assistência.

É impossível, quando se fala em dignidade da pessoa humana, concordar que a pessoa ceda, renuncie ou negocie sua dignidade, como é o caso dos transexuais, que ao renunciarem o gênero a que pertencem, e até mesmo suas origens, não detêm de reconhecimento para com os seus entes familiares. “Quando se trata da proteção da dignidade do ser humano, não podemos admitir tergiversação. A dignidade do ser humano exige

⁵³ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.48.

⁵⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 mar. 2013.

⁵⁵ FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 198.

proteção máxima, inegociável⁵⁶”. Não menos a dignidade do transexual que também é inegociável.

No mesmo sentido, a personalidade é um atributo que caracteriza o ser humano, determinando como ele é; uma característica que o identifica e o individualiza. Cada atributo do indivíduo corresponde a um direito, e, por esse motivo, suas particularidades não são elencadas em rol taxativo, estando algumas delas regulamentadas e protegidas em lei, sendo outras descobertas conforme são violadas.

Os direitos decorrentes da personalidade podem ser conceituados como aqueles que têm por objeto atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e de sua projeção social⁵⁷. Diante de tal conceituação, pode-se afirmar que toda vez que há uma transgressão da identidade de um transexual os direitos da personalidade desta, é violada, toda via a sua dignidade é afrontada.

Desta forma, a exclusão do convívio familiar sofrida pelo transexual, compromete a integridade psíquica, viola um direito da personalidade e a dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, a família pode ser vista como um instrumento⁵⁸ de exclusão social, pois em vez de incluir ela abandona um de seus membros.

A violência e abuso psicológico sofrido pelo transexual no ambiente familiar é corriqueiro, uma vez que para essas pessoas a família deixou de ser um abrigo seguro para se tornar mais uma forma de excludente social.

Leciona Renato Vasconcelos Magalhães:

A família, longe de ser aquele lugar seguro dos românticos, constitui o espaço onde mais ocorrem crimes na sociedade, sejam perpetrados contra os jovens e as crianças, sejam contra os idosos ou as mulheres, sendo perpetrada ainda com maior intensidade quando os filhos tem uma orientação sexual diversa da heterossexual⁵⁹.

⁵⁶ ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial a tutela da dignidade da pessoa humana. *Revista de direito privado*, São Paulo, n.24, out.-dez. 2005, p. 29.

⁵⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva 2002. v. 1. p.144.

⁵⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 39.

⁵⁹ MAGALHÃES, Renato Vasconcelos. As escusas absolutórias do código penal e os crimes patrimoniais de gênero a proteção da nova ordem jurídica aos direitos humanos das Mulheres. In *Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI* realizado em Florianópolis - SC nos dias 13, 14, 15 e 16 de Outubro de 2010, p. 1371-1387. Disponível em: < <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/florianopolis/Integra.pdf>>, acessado em 15 de out./2012.

Neste caso a orientação sexual se estende a identidade de gênero, pois muitos autores as colocam em um mesmo aspecto, tão somente a família deixa de ser um local seguro para o transexual e passa a ser um local de violência e opressão.

Por fim essas violações de direitos fazem com que, em sua maioria os transexuais, deixe a família muito cedo e viva a margem da sociedade, ainda preconceituosa e não solidária, onde quem não se enquadra nos padrões sociais apresentados como aceitáveis devem ser estigmatizado e consequentemente excluído, deixando transparecer uma falsa moralidade e igualdade social.

7 CONCLUSÃO

O tema abordado nesta pesquisa é de fundamental importância, pois alcança uma realidade social pouco explorada, o princípio da afetividade nas relações familiares e transexualidade.

A transexualidade é arraigada de preconceitos e *tabus*, além de uma falsa ideia de doença e até mesmo perversão, porém o que se observa atualmente é a gama de estudos acerca da sexualidade humana e suas manifestações dentre ela a identidade de gênero.

Os transexuais são acometidos pela discrepância entre o sexo biológico e o gênero psicológico, determinado por um laudo e diagnosticado como transtorno de sexualidade, esta compreende na rejeição das características biológicas, por não compreenderem o gênero que este indivíduo pertence.

Entender que o instituto familiar é o alicerce de reconhecimento e desenvolvimento dos seus membros, a afetividade por sua vez é o meio pelo qual esses indivíduos convivem e se relacionam, é efetivar princípios constitucionais como o da dignidade humana, pois a família como base norteadora da sociedade tem o dever de proteger e promover seus membros de abusos e violações de direitos.

Afere-se nos dias atuais que as relações familiares são abordadas na falta de cuidado e por sua vez na carência do afeto, principalmente quando um de seus membros distingue-se da heteronormatividade, como é o caso dos transexuais, vitimizados pela grande parte da sociedade, que desconhece o seu conflito e situação. Como consequência deste pré-conceito acerca do tema, as famílias tendem a excluir, a negar, a esconder, a vitimizar ou até mesmo a abandonar seus entes, por causa de sua disforia de gênero, agindo discriminatoriamente e excluindo seus entes de seu seio familiar e social, esquecendo-se que a família não pode violar tais direitos, pois seu papel consiste na formação e dignificação dos mesmos.

Ressalte-se ainda que os transexuais vivem a margem da sociedade por não terem um espaço, ainda mais quando são negados por suas próprias famílias, pois a falta de reconhecimento é o fator chave para que essas pessoas possam ser incluídas na sociedade, e por sua vez assumir o papel social a que são destinadas como seres humanos detentores de direitos e deveres, resguardando assim o princípio da igualdade.

O Estado por sua vez, deve propiciar esse conhecimento e inclusão dos transexuais, por intermédio políticas públicas de promoção humana, no qual esses indivíduos possam realizar-se socialmente e garantir sua inclusão no seio social.

Conclui-se que o princípio da afetividade, por consequência o afeto é o elo entre a família e os transexuais, a falta deste vínculo produz consequências nefastas ao desenvolvimento dessas pessoas bem como sua exclusão da sociedade. A família base da sociedade deve superar os obstáculos do preconceito e da discriminação, resguardando os direitos de seus integrantes, efetivando assim os princípios da paternidade responsável e da dignidade humana.

8 REFERÊNCIAS

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial a tutela da dignidade da pessoa humana. *Revista de direito privado*, São Paulo, n.24, out.-dez. 2005.

ARÁN, Márcia; Zaidhaft, Sérgio; Murta, Daniela. Transexualidade: corpo, subjetividade e saúde coletiva. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822008000100008> . Acesso em: 11/10/2011.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo, Saraiva: 2000.

BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos Humanos da família: dos fundamentais aos operacionais*. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). São Paulo: Imago, 2003.

BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo*. 6 ed. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 1980.

BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade: de acordo com o Novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2005.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil . Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 mar. 2013.

_____. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Art. 5º . Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 16 mar. 2013.

CERQUEIRA, Elizabeth Kipman (org.). *Sexualidade, gênero e desafios bioéticos*. São Caetano do Sul: Difusão. 2011.

CHOERI, Raul Cleber da Silva. *O direito à identidade na perspectiva-constitucional*. São Paulo: Renovar, 2010.

CONSELHO Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.955/2010. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm> . Acesso em: 14 mar. 2013.

DELGADO, Mário; COLTO, Mathias. *Guarda compartilhada/coordenadores*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *União Homossexual: o preconceito e a justiça*. Porto Alegre: Livraria dos advogados, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico A-Z*. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 3.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FARINA, Roberto. *Transexualismo: Do homem à mulher normal através dos estados de intersexualidade e das parafilias*. São Paulo: Nova lunar, 1982.

FOSTER, David Willian. Consideraciones sobre el estudio de la heteronormatividade en la literatura latinoamericana. *Letras: literatura e autoritarismo*, Santa Maria, n. 22, jan./jun. 2001.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva 2002. v. 1.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich . *Princípios da Filosofia do Direito*. 2º ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 149.

LACAN, Jacques. *Os complexos Familiares*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 1985.

LOBO, Paulo Luiz Neto. *O Direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *Princípio jurídico da afetividade na filiação*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/130>>. Acesso em: 16 mar. 2013.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MAGALHÃES, Renato Vasconcelos. As escusas absolutórias do código penal e os crimes patrimoniais de gênero a proteção da nova ordem jurídica aos direitos humanos das Mulheres. In *Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI* realizado em Florianópolis - SC nos dias 13, 14, 15 e 16 de Outubro de 2010, p. 1371-1387. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/florianopolis/Integra.pdf>>, acessado em 15 de out./2012.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 23 ed. São Paulo: Atlas. 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin. *A Constitucionalização do Direito Civil*. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, 1999.

NAMBA, Edison Tetsuzo. *Manual da bioética e biodireito*. São Paulo: Atlas, 2009.

OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PARDO apud MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Temas atuais de Direito e Processo de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

PERES, Ana Paula Ariston Bario. *Transexualismo: O direito a uma nova identidade sexual*. São Paulo: Renovar, 2001.

PRINCÍPIOS de Yogyakarta. Disponível em: <http://www.clam.org.br/pdf/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em 13 mar. 2013

SZANIAWSKI, Elimar. Limites e Possibilidade do direito de redesignação do estado sexual. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. O direito à mudança de sexo do transexual. *Revista Jurídica Consulex*. Ano 8, nº 181. 31 de Jul. 2004.

_____. O direito à mudança de sexo do transexual. *Revista Jurídica Consulex*. Ano 8, nº 181. 31 de Jul. 2004.

ZAMBRANO, Elizabeth. Parentalidades “impensáveis”: pais/mães homossexuais, travestis e transexuais. In: *Horizontes Antropológicos*. v.12, n. 26, Porto Alegre, jul-dez. 2006.