

NOVAS MODALIDADES DE FAMÍLIA (PLURALIDADE DA FORMAÇÃO FAMILIAR NO DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO).

Diversas são as formas de família que vigem na atualidade. O conceito tradicional mudou, abarcando formas novas. Podemos antever que o modelo prevalente de formação familiar é a família nuclear, ou seja, composta pelos pais e sua prole.

Os arranjos familiares obedecem a uma enorme gama de tipos, a saber: família matrimonial, família formada na união estável, concubinária, monoparental, unilinear, homoafetiva, famílias recompostas, mosaico, pluriparental, anaparental, eudemonista, paralela, unipessoal, homoafetiva, plural, formada nos estados intersexuais, entre outras.

Todas se apresentam com suas peculiares repercussões no campo do direito, tendo em comum o desejo de inserção e de proteção do ser humano, em um *locus* onde possam desenvolver suas potencialidades e peculiaridades, tendo em vista o princípio constitucional do primado da dignidade da pessoa humana.

Nas palavras de Maria Berenice Dias, “despontam novos modelos de famílias mais igualitárias nas relações de sexo e idade, mais flexíveis em suas temporalidades, em seus componentes, menos sujeitos a regras e mais ao desejo”¹.

Nesse sentido, podemos perceber que a formação atual da família obedece aos ditames pessoais, às liberdades

¹

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 38.

individuais, com frontal valorização dos direitos da personalidade e dos direitos humanos.

A Constituição Federal regula a formação familiar em seus arts. 226 e 227, reconhecendo a proteção de três modalidades de família: a família matrimonial, a família formada na união estável e a monoparental.

Em consonância com o momento histórico vigente, vemos que a atual Constituição brasileira protege a supremacia da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); a liberdade, a igualdade (arts. 5º e 3º, IV), visa promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, valorizando o ser humano como sujeito de direito e visando outorgar-lhe, de forma mais ampla, a inserção e o respeito à cidadania. Em suma, a afetividade singrou os mares do reconhecimento formal, funcionando como cimento basilar para a formação familiar e parental na atualidade.

Além da família matrimonial, da família formada na união estável, da família monoparental e da família formada por pessoas do mesmo sexo, e nos estados intersexuais, existem novos conceitos de família, que também se apresentam na pós-modernidade: a família anaparental, a família pluriparental, a família eudemonista, a família paralela, a família unipessoal e a i-family.

A família anaparental, não regulada pelo legislador, pode ser definida como a relação familiar baseada na *affectio* e na convivência mútua, entre pessoas que apresentem grau de parentesco ou não.

O exemplo mais clássico recairia sobre os casos em que duas irmãs – via de regra solteiras ou viúvas – residam juntas e assim amealhem um patrimônio comum.

Para Sérgio Resende de Barros, a noção de família

anaparental baseia-se no afeto familiar, mesmo sem contar com a presença dos genitores. De origem grega, o prefixo “ana” traduz ideia de privação; neste caso, designa a existência da família sem pais².

Aqui inserir-se-ia também a família formada por uma só pessoa, **a família unipessoal**, tendo em vista a proteção do bem de família, e a consequente aplicação da Lei n. 8.009/90 e da Súmula 380 do STF.

Como a Lei n. 8.009/90 não determina expressamente o número de pessoas que devem compor a unidade familiar para sua aplicação, podemos entender que também é possível de ser aplicada à pessoa individualmente considerada, não importando seu estado civil. O sentido social da norma busca garantir a proteção do patrimônio pessoal. Essa finalidade permite desvendar a exata extensão da lei. Caso contrário, sacrificar-se-ia a interpretação teleológica para prevalecer a interpretação literal.

A possibilidade da instituição de bem de família à pessoa sozinha (não apenas a solteira, mas também a viúva, a casada que está separada de fato), por certo, consiste na questão mais intrincada no tema da legitimidade para a instituição do bem de família. É imprescindível a convivência *more uxorio* para se instituir bem de família?

Pensamos que não. Diante de uma perspectiva acentuadamente humanista e pluralista, que atingiu a gênese da formação familiar na pós-modernidade, parece-nos bastante viável reconhecer o direito personalíssimo de não se vincular afetivamente a outra pessoa, sem que, no entanto,

²

BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos humanos da família: princípios operacionais*. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/direitos – humanos-da família-principais-e-operacionais.cont.>>. Acesso em: 29-5-2010.

haja qualquer comprometimento dos direitos reconhecidos àqueles que integrem uma unidade familiar em quaisquer das formas existentes na atualidade.

Nesse sentido, entendemos que inexiste qualquer óbice à instituição do bem de família por pessoa sozinha, como dispõem os arts. 1.711 e 1.722 do CC.

Outra forma de família que vem crescendo na atualidade é a família pluriparental – também denominada família mosaico –, que pode ser entendida como a entidade familiar que surge com a ruptura de anteriores vínculos familiares e a consequente formação de novos vínculos, que incluem os filhos oriundos das relações anteriores, e também aqueles que o casal tem em comum³.

Tem como características principais ser portadora de múltiplos vínculos, ambiguidade de compromissos e interdependência.

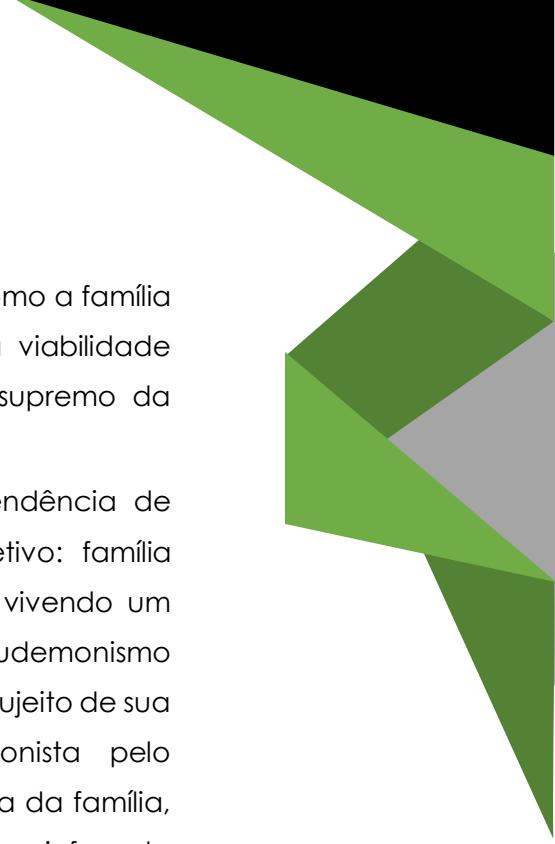
Entendemos, entretanto, que o vínculo que permanece entre os pais e os filhos nas famílias mosaico é de monoparentalidade, mesmo porque permanecem inalteradas as relações parentais – que englobam direitos e deveres – dos pais com os filhos.

A lei pátria confere a possibilidade de adoção pelo companheiro do cônjuge do genitor, configurando a chamada adoção unilateral, à luz do disposto no art. 1.626, parágrafo único, do CC e no art. 41, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), permanecendo, porém, a obrigatoriedade de anuência do pai registral.

Também a família eudemonista desponta no universo

³

O Projeto do Estatuto das Famílias a define no art. 69, § 2º: “Família pluriparental é a constituída pela convivência entre irmãos, bem como as comunhões afetivas estáveis existentes entre parentes colaterais”.



familiar na atualidade. Pode esta ser entendida como a família cuja formação decorre do afeto, ou seja, cuja viabilidade produz felicidade em seus componentes, bem supremo da existência humana.

Assim, "surgiu um novo nome para essa tendência de identificar a família pelo seu envolvimento afetivo: família eudemonista, que busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros. O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido de busca pelo sujeito de sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito, como se infere da primeira parte do § 8º do art. 226 da CF: o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos componentes que a integram"⁴.

Na pós-modernidade, uma modalidade de família que se descortina é a i-family, que pode ser entendida como aquela que nasce e se desenvolve sem o contato físico, mas funda-se por meio da comunicação escrita nos meios virtuais: "o vínculo mantido a distância, dando espaço para que a imaginação projetiva dos apaixonados pudesse ser ainda mais criativa da família"⁵.

A *affectio* – elo entre duas pessoas, evidenciando um estado físico ou moral, uma predisposição do espírito, levando aos reflexos de sua alma – independe da proximidade física. Pode-se estar do outro lado do mundo, sentindo-se mais próximo do que se estivesse na mesma sala.

⁴

DIAS, Maria Berenice. *Manual*, cit., p. 53-54.

⁵

ROSA, Conrado Paulino da. *Ifamily – Um novo conceito de família?* São Paulo: Saraiva, 2013, p. 120.

Nesse sentido, Conrado Paulino da Rosa descreve a i-family como sendo em caráter provisório, quando algum dos integrantes da família se afasta do convívio dos seus por questões de trabalho ou força maior (esse fato pode fazer com que a intensidade da relação aumente, pois a distância física acalma os conflitos do dia a dia), ou pode ser de caráter permanente, uma vez que a família se forma entre pessoas que jamais viveram sob o mesmo teto.

Essa família, sob sua concepção, situar-se-ia na lógica da família eudemonista, da concretização da autonomia do indivíduo e de sua realização afetiva⁶.

A família paralela, por seu turno, é aquela que se forma a despeito do princípio da monogamia, observado no ordenamento legal pátrio. O Código Civil denomina concubinato as relações não eventuais existentes entre homem e mulher impedidos de casar. O art. 1.521 dispõe que não podem casar as pessoas casadas. Preferimos denominar esse concubinato *família paralela*, para diferenciá-lo do concubinato em que existe apenas uma família. Portanto, na família paralela, um dos integrantes participa como cônjuge de mais de uma família.

Caso o impedimento seja o casamento anterior, temos duas situações: será união estável se o casamento foi faticamente desfeito, ou será concubinato se o casamento anterior coexistir com o novo relacionamento. É válido ressaltar que essa modalidade convivencial não é vista com bons olhos pela sociedade.

Dessa forma, “os relacionamentos paralelos, além de receberem denominações pejorativas, são condenados à invisibilidade. Simplesmente a tendência é não reconhecer

⁶ ROSA, Conrado Paulino da. *Ifamily – Um novo conceito de família?*, cit., p. 123-124.

sequer sua existência. Somente na hipótese de a mulher alegar desconhecimento da duplicitate das vidas do varão é que tais vínculos são alocados no direito obrigacional e lá tratados como sociedades de fato. Muitas uniões que persistem por toda uma existência, muitas vezes com extensa prole e reconhecimento social, são simplesmente expulsas da tutela jurídica". E, assim, "negar a existência de famílias paralelas – quer um casamento e uma união estável, quer duas ou mais uniões estáveis – é simplesmente não ver a realidade".

"Já existe na jurisprudência pátria menção significativa de proteção da família paralela para fins de concessão de benefícios patrimoniais. Quando finda a relação afetiva, comprovada a concomitância com o casamento, deve o patrimônio acrescido no período ser dividido, na proporção do tempo da manutenção do duplo vínculo. Fica entretanto preservada a meação da esposa, que se transforma em bem reservado, ou seja, torna-se incomunicável, enquanto a meação do varão será dividida com a companheira, com referência aos bens adquiridos durante o período de convivência, estando o mesmo princípio válido para os casos de duas ou mais uniões estáveis paralelas, quando uma vem constituída antes da outra, sendo portanto o quinhão repartido, em três montantes – restando um terço para o varão e um terço para cada uma das companheiras".

Na hipótese de falecimento do varão casado, a depender do regime de bens, é necessário resguardar em primeiro lugar a meação da viúva. Uma vez apurado o *quantum* do acervo hereditário e excluída a legítima dos herdeiros, a parte disponível deve ser dividida com a companheira, com expressa referência aos bens adquiridos durante o período do convívio.

Quando, por outro lado, há a morte da companheira, seus herdeiros vêm a juízo buscar o reconhecimento da união

estável.

Assim, deixar de reconhecer a família paralela como entidade familiar leva à exclusão dos direitos no âmbito do direito de família e das sucessões.

É de ressaltar que a jurisprudência, em sua maior parte, nega o reconhecimento dessa modalidade de família, não a identificando como união estável. Quando muito há o reconhecimento de uma sociedade de fato, partilhando-se os bens adquiridos nesse período desde que comprovada a efetiva participação para sua aquisição.

A pós-modernidade abrange uma gama enorme de formações familiares, em que a realização pessoal, o desenvolvimento das intrínsecas potencialidades do ser humano e a consagração da sua dignidade ocupam o *locus* central. Assim, suas antigas funções basilares de preservação econômica, política, religiosa ou reprodutiva passam a ocupar um lugar secundário.

Quanto ao tema, há uma decisão provisória em sede do STF que se ocupa do tema de reconhecimento de efeitos previdenciários das uniões estáveis paralelas ou concomitantes (Tema 529).

Em setembro de 2019 iniciou-se a sua análise, em sede do Recurso Extraordinário 1.045.273/SE, que analisa a concomitância de uma união estável homoafetiva com uma outra união.⁷

⁷ O voto dos ministros Luiz Edson Fachin, Marco Aurélio e Rosa Weber dá -se no sentido de que são possíveis efeitos previdenciários para os companheiros de boa-fé nas uniões estáveis plúrimas. Os ministros Barroso e Cármen Lúcia votaram também pelo reconhecimento desses efeitos, mas sem a necessidade da boa-fé, pois prevalece a equidade que deve guiar o Direito Previdenciário. Já os

Na questão em tela não se analisa a concomitância de casamento e de concubinato (ou união estável), posto que é objeto de outro processo no STF, também em repercussão geral (Recurso Extraordinário 883.168/SC - Tema 526) -, mas analisa-se a possibilidade de existência de várias uniões estáveis ao mesmo tempo.

Essas duas questões, de grande repercussão para o Direito de Família e também das Sucessões, devem ser analisadas no próximo ano.

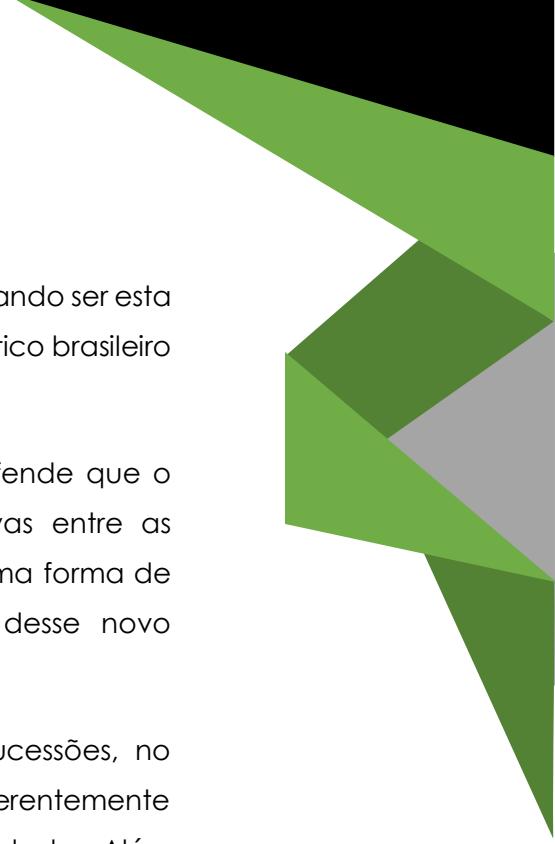
Na realidade brasileira houve também a tentativa de regulamentação das uniões plurimais denominadas poliamorismo.

O Conselho Nacional de Justiça está discutindo uma nova questão surgida das uniões entre pessoas: o poliamor, ou seja, a possibilidade de se legalizar a união estável envolvendo mais de duas pessoas.

Em CNJ deve orientar os cartórios sobre o comportamento diante de uma solicitação desse tipo, com pedidos de reconhecimento familiar por famílias que sejam compostas por três ou mais pessoas. Assim, determinou que as Corregedorias-Gerais de Justiça proíbam os cartórios de seus respectivos estados de lavrar escrituras públicas para registrar uniões poliafetivas.

As entidades ligadas ao Direito de Família, no entanto, se manifestam de forma contrária à autorização de uma família

Ministros Alexandre de Moraes, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski entenderam pela impossibilidade de se reconhecer quaisquer efeitos previdenciários nas uniões concomitantes, diante do princípio da monogamia, que se aplica plenamente à união estável. Até o momento, a votação está em 5 a 3, pelo reconhecimento de efeitos previdenciários nas uniões estáveis concomitantes. Ainda faltam julgar os Ministros Dias Toffoli - que pediu vista -, Luiz Fux e Celso de Mello.



a partir da união estável de poliafetivos, considerando ser esta inconstitucional, uma vez que o estado democrático brasileiro é alçado na monogamia.

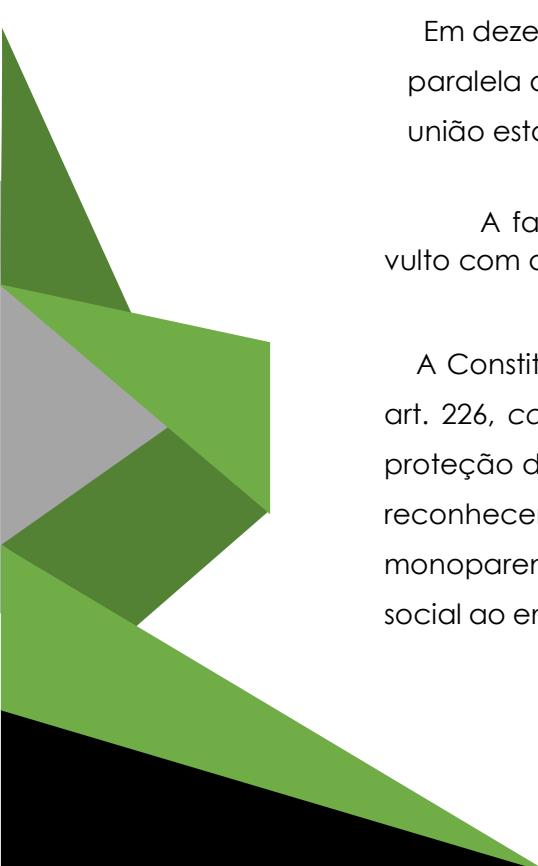
O Instituto Brasileiro de Direito de Família defende que o Estado não deve interferir em relações afetivas entre as pessoas. Para o IBDFAM, a união estável seria uma forma de reconhecimento dos direitos dos integrantes desse novo modelo familiar.

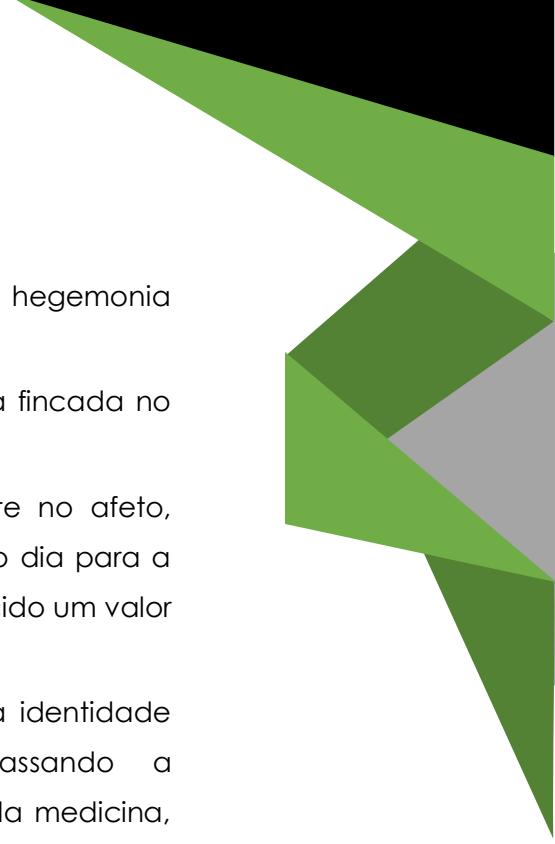
A Associação de Direito de Família e das Sucessões, no entanto, considera que a união poliafetiva, diferentemente da união homoafetiva, não é aceita pela sociedade. Além disso, a monogamia é uma norma de relacionamento em países com altos índices de desenvolvimento. Segundo a entidade, os piores índices de desenvolvimento humano ocorrem exatamente nos países que permitem a poligamia, com na África e no Oriente Médio. A entidade ainda manifestou sua preocupação com a partilha de pensões previdenciárias e com a divisão de contrato em associações.

Em dezembro de 2020 o STF considerou ilegítima a existência paralela de duas uniões estáveis ou de um casamento e uma união estável, inclusive para efeitos previdenciários.

A família formada por pessoas do mesmo sexo, tomou vulto com a evolução dos tempos.

A Constituição Federal ofereceu proteção à família em seu art. 226, caput: "a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado"; estendeu essa proteção à união estável, reconhecendo-a como entidade familiar (§ 3º), e à família monoparental (§ 4º), produzindo uma profunda revolução social ao emprestar juridicidade a novas formas de vínculos não





sacramentados pelo matrimônio, quebrando a hegemonia deste para a formação da família.

Assim, mais uma vez temos a base da família fincada no afeto natural entre dois seres.

A família homoafetiva funda-se basicamente no afeto, cuja importância e valorização está na ordem do dia para a proteção da pessoa humana, sendo-lhe reconhecido um valor jurídico⁸.

Preliminarmente, temos que no que tange à identidade sexual, sua essência é multifacetada, passando a determinação de sua conjuntura pelos campos da medicina, da sociologia, da psicologia, da filosofia, e, logicamente, do direito.

Pode-se definir o homossexual como aquele que manifesta uma variação do impulso sexual e da afetividade, uma vez que, em maior ou menor grau, sente-se atraído sexual e afetivamente por pessoas do mesmo sexo.

Ele “relaciona-se sexualmente, quer de fato, quer de forma fantasiosa, imaginária, com parceiros pertencentes ao mesmo sexo que o seu, mantendo-se, todavia, satisfeito com seu sexo biológico”⁹.

A homossexualidade tece contornos à delimitação da personalidade do indivíduo, dando-lhe uma forma concreta que em muitas vezes exige que ele trilhe um caminho muito particular, sendo que “a descoberta da própria homossexualidade é em geral um momento significativo no

⁸

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Direito das famílias*, cit., p. 18 e 23.

⁹

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Direito das famílias*, cit., p. 123 e 209.

desenvolvimento da personalidade"¹⁰.

É uma construção social que se estabelece em virtude de um processo interativo de classificação social e autoidentificação¹¹.

Diversos fatores são predisponentes à homossexualidade: genéticos, hormonais, ambientais, psicológicos, relacionais. Exprimem tanto a ideia de semelhança, igualdade ou analogia com o sexo que o indivíduo almeja ter quanto significa a expressão da sexualidade com outra pessoa do mesmo gênero que o seu.

Assim, a formação da família composta por pessoas do mesmo sexo alcançou dimensão internacional, e fundamentase, além de questões biológicas e comportamentais, nos princípios da dignidade humana, da igualdade e da não discriminação, previstos na Carta Constitucional.

Quanto aos aspectos legais, temos que no Brasil, inicialmente, a família composta por pessoas do mesmo sexo apresentava muita resistência ideológica, doutrinária e legal. Isso porque, numa visão histórica de interpretação restritiva, os documentos legais apenas admitiam o casamento ou a constituição de união estável entre pessoas de sexos diferentes, e, ainda, não reconhecendo, de forma expressa, a possibilidade do reconhecimento do *status familiae* aos homossexuais.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, reconhece como família aquela fundada no casamento (§§ 1º e 2º), na

¹⁰

Harvard Law Review. – Sexual orientation and law, USA, 1990, p. 2; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Direito das famílias*, cit., p. 209.

¹¹

CLERGET, Stéphane. *Comment devient-on homo ou hétéro*. Paris: JCLattès, 2006, p. 74.

união estável (§ 3º) ou na monoparentalidade (§ 4º), nada referindo expressamente à formação da família por homossexuais.

Diferentemente do Código Civil de 1916, que reconhecia a família somente se constituída em face do casamento, o Código Civil de 2002 (arts. 1.723 a 1.727) reconhece a união estável como entidade familiar, embora o texto legislativo mencione a necessidade da dualidade de sexos.

No que respeita ao casamento, o Código Civil dispõe que "se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados" (art. 1.514).

Quanto à união estável, determina: "é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família" (art. 1.723).

Valendo-se de uma interpretação literal, nenhum dos dois diplomas estendeu sua proteção ao homossexual, apesar de a Constituição da República vedar expressamente a discriminação em face da opção sexual (art. 3º, IV), consagrando também no art. 5º, *caput*, o princípio da igualdade e, no seu inciso X, o direito à intimidade – que pode ser entendida como o exercício do direito e da prática sexual livres de discriminação –, e a valorização como cânones fundamentais, da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III).

O Judiciário, adotando uma postura mais liberal, diante da falta de previsão legal, vem assegurando direitos aos parceiros homoafetivos.

Paulo Luiz Netto Lôbo pondera, por outro lado, que os tipos de entidades familiares contidos no art. 226 e seus parágrafos da CF são meramente exemplificativos, pois o *caput* do referido

artigo traz consignado um conceito amplo e indeterminado de família: “a norma de exclusão do art. 226 da Constituição Federal apenas poderia ser excepcionada se houvesse outra norma de exclusão explícita de tutela dessas uniões; a ausência de lei que regulamente essas uniões não é impedimento para sua existência, pois as normas do art. 226 são autoaplicáveis, independentemente de regulamentação”¹².

No entender de Miguel Reale, “a matéria não é de Direito Civil, mas sim de Direito Constitucional, porque a Constituição institucionalizou a união estável entre o homem e a mulher. Para cunhar-se a união estável dos homossexuais, seria preciso mudar a Constituição”. Logo, somente uma Emenda Constitucional teria competência para estender os mesmos direitos já conferidos à família e às entidades familiares às parcerias homossexuais¹³.

Em 2003, o Senador Sérgio Cabral (PMDB/RJ) apresentou à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado uma proposta de emenda à Constituição, de n. 70, que visava alterar o § 3º do art. 226 da Constituição, o que possibilitaria a inclusão dos casais homossexuais como entidade familiar reconhecida pelo Estado, excluindo-se, todavia, a possibilidade de casamento, com a seguinte redação: “para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre casais heterossexuais ou homossexuais como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento quando

¹²

LÔBO, Paulo. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. Família e cidadania. *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM/OAB-MG, 2002, p. 95 e 105.

¹³

REALE, Miguel. *O Projeto do novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 172.

existente entre o homem e a mulher"¹⁴.

No Brasil, "os reflexos das relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo estendiam-se pelo direito previdenciário, direito eleitoral, direito das obrigações e finalmente chegaram no direito de família"¹⁵.

A evolução dos costumes levou ao entendimento de que a convivência *more uxorio* independe da orientação sexual das partes para se configurar, e demonstra-se a *affectio maritalis*, fundamental no sentido de se estabelecer a comunhão de vida em toda a sua plenitude.

Tendo em vista a mudança de paradigma quanto ao estabelecimento das relações familiares, o Projeto de Lei n. 6.960/2002, apresentado pelo Deputado Ricardo Fiúza, e o Projeto de Lei n. 276/2007, reapresentado pelo Deputado Léo Alcântara, visavam à alteração de diversos dispositivos do Código Civil, aludiam aos efeitos civis da união entre pessoas do mesmo sexo, trazendo a proposta de aplicação das disposições contidas nos referidos artigos atinentes à união estável no Código Civil brasileiro às uniões entre pessoas que vivam com economia comum, de forma pública e notória, desde que não contrariem a ordem pública e os bons costumes, observadas as disposições constitucionais¹⁶.

Recorrendo à interpretação evolutiva da norma e ao uso

¹⁴

O Projeto foi arquivado em 20 de outubro de 2006.

¹⁵

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil*, cit., p. 64-68. À luz do direito previdenciário, as Instruções Normativas n. 25/2000, 50/2001 e 57/2001 do INSS preveem benefícios de pensão por morte e auxílio-reclusão ao companheiro homossexual. A Instrução Normativa n. 25/2000, de 7-6-2000, veio a disciplinar a matéria, fundamentada na Ação Civil Pública n. 20007100009347-0.

¹⁶

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Código Civil comentado*, cit., p. 1893.

da analogia, pode-se entender que existe uma íntima identidade fática no que tange à união estável entre o homem e a mulher e a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Para Luiz Edson Fachin, "considera-se possível afastar-se da regra constitucional a diferenciação do sexo para o reconhecimento de uma união estável. Assim, pioneiras decisões jurisprudenciais vêm, a seu modo e sob certas limitações, garantindo efeitos de sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo"¹⁷.

E assim, com a mudança de paradigmas que atingiu a configuração da família na atualidade, novos valores vem-se afirmando, com a valorização da dignidade da pessoa humana, a igualdade entre os gêneros, a liberdade individual, a afetividade embasando as relações familiares e a não discriminação.

E, assim, a família homoafetiva fixa-se atendendo aos reclamos de um mundo plural.

Quanto aos Principais projetos de lei referentes ao tema, temos:

Com o intuito de regulamentar as relações entre pessoas do mesmo sexo, encaminhou a então Deputada Marta Suplicy (PT/SP), em 1995, a Proposta de Emenda à Constituição n. 139, visando inserir entre os objetivos principais do Estado a promoção do bem de todos, sem preconceito de orientação sexual e, para tanto, alterar os arts. 3º e 7º da Carta Constitucional, regulamentando a nominada união civil de pessoas do mesmo sexo.

17

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 99. Existem na jurisprudência pátria julgados tanto reconhecendo o *status familiae* aos parceiros homossessuais quanto outros, atribuindo à relação os efeitos decorrentes da sociedade de fato, ou seja, presente no direito das obrigações.

O **Projeto de Lei n. 1.151/95**, que tramitava no Congresso Nacional como Parceria Civil Registrada entre Pessoas do Mesmo Sexo, visava disciplinar a “união civil entre pessoas do mesmo sexo”. Sua finalidade precípua era garantir aos homossexuais direitos fundamentais e direitos patrimoniais, não tendo, entretanto, o intuito de equiparar a união homoafetiva ao casamento.

Foi substituído pelo **Projeto de Lei n. 1.151-A/97**, de autoria do então Deputado Roberto Jefferson, e adotado pela Comissão Especial em 10 de dezembro de 1996. Esse projeto substitutivo pouco altera o projeto original, mas acrescenta-lhe o reconhecimento da parceria civil, de acordo com a designação adotada pela nova redação, para fins de preferência de concessão de vistos de permanência, no País, de estrangeiros que convivam com brasileiros no regime de parceria registrada; e a atribuição da condição de dependente para fins de legislação previdenciária e de composição de renda para a aquisição de casa própria¹⁸.

O **Projeto de Lei n. 5.252, de 2001**, também de autoria do ex-deputado Roberto Jefferson, pretende criar e disciplinar o pacto de solidariedade, inspirado na legislação francesa. Ora em trâmite no Senado Federal, esse projeto destitui expressamente a orientação sexual como elemento de cunho discriminatório, podendo, como nos modelos europeus, o estabelecimento de um pacto entre pessoas do mesmo sexo ou de sexo diferente. Outorga direitos sucessórios; benefícios previdenciários; direito à nacionalidade, no caso de estrangeiros que tenham como parceiros cidadã ou cidadão brasileiro; proteção patrimonial, estabelecendo, assim, direitos

às várias entidades familiares.

Entretanto, como o *Pacte Civil de Solidarité* (PACS) francês, não cria elos de família entre as partes, não lhes impõe, por via de consequência, nenhum efeito de natureza pessoal, como dever de fidelidade, de coabitação ou de adoção. Seus maiores efeitos são de cunho patrimonial, apresentando uma natureza eminentemente contratual.

Por iniciativa do Deputado Sérgio Barradas Carneiro (PT/BA) foi apresentado um **Projeto de Lei de n. 2.285/2007**, denominado Estatuto das Famílias, que traduz os valores basilares que estão consagrados nos princípios que afluem dos arts. 226 a 230 da CF. A denominação utilizada, “Estatuto das Famílias”, contempla melhor a opção constitucional de proteção das variadas entidades familiares existentes na contemporaneidade. Anteriormente, apenas a família formada pelo casamento, única modalidade legítima de família, era objeto do direito de família.

O Estatuto sistematiza as regras especiais do casamento, da união estável, da união homoafetiva e da família parental, em que se inclui a família monoparental, tendo em vista que a Constituição da República atribui a todas as entidades familiares a mesma dignidade e igual merecimento de tutela, sem hierarquia entre elas.

Projeto de Lei n. 4.914/2009. Sobre união estável entre pessoas do mesmo sexo, foi apresentado pelo Deputado José Genoíno (PT/SP), e cuja ação é de iniciativa da Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros (ABGLBT), por meio do Projeto Aliadas, e da Frente Parlamentar pela Cidadania GLBT. Tem por finalidade sanar a lacuna legislativa que existe para regular as uniões entre pessoas do mesmo sexo. Não visa converter a união estável em casamento, mas sim conferir garantia aos direitos civis, à população GLBT. Sua

importância reside no fato de que, em vez de buscar a criação de um novo instituto jurídico – união ou parceria civil –, trabalha com a equidade entre os direitos de heterossexuais e homossexuais, do ponto de vista da união estável.

Existe, ainda, concernente ao reconhecimento da família formada por pessoas do mesmo sexo, a concepção de Maria Berenice Dias, para quem, “a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06) insere no sistema jurídico as uniões homoafetivas, uma vez que estabelece, à luz dos arts. 2º e 5º, no âmbito da violência doméstica, o conceito de que as uniões de pessoas do mesmo sexo sejam entidades familiares, alargando assim o conceito de família, não mais valorizando o componente de natureza sexual para sua formação”. “Ainda que a lei tenha por finalidade proteger a mulher, acabou por cunhar um novo conceito de família, independente do sexo dos parceiros”. Para ela, “possui amparo legal a proteção da mulher, sem nenhuma exclusão fática distintiva, ou seja, sem distinguir sua orientação sexual, encontra proteção a lésbica, a travesti, a transexual que mantenha relação íntima de afeto em ambiente familiar ou de convívio”, não sendo mais cabível o questionamento da natureza dos vínculos formados por pessoas do mesmo sexo¹⁹.

Pensamos, entretanto, com Ivete Senise Ferreira, que a citada Lei Maria da Penha inovou no campo legislativo pátrio, uma vez que não havia anteriormente uma lei específica sobre a violência doméstica contra a mulher. Nesse sentido, conceitua a violência doméstica e familiar em seu art. 5º, bem retratando que independe da orientação sexual dos partícipes. Dispõe, em seu art. 6º, que a violência doméstica contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos

¹⁹

DIAS, Maria Berenice. *Manual*, cit., p. 190-191.

humanos (tutelada por diversas Convenções internacionais)²⁰.

Concluímos, portanto, que primaz é o reconhecimento no ordenamento jurídico nacional da união homoafetiva, pois a situação jurídica das relações homoafetivas permaneciam desprotegidas, valendo-se de decisões casuísticas do Judiciário para o seu reconhecimento.

O caminho trilhado para o reconhecimento da família homoafetiva no Brasil foi outro. Em 5 de maio de 2011, foi julgada a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, com relatoria do Min. Ayres Britto, em sede do STF. O resultado unânime foi no sentido de reconhecer a união estável entre casais do mesmo sexo como entidade familiar. Com essa mudança, o Supremo cria um precedente que pode ser seguido pelas outras instâncias da Justiça e pela Administração Pública, resguardando-se ao Congresso Nacional a regulamentação legal dos efeitos dessa decisão.

A extensão dos efeitos da união estável aos casais homossexuais, no entanto, não foi delimitada pelo tribunal. “Durante o julgamento, o Ministro Ricardo Lewandowski foi o único a fazer uma ressalva, ao afirmar que os direitos da união estável entre homem e mulher não devem ser os mesmos destinados aos homoafetivos. Um exemplo é o casamento civil”²¹.

As ações foram ajuizadas na Corte, respectivamente, pela Procuradoria-Geral da República e pelo Governador do Rio de

²⁰

FERREIRA, Ivete Senise. Comentários à Lei n. 11.349 (Lei Maria da Penha), in *A mulher e a justiça*, cit., p. 100.

²¹

Supremo reconhece união estável para casais homossexuais. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/05>>. Acesso em: 8-7-2011.

Janeiro, Sérgio Cabral. O relator das ações votou no sentido de dar interpretação conforme à Constituição Federal para excluir qualquer significado do art. 1.723 do CC que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, argumentando que o art. 3º, IV, da CF veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor, e que, portanto, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual.

Representou a decisão em tela um passo decisivo para o reconhecimento da família formada por pessoas do mesmo sexo no Brasil.

Em 25 de outubro de 2011 o STJ foi ainda mais longe, ao autorizar o casamento de duas mulheres no sul do País. A decisão, pensamos, confere um precedente fortíssimo para a conversão da união estável homoafetiva em casamento (REsp 1.183.378/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 25-10-2011, DJe, 1º-2-2012).

A nosso ver, ambas as decisões trazem gravadas intensas consequências em matéria de filiação, permitindo a adoção de menores por casais homoafetivos, dando-lhes o direito ao acesso às técnicas de reprodução assistida, nos termos da Resolução n. 2.013/13 do CFM, bem como o direito a figurar nas famílias multiparentais, entre outros.

Foi aprovada a Resolução n. 175, em 14 de maio de 2013, durante a 169ª Sessão Plenária do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), uma resolução que obriga os cartórios de todo o país a registrar o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. A norma também determina que sejam convertidas em casamento as uniões estáveis homoafetivas registradas previamente.

Para o Conselheiro Guilherme Calmon, “A Resolução veio em uma hora importante. Não havia ainda no âmbito das

corregedorias dos Tribunais de Justiça uma uniformidade de interpretação e de entendimento sobre a possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo e da conversão da união estável entre casais homoafetivos em casamento". Nesse sentido, "alguns estados reconheciam, outros não. A Resolução consolida e unifica essa interpretação de forma nacional e sem possibilidade de recursos".

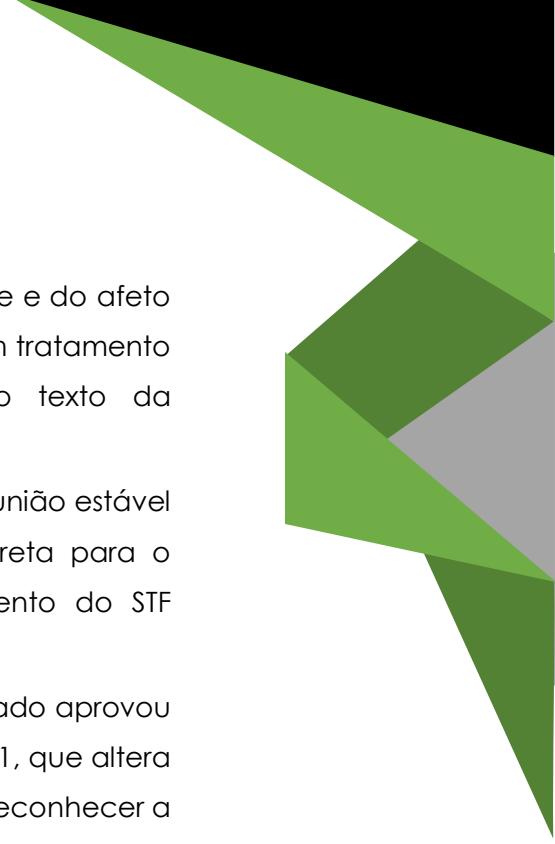
Caso algum cartório não cumpra a Resolução do CNJ, o casal interessado poderá levar o caso ao conhecimento do juiz corregedor competente para que ele determine o cumprimento da medida. Além disso, poderá ser aberto processo administrativo contra a autoridade que se negar a celebrar ou converter a união estável homoafetiva em casamento²².

A proposta de resolução foi feita pelo então presidente do CNJ e do Supremo Tribunal Federal (STF), Ministro Joaquim Barbosa, e foi aprovada por 14 votos a um. Desta forma, a resolução era necessária para dar efetividade à decisão tomada pelo STF em maio de 2011, que reconheceu o mesmo direito de união civil aos homossexuais. O ministro lembrou que a decisão do tribunal teve efeito vinculante, ou seja, deve ser seguida por todos os setores do Judiciário e da administração pública.

Assim, segundo a Resolução, "É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo". "A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis."

²²

Disponível em: <<http://www2.stf.jus.br/portalstfinternacional/cn>>. Acesso em: 29-1-2015.



O STF afirmou que a expressão da sexualidade e do afeto homossexual não pode servir de fundamento a um tratamento discriminatório, que não encontra suporte no texto da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, a possibilidade de converter a união estável homoafetiva em casamento e a habilitação direta para o casamento são uma consequência do julgamento do STF equiparando esses direitos aos dos heterossexuais.

A Comissão de Constituição e Justiça do Senado aprovou em 8 de março de 2017 o Projeto de Lei n. 612/2011, que altera o Código Civil em seus artigos 1.723 e 1.726 para reconhecer a união estável entre pessoas do mesmo sexo. O referido projeto segue em análise na Câmara dos Deputados.

Quanto à família formada nos estados intersexuais, temos inseridos as figuras do transexuais, dos intersexuais e demais identidades de gênero.

Em relação ao transexual, este pode ser entendido como aquele que apresenta um desvio psicológico que o faz acreditar pertencer ao sexo oposto ao seu sexo biológico originário.

A questão permeia os direitos da personalidade, uma vez que se situa na esfera do direito à vida, notadamente no que tange à felicidade pessoal, fim precípuo do Estado; o direito à identidade de gênero; à intimidade; à livre expressão sexual; à integridade física e psíquica; ao recato; à privacidade, entre outros que visam possibilitar a inserção plena do indivíduo na sociedade à qual pertence²³.

Javier Galiacho Perona concebe a transexualidade como

²³

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Novas modalidades*, cit., p. 176.

um fenômeno conhecido desde a Antiguidade, difundido na atualidade graças ao avanço da ciência, notadamente pela realização da cirurgia de redesignação sexual²⁴.

À luz das pesquisas científicas, sobretudo no campo da medicina, nenhum ser é totalmente homem ou mulher; em cada um há um *quantum* do sexo oposto que é geralmente encoberto pela maior quantidade de hormônios do próprio sexo. Contudo, algumas vezes, podem ocorrer anomalias que se caracterizam pelo fato de o outro sexo se manifestar na estrutura física, no comportamento ou em ambos.

Nesse sentido, aceita-se, hoje, a existência de uma graduação de vários estados sexuais, compreendidos em dois pontos distintos e extremos: “o homem e a mulher, podendo-se identificar o sexo dos indivíduos de diversas maneiras preponderantes: o sexo *morfológico*, pelo exame dos órgãos genitais e das gônadas, ressalva feita aos casos de intersexualidade; o sexo *cromossômico ou genético*, pela análise dos cromossomos (conformação XX na mulher ou XY no homem); o sexo *nuclear*, estabelecido pelo exame da cromatina sexual (o sexo *cromatínico* aponta para características feminizantes, ausentes nos cromossomos masculinos, o corpúsculo de Baar); o sexo *psicológico ou social*, definido pelo comportamento do indivíduo; o sexo *jurídico*, que se estabelece em face das relações assumidas na vida jurídica; o sexo *hormonal*, que se apresenta em face dos hormônios circulantes provenientes das glândulas性ais, sexo *gonadal*, que por sua vez indicam todos os caracteres morfológicos do homem e da mulher, e o sexo *exagonadal*, constituído por outras glândulas, como a tireoide e a epífise, cuja função é

²⁴

PERONA, Javier López Galiacho. *La problemática jurídica de la transexualidad*, Madrid: McGraw-Hill, 1998, p. XIX.

atribuir ao indivíduo outros traços de masculinidade ou feminilidade".

Considera-se na literatura especializada o sexo hormonal como o verdadeiro sexo, uma vez que os hormônios sexuais condicionam a evolução dos caracteres sexuais somáticos, funcionais e psíquicos²⁵.

Para Roberto Farina, "a transexualidade é o mais alto grau de desvio sexual; em face dela, quatro são as teorias que visam esclarecer a origem da transexualidade: a genética, a fenotípica, a psicogênica – ligada à identificação com seu sexo originário, derivada da educação transmitida pelos pais –, e a eclética"²⁶.

Para Luiz Alberto David Araújo, o transexualismo representa uma alteração da psique, que dificulta e muitas vezes inviabiliza a plena integração do indivíduo na sociedade²⁷.

Envolve homens ou mulheres que estão profundamente convencidos de pertencerem ao sexo oposto de seu sexo biológico; tanto isso é verdadeiro que na maioria dos casos o tratamento psicológico é inócuo (na prática, menos de 1% deles apresenta sinais de intersexualidade física)²⁸.

²⁵

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Novas modalidades*, cit., p. 176-177; SUTTER, Matilde Josefina. *Determinação e mudança de sexo: aspectos médico-legais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 27-45; SZANIAWSKI, Elimar. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 37-40.

²⁶

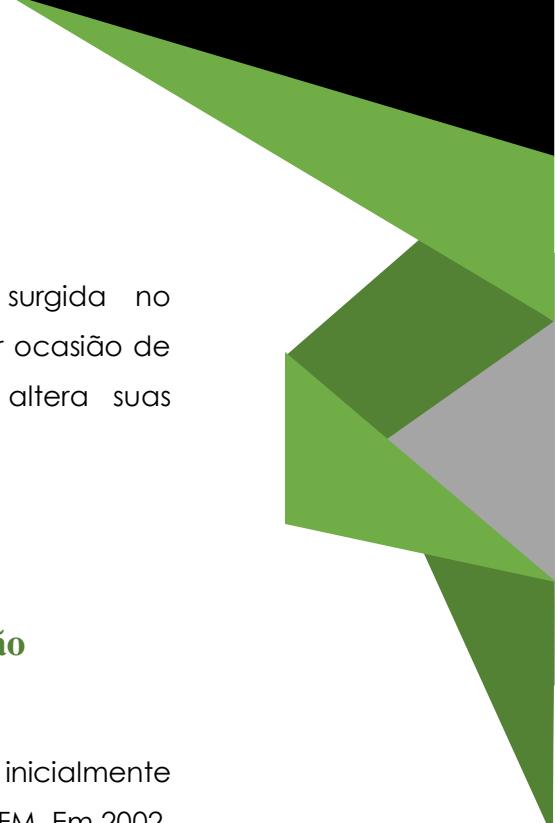
FARINA, Roberto. *Transexualismo*: do homem à mulher normal através dos estudos de intersexualidade e das parafiliais. São Paulo: Novolunar, 1992, p. 136-141, apud SUTTER, Matilde J. *Determinação*, cit., p. 112.

²⁷

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

²⁸

FRIGNET, Henry. *O transexualismo*. Rio de Janeiro: Companhia de Freud Ed., 2000, p.



O transexual apresenta uma anomalia surgida no desenvolvimento da estrutura nervosa central, por ocasião de seu estado embrionário, que, contudo, não altera suas atividades intelectuais²⁹.

A cirurgia de transgenitalização

A operação de mudança de sexo recebeu inicialmente amparo legal pela Resolução de n. 1.492/97, do CFM. Em 2002, o Conselho Federal de Medicina aprova nova Resolução, de n. 1.652, que amplia o já disposto na Resolução anterior, revogando-a expressamente³⁰.

Foi então editada a Resolução n. 1.955/2010 do CFM, que revoga a Resolução anterior, de 2002, e dispõe sobre a cirurgia de transgenitalização.

Como técnica, a cirurgia conversiva pode ser realizada tanto de mulher para homem como no inverso. O tratamento clínico do transexual se inicia com a aplicação de hormônios. O hormônio feminino aplicado em homens arredonda suas formas, aumenta as mamas e retarda o crescimento da barba; as mulheres que recebem hormônios masculinos veem engrossar a voz, surgir a barba e aumentar a musculatura. Segue-se, então, a cirurgia. Na transformação do homem para

123.

²⁹

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 267.

³⁰

RAMSEY, Gerald. *Transexuais*. São Paulo: Ed. GLS, 1996, p. 190-191.

mulher, o pomo de Adão é reduzido pela retirada da cartilagem da laringe, são feitas plásticas no nariz e nas faces; na parte genital, os testículos e o tecido interior do pênis são removidos e é feita uma abertura no períneo para funcionar como vagina, que é revestida com o tecido que sobrou da remoção do pênis; e o escroto vazio é utilizado para remodelar os lábios vaginais.

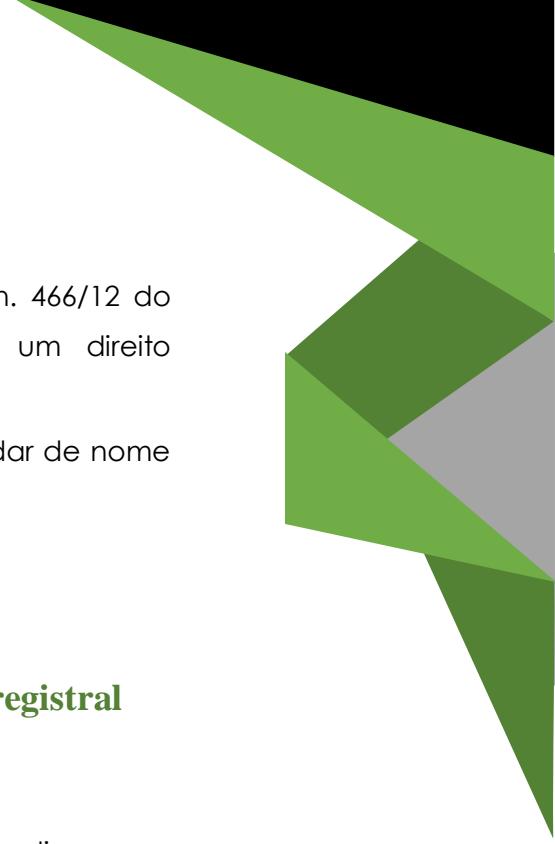
A operação mulher para homem é mais complexa. Começa com a remoção das mamas, depois extraem-se os ovários e o útero, passando, em seguida, à feitura do pênis artificial. No interior deste é colocada uma prótese, um osso, uma cartilagem, que conferem ao órgão uma posição semiereta e rigidez suficiente para permitir a realização do ato sexual³¹.

Conforme disposição expressa da Resolução n. 1.955/2010, está liberada eticamente aos médicos a realização da cirurgia transgenital em pacientes maiores, capazes, que se sintam em desconforto com seu sexo originário, desde que tenham sido submetidos a terapia por, no mínimo, dois anos e que venham recebendo acompanhamento de equipe multidisciplinar (em que convivem como ser do sexo oposto antes da realização cirúrgica); devem também apresentar o desejo compulsivo de eliminar a genitália externa, perder os caracteres primários e secundários do sexo originário e adquirir os do outro sexo, apresentar distúrbio de identidade sexual de forma contínua, por, no mínimo, dois anos, além da ausência de outros transtornos mentais.

Para a realização da cirurgia é necessário o consentimento

³¹

RAMSEY, Gerald. *Transexuais*, cit., p. 144-149.



livre e informado de acordo com a Resolução n. 466/12 do Conselho Nacional de Saúde, representando um direito personalíssimo do paciente.

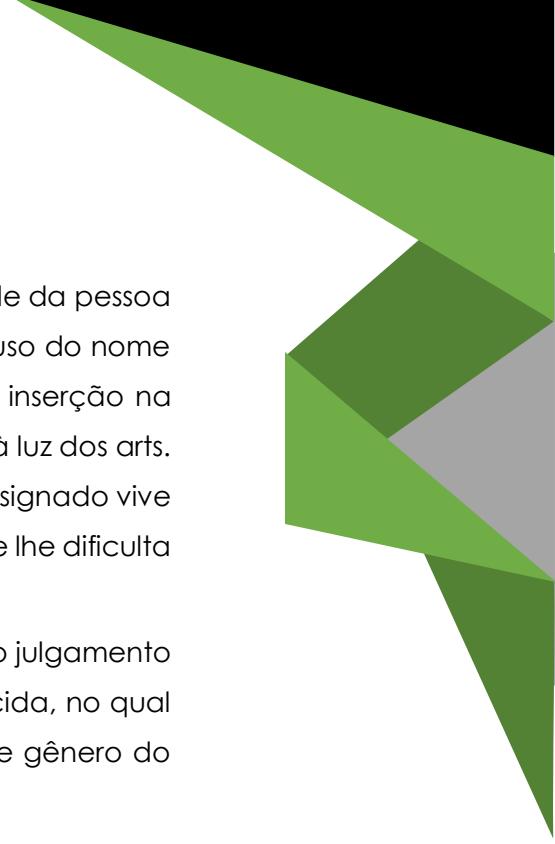
Em 2018 o STF autorizou a pessoa trans a mudar de nome sem fazer a cirurgia de redesignação sexual.

A possibilidade de alteração do assento registral

Uma vez realizado o diagnóstico de transexualismo e a consequente cirurgia de redesignação sexual, o próximo passo é a alteração do assento registral para viabilizar a reinserção do transexual na vida em sociedade.

À luz do art. 58 da Lei de Registros Públicos, o prenome é imutável, por ser princípio de ordem pública; porém, poderá ser alterado quando expuser o seu portador ao ridículo, devendo, para tanto, ser analisado no conjunto em que se insere se causa embaraços na vida pessoal do indivíduo; ou quando houver apelido público e notório que venha a substituir o nome no ambiente social da pessoa, desde que não haja expressa proibição legal para o feito ou seja este empregado em atividades ilícitas.

Existe uma possibilidade legal de se proceder à alteração do prenome individual por motivo de modificação cirúrgica do sexo da pessoa. Com a entrada em vigor da Lei 9.708/98, alterando o art. 58 da Lei n. 6.015/73, o transexual operado teria base legal para alterar o seu prenome, substituindo-o pelo apelido público e notório pelo qual é conhecido no meio em que vive, desde que não prejudique este, visando assegurar, assim, os direitos básicos da cidadania.



A questão está diretamente ligada à dignidade da pessoa humana, e aos seus direitos de cidadão. Impor o uso do nome do outro sexo à pessoa operada sujeitá-la à não inserção na sociedade, isso fere os princípios da justiça social, à luz dos arts. 1º, III, e art. 3º, IV, da CF, pois o transexual não redesignado vive em situação de incerteza, angústia e conflito, o que lhe dificulta a plena inserção social.

Em maio de 2017 o Plenário do STJ começou o julgamento do RE n. 670.422, com repercussão geral reconhecida, no qual se discute a possibilidade de alteração registral de gênero do transexual mesmo sem a realização da cirurgia.

"Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. REGISTROS PÚBLICOS. REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS. ALTERAÇÃO DO ASSENTO DE NASCIMENTO. RETIFICAÇÃO DO NOME E DO GÊNERO SEXUAL. UTILIZAÇÃO DO TERMO TRANSEXUAL NO REGISTRO CIVIL. O CONTEÚDO JURÍDICO DO DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL. DISCUSSÃO ACERCA DOS PRINCÍPIOS DA PERSONALIDADE, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, INTIMIDADE, SAÚDE, ENTRE OUTROS, E A SUA CONVIVÊNCIA COM PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA VERACIDADE DOS REGISTROS PÚBLICOS. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL.

O Tribunal, por maioria, reputou constitucional a questão, vencido o Ministro Teori Zavascki. O Tribunal, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencido o Ministro Teori Zavascki. Ministro Dias Toffoli, Relator.

Possibilidade de alteração de gênero no assento de registro civil de transexual, mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo".

Também em sede do STF, o RE n. 845.779-RG/SC tratou do tema:

"TRANSEXUAL. PROIBIÇÃO DE USO DE BANHEIRO FEMININO EM SHOPPING CENTER. ALEGADA VIOLAÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A DIREITOS DA PERSONALIDADE. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. O recurso busca discutir o enquadramento jurídico de fatos incontroversos: afastamento da Súmula 279/STF. Precedentes. 2. Constitui questão constitucional saber se uma pessoa pode ou não ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente, pois a identidade sexual está diretamente ligada à dignidade da pessoa humana e a direitos da personalidade 3. Repercussão geral configurada, por envolver discussão sobre o alcance de direitos fundamentais de minorias – uma das missões precípuas das Cortes Constitucionais contemporâneas –, bem como por não se tratar de caso isolado.

O Tribunal, por maioria, reputou constitucional a questão, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Teori Zavascki. Não se manifestaram os Ministros Gilmar Mendes e Cármem Lúcia. O Tribunal, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Teori Zavascki. Não se manifestaram os Ministros Gilmar Mendes e Cármem Lúcia. Ministro Roberto Barroso, Relator.

Possibilidade de uma pessoa, considerados os direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana, ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente" (STF, Pleno, RE 845.779-RG/SC, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 13-11-2014).

A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.275 defende que pessoas trans tenham o direito de mudar o nome e o gênero de seus documentos oficiais sem que sejam obrigadas a fazer a cirurgia de redesignação de sexo. Com fundamento

nos arts. 102, I, a, e 103, VI, da CF e nos dispositivos da Lei n. 9.868/99, veio proposta visando que fosse proferida decisão conforme o art. 58 da Lei n. 6.015/73, com a redação que lhe foi conferida pela Lei n. 9.708/98, reconhecendo o direito aos transexuais, que assim o desejarem, à substituição do prenome e do sexo no registro civil, independentemente da realização da cirurgia redesignatória.

O TJSP autorizou a troca do sexo na certidão de nascimento sem que fosse necessária a cirurgia de transgenitalização, como defende o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) na ADI 4.275.

Existem na pós modernidade várias formas de identidade de gênero: Assim, entende-se que um indivíduo é fluido de gênero quando não se identifica com uma única identidade de gênero, mas flui entre várias, ou cujo gênero é insólito ou muda de tempos em tempos.

Geralmente a fluidez se manifesta como uma transição entre homem e mulher ou nenhum dos binários, como agênero, pode compreender outros gêneros, com neutros, e pode até ser identificado com mais de um gênero simultaneamente, como é o caso de bigênero e pangênero. As pessoas gênero-fluídas podem sentir a mudança de identidade ao longo da vida.

Assim, é plena a inserção do transexual nos atos da vida civil como casar, viver em união estável, adotar crianças e até inseminar-se artificialmente.

Entretanto, as questões de filiação do transexual pautam-se nos seguintes termos: Os efeitos legais com relação aos filhos, notadamente em matéria de identidade e sucessões, continuariam inalterados, pois a redesignação do genitor não constará em nenhum documento dos filhos.

Discute-se a viabilidade da realização de cirurgia

redesignatória na ocorrência de prole. Desde que não venha a causar nenhum dano moral ou material à educação da prole, seria realizada tendo em vista a reinserção social do portador de transexualidade.

À luz do direito, diversas situações podem ocorrer envolvendo pai/mãe transexual e sua prole: a possibilidade de se reconhecer a filiação natural gerada antes da retificação do registro do transexual, mas não determinada; no caso de transexual que doa seu material genético para posterior fecundação, perderá ele os efeitos parentais, dado o anonimato doador previsto em lei, exceção feita no caso de transexual casado ou convivente, que tenha doado seu esperma para a realização de fecundação *post mortem*, cujo filho terá direito ao nome do pai oriundo do seu sexo originário.

Pode ainda o transexual recorrer à adoção, se reunir os requisitos legais para fazê-lo, seja ele solteiro ou convivente; pode, nesse caso, adotar o filho de seu consorte³².

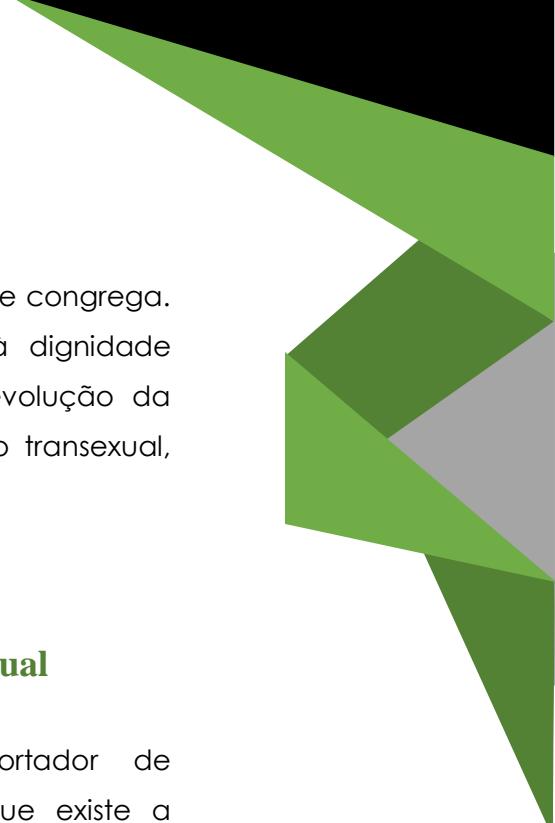
Uma situação peculiar poderá ocorrer no caso de o transexual, que tem o direito de adotar com seu novo sexo, já ter filhos anteriores à transgenitalização, pois dessa maneira será ao mesmo tempo *pai* de alguns dos filhos e *mãe* de outros, que são irmãos.

Tais fatos, entretanto, não devem afastar do transexual o direito de constituir família, e esta inclui a prole, pois os diplomas legais, no que tange à adoção de menores, nada dispõe sobre o impedimento de fazê-lo tendo em vista o diagnóstico de disforia de gênero.

Podemos concluir, então, que, de acordo com a evolução política e social vigente, o Estado Democrático deve atender à

³²

PERONA, Javier López-Galiacho. *La problemática*, cit., p. 306.



multiplicidade de valores, desejos e realidades que congrega. Assim, em nome da tolerância, do respeito à dignidade individual do ser humano, tendo em vista a evolução da medicina e dos costumes, deve ser valorizado o transexual, concedendo-se-lhe o direito à filiação.

A formação da família pelo intersexual

Denomina-se intersexual o indivíduo portador de diferenciação sexual anômala, situação em que existe a preponderância de um sexo, de outro ou, em casos extremos, a coexistência de ambos. Diferencia-se em sua gênese do transexual e do homossexual, já analisados anteriormente - 33.

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

De acordo com a preponderância destes, e a ocorrência de anomalias, temos o pseudo-hermafroditismo feminino ou masculino: um embrião pode ser cromossômica e internamente masculino e apresentar órgãos genitais externos femininos devido à falta de secreção androgênica; ou poderá ser cromossomicamente feminino, apresentando inclusive ovários, e apresentar uma genitália externa masculina se sofrer ação de andrógenos no seu desenvolvimento embrionário. Pode ainda um embrião cromossomicamente masculino desenvolver genitália interna e externa feminina, caso sua gônada embrionária não produza nem substância morfogenética nem secreção androgênica. Assim, os embriões inicialmente

apresentam caracteres hermafroditas, envolvendo, para sua diferenciação, a presença de substâncias específicas, como a substância morfogenética e a secreção androgênica.

Existem, no entanto, graus de intersexualidade, resultando na falta dos caracteres secundários, como falta de barba ou aumento das mamas nos meninos. No hermafroditismo verdadeiro, temos a presença de gônadas masculinas e femininas, havendo tanto tecido testicular como ovariano no mesmo indivíduo³⁴.

Diagnosticado o quadro clínico de hermafroditismo, a cirurgia corretiva adequando o sexo externo ao interno ou o oposto é recomendável: "a decisão sobre a predominância do sexo interno ou externo deve levar em consideração a ocasião do procedimento cirúrgico corretivo, se durante a infância e antes de o indivíduo começar a se definir dentro dos padrões de masculinidade e feminilidade socialmente impostos, será dada preferência ao sexo cromossômico, adequando a aparência externa ao cariotípico e órgãos internos. Se a cirurgia ocorrer em momento mais tardio, deverá predominar o sexo culturalmente aceito pelo indivíduo. O diagnóstico de hermafroditismo é excludente do de transexualismo"³⁵.

A Resolução CFM n. 1.664, de 12 de maio de 2003, dispõe sobre as normas técnicas necessárias para o tratamento de pacientes portadores de anomalias de diferenciação sexual³⁶.

³⁴

GOMES, Helio. *Medicina legal*. 25. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987, p. 265, apud SUTTER, Matilde Josefina. *Determinação*, cit., p. 65.

³⁵

OLIVEIRA, Silvério Costa de. *Transexualismo*. Disponível em: <<http://www.sexodrogas.psc.br>>.

³⁶

Conselho Regional de Medicina – Resolução CFM n. 1.664, de 12-5-2003; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de bioética e biodireito*, cit., p. 280-281.



Dessa forma, tem-se que, após o diagnóstico de intersexualidade, é primaz a realização da cirurgia reparadora, que, quanto mais cedo for feita, maior será a adaptação sociopsicossocial do paciente, visto que nos casos de intersexualidade há uma indeterminação da identidade sexual do indivíduo.

Logo, entendemos, em face do exposto, que inconteste é o direito à redesignação sexual do portador de intersexualidade, pois é direito personalíssimo garantir-lhe a positivação da sua identidade sexual e com ela a garantia de direitos ínsitos à sua personalidade, observados em diversos aspectos, como o moral, o físico, o psíquico, o jurídico, donde se destaca o direito à constituição da família.

Em relação aos reflexos atinentes ao direito de família, "uma vez realizado o tratamento respectivo, e cumpridas as demais formalidades médico-legais de redesignação, nada obsta ao intersexual constituir sua família nos moldes tradicionais. Entendemos que sua conjugalidade não se encontra comprometida, pois a adequação fenotípica do sexo em face do genótipo não impõe uma alteração do sexo, mas uma acomodação frente a uma anomalia que a própria natureza gerou"³⁷.

O intersexual e a filiação

³⁷

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Novas modalidades*, cit., p. 212.

Dadas as intrínsecas peculiaridades que envolvem o intersexual, "uma vez adequado o sexo do indivíduo em face à estrutura somática que apresenta e com isso inserido no mundo jurídico, pensamos que nenhuma menção desonrosa ou desclassificatória imputar-se-lhe-á em matéria de filiação. Ou seja, frente à incapacidade procriativa que apresenta, resta-lhe o recurso da adoção para que se perfeça a continuidade de sua família, e esta se regulará pelos princípios constitucionais e legais apresentados nos Diplomas Legais: o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente"³⁸.

O Gênero Fluido

Existem na pós modernidade várias formas de identidade de gênero. Seguindo o pensamento de que gênero é uma construção cultural e social que independe de sexo biológico ou identidade sexual, também é possível afirmar que existem mais gêneros além da binariedade homem e mulher. Há pessoas que fluem entre dois ou mais gêneros, sujeitos que mudam a intensidade de um gênero constantemente e indivíduos que são vários gêneros ao mesmo tempo.

Assim, entende-se que um indivíduo é fluido de gênero quando não se identifica com uma única identidade de gênero, mas flui entre várias, ou cujo gênero é insólito ou muda de tempos em tempos.

O chamado gênero fluido é uma identidade de gênero não-binária que se configura pela identificação com os gêneros de maneira inconstante, uma vez que a pessoa

³⁸

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Novas modalidades*, cit., p. 213.



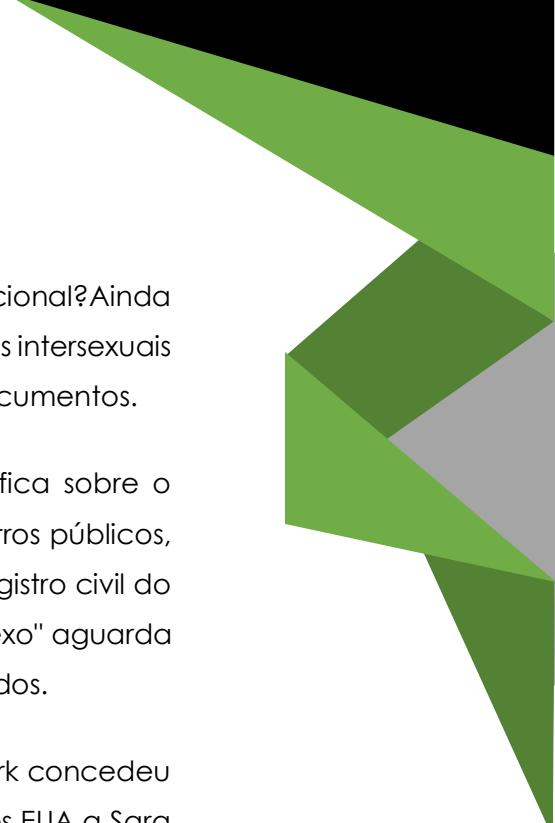
flutua entre o ser/se fazer homem ou mulher. Essa fluidez de gênero, ou seja, a intensidade, a maneira e o tempo que essas relações funcionam, é sempre a nível pessoal, assim como a sua expressão.

Diferentemente das pessoas não-binárias – aquelas que não se identificam nem com o masculino e nem com o feminino –, as pessoas com o gênero fluido podem ter compreensões dinâmicas acerca do próprio gênero, alterando de um para outro. Em função disso, por essa identidade ser considerada um tanto abstrata com sua sexualidade fluida, acaba sofrendo muitas críticas pela opressão machista.

Importante destacar que o gênero fluido não é uma mistura de identidades, mas sim uma identidade própria, e que apenas cada pessoa pode saber e afirmar que conceito(s) é(são) adequado(s) para a própria identidade. O que parece ser uma questão muito simples para algumas pessoas dizer se é homem ou mulher, para outras pode ser uma dificuldade bastante grande e com pouca visibilidade.

Geralmente a fluidez se manifesta como uma transição entre homem e mulher ou nenhum dos binários, como agênero, pode compreender outros gêneros, com neutros, e pode até ser identificado com mais de um gênero simultaneamente, como é o caso de bigênero e pangênero. As pessoas gênero-fluídas podem sentir a mudança de identidade ao longo da vida.

No entanto, à luz do direto pátrio, a pessoa não binária terá que optar apenas por um gênero em seus documentos, os quais devem estar adaptados ao nome social do indivíduo.



Qual a posição do tema no cenário internacional? Ainda são poucos os países que reconhecem às pessoas intersexuais o direito de indicar o próprio gênero em seus documentos.

No Brasil, ainda não há legislação específica sobre o tema. O PL 5255/2016 que "dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências a fim de disciplinar o registro civil do recém-nascido sob o estado de intersexo" aguarda apreciação no plenário da Câmara dos Deputados.

Nos Estados Unidos, recentemente, Nova York concedeu a primeira certidão de nascimento intersexual dos EUA a Sara Kelly Keenan, de 55 anos. No entanto, o terceiro gênero não é amplamente reconhecido no país. A Califórnia é um dos estados americanos mais avançados na questão: as carteiras de motorista locais deverão passar a incluir a opção "X" para intersexual.

O Canadá introduziu em 2017 a opção "X" para gênero no passaporte, além das opções masculino e feminino

Na Europa, o Tribunal Constitucional Federal alemão decidiu em 08/11/17 que pessoas do chamado terceiro gênero podem ser registradas como intersexuais ou ter a definição de gênero omitida em suas certidões de nascimento. A corte estabeleceu que nova legislação deve ser criada até 2018 para permitir "designações positivas de gênero" como "intersexual" ou "diverso". Com a nova lei, a Alemanha deve se tornar o primeiro país europeu a permitir o registro de pessoas do terceiro gênero na certidão de nascimento.

Na Austrália, a Suprema Corte decidiu em 2014 que, além dos sexos feminino e masculino, um neutro poderia ser

registrado pelas autoridades. A categoria foi chamada de non-specific, ou seja, indefinido.

Também na Nova Zelândia é possível que na certidão de nascimento o gênero de uma pessoa seja determinado como "indeterminado/intersexual/inespecífico". "O sexo de uma criança pode ser indicado como indefinido quando não é possível determinar se a criança é do sexo feminino ou masculino.

Em 2007, a Suprema Corte do Nepal decidiu oficializar um terceiro gênero. Desde 2015, os nepaleses podem indicar um terceiro sexo em seus documentos de identidade.

Também na Índia os "hijra" têm uma longa história. Por muito tempo discriminados e marginalizados, em 2009 eles passaram a poder assinalar a alternativa "outro" além de "feminino" e "masculino" em cédulas de votação. Desde 2014, há oficialmente um terceiro gênero na Índia, tendo o país se tornado o quarto no Sul da Ásia a adotar tal medida, depois de Paquistão, Nepal e Bangladesh.³⁹

³⁹ Fonte: Onde o terceiro gênero é reconhecido no mundo. In.<http://dw.com> < acesso em 29.04.2020>