

## IDENTIDADE DE GÊNERO, DEVER DE INFORMAR E RESPONSABILIDADE CIVIL

### *GENDER IDENTITY, DUTY TO INFORM AND CIVIL LIABILITY*

Leandro Reinaldo da Cunha<sup>1</sup>

**RESUMO:** Um dos temas mais importantes a serem enfrentados pela sociedade atual objetivando garantir a todos o acesso pleno aos direitos inerentes a todas as pessoas, resguardados pelos direitos humanos, pela Constituição Federal e demais leis nacionais é a identidade de gênero. Além dos direitos básicos à saúde e alteração do nome e gênero nos documentos é preponderante que se reconheça a todos os transgêneros direitos que são universais, mas que, em alguma medida, são privados de exercer por estarem incluídos em uma minoria, vez que vivemos em uma sociedade que segrega quem não está inserido no grupo predominante, a ponto de ser necessário se lutar até mesmo por aquilo que se considera essencial, como o simples direito de ter sua intimidade respeitada. Ainda mais preocupante é o posicionamento de que além de não se respeitar tais direitos nucleares haveria também a possibilidade de exigir que se indenize alguém por não ter se exposto além do limite exigido a qualquer outra pessoa que não integre esse grupo social. O presente artigo tem por escopo exatamente discorrer sobre a inexistência de qualquer sorte de responsabilidade civil a incidir sobre o transexual que não revela, ao seu cônjuge ou companheiro, ter realizado intervenções a fim de adequar seu corpo à sua identidade de gênero.

**Palavras-chave:** Identidade de gênero. Responsabilidade civil. Direito à privacidade.

**ABSTRACT:** Gender identity rises as one of the most important themes to be faced by atual society to guarantee to everyone full access to rights protected by human rights, Federal Constitution and other national laws. Besides the basic rights to health and name/gender change in the documents, is preponderant to give for all transgenders universal rights that they are apated because they are a minority, once we live in a society that segregate who is outside the predominant group, being even necessary to fight for the essential, as respect the right to intimacy. Even more worrying is the understanding that beyond do not respect the elementary rights there would still be possible to require an indemnity for have not expose yourself more than the limit imposed to any other person out of this social group. This paper have exactly the goal to expatiate about the inexistence of civil liability to the transgender that do not reveal to your spouse or partner that have performed surgical interventions to adapt your body to your gender identity.

**Keywords:** *Gender identity. Civil liability. Right to privacy.*

<sup>1</sup> Professor Titular-Livre de Direito Civil da Universidade Federal da Bahia (graduação, mestrado e doutorado). Pós doutor e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP e Mestre em Direito pela Universidade Metropolitana de Santos – UNIMES. Pesquisador Científico. Investigador da Rede Visões Cruzadas sobre a Contemporaneidade (Rede VCC). Associado Titular do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC). Líder do grupo de pesquisa “Direito e Sexualidade”. <https://orcid.org/0000-0003-2062-2184>. E-mail: leandreoreinaldodacunha@gmail.com.

---

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Concepções da sexualidade. 3. Identidade de gênero. 4. Direito à intimidade. 5. Casamento e união estável e o passado dos cônjuges. 6. Dever de informar decorrente das uniões matrimoniais e a identidade de gênero. 7. Conclusão. 8. Referências.

## **1. INTRODUÇÃO**

A realidade que atualmente se estabelece na sociedade mundial se mostra bastante distinta daquela que se tinha até muito pouco tempo atrás, vez que o surgimento da internet e suas mais diversas formas de utilização transformaram a maneira como o ser humano interage com o mundo e com os demais.

A vida que outrora se mostrava pertinente apenas ao próprio indivíduo e aos mais próximos hoje se mostra totalmente disponível ao acesso irrestrito, para um número indeterminado de pessoas. A exposição a que cada pessoa está sujeita se dá não só pelas novas tecnologias em si, mas também pelas consequências decorrentes da sua utilização, que fazem crer ser natural dar publicidade indiscriminada a cada pormenor do cotidiano daqueles que estão inseridos de alguma maneira no cyber universo.

Essa nova concepção de vida e sociedade parece impor a todos uma nova ordem mundial em que a intimidade e a privacidade dos indivíduos se mostra cada vez mais mitigada, sendo conferido um permissivo excessivamente amplo para que todos tenham condições de se imiscuir em alguma medida na vida alheia.

Ressalta-se que o interesse pela vida do outro sempre foi um elemento presente na sociedade, contudo as novas tecnologias permitem que isso se estabeleça de forma mais disseminada e abrangente, cumulada com uma perspectiva de que todo e qualquer cidadão goza do poder de se manifestar sobre os temas mais distintos. A ampliação do poder de acesso a informações, ladeado pela concorrente dilatação da liberdade de expressão são características importantes e que devem ser celebradas, contudo não se pode olvidar que o excesso se mostra prejudicial e atentatório a preceitos nucleares como à dignidade da pessoa humana.

De toda forma não se pode jamais afastar a percepção de que mesmo na sociedade da informação que cada vez mais se consolida segundo os critérios de um mundo em que a rede mundial de computadores é uma presença imperativa, o indivíduo há de ser priorizado e reconhecido como o elemento primordial da humanidade como um todo.

Temas personalíssimos que sempre foram objeto de curiosidade, mas que eventualmente residiam no âmago da intimidade de cada um, passam a ser passíveis de acesso

coletivo ante a coleta de dados virtuais de todo aquele que navega na internet, muitas vezes sem que tal indivíduo efetivamente tenha consciência de tal circunstância. Por outras a publicidade de determinados fatos e dados se dá pela atuação volitiva do sujeito que os disponibiliza em suas redes sociais, sem ao menos ponderar a extensão temporal e de alcance dessa atitude.

Ainda que toda essa estrutura posta quanto a sociedade da informação esteja vigente há ainda aspectos que algumas pessoas buscam manter restritos à sua intimidade, sem que isso venha a ser de conhecimento de quem quer que seja, sendo certo que uma das searas de maior incidência de tal intento é a da sexualidade.

Mesmo que tenhamos que a sexualidade é aspecto vinculado ao direito da personalidade e, portanto, inerente a todo ser humano, é inquestionável que ainda se trata de tema que traz uma série de preconceitos e tabus, sendo perfeitamente compreensível que cada um tenha o interesse de resguardar para si alguns aspectos dessa natureza.

Todavia é cristalino que não se pode ignorar situações em que aspectos da sexualidade de outrem podem ter alguma relevância, saindo do âmbito da mera curiosidade, se mostrando como elemento acerca do qual possa se justificar algum interesse em ter conhecimento quanto a dados vinculados aos diversos parâmetros que envolvem tal conceito.

O ordenamento jurídico pátrio, em linhas gerais, pouco se atenta a questões relacionadas à sexualidade, salvo nas poucas tentativas de garantir a igualdade de gênero ou afastar aspectos que tangenciam a segregação e discriminação. Contudo o Código Civil vigente se abre à aferição de elementos de tal natureza quando trata do direito de família, com evidentes reminiscências de uma cultura historicamente baseada no cristianismo e em conceitos de um direito canônico ainda muito presente.

Exatamente nesse espectro que se insere a perspectiva de análise a ser apresentada no presente texto, considerando a contraposição do direito à intimidade do indivíduo ao interesse ou direito de ter conhecimento pleno acerca da pessoa com quem intenta efetivar um enlace matrimonial ou viver em união estável.

O ponto fulcral a ser considerado é se o fato do estabelecimento de uma relação objetivando a constituição de uma entidade familiar tem o condão de afastar de forma absoluta o direito à intimidade e conferir ao consorte ou companheiro acesso irrestrito a tudo o que se relaciona ao outro. A esse ponto atrelaremos perspectiva vinculada à sexualidade, mais especificamente, quanto a existência ou não do dever de revelar aspectos atinentes à identidade de gênero antes do casamento ou união estável ao outro, bem como as consequências de uma omissão ou mentira no presente caso.

Ressalta-se que o presente artigo é um aprofundamento de parte do tema desenvolvido em artigo publicado no site Migalhas, de 05 de dezembro de 2018, intitulado “Processo transgenitalizador: estado civil, necessidade de anuência e informação da condição de transgênero”<sup>2</sup>.

## 2. CONCEPÇÕES DA SEXUALIDADE

A adequada apreciação do tema passa, necessariamente, por uma compreensão basilar do que é sexualidade e os aspectos que a compõem, sob pena de se permitir que se fixem impropriedades recorrentes quando da análise acerca desse aspecto específico da personalidade humana.

Inicialmente é de se entender a sexualidade como uma concepção que abrange toda a modalidade de manifestação atrelada ao sexo, característica inerente a todo ser humano, e com reflexos que perpassam por elementos atinentes à configuração física ou morfológica do indivíduo, pelo interesse e atração sexual e pela expressão social da sua percepção sexual, revestindo-se de contornos que transitam em todas as esferas da vida do sujeito.

Apenas a fim de se demonstrar o grau de complexidade do tema, é recorrente que no preenchimento de qualquer cadastro pessoal exista um questionamento vinculado à sexualidade, requerendo que o indivíduo indique seu sexo ou gênero, sendo que os mais clássicos apenas trazem a possibilidade de escolha entre duas simples alternativas (homem/masculino ou mulher/feminino), contudo em razão das novas compreensões acerca da presente questão, existem cadastros que permitem que o sujeito faça uma escolha entre 50 alternativas dessa natureza<sup>3</sup>.

Segundo uma visão cientificamente posta é possível se apreciar a sexualidade segundo quatro perspectivas distintas e não excludentes, que consideram o sexo, o gênero, a orientação sexual e a identidade de gênero, sendo essa última a que se fará relevante para a compreensão do que se objetiva apresentar aqui.

Segundo uma visão singela pode-se asseverar que o sexo, apesar de termo polissemântico, no presente caso há de ser entendido como o aspecto físico vinculado à sexualidade, considerando ordinariamente a composição estrutural fenotípica do indivíduo, que,

---

<sup>2</sup> Disponível em: [https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI292307,21048-](https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI292307,21048-Processo+transgenitalizador+estado+civil+necessidade+de+anuencia+e)

Processo+transgenitalizador+estado+civil+necessidade+de+anuencia+e. Acesso em: 14.02.2019.

<sup>3</sup> Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/tecnologia/facebook-adiciona-50-opcoes-de-genero-alem-de-masculino-e-feminino,7389e1af6cc24410VgnVCM4000009bcceb0aRCRD.html>. Acesso em: 10.01.2019.

segundo a concepção binária, permite classificar os indivíduos em homens (nascidos com pênis) e mulheres (dotadas de vagina), em definição firmada no momento do nascimento do indivíduo<sup>4</sup>.

O gênero, por sua vez, se mostra como aspecto afeito à expressão social que se atribui normalmente a quem é homem (masculino) ou mulher (feminino), sendo uma elaboração de fundo cultural sem uma necessária vinculação com o sexo anatômico, já que não se reveste de uma base biológica<sup>5</sup>.

O terceiro parâmetro da sexualidade a ser considerado é a orientação sexual, que se vincula ao interesse que o sujeito revela no que concerne à atração sexual ou a prática de relações sexuais. Seguindo uma perspectiva mais tradicional é possível se considerar quatro vertentes nesse âmbito, considerando se a atração se direciona a pessoas de gênero distinto (heterossexuais), do mesmo gênero (homossexuais), de ambos os gêneros (bissexuais) ou a nenhum gênero (assexuais).

Finalmente há que se considerar a identidade de gênero, que tem por base a percepção de pertencimento acerca do gênero, independentemente da concepção social fixada atrelada ao sexo de nascimento do indivíduo, podendo ser divididos em cisgêneros (aqueles que apresentam identidade entre o sexo atribuído no momento do nascimento e o gênero ao qual entendem pertencer) e transgêneros (os que revelam uma dissonância entre o sexo atribuído quando do nascimento e o gênero com o qual se identifica), grupo no qual podem ser inseridos os transexuais e travestis.

Feita essa explanação inicial acerca do tema é pertinente um aprofundamento acerca desse último aspecto, o qual é um dos alicerces da discussão posta.

### 3. IDENTIDADE DE GÊNERO

Dentre os aspectos que compõem a sexualidade é de se entender que a identidade de gênero é ponto dos mais relevantes no que se refere aos direitos civil na atualidade, estando albergados sob esse conceito guarda-chuva os transexuais e os travestis, sendo adotado o

---

<sup>4</sup> Não se ignora aqui a questão da determinação do sexo por critérios genéticos, nem mesmo as discussões atualmente postas relacionadas ao intersexual, sendo que para uma maior atenção a tal questão sugere-se a obra *Intersexo*, coordenada por Maria Berenice Dias, composta por textos de inúmeros especialistas tratando de aspectos jurídicos, internacionais, trabalhistas, registrais, médicos, psicológicos, sociais e culturais. Cf. DIAS, Maria Berenice [coord.]. *Intersexo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

<sup>5</sup> MIZRAHI, Mauricio Luis. *Homosexualidad y transexualismo*. Buenos Aires: Astrea, 2006, p. 92.

entendimento de que o elemento distintivo entre eles está no fato de que aqueles apresentam aversão com relação à sua compleição física dissonante com sua percepção de gênero.

Os transgêneros compõem uma das populações mais vulneráveis de toda a sociedade. Os dados estatísticos relativos são bastante alarmantes, com uma elevada incidência de tentativa de suicídios no importe de 41% (quarenta e um por cento) dos transgêneros nos Estados Unidos da América<sup>6</sup>, e 56% (cinquenta e seis por cento) no Chile<sup>7</sup>, considerando que entre os cisgêneros esse número é de 1,6% (um vírgula seis por cento). Ainda nesse mesmo contexto é de se considerar que a expectativa de vida dos transexuais no Brasil é de cerca de 35 (trinta e cinco) anos<sup>8</sup>, equivalente a cerca da metade da constatada para a população cisgênero, considerando dados do IBGE<sup>9</sup>.

Em que pese a inexistência de dados consolidados relativos à população transgênero do Brasil, segundo levantamentos realizados em outras nações, estima-se que tratar-se de uma condição sexual que atinge quase 3% (três por cento) da população<sup>10</sup>, ressaltando-se que a sua definição clínica pode ser extraída do Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-V) sob o código 302.xx, sendo denominada de disforia de gênero, constando também do Código Internacional de Doenças (CID-10, F 64.0), sendo certo que a partir da próxima edição de tal codificação (CID-11), que entrará em vigor em janeiro de 2022, deixa de ser entendida como uma desordem mental e passa a uma condição de saúde sexual, denominada de incongruência de gênero (HA60, HA61 e HA62).

Em que pese a total leniência legislativa no que tange à atenção aos interesses dos transgêneros no ordenamento jurídico pátrio<sup>11</sup>, não se pode ignorar que a questão já vem sendo objeto de enfrentamento perante Poder Judiciário, primeiramente, no início dos anos 1970, com as discussões acerca da possibilidade da realização de intervenções cirúrgicas e hormonais visando a atenção à saúde plena do transgênero. No contexto da atenção à saúde se reconhece

---

<sup>6</sup> GRANT, Jaime M.; MOTTET, Lisa A.; TANIS, Justin; HERMAN, Jody L.; HARRISON, Jack; KEISLING, Mara. *National Transgender Discrimination Survey Report on health and health care*. Washington, 2010, p. 1.

<sup>7</sup> Resumen Ejecutivo Encuesta-T 2017, p. 23-24.

<sup>8</sup> Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/expectativa-de-vida-de-transexuais-e-de-35-anos-metade-da-media-nacional/expectativa-de-vida-de-transexuais-e-de-35-anos-metade-da-media-nacional>. Acesso em: 10.01.2019.

<sup>9</sup> Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/18469-expectativa-de-vida-do-brasileiro-sobe-para-75-8-anos>. Acesso em: 10 jan. 2019.

<sup>10</sup> Disponível em: <http://williamsinstitute.law.ucla.edu/wp-content/uploads/How-Many-Adults-Identify-as-Transgender-in-the-United-States.pdf>. Acesso em: 10.01.2019

<sup>11</sup> CUNHA, Leandro Reinaldo da. Identidade de gênero e a responsabilidade civil do Estado pela leniência legislativa. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, v. 962, 2015, p. 37-52.

de forma sólida ser o processo transgenitalizador dotado de caráter terapêutico<sup>12</sup>, previsto na Portaria 2.803/13 do Ministério da Saúde como procedimento a ser realizados gratuitamente no Sistema Único de Saúde (SUS), além de constar da Resolução 1.995/2010 do Conselho Federal de Medicina (CFM).

No que concerne aos interesses de cunho civil, quanto a mudança de prenome e do gênero nos documentos de identificação pessoal, pode-se afirmar que decisões recentes do Superior Tribunal de Justiça (REsp. 1.626.739, 4ª Turma, relatoria do Min. Luis Felipe Salomão) e do Supremo Tribunal Federal (ADI 4.275, que ensejou o Provimento 73 do Conselho Nacional de Justiça, e RE 670.422) foram de enorme relevância, sendo que as proferidas pelo tribunal constitucional tiveram grande influência da resposta da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) à Opinião Consultiva 24/17<sup>13</sup>.

No momento o estado da arte nos autoriza a asseverar que, com base nesse apanhado jurisdicional, há a prevalência da concepção de pertencimento personalíssimo do transgênero, no que se convencionou denominar de autodeterminação, o que autoriza que ele solicite a mudança do seu nome e adequação da informação quanto ao seu gênero, sem que seja necessária a apresentação de documentos médicos ou que tenha realizado qualquer intervenção cirúrgica prévia ao pleito, pela via administrativa.

Mesmo tais conquistas que efetivamente conferem uma maior cidadania a esse grupo social, respeitando direitos nucleares consagrados na Constituição Federal brasileira, como a dignidade da pessoa humana e a igualdade, entre outros, é patente que esse é apenas um passo inicial na luta para o reconhecimento dos transgêneros como pessoas na acepção plena da expressão.

Assim é preponderante que se dê continuidade às análises acerca dos aspectos pertinentes à identidade de gênero e as suas consequências a fim de se caminhar no sentido de atingir os parâmetros mais elementares e norteadores de uma nação que se apresenta como um Estado Democrático de Direito.

#### **4. DIREITO À INTIMIDADE**

---

<sup>12</sup> CUNHA, Leandro Reinaldo da. Identidade de gênero e a licitude dos atos redesignatórios, *Revista do curso de direito da Universidade Metodista de São Paulo*, v. 11. São Bernardo do Campo: Metodista. 2013, p. 197.

<sup>13</sup> CUNHA, Leandro Reinaldo da. O posicionamento da corte interamericana de direitos humanos quanto à identidade de gênero, *Revista dos Tribunais* n. 99, 2018, p. 227-244.

Tendo como base preceitos relacionados aos direitos humanos na esfera internacional e à dignidade da pessoa humana sob a égide da Constituição Federal, surgem os direitos da personalidade no âmbito da legislação infraconstitucional, os quais podem ser entendidos como direitos essenciais à condição humana, sem os quais os demais direitos subjetivos tornar-se-iam irrelevantes, e que se revelam preponderantes para que uma pessoa seja considerada como tal, compondo o núcleo de atributos inseparáveis de qualquer indivíduo a ser protegido face ao Estado e aos outros homens<sup>14</sup>.

Considerando-se que sob a ótica civil-constitucional vigente é possível se entender a “pessoa humana como ponto central da ordem jurídica brasileira”, os direitos da personalidade “estão, inexoravelmente, unidos ao desenvolvimento da pessoa humana, caracterizando-se como garantia para a preservação de sua dignidade”<sup>15</sup>.

Consignado entre tais direitos primordiais à essência do ser humano se encontra o direito à intimidade, cujo marco inicial se deu apenas em 1890 com o artigo *The right to privacy* publicado na Harvard Law Review por Samuel Warren e Louis Brandeis, e hoje se faz presente nos arts. 20 e 21 do Código Civil vigente.

O direito à intimidade entendido como o elemento mais nuclear do direito à privacidade, o qual estende-se desde a proteção à vida íntima do sujeito até a de seus dados pessoais, revelando uma amplitude que vai além da possibilidade de se exigir o respeito ao direito de ser deixado só (*right to be let alone*) ou de rechaçar a intromissão em sua vida íntima e particular, constituindo-se como um dever geral de abstenção, saindo do âmbito meramente doméstico e estendendo seus tentáculos a qualquer esfera onde os dados pessoais do indivíduo possam estar<sup>16</sup>.

Ao tecer considerações sobre a questão, Pontes de Miranda já pontuava que o direito à intimidade é uma liberdade, competindo ao seu detentor a prerrogativa de resguardar o que se passa em sua intimidade ou expor ao público<sup>17</sup>, revestindo-se tal direito de proteção ainda mais robusta, por ser mais restrito do que o direito à privacidade, sendo qualquer intromissão não consentida em relação à vida privada de alguém uma violação a tal direito<sup>18</sup>.

Evidente que a amplitude do que o sujeito tem o direito de resguardar só para si é variável e pode ser aumentada ou reduzida dependendo de quem é o indivíduo e o seu grau de

---

<sup>14</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas. 2013. p. 5.

<sup>15</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: Parte geral e LINDB*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 139.

<sup>16</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*, p. 134-137.

<sup>17</sup> PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, v. 7, p. 124-126.

<sup>18</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Dos direitos da personalidade, *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 271.

exposição social, sem que se ignore o aspecto espacial e temporal, contudo é indiscutível que questões concernentes ao âmago da intimidade da pessoa sempre haverão de estar protegidas e resguardadas.

Conclui-se, assim, que a todo indivíduo se confere, como um direito inerente à sua condição humana, a possibilidade de manter consigo e não fazer público, a quem quer que seja, determinados aspectos a si relacionados, quando estes estiverem ligados a questões atinentes a sua intimidade, em respeito ao direito à privacidade albergado entre os direitos da personalidade.

## **5. CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL E O PASSADO DOS CÔNJUGES**

O estabelecimento de unidades familiares é intrínseco ao ser humano, sendo que sua constituição e desenvolvimento acompanha a própria evolução humana, intimamente vinculada à natureza gregária do ser humano, sendo que hodiernamente as modalidades mais usuais são o casamento e a união estável. E é exatamente no contexto do casamento, claramente em decorrência de parâmetros de fundo religioso, que o ordenamento jurídico deu alguma relevância a discussões de natureza sexual, conforme anteriormente consignado.

Durante muito tempo se teve a diversidade sexual como um dos requisitos do casamento, sob a perspectiva que o casamento apenas poderia ser estabelecido entre um homem e uma mulher, sendo entendido como um requisito natural de existência e a ofensa a esse critério ensejaria a desconsideração daquela relação como um matrimônio.

Após muita celeuma a questão foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal na decisão proferida na ADI 4277 e ADPF 132<sup>19</sup>, onde se entendeu pela possibilidade do casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo, dando ensejo até mesmo à elaboração da Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

De se entender que as discussões acerca da sexualidade dos cônjuges ou companheiros passam ao largo das mãos do Estado, que há de respeitar a autonomia das pessoas no que concerne à escolha daquele com quem tem o intento de constituir sua família, não mais vigendo o poder de veto do Estado com relação aos relacionamentos estabelecidos entre pessoas do mesmo sexo.

Relevante se consignar que mesmo com toda essa evolução ainda se usa de forma reiterada a expressão casamento ou união estável homossexual ou homoafetivo para as

---

<sup>19</sup> CUNHA, Leandro Reinaldo da. A união homossexual ou homoafetiva e o atual posicionamento do STF sobre o tema (ADI 4277), *Revista do Curso de Direito da Universidade Metodista de São Paulo*, v. 8, São Bernardo do Campo: Metodista, 2010.

relações estabelecidas entre pessoas do mesmo sexo, dando uma atenção à orientação sexual que não se vislumbra em outras relações de tal jaez. Quando pessoas de sexos distintos buscam constituir sua família não se questiona a orientação sexual dos consortes, mas tal questão parece revestir-se de alguma relevância caso os interessados sejam do mesmo sexo.

De qualquer sorte é de se afirmar que não se vislumbra qualquer limitação legal, bem como que existe posicionamento judicial consolidado no sentido de permitir que pessoas do mesmo sexo se casem, o que pode ser relevante quando se pensa na possibilidade de que um transgênero venha a se casar ou constituir uma união estável. Contudo não é essa a questão central a ser abordada no presente texto.

Outro parâmetro bastante caro ao casamento e à união estável está nos deveres decorrentes dessa relação, entre elas a lealdade que há de existir entre os cônjuges, a qual apresenta alguns desdobramentos e que pode ser relacionada a critérios que precedem à união (afeita a uma perspectiva conexa ao conceito da boa-fé contratual) e aquela requerida na constância do vínculo, sendo certo que no presente caso nos interessa a apreciação da primeira modalidade.

Considerando que o casamento e a união estável se revestem de um viés contratual, cabe às partes proceder com boa-fé (tanto objetiva quanto subjetiva) quando da constituição do vínculo, sendo certo que o ordenamento jurídico prevê a possibilidade de invalidação do casamento, mediante sua anulação, caso se caracterize a figura denominada de erro essencial quanto a pessoa do outro cônjuge, prevista no Código Civil no art. 1.557, determinando a viabilidade da dissolução do casamento caso o cônjuge venha a tomar ciência de fato antecedente à união cujo conhecimento tornaria insuportável a manutenção do casamento.

Patente se tratar de uma figura de construção personalíssima, contudo para o que se pretende desenvolver nesse momento é preponderante se consignar que a existência de questões atreladas à identidade do cônjuge tem o condão de permitir que o indivíduo torne sem efeito o matrimônio realizado, vez que tal situação afetaria a integridade da manifestação de vontade exarada ao se firmar o interesse de estabelecer o casamento.

De qualquer forma é de se considerar até que ponto vai o dever do futuro cônjuge ou companheiro de expor o seu passado e informar ao seu consorte de sua vida e particularidades que precedem o estabelecimento do vínculo entre eles. Assim vemos que o direito do resguardo à intimidade trazido anteriormente pode, em dadas circunstâncias, colidir com o dever de boa-fé contratual que também espraia seus braços para as relações de direito de família, mormente quando se está diante das modalidades mais usuais de constituição volitiva de família.

## 6. DEVER DE INFORMAR DECORRENTE DAS UNIÕES MATRIMONIAIS E A IDENTIDADE DE GÊNERO

Inquestionável que casamentos e uniões estáveis devem ser relações baseadas na confiança mútua entre as partes, sendo que os cônjuges e companheiros passarão a estabelecer uma convivência em que o nível de intimidade entre eles será, em regra, dos mais efetivos. Todavia, considerando-se os elementos caracterizadores do direito à intimidade como componente do direito à privacidade e, ato contínuo, dos direitos da personalidade, o tema revelará contornos bastante complexos quando se pensar na existência ou não do dever de informar quanto a condição de transgênero e a realização prévia à união de procedimento transexualizador, e as consequências de tal situação.

Estamos evidentemente diante de uma situação de conflito de preceitos, sendo preponderante o sopesamento. O que haverá de prevalecer? A dignidade da pessoa humana do indivíduo transexual que não deseja revelar sua condição do passado e a realização da intervenção cirúrgica e tratamento hormonal ou, de outro lado, a lealdade e a boa-fé contratual que incidem sobre as relações familiares?

Tendo por base os parâmetros atuais do direito civil, norteados pelos princípios constitucionais, pontuamos ser patente a prevalência do ser humano e de caracteres que visam garantir a sua primazia e relevância perante qualquer outra concepção jurídica, ainda mais uma de origem contratual. Se o direito à intimidade integra o direito à privacidade, inserido entre os direitos da personalidade que tem por escopo albergar aqueles preceitos nucleares e inafastáveis para a existência do ser humano, é solar a conclusão de que estes precisam e merecem ser elevados a condição de prioridade especial e, assim, prevalecer.

Reitera-se que não se questiona que há de existir boa-fé entre os nubentes e os que pretendem estabelecer uma união estável, contudo não se apresenta como plausível pugnar que tal concepção deva prevalecer a um direito da personalidade. Mesmo em sede de casamento e união estável é inegável que ainda existe uma parcela da individualidade pessoal que pode o sujeito resguardar para si, que queira manter resguardado do mundo todo, até mesmo de seu cônjuge ou companheiro.

Nesse ponto se faz extremamente importante estabelecer a relevância entre o que se denomina de direito à privacidade e direito à intimidade, mesmo que patente que o que os distingue é aspecto vinculado meramente à amplitude ou extensão do que se está a proteger, como bem lembra Roxana Cardoso Brasileiro Borges, que assevera que este pode ser “oposto, inclusive, entre marido e mulher, entre pais e filhos, entre pessoas que compartilham a vida

privada mas que, apesar disso, são titulares de aspectos íntimos de sua vida que não desejam compartilhar com ninguém”<sup>20</sup>. Admissível, ainda, sustentar que a tal preceito possa se unir o direito ao esquecimento que também ocorre ao transexual, que não deseja ser lembrado de uma realidade que não mais se coaduna com quem ele é, havendo esta de permanecer no passado.

Contudo não se ignora a perspectiva de alguns doutrinadores acerca das consequências da não revelação da condição de transexual ou da realização de processo transexualizador anterior ao casamento ou união estável, ensejando até mesmo o dever de indenizar. O tema é objeto de atenção de forma superficial em obras clássicas, como em *O estado atual do biodireito*, de Maria Helena Diniz, em que assevera ser possível, fundado na incidência de uma injúria grave, o pleito de responsabilidade civil, sob a justificativa de que tal circunstância poderia gerar traumas e constrangimentos ao cônjuge<sup>21</sup>. Em “*A proteção constitucional do transexual*” Luiz Alberto David Araújo sustenta não serem absolutos os direitos dos transexuais, entendendo que o direito de família haveria de prevalecer em face dos interesses daqueles<sup>22</sup>.

Até mesmo autores pertencentes a uma safra mais nova como Flávio Tartuce e José Fernando Simão pugnam pela possibilidade da incidência do dever de indenizar caso haja a ocultação da condição de transgênero por parte do cônjuge, asseverando que tal atitude constituiria uma ofensa ao dever de informar decorrente da boa-fé objetiva incidente no direito de família, pontuando que a maneira como se deu a descoberta do fato e o trauma gerado haveriam de ser considerados em tal situação<sup>23</sup>.

Em que pese o profundo respeito ao posicionamento adotado pelos colegas acima citados não vemos como seja possível prevalecer o entendimento consignado. Tal assertiva se faz por considerar que, inicialmente, o caráter terapêutico do qual se reveste todo o processo transexualizador haveria de ser suficiente para solapar qualquer argumento a sustentar um pedido de responsabilidade civil pelo fato de tê-lo realizado, sem que se ignore que é perfeitamente sabido que o pleito não seria pela realização da intervenção, mas sim pela ocultação de tê-la realizado.

Ainda que se entenda ser fato relevante para a vida do casal, ante a sua natureza sexual e íntima, não há como se pensar em dever de indenizar, haja vista que se trata apenas de uma intervenção visando garantir a saúde do indivíduo. Não se vislumbra nenhum tipo de

---

<sup>20</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Dos direitos da personalidade, p. 272.

<sup>21</sup> DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 337.

<sup>22</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 143-145.

<sup>23</sup> TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: direito de família*. v. 5. 8 ed. São Paulo: Método, 2013, p. 67.

discussão quanto a uma eventual responsabilidade civil caso o consorte realize uma cirurgia cardíaca, a amputação de um dedo a mais em caso de polidactilia, ou tenha feito um implante de silicone nas mamas antes do casamento ou união estável e não informe tal situação ao cônjuge ou companheiro. Em outras questões de fundo sexual também não se admite a possibilidade de responsabilização, como a ocultação de ter tido relação sexual com pessoa do mesmo sexo, por ter sido profissional do sexo ou participado de um relacionamento com mais de uma pessoa simultaneamente.

Seria plausível se pensar em dever de indenizar do cônjuge pelo simples fato de o outro ter assumido a sua homossexualidade? Por ter se convertido a uma outra religião? Ou por ter mudado de orientação política? Entende-se que a resposta há de ser negativa, sob pena de se cercear a liberdade e o pleno exercício dos direitos da personalidade do cônjuge, ressaltando-se que o casamento gera vínculos entre os cônjuges, porém não tem o poder de privá-los de exercer seus direitos humanos em sua total plenitude.<sup>24</sup>

Evidente que aqui não estamos tratando da hipótese em que o sujeito oculta de forma manifesta a sua impossibilidade de ter filhos quando aquele com quem pretende se casar ou estabelecer união estável traz tal condição como primordial à sua vida, vez que nesse caso não se está discutindo a identidade de gênero do indivíduo, mas sim a sua capacidade reprodutória vinculada ao critério do sexo.

Para tais casos, segundo preconiza o próprio texto legal, havendo qualquer ocultação quanto a identidade do cônjuge que venha a tornar impossível a manutenção da vida em comum, a consequência é a anulação do casamento sob alegação de erro essencial quanto a pessoa do outro cônjuge (art. 1.557 do Código Civil).

Com efeito, outros dados relativos ao caráter da pessoa, à sua vida pregressa, ao seu comportamento pretérito, também podem causar espanto a quem decidiu estabelecer vínculo familiar e nem por isso se exige juridicamente a prévia divulgação de tais informações ao parceiro ou, pior, à sociedade em geral. Se a descoberta futura daquela informação abalar de modo insuperável o relacionamento, desfaz-se o vínculo familiar, como expressão da liberdade afetiva de cada um dos envolvidos. Não há qualquer razão jurídica para tratar de modo diverso o dado relativo à mudança de sexo.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> CUNHA, Leandro Reinaldo da. *Identidade e redesignação de gênero: aspectos da personalidade, família e responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 283.

<sup>25</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*, p. 159.

Ressalta-se que mesmo que se entenda estarem presentes os parâmetros elementares para a caracterização de responsabilidade civil (ação, dano, nexos causal e culpa *lato sensu*), seria o caso de exercício regular de um direito como excludente de ilicitude a afastar o dever de indenizar, como se extrai do art. 188, I do Código Civil, sendo certo que por uma simples aceção lógica, quem efetiva um ato que encontra-se respaldado pela lei não pode estar praticando um ato ilícito e, conseqüentemente, não se faz coerente considerar a hipótese de surgimento de um dever de indenizar.

Ainda que se tenha claro que a alegação de exercício regular de um direito exige a apreciação acerca da efetiva regularidade ou irregularidade do ato praticado, apenas com a configuração do abuso de direito caberia a conclusão quanto ao dever de indenizar e reparar os danos causados, sendo certo, em sentido contrário, que o “exercício regular, portanto, afasta, para quem age, a responsabilidade civil”<sup>26</sup>. Ao exercer o seu direito à intimidade, exatamente nos termos da lei, não se vislumbra qualquer espécie de abuso, razão pela qual se faz perfeitamente adequada a excludente de ilicitude.

Além de desprovida de fundamento técnico a validá-la, considerar a hipótese de imposição de dever de indenizar no caso da ocultação da realização do processo transexualizador por parte do cônjuge ou companheiro antes da união se reveste de um viés profundamente segregatório e estigmatizante, impondo a esse sujeito que abdique de um direito essencial e nuclear à sua condição humana e revelando dados relativos à sua intimidade que estão protegidos pelo direito à intimidade<sup>27</sup>.

Importante se pontuar que a existência de uma pressão para que o indivíduo venha a expor fatos de sua intimidade dos quais não tenha o interesse de tornar público poderia sim configurar, eventualmente, a responsabilidade civil e o dever de indenizar em seu favor, vez que, nos termos dispostos no art. 12 do Código Civil, a ameaça ou lesão a um direito da personalidade há de ser afastada, sendo possível se reclamar indenização caso ocorra qualquer dano.

Dessa forma, fica patente que se faz inconcebível pensar em dever de indenizar por parte do transexual que tenha ocultado de seu cônjuge ou convivente ter realizado processo para adequação de seu corpo à sua percepção de gênero.

## 7. CONCLUSÃO

---

<sup>26</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de direito civil: Responsabilidade Civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 155.

<sup>27</sup> CUNHA, Leandro Reinaldo da. *Identidade e redesignação de gênero...*, p. 285.

A questão da identidade de gênero é aspecto extremamente relevante e se mostra amplamente ignorada por nosso ordenamento jurídico, apesar de ser uma realidade que atinge uma parcela considerável da população não só do Brasil, mas no mundo todo. No contexto alienígena a questão se mostra objeto de análise e discussão legislativa já de longa data, sendo que na Europa algumas legislações passaram por revisões, enquanto em terras brasileiras ainda nada existe.

Mesmo com todos os avanços conquistados nos últimos anos ante as decisões proferidas pelos Tribunais Superiores muito ainda há que se discutir acerca da sexualidade e principalmente da identidade de gênero a fim de se garantir a esse grupo populacional acesso aos elementos mais nucleares a serem ofertados a qualquer pessoa em um Estado Democrático de Direito.

Já se tem consolidado na seara médica a natureza terapêutica das intervenções cirúrgicas e hormonais realizadas pelos transgêneros visando a adequação de sua constituição física à sua identidade de gênero, sendo, portanto, patente que se trata de uma atuação que tem por escopo garantir a sua higidez física e psicológica, em conduta que há de ser fortemente protegida por revelar a atenção aos direitos mais elementares inerentes ao ser humano como um todo.

De outra feita é garantido a todo cidadão, ainda dentro do escopo dos direitos fundamentais, que lhe sejam conferidos direitos considerados essenciais à sua condição de ser humano, aí incluídos os direitos da personalidade, dentre os quais se destaca, para a presente análise, o direito à privacidade e à intimidade. Compete a qualquer pessoa a prerrogativa de querer manter apenas consigo dados e informações de sua intimidade que lhe são caras e que não deseja que sejam de conhecimento de quem quer que seja.

Evidencia-se que tal direito à intimidade pode ser mitigado em algumas circunstâncias, contudo jamais plenamente suprimido, sendo oponível até mesmo em face de pessoas com as quais o sujeito tenha um elevado grau de proximidade, como é o caso de cônjuges e companheiros. Inadmissível se elucubrar que tal direito poderia ser afastado em caso de casamento ou união estável, ante ao dever de respeito a preceitos como lealdade entre as partes ou a imposição de critérios de fundo contratual como a boa-fé.

O estabelecimento de uma união de vidas tem o condão de transformar a vida das pessoas, gerar uma série de restrições a liberdades existentes anteriormente, contudo não pode retirar do indivíduo sua condição humana ou afastar a incidência de direitos essenciais a todo e qualquer ser humano, razão pela qual não se pode sequer cogitar a teratológica hipótese de que

o casamento ou a união estável teriam o poder de dizimar direitos da personalidade do cônjuge ou companheiro.

O fato de ocultar ou não revelar a realização do processo transexualizador está acobertado pelos preceitos do direito à intimidade e não pode ser utilizado como fato gerador para o pleito de indenização, sendo de se considerar, ainda, que mesmo que se considerasse presentes a ação do indivíduo, o dano ao cônjuge ou companheiro, o nexos causal e a culpa *lato sensu* na negativa da informação quanto a realização de intervenções cirúrgicas e hormonais para a adequação do corpo do transexual tal conduta estaria acobertada pelo exercício regular de um direito como excludente de uma eventual ilicitude.

Dessa maneira é imperioso asseverar que toda pessoa tem o direito à intimidade, garantido como um direito da personalidade e, como tal, oponível a toda e qualquer pessoa com o fulcro de resguardar a humanidade daquele sujeito, sendo certo que não haveria a obrigatoriedade de revelar ter se submetido ao procedimento transgenitalizador ou demais intervenções com o escopo de adequação à identidade de gênero, tampouco se cogitar qualquer sorte de responsabilidade civil por ter de tal forma agido.

Qualquer posicionamento que se mostre dissonante ao apresentado, *data maxima venia*, além de se mostrar desprovido de respaldo nos preceitos jurídicos vigentes em nosso ordenamento se revelaria como um ato fomentador da segregação e discriminação que grassam na vida dessa minoria sexual.

## 8. REFERÊNCIAS

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

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Dos direitos da personalidade*. Teoria geral do direito civil, São Paulo: Atlas, 2008.

CUNHA, Leandro Reinaldo da. *Identidade e redesignação de gênero: aspectos da personalidade, família e responsabilidade civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CUNHA, Leandro Reinaldo da. A união homossexual ou homoafetiva e o atual posicionamento do STF sobre o tema (ADI 4277). *Revista do Curso de Direito da Universidade Metodista de São Paulo*. V. 8. São Bernardo do Campo: Metodista, 2010.

CUNHA, Leandro Reinaldo da. Identidade de gênero e a responsabilidade civil do Estado pela leniência legislativa. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, v. 962, p. 37-52, dez. 2015.

CUNHA, Leandro Reinaldo da. O posicionamento da corte interamericana de direitos humanos quanto à identidade de gênero. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. n. 991, p. 227-244, 2018.

DIAS, Maria Berenice (coord.). *Intersexo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: Parte geral e LINDB*. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de direito civil: Responsabilidade Civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GRANT, Jaime M.; MOTTET, Lisa A.; TANIS, Justin; HERMAN, Jody L.; HARRISON, Jack;

KEISLING, Mara. *National Transgender Discrimination Survey Report on health and health care*. Washington, 2010.

MIZRAHI, Mauricio Luis. *Homosexualidad y transexualismo*. Buenos Aires: Astrea, 2006.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. T. VII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas. 2013.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil, 5: Direito de família*. 8 ed. São Paulo: Método, 2013.

**Recebido:** 13.01.2019

**Aprovado:** 11.02.2019

**Como citar:** CUNHA, Leandro Reinaldo da. Identidade de gênero, dever de informar e responsabilidade civil. *Revista IBERC*, Minas Gerais, v. 2, n. 1, p. 01-17, jan.-abr./2019.