

**UNIVERSIDADE FUMEC**

**Mariana Tamara de Lima Oliveira**

**A APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PERANTE A  
RETIFICAÇÃO DO REGISTRO CIVIL DO TRANSEXUAL NO BRASIL**

**Belo Horizonte**

**2018**

**Mariana Tamara de Lima Oliveira**

**A APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PERANTE A  
RETIFICAÇÃO DO REGISTRO CIVIL DO TRANSEXUAL NO BRASIL**

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito e Ciências do Estado, da Universidade FUMEC, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de pesquisa: Direito Privado

Orientador: Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza

Co-orientadora: Prof. Dra. Helena Colodetti Gonçalves Silveira

**Belo Horizonte**

**2018**

### **Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**

O48a Oliveira, Mariana Tamara de Lima, 1990-  
A aplicabilidade dos direitos fundamentais perante a  
retificação do registro civil do transexual no Brasil / Mariana  
Tamara de Lima Oliveira. – Belo Horizonte, 2018.  
128 f. ; 29,7 cm

Orientador: Cesar Augusto de Castro Fiuza  
Coorientador: Helena Colodetti Gonçalves Silveira  
Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade  
FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde,  
Belo Horizonte, 2018.

1. Transexuais – Brasil. 2. Identidade de gênero - Brasil. 3.  
Personalidade (Direito) - Brasil. I. Título. II. Fiuza, Cesar  
Augusto de Castro. III. Silveira, Helena Colodetti Gonçalves.  
IV. Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas,  
Sociais e da Saúde.

CDU: 340.64



UNIVERSIDADE  
**FUMEC**

PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO EM INSTITUIÇÕES SOCIAIS, DIREITO E DEMOCRACIA

**AVALIAÇÃO FINAL DA DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE**  
**MESTRADO**

**BANCA EXAMINADORA:**

**ASSINATURAS:**

Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza

Prof. Dr. Daniel Rivorêdo Vilas Boas

Prof. Dr. Gustavo Henrique de Almeida

**MESTRANDA: MARIANA TAMARA DE LIMA OLIVEIRA**

**TÍTULO DA DISSERTAÇÃO:**

**“A APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PERANTE A  
RETIFICAÇÃO CIVIL DO TRANSEXUAL NO BRASIL”**

**RESULTADO FINAL:**

*Aprovada*

Data da Defesa: 01/03/2018

REITORIA

Av. Afonso Pena, 3880 - Cruzeiro  
30130-009 - Belo Horizonte, MG  
Tel. 0800 0300 200  
www.fumec.br

CAMPUS

Rua Cobre, 200 - Cruzeiro  
30310-190 - Belo Horizonte, MG  
Tel. (31) 3228-3000  
www.fumec.br

## AGRADECIMENTOS

O sonho de me tornar mestre está se realizando! E eu sou eternamente grata a todos àqueles que, de alguma forma, ajudaram a torná-lo realidade.

Agradeço a Deus, por seu cuidado e por satisfazer mais um sonho do meu coração.

A meus pais, Gite e Roberto, pelo amor, confiança e por sonharem comigo, me proporcionando o possível e o impossível. Tudo que tenho e sou foi dado por eles, e tudo que eu conquistar será para orgulhá-los.

Ao Par, em quem me espelho profissionalmente e a quem dedico esta conquista. Aonde quer que ele esteja, sei que está orgulhoso de mim.

A meu noivo, Fabrício, por estar sempre presente, com alegria, carinho e compreensão, tornando meus dias mais leves.

À minha irmãzinha, Sophia, pelo companheirismo e pelo ser perfeito que é, reflexo do amor.

Ao Lucas, pela amizade incondicional e toda ajuda em cada etapa deste trabalho.

Ao Hugo e ao Edu, meus chefes/amigos, pois sem o tempo concedido por eles, eu não teria conseguido.

Agradeço, também, a meus orientadores, César e Helena, por toda presteza, disponibilidade e atenção ao longo do trabalho. Todos foram sensacionais! Muito obrigada!

“Isso de querer ser exatamente aquilo que a gente é ainda vai nos levar além.”

*(Incenso fosse música, Paulo Leminsky)*

## RESUMO

Pretende-se compreender a função dos direitos fundamentais, elencados na Constituição da República de 1988, no que tange à orientação sexual do indivíduo transexual e na necessidade deste de alterar o registro civil para que o nome e gênero correspondam à sua identidade pessoal. Faz-se uma exposição histórica da transexualidade, bem como demonstra-se sua repercussão em meio social, uma vez que esses indivíduos não se adequam ao binarismo de gênero pré-determinado socialmente e culturalmente. Também é objetivo apresentar como a temática do transexual vem sendo tratada no meio da medicina e da psicologia, tendo em vista que o primeiro o considera patologia, buscando tratamentos para tal, enquanto o segundo o entende como expressão determinada pelo psicológico do indivíduo transexual, que independe de demais fatores externos para se manifestar. Adentra-se na questão da democracia, bem como na garantia ao transexual dos direitos fundamentais principalmente de liberdade, igualdade e dignidade, a fim de evitar a discriminação dessa minoria, ressaltando os fundamentos de um Estado Democrático de Direito, observando sua obrigação para com a sociedade e seus indivíduos nela inseridos. Discorre-se sobre o exercício dos direitos à identidade de gênero e livre desenvolvimento em meio social, sem qualquer tipo de preconceito, a fim de ter resguardados não apenas os direitos fundamentais, mas também os direitos de personalidade, pois é por meio destes que se exercem e garantem os direitos fundamentais elencados na Constituição.

**Palavras-chave:** Transexualidade. Identidade de gênero. Democracia. Direitos fundamentais. Direito de personalidade.

## ABSTRACT

It is intended to understand the role of fundamental rights, listed in the Federal Constitution, regarding the sexual orientation of the transsexual individual and their need to change the civil registry so that their name and first name correspond to their personal identity. A historical exposition of the transsexual is made, as well as demonstrates its repercussion in social environment, since these individuals do not adapt to the gender binarism predetermined socially and culturally. It is also a goal to demonstrate the theme of the transsexual in medical and psychological terms, since one considers it as pathology, seeking treatments for it, while the other understands it as an expression determined by the psychological, which is independent of other external factors to manifest. The issue of democracy must be emphasized, as should the need to ensure that the rights of liberty, equality and dignity are safeguarded to the transsexual, in order to avoid discrimination against this minority, emphasizing the Democratic State of Law, observing its obligation to society and its individuals within it. The rights to gender identity and free development in a social environment, without any kind of prejudice, are explained in order to protect not only the fundamental rights, but also the right to the personality, because through these it is done and guaranteed the fundamental rights listed.

**Keywords:** Transsexuality. Gender identity. Democracy. Fundamental rights. Personality rights.



## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ABGLT	Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros
AC	Apelação cível
ADI	Ação direta de inconstitucionalidade
AGU	Advocacia Geral da União
ANIS	Bioética, Direitos Humanos e Gênero
AI	Agravo de instrumento
art.	Artigo
CC/02	Código Civil de 2002
CFM	Conselho Federal de Medicina
CFP	Conselho Federal de Psicologia
CID-10	Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
CR/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
DSM-V	Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, da American Psychological Association
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
GLBT	Gays, lésbicas, bissexuais e transexuais
IBDFAM	Instituto Brasileiro de Direito de Família
inc.	Inciso
LGBTIQ	Lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis, intersexuais e <i>queers</i>
RE	Recurso extraordinário
REsp	Recurso especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TIIC	Transtorno de identidade da integridade corporal

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2 TRANSEXUALIDADE.....</b>	<b>13</b>
<b>2.1 Aspectos históricos e sociológicos .....</b>	<b>15</b>
<b>2.2 Aspectos psicológicos e identidade de gênero .....</b>	<b>20</b>
<b>2.3 Aspectos médicos e a cirurgia de transgenitalização .....</b>	<b>25</b>
<b>2.4 Algumas formas de expressão da sexualidade humana.....</b>	<b>29</b>
<b>3 DIREITOS FUNDAMENTAIS E QUESTÕES DE GÊNERO .....</b>	<b>32</b>
<b>3.1 Liberdade.....</b>	<b>37</b>
<b>3.2 Igualdade .....</b>	<b>46</b>
<b>3.3 Dignidade.....</b>	<b>53</b>
<b>3.4 Os direitos fundamentais pelo controle do Estado.....</b>	<b>59</b>
<b>3.5 Direito de personalidade .....</b>	<b>69</b>
<b>3.6 O papel do Estado na garantia dos direitos da personalidade .....</b>	<b>74</b>
<b>4 A RETIFICAÇÃO DO REGISTRO CIVIL DO TRANSEXUAL .....</b>	<b>86</b>
<b>4.1 Direito ao nome .....</b>	<b>91</b>
<b>4.2 Restrições à liberdade de gênero .....</b>	<b>99</b>
<b>4.3 (In)Aplicabilidade dos direitos fundamentais em casos concretos .....</b>	<b>105</b>
<b>4.4 Direito do transexual <i>versus</i> direito de terceiro .....</b>	<b>109</b>
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>113</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>116</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A quem pertence o corpo? A quem pertence a identidade pessoal de um indivíduo? A sociedade e o Estado têm a prerrogativa de controlar aquilo que não lhes compete? Faz jus ao Estado Democrático de Direito conceituar homem e mulher em suas formas biológicas marginalizando os que não se enquadram neste determinismo predeterminado?

Assuntos ligados a gênero e sexualidade sempre foram difíceis de serem tratados, sendo alvo de curiosidade e causando inquietação social. Tudo aquilo que foge da heteronormatividade é visto como anormal, sendo rejeitado e condicionado à imoralidade. A sociedade tenta normatizar o que é certo ou errado, normal ou anormal, excluindo aquilo que não se encaixa nesse determinismo cultural, gerando opressão, injustiça e homofobia.

Também a liberdade sobre a vida e o próprio corpo é assunto polêmico. Como exemplo, existem controvérsias sobre o direito da mulher de abortar quando não deseja conceber a criança, seja devido a uma gravidez indesejada ou por falta de recursos financeiros e/ou psicológicos para criar um filho.

Em outro extremo, mas igualmente envolvendo a disposição sobre o próprio corpo, tem-se a apotemnofilia, também conhecida como transtorno de identidade da integridade corporal (TIIC). Trata-se de condição em que o indivíduo só se sente completo se tiver parte do corpo amputada, causando espanto a quem convive com ele, uma vez que a amputação apenas é recomendada nos casos que coloquem a vida do indivíduo em risco. Pessoas que sofrem desse transtorno não estão com nenhuma doença, mas psicologicamente rejeitam algum membro, tornando-se impossível viver enquanto este não for amputado.

Adentrando na temática do presente trabalho, o transexual também se enquadra como tema controverso, considerando que esse indivíduo possui perfeita anatomia e fisiologia de determinado sexo, mas seu psicológico o conduz como pertencente do gênero oposto. Assim, pretende retificar seu nome e gênero em seu registro civil a fim de que estes correspondam à sua identidade pessoal.

Certo é que a sociedade determina o que é homem e mulher, bem como estabelece comportamentos condizentes a cada um desses gêneros. Contudo o transexual ultrapassa a fronteira dessa adequação sexual, por não se encaixa nesse binarismo de gênero. Assim, fugindo do viés cultural e social hegemônicos, é marginalizado, considerado anormal e/ou doente, enfrentando o desrespeito à sua identidade pessoal e tendo ferida sua dignidade.

Com o intuito de responder sobre os direitos que o transexual detém, o tema tem sido recentemente tratado em tribunais superiores, mas ainda sem conclusão, por ser questão

interdisciplinar, sendo estudada não apenas em âmbito jurídico, mas também pela biologia, medicina, psicologia, antropologia e sociologia. Assim, essas áreas do conhecimento buscam respostas que afirmem a complexidade de se determinar o gênero apenas pela genitália, fazendo coincidir equivocadamente o sexo biológico com a identidade de gênero, fruto dos projetos de subjetivação do indivíduo.

A temática da transexualidade é relativamente recente, e os debates firmados até o momento demonstram a imprescindibilidade de uma intervenção estatal nas relações tanto entre os membros desse grupo e o próprio Estado, quanto entre aqueles e os que lhes são estranhos. Tais debates ressaltam, atualmente, a importância de se garantir aos transexuais, principalmente, o respeito aos princípios da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana, de tal modo a lhes assegurarem o direito à autodeterminação e à autoafirmação. Dita garantia cria o potencial de se alcançar a solidariedade social, respeitando a ideia do pluralismo e, como consequência, a pacificação social.

Embora a democracia se pautem pela vontade da maioria, não se pode subjugar a minoria, sob o risco de se desenvolver uma tirania daquela, desvirtuando, dessa forma, o próprio instituto da democracia e, conseqüentemente, abrindo espaço para a discriminação das minorias, como os transexuais.

Pesquisa-se, então, os fundamentos da democracia e institutos que lhe são afins, em doutrinas que traçam discussão acerca daquela, dos conceitos de república, direitos fundamentais e transexualidade. Discute-se, também, a relação entre os princípios constitucionais e os direitos da personalidade.

Diante do tema da transexualidade e da forma como ele vem sendo abordado por diversas áreas do conhecimento, em especial a jurídica, este trabalho tem como objetivo geral verificar a aplicabilidade dos direitos fundamentais perante a retificação civil do transexual no Brasil.

O presente trabalho, então, tem como objetivo apresentar a necessidade de se garantir aos grupos minoritários, em específico os transexuais, o exercício dos direitos fundamentais em condições de igualdade com os demais indivíduos. Tal garantia relaciona-se diretamente com os fundamentos do Estado Democrático e tem o condão de exprimir um regime pluralista que se pauta na busca pelo bem comum.

Assim, o presente trabalho se inicia, em seu segundo capítulo, conceituando gênero, sexo e transexualidade, para então adentrar na questão histórica do surgimento de estudo sobre os transexuais, bem como seu desenvolvimento sociológico. Após, serão apresentados conceitos psicológicos que se enquadram na temática, a fim de expor a identidade de gênero e

suas características inerentes ao transexual. Também será abordado, dentro desse capítulo, os aspectos médicos referentes à temática e a busca de tratamentos que amenizem o sofrimento vivido pelo transexual.

No terceiro capítulo, os direitos fundamentais da liberdade, igualdade e dignidade, previstos na Constituição Federal de 1988 serão tratados e associados às questões de gênero, bem como se adentrará no conceito de direito à personalidade, que tem como fundamento tais direitos fundamentais, inerentes ao desenvolvimento do ser humano em sociedade. Também se tratará do papel do Estado para garantir referidos direitos, bem como se investigará se existe prevalência do poder estatal sobre o direito privado.

No quarto capítulo, será abordada a retificação civil do transexual no que se refere a prenome e gênero, apresentando, em casos concretos, como tais retificações estão sendo discutidas em tribunais superiores brasileiros. Também será examinado o direito do transexual *versus* o direito de terceiro, investigando a prevalência de um sobre o outro.

O presente trabalho tem como fundamento principal a Constituição da República de 1988 no que se refere aos princípios fundamentais inerentes ao ser humano, independente de sua identidade de gênero ou qualquer outro comportamento que o afaste do binarismo social. Pesquisas bibliográficas também foram utilizadas a fim de enriquecer o tema, bem como jurisprudência, casos concretos, portarias e projetos de lei, com a finalidade de refletir sobre o cumprimento dos direitos da minoria transexual.

O marco teórico é o constitucionalismo democrático, que defende os direitos fundamentais expressos na Constituição da República de 1988, assegurando que eles sejam garantidos a todos e exercidos por todos os seres humanos.

## 2 TRANSEXUALIDADE

Para conceituar a transexualidade, é preciso, num primeiro momento, diferenciar sexo e gênero. Insta salientar, entretanto, que há certa complexidade no emprego da palavra sexo, porquanto expressa diversos sentidos, podendo ser considerada para distinguir feminino e masculino, genitália, relação sexual, entre outros aspectos. Certo é que sexo é palavra complexa para se limitar, apenas, aos fatores biológicos de um indivíduo.

Segundo a definição do dicionário Caldas Aulete (2018), sexo é o “conjunto de características que, nos seres humanos, nos animais e nas plantas, distinguem o sistema reprodutor, seus contrastes e suas interações (sexo feminino/masculino)”. Também o dicionário Priberam (2018) se utiliza do binarismo para caracterizar o termo: “diferença física ou conformação especial que distingue o macho da fêmea (ex.: sexo feminino, sexo masculino)”. Contudo, o conceito do sexo, no presente trabalho, compreende outras definições que vão além da genitália de uma pessoa ou a simples diferença entre feminino e masculino, uma vez que o sexo não determina a identidade de gênero, tampouco a orientação sexual de nenhum indivíduo.

Pode-se diferenciar o sexo em genético, social, jurídico e psicológico. O sexo genético, também compreendido como cromossômico e morfológico, compreende a realidade biológica em que o indivíduo que desenvolve testículos e apresenta a genitália masculina possui os cromossomos XY (gametas heterogaméticos), enquanto o indivíduo que desenvolve ovários e exibe a genitália feminina detém a combinação cromossômica XX (gametas homogaméticos). Como espécie do sexo genético, ressalta-se o sexo gonádico, que surge nos primeiros meses da vida uterina e antes do aparecimento das gônadas, apresentando sempre a genitália feminina, independente de o cromossomo representar XX ou XY e desenvolver, posteriormente, testículos ou ovários. Outra espécie é o sexo anatômico ou morfológico, sendo o indivíduo definido apenas por sua genitália externa (VIEIRA, 1996).

Sobre o sexo social, ele floresce no meio em que o indivíduo cresce e se desenvolve, tendo como participação familiares e educadores, e como influências a religião e a cultura. Assim, o sexo social não necessariamente corresponde ao sexo genético, tampouco ao jurídico.

Já ao sexo jurídico, também conhecido como sexo legal, é o que consta no registro civil do indivíduo. Pela certidão de nascimento, que tem caráter público, dá-se reconhecimento ao fato jurídico do nascimento, e seu conteúdo presume veracidade, em decorrência da fé pública que dele emana (PERES, 2001). Via de regra, o sexo legal é definido pelas características anatômicas do órgão sexual externo.

Por fim, o sexo psicológico é a interação de todos os fatores sociais, genéticos, fisiológicos e psicológicos. Estes elementos promovem no indivíduo uma percepção de si mesmo, podendo ser compatível ou não com o sexo genético, social e jurídico. Nos transexuais, o sexo psicológico não se harmoniza com o sexo legal, nem com o genético, resultando em uma discordância entre a genitália e a identidade de gênero, que será tratada, posteriormente, em tópico próprio.

A ciência define sexo segundo as características físicas e biológicas do indivíduo, por meio do aparelho genital que distingue fêmea e macho. Contudo apenas essa distinção não é capaz de determinar o gênero de um indivíduo (SÁ NETO, 2015, p. 50).

Em relação ao gênero, este possui um conceito mais abrangente que o de sexo, pois, em vez de se caracterizar somente pela anatomia, ele abrange, também, os aspectos social e psicológico. Assim, entende-se gênero como tudo aquilo referente à sexualidade de cada indivíduo e que é regido por seu estado psicológico.

Para Butler (2003, p. 24), o gênero pode ser compreendido como “culturalmente construído: conseqüentemente, não é nem o resultado causal do sexo, nem tampouco tão aparentemente fixo quanto o sexo”.

Já Sá Neto (2015, p. 51) entende o gênero como construção histórica de regras e padrões corporais e sociais, capazes de gerar uma identidade social, que resulta em identidade masculina ou feminina.

O presente trabalho apresenta o gênero de maneira singular em cada indivíduo, sendo ele expressado pelo comportamento da pessoa perante a sociedade, podendo se exteriorizar de modos diferentes em relação ao tempo (costumes e construções sociais) e lugar (referente à sociedade em que o indivíduo está inserido e sua respectiva cultura).

A sexualidade, por sua vez, é entendida como a orientação sexual de um indivíduo, expressada, de forma inconsciente, por variantes particulares, podendo estas serem classificadas como heterossexualidade, homossexualidade e bissexualidade (SÁ NETO, 2015, p. 52).

Assim, enquanto o sexo pode ser caracterizado pela biologia, em virtude de os órgãos genitais serem masculinos ou femininos, estes não determinam a identidade de gênero, nem sequer a orientação sexual. Em contrapartida, o gênero se refere àquela identidade em que o indivíduo se reconhece, independente de suas características fisiológicas, biológicas e legais.

Feita a distinção entre sexo e gênero, é importante adentrar no conceito de transexual. Em suma, o transexual é o indivíduo cuja identidade de gênero não coincide de modo exclusivo e permanente com o sexo designado quando do nascimento. Nesse sentido, “o transexual se considera pertencente ao sexo oposto. Sente desconexão psíquico-emocional com o seu sexo

biológico” (DIAS, 2016, p. 227). Ademais, o transexual não apenas apresenta certas características do sexo oposto a seu sexo biológico, mas mantém uma persistência, insistência e consciência em relação à sua identidade de gênero.

Considerado como inversão sexual, hermafroditismo psíquico e travestismo intenso, apenas em 1953 o transexualismo foi conceituado por Harry Benjamin como sentimento expressado por certo indivíduo, de sexo biológico determinado, a pertencer ao sexo oposto, e viver conforme a imagem que faz de si mesmo (VIEIRA, 1996). Benjamin, considerado o pai da transexualidade, também defendia a ideia da cirurgia de redesignação sexual para conformação sexual dos transexuais.

O psiquiatra Robert Stoller introduziu a nomenclatura disforia de gênero, ainda utilizada pela medicina, para caracterizar o sentimento de desconforto e sofrimento do transexual perante seu sexo, considerando que ele possui certo sexo biológico, mas pertence a sexo psicológico diverso (VIEIRA, 1996).

Há quem retrate o transgênero como o indivíduo que não pretende realizar a cirurgia de redesignação sexual, mas apenas se identifica como sendo do gênero oposto e tenta ser reconhecido como tal, enquanto o transexual é caracterizado por buscar a modificação de seus órgãos genitais por meio da cirurgia de redesignação, de forma a corresponder à identidade de gênero à qual ele sente pertencer e que não se adequa ao seu sexo biológico.

Contudo, no presente trabalho não se utilizará essa diferença, visto que a escolha de fazer ou não a cirurgia de redesignação sexual deve ser exclusiva do transexual, obedecendo aos direitos fundamentais da liberdade e dignidade, que serão analisados posteriormente. Ademais, o que se pretende é romper com o determinismo da genitália para definir questões de gênero e, por isso, não há de se fazer diferenciações entre transexual e transgênero.

## **2.1 Aspectos históricos e sociológicos**

Não é possível determinar o exato momento do surgimento da transexualidade, visto que é uma variação sexual que sempre existiu. Possível é, entretanto, identificar em qual momento a ela foi caracterizada como tal, bem como datas dos primeiros estudos realizados sobre o tema e das cirurgias de transgenitalização.

Em sua obra *Mudança de Sexo: aspectos médicos, psicológicos e jurídicos*, Vieira (1996) apresenta histórias da transexualidade na mitologia clássica, na filosofia hebraica de Alexandria, nos reinos da Frigia e Índia oriental, Império Romano e França do século XVI a



XVIII, em que homens viviam como mulheres e mulheres como homens, e também histórias de mutilação do órgão genital para se adequarem àquilo que pretendiam ser.

História clássica é a do Imperador Nero, que, após o falecimento de sua esposa, notou a semelhança desta com seu escravo Sporus e, assim, ordenou aos médicos que fizessem uma cirurgia neste, para que se tornasse mulher. Realizada a cirurgia, Nero e Sporus se casaram (VIEIRA, 1996).

Outros casos foram identificados em povos indígenas, como nas tribos americanas Yumans, Navajos e Cocopas, que acreditavam que, na puberdade, poderia ocorrer uma mudança de espírito em que homens e mulheres poderiam viver como se fossem do sexo oposto (GREEN, 1999).

Vieira (1996) relata que, em 1985, em um congresso de psiquiatria e neurologia, na França, a história dos estudos da transexualidade foi descrita como sendo caracterizada em quatro épocas.

A primeira, denominada monomania (alienação mental em que uma única ideia parece absorver todas as faculdades mentais do indivíduo), seria o período em que a pessoa passaria por um leve delírio, também podendo ser caracterizado por uma psicose limitada. Essa fase, segundo os psiquiatras, é uma espécie de loucura, que, mais adiante, seria compreendida como psicose avançada.

A segunda fase é caracterizada pelas perversões sexuais, quando, no fim século XIX, os médicos psiquiatras descartam a monomania e apresentam a nosografia (descrição e/ou classificação das doenças). Naquela época, acreditava-se que a transexualidade era uma anomalia do comportamento sexual. Também nessa fase, entre os anos 1921 e 1930, são realizadas as primeiras intervenções cirúrgicas, mediante vários procedimentos, nos denominados, na época, de travestis extremos. Ressalta-se que na nosografia os transexuais são comumente confundidos com homossexuais e travestis.

Na terceira fase, o termo transexualismo é utilizado pela primeira vez, em 1949, por Caldwell, num artigo médico americano. Alguns anos mais tarde, Harry Benjamin, considerado pai da transexualidade, consagra a expressão ao empregá-la em um simpósio, em 1953. Benjamin diferenciou “transvestismo” de “transexualismo” com fundamentos biológicos e propôs a cirurgia de transgenitalização nos transexuais. Em 1966, publica sua obra *The Transsexual Phenomenon*, na qual constrói e estabelece compreensões ainda hoje utilizadas.

A partir da obra de Benjamin, a transexualidade deixa de ser considerada psicose ou perversão, e deixa de ser confundida com homossexualidade e travestismo, mas, ainda assim, é vista como doença, mais especificamente como uma síndrome. Em 1970, após pesquisas

médicas, passa a ser considerada um transtorno de identidade e é incluída na classificação internacional de doenças da Organização Mundial da Saúde (OMS) (SAADEH, 2004). Também nessa fase é realizada a primeira cirurgia de redesignação sexual, em dezembro de 1952, em Copenhague, Dinamarca.

A partir dessa cirurgia, os transexuais começam a requerer alterações não apenas médicas, mas também jurídicas. Em 1969, ocorreu um caso brasileiro, quando Airton Galiaci, após ter sido judicialmente reconhecido como Jaqueline, se submeteu à cirurgia de redesignação sexual no Marrocos. No Brasil, a primeira cirurgia de alteração de sexo foi realizada pelo Dr. Roberto Farina, em 1971. De acordo com Saadeh (2004), o médico brasileiro, pioneiro, respondeu a um processo criminal e um administrativo, no Conselho Federal de Medicina, sendo considerado culpado em ambos. Acusado de lesão corporal qualificada, o médico sustentou que agiu de forma lícita no exercício de sua profissão e foi absolvido pela 5ª Câmara do Tribunal Criminal de São Paulo, por maioria dos votos, que deu provimento ao apelo e absolveu o médico, nos seguintes termos, transcritos por Vieira:

“Não age dolosamente o médico que, através de cirurgia, faz a ablação de órgãos genitais externos de transexual, procurando curá-lo ou reduzir seu sofrimento físico ou mental. Semelhante cirurgia não é vedada pela lei, nem pelo Código de Ética Médica.” (VIEIRA, 2000, p. 93).

A partir da década de 1970, diversos transexuais brasileiros realizaram tratamentos hormonais e cirurgias de redesignação sexual ilegalmente no Brasil ou até mesmo no exterior.

Na quarta e última fase, é apresentada a disforia de gênero, reconhecendo-se a diferença entre sexo e gênero. Nessa fase, o sexo designa sexualidade, enquanto o gênero diz respeito à função do sexo no meio social. De acordo com essa conceituação, o indivíduo transexual apresenta uma identidade de gênero perturbada, e não uma doença em relação à sua sexualidade. (PERES, 2001).

No decorrer dessas quatro fases, o indivíduo transexual vem sendo, além de estudado, classificado. Alguns autores já o categorizaram em transexual primário e secundário. O primário seria entendido como aquele que pretende realizar a cirurgia de transgenitalização, além de não ser homossexual ou travesti, enquanto o secundário oscilaria entre ser homossexual ou travesti, podendo até ser considerado como vivendo em uma fase temporária. (PERES, 2001).

Até a presente data, a transexualidade vem sendo assunto de estudos recorrentes na sociologia, antropologia, medicina e psicologia, que têm pesquisado o gênero, o sexo e a

sexualidade, a fim de esclarecer o comportamento do indivíduo em relação ao gênero, o que vem abalando a construção social da dicotomia masculino e feminino.

O fato de o ser humano poder influenciar o meio social em que vive e ser influenciado por ele lhe permite adaptar-se à sociedade, principalmente em relação ao sexo social. Por outro lado, é comum que cada sociedade estabeleça padrões culturais de moralidade em relação a idade, classe social, padrão econômico e sexo, e defina este último não só como ato físico, mas como a diferenciação de gênero homem e mulher.

A imposição de um gênero pela sociedade determina que cada indivíduo tenha que se comportar como tal; aos homens, será estipulado um tipo de vestimenta e modos de se expressar, às mulheres determinado estereótipo a seguir.

Essa construção social não só padroniza o comportamento das pessoas, mas também seleciona certos indivíduos, excluindo aqueles que não se adequam a certas determinações culturais. Assim, nas sociedades cujas culturas determinam que seus membros têm de seguir determinado padrão de heteronormatividade<sup>1</sup>, certos indivíduos não vão se ajustar a tais preceitos culturais, recaindo, sobre eles a conotação de quem foge às normas. Na definição de Peres:

São pessoas que parecem apresentar uma disposição tão forte e distinta da personalidade social traçada por sua cultura para a sua idade, sexo ou posição social que não conseguem moldar-se a esse tipo social. São, por assim dizer, os socialmente “inadaptados” [...]. (PERES, 2001, p. 23).

Certo é que nas sociedades em que há dicotomia da personalidade com base no sexo, feminino ou masculino, não só a minoria é atingida por preconceitos, mas também os indivíduos que se expressam conforme o papel social estabelecido se veem atingidos por aqueles considerados inadaptados, uma vez que estes perturbam aqueles, gerando incertezas em relação à sua sexualidade.

A sociedade estabelece características para o gênero, que devem acordar com o órgão genital a fim de evitar qualquer tipo de desconforto da maioria que se adequa a esse estereótipo. Essa maioria insiste em basear seu entendimento e comportamento em explicações biológicas que defendem que o gênero de qualquer pessoa é determinado apenas pela genitália, independente de intervenções sociais ou psicológicas que possam vir a ocorrer no desenvolvimento de um indivíduo.

---

<sup>1</sup> Os seres humanos comumente são classificados como homem ou mulher, feminino ou masculino, e apenas podem expressar sua sexualidade de forma heterossexual. Qualquer situação que não se enquadre nesse determinismo heteronormativo é marginalizada pela sociedade.

Outra questão relevante é a interferência religiosa nas culturas das sociedades. O Brasil é um Estado laico, ou seja, exerce posição neutra em relação a qualquer crença ou religião. Contudo, conforme exposto por Foucault (1984), há um “dispositivo de aliança” criado pela sociedade, de acordo com o qual toda sexualidade se restringe às relações matrimoniais e de reprodução, além de se estruturar em torno de um sistema de regras que define o que é permitido e o que é proibido em relação à sexualidade. Nesse sentido, por mais que a religião não intervenha em normas jurídicas ou até mesmo se posicione de forma imparcial em relação ao comportamento de cada indivíduo, é nítida sua atuação na construção sociocultural, uma vez que o sexo, como relação sexual ou expressão de gênero, é estabelecido com fundamento em pensamentos cristãos do que é permitido ou imoral.

Essa concepção de que o sexo se limita à família<sup>2</sup> e à procriação perdurou até o século XVIII, sendo expandido, posteriormente, para o conceito de que sexo tratava apenas da genitália. Já no século XIX, houve uma proliferação das sexualidades pelo poder e prazer. Conforme expõe Foucault:

[...] sobretudo a partir do século XIX, [a sexualidade] é garantida e relançada pelos inumeráveis lucros econômicos que, por intermédio da medicina, da psiquiatria, da prostituição e da pornografia, vincularam-se ao mesmo tempo a essa concentração analítica do prazer e a essa majoração do poder que o controla. (FOUCAULT, 1984, p. 48).

Assim, por meio da moral cristã, que permeia o certo e errado nos processos de individualização e socialização, a sociedade construiu nessa época o binarismo sexual, com crenças culturais que garantiam a existência do gênero feminino e masculino, em suas perfeitas formas biológicas. Ademais, a sociedade como um todo acreditava ser o gênero decorrente da biologia, imutável, e definido apenas pela genitália. O que fugisse dessa regra era visto como anomalia ou até mesmo desvio mental.

Na prática, nesse período da história, havia confusão entre os termos sexo e gênero, sendo usados indiferentemente. Por isso, a sexualidade e feminino ou masculino eram vistos de forma natural, como a moral social, ou seja, eles haviam de cumprir seu papel na ordem social.

Atualmente, ainda é possível observar a moldura da heteronormatividade, mas é incontestável que outras formas de expressão de sexualidade e gênero vêm sendo construídas

---

<sup>2</sup> Contudo, ainda no século XX, o Código Civil brasileiro de 1916, mantinha proteção jurídica sobre a família legítima, de homem e mulher, sendo ilegítimo o que estivesse fora desse sistema binário, caracterizando, ainda, uma moral religiosa em relação às normas jurídicas. Essa moral só se alterou em 2002, no Código Civil vigente, mediante uma interpretação hermenêutica constitucional com compromisso com a igualdade, que mudou os marcos interpretativos, tendo em vista que o CC/02 ainda dispõe sobre casamento entre homem e mulher.

socialmente, por meio de livros, filmes, novelas e até mesmo normas jurídicas. Nesse sentido, Giddens dispôs que:

Hoje em dia a “sexualidade” tem sido descoberta, revelada e propícia ao desenvolvimento de estilos de vida bastante variados. É algo que cada um de nós “tem”, ou cultiva, não mais uma condição natural que um indivíduo aceita como um estado de coisas preestabelecido. De algum modo, que tem de ser investigado, a sexualidade funciona como um aspecto maleável do *eu*, um ponto de conexão primário entre o corpo, a auto-identidade e as normas sociais. (GIDDENS, 1993, p. 25).

De uma forma ou de outra, alguns estudos sociais, científicos e psicológicos ainda tratam a heteronormatividade como regra, o que traduz a disforia de gênero como doença ou síndrome. Esse comportamento compromete uma nova construção cultural da ordem social, que inclua outras expressões da sexualidade, sem a conotação de anormalidade e, conseqüentemente, sem a marca do preconceito, que é consequência da desinformação.

## 2.2 Aspectos psicológicos e identidade de gênero

Entre os estudos sociológicos e antropológicos realizados sobre sexo e gênero, grande parte é direcionada às mulheres, principalmente pelo movimento feminista, que desvinculou o gênero do fator natural e o problematizou em suas expressões sociais.

Também a psicanálise realizou estudos, especialmente sobre as formas de expressão da sexualidade humana. Nessa área do conhecimento, principalmente pelos trabalhos de Freud e Stoller, iniciou-se o reconhecimento e diferenciação de sexo, gênero e sexualidade como construção social.

Segundo a teoria do neurologista e criador da psicanálise, Sigmund Freud (1856-1939), o ser humano passa por um estágio de desenvolvimento, que se inicia com o nascimento e que, até os quatro ou cinco anos de vida, será decisivo para a formação da personalidade. Seguindo, entre os cinco a sete anos, a criança passa pelo estágio de latência, em que não ocorre nenhuma alteração relacionada à sexualidade. E finaliza na puberdade, quando há um renascimento sexual e o desenvolvimento psicosssexual. (FEIST; FEITS; ROBERTS, 2015).

A sexualidade infantil, que perdura até os cinco anos de idade, diferente da adulta, é determinante para o autoconhecimento sexual. Iniciando pela fase oral, a criança faz descoberta oral, dos lábios e boca; após, há a descoberta anal, e este ciclo finda com o interesse na genitália. Neste estágio, o menino vai temer a castração, reprimir seus desejos e se identificar com o pai, enquanto a menina também vai se aproximar do pai, por este ter a genitália mais atrativa, e se afastar do modelo feminino sugerido pela sociedade. No próximo estágio, de latência, o

processo de identificação sexual se estabiliza, e as crianças passam a se identificar com indivíduos do mesmo sexo biológico, até chegar à puberdade, denominada de período genital, quando o gênero assumirá uma posição masculina ou feminina. (PERES, 2001).

Apesar de a criança passar por esses estágios de autorreconhecimento e descoberta da sexualidade, é incontestável que ela recebe uma herança sociocultural. Porém, Freud firmou suas teorias sobre a sexualidade na alegação de que a forma de expressar a sexualidade aconteceria independente de um planejamento ou opção. Também afirmava não haver uma sexualidade humana determinada, e que fugir do estereótipo traçado pela sociedade não caracterizava doença, tampouco perversão. (DIAS, 2016).

Robert Stoller (1924-1991), por sua vez, especificou a transexualidade como uma síndrome, aprofundando no estudo de suas características e, contradizendo as demais opiniões, afirmou que os transexuais não eram psicopatas. Stoller argumentava que o transexual não era psicótico porque não tinha delírios, desejava a adequação de seu corpo com seu gênero sem negar a realidade. O autor defendia ser o transexual um indivíduo anatomicamente perfeito, mas com o sentimento de pertencer e vontade de querer mudar para o sexo oposto ao biológico. (VIEIRA, 1996).

Vieira (1996) explica que foi Stoller que batizou como sentimento a convicção de pertencer a determinado gênero, mesmo que este não corresponda ao sexo anatômico, de identidade de gênero. Contudo acreditava que, em crianças, poderia haver a reversão da transexualidade, mediante terapias psiquiátricas. Já em adultos, a síndrome da transexualidade não podia ser curada, segundo ele, nem sequer com psicoterapias. Nesse sentido, recomendava a cirurgia de alteração de sexo, para que as pessoas vivessem mal por menos tempo. Os resultados das operações eram positivos e traziam bem-estar a quem se submetesse a elas, colocando fim ao estado de horror que essas pessoas viviam com sua genitália.

O autor defendia, também, o entendimento de que os pais deveriam reforçar no filho as atitudes masculinas, além de ser, o pai, exemplo de masculinidade, uma vez que o gênero é construído pelo meio social. Assim, o meio cultural e, principalmente, os pais, eram considerados, por Stoller, como determinantes na construção da identidade de gênero da criança. Frisa-se que a identidade de gênero era considerada um processo construído precocemente, até os dois anos e meio de idade, e corresponde a cada pessoa individualmente, mas com convicções advindas da sociedade em que ela vive. (VIEIRA, 1996).

Alguns seguidores de Stoller, como a francesa Agnès Faure Oppenheimer (1948-1997), argumentavam que a transexualidade é decorrência do distanciamento dos pais com a criança, e a transexualidade em indivíduos que nascem com a genitália masculina é decorrente da

criação materna, que reforça os modos sociais femininos com maneiras masculinas. Essa especificidade na relação da mãe com a criança, denominada de simbiose, não afetaria as demais interações e a integração da pessoa na sociedade.

Segundo Vieira (1996), em sua obra *A experiência transexual*, Stoller relata que a experiência pode ter dois sentidos: experimento e socialização. O primeiro se aproxima de pesquisas médicas, enquanto o segundo diz respeito às experiências familiares com filhos ou parentes transexuais, que apresentam uma forma de ser diferente do esperado pela lógica binária da sociedade. Seria a experiência uma maneira de conhecer uma forma de gênero e expressão da sexualidade diversa do estereótipo social.

Outro entendimento de Stoller era de que, no caso dos transexuais masculinos, eles tinham um sentimento de identidade permanente, podendo ser considerado como uma crença, de que havia uma essência feminina sem incertezas.

Certo é que Stoller fez da transexualidade um problema de identidade de gênero, e não de sexualidade. Ademais, diferenciou o transexual do travesti, afirmando que o transexual tem um sentimento permanente, vestimenta permanente e atitudes permanentes que se opõem a seu sexo biológico, diferentemente do travesti, que não conserva essa permanência<sup>3</sup>.

Considerando que este trabalho tem a finalidade de demonstrar a aplicabilidade dos direitos fundamentais às escolhas do transexual, uma vez que este pode ter seus direitos depreciados por não se adequar à norma binária exigida pela sociedade, é necessário abordar, com mais profundidade, a questão da identidade de gênero conceituada por Stoller, tendo em vista que a problemática do transexual se dá pelo fato de o sexo biológico do indivíduo não condizer com sua identificação psicológica.

A identidade de gênero é uma construção psicológica e individual de cada pessoa, não exclusivamente biológica, mas podendo conter reflexos dos sexos genético, social, jurídico e psicológico, bem como da sociedade. Sobre essa definição, Vieira expõe:

A primeira identidade de gênero é determinada por um processo biológico, os fatores biopsíquicos e as influências do meio ambiente que têm um efeito sobre o sistema nervoso; estes mecanismos não fazem parte da vida mental e eles não podem ser memorizados nem lembrados. “*Silenciosos como os hormônios*”, eles diferem das fontes das pulsões. Apesar da ausência da memória, há conservação destes fatores irreversíveis. (VIEIRA, 1996, p. 76, grifo da autora).

Nesse mesmo sentido, Stoller dizia que, na idade em que se constrói a identidade de gênero da criança, esta não vive conflitos intrapsíquicos, no sentido de se adequar ou não ao sexo biológico; ela vai reconhecer o conflito, afligir-se e solucioná-lo. Afirmava Stoller que o

---

<sup>3</sup> Os conceitos de transexual e travesti admitem certa convergência.

verdadeiro conflito era vivenciado pelos pais, por essas crianças serem resultância de suas vontades inconscientes.

Assim é que Stoller considerava ser a identidade de gênero uma convicção irreversível, formada ainda na infância e sem conflitos para o indivíduo. Esse sentimento de pertencer a sexo diverso do biológico poderia aparecer apenas como frustração, surgindo, verdadeiramente, na adolescência, pelas modificações corporais causadas pela puberdade.

Retomando a estrutura social, esta estabelece o gênero apenas de maneira ditocômica: masculina ou feminina. Então, a identidade de gênero poderia se traduzir na forma com que cada indivíduo se identifica, como homem ou mulher, sem espaço para demais categorias. Mesmo sendo a identidade uma característica única, que se desenvolve de forma singular em cada pessoa, não seria possível, pelo viés da sociedade, que a identidade de gênero estabelecesse qualquer forma que não recaísse no modelo ditocômico.

Para compreender a identidade de gênero, é necessário entender antes que ela não é inata, não nasce com o indivíduo que se reconhece homem ou mulher, mas se constrói no decurso do tempo, pela genitália, sociedade, convivência familiar, capacidade cognitiva e qualquer outro fator cultural. Assim, não seria correto afirmar que a identidade de gênero tem origem biológica, mas sim que é estimulada por fatores sociopsicológicos.

Haveria todo um processo de construção da identidade de gênero, com início no nascimento, pela intimidade com a mãe e no estágio fálico, mas apenas sendo percebido no momento em que a criança consegue distinguir o sexo (PERES, 2001).

Como já mencionado, Stoller acreditava que, mesmo que a formação da identidade começasse na tenra idade, ainda não era definida até a puberdade, porquanto deveria existir um lapso temporal até sua maturidade.

No presente trabalho, acredita-se ser incontestável a presença do estágio fálico e de latência, mencionados por Freud, pois é por meio deles que cada indivíduo vai descobrir sua própria sexualidade, contudo discorda-se da construção psicossocial da identidade de gênero defendida por Stoller e seus seguidores, pois essa concepção acolheria a afirmativa de que o gênero e a expressão da sexualidade poderiam ser modificados pela sociedade. E acreditar que a sociedade determina a formação sexual de cada indivíduo, impondo a ele que se expresse sexualmente dentro dos moldes culturais pré-estabelecidos, seria um retrocesso. Diferentemente, acredita-se que a identidade de gênero é formada apenas pela estrutura psicológica de cada indivíduo, podendo sofrer interferência de outros fatores, mas sem que estes sejam tão dominantes quanto o fator psicológico.



Também discorda-se de Stoller sobre a transexualidade ser considerada uma síndrome, tendo em vista que o indivíduo sexual não padece de nenhuma enfermidade, mas tão somente tem uma identidade de gênero, ou sexo psicológico, que se opõe à sua estrutura física. Nesse mesmo sentido, Giddens menciona a sexualidade como propriedade do indivíduo, proveniente de sua reflexão sobre sua identidade:

Quanto mais o tempo de vida se converte em um referencial interno e quanto mais a auto-identidade é assumida como um esforço reflexivamente organizado, mais a sexualidade se converte em uma propriedade do indivíduo. (GIDDENS, 1993, p. 193).

A herança social na construção da identidade de gênero seria, então, vinculada a aspectos secundários, num processo que estaria sempre se renovando e se manifestando culturalmente de maneira diferente. Mas a sociedade não poderá intervir no núcleo do ser humano, no sentimento e identidade de se sentir como homem ou mulher. O papel sociossexual é externo, não altera a identidade, apenas padroniza o comportamento masculino ou feminino, conforme o ambiente sociocultural ao qual o indivíduo pertence.

O transexual, portanto, apresenta identidade de gênero diversa de seu sexo biológico, tem formação anatômica perfeita e sua genitália se acorda com o sexo legal informado em seu registro civil. Contudo, enquanto a sociedade espera que esse indivíduo se comporte como homem ou mulher, condizendo com seu sexo biológico e dentro dos moldes pré-estabelecidos, ele vai se portar de maneira oposta.

Enquanto o indivíduo cisgênero<sup>4</sup> se identifica, em todos os aspectos, com seu sexo biológico, o transexual se porta de maneira diversa, pois apresenta uma genitália que condiz com determinado gênero, ao passo que sua mente assume posição oposta. Esse confronto entre corpo e mente se inicia de forma psíquica e, quando já formada a identidade de gênero, ela é transmitida à sociedade. Nesse sentido, explica Giddens:

A transformação da intimidade reclama por mudança psíquica e também por mudança social, e essa mudança, partindo “**de dentro pra fora**”, poderia potencialmente se ramificar através de outras instituições, mais públicas. (GIDDENS, 1993, p. 200, grifo nosso).

Importante ressaltar que, ao se falar de pessoa trans, deve-se observar que a transexualidade não faz menção à sexualidade ou orientação sexual, mas apenas à identidade de gênero. A orientação sexual independe da identidade de gênero do indivíduo como

---

<sup>4</sup> Pessoa que se identifica com seu sexo biológico; tem sua identidade de gênero compatível com o sexo legal, social, biológico e psicológico.

heterossexual, bissexual, homossexual etc., enquanto a sexualidade é o conjunto de fatores que concernem ao contentamento sexual.

Outra diferença seria em relação à identidade de gênero *versus* papel de gênero. A identidade de gênero se relaciona ao psicológico do indivíduo, ao passo que o papel de gênero diz respeito a toda aquela cultura advinda da sociedade, e que será colocada em prática pelo modo de se vestir e de expressar, por seus interesses e demais aspectos que diferenciam o comportamento do homem e da mulher dentro de uma sociedade.

O papel de gênero, diferente da identidade de gênero, é construído socialmente, bem como recebe uma herança cultural que pode sofrer variações sociais e temporais e alterações nos papéis designados aos homens e mulheres em cada sociedade, por mais que já exista certa flexibilização em relação a essa distinção binária.

### 2.3 Aspectos médicos e a cirurgia de transgenitalização

De modo diverso do conceito psicológico que o presente trabalho adota, a medicina identifica o transexual como o indivíduo que sofre de transtorno comportamental e de personalidade, porquanto não se identifica com seu órgão genital.

O “transtorno de identidade de gênero”, ou disforia de gênero, é considerado uma patologia, especificamente um transtorno mental, no Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders da American Psychological Association (DSM-V) e na Classificação Internacional de Doenças (CID-10 - Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde), que o conceitua, em seu capítulo F64 - Transtornos da Identidade Sexual, no item F64.0, como:

Trata-se de um desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto. Este desejo se acompanha em geral de um sentimento de mal estar ou de inadaptação por referência a seu próprio sexo anatômico e do desejo de submeter-se a uma intervenção cirúrgica ou a um tratamento hormonal a fim de tornar seu corpo tão conforme quanto possível ao sexo desejado. (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2008).<sup>5</sup>

Diniz (2006, p. 285), por sua vez, afirma que “o transexual apresenta uma anomalia surgida no desenvolvimento da estrutura nervosa central, por ocasião do seu estado embrionário, que, contudo, não altera suas atividades intelectuais”.

---

<sup>5</sup> A literatura médica ainda não chegou a um consenso sobre esse tema, não havendo, ainda, certeza de uma causa biológica para a transexualidade.

O DSM-V considera qualquer manifestação da sexualidade que não corresponda ao binarismo homem e mulher como transtorno de identidade de gênero (AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, 2014).

Por ser considerada pela medicina como doença, e até mesmo por conter o termo transexualismo o sufixo “ismo”, que remete a patologia, a medicina busca formas de tratar a identidade de gênero do transexual, que, de acordo com especialistas de outras áreas do conhecimento, não padece de cura, por não ser considerada por eles uma doença.

Baseado em seu atendimento a transexuais, Stoller afirma que uma das tentativas terapêuticas pertinentes ao transexual, desde que este ainda seja criança, seria a análise psiquiátrica, a fim de buscar a cura pelo sintoma sexual que o faz sofrer. A psicanálise, segundo o autor, teria o propósito de anular os distúrbios mentais que remetessem à transexualidade, modificando esse sentimento por meio de condicionamento. Em contrapartida, Benjamin afirmava que a mente do transexual era imutável, e que, por isso, a terapia de nada seria útil, não tendo ele constatado nenhuma alteração em seus pacientes transexuais que passaram pela psicanálise. (VIEIRA, 1996).

Outras formas foram tentadas para a reversão da transexualidade, como a sismoterapia. Nela o indivíduo recebia vários eletrochoques, mas a única consequência era a perda transitória da memória, nunca a certeza da identidade de gênero oposta ao sexo biológico. Hipnose, quimioterapia, psicoterapia, condicionamento comportamental e tratamentos endocrinológicos também foram tentados, mas nenhum obteve êxito na denominada “cura” do transexualismo (VIEIRA, 1996).

Nesse sentido, por uma busca terapêutica, a medicina admitiu a realização de cirurgia de transgenitalização no Brasil, em 1997, alterando o sexo por meio cirúrgico. A cirurgia de troca de sexo visa conferir ao indivíduo transexual maior aceitação de seu corpo, pois este, com a alteração da genitália, passa a corresponder à sua identidade de gênero.

A Resolução CFM nº 1.482/97 aprovou, somente em hospitais públicos ou universitários e “a título experimental, a realização de cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia, neofaloplastia e ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento dos casos de transexualismo” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 1997). Ressalte-se que, em 1997, a cirurgia ainda era realizada a título experimental, sem garantia de que o transexual teria sua genitália alterada ou não sofreria algum efeito negativo na cirurgia ou após ela.

Essa Resolução, no entanto, foi revogada pela Resolução CFM nº 1.652/2002, que dispunha que:

Art. 1º Autorizar a cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia e/ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento dos casos de transexualismo.

Art. 2º Autorizar, ainda a título experimental, a realização de cirurgia do tipo neofaloplastia e/ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento dos casos de transexualismo. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2002).

Por esta Resolução, a cirurgia do tipo neocolpovulvoplastia, em que se constrói uma neovagina, deixou de ser realizada a título experimental, enquanto a cirurgia do tipo neofaloplastia, em que se constrói uma estrutura peniana onde havia uma vagina, permaneceu sendo realizada experimentalmente. Ademais, passou-se a realizar tal alteração médica não só em hospitais públicos, também em particulares, mas apenas no caso da neocolpovulvoplastia. Em suas considerações, a Resolução CFM nº 1.652/2002 deixa clara a razão da manutenção do caráter experimental da neofaloplastia.

Posteriormente, essa Resolução também foi revogada e, atualmente, se encontra em vigência a Resolução CFM nº 1.955/2010, que ainda trata a cirurgia do tipo neofaloplastia como experimento, devido à sua complexidade, mas que, em seu art. 4º, destaca: “Ausência de outros transtornos mentais (onde se lê “Ausência **de outros** transtornos mentais”, leia-se “Ausência de transtornos mentais”)<sup>6</sup> (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2010, grifo nosso). Nesse sentido, observa-se uma evolução no tratamento do transexual, que deixa de ser tratado como um indivíduo que sofre de algum transtorno mental. Porém, isso não significa que ele deixa de ser tratado como portador de alguma patologia.

Complementando as disposições legais sobre cirurgias de transgenitalização e demais intervenções somáticas, a Portaria nº 457, de 19 de agosto de 2008, aprovou a Regulamentação do Processo Transexualizador no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2008). Em suma, essa Portaria dispõe sobre a assistência diagnóstica e terapêutica que o transexual, com indicação para realizar o processo transexualizador, deve receber do SUS, bem como define o processo adequado para esse atendimento.

Assim, conforme estabelecido nas três Resoluções do CFM acima mencionadas e na Portaria do Ministério da Saúde, o indivíduo maior de 21 anos que optar pela realização da cirurgia será submetido a avaliação psicológica e terá, durante dois anos, acompanhamento psiquiátrico, endócrino e social. Após, se diagnosticado com disforia de gênero, e por livre consentimento e esclarecimento, poderá se submeter à cirurgia de transgenitalização.

---

<sup>6</sup> Nota-se que o próprio art. 4º da Resolução CFM nº 1.955/2010 abre um parêntese em seu texto, frisando a ausência de transtornos mentais pelo indivíduo transexual.

A cirurgia tem o objetivo de fazer com que a nova genitália se assemelhe àquela que corresponde ao sexo psicológico do transexual, sem intuito mutilador, apenas como uma cirurgia plástica corretiva de um erro que ocorreu durante a formação intrauterina (DINIZ, 2006).

Considerando que a cirurgia de transgenitalização é considerada uma cirurgia corretiva, adentra-se no campo do biodireito. “[...] à época atual, com as Ordens de Médicos e os Conselhos de Medicina, consagrou-se a concepção válida para toda a ciência: o conhecimento deve estar sempre a serviço da humanidade” (DINIZ, 2006, p. 20). As intervenções médicas devem ter como fim a dignidade da pessoa humana, e se a cirurgia é o meio pelo qual o indivíduo acredita que irá alcançar sua dignidade, ela deverá ser realizada. A Declaração sobre a Utilização do Progresso Científico e Tecnológico no Interesse da Paz e em Benefício da Humanidade, realizada pela ONU, em novembro de 1975, expõe, em seu art. 6º, que:

Todos os Estados adotarão medidas próprias para estender a todas as camadas da população os benefícios da ciência e da tecnologia e a protegê-los, tanto na área social como material, das possíveis conseqüências negativas do uso indevido do progresso científico e tecnológico, inclusive sua utilização indevida para infringir os direitos do indivíduo ou do grupo, em particular em relação com respeito à vida privada e à proteção da pessoa humana e sua integridade física e intelectual. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1975).

Assim é que o interesse do ser humano de ter uma vida digna deve prevalecer sobre os interesses sociais, bem como deve ele se valer dos avanços científicos, no caso a alteração da genitália, para alcançar a dignidade.

Ressalte-se que deve haver o livre consentimento do indivíduo que irá se submeter a essa cirurgia, recebendo ele informações médicas transmitidas em seu nível intelectual e cultural, a fim de não caracterizar quaisquer vícios sociais que venham a prejudicar seu entendimento sobre as conseqüências da cirurgia (DINIZ, 2006).

Ademais, a cirurgia de transgenitalização adentra no campo do direito à integridade física e psíquica. No que tange à integridade física, alguns autores entendem que a modificação do órgão genital é uma mutilação. Porém, no presente trabalho, acolhe-se a compreensão de ser ela uma das formas de que o transexual pode se utilizar para adequar seu corpo à sua identidade de gênero, a fim de aumentar sua autoestima e preservar sua integridade psíquica. Pela integridade psíquica entende-se a maneira como o transexual desenvolve sua personalidade, sua identidade de gênero, podendo transmitir essa identidade à sociedade.

Assim, as integridades física, psicológica e moral agrupam os direitos de convivência numa sociedade, que respeita a liberdade e dignidade de cada indivíduo, ele optando ou não pela realização da cirurgia de transgenitalização.

## 2.4 Algumas formas de expressão da sexualidade humana

Primeiramente, insta salientar que o sufixo “ismo” remete a doença, e por isso é substituído pelos autores que não consideram como tal o transexualismo, ao se falar de expressões da sexualidade, pelo sufixo “dade”, que diz respeito a modo de ser.

É necessário, portanto, apresentar e exemplificar algumas variações de sexualidade, para que estas não sejam confundidas com o transexual.

Mais reconhecido e aceito pela sociedade, há o heterossexual, adjetivo que surgiu em 1893, na pesquisa realizada pelo médico psiquiatra polonês Albert Moll, em seus estudos sobre sexualidade. Em uma de suas pesquisas, Moll diferenciou heterossexual de bissexual, visto que o último termo era utilizado no mesmo sentido do primeiro (VIEIRA, 1996). No que diz respeito à atração sexual, o heterossexual a sente por indivíduos do sexo oposto ao seu.

Já a homossexualidade é conhecida desde o início da humanidade, principalmente na história da Grécia antiga, sendo considerada, na época, prática do meio cívico (VIEIRA, 1996). Os primeiros estudos sobre a homossexualidade surgiram no século XIX, em países europeus de língua alemã, que sustentavam a ideia de que apenas homens podiam ser homossexuais, embora fossem considerados loucos (SAADEH, 2004).

Na década de 1990, a homossexualidade deixou de ser vista como patologia, sendo considerada, pela Classificação Internacional de Doenças da OMS, como variação de orientação sexual. Também a Resolução CFP n° 001/99, de 22 de março de 1999, em seu art. 3º, parágrafo único, dispõe que “Os psicólogos não colaborarão com eventos e serviços que proponham tratamento e cura das homossexualidades” (CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 1999).

O indivíduo homossexual se caracteriza por ser alguém que, sabendo pertencer a determinado sexo genético, sente atração sexual por outra pessoa do mesmo sexo biológico (SILVA FILHO, 1987). Assim, pode-se dizer que o homossexual não tem sua identidade de gênero em desconformidade com sua genética.

Em relação aos bissexuais, estes se orientam entre o heterossexual e o homossexual, visto terem desejo sexual pelos dois gêneros. Por não existirem demais referências sobre o assunto, Vieira (1996) compreende que a bissexualidade é inerente a todos os indivíduos, podendo se desenvolver de maneiras diferentes no curso da vida, sendo transitória e circunstancial.

Já os intersexuais são aqueles que nascem com os aparelhos reprodutores femininos e masculinos, podendo ser eles internos ou externos, desenvolvidos ou não. Antigamente, os

intersexuais eram conhecidos como hermafroditas, denominação esta não mais utilizada, visto caracterizar apenas os órgãos genitais visíveis. As características dos intersexuais podem ser ambíguas ou se desenvolverem de forma mais feminina ou masculina, mas sem relação alguma com a heterossexualidade, homossexualidade ou bissexualidade.

O travesti, diferentemente do transexual, não se considera como sendo do gênero oposto ao seu genético, mas vive a ambiguidade de ser homem ou mulher, dependendo de sua vestimenta e comportamentos. Ele pode ser considerado doméstico, caracterizando-se do gênero oposto ao seu apenas em particular, ou público, para que a sociedade pense ser ele do gênero oposto e, podendo, até, se valer dessa característica para exercer sua profissão. Importante ressaltar que o travesti não necessariamente é homossexual, podendo ser essa característica considerada como fonte de excitação (VIEIRA, 1996).

Nomenclatura que surgiu da década de 1990, nos Estados Unidos da América, os indivíduos *queer* não são adeptos do binarismo de gênero, pelo contrário, rompem a dicotomia do homem e mulher, feminino e masculino. Eles afirmam que a identidade social ou de gênero é fruto de uma construção social, não existindo papéis sexuais decorrentes da biologia (DIAS, 2016). Os *queers* não se sentem atraídos por homens ou mulheres, em suas formas biológicas, mas por corpos, atos, identidade e convivência social.

Por meio dessas formas de expressar a sexualidade é que, atualmente, o movimento social LGBTIQ (lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis, intersexuais e *queers*) foge da heteronormatividade e busca respeito aos direitos fundamentais dessa minoria marginalizada.

Surgido nos anos 1960 e aparecendo no Brasil na década de 1970, o movimento GLBT identificava gays, lésbicas, bissexuais e transexuais. Num primeiro momento, logo após a ditadura, esse movimento buscava a transformação da sociedade a fim de abolir hierarquias sociais relacionadas ao gênero e à sexualidade.

Passando para outra fase, na década de 1980, após a explosão da epidemia da Aids, o GLBT buscou a visibilidade pública do homossexual, para resguardar seus direitos fundamentais, principalmente à saúde. Nessa mesma fase, surgiu a expressão “orientação sexual”. Também nesse segundo momento foram criados grupos que buscavam mudanças sociais em relação ao preconceito homofóbico, como o Triângulo Rosa, o Atobá e o Grupo Gay da Bahia.

A terceira fase, que se estende até os dias atuais, iniciou-se na década de 1990, passando de GLBT a LGBT, para que as lésbicas tivessem mais visibilidade. Também foram surgindo diversos projetos de lei de combate à homofobia (FACCHINI, s/d), entre eles o Estatuto da Diversidade Sexual, elaborado pela Comissão da Diversidade Sexual da OAB. Entregue ao

Conselho Federal da OAB em agosto de 2011, o Estatuto busca assegurar os direitos jurisprudenciais e administrativos já reconhecidos à população LGBTIQ.

Assim, mesmo sua sigla sendo formada por termos que remetem à expressão sexual, o movimento LGBTIQ não busca desagregar o indivíduo em sua essência – mesmo porque um transexual, por exemplo, pode ser também homossexual –, pelo contrário, tem o ânimo de inserir todos que dele fazem parte na sociedade, evitando o preconceito.



### 3 DIREITOS FUNDAMENTAIS E QUESTÕES DE GÊNERO

Verifica-se uma correlação entre os direitos fundamentais e a democracia. De acordo com Sarlet (2012a), os direitos podem ser apontados como “pressuposto, garantia e instrumento do princípio democrático da autodeterminação do povo por intermédio de cada indivíduo”, ante a afirmação da igualdade e liberdade no direito à participação do processo político. Dessa forma, a efetiva garantia do exercício desses direitos positivados é fundamento da democracia e, também, parâmetro de sua legitimidade. A capacidade de intervenção do indivíduo nas decisões políticas, por meio de participação, resultante “do exercício de efetivas atribuições inerentes à soberania, constitui, a toda evidência, complemento indispensável das demais liberdades” (SARLET, 2012a, p. 61).

Antes de adentrar na temática dos direitos fundamentais, e posteriormente em sua relação com as questões de gênero, necessário se faz distinguir, conforme lição doutrinária, as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais”. Aqueles são os direitos reconhecidos no plano internacional, seja na forma de tratados seja na de declarações, enquanto os últimos, os direitos fundamentais, são reconhecidos no âmbito interno de determinado Estado, ou seja, os direitos positivados nas Constituições. Embora haja certa consciência de que o fato de ser humano pressupõe que se tenha direitos e que estes devam ser respeitados, a positivação de tais direitos em um documento escrito, como a Constituição, garantindo uniformidade de tratamento formal perante as leis, assegura a instituição de uma sociedade organizada (COMPARATO, 2013).

Entre as concepções acerca da compreensão do ser humano destaca-se aquela que reconhece o homem como a única espécie animal que guia sua existência em atenção a preferências valorativas. Ou seja, o ser humano é tanto aquele que decide os valores que contempla, quanto o que se sujeita a esses valores de forma voluntária, a fim de alcançar uma convivência pacífica com outros seres humanos. A ausência de direitos fundamentais em determinada sociedade a inviabiliza, condenando-a, necessariamente, a “um processo irreversível de desagregação”, conforme entende Comparato (2013). No entanto, dada a existência de um rol de determinados direitos, em algum momento, eles entrarão em rota de colisão; portanto, pode-se afirmar que, em qualquer sociedade, há uma hierarquia entre tais direitos, eis que alguns prevalecerão em prejuízo de outros. E “essa organização hierárquica dos direitos humanos impõe, para a solução dos litígios, a exigência de um juízo axiológico ponderado, em função das circunstâncias do caso concreto” (COMPARATO, 2013, p. 38-39).

No entanto, é importante salientar que os direitos fundamentais não são um direito posto, mas fruto de uma evolução histórica progressiva, que, portanto, jamais estará completa, pois sua positivação é o “reflexo do estado de ‘permanente inacabamento’ do ser humano”. Inclusive, por serem mutáveis, além de sua conseqüente ampliação, são também suscetíveis a eventuais retrocessos em relação a alguns direitos, mas sempre tendo como fim o próprio ser humano. Como exemplo cita-se o direito à propriedade; antes tido como absoluto, hoje esse direito sofre diversas restrições. Pode-se afirmar, inclusive, que não existe direito absoluto, com exceção – em atenção a alguns autores, como Comparato – ao direito de não ser torturado e ao direito de não ser escravizado. O indivíduo, considerado como um fim em si mesmo, apresenta características únicas, sendo, portanto, insubstituível, o que demonstra que a dignidade da pessoa humana “existe singularmente em todo indivíduo” (COMPARATO, 2013, p. 43-49).

Ainda sobre as alterações que os direitos humanos sofrem ao longo do tempo, as palavras de Bobbio:

Os direitos do homem constituem uma classe variável. O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. (BOBBIO, 2004, p. 18).

Quanto ao critério de fundamentação dos direitos fundamentais, destacam-se três linhas de pensamento: o jusnaturalismo, que defende a ideia de que tais direitos são naturais, inerentes à própria natureza humana, ou seja, são anteriores ao Estado em si; o positivismo, corrente que afirma que os direitos fundamentais são decorrentes de sua positivação pelo Estado; e a teoria moral, que defende que os direitos fundamentais decorrem de valores morais e culturais. Para Bobbio (2004), essa discussão acerca da fundamentação dos direitos fundamentais não apresenta relevância alguma, mas, sim, sua efetivação é que se apresentará como maior desafio. Segundo ele:

O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político. É inegável que existe uma crise dos fundamentos. O problema filosófico dos direitos do homem não pode ser dissociado do estudo dos problemas históricos, sociais, econômicos, psicológicos, inerentes à sua realização: o problema dos fins não pode ser dissociado do problema dos meios. (BOBBIO, 2004, p. 24).

Ao abordar as relações que o indivíduo pode manter com o Estado, Jellinek (1981) desenvolve uma teoria segundo a qual, a depender da forma como ocorrem essas relações, manifestar-se-ão direitos e deveres. Para o autor, existem quatro formas de relacionamento: *status subjectionis*, em que o indivíduo se encontra submetido ao poder do Estado, devendo,

portanto, cumprir as obrigações que lhe são impostas; *status libertatis*, relação em que o indivíduo demanda uma abstenção de comportamento por parte do Estado, a fim de que possa exercer, em plenitude, suas liberdades; *status civitatis*, em que o indivíduo, objetivando a redução das desigualdades materiais presentes da sociedade, detém o direito de exigir prestações positivas a serem concretizadas pelo poder estatal; e *status activus*, em que o indivíduo, detentor de parcela do poder de determinada nação, é agente capaz na formação da vontade geral, por meio da sua efetiva participação no espaço público.

Analisando-se a história, os direitos fundamentais passaram por três grandes fases, sendo classificados em dimensões. Os direitos de primeira geração, que surgem ao final do século XVIII com a Declaração de Direitos da Virgínia (1776) e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789), são aqueles caracterizados como direitos de liberdade, são os direitos individuais que impõem ao Estado um dever de não fazer, uma abstenção, cujo objetivo primeiro é a limitação do poder do Estado. Posteriormente, já no século XX, com as Constituições do México (1917) e de Weimar (1919), surgem os direitos de segunda geração, os direitos sociais, fundamentados pelos princípios da igualdade, principalmente sob seu viés material, e o do bem-estar, exigindo-se, para tanto, uma prestação material pelo Estado, ou seja, uma obrigação não mais característica do Estado Liberal, representado pela expressão *laissez-faire*, mas uma obrigação de fazer, requerendo-se, portanto, uma intervenção direta do Estado. A partir da segunda metade do século XX, inauguram-se os denominados direitos de terceira geração, cuja característica principal é sua transcendência ao indivíduo, eis que são direitos difusos, cuja titularidade é de toda a coletividade, como, por exemplo, o direito ao meio ambiente. Há autores, inclusive, que defendem a quarta e a quinta dimensões de direitos, as quais não serão aqui enunciadas, por não serem pacíficas na doutrina (BOBBIO, 2004).

Posto isso, importante apontar algumas características dos direitos fundamentais, como a historicidade, ou seja, os direitos fundamentais são resultantes de uma evolução histórica, sofrendo, ao longo do tempo, alterações tanto em seu conceito quanto em seu âmbito de proteção; a universalidade, isto é, todo indivíduo é titular de direitos fundamentais, independentemente de qualquer aspecto social; são indisponíveis, o que quer dizer que não podem ser objeto de alienação ou sofrerem prescrição; são indivisíveis, ou seja, são vistos como um todo único, eis que se correlacionam, havendo uma interdependência e complementariedade entre eles; são relativos, logo, não são absolutos; e incidem tanto no plano vertical, na relação entre indivíduo e Estado, quanto no plano horizontal, ou seja, nas relações privadas entre os particulares, que se encontram em igualdade de condições (MENDES; BRANCO, 2012).

Em relação à proliferação de direitos, Bobbio destaca que ela ocorreu devido a três causas:

a) porque aumentou a quantidade de bens considerados merecedores de tutela; b) porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; c) porque o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente, etc. (BOBBIO, 2004, p. 63).

Quanto à terceira causa – em que o homem passou a ser considerado em sua individualidade, tomado sob diversos aspectos sociais, como a idade, o sexo, a orientação sexual –, percebeu-se que, em relação a diversidades específicas, se incorreria em grave injustiça caso lhes fosse conferido tratamento igualitário. A fim de evitar isso, foram firmadas diversas Convenções internacionais, como a Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher de 1952, a Declaração da Criança de 1971 e Resolução da ONU sobre direitos LGBT de 2011 (BOBBIO, 2004).

Sobre essa diversidade dos indivíduos se expressam Mendes e Branco:

Os direitos fundamentais que, antes, buscavam proteger reivindicações comuns a todos os homens, passaram a, igualmente, proteger seres humanos que se singularizam pela influência de certas situações específicas em que apanhados. Alguns indivíduos, por conta de certas peculiaridades, tornam-se merecedores de atenção especial, exigida pelo princípio da dignidade da pessoa humana. [...] O homem não é mais visto em abstrato, mas na concretude das suas diversas maneiras de ser e de estar na sociedade. (MENDES; BRANCO, 2012, p. 177).

Componentes dessa diversidade de indivíduos que merecem atenção especial – como afirmam Mendes e Branco (2012) –, os membros da comunidade LGBT fazem parte da sociedade e, portanto, são também merecedores da garantia e proteção dos direitos fundamentais.

Os direitos da comunidade LGBT são tema em voga, e o transexualismo<sup>7</sup> é questão de estudo recente no âmbito da medicina. Sua discussão no campo da ciência jurídica pátria é atual, como constata Amaral (2003).

A definição de sexo não deve se ater exclusivamente ao critério físico, devendo tomar em consideração outros aspectos, como o psicológico e o social, conforme ensina Maranhão (1995). Entendido como sexo psicológico, em que o indivíduo se reconhece como pertencente a determinado gênero, diverso de seu físico, o transexualismo é, de acordo com Bento (2006), uma desordem de identidade, tendo em vista a presença de contradição entre o aspecto físico e o psíquico do indivíduo.

---

<sup>7</sup> Em atenção à antiga interpretação conferida pela medicina.

Conforme elucidado pela Ministra Nancy Andrichi, em seu voto no julgamento do REsp nº 1.008.398, o transexual “experimenta a insustentável condição de nascer com cromossomos, genitais e hormônios de um sexo, mas com a convicção íntima de pertencer ao gênero oposto” (BRASIL, 2009a). Tal condição é complexa, porquanto a autoafirmação da identidade de gênero é essencial na formação da personalidade do indivíduo, daí que este mereça ter sua dignidade e sua liberdade respeitadas.

Na sociedade brasileira, não são raras situações em que o transexual ainda é submetido a constrangimento e tratado de forma vexatória, eis que, embora identificado e trajado com roupas de determinado gênero, ainda se vê obrigado a se identificar civilmente como pertencente a gênero diverso. Em decorrência disso, mostra-se indispensável assegurar a ele o amplo exercício de sua identidade de gênero, considerando que esta compreende a concretização plena de sua dignidade, pois, “para o transexual, ter uma vida digna importa em ver reconhecida a sua identidade sexual, sob a ótica psicossocial”, nas palavras de Andrichi (BRASIL, 2009a).

Importante é, portanto, demonstrar a necessidade de proteção jurídica aos direitos fundamentais dos transexuais, tendo em vista que, por pertencerem a uma minoria, exigem especial atenção do legislador a fim de se evitar a sobreposição da vontade da maioria, subjugando-os a condições que não lhes assegurem a afirmação da autonomia privada nem o respeito à dignidade da pessoa humana. Esta, ressalte-se, é “valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”, ou seja, é o epicentro de onde se irradia os demais direitos fundamentais do indivíduo (SILVA, 2007, p. 105).

Logo, os transexuais têm o direito de viver com dignidade, assim como qualquer outra pessoa, impondo-se ao Estado o dever de garantir-lhes todos os meios necessários para tanto. Exige-se, conseqüentemente, uma prestação positiva por parte do Estado para que, respeitada a exigência do bem comum, objeto a ser perseguido pela república, seja preservado o direito do transexual a viver com dignidade.

Quanto à liberdade, igualdade e dignidade, passa-se a abordá-las nos próximos itens para, então, analisar o tratamento que os transexuais têm recebido em relação a esses direitos fundamentais, que, como já defendido, são a eles também devidos, por serem, antes de tudo, seres humanos.

### 3.1 Liberdade

O que é liberdade? A resposta a essa pergunta leva a uma busca interminável. A liberdade é uma qualidade sem substância, um valor que não se consegue definir e está ligada à ideia de uma força geradora produtiva. Sua origem remonta à Grécia Antiga, *eleutheria*, termo que tinha por significado a liberdade de locomoção, ou seja, ser livre era não ser escravo, dotando-se, dessa forma, de aspecto negativo. Em contrapartida, no campo da política, a liberdade adquiria aspecto positivo, dado que a experiência grega da democracia considerava somente livres para manifestar em praça pública e, conseqüentemente, formar a vontade popular os cidadãos, excluindo-se de qualquer decisão em assembleia as mulheres, crianças, escravos e estrangeiros. Diante dessa situação, há quem defenda que na Grécia Antiga jamais houve democracia, apresentando-se como uma das razões a de que, conforme própria exposição de Aristóteles em *Política* (ARISTÓTELES, 2009), é natural que “alguns [homens] sejam livres, outros escravos”. Esse entendimento contraria a própria etimologia da palavra democracia, podendo ser considerada uma oligarquia alargada, uma vez que era considerado vantajosa e justa para os escravos a condição em que se encontravam. Embora não possuíssem liberdade, eles se encontravam sob a tutela de seu senhor, ainda que como propriedade, em vez de serem lançados ao mundo da barbárie.

Barbárie que, para Hobbes, traz a possibilidade do fim da humanidade, ante a equivalência de potência dos homens de agir. Para o autor, caso os homens desejassem possuir uma mesma coisa e, por qualquer motivo, não fosse possível que dela usufruíssem todos ao mesmo tempo e de modo equivalente, eles haveriam de competir por ela, tornando-se inimigos uns dos outros, o que resultaria em um estado de natureza em que necessariamente predominaria a barbárie. E, dada a presença dessa desconfiança do próximo, o único meio de se proteger seria a ofensiva contra os demais, reforçando ainda mais o estado de barbaridade por meio de sucessivas invasões de seus territórios, eis que, na busca pela sobrevivência, o meio mais efetivo de resguardar sua própria segurança seria aumentando o domínio sobre os demais (HOBBS, 2014). Explica Hobbes:

Dessa igualdade de capacidade entre os homens resulta a igualdade de esperança quanto ao nosso fim. Essa é a causa de que, se os homens desejam a mesma coisa e não possam desfrutá-la por igual, tornam-se inimigos e, no caminho que conduz ao fim (que é, principalmente, sua sobrevivência e, algumas vezes, apenas seu prazer) tratam de eliminar ou subjugar uns aos outros [...]. Em vista dessa desconfiança mútua, não há nenhuma forma de autoproteção antecipada razoável. [...] [E, se os indivíduos] não aumentarem sua força por meio da invasão, não sobreviverão durante muito tempo se permanecerem apenas no plano defensivo. Portanto, é permitido ao

homem, aumentar seu domínio sobre seus semelhantes, uma vez que isso é necessário à sua sobrevivência. (HOBBS, 2014, p. 95).

Esse estado de natureza em que predomina a guerra de todos contra todos se dá em razão da inexistência de um ser de ordem superior, um poder geral que tenha a capacidade de preservar os indivíduos em subordinação. E é nesse estado de natureza que, para Hobbes, o indivíduo experimenta a plenitude de sua liberdade, pois, para o autor, a liberdade é entendida como a “ausência de empecilhos externos”, eis que as oposições têm a capacidade de retirar o poder do indivíduo de agir da forma que lhe aprouver. Hobbes (*apud* RIBEIRO, 2002, p. 154) considera que “um homem livre é aquele que não é impedido de fazer as coisas que tem vontade e as faz graças à sua força e engenho”. Entretanto, a ausência de um poder regulador sobre os homens é causa de desprazer geral. Logo, os homens, na busca pelo prazer, hão de necessitar de um instrumento que lhes permita a socialização com os demais seres humanos, entendimento que vai, inclusive, de encontro àquilo em que acredita Aristóteles. Segundo Hobbes, essa necessidade se dá porque o homem é um animal político, por natureza um animal social. (RIBEIRO, 2002).

No pensamento de Hobbes, dito instrumento, o Estado, que é criação de homens livres, ao ser instituído por meio do pacto social, impõe sérias restrições ao agir humano. Uma vez que a liberdade é a inexistência de obstáculos, a consequência é, necessariamente, a perda pelo indivíduo de parcela de sua liberdade. Ao se sujeitar à ordem social na busca pelo prazer, ou por medo, renunciando seu direito a algo, contrariando sua condição humana de guerra, governando-se por sua razão, o indivíduo se vê privado de sua liberdade, pois nega em benefício do outro o direito de se assenhorar de qualquer bem. E, considerada a liberdade como ausência de empecilhos, a existência de leis é um obstáculo, impedindo que os homens determinem o próprio modo de vida. A liberdade, portanto, estaria tão somente na prática de atos autorizados pelo soberano. Entretanto, a liberdade plena, característica do estado de natureza, por período indeterminado de tempo, traz como consequência, de acordo com Hobbes, a persistência da guerra que guia os indivíduos até a escravidão, “que não é mais do que um estado de guerra continuado entre um legítimo vencedor e seu cativo”, permitindo-se, assim, a experiência da liberdade somente por determinada parcela da sociedade (MARÉS, 2002, p. 266).

Esse estado de guerra é assim descrito por Hobbes:

Uma vez que a condição humana [...] é a da guerra de uns contra os outros, cada qual governado por sua própria razão, e não havendo algo que o homem possa lançar mão para ajudá-lo a preservar a própria vida contra os inimigos, todos têm direito a tudo, inclusive ao corpo alheio. Assim, perdurando esse direito de cada um sobre todas as coisas, não poderá haver segurança para ninguém [...] (HOBBS, 2014, p. 99).

Ao instituir o Estado e, dessa forma, introduzir restrições sobre si mesmo, o homem tem como objetivo a satisfação de um sentimento egoístico de autopreservação, garantindo a si mesmo o exercício de uma vida feliz. Sem o poder punitivo por parte do Estado, o pacto antes firmado não passa de “palavras sem força que não dão a mínima segurança a ninguém”. Pode-se deixar levar, em um primeiro momento, pela crença de que Hobbes nega qualquer poder à palavra por si só, e, assim, ao próprio acordo social, exigindo-se a existência de um poder que detenha a espada, o poder de punir todos os que contrariarem a ordem estabelecida, a fim de se garantir a segurança e estabilidade do corpo social (HOBBS, 2014, p. 123).

Entretanto, a definição que Hobbes dá à palavra liberdade como ausência de impedimentos externos tem como objetivo atribuir um significado físico à palavra, buscando-se superar, assim, o significado sustentado pela democracia grega. Para ele, a democracia é uma forma de Estado popular em que se atribui grande valor à oratória, debilitando, dessa forma, o poder e consumindo a paz social. Logo, seu verdadeiro intuito é enfraquecer a política, em especial a democracia, que tem a liberdade como sustentáculo. Portanto, no entendimento de Hobbes, ao se negar poder à palavra, estabelece-se um paradoxo, pois quando busca controlar a palavra liberdade atribuindo-lhe significado físico, reconhece que a palavra liberdade detém enorme poder, capaz de inflamar a paixão do povo (RIBEIRO, 2002).

O que deseja Hobbes é, tornando a liberdade simples “ausência de impedimentos externos”, eliminar a possibilidade de que ela suscite entusiasmo, paixão, em suma: rebelião. [...] Passar da retórica à física, do conceito político de liberdade a um científico, é assim uma maneira aparentemente eficaz de esgotar o potencial subversivo – ou pelo menos reivindicatório – dessa palavra. (RIBEIRO, 2002, p. 142).

Ao se debruçar sobre a temática da liberdade, o filósofo Stuart Mill (2010) sustenta que, na Antiguidade, entendia-se por liberdade um mecanismo de proteção oposto à tirania da classe política dirigente. Embora reconhecesse como necessário o poder do governante, tal poder era também visto como um perigo para a sociedade, pois, à disposição dos governantes, poderia vir a ser usado em detrimento de seus súditos, não somente na proteção destes, como instrumento para manutenção da pacificação social.

A fim de assegurar que os cidadãos não estariam à mercê dos desejos do governante, estabeleceram-se limites ao poder deste, sendo tais limites a revelação da liberdade. Dessa forma, enquanto Hobbes (2014) defendia que liberdade em sociedade era aquilo que o soberano dissesse que era, Mill (2010) acredita que ela reside na imposição de limites ao poder soberano. Segundo Mill:

Para impedir que os membros mais fracos da comunidade fossem atacados por inumeráveis abutres, era necessário que houvesse um animal de rapina mais forte que



o resto, que tivesse por função mantê-los sob controle. Mas como o rei dos abutres não estaria menos propenso a atacar o rebanho do que qualquer uma das harpias menores, era indispensável que se mantivesse uma atitude de defesa contra o seu bico e as suas garras. O objetivo, portanto, dos patriotas era o de antepor limites ao poder de que o governante dispunha sobre a comunidade, e era essa limitação que eles reconheciam como liberdade. (MILL, 2010, p. 38).

Por sua vez, em se tratando de limitação à liberdade individual, Mill (2010) assevera que ela só poderá ocorrer quando o indivíduo, extrapolando o campo de seu ser, atingir a sociedade de forma tão grave a ponto de lhe infligir determinados danos. Logo, a legitimidade para a interferência no agir do indivíduo não se dá para sua proteção, sob qualquer aspecto, físico ou moral, ainda que considerado o modo correto e esperado de se agir, aos olhos dos demais membros da sociedade, mas sim quando da proteção destes últimos. Quando o indivíduo atua somente sobre seu próprio corpo, tal conduta não tem o condão de causar dano às outras pessoas, sendo, portanto, inconcebível qualquer forma de coerção que tenha como objetivo impedir o ser humano de agir, eis que, por ser humano, é soberano sobre seu próprio corpo. Tal entendimento, transportado à temática da transexualidade, assegura total autonomia aos indivíduos em sua autoafirmação, garantindo-lhes todos os meios possíveis na busca da concretização de sua dignidade, garantindo a identificação do indivíduo em sociedade e, inclusive, o direito de alterar a própria fisionomia estética, ainda que por meios cirúrgicos. A liberdade individual, para o autor, consiste na possibilidade de o indivíduo buscar o melhor para si à sua própria maneira, livre de qualquer forma de obstrução à sua realização pessoal. De acordo com Mill:

[...] o único objetivo pelo qual a humanidade pode, de forma individual ou coletiva, interferir com a liberdade de ação de qualquer de seus membros, é a proteção dela própria. E que o único propósito pelo qual o poder pode ser constantemente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade, contra a vontade deste, é o de prevenir danos para os outros membros. O próprio bem dele, seja físico ou moral, não é causa suficiente. Ele não pode ser compelido a fazer ou a deixar de fazer algo porque isso seria melhor para ele, ou porque iria fazê-lo mais feliz ou porque, na opinião dos outros, isso seria o melhor ou mesmo o correto. Pode haver boas razões para criticá-lo, para conversar com ele, para tentar persuadi-lo ou para discutir com ele, mas não para obrigá-lo ou causar-lhe algum mal se ele fizer diferente. Para justificar uma intervenção, a conduta que se deseja impedir da parte dele deve ameaçar outra pessoa. A única parte da conduta de qualquer pessoa, pela qual ela é responsável perante a sociedade, é aquela que diz respeito às outras pessoas. Naquela parte que só diz respeito a si mesma, a independência de cada pessoa é, por direito, absoluta. Sobre si mesmo, sobre seus próprios corpo e mente, o indivíduo é soberano. (MILL, 2010, p. 49).

Ainda sobre a liberdade individual, Mill (2010) assevera que ela se apresenta sob três formas: liberdade de consciência; liberdade de desejo e inclinações; e liberdade de união. Para o autor, somente as sociedades em que tais formas de manifestação da liberdade sejam respeitadas em seu todo são de fato livres, independente da forma de governo instituído. *A*

*contrario sensu*, aquelas em que existir qualquer impedimento que impossibilite sua manifestação em sua plenitude não serão livres. Como utilitarista que é, Mill acredita que a liberdade que merece essa denominação é a de perseguir o bem de maneira própria, sem tentar privar os outros de sua liberdade, tampouco obstruir seus esforços para obtê-la (MILL, 2010).

A busca pela própria felicidade, seja física ou espiritual, é livre ao indivíduo, e não apenas o indivíduo há de se beneficiar dessa liberdade, como também a própria humanidade. Ao se garantir a liberdade de autodeterminação ao indivíduo, permite-se que todos vivam a própria vida da forma que melhor lhes pareça, em vez de se preocupar em determinar o modo de vida de cada pessoa com o que parece melhor aos olhos da sociedade (MILL, 2010, p. 53).

Na modernidade, a liberdade foi elevada a certo patamar como se condição humana fosse. Arendt (2016, p. 188), ao tratar sobre a definição de liberdade, afirma que é “tão impossível conceber a liberdade ou o seu oposto quanto entender a noção de um círculo quadrado”. O uso da expressão “círculo quadrado” apresenta-se como uma contradição e, para a autora, não pode ser entendido de outra forma, dada a oposição entre a consciência e os princípios morais, em face da experiência mundana do indivíduo em sociedade. Arendt defende que os valores humanos internos creditam aos indivíduos a liberdade, ao passo que a vivência em sociedade é, eventualmente, regida em razão do princípio da causalidade, revelando a liberdade como se uma ilusão fosse, embora não lhe negue existência, mas não podendo, de fato, ser demonstrável. De acordo com Arendt:

[...] nossas próprias vidas são, em última análise, sujeitas a causação. [...] [e] se há porventura um eu primeiramente livre em nós mesmos, ele certamente jamais aparece de modo claro no mundo fenomênico e, portanto, nunca pode se tornar objeto de verificação teórica. (ARENDR, 2016, p. 189).

Ao tratar sobre a temática política, Arendt considera a questão da liberdade como um elemento imprescindível, eis que a liberdade não pode ser experienciada na individualidade, no sujeito com si mesmo, sendo indispensável a presença do outro, uma relação com o outro, por meio da ação. Para a autora, tanto a ação quanto a política são inconcebíveis sem a existência da liberdade, pois a liberdade concede significação à vida política, ou seja, a razão de ser da política é a liberdade, e seu exercício ocorre por meio da ação. A ação, atividade que se dá entre os indivíduos sem interferência da matéria, é entendida como a condição humana da pluralidade, sendo esta a condição de toda a vida política em sociedade. (ARENDR, 2016).

Importa destacar que o conceito de liberdade, cunhado em um ambiente político, apresenta-se em oposição ao que se denomina de “liberdade interior”, entendida como o espaço íntimo do indivíduo, ausente de qualquer coerção exterior. E, em razão de se manifestar tão

somente no interior do ser, sem qualquer revelação que o ultrapasse, essa liberdade não pode apresentar nenhum sentido político.

Tal forma de manifestação ocorre em solidão, sendo experienciada pelo indivíduo quando de sua fuga do mundo, em que lhe foi negada a liberdade no espaço público. Não se pode concluir acerca da existência de liberdade, dessa forma, quando o indivíduo se relaciona com si mesmo. A liberdade se apresenta à sociedade mediante a (rel)ação com os pares, não quando os indivíduos estão presos ao trabalho, este entendido por Arendt como a atividade humana do processo biológico para satisfação das necessidades vitais; mas por meio do discurso no espaço público, espaço em que as almas humanas se encontram para o debate em busca do bem comum (ARENDDT, 2016):

Tomamos inicialmente consciência da liberdade ou do seu contrário em nosso relacionamento com os outros, e não no relacionamento com nós mesmos. [...] Para ser livre, o homem deve ter-se libertado das necessidades da vida. [...] A liberdade necessitava, além da mera liberação, da companhia de outros homens que estivesse, no mesmo estado, e também de um espaço público comum para encontrá-los. (ARENDDT, 2016, p. 194).

Já Bornheim (2002) considera haver três dimensões de liberdade que compõem a realidade humana: a biológica, a psicológica e a sociológica. O condicionamento biológico retrata o corpo humano, que se situa em determinado tempo e espaço, como materialização da liberdade. A livre ação sobre o próprio corpo concretiza a liberdade; somente sendo livre, o homem detém a potencialidade de atingir a plenitude humana, existindo, portanto, necessária correlação entre corpo e liberdade. Já o condicionamento psicológico estabelece que as moléstias que atingem o organismo colocam a liberdade em cheque, em especial as que atingem nossa consciência. Dessa forma, indispensável se faz a psicanálise na busca pela conscientização do ser com a finalidade de assegurar um livre exercício da liberdade dotado pela razão. Por fim, o condicionamento sociológico, visto como o terreno mais amplo dos condicionantes, eis que tudo, ao final, nele pode ser inserido; a liberdade se encontra na constatação da necessidade. Para Bornheim (2002), são leis perpétuas e universais, que regem a necessidade da sociedade por leis de produção e consumo, as quais têm a pretensão de fixar o homem no mundo. A liberdade, defende o autor, é conquistada pelo trabalho, ato que concebe a autonomia do ser, servindo de fundação para a instauração da cidadania. Tanto a necessidade quanto a liberdade são práticas que se fundam em contraposição, embora sejam interdependentes para a existência no mundo. Eis que a necessidade se enfraqueceria na ausência de liberdade, enquanto esta tem, por razão de ser, o embate com a necessidade.

Não bastassem tais condicionantes, na modernidade surge uma nova contradição que se sobrepõe às novas essencialidades: a oposição de duas construções de liberdade. A primeira é experimentada pela vivência da liberdade em absoluto, concedendo total autonomia ao ser humano, o livre-arbítrio lhe pertence como seu bem maior. A segunda admite os condicionantes da liberdade, ou seja, embora o indivíduo seja dotado de vontade de agir de modo a transpor os limites impostos a ele, reconhece a existência de barreiras que o limitam tanto fisicamente, como ao se consultar com um médico sobre seu corpo, quanto psicológica e sociologicamente, ao frequentar um psicanalista ou ao se atormentar com os conflitos sociais e políticos do mundo, por exemplo (BORNHEIM, 2002).

Retomando-se a pergunta inicial deste capítulo, pode-se concluir acerca de que os homens são realmente livres? Para Barbaras (2002), esse questionamento conduz a duas concepções de liberdade. Uma sustenta a incidência, na vida do indivíduo como um todo, do princípio da causalidade, de tal modo que os comportamentos humanos são incontinentes, não havendo, portanto, distinção entre uma ação praticada por alguém ou qualquer evento da natureza; diante dessa afirmação, a liberdade, como a potência capaz de alterar uma ordem preestabelecida, não passaria de uma ilusão. Para essa vertente, o que se manifesta nos indivíduos como uma resistência a algum desejo, o que se pode concluir acerca da prática de um ato de liberdade não é, senão, a manifestação de uma vontade direcionalmente oposta que detenha maior poder. Sob essa concepção, todo ato é um ato universal necessário, o que não passaria de uma escravidão informal, eis que o indivíduo se encontraria submisso às circunstâncias.

A outra concepção de liberdade prega a existência do livre-arbítrio e da autonomia da vontade, sob o argumento de que o ser humano, por ser racional e se distinguir de todo e qualquer outro animal, detém a capacidade de escapar a eventual coerção imposta pelo princípio da causalidade. A resistência a um desejo, a negação à necessidade, ao contrário do que acredita a primeira corrente, é possível a partir da decisão do próprio indivíduo, de sua autonomia. Para os que defendem essa concepção, a vontade do indivíduo não se sujeita a qualquer coação, ela é infinita e pode resistir a qualquer influência. A partir de tais exposições, Barbaras (2002) sustenta que tais preceitos não passam de um dualismo abstrato e que é possível perceber que a liberdade não é um atributo gozado em sua plenitude em definitivo, mas sim um atributo de determinadas ações. Argumenta o autor que, se a todo e qualquer ato fosse atribuída a característica da liberdade, se todo e qualquer cidadão fosse livre, nenhum ato e nenhum cidadão seriam realmente livres, pois o conceito de liberdade se tornaria vazio de sentido. Entendido dessa maneira, pode-se concluir que, para Barbaras (2002, p. 181), a liberdade é uma

particularidade irrefutável aos atos individuais, mas não a todo e qualquer ato; “somos livres, nas iniciativas como nas paixões, na escravidão como na cidadania”. Explica o autor:

A liberdade já não é considerada uma essência ou uma faculdade, mas sim uma determinação concreta de certos atos, que requer descrição. [...] não é possível entender o sentido da liberdade sem levar em conta a nossa encarnação essencial, isto é, o fato de que qualquer ato, mesmo o mais abstrato ou o mais intelectual, é um ato do corpo. O corpo é o verdadeiro sujeito da liberdade. (BARBARAS, 2002, p. 180).

Após essa análise sobre o conceito de liberdade, resta investigar o que foi debatido até agora sob a égide do Estado Democrático de Direito brasileiro, visto que a liberdade é uma característica atribuída a todos os homens de forma limitada, motivo pelo qual eles, além de buscar conceituá-la, estabelecem regras de seu exercício e, eventualmente, as modificam no decorrer do tempo.

Aplicando o conceito de liberdade ao cenário do Direito, em relação às posições até então apresentadas, observa-se duas posições. Para uma das correntes expostas, a liberdade seria, de maneira geral, entendida como a capacidade de o indivíduo se autodeterminar a partir do exercício da razão, o Direito teria como papel limitar as vontades dos indivíduos por meio de imposições de restrições legais, distinguindo condutas lícitas das ilícitas, sendo as últimas reprovadas socialmente e, portanto, passíveis de punição pelo Estado. Para outra corrente, há o entendimento de que a liberdade seria a ausência de coerções externas, representando, dessa forma, um aspecto negativo, em que há uma limitação imposta ao Estado no sentido de não intervir na vida do indivíduo.

O direito teria como papel, se quisesse se demonstrar legítimo, de conservar a liberdade dos cidadãos, sem qualquer forma de interferência a não ser a necessária intervenção, de modo a estabelecer uma harmonia social, estando dotado, para tanto, de um poder de punição (FERNANDES, 2017).

Ao abordar a questão da liberdade, citando um emblemático caso que ocorreu na Alemanha – caso Elfes –, em que o Tribunal Constitucional Federal interpretou a liberdade como o direito de o cidadão desenvolver livremente sua personalidade mediante a ação, Alexy (2011) conclui que essa interpretação adquire uma extensão ampla e subjetiva da liberdade. Para o autor, tal decisão tem como consequências evidentes que, na ausência de qualquer forma de restrição, o sujeito é livre para agir, fazendo ou deixando de fazer o que bem entender; e que, na ausência de impedimentos em face do Estado, este não deve intervir de forma a embarçar a ação ou inação do sujeito. Incluem-se, portanto, nessa interpretação dada pelo Tribunal acerca do direito à liberdade, tanto as ações dos indivíduos em sociedade, como as possíveis intervenções do Estado de forma a restringir o direito de ação dos indivíduos. Essa segunda

forma de atuação tem como objetivo proteger os sujeitos nas situações em que se encontram, tutelando, dessa forma, o “ser” como indivíduo, ou seja, o livre desenvolvimento da personalidade.

O princípio da liberdade, previsto na Constituição da República do Brasil de 1988, em seu art. 5º, revela várias facetas, podendo-se falar, dessa forma, da existência de um “direito geral de liberdades”. Analisando-a sob seu aspecto positivo, no campo político, a liberdade pode ser conceituada como a garantia de participação dos indivíduos no espaço público, por meio de discussões, a fim de se formar a vontade coletiva. As liberdades, tanto a negativa quanto a positiva, não devem, por fim, ser entendidas como antagônicas entre si, nem há que se defender a predominância de uma sobre a outra, elas são igualmente essenciais e dependentes entre si (FERNANDES, 2017, p. 425). Sobre essa relação entre as liberdades, explana Fernandes:

[...] não é possível falar em prioridade de um modelo sobre outro, isso porque, se de um lado a “liberdade dos modernos” é a garantia de existência e de manutenção da esfera privada, de outro, a “liberdade dos antigos” é elemento essencial para se falar em uma esfera pública democrática. Por isso mesmo, Habermas irá colocar ambas em uma mesma linha de prioridades, dizendo que ambas são equiprimordiais, e mais, uma é pressuposta da outra; isto é, apenas podemos ter uma proteção adequada, por exemplo, às liberdades negativas, se simultaneamente despendermos igual tratamento e proteção às liberdades positivas. (FERNANDES, 2017, p. 425).

Assim, o princípio da liberdade no Estado Democrático de Direito, de acentuada importância, pode ser entendido sob três formas. Em uma primeira concepção, ele é o poder de autodeterminação do indivíduo sem que este sofra qualquer interferência externa. Por outro lado, de forma oposta, há o entendimento de que a liberdade não constitui uma escolha do sujeito, mas o resultante de um contexto social no qual o indivíduo está inserido. Por fim, a terceira concepção pode ser entendida como a fusão das duas anteriores, em que a liberdade, sim, decorre do poder de decisão do indivíduo entre diversas escolhas possíveis, e, ao mesmo tempo, essas escolhas são condicionadas por circunstâncias que lhe são alheias, consistindo em uma “possibilidade objetiva de decidir”.

Analisado tal princípio inserido em um Estado Democrático e sua relação com as minorias, pode-se afirmar que ele detém a tarefa de assegurar a elas não somente o direito de escolha, de autoafirmação, mas também as condições objetivas “para que essas escolhas possam se concretizar”. Além disso, é a partir de tal princípio que se subtrai a autonomia privada, entendida como a liberdade do indivíduo de gerir a própria vida da forma como lhe convém (BARROSO, 2007, p. 142). Sobre essa relação entre liberdade de autogestão e autonomia privada discorre Barroso:

Do princípio da liberdade decorre a autonomia privada de cada um. Não reconhecer a um indivíduo a possibilidade de viver sua orientação sexual em todos os seus desdobramentos é privá-lo de uma das dimensões que dão sentido a sua existência. [...] [Essa privação seria] uma forma comissiva de embaraçar o exercício da liberdade e o desenvolvimento da personalidade de um número expressivo de pessoas, depreciando a qualidade dos seus projetos de vida e dos seus afetos. Isto é: fazendo com que sejam menos livres para viver as suas escolhas. A autonomia privada pode certamente ser limitada, mas não caprichosamente. A imposição de restrições deve ser justificada pela promoção de outros bens jurídicos de mesma hierarquia, igualmente tutelados pela ordem jurídica. (BARROSO, 2007, p. 143).

### 3.2 Igualdade

Para se entender o conceito de igualdade, é necessário, em primeiro momento, entender a desigualdade e, mais do que isso, entender suas origens. Rousseau, em sua obra *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, reflete sobre a natureza da sociedade e as causas da existência de marginalizados nesse espaço. Para o autor, existem duas espécies de desigualdade: uma natural, que é verificada pelas distinções entre idade, porte físico, condições de saúde; e outra desigualdade a que ele chama de política, criada a partir de um pacto consentido entre os indivíduos, que se traduz em vantagens usufruídas por uns em detrimento dos outros (ROUSSEAU, 2005).

Embora afirme ser desconhecida a origem da desigualdade natural, ou mesmo se haveria uma conexão entre ela e a desigualdade política, na referida obra, Rousseau (2005) tem como objetivo central indicar o momento em que, vivendo-se em uma sociedade regida pela barbárie, em que o indivíduo vive em si mesmo, ocorre a submissão do estado de natureza ao estado da lei, ambiente em que o indivíduo passa a viver fora de si, dependendo sua existência da concepção do outro. Nesse novo estado, torna-se possível a inversão de dominação que ocorria no estado de natureza, ou seja, o fraco em compleição física passa a deter o poder de subjugar o mais forte. E, uma vez que a desigualdade política, contrariando a lei da natureza, é dependente da lei, nesse novo cenário o povo, em geral sob um falso ambiente de tranquilidade, aliena sua própria felicidade, o direito ao atendimento de suas próprias necessidades, em privilégio de poucos. É esta última desigualdade que Rousseau busca entender e eliminar, pois o pacto social, que deveria extinguir a desigualdade natural, reproduzindo-se uma nova forma de organização pautada pela igualdade, substituiu essa desigualdade por uma nova forma: a desigualdade política. A essa nova dessemelhança é atribuído *status* de legitimidade, porquanto está pautada na vontade do povo, que surgiu do pacto entre seus membros. Rousseau, entretanto, alerta que tal legitimidade não pode ser verificada como verdadeira, pois não reproduz os anseios sociais. (ROUSSEAU, 2005).

Tal qual a liberdade, a igualdade, também considerada um dos fundamentos do Estado democrático, tem, no campo político, acepção carregada de emoção esperançosa, como o reflexo de um desejo das sociedades.

É importante ressaltar que a igualdade entre dois seres comparados sob determinado tempo e espaço é ausente de significação, seja social ou política, tornando-se um conceito vazio, como apontado por Barbaras (2002). Entretanto a igualdade na discussão política representa um valor, em razão de que, sempre que é invocada, recebe tal atributo de seu enunciador, como em uma das máximas da política, que preconiza a igualdade dos homens, de que todos nascem iguais.

Importa destacar, por sua vez, que esse enunciado não transmite a igualdade em si, mas proclama uma igualdade de tratamento entre os homens levando-se em consideração as peculiaridades que constituem a essência da humanidade, isto é, o uso da razão, e por serem eles dotados de dignidade. Tal axioma pode, uma vez entendido como um valor, assumir diversas formas, mas não afirmar que todos nascem em condições de uma igualdade material.

Pode-se, talvez, afirmar a existência de uma igualdade formal entre os indivíduos, mas não na realidade, em que se apresenta de forma totalmente oposta, sendo que apenas poucos gozam de direitos e bens, enquanto a grande maioria da população é privada deles (BOBBIO, 1997).

Alexy (2011), ao tratar sobre a igualdade, apresenta, assim como consta no *caput* do art. 5º da CR/88, o preceito de que todos são iguais perante a lei, também esculpido no art. 3º, § 1º, da Constituição alemã. Ele esclarece que, durante muito tempo, essa norma foi entendida unicamente como sendo igualdade na aplicação da lei, vinculando-se, dessa forma, tão somente o aplicador do direito ao mandamento legal, enquanto o legislador encontrava-se desvinculado dela.

Entretanto tal entendimento não apresentaria maior razão de ser da norma, eis que não significaria mais do que o mandamento de que as normas devem ser aplicadas, ou seja, a igualdade seria a simples aplicação do direito de forma idêntica aos casos que apresentassem a mesma estrutura fática. Poderiam os legisladores, nesse contexto, elaborar leis que estabelecessem discriminações da maneira como bem entendessem.

Por sua vez, se assim o fosse, mostrar-se-ia entendimento incompatível com o referido princípio e com o próprio legislador constituinte, uma vez que este buscou vincular o legislador ordinário aos mandamentos constitucionais, tanto é que o princípio da igualdade é considerado cláusula pétrea e, portanto, inconstitucional sua abolição.



Observe-se que o princípio da igualdade não vincula tão somente o Poder Judiciário na aplicação do Direito, mas também os Poderes Executivo e Legislativo, devendo ser concretizada uma igualdade tanto na aplicação do direito quanto em sua criação.

A igualdade imposta ao legislador na criação do direito não significa que todos os indivíduos estejam categorizados em posições jurídicas idênticas, tampouco significa que todos se apresentem inseridos nas mesmas realidades fáticas e dotados das mesmas características físicas. A apreensão do princípio dessa forma – em que todos se encontrassem nas mesmas posições jurídicas – resultaria em normas injustas, destoantes da realidade, uma vez que ignorariam as peculiaridades de cada indivíduo ou grupo, como o exemplo fornecido por Alexy (2011) de que se impusesse um imposto de renda *per capita*, ignorando o rendimento auferido pelo indivíduo em determinado período de tempo.

Logo, o princípio da igualdade direcionado ao legislador não se traduz na exigência de que todos devam ser tratados de forma idêntica ou de que devam ser idênticos em todas as concepções, mas de que os iguais devem ser tratados de modo igual e os desiguais, de modo desigual. É importante ressaltar que essa fórmula não deve ser entendida como uma imposição direcionada ao formalismo da norma, mas sim a seu conteúdo, isto é, deve-se exigir do legislador um dever de buscar uma igualdade material, refletindo os anseios sociais (ALEXY, 2011).

Tal enunciado, de que se deve promover tratamento igual aos iguais e tratamento desigual aos desiguais não é recente. Remonta à Grécia Antiga, quando da discussão acerca da justiça por Platão (2010), ao enunciar que há justiça quando há tratamento igualitário daqueles que se encontram em situações idênticas, e não apenas tratamento igual a todo e qualquer indivíduo. Por outro lado, pode-se concluir que há justiça mesmo quando se trata de forma desigual determinados indivíduos, mas desde que esse tratamento se justifique no caso concreto, ante a preliminar desigualdade em que se encontram.

Posto isso, importa enunciar o critério para aplicação dessa fórmula. É evidente que a aplicação da igualdade, na busca pela concretização da justiça, envolve um critério de valoração. Observe-se que tal critério não pode ser fruto de uma diferenciação arbitrária pelo legislador, porque lhe faltaria fundamentação razoável sob um aspecto detectável de forma objetiva para um tratamento diferenciado. Essa razão justificante expressa que, na ausência de qualquer razão, é imperioso que o tratamento seja igual, isto é, exige-se um encargo argumentativo para que seja dado um tratamento desigual, que pode ser declarado por meio da seguinte proposição: “se não houver uma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual, então, o tratamento igual é obrigatório” (ALEXY, 2001, p. 410).

A imposição de um ônus argumentativo para a concessão de tratamento diferenciado tem a função de evitar a anulação do princípio da igualdade, porquanto seria obrigatório, na ausência de razões que permitissem um tratamento de modo igual, o fornecimento de um tratamento desigual.

É por isso que a fundamentação exigível deve ser atribuída ao argumento que obriga a um tratamento desigual, podendo ser apresentada por meio da seguinte fórmula: “se houver uma razão suficiente para o dever de um tratamento desigual, então, o tratamento desigual é obrigatório” (ALEXY, 2011, p. 410).

Pode-se questionar, por sua vez, se o Estado tem, como uma de suas obrigações, de proporcionar a seu povo uma igualdade fática. A igualdade perante a lei é encarada como pressuposto para a igualdade fática, entretanto, dado que as pessoas se encontram em situações fáticas distintas, o estabelecimento de uma igualdade unicamente jurídica tende a acentuar o abismo fático presente no corpo social, distanciando-se, assim, da própria essência do princípio. (ALEXY, 2011).

Verifica-se, dessa forma, a existência de um paradoxo no princípio da igualdade, eis que “aquilo que segundo um princípio é um tratamento igual é segundo o outro um tratamento desigual, e vice-versa” (ALEXY, 2011, p. 417).

Tendo em vista que o princípio da igualdade não se limita somente ao Estado de Direito, uma vez que também é característico do Estado Social, ou seja, que se exige do Estado uma prestação positiva na concretização de direitos, esse princípio toma a forma de um princípio de justiça social, podendo, dessa forma, ser associado à ideia de dignidade da pessoa humana. Ele se apresenta de natureza ambivalente, eis que busca a efetivação tanto de uma igualdade de oportunidades, como também de uma igualdade em condições reais de vida, isto é, serve ao combate às discriminações e, ao mesmo tempo, à equivalência de igualdade de oportunidades (CANOTILHO, 2003).

Retomando o tema da obrigatoriedade do Estado em promover a igualdade, tendo em vista que ela é um dos pilares da democracia e foi esculpida como um princípio fundamental e objetivo fundamental na Constituição da República brasileira de 1988, o Estado deve buscar, incessantemente, a concretização da igualdade material. Para alcançar esse objetivo, um instrumento, amplamente reconhecido, é a promoção pelo Estado de ações afirmativas. Elas têm como função proteger certos grupos minoritários (na prática, dando tratamento desigual aos desiguais) que, no decorrer do tempo, sofreram qualquer tipo de discriminação – como, por exemplo, de gênero sexual – capaz de empurrá-los para a margem da sociedade, retirando-lhes

a capacidade de participação no espaço público em igualdade de condições com os demais integrantes da sociedade, como relatam Abreu e Soihet:

Ainda que pululem, por toda parte, tantas desigualdades, homens e mulheres passaram a caminhar, nos anos finais do século XX, em direção à busca da igualdade na diferença – ideário peculiar às chamadas *minorias*, de tanta visibilidade nas sociedades democráticas contemporâneas. Novas referências impulsionaram a tomada de consciência de desigualdades do presente e do passado; motivam lutas do presente contra a opressão e a discriminação por sexo. (ABREU; SOIHET, 2003, p. 192, grifo dos autores).

As ações afirmativas, assim, buscam incluir o indivíduo na sociedade, recuperando e garantindo a ele o direito à participação, ao exercício da cidadania, a fim de corrigir esse erro que colocou o grupo minoritário de que faz parte em uma situação de vulnerabilidade. Percebe-se, a partir desse delineamento, que as ações afirmativas não têm a pretensão de se estenderem no tempo indeterminadamente, sob o risco de elas próprias instituírem um tratamento desigual não justificado. Logo, uma vez alcançado seu objetivo, de promoção de igualdade material, estabelecendo uma equivalência entre os membros do corpo social, sua promoção deve ser suspensa.

Gomes discorre sobre as ações afirmativas ressaltando suas características e funções:

Atualmente, as ações afirmativas, podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego. Diferentemente das políticas governamentais antidiscriminatórias baseadas em leis de conteúdo meramente proibitiva, que se singularizam por oferecerem às respectivas vítimas tão somente instrumentos jurídicos de caráter reparatório e de intervenção *ex post facto*, as ações afirmativas têm natureza multifacetária, e visam a evitar que a discriminação se verifique nas formas usualmente conhecidas – isto é, formalmente, por meio de normas de aplicação geral ou específica, ou através de mecanismos informais, difusos, estruturais, enraizados nas práticas culturais e no imaginário coletivo. Em síntese, trata-se de políticas e mecanismos de inclusão concebidas por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido – o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito. (GOMES, 2001, p. 40-41).

A fim de que seja assegurado tratamento diferenciado aos grupos minoritários, buscando-se nivelar o nível de participação na tomada de decisões do Estado, o Poder Público deve levar em consideração dois requisitos no reconhecimento de uma possível atuação.

O primeiro é a existência de um grupo minoritário excluído seja economicamente, politicamente ou socialmente, de maneira a prejudicar sua representatividade ou sua participação no espaço público em discussão com o outro. O segundo é a constatação de que esse grupo minoritário seja vítima de qualquer forma de preconceito, de modo tão grave que,

em comparação com a maioria da população, a minoria sofra restrições ou punições em razão das características que os unem.

Logo, pode-se concluir que a realização de eventuais ações afirmativas a favor de grupos minoritários, como o LGBTIQ, ajudará na formação de melhor assistência dentro de sua própria comunidade, reduzindo, assim, as tensões sociais existentes. Ao inseri-los em espaços em que atualmente se encontram marginalizados, possibilitando-lhes um ambiente de comunicação em que tenham seus direitos assegurados, tais grupos terão a capacidade de fomentar discussões sobre os problemas sociais e discriminações a que estão sujeitos diariamente, contribuindo, dessa forma, para um melhor diálogo com a sociedade.

A inserção de indivíduos pertencentes às minorias estimulará seus pares a buscarem o mesmo caminho, confiantes de que poderão manifestar sua individualidade e serão, justamente, tratados como iguais, o que elevaria significativamente a participação do grupo nos debates em espaço público e, conseqüentemente, na formação da vontade popular geral (FERNANDES, 2017).

O princípio da igualdade, considerado um dos valores essenciais para a garantia dos direitos individuais na democracia moderna, embora prescreva uma igualdade genérica, uma vez que há a elaboração de determinada lei finalística a uma desequiparação desejada, requer uma interpretação sistêmica da norma. Interpretada isoladamente, poder-se-ia argumentar que tal norma busca não uma igualação, mas uma desigualação não legítima, preferindo-se determinado grupo em prejuízo de outro. Por sua vez, vislumbrado que sua real intenção, ao discriminar determinadas circunstâncias, busca estabelecer uma igualdade fática entre os indivíduos de diferentes grupos, esse tratamento diferenciado será constitucional.

Bandeira de Mello (2000) explica com precisão como deve ser a interpretação do princípio constitucional da igualdade. Segundo o autor, esse princípio somente não será respeitado quando determinada norma previr tratamento diferenciado a único e determinado destinatário; adotar como fundamento de discriminação elementos que não estabeleçam justificadamente uma desigualdade entre os indivíduos e não apresentar relação lógica entre as discrepâncias existentes e o tratamento legal que a fundamentou. Também não será respeitado quando o fator de discriminação especificado gerar conseqüências contrárias ao que estabelece a Constituição; ou quando o intérprete, em ação, extrapolar o objetivo da norma, conferindo-lhe significações de tratamento desigual não desejados, ainda que de forma implícita.

Ao analisar a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana em relação à igualdade, Gomes (2001) leciona que é possível a existência de duas espécies de discriminação: a discriminação por impacto desproporcional, ou adverso, e a discriminação de fato. Aquela, a

fim de que se alcance a igualdade, em vez de reprimir qualquer tratamento discriminatório, ataca a discriminação indireta, isto é, a decorrente de atos administrativos, empresariais ou de políticas públicas, ainda que não intencionais, que afetem certos grupos de indivíduos. Esta se verifica a partir de uma inação por parte do poder público, que marginaliza determinados segmentos da sociedade, de modo a prejudicá-los no exercício de seus direitos, o que, conseqüentemente, tende a fazer perdurar a estigma daqueles que, historicamente, sofreram qualquer forma de preconceito e, eis que vítimas da indiferença, não foram contemplados com políticas governamentais para proporcionar-lhes o direito à igualdade.

De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o princípio da igualdade apresenta como objetivos: limitar a atuação do legislador, impedindo-o de elaborar normas que promovam desigualdades injustificadas; limitar a autoridade pública (aqui entendidos tanto o Poder Executivo quanto o Judiciário), buscando coibir qualquer ato ou decisão judicial que contrarie o referido princípio; e limitar o particular, ao não se admitir a prática de atos maculados pela intolerância e discriminação, qualquer que seja sua forma de manifestação, sujeitando o agente, caso as pratique, às sanções previstas em lei (BULOS, 2011).

Portanto, em breve resumo, o princípio da igualdade é consagrado na Constituição da República de 1988 e encontra previsão tanto no art. 3º, ao enunciar que um dos objetivos da República é a busca pela promoção do bem de todos sem qualquer forma de discriminação; e reafirmado, ainda, no art. 5º, *caput*, ao prever que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Relembra-se ser possível distinguir a igualdade formal da material. Aquela é a igualdade perante a lei, na aplicação da lei; já a última é a igualdade que não se resume à lei, ultrapassando-a, na busca por sua efetivação na concretude. Esta permite o tratamento diferenciado, afinal, como leciona, em *Oração aos Moços*, Rui Barbosa (1997, p. 26), “a regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam”.

A igualdade pluralista pode ser definida como o direito ao emparelhamento, de modo a haver uma coincidência quando a diferença acarretar prejuízo ou quando o direito à diferença constituir elemento de identidade. Trata-se, portanto, de uma discriminação positiva, mais conhecida como “ação afirmativa”, em que a diferenciação tem como escopo a promoção da igualdade dos grupos minoritários socialmente vulneráveis (BARROSO, 2007). Nas palavras de Rios Junior:

Em específico, o princípio da igualdade tem fundamental relação com a proteção dos direitos de minorias. A proteção de grupos vulneráveis tem como objetivo principal, em última análise, a prática da igualdade no plano concreto, na vida social. (RIOS JUNIOR, 2013, p. 100).

Dessa forma, assegurar ao transexual a plena manifestação de sua individualidade, de sua identidade de gênero, coibindo práticas de intolerância e discriminação que tenham a finalidade de limitar o exercício de direitos, é garantir a ele igualdade de condições para praticar os atos da vida civil e de qualquer forma de manifestação. Somente quando satisfeitas todas as condições irrestritas para a promoção de seu completo desenvolvimento identitário, garantida sua efetiva participação no espaço público, a igualdade e a dignidade da pessoa humana dos integrantes do grupo serão observadas. Sobre igualdade e diferença na seara da transexualidade, assim se expressam Abreu e Soihet:

Sabemos que masculino e feminino nomeiam todas as coisas (há algumas coisas neutras) e as diferenças (marque-se, *diferenças*), e que isso amplia muito a discussão das desigualdades sociais e da construção democrática. A *igualdade nas diferenças* é o ideário a se consolidar na vida democrática [...]. Se a impropriedade do sexo como modo de nomear e classificar as coisas e a vida social tornou-se perceptível, não há por que *transformar* diferenças. A igualdade na diferença é uma possibilidade; a diversidade não é incompatível com a igualdade. A incorporação do conceito de gênero (no singular) e, mais recentemente, de gêneros (no plural) assinala uma tentativa definitiva de substituição daquelas noções de sexo de caráter biológico. Com nas classificações da linguagem, gênero refere-se ao masculino, ao feminino, mas também ao singular e ao plural. (ABREU; SOIHET, 2003, p. 202, grifos das autoras).

### 3.3 Dignidade

Na Antiguidade, a dignidade da pessoa humana era entendida, principalmente, em relação à camada social que o indivíduo ocupava e sua respectiva cognição pelos demais membros da sociedade. Logo, podia-se afirmar acerca de diferentes dignidades entre os indivíduos, ou seja, verificava-se a existência de indivíduos mais dignos e outros menos dignos.

Em contrapartida, em período ainda antecedente, para o movimento filosófico do estoicismo, a dignidade era compreendida como uma qualidade inata ao homem, isto é, todos os indivíduos são providos de igual dignidade. Para esta escola, a noção de dignidade se relacionava diretamente ao direito de liberdade individual, o que significava que o indivíduo era livre e também responsável tanto pelas ações que praticasse quanto por seu destino (SARLET, 2012a).

No império romano, as acepções de dignidade sofrem uma fusão, passando a comportar uma significação dupla: de que o indivíduo, diferenciando-se de todos os demais animais, detém, inerentemente, dignidade, eis que ocuparia uma posição hierarquicamente superior na natureza; e que a dignidade, ora maleável, pois poderia sofrer alterações no curso da vida, era um reflexo da posição social ocupada pelo indivíduo.

Portanto, esse sentido conferido à dignidade era tanto uma benesse, assegurada pela própria natureza do ser humano, como um trunfo, eis que fruto de uma potência de ação em sociedade, de modo a galgar uma maior dignidade em relação aos demais indivíduos (SARLET, 2012a).

Durante o período medieval, de acordo com a doutrina de Tomás de Aquino, aproximando-se da doutrina cristã, a dignidade toma como razão de ser a de que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus. Embora também a assente na potencialidade do indivíduo de se autodeterminar, de tal modo que, uma vez livre, pode experimentar a vida da forma que bem lhe aprouver.

Com o passar dos séculos, no período das navegações espanholas, especificamente no século XVI, o teólogo Francisco de Vitoria, face à escravização e aniquilação dos indígenas, defendeu, pautado em um direito natural, a ideia de que estes, assim como o povo europeu, também seriam detentores de dignidade. Para ele, o direito à liberdade e à igualdade não se subsumia à religião praticada pelo ser, mas sim ao pertencimento à espécie humana, colocando os indígenas, dessa forma, em igual condição de dignidade com qualquer outro povo. Foi a partir desse gérmen que, nos séculos que se seguiram, a dignidade foi submetida a um procedimento de fundamentação e afastamento do cristianismo, permitindo-se sua aproximação à ideia de que os indivíduos são iguais em liberdade e dignidade, independentemente de qualquer convicção religiosa (SARLET, 2012a).

No século XVII, o alemão Samuel Pufendorf contribuiu para o desenvolvimento da racionalização da dignidade, utilizando como critério a liberdade moral da espécie humana. Esse jurista abandonou por completo a definição de dignidade até então sustentada pela doutrina. Para ele, a dignidade era entendida como a liberdade do indivíduo de escolher suas próprias ações atentando-se exclusivamente à razão. Ou seja, não era o simples fato de ser humano que lhe assegurava, de plano, a dignidade, mas sim a existência de uma liberdade moral, de uma vontade livre, que conferia ao indivíduo sua própria dignidade.

Entretanto, é somente em Kant que há a ruptura do conceito de dignidade do sagrado, tomando forma, a partir de então, a concepção de que a dignidade apoia-se na autonomia ética do indivíduo. A autonomia em Kant pode ser considerada tanto uma liberdade negativa, em que o indivíduo não se sujeita a nenhuma coação externa, como também em uma liberdade positiva, em que o indivíduo se submete à razão da lei moral, que se manifesta por meio do imperativo categórico: “Age de tal modo que a máxima de tua vontade possa valer sempre como princípio de uma legislação universal” (KANT, 2003, p. 43). Consequentemente, a dignidade é, para o

autor, entendida como limite à autonomia, uma vez que se deve exercê-la em atenção aos preceitos morais que regem determinada sociedade.

É exatamente no pensamento de Kant que a maior parte da doutrina moderna busca a fundamentação da dignidade da pessoa humana, em especial à previsão de que o indivíduo não deve ser encarado como uma ferramenta para a consecução de uma finalidade qualquer, mas sim como o próprio fim (SARLET, 2012a). Nas palavras de Kant:

[...] o Homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim... Portanto, o valor de todos os objetos que possamos adquirir pelas nossas ações é sempre condicional. Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto de respeito). (KANT, 1980, p. 134-135).

Assim, entendida a dignidade da pessoa humana como um agir ético do indivíduo, tendo como fim último a própria humanidade, há de se reconhecer, por conseguinte, que da dignidade decorrem obrigações com os demais indivíduos, como os direitos de proteção, por exemplo.

Pode-se afirmar, portanto, que o conceito de dignidade possui uma vertente inclusiva, o que torna possível a formulação de uma teoria que prescreva a dignidade como instrumento para a promoção de prestações positivas por parte do Estado e da sociedade, como “a prestação do respeito aos direitos, do desenvolvimento de uma individualidade e do reconhecimento de um autoenquadramento no processo de interação social” (SARLET, 2012a, p. 46). Ademais, a dignidade é o núcleo dos direitos fundamentais, englobando todos os demais, e merece proteção do Estado e da sociedade, promovendo o livre desenvolvimento do indivíduo.

Seu caráter é vislumbrado como global sendo, inclusive, previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, tanto em seu preâmbulo, ao enunciar que a dignidade é intrínseca a todos os indivíduos, quanto em seu art. I, ao estabelecer “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948, p. 4).

Buscar um conceito cristalino do que de fato seja a dignidade da pessoa humana, tomando-se em conta o que por ora foi exposto, não se mostra tarefa de fácil resolução. Assim sendo, não se revela, de igual modo, fácil a constatação de sua esfera de proteção como norma fundamental.



Tal obstáculo, na busca pelo real sentido da expressão, decorre, principalmente, de sua composição por palavras que apresentam sentidos vagos, ambíguos e plásticos, o que possibilita uma gama de sentidos diversos. Entretanto se reconhece, entre as principais enunciações que dela derivam, uma definição que a aproxima de ser um valor característico ao ser humano, não podendo deste ser destacado. Por isso, conquanto não se possa definir a dignidade da pessoa humana de forma sólida e incontestável, é possível afirmar que ela é um conceito em contínuo processo de mutação, eis que se deve buscar conciliá-lo em atenção ao pluralismo presente nas sociedades modernas, às transformações sociais, culturais e econômicas, e as decorrentes do próprio Direito. (SARLET, 2012a).

Apesar de a dignidade da pessoa humana não depender, para sua existência, do Direito, este exerce importante papel na proteção e impulsão daquela. Uma vez violada, a dignidade vale-se do Direito como instrumento necessário para coibir a prática de eventuais atos atentatórios a si mesma. Logo, reconhecida a dimensão dúplice da dignidade, como autonomia individual e de proteção ao indivíduo, nesta última seara, por meio do Estado e da sociedade, o Direito se mostra indispensável à concretização da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2012a). Assim, também, conceituou Bitencourt Neto:

Nas Constituições que consagram Estado de Direito democrático e social, como é o caso da portuguesa e da brasileira, a dignidade da pessoa humana é fundamento para a defesa e a proteção do espaço de autonomia privada e, ao mesmo tempo, para a intervenção pública na assistência aos necessitados [...]. A dignidade da pessoa humana é, pois, o núcleo axiológico em que se alicerça o sistema de direitos fundamentais [...] Assim, a noção jurídica de dignidade da pessoa humana presente nas Constituições portuguesa e brasileira vigentes, incorporando toda a evolução histórica de sua compreensão, aponta para duas vertentes, incorporando toda a evolução histórica de sua compreensão, aponta para duas vertentes, incorporando toda a evolução histórica de sua compreensão, aponta para duas vertentes, ambas exigindo a intervenção do Estado: a) a defesa e a proteção do homem concreto enquanto sujeito, vedando que seja violentada, pelo Estado ou por terceiros, a condição humana por meio de sua instrumentalização como objeto: aqui se postula, para além da abstenção dos poderes públicos quanto a qualquer conduta aniquiladora da condição humana, a intervenção normativa do Estado, para proteger o indivíduo em sua dignidade contra as ações que a ofendam; b) a assistência ao ser humano que não possa se autodeterminar nas escolhas fundamentais da vida, bem como àqueles que não tenham acesso aos bens e serviços necessários para viver com dignidade: neste caso se postula a intervenção do Estado por meio de prestações normativas e fáticas, seja possibilitando assistência ou representação aos que não tenham condições de manifestar conscientemente sua vontade, seja promovendo ou possibilitando acesso a bens e serviços essenciais a uma existência digna. (BITENCOURT NETO, 2010, p. 69-70).

Faz-se necessário explicitar que a dignidade só apresenta significado quando se relaciona determinado indivíduo a outro; ou seja, inexistindo pluralidade, a dignidade é ausente de sentido. Essa é uma das razões pela qual todos são iguais em dignidade e merecem igual proteção pelo ordenamento jurídico.

Na Constituição brasileira de 1988, o legislador constituinte elencou a dignidade da pessoa humana não como mais um dos direitos fundamentais previstos em um rol específico, mas como um fundamento da república. Isto é, embora não se possa falar em hierarquia entre normas constitucionais, a dignidade foi estipulada como um valor superior a guiar toda a ordem constitucional e infraconstitucional. Tanto o é que, para alguns autores, é considerada “valor fonte que anima e justifica a própria existência de um ordenamento jurídico”. Logo, além de apresentar *status* constitucional tanto formal quanto material, é vista ainda como princípio de nível superior, um metaprincípio, dotado de eficácia plena e aplicação imediata (SARLET, 2012a, p. 85).

Embora não apresente conceito determinado, a dignidade da pessoa humana não pode ser instrumento para justificar a prática de todo e qualquer modo, demandando, dessa forma, o estabelecimento de “parâmetros mínimos de aferição” a fim de que possa ser concretizada. São eles: a não instrumentalização (aqui relembrando o mandado kantiano, de que o ser humano é um fim em si mesmo, e não um meio para se alcançar determinado fim); a autonomia existencial (o indivíduo tem o direito soberano na tomada de decisões que afetem unicamente sua vida ou, quando alcançar direitos de terceiros, que não sejam ações ilícitas); o direito ao mínimo existencial (o direito às condições materiais indispensáveis para a preservação da vida); o direito ao reconhecimento (que se apresenta como a exigência de se respeitar as identidades, seja de determinado grupo ou de cada indivíduo). O direito ao reconhecimento acontece em três momentos: “na esfera das realizações primárias”, isto é, nos terrenos do amor e da amizade; “na dimensão das relações jurídicas”, em que há uma correlação entre reconhecimento e direito, eis que a concessão de direitos individuais reflete em “uma dimensão indispensável da cidadania”; e “na comunidade valorativa”, que se manifesta pela solidariedade entre os povos (FERNANDES, 2017, p. 410-412).

Importante ressaltar que a dignidade da pessoa humana, como valor supremo fundamental, ao se relacionar com os demais direitos fundamentais resguardados pelo ordenamento jurídico, convergindo para a consubstanciação da personalidade, apresenta dimensões objetiva e subjetiva, vertical e horizontal.

Com relação às dimensões vertical e horizontal, a dignidade da pessoa humana incide tanto nas relações entre indivíduo e Estado (vertical), quanto nas relações privadas (horizontal). Nestas, embora prevaleça a ideia de que os indivíduos são livres para agir de acordo com suas vontades, sendo, portanto, questionada a intervenção do Estado na relação entre particulares, ainda mais quando na ausência de regulação legal, deve o Estado sim interferir nas situações em que se verificar a violação da dignidade da pessoa humana.

Quanto às dimensões objetiva e subjetiva, aquela atribui à dignidade carga axiológica, o que acarreta em dois resultados: concebe um dever geral de proteção pelo Estado, isto é, o Estado atua, em certos casos, independentemente da vontade do indivíduo para a proteção da dignidade, uma vez que, como valor fundamental, é indisponível ao Estado, e também é utilizada como parâmetro de interpretação, irradiando-se sobre todo o ordenamento jurídico. Já a dimensão subjetiva se caracteriza como o direito do indivíduo de exigir um fazer ou um não fazer de outra pessoa ou do próprio Estado, ou seja, trata-se de uma faculdade do indivíduo em exercê-la.

Dworkin, ao abordar o tema sobre a dignidade do ser humano, conclui que ela tem como finalidade estabelecer uma harmonização entre os princípios da liberdade e da igualdade, o que o leva a afirmar existirem duas dimensões de dignidade. Uma primeira, que parte do reconhecimento de que cada propósito de vida particular é significativo; e uma segunda, de que deve se assegurar proteção à autonomia do indivíduo quando da busca pela concretização desse propósito por ele estabelecido. Conseqüentemente, a dignidade da pessoa humana está intrinsecamente relacionada às liberdades individuais que permitem o agir, servindo como verdadeira pedra angular de todo o sistema jurídico (FERNANDES, 2017).

Como valor fundamental, a dignidade da pessoa humana pressupõe tanto a declaração de existência quanto a proteção dos demais direitos fundamentais, mesmo aqueles que não possuem como fundamento a própria dignidade. A justificativa é que a negação desses direitos aos indivíduos, em última análise, poderia significar o desconhecimento da própria dignidade.

Importante destacar que não basta a mera constatação no ordenamento jurídico desses direitos fundamentais, eis que se torna indispensável, para a garantia da dignidade, a proteção adequada aos direitos fundamentais, garantindo-se aos indivíduos o ambiente apropriado para seu exercício. Entre tais direitos se inclui o de participação do indivíduo na formação da vontade geral do corpo social e o da proteção à identidade pessoal – aqui entendida como soberania do indivíduo na formação e exercício de sua psique, no direito ao nome, bem como à sua imagem. Esses atributos estão intimamente relacionados à dignidade da pessoa humana, demonstrando-se, assim, sua conexão com os direitos da personalidade.

O direito à igualdade, já analisado anteriormente nesta dissertação, também se encontra relacionado ao princípio da dignidade, em ambas as dimensões, ou seja, igualdade formal ou material. Na igualdade formal, como pressuposto geral da igualdade, ao se estabelecer que todos os indivíduos são iguais em dignidade e direitos, vedando-se, dessa forma, tratamentos discriminatórios ou arbitrários pelo Estado. E na igualdade material, ao se buscar uma real equivalência de acesso aos bens da vida pelos indivíduos, assegurando-se, dessa maneira, a um

exercício igualitário da dignidade. Para tanto, exige-se uma efetiva participação do Estado em busca de se repelir todo e qualquer obstáculo que impeça os indivíduos de usufruírem da dignidade.

Portanto, em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, que pode ser tido como o epicentro de todo o ordenamento jurídico, o núcleo do qual irradiam os princípios e regras, há enorme dificuldade em apresentar um conceito uno, exatamente por possuir ele natureza multidimensional, tratando-se, portanto, de um conceito aberto que engloba tanto sua perspectiva ontológica, quanto a instrumental (defensiva e prestacional). No entanto, com o intuito de não deixar tal princípio ausente de conceito, Sarlet propõe a definição de dignidade da pessoa humana como:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida. (SARLET, 2012a, p. 73).

Dessa forma, pode-se concluir que, para a existência da democracia, é imprescindível o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais; além disso, é na democracia que se encontra a possibilidade de se alcançar a pacificação social. E esta somente será possível quando as minorias, incluídos os transexuais, tiverem garantido pelo Estado o exercício dos direitos fundamentais, assegurados a todos, sem que haja qualquer discriminação negativa que possa limitar o exercício da autodeterminação do grupo. Demonstra-se, portanto, a correlação entre democracia, direitos fundamentais e proteção a grupos minoritários (BOBBIO, 2004).

### **3.4 Os direitos fundamentais pelo controle do Estado**

Desde o Direito Romano, é possível encontrar a separação entre os ramos do direito público e do direito privado, em que o primeiro se referia à pólis e o segundo às relações entre particulares. Essa separação, conforme ensina Arendt (2015), manifesta-se de forma bem característica.

A esfera privada abrange o campo da necessidade, isto é, comunica-se com o processo biológico do corpo humano na busca pela preservação da vida, pela sobrevivência da espécie, que se dá por meio do que ela denomina como trabalho. Quando exerce essa atividade do trabalho, o ser humano é caracterizado como *animal laborans*. Detém ele como espaço próprio

o domínio do lar e relações entre seus familiares, formada a partir de laços patriarcais, em que o *pater familias* exerce uma relação de poder sobre os demais membros. Era esse cenário que refletia a esfera privada, espaço em que não existia liberdade, eis que o ser humano se encontrava subordinado à necessidade de conservação da vida.

Escapar do domínio do lar e alcançar a esfera pública não era um direito assegurado ao indivíduo, mas tão somente àqueles que possuíam a qualidade de cidadãos. Estes, sim, eram capacitados a exercer suas atividades no espaço da cidade, exterior aos próprios lares, local onde se encontravam em igualdade com os demais cidadãos. Quando inseridos nesse espaço, era-lhes possível *agir*, entendida, por Arendt (2015, p. 9), como “atividade que ocorre diretamente entre os homens, sem a mediação das coisas ou da matéria”. Tal condição, para a autora, era a circunstância da própria pluralidade e, como consequência, era condição da vida política como um todo, ou seja, era o pressuposto que conferia liberdade ao indivíduo. Dessa forma, era essa vida política que concebia o espaço público, era esse o local em que os homens livres se encontravam para decidir os rumos do Estado; enquanto o âmbito privado era o reino das necessidades desses mesmos seres (ARENDR, 2015).

Essa diferenciação entre as esferas pública (da ação) e privada (da necessidade), gradativamente, em decorrência das teorias políticas, foi perdendo significação.

Para Ferraz Junior (2011), sob uma perspectiva de pensamento similar à de Arendt, o conceito de ação foi associado a um processo utilizado como meio para se alcançar determinados fins, o que caracteriza a hegemonia daquilo que recebe de Arendt a alcunha de *homo faber*. Seria o *homo faber* o responsável pela fabricação, pela obra, diferenciando-se do trabalho, pois, enquanto este último tem como característica sua destruição, seu consumo, a obra é entendida como um instrumento não consumível, que, considerado em sua totalidade, representa o artifício humano.

Embora a obra seja sujeita à destruição, esta não se dá em decorrência do consumo, mas de forma acidental, em razão de seu uso. A fabricação se traduz em reificação, isto é, no processo de fabricação há utilização da violência contra a natureza, eis que toda obra humana se dá a partir da matéria presente na natureza, em que primeiro se dá a destruição e, após, inserindo-se o artífice humano, obtém-se a obra.

Logo, é explícito que, para a consecução de determinado fim, o *homo faber* vale-se da devastação, servindo-se da natureza como utilidade. Ao ser transportado para o mundo político, esse indivíduo que se caracteriza pela fabricação também se utiliza da violência como meio para alcançar certo fim, que, na política, representa a dominação dos demais indivíduos.

Ocorre uma assemelhação entre mercado de consumo – inerente à necessidade – e política, em que o agente atribui valor a “bens sociais”, como, por exemplo, saúde, segurança e paz, a serem obtidos a partir de determinado preço, *in casu*, do poder de decisão, da soberania. Ou seja, o *homo faber* serve-se de todos os bens, materiais e imateriais, como instrumento para alcançar a subordinação dos demais indivíduos que compõem determinado espaço, privando-os da participação no espaço público, do poder de transformação da realidade social (ARENDR, 2015).

Para alcançar determinado fim, em primeiro momento, o indivíduo teve de lançar mão de um instrumento de organização da sociedade que se encontrasse em uma relação de superioridade, que detivesse o poder de coerção, de punição do indivíduo caso contrariasse algum dos preceitos que regessem essa forma de conformação, isto é, do Estado. Pois:

[...] a homogeneidade da esfera pública só pode ser garantida, então, como um conjunto – a sociedade – que se opõe a outro conjunto de um só elemento – o indivíduo – que caracterizará a esfera privada. Como, porém, a esfera privada também é social, a diferença entre ambas exigirá um elemento caracterizador novo, capaz de conformar o que é público e o que é privado. Esse elemento novo é um artifício, um ente artificial, como os produtos do trabalho, do fazer humano: o Estado. Nesse sentido, Hobbes irá nos falar do Estado-Leviatã, como um corpo artificial que encarna o social e possibilita a convivência dos indivíduos. Juridicamente, o Estado, um verdadeiro organismo (burocrático) de funções, um ente abstrato, produto do agir político transformado em fazer, guarda perante os indivíduos uma relação de comando supremo: soberania. O direito, explicado pela soberania, torna-se comando, relação de autoridade no sentido de *poder*. A distinção entre o poder soberano e sua esfera e o poder dos indivíduos em suas relações marca, assim, a distinção entre a esfera pública e a privada e, por conseguinte, entre direito público e privado. (FERRAZ JUNIOR, 2011, p. 107-108).

Em *Raízes do Brasil*, Holanda (2014) desenvolve o conceito do homem cordial. Para o autor, inexistiu, na formação histórica do Brasil, um período feudal. E, ante a ausência da transição de um período medieval para uma sociedade capitalista, por ter se tratado de uma colônia império, com a concentração de poderes e riquezas nas mãos da Coroa, impôs-se a construção de uma sociedade autoritária, de base patriarcal. Esta, herdada da cultura portuguesa, tem como característica precípua a concentração de poderes no chefe de família.

Essa cultura penetrou de forma tão incisiva na sociedade brasileira que, com o surgimento das grandes cidades, perseguiu os indivíduos até mesmo fora do âmbito doméstico. Isso impossibilitou a construção de um espaço público propriamente dito, em que prevalecesse o interesse coletivo em detrimento do pessoal. Ou seja, não houve uma ruptura precisa entre as esferas pública e privada. Tanto o é que, ainda nos dias de hoje, é claramente perceptível um modelo de sociedade com fortes laços tradicionais, em que as relações familiares se sobrepõem à vida em um Estado Republicano.

Esse predomínio da vontade particular sobre a pública, tratado por Holanda (2014), tem suas origens na família patriarcal, modelo de família formado à época da colonização, em que há concentração de poder nas mãos do *pater familias*, o "chefe do clã". Foi no âmbito da vida doméstica que se pôde observar o poder "quase ilimitado" do patriarca, o qual buscava a desvinculação de qualquer interferência externa em busca de uma formação sólida de seu núcleo familiar.

Dessa forma, a fim de se estender os domínios privados, desenvolveu-se um espaço que transpôs os laços familiares do âmbito familiar para o espaço público, favorecendo a prevalência da vida doméstica (interesses particulares) em detrimento da vida em sociedade (interesses públicos). “Percebe-se, portanto, uma invasão do público pelo privado, do Estado pela família” (HOLANDA, 2014, p. 97).

Cardoso (2013) elucida que o uso da expressão “homem cordial” não significa que o homem seja bom, não violento, mas que é, em razão da vida afetiva cultivada no círculo familiar, quando experimentado na vida social, também regido pela emoção, utilizando-se menos a razão do que a paixão.

Essa frequente mobilidade entre razão e emoção, faculdades inerentes ao ser humano, importada dos países ibéricos ao tempo da colonização, resulta em consequências também no campo político, pois frustra-se a busca por uma racionalidade da ordem social. Percebe-se, então, que “a falta de coesão em nossa vida social não representa, assim, um fenômeno moderno” (HOLANDA, 2014, p. 38).

Holanda esclarece que, em uma sociedade como a nossa, de origem patriarcal, os vínculos de cooperação entre as pessoas foram decisivos, eis que, por ser precária, a ordem social tornou-se “um todo incoerente e amorfo”. Da estagnação dos sistemas de ordem racionalizados foi-se em direção oposta, a uma organização política devidamente estruturada (HOLANDA, 2014, p. 71).

Numa sociedade patrimonialista, em que o espaço público é apropriado pelo indivíduo, pautado pela busca da obtenção de vantagens exclusivamente particulares, o importante é o quanto se pode apropriar da esfera pública para a satisfação de desejos egoístas. Explica-se, dessa forma, a origem autoritária da sociedade.

Assim defende Chauí (1986), uma vez que na sociedade brasileira, até os dias atuais, não se conseguiu dissociar as esferas pública e privada, inexistindo, portanto, um espaço em que o indivíduo possa exercer sua cidadania. Nesse contexto, o indivíduo torna-se submisso a um sistema cujas relações sociais se pautam pelo favor e pela tutela, jamais pelo direito.

Desse modo, o “mundo da rua” nunca chegou a ser constituído como público, mas como o “mundo da casa” da classe dominante, já que o espaço público é ditado conforme as exigências que este impõe, o qual sujeita as relações sociais a uma concessão imposta de forma autoritária (CHAUÍ, 1986).

Portanto, tendo em vista que a distinção entre as esferas pública e privada não se apresenta de maneira clara, compondo um todo amorfo, não seria diferente quando transposta ao âmbito do direito, quando da distinção entre direito público e direito privado.

Assim ensina Ferraz Junior (2011), que afirma, ainda, que tal distinção possui apenas um raciocínio para diferenciar as normas jurídicas em dois grupos, mas que, em decorrência de princípios que se amoldam em ambos os setores, não é possível uma separação nítida entre as normas de direito público e direito privado.

Para o autor, em um primeiro momento, utilizou-se da “teoria do sujeito” para proceder à distinção, valendo-se do critério do destinatário da norma. De um lado, o ramo do direito privado representava as normas que se direcionavam aos particulares, de outro, o direito público representava as normas que tinham como destinatário o Estado. Entretanto tal distinção apresenta incorreções, pois, em determinados casos, normas que se aplicam ao Estado são regidas pelo direito privado, encontrando-se este em condições de igualdade com o particular, como ocorre nos contratos de locação firmados entre as partes, por exemplo. (FERRAZ JUNIOR, 2011).

Posteriormente, e com repercussões até o século XX, surgiu a “teoria do interesse”, que levava em consideração para a distinção das normas o interesse propriamente dito. Isto é, há um discernimento entre os interesses particulares, próprios do indivíduo, regidos pela vontade, que seriam as normas do direito privado, e as normas que representam como interesse a vontade coletiva, típica das repúblicas democráticas, personificadas por meio do Estado, que se amoldariam ao direito público (FERRAZ JUNIOR, 2011).

Por fim, há que se abordar a “teoria da relação de dominação”, em que o *jus imperii* estatal se manifesta nas relações de direito público, submetendo o particular ao princípio da soberania do interesse público. Nessa relação, há a presença do monopólio do uso da força pelo ente estatal e, conseqüentemente, do exercício do poder de polícia, eis que o Estado detém o poder de restringir condutas e direitos individuais em prol do interesse da coletividade. Já nas relações entre particulares, não há prevalência de interesse de um sobre o outro, mas sim a presença de uma paridade na consideração dos interesses. Portanto, nas relações privadas, impera o princípio da autonomia privada, permitindo-se ao particular fazer tudo aquilo que a



lei não lhe proíbe, isto é, o comportamento do indivíduo está adstrito à legalidade em sentido negativo (FERRAZ JUNIOR, 2011).

Quando se discute o tema das normas de direitos fundamentais, como o princípio da legalidade, deve-se realizar uma distinção elementar. Sob a perspectiva da teoria dos direitos fundamentais desenvolvida por Alexy, os direitos fundamentais, quanto à sua estrutura, podem ser diferenciados valorativamente entre duas espécies normativas: ou regras ou princípios. E, uma vez que um direito subjetivo é assegurado por uma norma fundamental, é outorgado a ele um princípio condizente. Contudo, dada a peculiaridade abstrata dos direitos humanos fundamentais, ocasionalmente, haverá colisão entre eles. Dessa forma, é imperioso que exista um critério de resolução e, uma vez que não detenham condição de regra, deve-se encontrar um modo de resolução que se emprega ao grau dos princípios. (ALEXY, 2011).

Portanto Alexy (2011) elabora um método de distinção entre regras e princípios em que as primeiras são normas que ou são cumpridas na exata medida de suas prescrições, ou não o são, por isso se diz serem as regras razões definitivas. Pois, se for válida, a regra deve ser executada de acordo com sua determinação, submetendo-se à lógica do “ou tudo ou nada”. Por essa razão é que, caso seja verificada a colisão entre regras, uma deve ceder em favor da outra e ser considerada inválida, devendo ser extirpada do sistema jurídico.

Por outro lado, os princípios são normas de otimização, isto é, eles devem ser implementados na maior medida do possível, atendidas as possibilidades fáticas e jurídicas presentes. Portanto, os princípios não detêm uma prescrição definitiva, mas um mandamento *prima facie*, eis que podem ser efetivados em diferentes níveis, pois, além das oportunidades fáticas, as oportunidades jurídicas podem balizá-los em seu campo de aplicação quando ocorrerem colisões entre os princípios compreendidos no caso concreto.

Importante ressaltar que, para Alexy, os princípios relacionados aos direitos fundamentais não se aplicam exclusivamente nas relações verticais entre Estado e cidadãos, mas envolvem os demais ramos do Direito, ou seja, espraiam-se sobre o sistema jurídico considerado em seu todo. Essa temática acerca da difusão se apresenta com tamanha robustez para Alexy, que “a falta de caráter jurídico das normas fundamentais de conteúdo de um sistema jurídico acarreta a falta de caráter jurídico de todas as normas típicas do sistema” (ALEXY, 2009, p. 78).

Entretanto, ocorrendo colisão entre princípios *in casu*, não se afirma pela nulidade de determinado princípio em detrimento do outro. Na prática, deve-se efetuar uma ponderação entre os princípios que se apresentam em conflito e, no caso em concreto, ser reconhecida a preferência de um sobre o outro, eis que hão de ostentar *pesos* diversos.

Para Alexy, é imperiosa a utilização de tal método de solução de conflitos, pois um raciocínio que assimilasse as relações, em sua amplitude, entre os princípios e suas soluções efetivas correspondentes é impraticável sob uma perspectiva fática, e sob determinada concepção abandonar-se-ia a natureza principiológica das normas, limitando-as a um ordenamento composto exclusivamente por regras, em que se empregariam na realidade social sob a figura da subsunção (ALEXY, 2014).

Realizada essa breve explanação, retoma-se, por ora, a questão acerca da distinção entre os ramos de direito público e privado. Tendo em vista que existem princípios que integram uma área de convergência entre tais ramos do Direito, como o princípio da igualdade, por exemplo, torna-se difícil a tarefa da doutrina de apresentar uma distinção nítida entre tais ramos. Entretanto a busca de tal diferenciação se dá em razão da necessidade de se apresentar uma ordenação coerente, de modo a se garantir segurança ao sistema.

A preocupação em distinguir direito público e privado e, subsequentemente, tentar classificar dentro deles os diferentes ramos dogmáticos tem uma finalidade prática importante para a decidibilidade de conflitos com um mínimo de perturbação social. É preciso reconhecer ou ter critérios de reconhecimento da *facti species* normativa, das hipóteses de incidência *dentro de um quadro teórico definido*. Assim, é necessário dizer se os comportamentos normados são de direito público ou privado [...] (FERRAZ JUNIOR, 2011, p. 112).

Essa distinção se mostrou aperfeiçoada na modernidade, sendo que, para a recente doutrina, o ramo público apresenta um conceito por exclusão, isto é, público é tudo aquilo que não for privado. Essa visão teve propulsão em decorrência da defesa do Estado Liberal, Estado em que se assegura maior autonomia privada. Entretanto, como ensina Ferraz Junior (2011, p. 114), “[em] todo sistema jurídico bem desenvolvido tem de existir uma organização da autoridade pública”. Logo, nas democracias modernas, é perceptível a separação entre três categorias do direito público, isto é, as competências respectivas aos três Poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário. No ordenamento pátrio, há prevalência das normas constitucionais sobre todas as demais, servindo, inclusive, como parâmetro de interpretação, irradiando-se sobre todas as demais; por isso apresentam, em regra, natureza jurídica de direito público.

Em especial, as normas que prescrevem direitos fundamentais apresentam característica cogente, além de, como previsto no art. 5º, § 1º, da CR/88, aplicação imediata (BRASIL, 1988). Desse modo, auferir se determinada norma é de direito privado ou de direito público torna-se tarefa indispensável para precisar seus efeitos e, em caso concreto, apontar, em eventual colisão dos princípios que operam, qual deve prevalecer em detrimento do outro, caso em que este sofrerá uma restrição, a fim de se alcançar uma decisão correta.

Com o objetivo de se delimitar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, ou seja, apresentar restrições à sua aplicação, pode-se, inicialmente, conforme leciona Canotilho (2003, p. 450-451), distinguir entre três campos em que é possível realizar restrições a direitos: as feitas pela própria Constituição (“restrições constitucionais diretas”); as que, autorizadas pela Constituição, são realizadas por meio da lei (“reserva de lei restritiva”); e aquelas em que, embora não haja autorização expressa constitucional, são feitas pela lei (“restrições não expressamente autorizadas pela Constituição”).

Em relação aos limites aos direitos fundamentais, embora eles não apresentem qualquer restrição na Constituição ou outra lei, não podem ser considerados direitos absolutos, eis que encontram limites que decorrem da sistemática constitucional, como, em exemplo citado pelo autor, na limitação ao direito de manifestação: desde que de forma pacífica.

Em determinados casos, em razão de não apresentarem restrições pela lei, alguns direitos sofrem “intervenções restritivas” por aqueles que não são legisladores, como os magistrados, que se manifestam nas decisões judiciais, por exemplo, impondo contenção a determinados direitos fundamentais.

Ao se debruçar sobre a matéria dos requisitos que as leis restritivas devem cumprir, Canotilho (2003, p. 451) elenca uma série de “restrições às restrições ou de limites dos limites”. Para ele, uma vez que determinada lei estabelecer uma restrição, deve-se verificar se se trata de uma lei constitucional, tanto em seu aspecto formal quanto material; se essa mesma lei possui autorização constitucional para impor limites ao determinado direito; se essa lei obedece ao princípio da proibição do excesso, isto é, se as restrições impostas são de fato indispensáveis para se preservar outros direitos fundamentais também previstos na Constituição; e se essa lei institui restrições ao núcleo essencial desses direitos fundamentais. O último requisito decorre dos próprios limites ao poder reformador de alterar a Constituição elaborada pelo poder constituinte originário.

Dessa forma, segundo Canotilho (2003), o legislador não tem autonomia para impor limites aos direitos fundamentais, devendo, por sua vez, observar as reservas legais que admitem restrições e se encontram previstas na Constituição. Pois:

[...] esta autorização de restrição expressa tem como objectivo obrigar o legislador a procurar sempre nas normas constitucionais o *fundamento concreto* para o exercício da sua competência de restrição de direitos, liberdades e garantias visa criar *segurança jurídica* nos cidadãos, que poderão contar com a inexistência de medidas restritivas de direitos fora dos casos expressamente considerados pelas normas constitucionais como sujeitos a reserva de lei restritiva. (CANOTILHO, 2003, p. 452).

Para o autor, essa condição para restrição, constitucionalmente prevista, tem a finalidade de repreender o legislador, conscientizando-o acerca de possíveis restrições a direitos fundamentais. Além disso, quando analisado o princípio da proibição do excesso, também chamado de princípio da proporcionalidade em sentido amplo, verifica-se que, quando autorizada determinada restrição, ela deve atender a três requisitos, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade. A adequação prescreve que a norma restritiva deve ser apta para alcançar os fins planejados pela norma. A necessidade tem como finalidade impedir restrições a direitos não indispensáveis para se proteger o núcleo essencial dos direitos. E a proporcionalidade, aqui entendida em seu sentido restrito, impõe que, ainda que uma norma atenda aos requisitos da adequação e necessidade, poderá mostrar-se inconstitucional quando estabelecer imposições imoderadas em comparação ao resultado que pretenda alcançar. (CANOTILHO, 2003).

O princípio da proibição do excesso, portanto, apresenta-se como um “limite constitucional à liberdade de conformação do legislador” (CANOTILHO, 2003, p. 457). Pois, ainda que possível a restrição de direitos em decorrência de autorização constitucional, ela deve estar em concordância com os demais princípios regentes da Carta Política, entendida como um sistema de normas único, de modo a impedir que outros direitos sejam atingidos em seu âmbito de proteção.

Neste momento, importante fazer referência ao denominado princípio do efeito *cliquet* ou, como amplamente conhecido, princípio da proibição do retrocesso. Tal princípio prescreve que, uma vez alcançados determinados direitos, esses não podem ser abolidos ou, ainda, sofrer restrições em seu núcleo essencial de modo a inviabilizá-los, pois isso acarretaria o retorno a uma situação desvantajosa. Uma vez obtidos certos direitos fundamentais, é sempre possível que seu rol seja ampliado, entretanto os que já foram arduamente conquistados não podem se sujeitar à discricionariedade legislativa. É necessário, portanto, conferir segurança ao povo, proibindo-se retrocessos.

Já a ideia do princípio da proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais é a de que o núcleo, a razão de ser daquele direito, não pode ser violado, ainda quando autorizadas restrições ao direito na própria Constituição, sob pena de inviabilizar seu exercício. Embora, na prática, não seja incomum a ocorrência de conflitos entre direitos fundamentais constitucionais, o âmbito de proteção, conforme ensinam Mendes e Branco (2012), não possui a função exclusiva de identificar o objeto de proteção do direito fundamental, tampouco a função de definir em face de quais ofensas é possível invocar a proteção. Desse modo, não há que confundir o âmbito de proteção de determinado direito com sua proteção no caso concreto.

Esse âmbito de proteção não decorre unicamente da verificação do preceito de forma isolada, mas deve ser considerado a partir de uma interpretação sistêmica da Constituição. Para Mendes e Branco (2012, p. 222), a delimitação do âmbito de proteção demanda o reconhecimento tanto dos bens jurídicos quanto da extensão da proteção – “âmbito de proteção da norma” –, e a constatação de eventuais autorizações de restrição a esse âmbito, previstas de maneira expressa na Constituição – “expressa restrição constitucional”. Pode-se afirmar, portanto, que a tarefa de identificação do âmbito de proteção de determinado direito fundamental não se revela de forma incontroversa, mas demanda um empenho permanente a fim de se alcançar a vontade da Constituição.

Acerca do núcleo essencial dos direitos fundamentais, destacam-se duas teorias: a teoria absoluta e a teoria relativa. Para os defensores daquela, o núcleo essencial apresenta um campo de determinação intangível ao próprio legislador, isto é, não pode sofrer qualquer limitação por parte do Estado, sendo o que estiver fora do limite do próprio limite passível de sofrer ingerências estatais. Já para a teoria relativa, o núcleo essencial do direito se manifesta em cada caso concreto, eis que, para seus adeptos, a norma possui finalidade restritiva devendo-se, para alcançar seu objetivo, utilizar o princípio da proporcionalidade. Somente após realizada a ponderação no caso concreto, o núcleo essencial se apresentaria e, na oportunidade, mostrar-se-ia como impassível de sofrer qualquer restrição, dado seu caráter declaratório. Embora a Constituição não tenha manifestado opção por qualquer uma dessas duas teorias, ou mesmo acerca do próprio núcleo dos direitos fundamentais, não resta dúvida de que implicitamente é possível afirmar sua previsão, em decorrência da própria ideia de Constituição garantista adotada no Brasil (MENDES; BRANCO, 2012).

Portanto, no que se refere à teoria da possibilidade de restrições a direitos fundamentais constitucionais, deve-se atentar não somente para as possibilidades conferidas pela própria Constituição, como também para as hipóteses em que ela se mostra silente e, quando da ocorrência de determinadas restrições, se elas se mostram compatíveis com a Constituição. Recorde-se que as leis restritivas devem salvaguardar o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Ademais, tendo em vista a previsão de um rol de direitos fundamentais que eventualmente apresentarão conflitos entre si, quando verificadas as interações sociais, mostra-se necessário um método para sua solução. Portanto, deve-se observar, sempre, o princípio da proporcionalidade, que servirá para a solução, por meio da ponderação, desses conflitos de interesses legítimos. Dada a dificuldade de se apresentar um conteúdo único, em razão da porosidade interpretativa inerente aos princípios, é imprescindível que a interpretação –

sopesamento – conferida no caso concreto se pautar pelo princípio da dignidade da pessoa humana (GARCIA, 2008).

### 3.5 Direito de personalidade

Por meio do direito de personalidade se exercem e garantem os direitos fundamentais, como os já abordados, liberdade, igualdade e dignidade. Assim é que “os sujeitos dos direitos têm como característica fundamental a personalidade”, conforme expõe Fiuza (2008).

Mas o que seria personalidade? Para a psicologia, embora haja diversos conceitos, personalidade se refere às características únicas e permanentes de um indivíduo, que resultam em seu comportamento. Assim, mesmo que as pessoas se assemelhem em alguns aspectos, a personalidade sempre será única (FEIST; FEIST; ROBERTS, 2015).

Ainda no campo da psicologia, existe uma teoria, denominada teoria da personalidade, que estuda a natureza da humanidade em relação a seu comportamento. Um dos parâmetros dessa teoria se baseia na influência biológica *versus* influências sociais na personalidade, no sentido de que a personalidade seria biológica ou moldada pela sociedade. Outro parâmetro aborda a questão da singularidade *versus* semelhança, em que se discute se a personalidade deveria ser estudada nos traços semelhantes das pessoas ou naqueles que as diferenciam, ou seja, as características marcantes da personalidade de uma pessoa seriam formadas por sua singularidade ou generalidade. (FEIST; FEIST; ROBERTS, 2015).

Adentrando na esfera jurídica, entende-se a personalidade de duas formas distintas, a primeira, subjetiva, como característica atribuída às pessoas físicas e jurídicas, visto serem capazes e, por isso, detentoras de direitos e deveres. A segunda, objetiva, que compreende ser a personalidade um valor, que se inicia no momento do nascimento, além de ser base de todo o ordenamento jurídico. Segundo a definição de Bittar:

Consideram-se da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, o segredo, o respeito, a honra, a intelectualidade e outros tantos. (BITTAR, 2015, p. 29).

Entende-se a personalidade, então, como todas as características do ser humano, que o determinam como pessoa, bem como sua autodeterminação física, psíquica e moral, que merecem proteção pelo Estado para que um indivíduo se apresente perante a sociedade.

Surgindo na segunda metade do século XIX, com a evolução social proveniente da Revolução Industrial e tomando força irreversível no século XX, as primeiras menções ao

direito de personalidade definiam alguns direitos intrínsecos ao ser humano, reconhecidos pelo Estado. Eram direitos imprescindíveis à vida, e sem eles os demais direitos subjetivos não teriam validade para o indivíduo (SCHREIBER, 2013).

Nesse sentido, o direito de personalidade é caracterizado como genérico, por ser outorgado a todos; extrapatrimonial por não possuir caráter econômico; absoluto, por ter cumprimento obrigatório de toda a sociedade; inalienável, visto não poder ser transferido, mas podendo ser disponível, como nos casos do direito ao corpo e à imagem, por exemplo; irrenunciável, por não poder dele renunciar, mas podendo tê-lo limitado pelo Estado; imprescritível, uma vez que existe enquanto a pessoa viver, mas ressaltando o exposto no parágrafo único do art. 12 do Código Civil, quando dispõe que, “Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau”; intransmissível, por não ser objeto de herança; necessário, considerando que, pela lei, todo ser humano o detém; preeminente, por ser superior a qualquer direito subjetivo, podendo haver algumas ressalvas, como é o caso de limitar a liberdade de alguém que comete um ato ilícito, por exemplo (FIUZA, 2008).

Ademais, o direito de personalidade é um direito natural, e não positivo, uma vez ser inato ao ser humano, sendo apenas reconhecido e positivado pelo Estado (BITTAR, 2015).

Partindo dessas premissas, o direito de personalidade é o conjunto da vida, dignidade, nome, corpo, psicológico e demais fatores que compõem o ser humano e merecem proteção, a fim de zelar pela integridade física e moral de cada pessoa.

Ressalta-se que, caso haja colisão entre esses direitos, há de se aplicar a ponderação, tendo em vista que nenhum deles deve sobressair sobre o outro. Assim é que art. 11 do enunciado 274 da IV Jornada de Direito Civil do STJ expõe:

Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2006, p. 1-2).

A CR/88, alicerce de todo o ordenamento jurídico, em seu art. 1º, estabelece a dignidade como fundamento da República:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana [...] (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, todos os outros direitos e normas jurídicas devem ser norteados pelo princípio da dignidade, uma vez ser este responsável pela proteção da condição existencial humana, em seus mais abrangentes e específicos aspectos, conforme dispõe a CR/88. O direito de personalidade também é abordado no capítulo 2 do Código Civil de 2002, em seus arts. 11 a 21, que visam proteger os aspectos privados essenciais da pessoa humana, além de reafirmarem a proteção da dignidade, regulando o direito ao nome, honra, imagem, privacidade e ao próprio corpo.

Contudo, embora o Código Civil de 2002 tenha exaltado apenas cinco direitos de personalidade, sem mencionar a existência de outros, essa omissão não impossibilita a tutela jurídica de demais manifestações da personalidade. Assim, no que diz respeito à integridade psíquica e liberdade de expressão, seja ela referente à sexualidade ou não, o direito de personalidade também merece proteção jurídica.

Nesse sentido, faz-se necessário adentrar na temática do transexual, por meio de um paralelo com o direito de personalidade previsto no Código Civil de 2002.

Os arts. 13 e 15 do CC/02 dispõem que:

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica. (BRASIL, 2002).

O corpo humano deve atender às realizações pessoais, sem intervenção estatal. Nessa esfera é utilizada a expressão “direito ao próprio corpo”, em que o indivíduo é quem determina as circunstâncias e necessidades de “dispor” de seu corpo, no todo ou em partes, sem que essa vontade seja incentivada ou determinada por terceiros ou pelo Estado.

Nesse sentido, o art. 13 prevê a proteção da pessoa, inclusive sobre os próprios atos, no sentido em que ninguém pode dispor de seu direito de liberdade, nem mesmo sobre seu corpo, caso isso venha a limitar seu direito de personalidade ou contrariar os bons costumes. Contudo, o presente trabalho analisa dois pontos relativos a esse artigo: o primeiro, relacionado aos bons costumes, o segundo, à exigência médica.

Conforme abordado no tópico 2.1, a sociedade determina a norma binária, homem e mulher, bem como a forma como cada indivíduo tem de se portar, obedecendo ao seu sexo biológico e legal, sendo considerado anormal ou errado o que fugir dessa regra. O transexual, no entanto, não se adequa a essa norma social. Ele tem seu sexo biológico diverso de seu psicológico e, por isso, se porta de maneira oposta à imposta socialmente. Ademais, o transexual



pode buscar por tratamentos hormonais, a fim de alterar a sua forma corporal, sem que isso seja considerado disposição do próprio corpo, mas apenas adequação no todo ou em partes ao sexo psicológico, valendo-se de seu direito de personalidade. Nesse sentido, estaria o transexual contrariando os bons costumes? E seriam os bons costumes capazes de influenciar na busca à felicidade, na aplicabilidade dos direitos fundamentais e no direito de personalidade?

Em relação à exigência médica, o art. 13 “eleva a recomendação clínica a um patamar superior a qualquer avaliação ética ou jurídica” (SCHREIBER, 2013, p. 34). Ademais, conforme exposto pelo art. 15 do CC/02, “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica” (BRASIL, 2002).

Conforme já exposto no tópico 3.1 do presente trabalho, no que tange ao art. 15 do CC/02, ao transexual e a qualquer outro indivíduo é assegurado o direito fundamental da liberdade, inclusive sobre os procedimentos realizados em seu corpo. Adentrando na cirurgia de transgenitalização, ainda obrigatória para que se tenha o gênero retificado no registro civil, ela altera a funcionalidade do órgão genital, podendo colocá-lo em risco e comprometer seu funcionamento, além de interferir na integridade física e psíquica do indivíduo. Por isso a cirurgia de transgenitalização, acordada com o direito fundamental da liberdade, deve ser realizada apenas após a manifestação de vontade do transexual, sem imposição médica ou estatal, e sem que ele seja constrangido a submeter-se a ela, com a finalidade de ter seu registro alterado.

Nesse sentido, a obrigatoriedade da cirurgia para que se tenha o registro alterado é uma invasão do Estado na liberdade individual, tendo em vista que a função estatal é promover o bem-estar, a dignidade, fazer valer o direito de personalidade, e não adentrar no íntimo do indivíduo. Assim é que princípio da liberdade tem como base a intimidade e a privacidade, sendo a intervenção estatal aceita, apenas, em casos excepcionais.

Já os arts. 16 e 19 do CC/02 dispõem que:

Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome. (BRASIL, 2002).

Esses artigos, especificamente, tratam sobre um dos direitos da personalidade, que é de ter um nome, e que corresponde, também, à dignidade. O nome é o que identifica cada pessoa e, composto por prenome e patronímico, não pode expor a pessoa ao ridículo, não pode difamá-la, para que não haja lesão à dignidade. Nesse sentido, entende-se que o nome do transexual deve ser alterado para melhor identificá-lo perante a sociedade e espelhar sua identidade de

gênero, conforme também prevê a Lei nº 6.015/73, de Registros Públicos, que dispõe em seu art. 57 sobre a possibilidade de alteração do nome, desde que motivada (BRASIL, 1973).

Nessa ótica, o art. 16 do CC/02 e o art. 57 da Lei de Registros Públicos exaltam que o nome está na esfera de autodeterminação pessoal, pois, mesmo sendo necessário tê-lo, para se identificar perante a sociedade, é facultativo modificá-lo para melhor se adequar à sua identidade de gênero e personalidade.

Ademais, sobre o pseudônimo mencionado no art. 19 do CC/02, ele pode ser utilizado pelo transexual como um nome social perante a sociedade, mesmo sem alteração em registro. Ressalta-se, também, que esse pseudônimo tem proteção jurídica e pode ser usado no meio profissional, administrativo, entre outros, conforme se observa no tópico 4.1 do presente trabalho.

Ainda no capítulo II do CC/02, no que tange ao direito de personalidade, o art. 21 estabelece que: “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma” (BRASIL, 2002). Esse artigo ratifica o exposto no art. 5º, X, da CR/88, que estabelece serem “[...] invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, os artigos mencionados visam proteger a dignidade da pessoa humana no que tange ao respeito à orientação e diversidade sexual, autodeterminação e reconhecimento da personalidade de acordo com sua identidade de gênero, mesmo em um cenário de padronização das relações sociais em que o ser humano não é contemplado em suas particularidades. Assim, o direito de personalidade preserva a identidade pessoal do indivíduo, resguardando os aspectos que o representam em sua singularidade, como ideologia, identidade de gênero, etnia, intelectual orientação sexual e assim por diante. Expõe Schreiber que:

[...] a identidade pessoal não pode ser vista simplesmente como fundamento de demandas indenizatórias. Deve ser tomada como diretriz de políticas públicas e iniciativas sociais, pois a plena realização da dignidade humana só alcança aquele que tem consciência da sua identidade. Não à toa, tem-se repetido que o indivíduo não tem identidade: ele é identidade, no sentido de que sua inserção no mundo social somente se realiza a partir da compreensão da sua própria singularidade. (SCHREIBER, 2013, p. 216-217).

De acordo com Schreiber (2013), a identidade pessoal do indivíduo, protegida pelo direito de personalidade, deveria ser a base do direito público e privado, bem como das ações sociais, uma vez que, garantindo-se o direito à identidade pessoal, são praticados os direitos fundamentais expressos pela CR/88. O direito de personalidade, então, é um complexo de

direitos fundamentais que visa proteger o indivíduo, transexual ou não, de qualquer situação degradante, bem como garantir condições mínimas existenciais.

Não basta aplicar o direito de maneira uniforme, mas sim observando o caso concreto para que a norma jurídica desempenhe o papel de superação discriminatória, bem como desenvolva uma conscientização social em relação ao direito individual de autodeterminação. Assim, ao reconhecer os direitos fundamentais do transexual, além de lhe assegurar o direito à personalidade, dá-se relevante passo para a renovação de costumes sociais, principalmente no que tange ao presente tema: a identidade de gênero de cada indivíduo.

### **3.6 O papel do Estado na garantia dos direitos da personalidade**

Há premente necessidade de se garantir aos grupos minoritários, em específico aos transexuais, tema do presente trabalho, o exercício dos direitos fundamentais em condições de igualdade com os demais indivíduos. Tal garantia relaciona-se diretamente com os fundamentos do Estado democrático brasileiro e tem o condão de exprimir um regime pluralista que se pauta pela busca do bem comum.

A temática da transexualidade é relativamente recente, e os debates firmados demonstram a imprescindibilidade de uma intervenção estatal nas relações tanto entre o grupo e o próprio Estado, quanto entre aquele e os que lhe são vistos como diferentes do preestabelecido pela sociedade. Tais debates circundam, atualmente, a importância de se garantir aos transexuais, principalmente, o respeito aos princípios da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana, tratados anteriormente, de tal modo a lhes assegurarem o direito à autodeterminação e à autoafirmação. Tal garantia cria o potencial de se alcançar a unidade do povo e, como consequência, a pacificação social.

A pacificação social pode ser vista como o fim último a ser atingido pela república e, de modo indissociável, também pela democracia. Embora a democracia se pautue pela vontade da maioria, não se pode subjugar a minoria, sob o risco de se desenvolver uma tirania daquela. Caso isso ocorresse, se desvirtuaria o próprio instituto da democracia e, conseqüentemente, se abriria espaço para a discriminação das minorias, como os transexuais.

Atualmente, ao tratar sobre a democracia, é inevitável tratar, também, sobre a república, eis que ambos os conceitos estão imbricados. A forma republicana, vista por muitos como a ideal, tornou-se, conforme o pensamento de Montesquieu, impossível na modernidade. Pois, para o autor, a república tem, como requisito indispensável, a virtude, entendida como um

estado de abnegação em que o indivíduo renunciaria à satisfação de interesses pessoais em busca de se alcançar um bem maior, um bem comum (RIBEIRO, 2008).

O conceito de república remonta à Roma Antiga, e seu significado advém das palavras *res publica*, ou seja, coisa pública. Logo, o poder na república deve atentar para a busca da satisfação do bem comum, do interesse coletivo. Importa destacar, por ora, a distinção entre “vontade geral” e “vontade de todos”, pois, em alguns casos, ainda que uma decisão seja tomada em atenção à vontade de todos, ela pode ser ilegítima, eis que a união das vontades se dá em favor da satisfação de interesses individuais, distanciando-se, assim, do bem comum, ou seja, da vontade geral. Por isso se deve observar não o número de beneficiados de determinada decisão política, mas sim o bem almejado por ela, porque o “bem comum é um bem público, que não se confunde com o bem privado” (RIBEIRO, 2008, p. 18-19).

Ora, se para Montesquieu o princípio que fundamentava a república era a virtude, o sacrifício do interesse particular em atenção ao bem comum, e, por isso, era uma forma de governo impossível, na modernidade esse princípio é substituído pelo “interesse bem compreendido”. A república passa, então, a ser associada ao Estado de Direito, ao respeito às leis, não mais aos arbítrios do governante e, embora não necessariamente uma república seja democrática, para a promoção da coisa pública, é indispensável que o próprio povo a fiscalize e limite. “A república, como coisa pública, só pode adequadamente resultar de eleições. Ela necessita da democracia” (RIBEIRO, 2008, p. 60-66).

O termo democracia tem origem na Grécia Antiga, *demos* (povo) e *kratos* (poder), ou seja, significa o poder do povo. O essencial, no regime democrático moderno, é que os governantes sejam escolhidos pelo povo, e seu governo seja por este controlado. “A democracia é o regime do povo comum, em que todos são iguais.” Naquele período, a democracia era exercida pelo povo, na ágora, de forma direta, diferindo da forma atual porque não contava com eleições. Os cargos públicos ocupados pelo povo eram designados por meio de sorteio, pois, para os gregos, a “eleição cria distinções” e, por conseguinte, escolhem-se os melhores, característica esta da aristocracia; na democracia, por serem todos iguais entre si, todos detêm a possibilidade de exercício de qualquer cargo público (RIBEIRO, 2013, p. 8-9).

Embora, atualmente, o povo não exerça a democracia diretamente, mas por meio de seus representantes, a democracia moderna traz consigo uma importante inovação, os direitos fundamentais, indissociáveis, hoje, das noções de Constituição e Estado de Direito. Apesar de não terem surgido ao mesmo tempo que a democracia moderna, os direitos humanos e liberdades individuais aparecem, previstos em legislações esparsas, ainda durante o século

XVII-XVIII, com o intuito de limitar o poder do soberano, podendo ser tidos como precursores dos direitos fundamentais (RIBEIRO, 2013).

Os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material. Para além disso, estava definitivamente consagrada a íntima vinculação entre as ideias de Constituição, Estado de Direito e direitos fundamentais. (SARLET, 2012a, p. 58).

Por conseguinte, entre as funções dos direitos fundamentais encontra-se a limitação do poder do governante. Conforme leciona Ribeiro (2013), uma decisão não será democrática tão somente por ter sido tomada pelo povo, ainda que pela maioria; é necessário, também, que essa decisão não viole direitos fundamentais, assegurando-se, assim, inclusive, o direito das minorias. Evita-se, dessa forma, a denominada tirania da maioria, pois são garantidos ao indivíduo tanto a liberdade de participação quanto o respeito à sua autonomia.

Quanto à forma da democracia representativa, analisando-se a relação “*representante vs. representado*”, muitos argumentos se insurgem contra esse modelo, considerando que o indivíduo se faz presente nas decisões tomadas pelo representante, eis que o poder é de titularidade do povo, no entanto ele está ausente, pois não o exerce diretamente, mas por meio de um “procurador”.

As críticas a essa relação dirigem-se, por exemplo, ao dever do representante eleito de representar o interesse de todos, inclusive daqueles que não o elegeram, exatamente por não concordarem com suas propostas, pois, se a representação é fazer o indivíduo presente, qual a legitimidade de determinado representante representar alguém que dele discorda? Também dizem respeito ao possível não comprometimento desse representante com suas propostas quando do processo eletivo, ou, ainda, com os indivíduos que não o elegeram, embora sejam os indivíduos iguais em direitos uns aos outros e os votos de todos apresentarem o mesmo valor. A representação, portanto, pode ser vista por alguns como um aspecto negativo da democracia moderna, distanciando-se da democracia ateniense, em que o poder de decisão dos assuntos políticos era exercido diretamente pelo povo.

Consequentemente, o que se espera da democracia moderna, em atenção ao modelo representativo, não é a coincidência na eleição de determinado representante, que estará à frente das decisões de toda a coletividade, por ser ela praticamente impossível, mas a consolidação da sociedade na busca pelo bem comum, apesar das divergências de opiniões entre seus indivíduos (RIBEIRO, 2013).

Hodiernamente, “a representação e os direitos vêm antes da democracia”, e é a partir da afirmação desses direitos que é possível a “pressão popular sobre o poder”. Esse controle pelo indivíduo se dá no espaço público, onde, por meio da ação, ele é capaz de transformar a realidade do mundo, mas desde que em comunhão com o outro, pois não há ação na solitude.

Para Aristóteles, em razão de a democracia ser um regime deformado daquilo que ele denomina *politeia*, em que o poder é exercido em atenção às leis; na democracia, o poder se exerce pelo capricho, por um “desejo desgovernado”. Entretanto é essa democracia, entendida como o regime dos desejos, que é a “matéria-prima dos direitos” (RIBEIRO, 2013, p. 38-45).

Deve-se atentar para tais desejos, pois Rousseau defende que “nada é mais perigoso que a influência dos desejos privados nos negócios públicos e, o abuso das leis, é um mal menor que a corrupção do legislador”. Para ele, se o povo governasse sempre bem, não haveria a necessidade de ser governado, e conclui que “jamais existiu democracia verdadeira e não existirá jamais. É contra a ordem natural que um grande número governe e que um número pequeno seja governado” (ROUSSEAU, 2012, p. 117-118).

Abordando-se os desejos não sob o aspecto individual, mas em consonância com o princípio republicano da busca pelo bem comum, manifestam-se, de modo exponencial, os direitos humanos. Ao se debruçar sobre o estudo dos direitos humanos, percebe-se que eles não são divisíveis quando analisados sob uma perspectiva do Estado Democrático de Direito.

Logo, não é possível, por exemplo, tratar sobre a liberdade sem, também, abordar os mecanismos para o exercício dessa mesma liberdade, eis que não é possível a liberdade política sem, ao mesmo tempo, uma democracia econômica e social. Como ensina Magalhães (1999, p. 152), “as garantias socioeconômicas são meios de que o indivíduo deve dispor em uma sociedade em um determinado momento histórico, para poder ser livre”. Por isso, analisados os direitos fundamentais sob um viés constitucional, pode-se concluir que eles necessitam possuir como alicerce a democracia constitucional, colaborando para o estabelecimento de uma democracia participativa, não se resumindo, esta, ao mero processo eleitoral (MAGALHÃES, 1999). O referido autor esclarece que:

Ao fazermos referência à democracia participativa, ou seja, ao exercício diário da cidadania, enquanto ideia de participação dos indivíduos na construção do seu futuro, esta democracia não se resume em um conceito liberal do direito de voto. Parte da indivisibilidade dos Direitos Humanos para afirmar que a democracia política pressupõe na prática, de uma democracia social, sendo que no Estado Democrático deixamos para os cidadãos construir o seu próprio modelo de democracia social e econômica. (MAGALHÃES, 1999, p. 156).

Em sua obra *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, Habermas (2010) empenha-se em demonstrar a relação entre soberania popular, essência da democracia e direitos

fundamentais. Para o autor, a previsão de um rol de direitos fundamentais na Constituição exerce o papel de contextualizar os princípios vigentes, em determinado momento e em determinado lugar, e difundi-los ao aspecto universal, alcançando a todos os cidadãos de determinada nação. São as ideias acerca dos direitos fundamentais e da soberania popular que possibilitam a compreensão do Estado democrático. Consequentemente, são os direitos humanos, devidamente positivados, e a soberania popular que fundam a democracia moderna; sendo esta possível tão somente quando legítimo o direito, ou seja, quando asseguradas as liberdades individuais, a liberdade de discussão no espaço público e a existência de uma participação ativa dos cidadãos no processo democrático. Portanto, verifica-se uma correlação entre os direitos fundamentais e a democracia, como elucida Habermas:

A ideia básica é a seguinte: o princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica. Eu vejo esse entrelaçamento com uma *gênese lógica de direitos*, a qual pode ser reconstruída passo a passo. Ela começa com a aplicação do princípio do discurso ao direito a liberdades subjetivas de ação em geral [...] e termina quando acontece a institucionalização jurídica de condições para um exercício discursivo da autonomia política, a qual pode equipar retroativamente a autonomia privada, inicialmente abstrata, com a forma jurídica. Por isso, o princípio da democracia só pode aparecer como núcleo de um *sistema* de direitos. A *gênese lógica* desses direitos forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção de direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de *modo cooriginário*. (HABERMAS, 2010, p. 158).

Em relação à temática do positivismo, bem como do não positivismo, Alexy (2015b) afirma que apenas a vertente do não positivismo inclusivo é sustentável, entre as cinco existentes. Esse segmento é defensável em razão da “tese da correção” do direito, eis que este possui dupla natureza: uma real e uma ideal. Importante ressaltar que essa natureza dupla do direito “é a essência da fórmula de Radbruch, que diz, em sua forma mais resumida, que a extrema injustiça não é direito” (ALEXY, 2015b, p. 303). Ante tal afirmação, vislumbra-se uma relação entre direito e moral. Os defensores do positivismo, entretanto, afirmam pela inexistência de tal conexão; enquanto os teóricos do não positivismo por sua presença.

Todos os positivistas defendem a tese da separação. Em sua forma mais geral, ela afirma não haver uma conexão necessária entre o direito como ele é, e o direito como ele deve ser. Ou, numa formulação mais precisa, determina que não há uma conexão necessária entre a validade jurídica ou a correção jurídica, de um lado, e o conteúdo moral ou certeza moral de outro. Em sentido contrário, todos os não positivistas defendem a tese da conexão, segundo a qual existe uma conexão obrigatória entre a validade jurídica ou correção jurídica, de um lado, e o conteúdo moral ou certeza moral de outro. Isso significa que, com o intuito de definir o conceito e a natureza do direito, todas as teorias positivistas se veem restritas a dois elementos, nomeadamente, a um, a investidura de autoridade e, a dois, a eficácia social. A caracterização das teorias não positivistas inclui, também, um terceiro elemento: a correção do conteúdo. (ALEXY, 2015b, p. 304).

O trabalho doutrinário na busca pela determinação de que tal teoria deve prevalecer sobre a outra depende, unicamente, das interpretações possíveis atribuídas a elas. Quanto ao positivismo, distingue-se entre positivismo jurídico exclusivo e positivismo jurídico inclusivo. Aquele defende a ideia de que o direito distancia-se da moral, não apresentando áreas que se tangenciam. Por sua vez, o positivismo inclusivo sustenta uma ideia nem de exclusão nem de inclusão da moral no direito, mas que a moral, quando incluída no sistema jurídica, dá-se em decorrência de uma escolha deste último, de forma accidental.

Em relação ao não positivismo, Alexy (2015b) nega ambas as posições do positivismo, eis que sustenta que a moral não é obrigatoriamente excluída ou incluída. Para o autor, o não positivismo apresenta-se sob três formas: a primeira, denominada como “não positivismo exclusivo”, sustenta que toda deficiência moral implica uma nulidade jurídica; a segunda, caracterizado como “positivismo superinclusivo”, afirma que a validade da norma não sofre interferências em decorrência de qualquer vício moral; e a terceira, intitulada “não positivismo inclusivo”, sustenta que a existência de vícios morais interferirá na validade jurídica, gerando sua nulidade, em casos não predeterminados, ou seja, a serem verificados em concreto. Essa última vertente representa, de forma mais nítida, a fórmula de Radbruch (ALEXY, 2015b).

Retomando a questão do argumento da correção, ele tem como finalidade reclamar uma correção, seja por meio de normas jurídicas ou decisões judiciais. Uma vez que se negue a correção, o ordenamento jurídico apresenta uma contradição, eis que o que se espera de determinada Constituição, por exemplo, é a observância da justiça e, se verificado o desrespeito à dignidade do transexual, negando-lhe autonomia para sua autodeterminação, estar-se-á diante de uma Constituição ausente de força concretista ou, quando silente, que tem como consequência um ordenamento injusto. E “a fim de estabelecer uma ligação necessária entre o direito e a moral, não é suficiente que a pretensão de correção seja necessariamente criada por lei [...] [mas que] seu conteúdo se refira necessariamente à moralidade” (ALEXY, 2015b, p. 309).

Assim, uma vez que existem sérias interferências sobre os direitos humanos, situações que apontam para apenas uma solução acertada, uma vez que as interferências ocorram, estar-se-á diante de uma intervenção imoral, como indica Alexy:

A dupla natureza do direito implica que a lei necessariamente compreende dois princípios: o princípio da justiça e o princípio da segurança jurídica. O princípio da Segurança Jurídica é um princípio formal. Requer um compromisso com o que é socialmente eficaz e o autorizadamente efetivo. O princípio da justiça é um princípio material ou substantivo, que requer que a decisão seja moralmente correta. Esses dois princípios, como ocorre com princípios em geral, podem colidir, e eles colidem frequentemente. Nenhum deles pode suprimir o outro completamente, vale dizer, em



todo e qualquer caso. Pelo contrário, a dupla natureza de direito exige que sejam contemplados, na proporção correta, para cada qual a seu turno. Isso só será alcançado pelo balanceamento ou ponderação. A ideia de uma fronteira mais extrema do direito é um resultado de tal balanceamento, vale dizer, do balanceamento do princípio da segurança jurídica e do princípio da justiça. (ALEXY, 2015b, p. 313).

Os Estados, nos modelos clássicos de proteção aos direitos fundamentais, preocupam-se com a concessão de direitos mais no âmbito universal do que a determinados grupos específicos, eis que o caráter universalista dispensaria tratamento diferenciado. No entanto essa visão, hoje, é tradicional individualista, pois o reconhecimento de direitos a grupos distintos propicia o fortalecimento de sua identidade, que diz respeito ao direito da personalidade, o qual apresenta guarida constitucional, possibilitando-se a tais grupos que se vejam como pertencentes ao corpo social de determinado Estado. Essa noção de coletividade permite aos grupos minoritários, dos quais os transexuais são parte, sua autodeterminação, superando aquele modelo tradicional, o qual não considera a minoria como parcela do povo, ou seja, ignorando-os como agentes titulares do poder e considerando-os, conseqüentemente, incapazes de modificar a Constituição.

De acordo com Rios Junior (2013), tal conceito tradicional de povo é duramente criticado por Friedrich Müller, por apresentar como característica a exclusão de seu significado as minorias:

A visão tradicional sobre direitos de minorias considera que os direitos dos grupos minoritários são mera concessão do Estado às minorias, por conveniência política. Tais concessões seriam concedidas pelo Estado para que este mantivesse sua estabilidade interna. (RIOS JUNIOR, 2013, p. 28).

Importante também apontar que a pluralidade alimenta a isonomia, eis que esta é a expressão política daquela, dado que a pluralidade pressupõe igualdade e diferença. Somos todos iguais e, ao mesmo tempo, singulares. Conseqüentemente, o regime democrático ateniense, para Arendt (2015), na forma da isonomia, é aquele que contempla todo o potencial político da pluralidade, sendo, portanto, o regime político por excelência, em que se experimenta tanto a igualdade quanto a diferença.

O que se demonstra como elemento central nos governos democráticos é a palavra, que pode ser expressa por um tripé composto por três elementos: liberdade (*eleutheria*), isonomia e *isegoria* (falar em praça pública). A liberdade é uma qualidade sem substância, é um valor que não se consegue definir e está ligada à ideia de uma força geradora produtiva, sendo o vértice que se projeta sobre os outros dois conceitos. Já a isonomia é a igualdade não apenas perante a lei, mas na proposição das leis. Quando há leis obscuras, é preciso haver um debate em torno disso, nesse exercício é que os indivíduos serão iguais, é uma igualdade na

participação da elaboração da lei. Já a *isegoria* é a face de um exercício discursivo da linguagem, a igualdade no uso da palavra em uma assembleia, por exemplo.

Portanto, existe, na democracia, a manifestação, por exigência, da liberdade falada. E é justamente o debate que vai permitir que a igualdade se faça não pela exclusão, mas como um princípio de inclusão, ao se assegurar, cada vez mais, o número de partícipes na democracia.

No tocante à incidência da teoria dos direitos fundamentais elaborada por Alexy, deve-se, em primeiro momento, esclarecer a forma como se dá a interpretação e aplicação do Direito, como ciência finalística. A interpretação do Direito sob a sistema teleológico deve se manifestar com primazia, não se excluindo, por sua vez, uma interpretação sistemática de todo o ordenamento jurídico. O fim da norma deve ser sempre o objeto pretendido pelo intérprete, ou seja, ele deve buscar o resultado a ser alcançado em concreto. Eis que a norma incorpora um composto de providências protetivas indispensáveis para a satisfação tanto econômica quanto social. Por isso, ela demanda uma interpretação da melhor maneira possível, a fim de oferecer guarida aos interesses que justificaram sua elaboração (MAXIMILIANO, 2011).

Sobre a interpretação teleológica, ela tem como tarefa primordial atingir a finalidade da lei, que pode ser compreendida como uma demanda para a satisfação de interesses “com base em valorações econômicas, políticas, sociais e morais dominantes”, de maneira a se atender aos princípios da justiça e do bem comum (HERKENHOFF, 2010, p. 24).

Dado que a palavra não se mostra de forma cristalina, enunciando as reais intenções de quem elaborou a norma, serve, no entanto, como ponto inicial para alcançar seu efetivo significado. Logo, os enunciados normativos não devem ser isoladamente considerados pelo intérprete, mas sim a partir de uma perspectiva global que encerre os princípios tanto explícitos como implícitos do texto constitucional e legislação esparsa, incidindo, dessa forma, também, a interpretação sistemática (MAXIMILIANO, 2011).

Assim, interpretar é atribuir sentido ou significado a uma norma voltada ao caso concreto, sendo um processo hermenêutico essencialmente sistemático, porquanto busca realizar a dupla função de dar ordem interna, de uma parte, assim como de realizar a escolha valorativa. Nesse processo, parte-se da análise gramatical do texto da norma, com os seus aspectos sintáticos e semânticos, até atingir sua compreensão sistemática, lógica e axiológica. (ROSITO, 2012, p. 177-178).

Atualmente, há que se afirmar pela existência de um sistema jurídico aberto à interpretação, e não fechado. Isso porque ele é constituído por proposições abertas, seja por princípios ou por regras, sendo as normas erigidas a partir do caso concreto, como afirma Alexy (2011), revelando-se, dessa forma, aptas a resolver problemas não previstos *a priori*, de modo

a se assegurar a materialização dos direitos fundamentais, em especial o da dignidade da pessoa humana.

Para Alexy (2015a), quando do exame da relação entre a proporcionalidade e a dignidade da pessoa humana, surge uma questão que demanda uma discussão sobre a estrutura normativa da dignidade, em razão de dois conceitos adversos. Para o primeiro, caracterizado como absoluto, a dignidade da pessoa humana apresenta primazia sobre todas as outras normas e em qualquer situação que se apresente, o que, conseqüentemente, inviabilizaria a aplicação da teoria de que o conflito entre normas fundamentais se solucionaria pelo sopesamento. Para o autor, a admissão desse conceito tornaria impraticável qualquer ingerência sobre a dignidade. Por sua vez, tendo em vista que a verificação *in concreto* da proporcionalidade se encontra imbricada às discriminações entre intervenções sustentáveis e insustentáveis, como sustenta a teoria relativa, a averiguação de eventual violação da dignidade da pessoa humana pressupõe a análise da proporcionalidade.

Desse modo, se se considerar que a estrutura normativa da dignidade da pessoa humana se revela como princípio, necessariamente se adotaria como válida a teoria relativa. Logo, como princípio que o é, a dignidade da pessoa humana se apresenta como um mandado de otimização, devendo ser concretizado na maior medida do possível, verificadas as condições fáticas e jurídicas presentes. E, embora apresente uma pluralidade de possíveis interpretações, a dignidade humana detém como um de seus principais significados a correlação com a autonomia individual (ALEXY, 2015a).

Entretanto uma objeção que pode surgir quanto à adoção da teoria relativa é que ela somente consegue contemplar a dignidade da pessoa humana como um princípio. Assim sendo, a dignidade estaria propensa ao sopesamento, acarretando provável rebaixamento de seu valor, tornando-se “mero ponto de reflexão” (ALEXY, 2015a, p. 30).

Contudo, como apresenta o autor, essa objeção não se mostra sustentável em decorrência de quatro argumentos. O primeiro, denominado de “casos fáceis”, aponta que em grande número de situações é evidente a violação da dignidade humana, como os casos de intolerância racial ou sexual; o segundo, nomeado “fórmula do objeto”, enuncia a teoria kantiana de que os seres humanos não devem ser considerados como meros objetos, instrumentos, mas como um fim em si mesmo, situação em que a dignidade humana prevaleceria em todo e qualquer caso que se apresentasse nessa colisão; o terceiro, designado “peso abstrato e confiabilidade epistêmica”, atribui à dignidade humana alta carga axiológica, dando-lhe credibilidade gnosiológica; por fim, o que o autor denomina como “racionalidade”,

que determina que o sopesamento se mostra como a melhor ferramenta existente nos casos de aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana. (ALEXY, 2015a).

Quanto à solução que se deve apontar no caso em comento – da retificação do registro civil de transexuais –, partindo-se da teoria dos princípios apresentada Alexy, diante da inexistência de regras impositivas que tratam sobre o assunto, deve-se realizar um esforço hermenêutico a fim de detectar os princípios em conflito, pois a prática de qualquer desses princípios, considerados como plenamente efetivos, pode ter como consequência uma circunstância inconciliável em eventual caso que trate da retificação do registro civil de transexual. Assim, é preciso reconhecer a redução da área de aplicação do princípio que apresentar menor peso na situação em concreto, em função da força argumentativa praticada.

Entretanto, ainda que houvesse uma regra, aplicando-se em sua inteireza, que proibisse essa retificação, ela seria considerada injusta, imoral, devendo ser excluída do ordenamento jurídico, em atenção à fórmula de Radbruch, como enunciado por Alexy:

Suponha-se que a injustiça consista no fato de pessoas de determinada raça serem privadas de determinados direitos. Sob o ponto de vista do defeito moral não haveria diferença se a cláusula da injustiça fosse cancelada e substituída por um segundo artigo que privasse as pessoas dessa raça desses direitos. Sob o ponto de vista do caráter defeituoso continuaria havendo porém uma diferença. (ALEXY, 2014, p. 259).

No panorama atual do pós-positivismo, a dignidade da pessoa humana se apresenta como pedra angular da ordem jurídico-constitucional, capaz de evocar a fundamentação do direito da personalidade, encarado, atualmente, como direito subjetivo e de eficácia *erga omnes*. Tal direito decorre da natureza humana e possui como finalidade a defesa de preceitos inerentes ao ser humano.

O alcance de tais ideais somente é possível por meio de políticas de reconhecimento que questionem o “*status cultural*” da sociedade, que, no caso dos transexuais, se dá em razão da discriminação de gênero. Para tanto, deve haver uma interferência por parte do Estado a fim de que a participação das minorias seja realmente igualitária, demonstrando a correlação entre a proteção dos direitos das minorias e a democracia, pois, como ensina Araujo (2000, p. 2), a “democracia é confirmada na valorização da maioria, sem o desprezo da minoria.

Portanto, de acordo com Rios Junior (2013), não apenas em respeito aos direitos fundamentais se deve promover a inclusão no contexto social dos grupos minoritários, mas, por maior razão de ser, também para que esses grupos auxiliem na construção de um Estado Democrático de Direito e uma identidade nacional que assegure o pluralismo.

Quando se fala em Estado Democrático, fala-se da vontade majoritária, mas não da ditadura da maioria. Logo, é inaceitável qualquer atitude que tenha como objetivo a imposição,

de modo autoritário, de uma visão do que seria moralmente correto, considerada a opinião da maioria, sobre os grupos minoritários, em especial quando os direitos fundamentais perseguidos não afetam terceiros, limitando-se à autoafirmação do indivíduo, como se dá, a título de exemplo, na identidade de gênero do transexual. Sobre a relação entre tais conceitos expressa Séguin:

Também é grande a correlação entre minorias, grupos vulneráveis, democracia e cidadania. A intimidade entre estes conceitos demonstra uma interdependência, pois a forma como se aborda a questão das minorias e dos grupos vulneráveis pode provocar sérios arranhões à democracia de um país. A superação de impasses das diferenças permite, em nível interno, o resgate de uma cidadania perdida ou escondida dentro do armário e, em nível internacional, a paz mundial. (SÉGUIN, 2002, p. 3-4)

Para Fraser (2010), é necessária a satisfação de duas condições para que os grupos minoritários sejam integrados ao corpo social. Uma, de viés objetivo, é a organização da justiça, de tal modo que se permita aos indivíduos uma interação entre si sem qualquer relação de subordinação, seja econômica ou cultural; a segunda, de viés subjetivo, indica a necessidade de adoção, pelo corpo social, de padrões culturais que reflitam respeito para com todos os indivíduos, assegurando-lhes idênticas oportunidades na obtenção de “estima social”.

Desse modo, tão somente quando satisfeitas tais condições, rompendo-se as barreiras da segregação das minorias, é que os direitos fundamentais terão a capacidade de estabelecer a igualdade.

Dessa forma, pode-se concluir que, para a existência da democracia, é imprescindível o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais; além disso, é na democracia que se encontra a possibilidade de se alcançar a pacificação social. Esta, por sua vez, somente será possível quando as minorias, incluídos os transexuais, tiverem garantido pelo Estado o exercício dos direitos fundamentais, assegurados a todos, sem que haja qualquer discriminação negativa que possa limitar o exercício da autodeterminação do grupo. Demonstra-se assim, portanto, a correlação entre democracia, direitos fundamentais e proteção a grupos minoritários (BOBBIO, 2004).

Por fim, entre os direitos fundamentais constitucionalmente previstos, destacam-se os princípios da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana. E embora os direitos fundamentais tenham como característica a universalidade, esta, de forma isolada, não se mostra como medida suficiente a assegurar aos transexuais uma participação efetiva no processo democrático. Logo, percebe-se que seriam necessárias ações positivas do Estado para regular tanto as relações entre ele mesmo e as minorias, e entre estas e os demais indivíduos que compõem a sociedade.

Dessa forma, a fim de se garantir o livre exercício de direitos pelos transexuais e o fortalecimento da sua identidade de grupo, é necessária uma atuação positiva por parte do Estado. Tão somente a partir de uma participação dos grupos minoritários no processo político em condições reais de igualdade se torna possível a realização da democracia.

#### 4 A RETIFICAÇÃO DO REGISTRO CIVIL DO TRANSEXUAL

Via de regra, o registro civil é imutável e espelha a realidade. Quando a criança nasce, é indispensável que constem algumas informações em seu registro, como nome e gênero. Contudo, no caso do transexual, tanto o nome quanto o gênero podem não condizer com o expresso no registro, uma vez que este indivíduo não se identifica com seu sexo biológico e, em certo momento da vida, busca a alteração de seu registro para que este se assemelhe à sua realidade, caracterizando a autonomia da vontade de se construir uma identidade pessoal diversa da imposta pelo registro civil/sociedade.

Ainda que existente o princípio da imutabilidade do registro civil, ele pode ser afastado em situações excepcionais que demandam um interesse individual proeminente sob tal norma, ante a necessidade de se assegurar o exercício de determinado direito subjetivo.

Não se justificando a situação inversa, em que se exigiria a adequação do indivíduo ao seu registro civil, conclui-se que, no conflito entre os princípios que se apresentam nos casos de retificação de registro civil de transexual, devem prevalecer aqueles que fundamentam o deferimento da alteração, isto é, os princípios da personalidade, autonomia, intimidade e dignidade da pessoa humana, em detrimento dos princípios da publicidade e imutabilidade dos registros públicos, de modo a proporcionar uma correta interpretação sistêmico-teleológica. Conforme expôs o desembargador Luis Carlos Gambogi (BRASIL, 2013), “às vezes, é necessário que a lei se dobre ante a realidade porque o Direito tem compromisso com a realidade; deve satisfação às exigências de justiça que nascem da realidade”.

Também sob o fundamento de garantir o direito de liberdade para que o indivíduo construa sua identidade pessoal, se apresentando conforme seu sexo psicológico, é que foi apresentado, em 20/02/2013, o Projeto de Lei 5002 (WYLLYS; KOKAY, 2013), denominado Lei de Identidade de Gênero, ou Lei João W. Nery, em homenagem ao transexual que detém este nome, que teve sua identidade alterada, por si próprio, para se adequar à sua identidade de gênero<sup>8</sup>. Criado pelos deputados federais Jean Wyllys, do PSOL-RJ, e Erika Kokay, do PT-DF, o projeto dispõe sobre o direito à identidade de gênero e altera o art. 58 da Lei nº 6.015, de 1973.

Tal projeto pretende que a identidade de gênero do indivíduo seja reconhecida socialmente e que o transexual possa alterar seu prenome e gênero em seu registro civil, sem necessidade de intervenção cirúrgica total ou parcial, terapia hormonal, tratamento ou

---

<sup>8</sup> Para mais informações, ver a obra NERY, João W. **Viagem solitária**: memórias de um transexual 30 anos depois. São Paulo: Leya, 2011.

diagnóstico médico e/ou psicológico e autorização judicial, e sem que essa alteração seja indicada em qualquer documento. Também propõe que se faculte aos indivíduos menores de 18 (dezoito) anos começar o tratamento de transgenitalização com autorização dos responsáveis legais, mas com sua expressa concordância de vontade, e que, caso não haja a autorização dos responsáveis ou de um deles, seja a ele permitido recorrer à Defensoria Pública para obter a autorização judicial.

Sobre a alteração do art. 58 da Lei nº 6.015/73, o PL dispõe que ele passará a prever que “O prenome será definitivo, exceto nos casos de discordância com a identidade de gênero auto percebida, para os quais se aplicará a lei de identidade de gênero. Admite-se também a substituição do prenome por apelidos públicos notórios” (WYLLYS, KOKAY, 2013).

Caso essa lei entre em vigor, o transexual terá assegurado o direito de reconhecimento à sua identidade de gênero sem ter que se submeter a tratamentos e avaliações médicas e psicológicas. Por outro lado, sem tais avaliações, o Estado não teria a garantia de que a transexualidade é passageira ou constante, dificultando a retificação do registro, uma vez que este presume veracidade.

Contudo, é indiscutível a necessidade da retificação do registro do transexual, tendo em vista que ele passa por situações cotidianas que ferem seu direito fundamental à dignidade. O transexual vive conforme sua identidade de gênero, mas é percebido pela sociedade como pertencente ao gênero que se refere ao seu sexo biológico. Quando o interessado pleiteia a retificação de seu registro, para adequá-lo à sua identidade de gênero, o Estado tem o dever de proteger sua dignidade, bem como seu direito à liberdade de se manifestar perante a sociedade conforme sua identidade de gênero, resguardando sua integridade psíquica.

Assim, o conservadorismo imposto pela cultura social não pode inibir o Judiciário de aplicar os direitos fundamentais às pessoas que se expressam em discordância com os padrões comportamentais preestabelecidos socialmente. Ademais, não resguardar os direitos dos transexuais seria como instigar o preconceito e discriminação, além de omitir normas expressas da CR/88.

Identidades de gênero que se afastam daquelas convencionadas pela sociedade como normais não devem ser banidas, mas carecem de reconhecimento judicial para afastar qualquer prática discriminatória que afronte o direito do indivíduo a ter uma vida digna.

Nesse sentido, o STJ já se manifestou sobre a necessidade da retificação de nome e gênero no registro do transexual, em maio de 2017, independente de realização da cirurgia de transgenitalização, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, no direito à identidade, à felicidade e à não discriminação:



RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO PARA A TROCA DE PRENOME E DO SEXO (GÊNERO) MASCULINO PARA O FEMININO. PESSOA TRANSEXUAL. DESNECESSIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. 1. À luz do disposto nos artigos 55, 57 e 58 da Lei 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), infere-se que o princípio da imutabilidade do nome, conquanto de ordem pública, pode ser mitigado quando sobressair o interesse individual ou o benefício social da alteração, o que reclama, em todo caso, autorização judicial, devidamente motivada, após audiência do Ministério Público. 2. Nessa perspectiva, observada a necessidade de intervenção do Poder Judiciário, admite-se a mudança do nome ensejador de situação vexatória ou degradação social ao indivíduo, como ocorre com aqueles cujos prenomes são notoriamente enquadrados como pertencentes ao gênero masculino ou ao gênero feminino, mas que possuem aparência física e fenótipo comportamental em total desconformidade com o disposto no ato registral. 3. Contudo, em se tratando de pessoas transexuais, a mera alteração do prenome não alcança o escopo protetivo encartado na norma jurídica infralegal, além de descurar da imperiosa exigência de concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que traduz a máxima antiutilitarista segundo a qual cada ser humano deve ser compreendido como um fim em si mesmo e não como um meio para a realização de finalidades alheias ou de metas coletivas. 4. Isso porque, se a mudança do prenome configura alteração de gênero (masculino para feminino ou vice-versa), a manutenção do sexo constante no registro civil preservará a incongruência entre os dados assentados e a identidade de gênero da pessoa, a qual continuará suscetível a toda sorte de constrangimentos na vida civil, configurando-se flagrante atentado a direito existencial inerente à personalidade. 5. Assim, a segurança jurídica pretendida com a individualização da pessoa perante a família e a sociedade - ratio essendi do registro público, norteado pelos princípios da publicidade e da veracidade registral - deve ser compatibilizada com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, que constitui vetor interpretativo de toda a ordem jurídico-constitucional. 6. Nessa compreensão, o STJ, ao apreciar casos de transexuais submetidos a cirurgias de transgenitalização, já vinha permitindo a alteração do nome e do sexo/gênero no registro civil (REsp 1.008.398/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 18.11.2009; e REsp 737.993/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 10.11.2009, DJe 18.12.2009). 7. A citada jurisprudência deve evoluir para alcançar também os transexuais não operados, conferindo-se, assim, a máxima efetividade ao princípio constitucional da promoção da dignidade da pessoa humana, cláusula geral de tutela dos direitos existenciais inerentes à personalidade, a qual, hodiernamente, é concebida como valor fundamental do ordenamento jurídico, o que implica o dever inarredável de respeito às diferenças. 8. Tal valor (e princípio normativo) supremo envolve um complexo de direitos e deveres fundamentais de todas as dimensões que protegem o indivíduo de qualquer tratamento degradante ou desumano, garantindo-lhe condições existenciais mínimas para uma vida digna e preservando-lhe a individualidade e a autonomia contra qualquer tipo de interferência estatal ou de terceiros (eficácias vertical e horizontal dos direitos fundamentais). 9. Sob essa ótica, devem ser resguardados os direitos fundamentais das pessoas transexuais não operadas à identidade (tratamento social de acordo com sua identidade de gênero), à liberdade de desenvolvimento e de expressão da personalidade humana (sem indevida intromissão estatal), ao reconhecimento perante a lei (independentemente da realização de procedimentos médicos), à intimidade e à privacidade (proteção das escolhas de vida), à igualdade e à não discriminação (eliminação de desigualdades fáticas que venham a colocá-los em situação de inferioridade), à saúde (garantia do bem-estar biopsicofísico) e à felicidade (bem-estar geral). 10. Conseqüentemente, à luz dos direitos fundamentais corolários do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, infere-se que o direito dos transexuais à retificação do sexo no registro civil não pode ficar condicionado à exigência de realização da cirurgia de transgenitalização, para muitos inatingível do ponto de vista financeiro (como parece ser o caso em exame) ou mesmo inviável do ponto de vista médico. 11. Ademais, o chamado sexo jurídico (aquele constante no registro civil de nascimento, atribuído, na primeira infância, com base no aspecto morfológico, gonádico ou cromossômico) não pode olvidar o aspecto

psicossocial defluente da identidade de gênero autodefinido por cada indivíduo, o qual, tendo em vista a ratio essendi dos registros públicos, é o critério que deve, na hipótese, reger as relações do indivíduo perante a sociedade. 12. Exegese contrária revela-se incoerente diante da consagração jurisprudencial do direito de retificação do sexo registral conferido aos transexuais operados, que, nada obstante, continuam vinculados ao sexo biológico/cromossômico repudiado. Ou seja, independentemente da realidade biológica, o registro civil deve retratar a identidade de gênero psicossocial da pessoa transexual, de quem não se pode exigir a cirurgia de transgenitalização para o gozo de um direito. 13. Recurso especial provido a fim de julgar integralmente procedente a pretensão deduzida na inicial, autorizando a retificação do registro civil da autora, no qual deve ser averbado, além do prenome indicado, o sexo/gênero feminino, assinalada a existência de determinação judicial, sem menção à razão ou ao conteúdo das alterações procedidas, resguardando-se a publicidade dos registros e a intimidade da autora. (BRASIL, 2017).

Em contrapartida, o que ocorria até esse julgamento, e que ainda é passível de acontecer, por não ser vinculante a decisão do REsp acima transcrito, era a alteração do prenome, mas a impossibilidade de retificar o gênero sem que o transexual tivesse se submetido à cirurgia de transgenitalização. Como exemplo desse entendimento, transcreve-se trecho da apelação cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que deferiu a retificação do nome, mas negou a do gênero, em virtude da desconformidade com a genitália:

REGISTRO CIVIL. TRANSEXUALIDADE. PEDIDO DE ALTERAÇÃO DE PRENOME E DE SEXO. ALTERAÇÃO DO NOME. POSSIBILIDADE. AVERBAÇÃO À MARGEM. A ALTERAÇÃO DO SEXO SOMENTE SERÁ POSSÍVEL APÓS A CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. 1. O fato da pessoa ser transexual e exteriorizar tal orientação no plano social, vivendo publicamente como mulher, sendo conhecido por apelido, que constitui prenome feminino, justifica a mudança do nome, já que o nome registral é compatível com o sexo masculino. 2. Diante das condições peculiares da pessoa, o seu nome de registro está em descompasso com a identidade social, sendo capaz de levar seu usuário a situação vexatória ou de ridículo, o que justifica plenamente a alteração. 3. Deve ser averbado que houve determinação judicial modificando o registro, sem menção à razão ou ao conteúdo das alterações procedidas, resguardando-se, assim, a publicidade dos registros e a intimidade do requerente. 4. No entanto, é descabida a alteração do registro civil para fazer constar dado não verdadeiro, isto é, que o autor seja do sexo feminino, quando inequivocamente ele é do sexo masculino, pois ostenta órgão genitais tipicamente masculinos. 5. A definição do sexo é ato médico e o registro civil de nascimento deve espelhar a verdade biológica, somente podendo ser corrigido quando se verifica erro. Recurso desprovido, por maioria. (RIO GRANDE DO SUL, 2015).

Não há como o Estado definir o gênero do indivíduo que pretende sua alteração no registro civil, uma vez que a genitália não caracteriza o gênero, mas sim o psicológico. Nesse sentido, decretos, portarias, instituições de ensino, entre outros órgãos, vêm permitindo o uso do nome social, para que o indivíduo seja reconhecido pela sociedade conforme sua identidade de gênero, como é o caso do Decreto nº 8.727/16, que dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional (BRASIL, 2016).

Assim, no presente trabalho concorda-se com o Projeto de Lei nº 5002/2013, no que diz respeito à proposta do livre desenvolvimento do indivíduo de acordo com sua identidade de gênero, bem como do dever de ser ele tratado no meio social e administrativo conforme sua identidade pessoal.

Com entendimento semelhante, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) realizou, em 2014, a I Jornada de Direito da Saúde, que debateu os problemas relativos à judicialização da saúde e apresentou enunciados sobre este direito. Em seus Enunciados 42 e 43, o CNJ dispôs que:

Enunciado nº 42 Quando comprovado o desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto, resultando numa incongruência entre a identidade determinada pela anatomia de nascimento e a identidade sentida, a cirurgia de transgenitalização é dispensável para a retificação de nome no registro civil.

Enunciado nº 43 É possível a retificação do sexo jurídico sem a realização da cirurgia de transgenitalização. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2014).

No cenário internacional, destaca-se a Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, realizada em San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, que reafirmou, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito aos direitos essenciais do homem, como a integridade, liberdade, dignidade, nome, igualdade, integridade física e moral, desenvolvimento, entre outros (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

Também citam-se os Princípios de Yogyakarta, de 2007 (INTERNATIONAL PANEL..., 2007), aplicáveis à legislação internacional sobre orientação sexual e identidade de gênero. Em seu texto, o documento sobressalta a importância dos Estados soberanos de efetivar os direitos humanos pertinentes a tal tema. Elencam-se diversos princípios a serem seguidos pelos Estados, como o direito ao gozo universal dos direitos humanos; o direito à igualdade e à não discriminação, independentemente da identidade de gênero do indivíduo; o direito ao reconhecimento; o direito à liberdade, em suas diversas facetas; e o direito de participar da vida pública. Isto é, há uma consubstanciação de diversos direitos fundamentais que têm por pretensão uma “identificação coerente e compreensiva da obrigação dos Estados em respeitar, proteger e cumprir os direitos humanos de todas as pessoas, independentemente da sua orientação sexual e identidade de gênero” (SALEIRO, 2013, p. 132-133).

A identidade de gênero foi elencada pelos Princípios de Yogyakarta e ratificada pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, apresentados à Organização das Nações Unidas (ONU), em 2007. Conforme os Princípios, todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, e todos os direitos humanos são universais, interdependentes, indivisíveis

e inter-relacionados. Ainda, presumindo que a orientação sexual e a identidade gênero são essenciais para a dignidade e humanidade de cada pessoa, elas não devem ser motivo de discriminação ou abuso. Ademais, informam que muitos avanços já foram obtidos no sentido de assegurar que as pessoas de todas as orientações sexuais e identidades de gênero possam viver com a mesma dignidade e respeito a que todas as pessoas têm direito (INTERNATIONAL PANEL..., 2007, p. 7).

Dessa forma, é possível afirmar que a adequação do registro civil do transexual ao nome e gênero que lhe pertencem encontra guarida na ordem jurídica brasileira e em tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, e, embora os Princípios da Yogyakarta ainda não tenham sido incorporados nas normas brasileiras, eles já são utilizados a partir de uma hermenêutica constitucional.

Em relação ao direito à retificação de nome e gênero no registro do transexual, caso não se conferisse a ele tal direito, isso significaria sujeitá-lo a uma situação discriminatória e vexatória, de modo a não lhe permitir o exercício de seus direitos fundamentais subjetivos. Portanto, reconhecer tal direito é, acima de tudo, afirmar que o transexual possui o direito à dignidade e autonomia na afirmação de sua identidade de gênero.

Uma Constituição que negue a diversidade, a participação dos grupos minoritários no processo de sua elaboração, é ilegítima, ainda que tenha sido elaborada pela maioria em um regime democrático, pelo simples fato de ignorar a vontade de seu povo. Logo, a participação, não só dos transexuais, mas de todas as minorias, no procedimento decisório reflete o conceito de cidadania, porque confere ao indivíduo o direito de participação no corpo político de determinado Estado e, por conseguinte, reconhece-lhe o exercício de direitos (RIOS JUNIOR, 2013).

Vistos os aspectos gerais sobre a retificação do nome e gênero do transexual no registro civil, faz-se necessário adentrar em algumas considerações inerentes à retificação do prenome e gênero, em suas particularidades, que serão observadas nos tópicos que se seguem.

#### **4.1 Direito ao nome**

O nome, em seu conceito civil, serve como identificação de uma coisa ou pessoa. Até o ano de 1928, do assento de nascimento do indivíduo não precisava constar seu nome por inteiro, apenas seu prenome, data de nascimento e filiação. Com o surgimento do Reg. 18.542, de 24/12/1928, passou a ser obrigatória a inserção do nome por extenso nos registros civis (VIEIRA, 2008).

O Código Civil de 2002 determina, em seu art. 16, que todas as pessoas têm direito ao nome, neste incluídos o prenome e sobrenome. O nome, em seu conceito lato, serve para a individualização do indivíduo.

Algumas teorias buscam a explicação da natureza jurídica do direito ao nome. Vieira, em sua obra *Nome e sexo: mudanças no registro civil* (VIEIRA, 2008), cita cinco delas. A primeira é a teoria da propriedade, que, conforme seu nome autoexplicativo, afirma que o indivíduo é proprietário de seu nome, porém essa propriedade é *sui generis*, visto que não seria exclusiva, uma vez que esse nome pode pertencer a outras pessoas. Ademais, mesmo sendo uma propriedade, o indivíduo não pode renunciar a seu nome, nem ao menos alterá-lo.

A segunda teoria, denominada teoria da propriedade imaterial, alega que o nome é direito incorpóreo, e se afirma no registro civil, elemento esse material.

Já a teoria da polícia civil argumenta que o nome nada mais é que uma instituição da própria polícia, capaz de diferenciar cada indivíduo, sendo considerado inalienável e transmissível, rejeitando as teorias que o consideram como propriedade.

A teoria pluralista observa que, pelo fato de o nome ser extrapatrimonial, intransmissível e imprescritível, não pode ele ser um direito de propriedade. Além disso, dispõe que o direito do indivíduo sobre o nome que o designa varia conforme a ação de seu possuidor.

No presente trabalho, se abordará a quinta teoria, denominada teoria do direito da personalidade. Para esta, o nome é considerado atributo da personalidade humana, assim como as demais características físicas e morais. Considera também que tais personalidades são essenciais à existência humana. Nessa linha, o nome adentra no direito de personalidade.

É importante ressaltar algumas características impostas ao nome, como, por exemplo, a exclusividade. Via de regra, essa característica é vista como relativa, tendo em vista que várias pessoas podem ter o mesmo nome, ainda que com identidades diferentes. Ademais, por não ser bem jurídico, o nome é próprio, mas não é propriedade. Outra característica, tanto quanto óbvia, é a imprescritibilidade, pois, por mais usado que seja, o nome não irá desaparecer; como exemplo, os nomes de família, usados por diversas gerações. Tampouco o nome pode ser alienável, porquanto ele não é uma propriedade. A última característica, talvez a que gera mais dúvida, é a da intransmissibilidade, pois o nome é intransmissível, mas pode ocorrer sua sucessão por direito, afastando, no entanto, a ideia da concessão.

O nome é composto de prenome e patronímico: o prenome é aquele que precede o nome de família, podendo ser simples ou composto, e tem a função personalizar o indivíduo. O patronímico, por sua vez, individualiza o grupo social familiar. Esse, também, é conhecido por apelido ou nome de família e sobrenome. Existem, também, outras espécies de nome, que por

não serem foco do trabalho não serão estudadas. Para a análise do presente estudo, será abordado apenas o prenome, com o qual o indivíduo se apresenta na sociedade.

Assim é que, mesmo sendo a imutabilidade característica do nome, há exceções que, motivadas, merecem atenção. A Lei de Registros Públicos (LRP), Lei nº 6.015/73, dispõe, em seu segundo título, sobre o registro das pessoas naturais e, especificamente em seu art. 57 sobre a alteração do nome:

Art. 57. A alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, ressalvada a hipótese do art. 110 desta Lei (Redação dada pela Lei nº 12.100, de 2009). (BRASIL, 1973).

A LRP trata da alteração do prenome nos casos de erro gráfico, tradução de nome estrangeiro, maioria civil, proteção de vítimas e testemunhas de ameaças, entre outros. Contudo, para o presente trabalho, frisa-se a retificação civil por prenome vexatório, bem como uso de prenome diverso do registro, conhecido, também, como apelido notório.

Ao se tratar do prenome vexatório, insta salientar o significado desse adjetivo quando atribuído ao nome. Vexatório significa aquilo que vexa, que causa vexame, humilhação ou vergonha; degradante, humilhante. Assim, o prenome vexatório, também conhecido como ridículo, não deve ser confundido com o imoral, pois este último fere o senso moral de uma comunidade, além de causar constrangimento ao ser pronunciado na frente de outras pessoas. Já o nome vexatório, diferentemente do imoral, não causa constrangimento a terceiro, mas a seu próprio possuidor, ferindo seu direito fundamental da dignidade da pessoa humana.

No mesmo sentido, para evitar o constrangimento do possuidor do nome, o parágrafo único do art. 55 da LRP impõe que “os oficiais do registro civil não registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores” (BRASIL, 1973). O intuito do legislador, nesse caso, foi de proteger o indivíduo da exposição ao ridículo, a fim de resguardar sua dignidade.

Usando da mesma analogia do prenome ridículo, é preciso tratar, também, do uso prenome diverso ao do registro, denominado de prenome social, ou apelido notório. O apelido público notório é aquele que representa a denominação pela qual o indivíduo é conhecido no meio social em que vive. Ele pode ser acrescentado ao nome, ou substituir o prenome, desde que não altere o patronímico. Conforme dispõe o art. 58 da LRP, “o prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios” (BRASIL, 1973). Nesse sentido, ao redigir esse artigo, o legislador previu a necessidade de alteração do prenome em alguns casos, para evitar, no caso dos transexuais, assunto tratado no presente trabalho, que

este indivíduo sofresse algum tipo de afronta à sua dignidade, uma vez que, conforme exposto no início deste capítulo, é por meio do nome que cada pessoa é conhecida socialmente.

Ademais, vale ressaltar que essa alteração no nome só é permitida se o apelido não contiver conotação ilegal ou imoral e, conforme ensina Ceneviva:

A exceção admitida no caput do art. 58 deve ser avaliada com cuidado. É aceita tão só para substituir e não para complementar. O predicado substituir quer dizer trocar, colocar outro no lugar, sem manter o primitivo. A redação do art. 58 utiliza o termo apelidos no sentido de cognome, ou alcunha, e não no de sobrenome. A permissão depende, para ser implementada, de decisão judicial, incumbindo ao magistrado exigir a constatação dos três requisitos: a) o apelido existe e o interessado atende, quando chamado por ele, em seu universo social; b) o apelido é conhecido no grupo social em que o apelidado convive, posto que público; c) a notoriedade é limitativa, mas não corresponde a dizer que o apelido é conhecido de todos, caso no qual somente os artistas, os esportistas ou os políticos poderiam ser beneficiados pela mudança. A melhor interpretação sugere que se a pessoa é chamada, no estamento social a que pertence, normal e naturalmente pelo apelido que queira adotar, deve ter definida sua pretensão, a menos que a desejada substituição possa ser impedida, por exemplo, pela exposição ao ridículo. (CENEVIVA, 2010).

No caso do transexual, este, ao nascer, é registrado com prenome condizente com seu sexo biológico. Porém, ao longo de seu desenvolvimento, ele não mais se identifica com esse nome, pelo fato de seu sexo psicológico não condizer com o legal. Diante disso, o transexual busca, por meio judicial, a alteração de seu registro, para que este o represente conforme sua identidade de gênero. Concedida a alteração, seu nome social será aquele que corresponderá à realidade, bem como conterá as características da personalidade civil do transexual. Nesses moldes, fazendo valer o direito à liberdade, o transexual poderá escolher utilizar-se do nome com o qual se identifica e, conseqüentemente, fazer valer o princípio da dignidade, tendo em vista que o nome estampa a identidade pessoal do indivíduo.

Ademais, se a pessoa é conhecida por seu nome social em seu lar, ambiente de trabalho, escolar etc., após a retificação este deverá ser usado pela sociedade, para espelhar a realidade de quem pleiteia sua alteração, evitando à pessoa ser exposta ao ridículo por utilizar nome vexatório, que não corresponda à sua identidade de gênero.

A exemplo, é permitida a inclusão do nome social no Cadastro de Pessoa Física (CPF). Recentemente, no ano de 2017, a Instrução Normativa nº 1.718/2017 atendeu ao Decreto nº 8.727, de 28 de abril de 2016, também recente, que dispõe sobre o respeito à identidade de gênero e, conseqüentemente, ao uso do nome social no âmbito da administração pública. Dispõe essa instrução normativa que os transexuais podem requerer que conste seu nome social em seus documentos, medida que respeita a igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, sem fazer distinção por sua escolha sexual. Porém, vale ressaltar que essa medida não altera o nome do indivíduo, prerrogativa que tem que ser requerida em juízo.

A Portaria nº 233 de 18-05-2010, da Secretaria de Gestão de Pessoas e Relações do Trabalho no Serviço Público, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, estabelece que “fica assegurado aos servidores públicos, no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, o uso do nome social adotado por travestis e transexuais” (MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO..., 2010).

Também a Portaria nº 1.612 do Ministério da Educação, de 18 de novembro de 2011, autoriza o uso do nome social nas entidades de ensino, a fim de respeitar a cidadania, os direitos humanos, a diversidade, o pluralismo e a dignidade humana de travestis e transexuais (MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, 2011).

O Ministério da Saúde dispõe sobre o tema na Portaria nº 1.820, de 13 de agosto de 2009, em seu art. 4º, parágrafo único:

Art. 4º. [...]

Parágrafo único. É direito da pessoa, na rede de serviços de saúde, ter atendimento humanizado, acolhedor, livre de qualquer discriminação, restrição ou negação em virtude de idade, raça, cor, etnia, religião, orientação sexual, identidade de gênero, condições econômicas ou sociais, estado de saúde, de anomalia, patologia ou deficiência, garantindo-lhe:

I - identificação pelo nome e sobrenome civil, devendo existir em todo documento do usuário e usuária um campo para se registrar o nome social, independente do registro civil sendo assegurado o uso do nome de preferência, não podendo ser identificado por número, nome ou código da doença ou outras formas desrespeitosas ou preconceituosas; (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2009).

No mesmo viés, o Conselho Federal de Serviço Social admite, na Resolução CFESS 615, de 8 de setembro de 2011, que o assistente social utilize seu nome social em seu documento e assinatura profissional, acompanhados de seu número de registro do respectivo conselho (CONSELHO FEDERAL DE SERVIÇO SOCIAL, 2011). O Conselho Federal de Psicologia, baseando-se nos direitos fundamentais da CR/88, determinou no mesmo sentido do Conselho Federal de Serviço Social, na Resolução CFP nº 014/11 (CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 2011).

Também o Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (CNCD/LGBT), órgão da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, em sua Resolução nº 12, de 16 de janeiro de 2015, prevê que:

Art. 1º - Deve ser garantido pelas instituições e redes de ensino, em todos os níveis e modalidades, o reconhecimento e adoção do nome social àqueles e àquelas cuja identificação civil não reflita adequadamente sua identidade de gênero, mediante solicitação do próprio interessado.



Art. 2º - Deve ser garantido, àquelas e àqueles que o solicitarem, o direito ao tratamento oral exclusivamente pelo nome social, em qualquer circunstância, não cabendo qualquer tipo de objeção de consciência.

Art. 3º - O campo "nome social" deve ser inserido nos formulários e sistemas de informação utilizados nos procedimentos de seleção, inscrição, matrícula, registro de frequência, avaliação e similares.

Art. 4º - Deve ser garantido, em instrumentos internos de identificação, uso exclusivo do nome social, mantendo registro administrativo que faça a vinculação entre o nome social e a identificação civil.

Art. 5º - Recomenda-se a utilização do nome civil para a emissão de documentos oficiais, garantindo concomitantemente, com igual ou maior destaque, a referência ao nome social. (SECRETARIA DA DIREITOS HUMANOS, 2015).

O art. 8º da referida resolução dispõe que “A garantia do reconhecimento da identidade de gênero deve ser estendida também a estudantes adolescentes, sem que seja obrigatória autorização do responsável” (SECRETARIA DA DIREITOS HUMANOS, 2015). Ressalte-se que a Lei nº 8.069/1990, Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), é hierarquicamente superior às resoluções dos entes administrativos, e determina, em seu art. 21, que “O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil [...]” (BRASIL, 1990). O ECA também trata dos direitos fundamentais do menor nos seguintes artigos:

Art. 3ª A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Art. 15º A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

Art. 17º O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais

Art. 18: É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor. (BRASIL, 1990).

Assim, os direitos fundamentais referentes à liberdade, igualdade e dignidade, presentes na CR/88 e também conferidos aos menores são normas superiores, que devem ser respeitadas, inclusive, pelo ECA.

Em relação aos procedimentos para se retificar e/ou alterar o nome, insta salientar que este é um processo de jurisdição voluntária, pois, segundo o art. 719 do CPC/15, “Quando este Código não estabelecer procedimento especial, regem os procedimentos de jurisdição voluntária as disposições constantes dessa Seção” (BRASIL, 2015a). Assim, não há parte contrária e, conseqüentemente, não há lide. Há, apenas, um interesse privado, provocado pelo próprio interessado ou pelo Ministério Público, e, conforme dispõe o art. 720 do CPC/15, “o procedimento terá início por provocação do interessado, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, cabendo-lhes formular o pedido devidamente instruído com os documentos necessários e com a indicação da providencia judicial” (BRASIL, 2015a).

Portanto, não havendo conflito a ser solucionado, é dever do juiz avaliar e julgar o pedido do requerente, para que este altere algum estado jurídico de seu registro.

Ressalta-se que, para impetrar ação de retificação civil, o requerente deverá juntar certidões negativas em relação ao nome até então utilizado, a fim de proteger terceiros de qualquer fraude, bem como, no caso dos transexuais, comprovar por laudos médicos e psicológicos a disforia de gênero. Em seguida, o Ministério Público, em sua função de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indispensáveis, conforme disposto no art. 127 da CR/88, deverá dar seu parecer à alteração pretendida, conforme dispõe o art. 721 do CPC/15.

Por não existir lei própria que aborde a problemática da retificação de nome e gênero do transexual, ao proferir a sentença, é comum os magistrados se basearem nos direitos fundamentais, respeitando a liberdade, igualdade e dignidade do ser humano.

Juízes que concedem a retificação do nome a fundamentam no seguinte argumento, como expõe o desembargador Luis Carlos Gambogi:

No meu modesto entendimento, a sexualidade integra os direitos da personalidade, e como tal deve ser tratada. Penso, também, que não se legisla nem se decide contra a natureza das coisas. Reconhecida, pela literatura médico-científica, a condição da parte recorrente, não cabe ao intérprete negar, por meio de uma decisão judicial, a natureza das coisas. Na hipótese sob análise, após muito refletir, estou convencido de que o ânimo da parte é definitivo, o que afasta o risco de reversibilidade da medida. Não me parece crível nem plausível que a parte recorrente possa desistir de seu objetivo ou mesmo mudar de idéia. Negar-lhe o que pede, ao argumento de que não foi, ainda, submetida à cirurgia da transgenitalização, apenas prorroga o seu sofrimento. Estou em que a pessoa humana não pode ter os seus direitos fundamentais violados nem ver postergados, sem justificção racional, a sua efetividade. Ainda que a cirurgia dependa de outros fatores, como a autorização judicial e a definição de uma data, pelo SUS, permitir a modificação do seu nome, neste momento, objetiva

amenizar-lhe o seu iniludível sofrimento psíquico, que vem de longe. (MINAS GERAIS, 2013).

Sob essa ótica, é comum hoje, no Brasil, analisando-se as decisões judiciais prolatadas até o momento, que o transexual tenha seu prenome alterado independente de ter ele se submetido à cirurgia de redesignação do sexo. Como exemplo, tem-se o seguinte acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. TRANSEXUALISMO. TRAVESTISMO. ALTERAÇÃO DE PRENOME INDEPENDENTEMENTE DA REALIZAÇÃO DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL E À DIGNIDADE. CONFIRMAÇÃO DE SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU. ACOLHIMENTO DE PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SEGUNDO GRAU. A demonstração de que as características físicas e psíquicas do indivíduo, que se apresenta como mulher, não estão em conformidade com as características que o seu nome masculino representa coletiva e individualmente são suficientes para determinar a sua alteração. A distinção entre transexualidade e travestismo não é requisito para a efetivação do direito à dignidade. Tais fatos autorizam, mesmo sem a realização da cirurgia de transgenitalização, a retificação do nome da requerente para conformá-lo com a sua identidade social. Pronta indicação de dispositivos legais e constitucionais que visa evitar embargo de declaração com objetivo de questionamento. (RIO GRANDE DO SUL, 2009).

No trecho da decisão acima transcrito, observa-se que, mesmo não havendo, no ordenamento jurídico pátrio, nenhuma menção ao tratamento que se deve dar ao transexual, ainda assim há de se preservar os direitos fundamentais, previstos na CR/88, para que o transexual não tenha sua dignidade ferida por ter registro oposto à sua identidade de gênero.

Contudo, ressalta-se que, embora os tribunais sigam o entendimento de que há de se alterar o nome mesmo sem a realização da cirurgia de transgenitalização, ainda assim é possível que o magistrado indefira totalmente essa retificação de nome, sustentando sua decisão no fato de que não há lei que determine essa alteração. Pode ele também apenas retificar o nome após a mudança de sexo, utilizando-se de uma analogia não hermenêutica, tampouco constitucionalista democrática, segundo a qual seria juridicamente legal alterar o nome somente depois da cirurgia, considerando que unicamente dessa maneira o prenome ficaria em concordância com o sexo referente à genitália, afastando os estudos sobre sexo psicológico. Decisão nesse sentido, indeferindo alteração de nome e gênero, já ocorreu no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em 1997, pelos seguintes fundamentos:

Retificação no Registro Civil. Mudança de nome e de sexo. Impossibilidade. [...] O homem que almeja transmudar-se em mulher, submetendo-se a cirurgia plástica reparadora, extirpando os órgãos genitais, adquire uma ‘genitália’ com similitude externa ao órgão feminino, não faz jus à retificação de nome e de sexo porque não é a medicina que decide o sexo e sim a natureza. Se o requerente ostenta aparência feminina, incompatível com a sua condição de homem, haverá de assumir as conseqüências, porque a opção foi dele. O Judiciário, ainda que em procedimento de jurisdição voluntária, não pode acolher tal pretensão, eis que a extração do pênis e a

abertura de uma cavidade similar a uma neovagina não tem o condão de fazer do homem, mulher. Quem nasce homem ou mulher, morre como nasceu. Genitália similar não é autêntica. Autêntico é o homem ser do sexo masculino e a mulher do feminino, a toda evidência. (RIO DE JANEIRO, 1993).

Como já mencionado, o tema problema aqui analisado é recente, uma vez que há dez anos, conforme julgado acima transcrito, de 1997, não havia entendimento quanto à necessidade do Judiciário de adentrar na temática da identidade de gênero para proferir suas sentenças. Ademais, a necessidade de proteger o princípio da dignidade do indivíduo alcança sua singularidade, escolhas e identidade pessoal, deixando se ser mero pedido de retificação, para alterar o estado individual do transexual que não se adequa a seu sexo biológico e legal.

Sob o viés da proteção da dignidade humana ao se retificar o nome do transexual, expõe Schreiber:

Como se vê, a proteção da dignidade humana impõe urgente inversão na abordagem dos pedidos de modificação do nome: não é o seu acolhimento, mas a sua rejeição, que depende de “motivo suficiente”. Somente assim o direito ao nome pode assumir sua verdadeira vocação de direito da personalidade, atraindo para a esfera de autodeterminação pessoal não a mera questão do uso do nome, mas também a sua definição, como símbolo primeiro de identificação da pessoa. É sob essa perspectiva que o direito ao nome deve ser examinado. (SCHREIBER, 2013, p. 191).

Não só a retificação do nome se faz necessária no registro civil do transexual, mas também a do gênero<sup>9</sup>, tendo em vista que, se um for alterado e o outro não, haverá incompatibilidade de informações de um documento que detém fé pública. Ademais, tal incompatibilidade também fere o direito constitucional à dignidade, pois não somente sujeita o transexual a situações vexatórias, como não espelha a verdade em concordância com sua identidade de gênero.

Por esse motivo, o tópico a seguir tratará da alteração do gênero, sem que esta careça da cirurgia de transgenitalização.

#### **4.2 Restrições à liberdade de gênero**

Primeiramente, vale ressaltar que segundo a cultura vigente brasileira, a identidade do indivíduo, a admissão da pessoa no universo jurídico, bem como seu registro civil perante a sociedade são realizados com base em suas características biológicas, em seus órgãos sexuais, impondo-se, a cada um, a definição de ser homem ou mulher. Contudo essa definição se

---

<sup>9</sup> O campo “sexo”, em certidões civis, deve ser lido, também, como “gênero”, e por isso merece tal alteração. O Registro Público limita o sexo a características biológicas, contudo interpretações conforme os princípios elencados na CR/88 são suficientes para superar essa fixação em relação apenas à genitália.

condiciona apenas às características anatômicas, deixando-se de analisar as psicossomáticas, ou seja, aquelas relacionadas ao psicológico.

Nesse sentido, o registro civil do transexual não corresponde à sua realidade, visto que ele se caracteriza por ter uma identidade de gênero diversa de seu sexo biológico. Contudo, ao realizar a cirurgia de redesignação sexual, e somente após realizá-la, o transexual pode alterar seu gênero em seu registro civil, conforme dispôs, no REsp 737.993/MG, o Relator Ministro João Otávio de Noronha:

REGISTRO PÚBLICO. MUDANÇA DE SEXO. EXAME DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME NA VIA DO RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SUMULA N. 211/STJ. REGISTRO CIVIL. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO. DECISÃO JUDICIAL. AVERBAÇÃO. LIVRO CARTORÁRIO. (...) 4. A interpretação conjugada dos arts. 55 e 58 da Lei n. 6.015/73 confere amparo legal para que transexual operado obtenha autorização judicial para a alteração de seu prenome, substituindo-o por apelido público e notório pelo qual é conhecido no meio em que vive. 5. Não entender juridicamente possível o pedido formulado na exordial significa postergar o exercício do direito à identidade pessoal e subtrair do indivíduo a prerrogativa de adequar o registro do sexo à sua nova condição física, impedindo, assim, a sua integração na sociedade. 6. No livro cartorário, deve ficar averbado, à margem do registro de prenome e de sexo, que as modificações procedidas decorreram de decisão judicial. 7. Recurso especial conhecido em parte e provido. (BRASIL, 2009b).

Esse REsp tem sido utilizado como embasamento em todos os julgados em que o transexual pleiteia a alteração de nome e gênero, após realizada a cirurgia de alteração sexual.

Porém, é necessária a aplicabilidade dos direitos fundamentais ao transexual, independente se ele realizou ou não e se pretende ou não se submeter à cirurgia de redesignação sexual. Nesse sentido, o direito de personalidade, consagrado pelo direito civil e que tem seu embasamento nos direitos fundamentais, presentes na CR/88, visa à integridade física e psíquica do indivíduo, sem que este tenha que dispor de seu corpo ou de parte dele para ter seus direitos fundamentais resguardados.

A cirurgia de alteração da genitália é uma forma terapêutica que objetiva satisfazer a vontade do indivíduo de viver e se apresentar perante a sociedade, em todos os aspectos, conforme sua identidade de gênero. Assim é que a Resolução CFM nº 1.955/2010 dispõe sobre sua realização, conforme observado no capítulo 2.3. Mas nem todos os transexuais desejam se submeter a esse procedimento, tampouco deixam de ser considerados como tais por não pretenderem realizá-la. Ademais, o consentimento para essa cirurgia deve ser estritamente pessoal, não devendo o indivíduo ser constrangido a fazê-la para então, e tão somente, ter seu registro alterado no que tange ao gênero. Assim, expõe Vieira:

[...] o direito à busca do equilíbrio corpo-mente do transexual, ou seja, à adequação do sexo e prenome, está ancorado no direito ao próprio corpo, no direito à saúde e, principalmente, no direito à identidade sexual, a qual integra um poderoso aspecto da identidade pessoal. (VIEIRA, 1996, p. 118).

Assim, a (des)necessidade da cirurgia de redesignação sexual deve respeitar a vontade do indivíduo, para que este tenha sua dignidade resguardada e o princípio da liberdade respeitado, no que diz respeito a viver socialmente conforme sua identidade de gênero. Ademais, este último fator é resguardado pelo direito de personalidade, que protege, também, a integridade física e psíquica de qualquer pessoa.

Por integridade física entende-se a proteção do corpo e da mente, a fim de manter sua lucidez, rejeitando-se qualquer lesão que possa causar dano ao corpo humano, pela ótica fisiológica, anatômica e mental, cabendo a cada pessoa a ação aplicável à sua condição física, sem que ninguém a coaja (BITTAR, 2015). Nesse sentido, a cirurgia de transgenitalização não pode ser imposta pelo Estado como única alternativa de alteração do registro civil, uma vez que esse procedimento não altera somente a genitália, como também o psicológico de quem a ele se submete. Por isso, a cirurgia só pode ser realizada se autorizada pelo próprio transexual, em prol de sua higidez física e mental, como expõe Bittar:

De grande expressão para a pessoa é também o direito à integridade física, pelo qual se protege a incolumidade do corpo e da mente. Consiste em manter-se a higidez física e a lucidez mental do ser, opondo-se a qualquer atentado que venha a atingi-las, como direito oponível a todos. (BITTAR, 2015, p. 129).

Em relação à integridade psíquica, esta tem seu bem jurídico protegido pelo princípio fundamental da liberdade, de se expressar conforme sua identidade de gênero, sem que ocorra discriminação caso a identidade pessoal não se enquadre no binarismo imposto pela sociedade. Também se entende como integridade psíquica a prerrogativa de se desenvolver em sociedade, com proteção estatal às características fundamentais à personalidade humana (BITTAR, 2015).

Nesse sentido, a integridade psíquica se opõe a qualquer meio que tente alterar ou inibir a vontade de qualquer indivíduo, bem como àquelas ações praticadas pelo Estado para que a pessoa se enquadre na sociedade. Assim é que impor a cirurgia de redesignação para que o transexual tenha seu gênero alterado no registro civil, fere a integridade psíquica e, conseqüentemente, o direito à personalidade, liberdade e dignidade. Explana Bittar:

Não parece adequado que a pessoa humana e sua dignidade sejam cercadas em sua forma de expressão, pelo simples fato de estarem dispostas a praticas diversas daquelas majoritariamente predominantes. Por isso, cirurgias de intervenção e correção para mudança ou adequação de sexo têm fortes ingredientes pessoais psicológicos, orgânicos, ideológicos, sociais e familiares que não incube ao Estado controlar, devendo sim salvaguardar a proteção, a retidão e os cuidados de saúde necessários para o bom atendimento das finalidades cirúrgicas. Trata-se de uma

questão de saúde, mais do que uma questão de intervenção estatal para regulamentar aquilo que mais parece uma ingerência na esfera da autonomia individual [...] (BITTAR, 2015, p. 137).

Então, cabe ao Estado a proteção dos direitos fundamentais, para que cada indivíduo se desenvolva conforme sua identidade de gênero, para que tenha sua dignidade resguardada. Outrossim, é direito inerente a qualquer indivíduo ter uma identidade, pois esta constitui a relação entre a pessoa e a sociedade. É a identidade que detém informações capazes de distinguir cada indivíduo em sua particularidade, como nome e gênero, sendo esses símbolos determinantes para a inserção da pessoa na sociedade.

Ademais, os dados contidos no registro civil se vinculam com o sexo biológico de seu portador, presumidamente imutável, bem como com o papel social que este deve desenvolver. A esse respeito, ressalte-se que o transexual possui identidade de gênero diversa do sexo legal e biológico, e, portanto, tem um registro civil que não espelha sua realidade, tão somente se limita a uma ficção jurídica (PERES, 2001).

O registro civil presume veracidade. Um registro que contenha informações que não se adequam à vida de quem o possui é um registro falso, que padece de retificação. Não somente o nome merece ser alterado no registro, mas também o gênero, considerando que este é essencial para o desenvolvimento humano e, por isso, não pode ser considerado imutável.

Em relação ao nome, ele pode ser modificado para melhor identificar o indivíduo, e para que este realize seu livre desenvolvimento pessoal e social, desde que esse nome não ofereça insegurança a terceiros. Analogicamente, o gênero no registro civil também deve ser alterado (SCHREIBER, 2013). A identidade pessoal, portanto, pode não corresponder ao sexo legal, alterando-se conforme o indivíduo se desenvolve, e o registro civil deve acompanhar esse dinamismo, a fim de promover a dignidade da pessoa humana por sua apresentação social.

Sobre essa temática, a Procuradoria Geral da República propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275, em 2009, com fundamento em que a não alteração de prenome e gênero no registro civil do transexual fere os princípios fundamentais, previstos na CR/88, da dignidade, da proibição da discriminação odiosa, da igualdade e da liberdade. A PGR aduziu como outro fundamento a existência de lesão aos preceitos fundamentais do transexual no que tange à alteração de seu registro, argumentando que esta não é mera omissão, mas descumprimento do imposto por esses direitos (BRASIL, 2009c).

Com o mesmo entendimento, foi impetrado, em 2012, o Recurso Extraordinário nº 670.422, que versa sobre a possibilidade de alteração de gênero no assento de registro civil de

transexual, mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo (BRASIL, 2012).

O presente RE apresenta repercussão geral e está sendo julgado em conjunto com a ADI nº 4275. Tais ações, de controle de constitucionalidade, se baseiam na incompatibilidade entre a alteração do nome mas não do gênero no registro civil do transexual, uma vez que este ainda está condicionado à cirurgia de transgenitalização. Indicam que tal exigência fere os princípios da liberdade, igualdade, intimidade, identidade e dignidade humana, além de ser um empecilho para o livre desenvolvimento da pessoa em sociedade, por não ter sua identidade de gênero respeitada. Ademais, quando o Estado mantém esse entendimento, ofende não só os princípios fundamentais já elencados, como também o da saúde, tendo em vista ser a cirurgia de neofaloplastia ainda realizada a título experimental, além de o sexo não ser determinado apenas por fatores biológicos.

Ainda sobre o RE nº 670.422 (tema 761), as questões apreciadas extrapolam os interesses particulares das partes litigantes, lançando-se, portanto, sobre um número indeterminado de indivíduos que pleiteiam a adequação do registro civil à sua identidade sexual. Na referida ação, o Ministro Relator Dias Toffoli identificou, a favor da concessão da retificação, os princípios da personalidade, incluída a autonomia privada, intimidade e dignidade da pessoa humana e, pelo lado adverso, ou seja, contrária à permissibilidade, os princípios da publicidade e da veracidade dos registros públicos, em sentido estrito (BRASIL, 2014).

Também o representante do Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (ANIS), do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), a Procuradoria Geral da República, a Defensoria Pública da União e advogados que representam o movimento Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT) sustentaram no RE nº 670.422 a necessidade da alteração do registro do gênero, sem condicioná-lo à cirurgia de transgenitalização, sob o fundamento de que essa alteração é uma necessidade do transexual, não apenas uma preferência ou escolha. Ademais, apenas com seu registro adequado conforme sua identidade de gênero, esse indivíduo será digno de respeito, o que diminuirá a transfobia, que pode acarretar agressões e assassinatos. Também dispuseram que a anotação do gênero “transexual” no registro tem cunho discriminatório, ferindo a intimidade e dignidade do transexual, que merece respeito por sua condição de pessoa humana.

Tomando-se por acertada a identificação dos princípios colidentes realizada pelo STF, aplicando-se a regra do sopesamento para sua solução, demandar-se-á certo empenho na



enunciação dos argumentos a fim de justificar a prevalência dos princípios da personalidade, intimidade e dignidade da pessoa humana sobre os que com eles conflitam.

Em relação ao princípio da identidade, pode ele ser classificado como o direito de manter fora do conhecimento público informações que só à pessoa interessam, que pode ser oposto não somente ao Estado, como inclusive aos particulares.

Portanto, os princípios da personalidade, intimidade e dignidade da pessoa humana são de valor essencial para a evolução da personalidade individual, por afetarem tão somente a identidade privada do indivíduo, alcançando, no máximo, pessoas com quem mantém um relacionamento próximo, sendo de reduzida ou de nenhuma relevância os pontos de contato com interesses afetos à coletividade.

Logo, os direitos assegurados por tais princípios só justificam sua restrição em determinadas situações, quando ela afetar um número indeterminado de pessoas de uma coletividade, o que não é o caso do direito à adequação do registro civil do transexual à sua identidade de gênero, que desencadeia modificações jurídicas unicamente de ordem pessoal, como expõe Garcia:

Nessa linha, assumirão relevância social os acontecimentos que, inicialmente afetos à vida privada, transcendam a individualidade que a originou, quer em decorrência de uma violação à ordem jurídica [...], quer pelo simples fato de a ordem jurídica considerá-los relevantes à coletividade. (GARCIA, 2008, p. 394).

Pode-se concluir, portanto, que os princípios da personalidade, da autonomia e da intimidade são incorporados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, servindo este como fundamento daqueles, e entendido como supraprincípio a ordenar todo o sistema jurídico-constitucional. Assim deve ser considerado porque não busca somente a salvaguarda da incolumidade física do ser humano, extrapola o critério corpóreo e busca preservar, dessa forma, o pleno desenvolvimento físico, intelectual e moral do indivíduo, de modo a garantir-lhe uma existência ampla e decente (GARCIA, 2008). Assim entende Garcia:

O conceito, no entanto, deixa claro que a noção de dignidade não se limita a proteger o homem em sua expressão corporal, evitando seja concebido como um mero objeto: a proteção deve se estender à multiplicidade de formas em que se manifesta a sua condição humana. (GARCIA, 2008, p. 134).

Em julgado já mencionado no presente trabalho, sobre a retificação de registro de transexual, o Desembargador Luis Carlos Gambogi ensinou que a norma jurídica é construída por princípios e regras, e há de ser interpretada em cada caso, utilizando-se, também, da hermenêutica e princípios fundamentais presentes na CR/88, pois, apenas assim, há de se garantir os direitos fundamentais a cada indivíduo:

Não obstante o disposto no art. 57, da Lei 6.015/ 73, penso que ordenamento jurídico não é uma obra terminada, estática, imobilizante; ao contrário, é obra em que se presume que o ambiente social e histórico a renove, a atualize, a oxigene, dê-lhe vida através da permanente, profícua e assídua interpretação. Isto não significa que o intérprete a possa interpretar ao seu alvedrio, como queira, esvaziando do texto legal o seu caráter social, lingüístico, institucional e ideológico. É de todo inaceitável uma interpretação contra legem; é sempre benvinda uma interpretação praeter legem, se houver a necessidade de se adaptar a lei à realidade fática, social e histórica. “Soberana não é a lei, é a vida”- ensinou o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, do STJ. Ciência é abstração, vida é vida! Às vezes, é necessário que a lei se dobre ante a realidade porque o Direito tem compromisso com a realidade; deve satisfação às exigências de justiça que nascem da realidade. Por isso, mesmo que a forma continue intocada, para que continue justa, deve a lei, através da revolução inocente que produz a interpretação, curvar-se aos elementos fáticos impostos pela realidade. (MINAS GERAIS, 2013).

Nessa seara, ao se deparar com o pedido de alteração de sexo legal, o magistrado deve decidir o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios jurídicos, bem como atender aos fins sociais e promover o bem comum, como exposto nos arts. 4º e 5º do Decreto-Lei nº 4.657/42 (BRASIL, 1942).

A autoafirmação de uma identidade de gênero e seu reconhecimento pela sociedade e pelo Estado encerram a realização da dignidade, e o indivíduo, por ser foco central do direito, deve ter sua dignidade resguardada acima de todos os outros direitos. A CR/88 dispõe sobre os princípios fundamentais inerentes ao ser humano, e estes devem ser utilizados para respaldar os direitos pretendidos pelos transexuais. Por isso, conservar o sexo legal no registro civil do indivíduo que, por sua realidade biológica, tem identidade de gênero oposta, é manter um equívoco nesse registro, deixando de reconhecer os direitos desse transexual.

Ademais, o estereótipo de homem e mulher é uma construção social, fugindo do padrão tudo aquilo que não se encaixa nessa predeterminação. Assim, cabe ao Estado realizar a justiça em prol do bem comum e individual, uma vez que os princípios fundamentais são inerentes a qualquer ser humano, independente de sua identidade de gênero, orientação sexual e expressão da sexualidade.

### **4.3 (In)Aplicabilidade dos direitos fundamentais em casos concretos**

Após adentrar no estudo e análise dos direitos fundamentais inerentes a todos os seres humanos, bem como na necessidade de retificação do registro civil do transexual, no que tange ao nome e gênero, faz-se necessário ilustrar a (in)aplicabilidade desses direitos em dois casos concretos a seguir expostos e analisados.

O primeiro caso apresentado se refere à Apelação Cível nº 70013909874, julgada pela Sétima Câmara Cível da comarca de Porto Alegre (RIO GRANDE DO SUL, 2006). Trata-se

de transexual que pleiteou a retificação de prenome e gênero, de masculino para feminino, em seu registro civil, com embasamento nos princípios fundamentais da legalidade e da dignidade da pessoa humana, mas que teve requerimento negado em primeira instância e, por isso, recorreu ao Tribunal de segunda instância.

A Desembargadora Maria Berenice Dias, relatora da referida ação, votou por prover integralmente o pedido, uma vez que a inconformidade do registro civil com a identidade de gênero provoca distúrbio psicológico, conseqüentemente, interferindo de forma negativa no bem-estar físico, psíquico e social do indivíduo. Ademais, enfatizou que a adequação do registro é meio de garantir a saúde mental e física do transexual, acrescentando que a não retificação afronta os princípios constitucionais, bem como infringe os direitos humanos. A relatora julgou desnecessária a apresentação do que poderia comprovar o vexame vivido pelo requerente, uma vez ser do conhecimento de todos os constrangimentos vivenciados diariamente por pessoas que possuem seu registro civil em desconformidade com sua identidade pessoal.

O Ministério Público se manifestou pela alteração do prenome, mas para a inclusão da expressão “sexo feminino por transexualismo” até a realização da cirurgia de alteração do sexo.

Em contrapartida, a relatora expôs que ressaltar a condição de transexual no registro civil sujeita o indivíduo a discriminações e preconceitos, além de ter cunho discriminatório. Ademais, apenas o interessado à retificação pode admitir que constem essas informações em seu registro civil. Também recordou em seu voto a decisão da Apelação Cível nº 70006828321, da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça também do Rio Grande do Sul, que retificou nome e gênero no registro do transexual, mantendo tais informações em segredo de justiça.

O Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, por sua vez, votou pela retificação do nome, mas não do gênero, sob a alegação de que o requerente, embora se submetesse a acompanhamento multidisciplinar do Hospital das Clínicas, ainda não havia realizado a cirurgia de transgenitalização, tendo seus órgãos fisiológicos ainda masculinos, mesmo que psicologicamente se entendesse como mulher. Ademais, informou que sem a cirurgia o indivíduo ainda estaria em perfeito desempenho da função reprodutora própria de seu sexo de origem, podendo até mesmo fecundar uma mulher. Ao final, alegou que o único documento a ser apresentado socialmente é a carteira de identidade, e que por essa não constar o gênero, seria desnecessária essa alteração sem a cirurgia, considerando que o transexual não passaria por nenhuma situação vexatória.

Por sua vez, o Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves se limitou a afirmar que autorizava a troca de nome, mas não a de sexo, sob a alegação de que o transexual não é mulher.

A Relatora, ao final, se manifestou novamente, informando aos demais colegas que, devido aos tratamentos hormonais já realizados pelo requerente, ele não poderia mais procriar. E, apesar de ter se expressado anteriormente sobre o cunho discriminatório de se inserir o gênero como transexual no registro, sugeriu essa opção, por entender que permanecer com o gênero masculino seria incabível na presente situação. Nesses termos, os outros Desembargadores aceitaram a sugestão e, por maioria, deram parcial provimento ao recurso, retificando apenas o nome conforme requerido pelo autor.

No caso em tela, observa-se que a Relatora entendeu ser o aspecto psicológico o definidor da identidade de gênero de qualquer indivíduo, diferentemente de seus colegas, tendo em vista que um deles se preocupou em não alterar o gênero, por considerar que o transexual poderia fecundar uma mulher e ser uma “mulher pai”, enquanto outro nem sequer expôs os fundamentos jurídicos ou biológicos para tal retificação.

Conforme exposto ao longo do presente trabalho, o indivíduo transexual nasce em sua forma biológica perfeita, mas sua identidade de gênero apresenta ser do sexo oposto ao legal/biológico. Ademais, seria estreito o entendimento de que o gênero limita-se apenas à genitália, desconsiderando-se o sexo psicológico.

Assim é que os Desembargadores que votaram pela não retificação do gênero feriram o princípio constitucional da liberdade, tendo em vista que todo indivíduo tem o direito de se manifestar da forma como enxerga a si mesmo. Feriram, também, o direito à dignidade, ao afirmarem em seus votos que ter nome e gênero opostos no registro não traz qualquer prejuízo vexatório ao indivíduo.

Ora, o transexual que tem o nome retificado conforme sua identidade pessoal e permanece com o gênero inalterado não é passível de viver situações vexatórias? Ademais, não só o documento de identidade é exigido na vida social, mas também a carteira de trabalho, por exemplo, obrigatória na maioria dos empregos. Assim, não sofreria nenhum tipo de vexame o transexual que, por exemplo, tivesse que explicar sua situação ao empregador por ter nome diverso ao gênero em seu documento de trabalho? Não teria seu princípio da dignidade ferido?

Nesse sentido, adequando-se ao padrão estabelecido pela sociedade, de que o gênero se apresenta apenas conforme as características biológicas, dois dos desembargadores que julgaram o caso em tela optaram por omitir os direitos fundamentais do transexual, que não se enquadra no binarismo cultural, ferindo seu direito a ter uma vida digna, com documentos que representem sua identidade de gênero.

Ademais, é fundamental a dignidade da pessoa humana, e esta se impõe sobre os poderes da República. Assim, Figueiredo alude que:

A presunção, todavia, será sempre favorável à solução concreta que melhor reflita o respeito à dignidade humana pois, se a finalidade última do ato de julgar consiste em fazer justiça, pode-se dizer que uma decisão que negue a dignidade humana é imoral e juridicamente insustentável. (FIGUEIREDO, 2007, p. 58).

O segundo caso que merece atenção é o Recurso Extraordinário nº 845779, de repercussão geral, que apresenta a seguinte ementa:

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 precípua das Cortes Constitucionais contemporâneas –, bem como por não se tratar de caso isolado. (BRASIL, 2015b).

O recurso em tela se deu em virtude de um transexual tentar utilizar o banheiro feminino de um shopping e ser impedido por seguranças do local, por não ser mulher. Em consequência, o transexual não conseguiu controlar suas necessidades fisiológicas e as fez em suas vestes, sob o olhar das demais pessoas que transitavam pelo local.

Em primeira instância, o recorrente ganhou danos morais de R\$ 15.000,00, mas o acordão da apelação interposta pela ré entendeu não haver dano moral, pois o funcionário do shopping apenas solicitou que o transexual não utilizasse o banheiro feminino, sem que isso causasse qualquer prejuízo psíquico. O Recurso Extraordinário buscou nos princípios fundamentais presentes na CR/88 o respaldo legal para o pedido do transexual, especialmente no princípio da dignidade. Na análise do recurso, discutiu-se “se a abordagem de transexual para utilizar banheiro do sexo oposto ao qual se dirigiu configura ou não conduta ofensiva à dignidade da pessoa humana e a direitos da personalidade [...]” (BRASIL, 2015b, p. 7).

Conforme exposto ao longo deste trabalho, observa-se que o presente caso aborda algumas questões inerentes não apenas ao transexual, mas ao ser humano, a seguir analisadas.

O indivíduo que tem sua identidade de gênero oposta ao seu sexo biológico/legal merece ter sua identidade pessoal reconhecida pela sociedade e terceiros, a fim de ter sua dignidade resguardada? No presente RE, os funcionários do shopping deveriam autorizar a utilização do banheiro feminino pelo transexual, fazendo valer o direito à igualdade? A minoria transexual deve ter os direitos fundamentais resguardados no que tange à aplicação desses direitos perante a sociedade?

É certo que o direito à identidade pessoal e à identidade de gênero não encontram previsão expressa no ordenamento jurídico. Contudo, ao se fazer uma análise hermenêutica, essas questões se vinculam ao direito da personalidade, que protege o livre desenvolvimento do indivíduo, salvaguardando sua integridade física e psíquica.

Ainda sobre o respeito à identidade pessoal, resguardada pelo direito à dignidade, igualdade e não discriminação, é função do Estado agir de forma a eliminar as desigualdades que colocam o transexual em situação inferior, podendo resultar de constrangimento social embasado no sistema binário preestabelecido.

#### **4.4 Direito do transexual *versus* direito de terceiro**

Ao se adentrar na questão sobre a supremacia dos direitos dos transexuais, se comparados com os direitos de terceiros, é necessário, em primeiro momento, abordar alguns direitos, quais sejam: privacidade, intimidade e segredo.

Sobre o direito à privacidade, conforme exposto pelo art. 5º, X, da CR/88, “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas [...]” (BRASIL, 1988), e também o art. 21 do CC/02, “A vida privada da pessoa natural é inviolável [...]” (BRASIL, 2002). Esse direito não se limita à vida íntima do indivíduo, mas também corresponde a seus dados pessoais. Nesse sentido, é defesa a intervenção de terceiro, e até mesmo do Estado, em tudo aquilo que se entende como vida íntima e particular.

Pode-se dizer que o dado pessoal corresponde à genética, saúde, características físicas e demais informações próprias de cada indivíduo. Esses dados só podem ser alterados e utilizados com a anuência de seu portador, pois, se manipulados por terceiros, há violação e invasão da privacidade (SCHREIBER, 2013). Além de haver previsão legal que proíba a intervenção de terceiro na vida privada, a exposição de dados particulares pode ferir outros direitos, como o direito à honra e à dignidade. Sobre essa temática expõe Schreiber:

Em uma sociedade caracterizada pelo constante intercâmbio de informações, o direito à privacidade deve se propor a algo mais que àquela finalidade inicial, restrita à proteção da vida íntima. Deve abranger também o direito da pessoa humana de manter o controle sobre os seus dados pessoais. Mais sutil, mas não menos perigosa que a intromissão na intimidade doméstica de uma pessoa, é a sua exposição ao olhar alheio por meio de dados fornecidos ou coletados de forma aparentemente inofensiva, [...]. O uso inadequado desses dados pessoais pode gerar diversos prejuízos ao seu titular. (SCHREIBER, 2013, p. 135-136).

Assim, a finalidade do direito à privacidade é afastar a intromissão de terceiro na vida privada de um indivíduo, para que essa interferência não lesione os direitos fundamentais desse indivíduo e de qualquer outra pessoa.

Sobre o direito à intimidade, ele diz respeito ao resguardo pessoal, psicológico e todos aqueles inerentes à formação individual de uma pessoa. Ademais, é um instrumento utilizado para defender da intromissão alheia o direito da personalidade no que tange à sua privacidade. Segundo Bittar (2015), esse direito tem cunho psíquico, que visa proteger a vida íntima da pessoa, em tudo aquilo que a torna ser humano.

Em relação a seu alcance, o direito à intimidade protege aspectos da personalidade que seu detentor não pretende que sejam de conhecimento social ou de terceiros; dessa forma, nenhuma pessoa pode interferir na personalidade de outra, sem que esta o permita. Adentrar na intimidade de alguém sem sua permissão constitui infração constitucional, prevista no art. 5º, X, da CR/88. Nesse sentido, o direito à intimidade não só tem previsão legal constitucional, como confere respeito ao direito da personalidade, uma vez que este possui caráter individual e particular.

Interligado a esse direito, encontra-se o direito ao segredo, também de cunho psíquico, que envolve a segurança a elementos presentes na consciência, com fins de interesse pessoal. Difere do direito à intimidade na medida em que este tem abrangência mais ampla no que diz respeito à vida privada, enquanto aquele se refere a circunstâncias mais específicas, conscientes, que o interessado não pretende expor (BITTAR, 2015).

Adentrando na temática do transexual, ao realizar a cirurgia de redesignação sexual, o indivíduo trans pleiteia a retificação de seu registro civil em relação a nome e gênero. Contudo, como já mencionado na análise do REsp 737.993/MG, “No livro cartorário, deve ficar averbado, à margem do registro de prenome e de sexo, que as modificações procedidas decorreram de decisão judicial” (BRASIL, 2009b). Observe-se que tal anotação viola a privacidade, intimidade e segredo do indivíduo que teve seu registro alterado, evidenciando tais informações que, via de regra, são desnecessariamente expostas à sociedade.

Importante ressaltar que a convivência social não é amparada somente pela identidade pessoal do indivíduo, mas com base no que é construído a partir de dados coletados de modo aleatório, como, por exemplo, informações contidas no registro civil. Então, ao fazer anotações sobre o transexual em seu registro, em vez de este desfrutar dos direitos à liberdade, igualdade e dignidade, bem como ser tratado socialmente conforme sua identidade do gênero, ele será marginalizado por não ser homem nem mulher, mas transexual, fugindo do binarismo preestabelecido pela sociedade.

Em direção oposta, alguns autores alegam que a anotação no registro civil do transexual é necessária a fim de proteger a sociedade de qualquer fraude, principalmente em relação ao matrimônio. Schreiber analisa a proposta de conter tais informações pertencentes ao indivíduo transexual em seu registro civil:

Quem defende a proposta alega uma suposta necessidade de proteger terceiros que venham a contrair vínculo familiar com o transexual, sustentando que tais pessoas teriam o “direito” de saber da alteração do sexo biológico. O argumento não prospera. Primeiro, porque a medida, a pretexto de informar o terceiro que venha a estabelecer vínculo familiar com o transexual, acaba dando publicidade ampla e irrestrita à alteração de sexo. Segundo, porque não compete ao legislador presumir que a prévia alteração do sexo biológico é circunstância que traz ao projeto familiar comum risco maior que outras tantas circunstâncias cuja publicidade não é exigida pelo projeto de lei e pela sociedade. 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 com ela 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 do sexo biológico. (SCHREIBER, 2013, p. 159).

Não apenas Schreiber (2013), mas também outros autores dispuseram sobre o tema. Diniz entendeu que a adequação sexual deve ter averbação sigilosa, a fim de proteger o indivíduo transexual de um vexame que pode resultar de seu estado anterior, ademais, a não exposição de certas informações é necessária para que esse indivíduo se integre à sociedade (DINIZ, 2006, p. 301). Moraes considerou o interesse privado prevalecente, aduzindo que no registro apenas deveriam constar o sexo e prenome escolhidos pela pessoa, sem outras informações que remetessem a esses estados (MORAES, 2000, p. 123). Vieira expôs que, nos casos dos transexuais operados, o indivíduo estaria exercendo seu direito, sem ofensa a terceiros, uma vez que a genitália estaria de acordo com seu registro (VIEIRA, 1996, p. 120) e que, em se tratando do casamento:

Deve-se deixar a cargo do transexual a liberdade de informar ao outro cônjuge sua condição, pois não seria correto compeli-lo a confidenciar algo pessoal. Não deve o legislador intervir nessa autonomia, entretanto, o transexual que dissimulou sua condição deverá responder por sua omissão. (VIEIRA, 1996, p. 139).

A mesma autora, em 2008, dispôs que os direitos dos transexuais e de terceiros estariam mais resguardados se a informação da retificação, por ser o indivíduo transexual, constasse do livro de registro civil, mas somente dele, considerando se tratar da alteração de um estado da pessoa e merecendo, por isso, sua averbação. Também argumentou que nos demais documentos não deveria constar nada que aludisse à transexualidade, com exceção da certidão de nascimento, que deveria conter, no campo de alterações e averbações, a informação de que



houve alteração do registro, mas sem detalhes que constrangessem o indivíduo (VIEIRA, 2008, p. 299). Dias (2016) entende que o direito à intimidade só é respeitado em casos em que a sentença proíba a publicação de qualquer alteração do registro civil do transexual, bem como naqueles em que haja a retirada de certidões que façam referência ao estado anterior do transexual. A autora também afirma que, para proteger a identidade pessoal do transexual, ela tem que ser assegurada conforme sua identidade de gênero, e que qualquer menção em seu registro fere seu direito de personalidade e demais direitos e garantias individuais garantidos pela CR/88 (DIAS, 2016, p. 246).

Após o exposto ao longo deste trabalho, entende-se que o direito à dignidade deve ser respeitado como máxima do ordenamento jurídico, sendo a anotação da retificação motivo suficiente para expor o transexual a situação difamante. Ademais, a retificação não altera o estado do transexual, mas como o próprio nome expressa, apenas retifica um erro causado por uma genitália que não se adequa à identidade pessoal do indivíduo.

Conforme exposto por Giddens, a intimidade, sendo ela sexual ou não, é o compromisso da democracia, uma vez que a autonomia diz respeito à realização pessoal, e apenas quando se encontra realizado, o indivíduo poderá desfrutar de tratamento igualitário perante a sociedade. Ainda, é dever da sociedade respeitar a identidade de cada pessoa, caracterizando-se, assim, a democracia (GIDDENS, 1993, p. 205-206).

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa teve como objetivo demonstrar que, somente quando satisfeitas as condições de igualdade entre os transexuais e os demais indivíduos, alcançar-se-á a pacificação social. Para tanto, estabeleceu-se uma correlação entre o regime democrático, os direitos fundamentais e os transexuais, tomando-se emprestado diversos conceitos fornecidos pela doutrina.

De início, considera-se a necessidade de desconsiderar como patologia a chamada disforia de gênero, uma vez que, conforme exposto, a identidade de gênero advém do psicológico e não dos órgãos genitais e, independente da convivência em meio social ou qualquer tratamento médico a que o transexual se submeta, sua identidade de gênero não será alterada, vez não padecer de nenhuma enfermidade. Ademais, garantir liberdade à identidade de gênero é respeitar o direito de personalidade de cada indivíduo, independente se este pretende ou não realizar intervenções cirúrgicas e/ou terapias hormonais para adequação de seu corpo ao seu gênero autopercebido.

Sobre o direito de personalidade, este protege a essência do ser humano, bem como o dignifica. Desse modo, desrespeitar qualquer direito que remeta à personalidade de um indivíduo, seja referente à sua integridade física e psicológica, liberdade, privacidade e todos os demais que formam o ser humano na sua essência e como se expressa perante à sociedade, seria o mesmo que desrespeitar o princípio constitucional da dignidade, elemento fundamental que deve servir como base para elaboração e aplicação das normas brasileiras.

Ademais, ressalta-se que o direito de personalidade tem caráter necessário, ou seja, é inerente a todo ser humano apenas pelo fato de existir, bem como se expressa de maneira absoluta, obrigando que tanto o Estado quanto a sociedade respeitem os direitos de outrem.

Em relação a tratamentos terapêuticos, considera-se desnecessária a cirurgia de redesignação sexual para que o transexual tenha seu registro civil alterado, vez que sua identidade de gênero advém do psicológico, e não da genitália. Contudo, há de se respeitar a autodeterminação do transexual sobre seu corpo, podendo ele se submeter ou não à cirurgia de troca de sexo para melhor se adequar à sua identidade de gênero.

Também é necessário interpretar a Constituição da República de 1988 a partir de casos concretos, para que os direitos fundamentais nela elencados satisfaçam os anseios da sociedade, sem marginalização da minoria transexual. Há de se utilizar, especialmente nos casos dos transexuais, de uma análise hermenêutica e equitativa, a fim de favorecer o ser humano e resguardar seus direitos fundamentais, bem como o direito de personalidade. Nesse sentido, o

presente trabalho buscou apresentar a relação entre os institutos da democracia e da república, de modo a explicitar a busca pelo bem comum, ou seja, da vontade geral, ainda que não represente a vontade da maioria. Isso significa que a democracia, como regime da soberania da vontade popular, não reflete um poder de decisão ilimitado do povo, mas encontra limites estabelecidos pelo próprio Direito, com o objetivo de proteger os grupos minoritários. Como consequência, os direitos fundamentais, indissociáveis, hoje, da democracia moderna, têm como uma de suas funções a limitação do poder do governante.

Entre os direitos fundamentais constitucionalmente previstos, destacam-se os da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana. E, embora os direitos fundamentais como todo tenham como característica a universalidade, estes, de forma isolada, não se mostram como medida suficiente a assegurar aos transexuais uma participação efetiva no processo democrático, tendo em vista que não são respeitados. Logo, percebe-se que são necessárias ações positivas do Estado para regular tanto as relações entre ele mesmo e as minorias, e entre estas e os demais indivíduos que compõem a sociedade.

Dessa forma, a fim de se garantir o livre exercício de direitos pelos transexuais e o fortalecimento de sua identidade de grupo, é necessária uma atuação positiva por parte do Estado, pois, tão somente a partir da participação dos grupos minoritários no processo político em condições reais de igualdade se torna possível a realização da democracia em sua concepção moderna.

A sociedade deve ser aberta e pluralista, a fim de aceitar o livre desenvolvimento de qualquer indivíduo, sem que este padeça de preconceito por não se expressar conforme o binarismo de gênero preestabelecido culturalmente. Ademais, interpretar a Constituição de acordo com os anseios do cidadão propicia que cada indivíduo desenvolva sua identidade pessoal, conferindo-lhe a dignidade, máxima do ordenamento jurídico pátrio.

No que se refere à adequação de prenome e gênero no registro civil, considera-se esse não como alteração, mas apenas como retificação daquilo que foi grafado erroneamente por características biológicas de determinado gênero presentes no corpo de alguém que tem identidade de gênero oposta.

Contudo as questões legais são complexas, e apenas alterar o registro não resolverá o problema do preconceito vivido pelo transexual. Julgados com repercussão geral sobre o tema vêm sendo estudados pelo Judiciário, a fim de estabelecer um parâmetro para futuras ações que pleiteiem a retificação de prenome e gênero daquele que não tem sua identidade de gênero acorde com o sexo biológico/legal.

Também é dever do Estado assumir a posição de validar o reconhecimento jurídico da identidade pessoal em meio social, para que o transexual não apenas tenha seu registro retificado, mas que, também, possa ser respeitado em meio social, fazendo-se valer da liberdade da expressão sexual, da igualdade de ser tratado conforme sua identidade de gênero e dignidade para suas realizações pessoais, tenham elas cunho sexual ou não.

Ademais, o direito de personalidade, que ratifica os direitos fundamentais explanados, tem a finalidade de preservar o indivíduo em suas relações existenciais e promovê-lo na esfera social e pessoal, resguardando sua dignidade contra qualquer atentado estatal ou social. Ora, se o Brasil é um Estado Democrático de Direito, a dignidade do ser humano deve ser o cerne do Judiciário, da política e da sociedade.

Então, reconhecer os direitos fundamentais do transexual, tratando-o sem qualquer forma de preconceito, é garantir-lhe o livre desenvolvimento de sua personalidade, autonomia da vontade e intimidade da vida privada. Assim, considerando que as leis são elaboradas por homens, estes devem aplicá-las de forma analógica e hermenêutica a fim de suprir as necessidades da minoria transexual.

## REFERÊNCIAS

- ABREU, Martha; SOIHET, Rachel (Org.). **Ensino de história: conceitos, temáticas e metodologia**. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2003.
- ALEXY, Robert. A dignidade humana e a análise da proporcionalidade. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (Org.). **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Florianópolis: Qualis, 2015a. p. 13-38.
- ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. (Coleção Filosofia do Direito).
- ALEXY, Robert. Não positivismo inclusivo. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (Org.). **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Florianópolis: Qualis, 2015b. p. 303-317.
- ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. (Coleção Teoria & Direito Público).
- AMARAL, Sylvia Mendonça do. **Manual Prático dos Direitos de Homossexuais e Transexuais**. São Paulo: Edições Inteligentes, 2003.
- AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION – APA. **Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais – DSM-5**. Tradução de Maria Inês Corrêa Nascimento et al. Porto Alegre: Artmed, 2014. Disponível em: <<http://c026204.cdn.sapo.io/1/c026204/cld-file/1426522730/6d77c9965e17b15/b37dfc58aad8cd477904b9bb2ba8a75b/obaudoeducador/2015/DSM%20V.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2017.
- ARAUJO, Luiz Alberto David. **A Proteção Constitucional do Transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.
- ARENDDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. Tradução de Mauro W. Barbosa. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 2016. (Debates, 64).
- ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. 2. ed. rev. São Paulo: Edipro, 2009.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BARBARAS, Renauld. O corpo da liberdade. In: NOVAES, Adauto (Org.). **O avesso da liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 179-189.
- BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1999. Disponível em:

<[http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/ruibarbosa/FCRB\\_RuiBarbosa\\_Oracao\\_aos\\_mocos.pdf](http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/ruibarbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf)>. Acesso em: 24 dez. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, ESMPU, v. 6, n. 22/23, p. 117-163, jan.-jun. 2007.

BENTO, Berenice. **A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual**. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. rev., aum. e mod. por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo. Saraiva: 2015.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BORNHEIM, Gerd. As medidas da liberdade. In: NOVAES, Adauto (Org.). **O avesso da liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 41-57.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 20 jul. 2017.

BRASIL. Decreto nº 3.518, de 20 de junho de 2000. Regulamenta o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas, instituído pelo art. 12 da Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, e dispõe sobre a atuação da Polícia Federal nas hipóteses previstas nos arts. 2º, § 2º, 4º, § 2º, 5º, § 3º, e 15 da referida Lei. **Diário Oficial da União**, Brasília, 21 jun. 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3518.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3518.htm)>. Acesso em: 21 dez. 2017.

BRASIL. Decreto nº 8.727, de 28 de abril de 2016. Dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. **Diário Oficial da União**, Brasília, 29 abr. 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/decreto/D8727.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8727.htm)>. Acesso em: 21 dez. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro (Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010). **Diário Oficial da União**, Brasília, 9 set. 1942. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)>. Acesso em: 23 dez. 2017.

BRASIL. Lei nº 6.105, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 31 dez. 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6015compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm)>. Acesso em: 23 jan. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 mar. 2015a. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 21 dez. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 jul. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 21 dez. 2017.

BRASIL. Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 14 jul. 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9807.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9807.htm)>. Acesso em: 21 dez. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.008.398-SP. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 15.10. 2009. **Revista Eletrônica da Jurisprudência do STJ**, Brasília, 18 nov. 2009a. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200702733605&dt\\_publicacao=18/11/2009](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200702733605&dt_publicacao=18/11/2009)>. Acesso em: 16 jun. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1626739-RS (2016/0245586-9). Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Interessado: MD da RL. Relator: Luis Felipe Salomão – Quarta Turma. Julgado em: 09/05/2017. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 1º ago. 2017. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=74184067&num\\_registro=201602455869&data=20170801&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=74184067&num_registro=201602455869&data=20170801&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 21 dez. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 662.799/MG. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Mauro César Bento. Relator: Castro Filho – Terceira Turma. Julgado em: 08/11/2005. **Diário da Justiça**, 28 nov. 2005. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/61077/recurso-especial-resp-662799-mg-2004-0051849-1>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 737993-MG (2005/0048606-4). Recorrente: RNR. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: João Otávio de Noronha – Quarta Turma. Julgado em: 10/11/2009. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 18 dez. 2009b. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=7155234&num\\_registro=200500486064&data=20091218&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=7155234&num_registro=200500486064&data=20091218&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 21 dez. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Registros Públicos. REsp nº 66643/SP (1995/0025391-7). Recorrente: Paulo Ernesto Vampre Batelli. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Sálvio de Figueiredo Teixeira - Quarta Turma. Julgado em: 21/10/1997. **Diário Oficial da União**, Brasília, 9 dez. 1997. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/520807/recurso-especial-resp-66643-sp-1995-0025391-7>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275-DF**. Andamento processual. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimados: Presidente da República, Congresso Nacional. Relator: Marco Aurélio. Proposta em 21/07/2009c.

Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400211&tipo=TP&descricao=ADI%2F4275>>. Acesso em: 21 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 670.422-RS**. Andamento processual. Possibilidade de alteração de gênero no assento de registro civil de transexual, mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo. Protocolado em: 26/01/2012. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=4192182>>. Acesso em: 21 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 845779-SC. Decisão pela existência de repercussão geral. Recorrente: André dos Santos Fialho. Recorrido: Beiramar Empresa Shopping Center Ltda. Relator: Marco Aurélio – Plenário. Julgado em: 14/11/2014.

**Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 9 mar. 2015b. Disponível em:

<<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15317399481&ext=.pdf>>. Acesso em: 21 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 845779-SC. Decisão pela existência de repercussão geral. Recorrente: André dos Santos Fialho. Recorrido: Beiramar Empresa Shopping Center Ltda. Relator: Roberto Barroso. Voto do Ministro Edson Fachin. Julgado em: 14/11/2014. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 9 mar. 2015c. Disponível em:

<<http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/RE-845779-%20Voto%20Min%20%20Edson%20Fachin.pdf>>. Acesso em: 21 dez. 2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão geral no Recurso Extraordinário 670.422-RS. Decisão pela existência de repercussão geral. Recorrente: STC. Recorrido: Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Amicus Curiae: IBDFAM. Relator: Dias Toffoli. Julgado em: 11/09/2014. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 21 nov. 2014. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7302788>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. e atual. de acordo com a emenda constitucional n. 66/2011. São Paulo: Saraiva, 2011.

BUTLER, Judith P. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CALDAS AULETE, Francisco Júlio. Sexo. In: CALDAS AULETE, Francisco Júlio.

**Dicionário Caldas Aulete Digital**. Rio de Janeiro: Lexikon, 2018. Disponível em:

<<http://www.aulete.com.br/sexo>>. Acesso em: 26 jan. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.



CARDOSO, Fernando Henrique. **Pensadores que inventaram o Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos registros públicos comentada**. 20. ed. atual. conforme as Leis n. 11.802, 11.952, 11.965, 11.971, 11.977, 12.010 e 12.100/2009.. São Paulo: Saraiva, 2010. [E-book].

CHAUÍ, Marilena. **Conformismo e resistência**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1986. (Escritos de Marilena Chauí, organizado por Homero Santiago, 4).

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CONFERÊNCIA NACIONAL DE GAYS, LÉSBICAS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS – GLBT, 2008, Brasília. **Anais...** Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 5 a 8 jun. 2008. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/cncd-lgbt/conferencias/anais-1a-conferencia-nacional-lgbt-2>>. Acesso em: 21 dez. 2017.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **IV Jornada de Direito Civil: Enunciados aprovados: Enunciados ns. 272 a 396**. Brasília, out. 2006. Disponível em: <[http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/IV%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL%202013%20ENUNCIADOS%20APROVADOS.pdf/at\\_download/file](http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/IV%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL%202013%20ENUNCIADOS%20APROVADOS.pdf/at_download/file)>. Acesso em: 23 dez. 2017.

CONSELHO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO DE SANTA CATARINA. **Resolução 132/2009/CEE/SC**. Dispõe sobre a inclusão do nome social de travestis e transexuais nos registros escolares internos e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cee.sc.gov.br/index.php/downloads/comissoes/legislacao-e-normas/resolucoes-1/603-603>>. Acesso em: 21 dez. 2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 1.482/97, de 10 de setembro de 1997. **Diário Oficial da União**, Brasília, 19 set. 1997. Revogada pela Resolução CFM nº 1.652/2002. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1482\\_1997.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1482_1997.htm)>. Acesso em: 21 dez. 2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 1.652/2002. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução CFM nº 1.482/97. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2 dez. 2002. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1652\\_2002.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1652_2002.htm)>. Acesso em: 21 dez. 2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 1.955/2010. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução CFM nº 1.652/02 (Publicada no Diário Oficial da União; Poder Executivo, Brasília-DF, n. 232, 2 dez.2002. Seção 1, p.80/81). **Diário Oficial da União**, Brasília, 3 set. 2010. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955\\_2010.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm)>. Acesso em: 21 dez. 2017.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Resolução CFP 001/99, de 22 de março de 1999**. Estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da Orientação

Sexua. Disponível em: <[https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/1999/03/resolucao1999\\_1.pdf](https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/1999/03/resolucao1999_1.pdf)>. Acesso em: 21 dez. 2017.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Resolução CFP 014/11, de 20 de junho de 2011**. Dispõe sobre a inclusão do nome social no campo “observação” da Carteira de Identidade Profissional do Psicólogo e dá outras providências. Disponível em: <[https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2011/06/resolucao2011\\_014.pdf](https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2011/06/resolucao2011_014.pdf)>. Acesso em: 21 dez. 2017.

CONSELHO FEDERAL DE SERVIÇO SOCIAL. Notícia. **Resolução garante uso de nome social para assistentes sociais travestis e transexuais**. 21 set. 2011. Disponível em: <<http://www.cfess.org.br/visualizar/noticia/cod/688>>. Acesso em: 21 dez. 2017.

CONSELHO FEDERAL DE SERVIÇO SOCIAL. **Resolução CFESS nº 615, de 8 de setembro de 2011**. Dispõe sobre a inclusão e uso do nome social da assistente social travesti e do(a) assistente social transexual nos documentos de identidade profissional. Disponível em: <<http://www.cfess.org.br/js/library/pdfjs/web/viewer.html?pdf=/arquivos/615-11.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Programas e ações. **I Jornada de Direito da Saúde**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/forum-da-saude/i-jornada-de-direito-da-saude>>. Acesso em: 21 dez. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 155, de 16 de julho de 2012**. Dispõe sobre traslado de certidões de registro civil de pessoas naturais emitidas no exterior. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/?documento=2532>>. Acesso em: 21 dez. 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 3. ed. aum. e atual. conforme o novo Código civil Lei n. 10.406/2002 e a Lei n. 11.105/2005. São Paulo: Saraiva, 2006.

FACCHINI, Regina. Histórico da luta de LGBT no Brasil. **Conselho Regional de Psicologia de São Paulo**, s/d. Disponível em: <[http://www.crpsp.org.br/portal/comunicacao/cadernos\\_tematicos/11/frames/fr\\_historico.aspx](http://www.crpsp.org.br/portal/comunicacao/cadernos_tematicos/11/frames/fr_historico.aspx)>. Acesso em: 21 dez. 2017.

FEIST, Jess; FEIST, Gregory J.; ROBERTS, Tomi-Ann. **Teorias da personalidade**. Tradução de Sandra Maria Mallmann da Rosa. 8. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 2015.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Judpodivm, 2017.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2011.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FOUCAULT, Michel. A Vontade de Saber. In: \_\_\_\_\_. **História da sexualidade**. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1977. v. 1.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade: curso no Collège de France**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. (Coleção Tópicos).

FRASER, Nancy. Redistribuição, reconhecimento e participação: por uma concepção integrada da justiça. In: IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia; SARMENTO, Daniel (Org.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 167-190.

GARCIA, Emerson. **Conflito entre normas constitucionais: esboço de uma teoria geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GIDDENS, Anthony. **A transformação da intimidade: sexualidade, amor & erotismo nas sociedades modernas**. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1993.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOVERNO DO BRASIL. **Nova norma permite a inclusão do nome social no CPF**. s/d. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2017/07/nova-norma-permite-a-inclusao-do-nome-social-no-cpf>>. Acesso em: 21 dez. 2017.

GREEN, R. Transtorno de identidade de gênero. In: KAPLAN, H.; SADOCK, B. J. (Org.). **Tratado de psiquiatria**. 6. ed. Porto Alegre: Artmed, 1999. v. 1.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. v. 1.

HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o direito: (à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológica-política)**. 12. ed. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou, a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2014.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 27. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

INTERNATIONAL PANEL OF EXPERTS IN INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW AND ON SEXUAL ORIENTATION AND GENDER IDENTITY. **Princípios de Yogyakarta: Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero**. Tradução de Jones de Freitas. Centro Latino-Americano em Sexualidade – CLAM, Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: <[http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf)>. Acesso em: 21 dez. 2017.

JELLINEK, Georg. **Teoria general del estado**. Traducción de Fernando de los Rios. Buenos Aires: Albatros, 1981.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de Valério Rohden e Udo Baldur Moosburger. São Paulo: Abril Cultural, 1980. (Os pensadores).

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. A nova democracia e os direitos fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, v. 36, n. 36, p. 147-162, 1999.

MARANHÃO, Odon Ramos. **Curso Básico de Medicina Legal**. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1995.

MARÉS, Carlos Frederico. Liberdade e outros direitos. In: NOVAES, Adauto (Org.). **O avesso da liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 265-277.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MILL, Stuart. **Sobre a liberdade**. Tradução de Ari R. Tank Brito. São Paulo: Hedra, 2010.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 1.0521.13.011034-4/001. Retificação de Registro de Nascimento. Transexual. Agravante: RPS. Agravado: EMG. Relator: Luís Carlos Gambogi – Quinta Câmara Cível. Julgado em: 25/10/2013. **Diário Oficial do Estado**, Belo Horizonte, 30 out. 2013. Disponível em: <[http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc\\_resultado2.jsp?tipoPesquisa2=1&txtProcesso=10521130110344001&nomePessoa=&tipoPessoa=X&naturezaProcesso=0&situacaoParte=X&codigoOAB2=&tipoOAB=N&ufOAB=MG&numero=20&select=1&listaProcessos=10521130110344001&tipoConsulta=1&natureza=0&ativoBaixado=X&comrCodigo=0024](http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?tipoPesquisa2=1&txtProcesso=10521130110344001&nomePessoa=&tipoPessoa=X&naturezaProcesso=0&situacaoParte=X&codigoOAB2=&tipoOAB=N&ufOAB=MG&numero=20&select=1&listaProcessos=10521130110344001&tipoConsulta=1&natureza=0&ativoBaixado=X&comrCodigo=0024)>. Acesso em: 28 mar. 2016.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CULTURA. Portaria nº 1.612, de 18 de novembro de 2011. **Diário Oficial da União**, Brasília, 21 nov. 2011. Disponível em: <[https://www.jusbrasil.com.br/diarios/32418559/dou-secao-1-21-11-2011-pg-67?ref=next\\_button](https://www.jusbrasil.com.br/diarios/32418559/dou-secao-1-21-11-2011-pg-67?ref=next_button)>. Acesso em: 24 dez. 2017.

MINISTÉRIO DA FAZENDA. Instrução Normativa RFB nº 1.718, de 18 de julho de 2017. Altera a Instrução Normativa RFB nº 1.598, de 13 de fevereiro de 2015, que dispõe sobre o Cadastro de Pessoas Físicas (CPF). **Diário Oficial da União**, Brasília, 20 jul. 2017. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=84588&visao=anotado>>. Acesso em: 24 dez. 2017.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portaria nº 1.820, de 13 de agosto de 2009. Dispõe sobre os direitos e deveres dos usuários da saúde. **Diário Oficial da União**, Brasília, 14 ago. 2009. Disponível em: <[http://conselho.saude.gov.br/ultimas\\_noticias/2009/01\\_set\\_carta.pdf](http://conselho.saude.gov.br/ultimas_noticias/2009/01_set_carta.pdf)>. Acesso em: 21 dez. 2017.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portaria nº 457, de 19 de agosto de 2008. **Diário Oficial da União**, Brasília, 19 ago. 2008. Disponível em: <[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/sas/2008/prt0457\\_19\\_08\\_2008.html](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/sas/2008/prt0457_19_08_2008.html)>. Acesso em: 21 dez. 2017.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. Portaria nº 233 de 18-05-2010. Fica assegurado aos servidores públicos, no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, o uso do nome social adotado por travestis e transexuais. **Diário Oficial da União**, Brasília, 19 maio 2010. Disponível em: <<https://conlegis.planejamento.gov.br/conlegis/Downloads/file?PORTARIA%20233%20-%202010.pdf>>. Acesso em: 21 dez. 2017.

MISCOLSI, Richard. A teoria *queer* e a sociologia: o desafio de uma analítica da normalização. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 11, n. 21, p. 150-182, jan.-jun. 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n21/08.pdf>>. Acesso em: 21 dez. 2017.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Sobre o nome da pessoa humana. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, IBDFAM, v. 2, n. 7, p. 38-59, out.-dez. 2000.

NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de A. **Código Civil comentado**. 1ª edição em e-book baseada na 11ª edição impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. [E-book].

NERY, João W. **Viagem solitária**: memórias de um transexual 30 anos depois. São Paulo: Leya, 2011.

NOME de casada: Se não houver prejuízo, nome pode ser alterado no casamento. **Consultor Jurídico**, 12 de dezembro de 2005. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2005-dez-12/sobrenome\\_retirado\\_nao\\_traga\\_prejuizo](http://www.conjur.com.br/2005-dez-12/sobrenome_retirado_nao_traga_prejuizo)>. Acesso em: 21 dez. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração sobre o uso do progresso científico e tecnológico no interesse da paz e em benefício da humanidade**. Proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de novembro de 1975 - Resolução n.º 3384 (XXX). Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/bmestar/dec75.htm>>. Acesso em: 21 dez. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <[http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 21 dez. 2017.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **CID-10 – Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde**. 10. rev. Versão 2008. v. 1. Disponível em: <<http://www.datasus.gov.br/cid10/V2008/WebHelp/cid10.htm>>. Acesso em: 21 dez. 2017.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. **Transexualismo**: o direito a uma nova identidade sexual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PLATÃO. **As leis**. São Paulo: Edipro, 2010.

PRIBERAM INFORMÁTICA. Sexo. In: PRIBERAM INFORMÁTICA. **Dicionário Priberam da Língua Portuguesa online**. Porto: Priberam Informática, 2018. Disponível em: <<https://www.priberam.pt/dlpo/sexo>>. Acesso em: 26 jan. 2018.

RIBEIRO, Renato Janine. **A democracia**. 3. ed. São Paulo: Publifolha, 2013. (Folha Explica).

RIBEIRO, Renato Janine. **A república**. 2. ed. São Paulo: Publifolha, 2008. (Folha Explica).

RIBEIRO, Renato Janine. O poder das palavras: Hobbes sobre a liberdade. In: NOVAES, Aduato (Org.). **O avesso da liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 135-149.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 1993.001.06617**. Apelante: Carlos Alberto Silva da Costa. Apelado: Juízo de Direito da 6 Zona do Registro Civil das Pessoas Naturais- 11 Circunscrição. Relator: Geraldo Batista – Oitava Câmara Cível. Julgado em: 15/10/1993. Disponível em:

<<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003FE29976567BF1A600A8E4C0DB0204D903EF668C25A0C&USER=>>>. Acesso em: 21 dez. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70013909874**. Apelante: A. A.M. Apelado: A Justiça. Relatora: Maria Berenice Dias – Sétima Câmara Cível. Julgado em: 05/04/2006. Disponível em:

<[https://www.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/download/exibe\\_documento.php?numero\\_processo=70013909874&ano=2006&codigo=263132](https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70013909874&ano=2006&codigo=263132)>. Acesso em: 23 dez. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70022504849**. Retificação de Registro Civil. Apelante: Ministério Público. Apelado: Artur Roberto Cunha Santos. Relator: Rui Portanova – Oitava Câmara Cível. Julgado em: 16/04/2009. **Diário Oficial do Estado**, Porto Alegre, 24 abr. 2009. Retificação de Registro Civil. Disponível em

<[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mas\\_k=70022504849&num\\_processo=70022504849&codEmenta=2851482&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mas_k=70022504849&num_processo=70022504849&codEmenta=2851482&temIntTeor=true)>. Acesso em: 20 jun. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70042864785**. Apelante: Lourdes Edite Subtil e outros. Apelado: Ministério Público. Relator: Alzir Felipe Schmitz – Oitava Câmara Cível. Julgado em: 27/10/2011. **Diário da Justiça**, Porto Alegre, 1º nov. 2011. Disponível em:

<[https://www.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/download/exibe\\_documento.php?numero\\_processo=70042864785&ano=2011&codigo=2000271](https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70042864785&ano=2011&codigo=2000271)>. Acesso em: 21 dez. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70056132376**. Apelante: LRN. Apelado: MP. Relator: Jorge Luis Dall’Agnol – Sétima Câmara Cível. Julgado em: 13/11/2013. **Diário da Justiça Eletrônico**, 19 nov. 2013. Disponível em:

<[https://www.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/download/exibe\\_documento.php?numero\\_processo=70056132376&ano=2013&codigo=2017143](https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70056132376&ano=2013&codigo=2017143)>. Acesso em: 23 dez. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70064503675**. Apelante: Marinho Daniel da Luz Rocha. Apelado: Ministério Público. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves – Sétima Câmara Cível. Julgamento: 24/06/2015. **Diário Oficial do Estado**, Porto Alegre, 6 jul. 2015. Disponível em: <

rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/205741203/apelacao-civel-ac-70064503675-rs>. Acesso em: 21 dez. 2017.

RIOS JUNIOR, Carlos Alberto dos. **Direitos das minorias e limites jurídicos ao poder constituinte originário**. São Paulo: Edipro, 2013.

ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional**. Curitiba: Juruá, 2012.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**: precedido de discurso sobre as ciências e as artes. 3. ed. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**: princípios de direito político. 3. ed. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SÁ NETO, Clarindo Epaminondas de. **Diversidade sexual: direito humano ou direito a ser humano?** Erechim: Deviant, 2015.

SAADEH, Alexandre. **Transtorno de identidade sexual: um estudo psicopatológico de transexualismo masculino e feminino**. 2004. 279 f. Tese (Doutorado em Psiquiatria) – Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5142/tde-09082005-115642/publico/Tesealexandre.pdf>>. Acesso em: 21 dez. 2017.

SALEIRO, Sandra Palma. **Trans gêneros: uma abordagem sociológica da diversidade de gênero**. 2013. 412 f. Tese (Doutoramento em Sociologia) – Instituto Universitário de Lisboa, Lisboa, 2013. Disponível em: <<https://repositorio.iscte-iul.pt/bitstream/10071/7848/1/tese%20Trans%20SandraSaleiro.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012b.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012a.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana: notas em torno da discussão sobre o seu caráter absoluto ou relativo na ordem jurídico-constitucional. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (Org.). **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Florianópolis: Qualis, 2015. p. 91-121.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Tradução de Alexandre Franco de Sá. Lisboa: Edições 70, 2015.

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

SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS. Resolução nº 12, de 16 de janeiro de 2015. Estabelece parâmetros para a garantia das condições de acesso e permanência de pessoas

travestis e transexuais - e todas aquelas que tenham sua identidade de gênero não reconhecida em diferentes espaços sociais - nos sistemas e instituições de ensino, formulando orientações quanto ao reconhecimento institucional da identidade de gênero e sua operacionalização.

**Diário Oficial da União**, Brasília, 12 mar. 2015. Disponível em:

<[http://www.lex.com.br/legis\\_26579652\\_RESOLUCAO\\_N\\_12\\_DE\\_16\\_DE\\_JANEIRO\\_DE\\_2015.aspx](http://www.lex.com.br/legis_26579652_RESOLUCAO_N_12_DE_16_DE_JANEIRO_DE_2015.aspx)>. Acesso em: 21 dez. 2017.

SÉGUIN, Elida. **Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica**. São Paulo: Forense, 2002.

SENADO FEDERAL. Agência Senado. **Mudar de nome**. s/d. Disponível em:

<<http://www.senado.gov.br/noticias/jornal/cidadania/mudardenome/not02.htm>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

SEXO. In: DICIONÁRIO Aurélio. s/d. Disponível em:

<<https://dicionariodoaurelio.com/sexo>>. Acesso em: 21 dez. 2017.

SILVA FILHO, Antônio Carlos Pacheco e. **Perversões sexuais**. São Paulo: EPU, 1987.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 53, de 19.12.2006. São Paulo: Malheiros, 2007.

VEXATÓRIO. In: DICIO. s/d. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/vexatorio/>>.

Acesso em: 21 dez. 2017.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. Adequação de sexo do transexual: aspectos psicológicos, médicos e jurídicos do transexualismo. **Psicologia: Teoria e Prática**, v. 2, n. 2, p. 88-102, jul.-dez. 2000. Disponível em:

<<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/ptp/article/view/1113/822>>. Acesso em: 21 dez. 2017.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Mudança de sexo: aspectos médicos, psicológicos e jurídicos**. São Paulo: Livraria Santos Editora Ltda, 1996.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Nome e sexo: mudanças no registro civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

WYLLYS, Jean; KOKAY, Erika. **Projeto de Lei nº 5002/2013**. Dispõe sobre o direito à identidade de gênero e altera o art. 58 da Lei nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565315>>. Acesso em: 21 dez. 2017.