

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL  
FACULDADE DOCTUM DE JOÃO MONLEVADE**

**LIDIANE FAGUNDES DE OLIVEIRA**

**(IN) EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS  
TRANSGÊNEROS: UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE  
PERSONALIDADE**

**João Monlevade  
2017**

**LIDIANE FAGUNDES DE OLIVEIRA  
FACULDADE DOCTUM DE JOÃO MONLEVADÉ**

**(IN) EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS  
TRANSGÊNEROS: UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE  
PERSONALIDADE**

**Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao Curso de Direito da  
Faculdade Doctum de João Monlevade,  
como requisito parcial à obtenção do  
título de Bacharel em Direito.**

**Área de Concentração: Teoria Geral do  
Estado.**

**Prof<sup>a</sup> Orientadora: Msc. Margarete  
Zunzarren.**

**João Monlevade  
2017**



## FACULDADE DOCTUM DE JOÃO MONLEVADE

### FOLHA DE APROVAÇÃO

O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado: **(IN) EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRANSGÊNEROS: UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE PERSONALIDADE**, elaborado pelo aluno LIDIANE FAGUNDES DE OLIVEIRA foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito da Faculdade Doctum de João Monlevade, como requisito parcial da obtenção do título de

**BACHAREL EM DIREITO.**

João Monlevade, \_\_\_\_de dezembro 2017.

---

Msc. Margarete Zunzarren  
Prof<sup>a</sup> Orientadora

---

Prof. Examinador 1

---

Prof. Examinador 2

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus, por conduzir-me com seu infinito amor a este momento. Ao meu filho, pelos olhares ternos e motivacionais, pelo incentivo e compreensão nesses cinco anos que não estive tão presente como gostaria. Aos meus pais, por sonharem comigo. Aos meus irmãos que me incentivaram nos momentos decisivos.

À professora Margarete Zunzarren, uma orientadora na mais perfeita acepção da palavra, pela generosidade e desprendimento com que se dispôs a atender-me nos momentos de angústia, não fora seu direcionamento sábio e qualificado, não poderia ter concluído este trabalho.

Aos colegas de turma, companheiros de jornada na Instituição Doctum, por dividirem as melhores e as mais difíceis etapas nesta trajetória, em especial à amiga Julliana, minha companheira pelos momentos únicos e inesquecíveis.

A professora Maria Trindade Leite, pela magnificência com que se dispôs a conduzir-nos neste longo processo de aprendizado, disponibilizando seu tempo e admirável material de trabalho.

Aos Mestres da Instituição Doctum, queridos professores, que nos forneceu toda gama de conhecimento e sabedoria.

Agradeço também, a minha família de fé que me encheu de força e esperança.

Por fim, agradeço àqueles que de alguma forma contribuíram para concretização deste trabalho!

## RESUMO

O objetivo deste estudo é propiciar uma reflexão a respeito um de tema que ainda desperta inúmeras discussões acerca do direito de personalidade do transgênero, quanto à mudança de prenome e gênero no Registro Civil sob a égide dos Direitos Fundamentais. Como forma de alicerce para o estudo, foi realizada uma análise sobre a legislação vigente pautada na interpretação da Constituição Federal de 1988, no Código Civil de 2002 e na Lei de Registros Públicos, buscando a importância da criação de uma lei específica, que regulamente a situação do transexual. A partir da premissa entabulada pelo Estado Democrático de Direito referente aos bens jurídicos fundamentais à dignidade da pessoa humana, visando à conquista de direitos mínimos e básicos à vida, saúde e liberdade. Pretende-se, ainda, esclarecer de forma breve as decisões dos Tribunais, os pontos no tocante à cirurgia de redesignação sexual, bem como os Projetos de Lei que tramitaram no Congresso. Por fim, partimos da análise dos casos concretos a fim encontrar como fundamento na clausula geral da dignidade humana apresentada na Constituição Federal respaldo para efetivação do direito à identidade do transexual.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Direito de personalidade do Transgênero. Prenome e Gênero. Projetos de Lei.

## **ABSTRACT**

The purpose of this study is to provide a reflection on a topic that still raises numerous discussions about the right of personality of the transgender regarding the change of name and gender in the Civil Registry under the aegis of Fundamental Rights. As a basis for the study, an analysis was made of the current legislation based on the interpretation of the Federal Constitution of 1988, the Civil Code of 2002 and the Public Registers Law, seeking the importance of creating a specific law, which regulate the situation of the transsexual. Based on the premise established by the Democratic State of Law regarding legal rights fundamental to the dignity of the human person, aiming at the achievement of minimum and basic rights to life, health and freedom. It is also intended to clarify briefly the decisions of the Courts, the points regarding the sexual reassignment surgery, as well as the bills that were processed in the Congress. Finally, we start from the analysis of the concrete cases in order to find as basis in the general clause of the human dignity enshrined in the Federal Constitution support for the realization of the right to the identity of the transsexual.

Key words: Fundamental Rights. Transgender personality rights. Prenomenon and Genre. Projects of Law.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>7</b>
<b>2</b>	<b>EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS [...]</b> .....	<b>10</b>
<b>2.1</b>	<b>Analisar a origem, conceito e terminologia [...]</b> .....	<b>11</b>
2.1.1	Conceito .....	15
2.1.2	Terminologia .....	16
<b>2.2</b>	<b>Princípio da efetividade: efetividade dos Direitos [...]</b> .....	<b>17</b>
<b>3</b>	<b>DIREITO DE PERSONALIDADE: ANÁLISE [...]</b> .....	<b>19</b>
<b>3.1</b>	<b>Transgênero: Direito de personalidade [...]</b> .....	<b>19</b>
3.1.2	Da possibilidade jurídica de alteração [...]	22
<b>4</b>	<b>O PAPEL DO PODER LEGISLATIVO [...]</b> .....	<b>26</b>
<b>4.1</b>	<b>Projeto de Lei</b> .....	<b>28</b>
<b>4.2</b>	<b>Casos</b> .....	<b>31</b>
<b>5</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>34</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>36</b>

## 1INTRODUÇÃO

A Constituição da República realça em seu preâmbulo, direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensão, ao assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Neste cenário, pretende-se abordar a temática acerca de um dos temas mais polêmicos da atualidade, e de extrema relevância no Estado Democrático de Direito, os direitos dos transexuais/trangêneros, indivíduos que nasceram com um sexo biológico com o qual não se identificam, psiquicamente.

No Brasil, ainda não há lei específica que resguarde o direito de adequação sexual e suas consequências jurídicas, mas a jurisprudência majoritária já se mostra favorável à pretensão, entretanto, com diversas restrições.

Após a cirurgia de adequação sexual, estes indivíduos são obrigados, a lidar com aspectos psicológicos oriundos desta mudança, bem como com os entraves em virtude da missão legislativa e desamparo jurídico.

Pacificou-se, por meio da comunidade médica através de estudos científicos acerca do fenômeno do transexualismo que a cirurgia de redesignação sexual possui natureza terapêutica. Mostrando-se, razoável a disposição do próprio corpo, com o fim de tutelar o direito daquele que sofre do transtorno de gênero.

Nesse sentido, o que se percebe é que, após a cirurgia, estas pessoas enfrentam diversos constrangimentos sociais e psicológicos para alterar o próprio nome e o seu sexo, uma vez que o direito não acompanhou as mudanças sociais. Desta forma, para que seja possível a modificação de sua documentação, o transexual enfrenta mais uma agora na esfera a judicial, à mercê da subjetivada dos operadores do direito.

Mesmo após a promulgação da Constituição Federal Brasileira que consagrou os valores da igualdade e da dignidade humana, como vértice do Estado Democrático de Direito, ainda perdura rejeitado à margem da sociedade aquele indivíduo que destoa dos padrões culturais e sociais.

É importante delimitar o alcance dos Direitos Fundamentais dos transgêneros, a partir da perspectiva de autores que preservam a aplicação imediata e concretude de tais direitos a grupos estigmatizados, vez que esta é a base do nosso

ordenamento jurídico, bem como destacar a importância de se tratar iguais os substancialmente iguais na medida de sua desigualdade.

Nesse diapasão, a Constituição Federal tutelou por meio da positivação dos Direitos Fundamentais a possibilidade de tutelar do direito à igualdade e liberdade de forma genérica. Desse modo, verifica-se que direitos desta natureza não foi uma inovação trazida pelo Código Civil de 2002, todavia, havia uma necessidade de tratar os direitos de personalidade sob uma perspectiva de tutela efetiva.

E, é, justamente neste cenário, que se busca a tutela jurisdicional haja vista o crescente número de transgêneros que buscam regularizar o registro civil ao nome que se adéque ao seu gênero.

Assim, nascem à necessidade de se analisar as possibilidades de alteração do registro civil para incluir, excluir ou retificar nomes para adequar o nome ao gênero com o qual se identificam.

Todavia, há muita resistência no Poder Judiciário para conceder o pedido de alteração do registro civil em relação ao sexo, nos casos em que o postulante não realizou a cirurgia corretiva.

Tal situação representa uma afronta aos Direitos Humanos, tendo em vista que a cirurgia de redesignação de sexo é um procedimento arriscado e irreversível, sendo certo que a neocolpovulvoplastia (construção da vagina) ainda é considerada um procedimento de caráter experimental.

Assim, pautado no princípio constitucional da dignidade humana, vem sendo assegurado no âmbito do serviço público municipal por meio do Decreto Municipal nº 51.180/2010 e estadual Decreto Estadual nº 55.588/SP, e, mais recentemente, Decreto Federal nº 8.727/2016 o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transgêneros.

Contudo, apesar da proteção ao direito da personalidade e da incorporação dos direitos dos transexuais por meio das legislações elencadas, a doutrina e a jurisprudência têm negado, em sua maioria, a retificação do registro civil do transexual operado, alegando que o registro público deve ser preciso e regular, constituindo a expressão da verdade, e a operação de mudança de sexo atribui ai interessado um sexo que não tinha, nem poderá ter, porque o fim da procriação nunca será atingido, já que não se terá nem um homem nem uma mulher, mas um ser humano mutilado.

Portanto, o presente trabalho visa apresentar as inovações jurisprudenciais acerca do tema, discutir o direito de autodeterminação dos transexuais que optam por não fazer a cirurgia de adequação de sexo, bem como realizar um enfoque com muita objetividade sobre o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana como sustentáculo das modificações no corpo pretendidas e das alterações jurídicas de prenome e designação de sexo daqueles que passam pelo procedimento cirúrgico.

## 2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A evolução história dos Direitos Fundamentais está diretamente atrelada à evolução filosófica dos Direitos Humanos. Esses direitos começaram a emergir a partir da teoria jusnaturalista do século XVIII, uma vez que compreendia o ser humano como titular de direitos naturais e inalienáveis.

Destacou-se neste cenário importantes teóricos, como Rosseau e Locke, este salvaguarda que a vontade geral do povo era a única fonte de legitimidade dos governantes, e aquele elaborou a imagem do estado de natureza humano e destacou a existência de direitos inatos, antecedentes a qualquer poder (COMPARATO, 1999, p.131).

A consagração dos Direitos Humanos ou Direitos Fundamentais nasce das mudanças ocorridas ao longo dos tempos conforme se verifica. Inicialmente destacam-se as concepções naturalistas, em seguida, pela concepção positivista, progredindo até a formação do chamado novo constitucionalismo ou pós-positivismo.

Os paradigmas constitucionais se sucedem historicamente, perpassando dos Direitos Fundamentais clássicos, os quais demandavam uma mera omissão do Estado, para os Direitos Fundamentais de liberdade e poder, os quais exigem uma ação positiva por parte do Estado. Tal evolução ocasionou uma modificação das tutelas pretendidas dando espaço para o surgimento de novos direitos.

Nesta esteira, afirma Garcia (2008, p.87) que os Direitos Fundamentais são um conceito histórico do mundo moderno que surge progressivamente a partir do trânsito da modernidade.

Em virtude do caráter histórico, os direitos fundamentais não consentiam o autoritarismo absolutista na sua definição. Assim, diante da dificuldade de harmonizar as muitas concepções sobre os fundamentos dos direitos fundamentais e do anseio de que um conceito possa resultar em cerceamento da efetividade, priorizaram-se meios de proteção dos direitos fundamentais que passaram a ser positivados no ordenamento jurídico de cada Estado.

Em razão do exposto, faz-se necessário trazer à baila alguns aspectos gerais e históricos dos Direitos Humanos e Fundamentais a fim de contribuir para a reflexão da relevância do Direito efetivo na vida social contemporânea.

## 2.1 Analisar a origem, conceito e terminologia dos Direitos Fundamentais

O surgimento dos Direitos Fundamentais, pode ser analisado sob vários aspectos, partindo da concepção Jusnaturalista, a existência do direito natural é alheia à vontade do Estado, portanto, inerente a todo indivíduo, por isso, deve ser respeitado por todos e pela sociedade política.

O Jusnaturalismo destacou-se a partir das Teorias Contratualistas do Estado, em especial pela teoria de John Locke, partindo do pressuposto de que os homens se organizavam em sociedade para preservar a própria vida, a liberdade e a propriedade, o que torna os referidos bens conteúdos de direitos oponíveis ao Estado.

A referida teoria serviu de fonte inspiradora da Declaração da Independência dos Estados Unidos de 1776 e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

A Declaração dos Direitos do Homem em seu art. 2º estabelece que o fim de toda associação política seja a conservação dos direitos naturais imprescritíveis do homem. No art. 4º da mesma Declaração, aduz que o exercício dos direitos naturais do homem não tem por limite senão as restrições necessárias para assegurar aos componentes da sociedade o gozo dos mesmos direitos.

Além, dos marcos citados anteriormente, pode-se ainda, mencionar como documentos importantes garantidores dos direitos individuais, a Magna Carta de 1215 a qual foi dada pelo Rei João Sem-Terra, aos bispos e barões ingleses, garantindo alguns privilégios feudais aos nobres.

A Magna Carta foi o primeiro vestígio de limitação do poder soberano do monarca. Todavia, não se tratava de normas obrigatórias, por esse motivo, considera-se que os direitos naturais foram reconhecidos e positivados, pela Declaração de Direitos Humanos acolhida pela Constituição Americana. Destaca-se também, a *Petition of Rights*, de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679 e o *Bill of Rights* de 1689, eram assegurados aos cidadãos ingleses a proibição de prisões arbitrárias, bem como o direito de petição e habeas corpus.

Assim, a relação Estado/Indivíduo, ganha novos rumos, passou-se, então, a reconhecer que o indivíduo tem em primazia em relação ao Estado, direitos e somente depois obrigações, o Estado por sua vez, passa a ter deveres em relação

ao indivíduo e depois direitos, neste contexto, os Direitos Fundamentais ganham destaque.

No Estado Liberal procurava-se sobrepujar os abusos cometidos pelo Estado Absolutista, salientando uma separação das relações Estado e sociedade civil. É neste cenário que nasce o Constitucionalismo Moderno, cuja função precípua era limitar a atuação do Estado frente o indivíduo salvaguardando o direito de liberdade deste.

Esse período foi superado pelo paradigma do Estado do Bem-estar Social, uma vez que a abstenção do Estado observado no período anterior aumentava a desigualdade material entre os indivíduos.

Dessa maneira, surge a necessidade de uma ação positiva por parte Estado a fim de intervir na promoção da igualdade, não só formal, mas material. O Estado passa a ser provedor do bem-estar social.

Entretanto, vê-se a necessidade da participação efetiva dos cidadãos nos assuntos da sociedade e do Estado. Assim, surge o novo paradigma do Estado Democrático de Direito com a premissa da participação dos cidadãos.

Nesse cenário a Constituição ganha papel central no ordenamento jurídico, conforme preceituada por meio do entabulado pelo Ministro Barroso (2010, p.90):

[...] a constituição em um Estado democrático de Direito tem duas funções principais. Em primeiro lugar, compete a ela veicular consensos mínimos, essências para a dignidade das pessoas e para o funcionamento do regime democrático, e que não devem poder ser afetados por maiorias políticas ocasionais [...] em segundo lugar, cabe à Constituição garantir o espaço próprio do pluralismo político, assegurando o funcionamento adequado dos mecanismos democráticos.

Nesse diapasão, o Estado passa a atuar como regulador das relações sociais e da economia por meio da administração pública. Nesse contexto, os princípios passam a ser considerados como normas, tendo em vista que se percebe que um ordenamento meramente legalista não se mostra capaz de solucionar os anseios sociais.

Consoante preleciona Carvalho Neto (1998, p. 245): vejamos:

[...] no paradigma do estado democrático de direito, é preciso requerer do Judiciário que tome decisões que, ao retrabalhem reconstrutiva mente os princípios e as regas constitucionais do direito vigente, satisfaçam, a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, entendida como segurança jurídica, como certeza do direito, quanto no sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto.

A partir daí, observa-se a evolução dos Direitos Fundamentais na denominadas gerações ou dimensões.

Nesse sentido, afirma Norberto Bobbio (1992, p. 5):

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

A doutrina classifica os Direitos Fundamentais em direitos de primeira, segunda e terceira dimensões, em que passaram a ser reconhecidos e positivados.

Os Direitos Fundamentais de primeira dimensão foram influenciados pela Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão editado pela Revolução Francesa de 1789.

Os Direitos à liberdade formaram a primeira dimensão de direitos fundamentais, que são civis e políticos. Tais direitos são marcados pela subjetividade, tendo em vista que valorizava a liberdade do indivíduo, isto é, a liberdade de consciência, de culto, de religião, dentre outros.

O ilustre jurista Canotilho (1993, p.55) assevera que estes são direitos de defesa e possuem o caráter de distribuição de competências (limitação) entre o Estado e o ser humano, sendo denominados direitos civis e políticos.

Este período foi marcado por movimentos constitucionalistas que buscavam a separação dos poderes, para que fossem proclamados os direitos individuais em documentos normativos constitucionais assegurando as garantias à liberdade, bem como pelo direito de não intervenção do Estado, em especial no que cerne ao direito de propriedade privada.

A segunda geração dos Direitos Fundamentais buscam assegurar os direitos sociais, econômicos e culturais, fundamentado no princípio da igualdade. Embora esses direitos tenham por titulares os indivíduos, são tidos como direitos sociais, vez que atendem às reivindicações de justiça social.

Observa-se neste período uma obrigação de ações positivas do Estado com o fim de garantir a realização da justiça social. Ao exigir do Estado uma prestação mais positiva, tais direitos permaneceram por um longo período na esfera programática, isto é, só havia diretrizes e programas a serem atingidos, no entanto, os Direitos Fundamentais, não eram efetivados no plano fático.

Registre-se, que nos Direitos Fundamentais de segunda dimensão não foram englobados apenas direitos à prestação, mas também, algumas liberdades sociais, tais como liberdade de sindicalização e o direito de greve.

Também é neste contexto, que são assegurados aos Trabalhadores direitos fundamentais – como, direito ao salário mínimo, repouso semanal remunerado, etc.

Os Direitos Fundamentais de terceira dimensão surgem no fim do século XX, com fundamento no princípio da solidariedade ou fraternidade. Caracteriza-se pela titularidade coletiva, isto é, o foco não é mais o indivíduo, por si só, o titular desses direitos, mas a coletividade, os grupos sociais. Exemplos de direitos fundamentais de terceira dimensão são: direitos à qualidade do meio ambiente, o direito a paz, a proteção ao patrimônio cultural e histórico.

Os referidos direitos completam o lema da Revolução Francesa: Liberdade, Igualdade e Fraternidade. Fala-se hoje, em direitos de quarta dimensão, Bonavides (2001, p.523) afirma “a globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta dimensão, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social”. Segundo ao autor, tais direitos, consistem em direitos à democracia, à informação e o direito ao pluralismo.

Vale ressaltar, que as três dimensões dos Direitos Fundamentais se complementam.

Observa-se com isso, que os ideais jusnaturalistas foram transformados de leis naturais às leis positivas, perdendo espaço para o positivismo, que logo foi superado pelo pós-positivismo, conforme afirma o ministro Luiz Roberto Barroso (2009, p.255):

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais.

Nessa perspectiva, é atribuída aos Direitos Fundamentais uma carga valorativa que não existia no positivismo. Os Direitos Fundamentais passam a ser vistos como valores universais e atemporais. Com isso, percebe-se que as diversas concepções sobre os fundamentos levam a questionamentos quanto à sua utilidade, buscando-se encontrar mecanismos para proteger e tornar efetivos os direitos fundamentais.

### 2.1.1 Conceito

O conceito dos Direitos Fundamentais se fundamenta no reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana, em razão do valor absoluto desta, a qual ocupa espaço importante no vértice dos valores consagrados por qualquer ordenamento jurídico.

Para Bonavides os “Direitos Fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais” (BONAVIDES, 2011, p. 560).

Por isso, atribui-se uma proteção formal e material, a fim de que ao positivizar Direitos Fundamentais, estes passam a ser dotados de valor absoluto, impondo-se o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como pilar do ordenamento jurídico.

Nesse diapasão, Sarlet (2012, p. 80) preleciona que os Direitos Fundamentais em sentido formal podem:

Ser definidos como aquelas posições jurídicas da pessoa – na sua dimensão individual coletiva ou social – que, por decisão expressa do Legislador-Constituinte foram consagradas no catálogo dos Direitos Fundamentais (aqui considerados em sentido amplo). Direitos Fundamentais em sentido material são aqueles que, apesar de se encontrarem fora do catálogo, por seu conteúdo e por importância podem ser equiparados aos Direitos formalmente (e materialmente) Fundamentais.

O valor dado revelar-se-á na influência das edições de normas legislativas e nas decisões judiciais que devem observar a dignidade da pessoa humana. Em sentido material, os Direitos Fundamentais são pretensões que em cada momento histórico se revelam a partir do valor da dignidade da pessoa humana.

Dito isto, entende-se que os Direitos Fundamentais são direitos positivados nas Constituições para assegurar os valores reputados como essenciais a promoção da dignidade humana. São estes, os eixos centrais dos valores constitucionais.

Pelo princípio da dignidade humana, o valor essencial do Estado Democrático de Direito, dita que os Direitos Fundamentais interiorizam-se em todas as relações jurídicas, trazendo ao ordenamento uma segurança, de modo a assegurar que os valores éticos e princípios democráticos valham em todos os âmbitos sociais e relativamente a todas as pessoas.

Ao passo que, ao reconhecer tais direitos, o sistema jurídico se caracteriza como sistema de valores, cujo fundamento principal é a dignidade da pessoa humana.

Logo, em um Estado Democrático de Direito, os Direitos Fundamentais não devem ser considerados no plano do individualismo, mas sim, no plano da solidariedade, considerando-se que a pessoa está inserida em uma coletividade e que por ela também se torna, responsável. Assim, os direitos fundamentais não são absolutos.

### 2.1.2 Terminologia

Em virtude da variedade terminológica em torno dos Direitos Humanos e Fundamentais, faz-se necessário delinear algumas considerações que nas lições de José Afonso da Silva (2011, p. 175), abarca outras expressões, como “direitos naturais, direitos humanos, direitos dos homens, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicos e direitos fundamentais.”

Muito embora as expressões Direitos Humanos e Direitos Fundamentais são comumente usadas como sinônimas, Canotilho (2010, p.393) ressalta que não o são, uma vez que para o autor a primeira expressão advém da positivação das normas pelas constituições, a segunda pelo reconhecimento dos direitos nos ordenamentos jurídicos específicos.

Este também é o entendimento de Silva, (2011, p. 176):

Direitos humanos é a expressão proferida nos documentos internacionais. Contra ela, assim, como contra a terminologia direitos do homem, objeta-se que não há direito que não seja humano ou do homem, afirmando-se que só o ser humano pode ser titular de direitos. Talvez já não mais assim, porque, aos poucos, se vai formando um direito especial de proteção aos animais.

Neste sentido, entende Paulo Bonavides (1998, p 18) “que quem diz Direitos Humanos, diz Direitos Fundamentais, e quem diz estes diz aqueles, sendo aceitável a utilização das duas expressões indistintamente, como sinônimas.”

Contudo, recomendam-se, para maior clareza e precisão, o uso das duas expressões com a variação de percepção, sendo a fórmula Direitos Humanos, por suas raízes históricas, adotada para referir-se aos direitos da pessoa humana antes de sua positivação nos ordenamentos nacionais, enquanto Direitos Fundamentais designam os direitos humanos quando trasladados para os espaços normativos.

Para o jurista português Canotilho (2010, p. 393):

Os Direitos Humanos e Direitos Fundamentais são termos utilizados, no mais das vezes, como sinônimos. Entretanto, segundo a origem e o significado, podem ter a seguinte distinção: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-

universalista): Direitos Fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados. Os Direitos Humanos são intrínsecos a própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal: os Direitos Fundamentais são direitos objetivos criados em ordem jurídica concreta.

De outro modo, destaca o professor Sérgio Resende de Barros (2003, p.121), pois para ele não há separação entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. Segundo o entendimento do autor é impossível que sejam institutos jurídicos distintos, vez que essa dicotomia retira humanidade e a fundamentalidade ao humano.

Desta forma, em vista dos argumentos elencados, conclui-se que os Direitos Humanos em sentido amplo e os Direitos Fundamentais estão abarcados dentro do Constitucionalismo seja por meio dos princípios constitucionais fundamentais que guardam os valores fundamentais da ordem Jurídica, seja pelas normas positivadas.

Logo, na ausência dos Direitos Fundamentais e Humanos, a Constituição seria, tão, somente, um aglomerado de normas inseridas num mesmo texto, ao passo que, perderia sua função essencial de preservar a Dignidade Humana.

## 2.2 Princípio da efetividade: efetividade dos Direitos Fundamentais: plano vertical e horizontal

A preocupação do constitucionalismo remonta à ideia de se obter ao máximo uma interpretação da efetividade da força normativa da constituição. Nesse contexto, faz-se necessário aprofundar o conceito de efetividade a fim de se verificar sua aplicabilidade no plano da realidade.

Nessa esfera que se encontra a efetividade ou eficácia social da norma, segundo o jurista e filósofo Hans Kelsen (1986, p.56) “o fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme a norma se verificar na ordem dos fatos.”

Desta monta, constata-se que a efetividade é percebida a partir da materialização do direito no mundo dos fatos.

A norma jurídica constitucional de um Estado é conservada historicamente pela conjuntura de cada época. Discute-se a efetividade dos Direitos Fundamentais, a fim de superar a concepção estática própria do Estado Liberal, bem como pela

perspectiva dos Direitos Fundamentais de primeira dimensão percebidos enquanto direitos subjetivos de defesa do cidadão perante o Estado.

Para Canotilho (1995, p. 43):

O Estado deve entender-se como conceito historicamente concreto e como modelo de domínio político típico da modernidade. Se pretendêssemos caracterizar esta categoria política da modernidade, dir-se-ia que Estado é um sistema processual e dinâmico e não uma essência imutável ou um tipo de domínio político fenomenologicamente originário e metaconstitucional.

Desta forma, no Estado Democrático de Direito existiria uma interdependência dos Direitos Fundamentais, em face da afirmação da pessoa humana, a efetivação desses Direitos Fundamentais, asseguraria a sua concretude. Assim, os Direitos Fundamentais deixariam de ter uma expressão apenas subjetiva, passando a uma dimensão objetiva.

Por isso essa dimensão objetiva impõe ao Estado o dever de proteção dos direitos, sobretudo aos direitos à vida, liberdade e à integridade física.

Segundo o jurista Paulo Bonavides (1995, p. 43):

Via de regra, todo direito fundamental concreto demanda, para sua interpretação, o exame dos seguintes aspectos: o aspecto objetivo institucional, por exemplo, no caso da Família; o da prestação estatal, haja vista o direito de acesso à cultura; o direito fundamental à prestação jurisdicional, e, finalmente o aspecto da vertente subjetiva que opera no caso de liberdade religiosa, unida, porém, ao status corporativos, como exemplificado pela igreja e comunidades religiosas.

Com efeito, para a concretização dos Direitos Fundamentais necessita-se de comportamento positivo do Estado uma vez que tais direitos são essenciais aos homens em sua vivência com os outros, fundando-se neles, em seu respeito e acatamento das relações de uns com os outros e com o próprio Estado.

### 3 DIREITO DE PERSONALIDADE: ANÁLISE CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRANSGÊNERO

A premissa entabulada pelo Estado Democrático de Direito é referente aos bens jurídicos fundamentais à dignidade da pessoa humana, visando à conquista de direitos mínimos e básicos à vida, saúde e liberdade.

A Constituição Federal por meio do art. 1º, inciso III, enfatiza a importância do Estado promover meios pelos quais as pessoas possam viver dignamente.

O art. 5º da Constituição Federal de 1988 prevê a proteção aos cidadãos nos seguintes termos:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

Posto isto, vê-se, que o princípio da dignidade da pessoa humana entabulada no art. 1º, inciso III da Constituição Federal é basilar dos direitos de personalidade, devendo ser garantido à proteção por parte do Estado.

Sendo assim, o direito do transexual de retificar o seu prenome encontra respaldo nos princípios constitucionais que visam garantir a dignidade deste.

#### 3.1 Transgênero: Direito de personalidade e sua relação intrínseca com os Direitos Fundamentais

A Organização Mundial da Saúde (OMS) considera a transexualidade como um transtorno de identidade de gênero, que acontece quando a pessoa se enxerga no sexo oposto ao qual nasce.

Segundo o entendimento da autora Tereza Rodrigues Vieira (2208, p. 27).

Um indivíduo que se identifica psíquica e socialmente com o sexo oposto ao que lhe fora imputado na certidão de nascimento. Existe uma reprovção veemente de seus órgãos sexuais externos, dos quais deseja se livrar. A convicção de pertencer ao sexo oposto é uma ideia fixa que preenche sua consciência impulsionando-o a tentar por todos os meios conciliar seu corpo à sua mente. Assim, segundo uma concepção moderna, o transexual masculino é uma mulher com corpo de homem. Um transexual feminino é, evidentemente, o contrário.

O transtorno de identidade de gênero é, portanto, um tormento sofrido pelo indivíduo acerca da sexualidade biológica em relação à sexualidade física, ou seja,

quando há um desvio permanente da personalidade sexual, ocorrendo, nesses casos, automutilação, autoextermínio, e outras doenças mentais.

De acordo com a resolução nº.1.955/2010, o Conselho Federal de Medicina (CFM) define ser transexual aquele que é “portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e ou autoextermínio”, seguindo, ainda, os critérios seguintes para verificação de transexualismo:

Art. 3º que a definição de transexualismo obedecerá, no mínimo, aos critérios abaixo relacionados:

1. Desconforto com o sexo anatômico natural;
2. Desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto;
3. Permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos;
4. Ausência de outros transtornos;

Nesse cenário, afirmou por meio de estudo científico que a cirurgia de redesignação tem fins terapêuticos para o fenômeno do transexualíssimo.

Com isso, a cirurgia de adequação de sexo tem sido um caminho para permitir a adequação do indivíduo ao gênero do qual se identifica, cujo objetivo precípuo é favorecer o indivíduo tanto do ponto de vista psicológico, quanto morfológico.

Ocorre, que para que seja realizada a cirurgia de transgenitalização faz-se necessário observar alguns critérios essenciais a tal mudança. O paciente que passa pelo processo de mudança de sexo deve ser acompanhado por equipe multidisciplinar com profissionais especialistas no assunto.

Impõe-se a necessidade de profissionais das áreas neuropsiquiátrica; psicanalista; cirurgião plástico e uma geneticista, aos quais analisarão a necessidade da intervenção cirúrgica.

Além disso, este indivíduo deve ser maior e capaz, não sendo aceito o consentimento dado pela família, pelo médico ou representante legal, uma vez que a cirurgia é irreversível, devendo o paciente estar ciente das implicações e consequentes de tal mudança.

É importante esclarecer, que a cirurgia de transgenitalização é considerada cirurgia estética reparatória. Nas lições de Maria Berenice Dias (2011, p.284):

A cirurgia estética pode se constituir em duas espécies: em cirurgia estética reparatória e em cirurgia estética embelezadora. A primeira modalidade gera obrigação de meio, por parte do cirurgião em relação ao paciente. Já a segunda origina obrigação de resultado. Segundo o nosso ponto de vista se

enquadrariam as cirurgias de mudança de sexo o primeiro grupo já que a cirurgia de mudança de sexo tem, segundo nossa opinião, índole reparatória e construtiva.

Oportuno mencionar, ainda, que muitas são as discussões acerca da adequação de sexo por meio da cirurgia de transgenitalização, tendo em vista seu caráter definitivo.

Nesse diapasão, por meio da Portaria nº457/2008 com apoio à Gestão participativa do Ministério da Saúde foi regulamentada a oferta de cirurgias de adequação de sexo pelo SUS (Sistema único de Saúde) realizadas no Hospital das Clínicas de São Paulo; Goiânia e Porto Alegre.

Cabendo aqui a ressalva de é permitido ao indivíduo realizar a cirurgia de transgenitalização em hospitais privados. Importante ainda mencionar que a resolução não exige prévia autorização judicial para a realização da cirurgia.

Acontece que mesmo após a redesignação do sexo por meio de cirurgia, as pessoas encontram dificuldades para alterar o nome que adeque à sua nova forma.

Por esse conjunto de ideias exposto, tem-se que o direito ao uso do nome social tem por base o princípio constitucional da dignidade humana, onde as pessoas trans devem ser identificadas pelo prenome correspondente ao gênero com o qual se identifica nos documentos oficiais.

É importante ressaltar, que um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito é o princípio da dignidade da pessoa humana sob o qual é erguida a República Federativa do Brasil, cujo dever, dentre outros, é a proteção do ser humano, sua intimidade, igualdade, honra e vida privada, sendo o nome um dos direitos de personalidade por excelência.

Neste contexto, consoante previsto no art.16 do Código Civil Brasileiro, (2002): “Toda pessoa tem o direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.”

Conforme esclarece Maria Berenice Dias (2011, p.282) “o nome é o identificador essencial da pessoa”. Por este motivo, o nome não deve ser tido como um meio de ridicularizar o indivíduo, o que ocorre na vida do transexual, vez que seu nome de nascimento não coaduna com sua forma física e psíquica.

Nas lições de Silvio Rodrigues (2002, p. 60), os direitos de personalidade são definidos da seguinte forma:

Direitos que são inerentes à pessoa humana e, portanto a ela ligados de maneira perpétua e permanente, não se podendo mesmo conceber um

indivíduo que não tenha direito à vida, à liberdade física ou intelectual, ao seu nome, ao seu corpo, à sua imagem e àquilo que ele crê ser sua honra.

Segundo Silvio de Salvo Venosa (2009, p. 173), os direitos de personalidade é direitos personalíssimos cabendo somente à própria pessoa que se sentir atingida moralmente tomar as medidas que avaliar serem necessárias.

O art. 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988, prevê de forma expressa que os direitos de personalidade “são invioláveis à intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de violação.”

Com o término da Segunda Guerra Mundial, passou-se a proteger com maior intensidade o direito da personalidade, que é o direito à conservação, à invulnerabilidade, à dignidade e ao reconhecimento da livre atuação da personalidade em todas as suas direções, gerando um dever jurídico de abstenção para todos os membros da coletividade.

Desta monta, não resta dúvidas de que o direito relativo à personalidade está totalmente ligado à dignidade, liberdade, individualidade e pessoalidade do indivíduo, estes imprescindíveis ao exercício de uma vida digna.

### 3.1.2 Da possibilidade jurídica de alteração do prenome e do sexo no registro civil dos transgêneros

No Brasil não há legislação específica para tratar do direito de adequação sexual e os efeitos jurídicos decorrentes dessa mudança. Do ponto de vista civil-constitucional, a personalidade não se finda na possibilidade de titularizar os direitos.

Nesse contexto, a cláusula geral da dignidade humana entabulada na Constituição Federal respalda o direito à identidade do transexual.

Nesse diapasão, acentua a Ministra Nancy Andrighi (2009) “a definição do gênero não pode ser limitada ao sexo aparente.”

Com efeito, verifica-se divergência dos Tribunais que ora se posicionam favorável à pretensão daquele indivíduo que possui a forma de um sexo, mas sua mentalidade é de outro, ora contrário.

Conforme explica Dias (2006, p. 03):

A lei de Registro Público diz que o prenome só pode ser alterado quando expuser ao ridículo o seu portador”, sendo admitida a alteração somente a pedido do interessado, contando que não prejudique o sobrenome da

família. Outra objeção que impede a mudança do nome decorre da vedação do art. 1604 do Código Civil: “ninguém pode vindicar estado contrario ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro”. Esse é o fundamento que a justiça, muito frequentemente, a indeferir o pedido de retificação.

Assim, verifica-se que o indivíduo transgênero encontra entrave quando busca a tutela do seu direito de modificação do prenome, devido à omissão do legislador para tratar do tema, bem como em virtude da instabilidade jurídica dos tribunais.

Após a vigência da Lei n. 9.708/98, que alterou o art. 58 da Lei 6.015/73, o transexual que realizou a cirurgia de transgenitalismo teria embasamento legal para alterar seu prenome, fazendo constar a mudança em seu nome, substituindo o apelido público notório conforme previa a mencionada lei antes da alteração.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro decidiu favoravelmente ao pleito de retificação do registro do civil após a mudança de sexo:

TRANSEXUALISMO . REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO. RETIFICACAO. MUDANCA DE PRENOME. MUDANCA DO SEXO. Apelação. Registro Civil. **Transexual que se submeteu a cirurgia de mudança de sexo, postulando retificação de seu assentamento de nascimento (prenome e sexo).** Adequação do registro `a aparência do registrando que se impõe. Correção que evitara' repetição dos inúmeros constrangimentos suportados pelo recorrente, além de contribuir para superar a perplexidade no meio social causada pelo registro atual. Precedentes do TJ/RJ. **Inexistência de insegurança jurídica, vez que a retificação será devidamente averbada à margem do registro** e o apelante mantera' o mesmo numero do CPF. Recurso provido para determinar a alteracao do prenome do autor, bem como a retificacao para o sexo feminino. **(APELACAO 2005.001.01910-DES. LUIS FELIPE SALOMAO - Julgamento: 13/09/2005 – 4 CC).**

TRANSEXUAL. REGISTRO CIVIL. ALTERAÇÃO. POSSIBILIDADE. CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 4º DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL DIANTE DA AUSÊNCIA DE LEI SOBRE A MATÉRIA. SENTENÇA QUE ATENDE SOMENTE AO PEDIDO DE ALTERAÇÃO DO NOME. REFORMA PARCIAL PARA TAMBÉM PERMITIR A ALTERAÇÃO DO SEXO NO REGISTRO DE NASCIMENTO. PROVIMENTO DO APELO. **A jurisprudência tem assinalado a possibilidade de alteração do nome e do sexo no registro de nascimento do transexual que se submete a cirurgia para redesignação sexual, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana.** (BRASIL, 2007, grifo do autor).

Para Rosa Maria de Andrade Nery (1996):

Apesar de ser contrária à mudança de sexo, entende que, se foi constatada a mudança de sexo, o registro deve fazer a acomodação. Os documentos têm que ser fiéis aos fatos da vida e deve haver segurança nos registros públicos. Fazer a ressalva é uma ofensa à dignidade humana. Sugere a autora que se faça uma averbação sigilosa no registro de nascimento, assim, o interessado, no momento do casamento, poderia pedir, na justiça, uma certidão de “inteiro teor”, onde consta o sigilo.

Fundamenta-se o entendimento do Des. Gilberto Dutra Moreira do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

Apelação Cível. Ação de retificação de registro. Transexual. Pretensão de exclusão de tal termo do assentamento. Procedência parcial do pedido, com a alteração das expressões "filho" e "nascido" por "filha" e "nascida". **Fatos e atos jurídicos levados a registro junto aos cartórios de registros públicos. Sujeição ao princípio da veracidade, o que obriga a reflexão da verdade real das informações a que dão publicidade, sob pena de nulidade. Gênero sexual que é definido sob o aspecto biológico cuja prova é feita por laudo de análise citogenética, que pode determinar precisamente o cromossomo sexual presente no DNA do indivíduo. Operação de mudança de sexo não tem o condão de alterar a formação genética do indivíduo, mas apenas adequar o seu sexo biológico-visual ao psicológico.** Pretensão incongruente de modificar a verdade de tal fato, fazendo inserir o nascimento de um indivíduo de sexo masculino como se feminino fosse. Impossibilidade. Inexistência de critérios objetivos que permitam delimitar o sexo sob o ponto de vista psicológico, o que poderia levar a várias distorções. **Potencial risco a direitos de terceiros quanto ao desconhecimento acerca da realidade fática que envolve o transexual.** Direito à intimidade e à honra invocados pela autora-apelante, que não são suficientes para afastar o princípio da veracidade do registro público e preservar a intimidade e a honra de terceiros que com ela travem relações. Parecer do Ministério Público, em ambos os graus, nesse sentido. Desprovimento do recurso. (BRASIL, 2007, grifo do autor).

Para Carlos Nelson Konder (1999):

O que se pode concluir é que a evolução no sentido do reconhecimento jurídico da mudança de sexo se pautou total e exclusivamente pela proteção à dignidade humana do transexual. Embora imprescindível o seu consentimento, este nunca será suficiente, uma vez que este é mais um campo em que o ordenamento não prioriza a esfera de livre autonomia da vontade.

À luz de uma interpretação Constitucional pautada no princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito sobre o qual é erguida a República Federativa do Brasil, busca-se os limites a serem estabelecidos pelo Direito, a fim de garantir a efetividade de um direito que fundamental do indivíduo.

Nessa esteira, Celina (1998, p. 103) adverte que:

o problema maior do Direito na atualidade tem sido exatamente o de estabelecer um compromisso aceitável entre os valores fundamentais comuns, capazes de fornecer os enquadramentos éticos nos quais as leis se inspirem, e espaços de liberdade, os mais amplos possíveis, de modo a permitir a cada um a escolha de seus atos e o direcionamento de sua vida particular, de sua trajetória individual.

Percebe-se, com isso, que o princípio da dignidade da pessoa humana afigura-se como cláusula geral de tutela e promoção, gerador de deveres positivos e negativos, pressupondo que a pessoa seja concebida a partir de uma reflexão

multidisciplinar, na qual se engloba a integralidade do indivíduo, pois leva em conta o contexto social, econômico e cultural, bem como as necessidades físicas, psíquicas e intelectuais de cada sujeito.

Valores estes, que fazem parte da dignidade humana, desdobram-se, por conseguinte, os direitos da personalidade, que devem ser entendidos como instrumentos de proteção e promoção dos aspectos que dizem respeito à condição própria de pessoa.

#### **4 O PAPEL DO PODER LEGISLATIVO NA EFETIVIDADE DOS DIREITOS DOS TRANSGÊNEROS: Implicação Jurídica da retificação do registro civil dos transgêneros**

Na discussão que envolve o tema do transgêneros/transexualismo e suas consequências jurídicas, tais como a alteração nominal e de sexo no Registro Público, são inúmeros os aspectos da personalidade que se colocam em questão, tais como, o direito ao nome, à imagem, à integridade, ao corpo, à diferença, à intimidade e à identidade.

A temática se torna mais relevante por constituir uma proposta de leitura sob a égide do Direito Civil Constitucional, tendo como alvo os chamados direitos da personalidade, em especial, a tutela da integridade física e psíquica, que tem como sustentáculo fundamental o respeito à dignidade da pessoa humana.

Conforme instrui Cardoso (2007, p. 21):

Ora, na maioria das vezes, os interesses de terceiros quanto à imutabilidade do nome das pessoas é de natureza econômica, disponível, enquanto o interesse de uma pessoa na alteração de seu nome é, na maior parte das vezes em que isso chega ao Poder Judiciário, questão de conservação e exercício de seus atributos da personalidade. Assim, a *ratio* que fundamenta a regra da imutabilidade do nome não está, historicamente, ligada à proteção dos direitos de personalidade, mas à proteção de interesses (legítimos) de terceiros, o que, estranhamente, não se coaduna com os fundamentos nem com as finalidades dos direitos da personalidade. Mais do que ser um elemento que integra o estado da pessoa, o direito ao nome é um direito de personalidade e, assim considerado, volta-se mais aos interesses da própria pessoa titular do nome do que aos interesses de terceiros. Aí reside a possibilidade de exercício de certa autônoma jurídica sobre o direito ao nome.

No Brasil não existe lei que acate a questão da adequação do prenome de transexual no registro civil, mas, apesar disso, existem alguns julgados permitindo-a.

Na esfera da jurisprudência, ainda existe um letargo dos Tribunais no tocante ao entendimento da autorização da mudança do prenome, divergindo quanto à necessidade ou não de realização da cirurgia de transgenitalismo para autorização da mudança no registro civil.

Espera-se, contudo, que com a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade com Pedido Sucessivo de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (Adin -1) na qual se pleiteia a interpretação, conforme a Constituição, do artigo nº 58 da Lei nº 6.015/73,

buscando o reconhecimento aos transexuais, independentemente da realização de cirurgia de transgenitalização, o direito à modificação de prenome e sexo no registro civil.

Logo, observa-se no meio da jurisprudência que se deve permitir a alteração do prenome, alterando-se o lugar reservado ao sexo do indivíduo pelo termo transexual, por ser entender que esta é a condição física e psíquica dele.

Não obstante a necessidade de se discutir as questões jurídicas acerca do transexualismo, não há hoje no Brasil uma norma que regularize os procedimentos médicos envolvendo os casos de transexuais.

O segundo o parecer do CFM, de 2013, sobre terapia hormonal para adolescentes transexuais e travestis a partir dos 16 anos, sob confirmação clínica do transtorno de identidade de gênero, o documento funciona só como orientação aos médicos.

Desta feita, busca-se agora uma padronização para que, em caso de descumprimento, o médico possa ser alvo de sindicância e sanção.

Pode-se afirmar, então, embora ausente previsão legal expressa no tocante à alteração do nome no Registro Civil dos transexuais, não há nada que os impeçam a buscar por meio do judiciário a tutela do seu direito fundamental de personalidade garantindo-lhes a dignidade.

Em 28 de abril de 2016 foi publicado no Diário Oficial da União, o decreto assinado pela presidente Dilma Rousseff que autoriza o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal, com a seguinte redação:

Art. 1º Este Decreto dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis ou transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

Parágrafo único. Para os fins deste Decreto, considera-se:

I - nome social - designação pela qual a pessoa travesti ou transexual se identifica e é socialmente reconhecida; e

II - identidade de gênero - dimensão da identidade de uma pessoa que diz respeito à forma como se relaciona com as representações de masculinidade e feminilidade e como isso se traduz em sua prática social, sem guardar relação necessária com o sexo atribuído no nascimento.

Art. 2º Os órgãos e as entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, em seus atos e procedimentos, deverão adotar o nome social da pessoa travesti ou transexual, de acordo com seu requerimento e com o disposto neste Decreto.

Parágrafo único. É vedado o uso de expressões pejorativas e discriminatórias para referir-se a pessoas travestis ou transexuais.

Segundo o texto, o nome social configura a designação pela qual a pessoa se identifica e é socialmente reconhecida. Já a de gênero trata da dimensão da identidade no que diz respeito à forma como ela se relaciona com as representações de masculinidade e feminilidade e como isso se traduz em sua prática social, sem relação necessária com o sexo atribuído no nascimento.

De acordo com a publicação, os sistemas de informação, cadastros, programas, serviços, fichas, formulários, prontuários e congêneres de órgãos e das entidades da administração pública federal deverão conter o campo “*nome social*” em destaque, acompanhado do nome civil, que será utilizado apenas para fins administrativos internos.

Desta maneira, foi informado pela Secretaria de Direitos Humanos que a partir da publicação do mencionado decreto, já pode ser requerido o nome social, cujo prazo é de seis meses para adequação dos formulários, e de até um ano para que todos os sistemas informatizados se adequem e implantem a mudança.

#### **4.1 Projeto de Lei**

Diversos foram os projetos de Lei intentados a fim de regularizar a situação jurídica vivida por este grupo minoritário, todas infrutíferas tendo em vista o descaso da casa legislativa para analisar a situação atual em que se encontra este grupo de indivíduos.

O primeiro projeto apresentado pelo Deputado José Coimbra, e vetado pelo Presidente da República João Figueiredo, de nº 1.909-A1979, propôs a regulamentação da cirurgia de redesignação de sexo, cujo teor reafirmava que esta era a única maneira de garantir ao transexual o convívio social igualitário.

Já em 1985, foi proposto novo projeto de Lei nº 5.789/1985 pelo Deputado Bocayuva Cunha o qual visava afastar as sanções penais quando era realizada cirurgia nos transexuais, bem como a possibilidade de alteração do status sexual e do prenome no assento de nascimento por meio de homologação de sentença.

O Deputado Antônio de Jesus apresentou proposta e alteração da Lei 58 da Lei Registro Público no sentido de proibir a alteração do prenome nos casos de indivíduos que tenham passado pela cirurgia para mudança de sexo.

Com o texto modificado, foi proposto também pelo Deputado José Coimbra, novo projeto de Lei nº 70/1995, no qual previa alteração do art. 58 da Lei nº 6.015/1973 (Lei de Registro Público), fazendo constar a possibilidade de averbação no Registro Civil e no documento de identidade com a expressão “transexual”, e, ainda, o acréscimo de um parágrafo no art. 129 do Código Penal, propondo a exclusão do crime de lesão corporal ao médico que realizasse a cirurgia de mudança de sexo.

O Ministro Celso de Mello asseverou a necessidade de nova Lei para garantir do direito do transexual adequar sua documentação, relativamente ao sexo e ao prenome, pois segundo parecer do Ministro, de nada lhe adiantaria superar a dicotomia entre a realidade física e psíquica se houver o constrangimento de se apresentar na sociedade como portador do sexo oposto.

Em 11/03/2008 a Deputada Cida Diogo apresentou projeto de Lei n. 2.976/2008 para acrescentar ao art. 58-A da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências, criando a possibilidade das pessoas que possuem orientação de gênero travesti, masculino ou feminino, utilizarem ao lado do nome e prenome oficial, um nome social. A proposição está sujeita à Apreciação do Plenário Sobre troca de nome e sexo nos documentos dos transexuais.

Mais recentemente, foi Proposto pela Senadora Marta Suplicy, Projeto de Lei de n. 658/2011, no qual busca-se o reconhecimento dos direitos à identidade de gênero e à troca de nome e sexo nos documentos de identidade de transexuais.

*In verbis*, a Ementa:

Dispõe que toda pessoa tem direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, conforme sua própria identidade de gênero, com independência de qual seja seu sexo biológico, anatômico, morfológico, hormonal, de atribuição ou outro; Permite que toda pessoa requeira a adequação dos registros de seu nome ou sexo quando não coincidam com sua identidade de gênero, desde que atendidos os seguintes requisitos: o nome ou o sexo consignados no registro civil do requerente devem estar em discordância com a sua própria identidade de gênero; essa discordância deve ser atestada por laudo técnico fornecido por profissional de qualquer das áreas médica, da psicologia ou da psiquiatria. Dispõe que em caso algum será exigido cirurgia de redesignação sexual para a concessão da adequação documental de nome ou sexo. Estabelece que a competência de matéria relativa ao disposto nesta Lei é da competência do juízo da Vara de

Registros Públicos, assegurado o segredo de justiça. Dispõe que a decisão judicial que determinar a adequação do nome e sexo terá efeitos constitutivos a partir do seu trânsito em julgado, sendo que perante terceiros, esses efeitos judiciais serão oponíveis a partir da data da modificação efetuada no Registro Público, que consignará a ocorrência da modificação. Dispõe que a adequação tratada nesta Lei permitirá que o interessado exerça todos os direitos inerentes a sua nova condição, não podendo prejudicá-lo nem ser oposta perante terceiro de boa-fé.

O projeto segue com o relator Jader Barbalho, remetido à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (Secretaria de Apoio à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania), no dia 23 de agosto de 2017 foi incluído na pauta de reunião.

Por fim, em recente decisão, cujo processo segue em segredo de justiça, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), firmou entendimento ao acolher o pedido pela modificação de prenome e de gênero de transexual que apresentou avaliação psicológica pericial para demonstrar identificação social como mulher.

Para o colegiado, o direito dos transexuais à retificação do registro não pode ser condicionado à realização de cirurgia, que pode inclusive ser inviável do ponto de vista financeiro ou por impedimento médico. Independentemente da realização de cirurgia de adequação sexual, é possível a alteração do sexo constante no registro civil de transexual que comprove judicialmente a mudança de gênero.

Nesses casos, a averbação deve ser realizada no assentamento de nascimento original com a indicação da determinação judicial, proibida a inclusão, ainda que sigilosa, da expressão “transexual”, do sexo biológico ou dos motivos das modificações registrais.

No pedido de retificação de registro, a autora afirmou que, apesar de não ter se submetido à operação de transgenitalização, realizou intervenções hormonais e cirúrgicas para adequar sua aparência física à realidade psíquica, o que gerou dissonância evidente entre sua imagem e os dados constantes do assentamento civil.

O relator do recurso especial da transexual, ministro Luis Felipe Salomão, lembrou inicialmente que, como Tribunal da Cidadania, cabe ao STJ levar em consideração as modificações de hábitos e costumes sociais no julgamento de questões relevantes, observados os princípios constitucionais e a legislação vigente.

Para julgamento do caso, o ministro resgatou conceitos essenciais como sexo, identidade de gênero e orientação sexual. Segundo o ministro, as pessoas caracterizadas como transexuais, via de regra, não aceitam o seu gênero, vivendo

em desconexão psíquico-emocional com o seu sexo biológico e, de um modo geral, buscando formas de adequação a seu sexo psicológico.

O relator também lembrou que, apesar da existência de princípios como a imutabilidade do nome, dispositivos legais como a Lei de Registros Públicos preveem a possibilidade de alteração do nome que cause situação vexatória ou de degradação social, a exemplo das denominações que destoem da aparência física do indivíduo.

Na hipótese específica dos transexuais, o ministro Salomão entendeu que a simples modificação de nome não seria suficiente para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Para o relator, também seriam violados o direito à identidade, o direito à não discriminação e o direito fundamental à felicidade.

O ministro também citou exemplos de países que têm admitido a alteração de dados registrais sem o condicionamento à cirurgia. No Reino Unido, por exemplo, é possível obter a certidão de reconhecimento de gênero, documento que altera a certidão de nascimento e atesta legalmente a troca de identidade da pessoa. Iniciativas semelhantes foram adotadas na Espanha, na Argentina, em Portugal e na Noruega.

Assim, a exigência de cirurgia de transgenitalização para viabilizar a mudança do sexo dos transexuais vai de encontro à defesa dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos, não só pela falta de acessibilidade para realizar a cirurgia, como por ferir o exercício do direito à personalidade à realização de mutilação física, extremamente traumática.

## **4.2 Casos**

A Vara da Infância e da Juventude da comarca de Uberlândia concedeu tutela antecipada para garantir que um adolescente de 12 anos seja submetido aos tratamentos e acompanhamentos médicos, psicológicos e psiquiátricos, independentemente da vontade paterna, para interromper a puberdade e proteger o direito fundamental à saúde.

De acordo com relatórios de equipe multidisciplinar da Universidade Federal de Uberlândia (UFU), o adolescente apresenta quadro clínico de transtorno de identidade sexual, comportando-se como do gênero feminino e com sexo genético masculino.

Em julho, com trajes femininos, acompanhado da mãe e da equipe multidisciplinar da UFU, o adolescente foi até a Promotoria de Justiça de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente e relatou que, embora seja registrado como do gênero masculino, comporta-se como pessoa do gênero feminino em seus múltiplos aspectos, e que gostaria de fazer uso contínuo da medicação prescrita para o caso e o devido acompanhamento psicossocial.

Explicou ainda, que ama o pai que, no entanto, por preconceito e desconhecimento dos seus problemas, negava-se a autorizar os tratamentos, fato que contribuiria para causar-lhe intenso sofrimento mental.

O promotor de Justiça Jadir Cirqueira de Souza, depois de colher a concordância materna, ouviu a equipe multidisciplinar da UFU (enfermeira, médica, psicóloga e psiquiatra), que além de confirmar o diagnóstico, destacou que o uso da medicação é preventivo, com efeitos reversíveis, não prejudica a formação do adolescente e respeita sua vontade e as condições de gênero, garantindo a proteção de sua saúde física e mental.

Diante disso, foi proposta uma Ação Civil de Suprimento de Autorização Paterna cumulada com os pedidos de integral tratamento médico, psicossocial, além da modificação do prenome para o gênero feminino. A Justiça concedeu a liminar autorizando o início dos tratamentos, independentemente da autorização do pai.

Na decisão, ancorado em moderna doutrina, jurisprudência e no princípio da proteção integral, o juiz de Direito Lourenço Migliorini Fonseca Ribeiro afirmou que não se pode conceber que o pai, de forma discriminatória, impeça ou prejudique os tratamentos e os acompanhamentos psicossociais indicados, com clara violação da dignidade humana e do livre desenvolvimento da saúde mental do adolescente defendido pelo Ministério Público.

Semelhante ao episódio do garoto transgênero de 12 anos, duas famílias em conflito sobre a transexualidade do filho já procuraram o Ambulatório em São Paulo. O pai ou a mãe discordava sobre o início do tratamento da criança ou do adolescente.

A equipe de profissionais do espaço conseguiu evitar a judicialização do caso. Segundo consta, quando o pai ou a mãe se nega autorizar o tratamento, como no caso em tela, a consequência é o sofrimento mental do paciente.

Outro caso que serve como exemplo é o de Bárbara (nome fictício), criança transgênera que mora em Salvador e é tratada no Ambulatório do HC.

Ela conseguiu que a escola a tratasse pelo gênero feminino e a mãe, Raquel (nome fictício) já percebeu melhoras - até mesmo físicas. Mãe e filha são acompanhadas por uma equipe de médicos.

Com o mesmo entendimento, a juíza Juliana Dias Almeida Filippo, da 1ª Vara Judicial de Cândido Mota, atendeu ao pedido de um transexual e determinou a retificação do nome no assento de nascimento civil e a alteração do sexo de masculino para feminino.

A parte alegou que é transexual e que desde os primeiros anos de vida possui identidade emocional distinta da física, que se reconhece como pessoa do sexo feminino e é identificado por todos como mulher, utilizando o prenome de Gisele.

Avaliação psicológica atestou que ele apresenta características comportamentais de identificação do gênero feminino, oposto ao seu gênero biológico.

Na decisão, o juiz explica que as documentações juntadas comprovam a manifestação do transexualismo e de todas as suas características, demonstrando que o requerente sofre inconciliável contrariedade pela identificação sexual masculina que tem hoje. “Assim, possível a retificação pretendida pelo autor, dada as circunstâncias do caso, a fim de concretizar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana”, disse.

O magistrado também ressaltou que não se mostra necessária cirurgia de transgenitalização para que se retifique o assento, tendo em vista que a identificação pelo gênero é psicológica e não morfológica.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do presente trabalho foi demonstrar a importância que o constitucionalismo remonta à ideia de se obter ao máximo uma interpretação da efetividade da força normativa da constituição. Partindo da premissa entabulada pelo Estado Democrático de Direito referente aos bens jurídicos fundamentais à dignidade da pessoa humana, visando à conquista de direitos mínimos e básicos à vida, saúde e liberdade.

A discussão que envolve o tema do transgêneros/transexualismo e suas consequências jurídicas, tais como a alteração nominal e de sexo no Registro Público, bem como os aspectos da personalidade, tais como, o direito ao nome, à imagem, à integridade, ao corpo, à diferença, à intimidade e à identidade.

Todavia, no Brasil ainda não há lei específica que resguarde o direito de adequação sexual e suas consequências jurídicas, por isso observou-se a necessidade de analisar a temática a partir dos casos concretos.

Procurou-se também, delimitar o alcance dos Direitos Fundamentais dos transgêneros, a partir da perspectiva Constitucional, bem como a partir da análise de autores que preservam a aplicação imediata e concretude de tais direitos a grupos estigmatizados, vez que esta é a base do nosso ordenamento jurídico.

Constatou-se assim como existe uma morosidade por parte do poder legislativo para tratar do tema, na esfera da jurisprudência, não é diferente, pois ainda existe um letargo dos Tribunais no tocante ao entendimento da autorização da mudança do prenome, divergindo quanto à necessidade ou não de realização da cirurgia de transgenitalismo para autorização da mudança no registro civil.

Diversos foram os projetos de lei intentados a fim de regularizar a situação jurídica vivida por este grupo minoritário, todas infrutíferas.

Levando em consideração os aspectos apresentados, percebe-se que o princípio da dignidade da pessoa humana afigura-se como cláusula geral de tutela e promoção, gerador de deveres positivos e negativos, pressupondo que a pessoa seja concebida a partir de uma reflexão multidisciplinar, na qual se engloba a integralidade do indivíduo, pois leva em conta o contexto social, econômico e cultural, bem como as necessidades físicas, psíquicas e intelectuais de cada sujeito.

Em virtude disso, à luz de uma interpretação Constitucional pautada no princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de

Direito sobre o qual é erguida a República Federativa do Brasil, busca-se estabelecer os limites a serem estabelecidos pelo Direito, a fim de garantir a efetividade de um direito que fundamental do indivíduo.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução por Virgílio Afonso da Silva, 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro*.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 19. ed. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BONAVIDES, Paulo. Os Direitos Humanos e a Democracia. In: *Direitos Humanos como Educação para a Justiça*. Reinaldo Pereira e Silva org. São Paulo: LTr, 1998.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos da Personalidade e Autonomia Privada*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*.

Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei 6.015.1973. Lei de Registros Públicos.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação 2006.001.61108. DES. Vera Maria Soares Van Hombeeck. Julgamento: 06/03/2007. Primeira Câmara Cível.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação 2007.001.14071, DES. Gilberto Dutra Moreira. Julgamento: 05/09/2007. Décima Câmara Cível.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=38980>>Tribunal. Acesso em: 25 de agosto.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=38980>>. Acesso em: 25 de agosto.

BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos Humanos: paradoxo da civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CARVALHO NETO, Menelick de. *A Hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito*. Notícia do Direito Brasileiro, Nova Série, n. 6. Brasília: Editora UnB, 2º semestre de 1998.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, São Paulo: Saraiva, 1999.

DIAS, Maria Berenice. *União Homoafetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FERNÁNDEZ GARCIA, Eusebio. *El contractualismo clásico (Siglos XVII y XVIII) y los derechos naturales*. In: Teoría de la Justicia y Derechos Humanos. Madrid: Debate, 1984.

FERREIRA Filho, Manoel G. et. alli. *Liberdades Públicas*. São Paulo: Saraiva, 1978.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Trad. de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986.

PORTAL PLANALTO. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil>. Acesso em: 25 de agosto.

PORTAL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Acerca do registro civil dos transgênero. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ>. Acesso em: 25 de agosto.

PORTAL CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. 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: 25 de agosto.

PORTAL SENADO. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/103053>. Acesso em: 25 de agosto.

MUDANÇA DO REGISTRO CIVIL PARA TRANSGÊNERO. Disponível em: <https://jsvazrosa.jusbrasil.com.br/registro-civil-da-pessoa-trans-mudanca-de-nome-e-sexo>. Acesso em: 12 mar.2017.

PAUTA ACERCA DO DIREITO DO TRANSGÊNERO. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/supremo-em-pauta/transexualidade-e-direito/> Acesso em: 12 mar.2017.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 9. ed. São Paulo; Saraiva, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. Ed. Malheiros Editores, 1994, São Paulo-SP.

TATURCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 6. ed. São Paulo: Método, 2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Decreto acerca do Direito do Transgênero. Disponível.

SÃO PAULO. *In Textos Básicos sobre Derechos Humanos*. Madrid. Universidad Complutense, 1973, traduzido do espanhol por Marcus Cláudio Acqua Viva. APUD.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil – Parte geral*. 9.ed.São Paulo: Atlas, 2009.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética e biodireito*. São Paulo: Jurídico Brasileira, 1999.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Nome e Sexo. Mudanças no registro civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/> acessado em 12 mar.2017.

