

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Aline do Couto Celestino

**A alteração de registro civil das pessoas transexuais: fundamentos jurídicos
e cenário na jurisprudência brasileira**

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2017

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Aline do Couto Celestino

**A alteração de registro civil das pessoas transexuais: fundamentos jurídicos
e cenário na jurisprudência brasileira**

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRA em Direito sob orientação do Prof. Dr. Luiz Alberto David Araujo.

SÃO PAULO

2017

BANCA EXAMINADORA

Ao meu pai, que do outro plano guarda por mim.

A minha mãe, pela dedicação incansável para que eu me tornasse a mulher que sou hoje.

Ao meu irmão, pela amizade e carinho incondicionais.

Ao Peter, companheiro de vida, que me prestou apoio fundamental para a conclusão desse trabalho.

Agradecimentos

O caminho para a elaboração da dissertação de mestrado não é possível percorrer sozinha e por isso é importante fazer alguns agradecimentos àquelas pessoas que foram essenciais para que eu conseguisse concluir mais esse projeto na minha vida:

Ao Professor Dr. Luiz Alberto David Araujo, que escolheu orientar meu trabalho quando da seleção e me acompanhou pacientemente em toda a elaboração da dissertação. Sua orientação dedicada foi muito importante para a conclusão deste trabalho.

Ao meu companheiro de vida, Peter Gabriel Molinari Schweikert, que teve toda paciência comigo no decorrer do mestrado, que me trouxe tranquilidade nos momentos de aflição e que me auxiliou na revisão do trabalho.

Ao meu irmão Rafael do Couto Celestino e à minha mãe Patricia Soraia do Couto Celestino, que me deram todo o apoio e foram compreensivos quando tive que doar tempo de nossa convivência à elaboração desta dissertação.

Ao meu pai Valdinei dos Reis Celestino (*in memoriam*) que me ensinou desde criança o valor do estudo e se esforçou tanto para que eu alcançasse todos meus objetivos na vida. Do outro plano, continuas sendo minha inspiração.

À amiga Aline Takagi Rezende, pela amizade de vida e pela cuidadosa revisão do texto.

À amiga Catharine Kamie Ramos Furukawa, pela amizade sempre presente e pelo auxílio nas partes em que faltaram conhecimento.

Sou imensamente grata por ter vocês ao meu lado nessa caminhada!

*Meu corpo
Um campo de batalha
Chora, grita e sente
Combate de forma valente
Todo o dia
A mesma e nova transfobia
Me constroi
Cada dia mais uma batalha
Venço, perco, segue empatado
Do lado de cá me fortaleço
Mas eles crescem, não me esqueço
Na mira, sigo perseguida
O corpo, as regras, as normas
Evidência
Hetero, cis, burguês
Essa moral em mim se desfez
Corta, mutila, hormoniza
Transforma a cada dia
De forma desigual é impedida
De ser plenamente reconhecida
Da miséria destinada
À insurreição organizada
Se levanta, me levanto
Sei, nasci pra ser sujeito
Escolhi, decidi, quis ser eu mesma
Me tornei abjeto
Parece comum
Um ser que não parece merecer afeto
A nós, um brinde
Guerreiras sobreviventes
Mais um dia
No campo de batalha
Da vida
Do corpo
Da alma
(Um brinde, Virgínia Guitzel)*

RESUMO

A luta pelo reconhecimento e pela defesa dos direitos das pessoas LGBTTI (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais, Intersex) apresenta-se intimamente conectada ao cumprimento dos objetivos da República Federativa do Brasil, sobretudo no que tange ao respeito à dignidade da pessoa humana, à diversidade e à promoção da igualdade em sua vertente material. Nada obstante, os avanços nessa seara se mostram ainda bastante tímidos. Exemplo claro é o reconhecimento do direito ao nome e ao sexo jurídico condizentes com a identidade de gênero das pessoas transexuais, que ainda não encontra a devida proteção no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista a contumaz omissão por parte do Poder Legislativo e a forma pouco padronizada pela qual o Poder Executivo vem regulamentando o uso do nome social. Diante desse cenário, o Poder Judiciário é clamado a intervir com o objetivo de garantir os direitos fundamentais das pessoas transexuais. Apesar da ausência de harmonia dos julgados, existe amplo respaldo convencional e constitucional que autoriza a alteração de prenome e sexo jurídico dessas pessoas. Portanto, é necessária uma releitura do sistema infraconstitucional vigente, à luz dos princípios constitucionais da promoção da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da não discriminação, como forma de compreender a vivência transexual e acolhê-la sob o ordenamento jurídico, conferindo-lhe a proteção jurídica adequada. Essa compreensão se funda sob uma nova perspectiva de manifestação do Direito: deixa-se de enxergar o indivíduo tão somente pelos referenciais biopsicológicos para enxergá-lo de forma contextualizada, através de suas relações sociais. Desse modo, propõe-se analisar minuciosamente não apenas os fundamentos possíveis para decisões judiciais que reconheçam o direito à alteração do nome e do sexo jurídico das pessoas transexuais em consonância com sua identidade de gênero, mas também como os Tribunais vêm se posicionando sobre o tema. Por fim, refletir-se-á sobre os limites e a própria legitimidade do protagonismo que vem assumindo o Poder Judiciário diante da inércia dos demais poderes, com o objetivo final de mapearmos analiticamente a(s) forma(s) mais adequada(s) de garantia dos direitos da população trans.

Palavras-chaves: Dignidade da pessoa humana. Transexualidade. Alteração de registro civil. Direito ao nome. Jurisprudência brasileira.

ABSTRACT:

The struggle for recognition and defense of the LGBTTI (Lesbian, Gay, Bisexual, Transvestite, Transsexual, Intersex) community rights is intimately connected to the fulfillment of the Federative Republic of Brazil goals, especially the ones regarding the respect for human's dignity and diversity as well as the promotion of equality in its material dimension. Nevertheless, many further advances in this field remain to be made. As a clear example, there's the recognition of the right to a name and to a legal sex suitable for the transsexual's gender identity - which continues to lack adequate protection in the Brazilian legal system given the Parliament's constant omission and due to the inexistence of a pattern related to the Public Administration's regulation of the use of the social name. Given this scenario, the Judiciary is pressed to intervene to guarantee the fundamental rights of transsexual people. Despite the lack of harmony in judicial verdicts, there are both conventional and constitutional support that authorize the legal name and gender change for these people. Therefore, it seems necessary to review the existing infraconstitutional system - from the constitutional principles of human's dignity, equality and non-discrimination viewpoint - in order to understand the transsexual experience and accept it under the legal system. This understanding is based on a new perspective of the Law: one that no longer sees people only through their biopsychological references, but in a contextualized way, through social relations. Therefore, the propose of this research is to analyze not only the possible grounds for judicial decisions that recognize the right to legal name and gender change for transsexual people according to their gender identity, but also how Brazilian Courts have been giving their verdicts. Finally, this paper intends to reflect on Judiciary's limits and legitimacy in consequence of other branches inertia, with the main purpose of mapping the most appropriate strategy to defend transsexual people rights.

Keywords: *Human's Dignity. Transsexuality. Modification of Civil Registry. Right to a Name. Brazilian Jurisprudence.*

INTRODUÇÃO	13
1 SEXUALIDADE E GÊNERO: CONCEITUAÇÃO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	17
1.1 SEXUALIDADE: A EVOLUÇÃO HISTÓRICA	17
1.2 A DISTINÇÃO ENTRE SEXO E SEXUALIDADE.....	23
1.3 GÊNERO: CONCEITO E EVOLUÇÃO DA COMPREENSÃO.....	25
1.4 TRANSEXUALIDADE: CONCEITO E NECESSÁRIA DESCONSTRUÇÃO DO OLHAR PATOLOGIZANTE.....	29
1.5 A TRANSEXUALIDADE, A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A AUTONOMIA.....	33
1.6 UM NOVO PARADIGMA PARA O DIREITO: A PERSPECTIVA DAS INTERAÇÕES SOCIAIS	37
1.6.1 <i>A Transexualidade nas Legislações: Reconhecimento ou Autorização?</i>	39
1.6.2 <i>O Debate Legislativo no Brasil</i>	41
1.6.3 <i>Parâmetros Mínimos para uma Legislação Brasileira</i>	44
1.6.4 <i>O Exemplo Argentino</i>	46
2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A VEDAÇÃO À DISCRIMINAÇÃO DE IDENTIDADE DE GÊNERO.....	49
2.1 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE: UM OLHAR CONSTITUCIONAL	49
2.1.1 <i>Princípio da Igualdade: Conceito e Evolução Histórica</i>	49
2.1.2 <i>Direito de Igualdade de Gênero nas Constituições Brasileiras</i>	55
2.2 O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO À DISCRIMINAÇÃO COMO DECORRÊNCIA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE: A PROTEÇÃO DAS PESSOAS TRANSEXUAIS ...	58
2.2.1 <i>Conceito de Discriminação</i>	58
2.2.2 <i>Do Princípio da Vedação à Discriminação ao Dever de Promoção da Igualdade</i>	60
2.2.3 <i>Do Princípio da Proporcionalidade e a Proibição da Proteção Insuficiente</i>	67
2.3 A VEDAÇÃO À DISCRIMINAÇÃO EM RAZÃO DO SEXO: INTERPRETAÇÃO AMPLIATIVA VOLTADA PARA A PROTEÇÃO DAS PESSOAS TRANSEXUAIS	70
2.4 O DIREITO FUNDAMENTAL À IDENTIDADE DE GÊNERO	74
3 DIREITO AO NOME NAS PERSPECTIVAS CONSTITUCIONAL E CIVILISTA E A QUESTÃO DO NOME SOCIAL PARA AS PESSOAS TRANSGÊNERAS	79
3.1 DIREITO AO NOME NA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL	79

3.1.1 <i>Direito ao Nome e o Direito ao Nome Social Enquanto Direitos Fundamentais Materiais</i>	82
3.2 DIREITOS DA PERSONALIDADE: A PERSPECTIVA CIVILISTA	84
3.2.1 <i>Características dos Direitos da Personalidade</i>	86
3.3 DIREITO AO NOME NA PERSPECTIVA CIVILISTA	93
3.3.1 <i>Natureza Jurídica do Direito ao Nome</i>	94
3.3.2 <i>Características do Direito ao Nome</i>	97
3.3.3 <i>Funções do Nome</i>	99
3.3.4 <i>A Alteração do Prenome no Ordenamento Brasileiro</i>	102
3.4 DECRETOS QUE VERSAM SOBRE O USO DO NOME SOCIAL.....	109
4. ALTERAÇÃO DO REGISTRO CIVIL DE PESSOAS TRANSEXUAIS: FUNDAMENTOS JURÍDICOS E JURISPRUDÊNCIA.....	113
4.1 ALTERAÇÃO DO REGISTRO CIVIL DE PESSOAS TRANSEXUAIS	113
4.1.1 <i>Fundamentos Jurídicos para Alteração do Prenome e Estado Sexual das Pessoas Transsexuais</i>	116
4.2 JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA ACERCA DA ALTERAÇÃO DO PRENOME E ESTADO SEXUAL	122
4.3 O TRATAMENTO DA PESSOA TRANSEXUAL NO DECORRER DO PROCESSO	138
4.4 SOBRE AS DECISÕES DO PODER JUDICIÁRIO	140
4.4.1 <i>O Princípio da Publicidade e Veracidade dos Registros Públicos</i>	141
4.4.2 <i>Da Ofensa a Terceiros, do Interesse Público e o Risco de “Fraudes”</i>	145
4.4.3 <i>Da Condicionante à Realização da Cirurgia de Transgenitalização</i>	146
4.4.4 <i>Da Ausência de Previsão Legal</i>	149
CAPÍTULO 5 O PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO DO PODER JUDICIÁRIO NA TUTELA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS PESSOAS TRANSEXUAIS	151
5.1 CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA.....	151
5.2 ATIVISMO JUDICIAL, HARMONIA DAS DECISÕES E DEMOCRACIA REPRESENTATIVA	155
5.3 O PLURALISMO POLÍTICO COMO ELEMENTO DA DEMOCRACIA E A POPULAÇÃO TRANSEXUAL.....	159
5.4 FERRAMENTAS DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: COMO A OMISSÃO LEGISLATIVA PODE SER APRESENTADA AO PODER JUDICIÁRIO ..	161

5.4.1 O Mandado de Injunção	164
5.4.2 A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão	168
CONCLUSÃO.....	171
REFERÊNCIAS	176

INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição de 1988 traz como fim a busca pela igualdade em uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Como garantias aos cidadãos desse Estado, foram trazidos à posição de princípios e de direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana e o direito à igualdade, resguardados nos artigos 1º, inciso III e 5º *caput*, da Carta Maior.

Como corolários do princípio da igualdade, derivam o dever de promoção da inclusão social e o dever de evitar práticas discriminatórias, impondo ao Estado e aos particulares um ônus de agir positivamente para evitar a marginalização de grupos vulneráveis e minoritários.

Nesse contexto se insere a temática da luta por reconhecimento de direitos de pessoas LGBTTI (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais, Intersex). A vivência de identidades de gênero e de orientações sexuais que destoam do padrão heteronormativo acaba por colocar essas pessoas à margem da sociedade.

Com efeito, ao prever a promoção do bem de todos como um dos objetivos da República, o constituinte incluiu o dever do Estado de garantir a esses indivíduos a participação em sociedade em condições de igualdade com as demais pessoas, com respeito aos seus direitos fundamentais, à sua identidade e personalidade. E enquanto grupo vulnerável, os indivíduos que nele se inserem, necessitam de proteção estatal para alcançarem uma participação incluída socialmente e uma vivência com dignidade de sua identidade de gênero e orientação sexual.

Todavia, há muito que caminhar para que essa implementação de direitos da população LGBTTI saia do plano ideal para alcançar o plano fático.

O direito ao nome e o direito ao nome social, enquanto direitos fundamentais materiais, configuram elementos que individualizam e identificam as pessoas em sociedade, e mostram-se de fundamental importância na formação da individualidade e personalidade de um indivíduo.

Como será visto no trabalho, não existe normativa oriunda do Poder Legislativo que regule o uso do nome social e a alteração de prenome e sexo de pessoas transgêneras. Diante disso, tal omissão vem sendo sanada pelo Poder Executivo (em seus diversos âmbitos),

que emite decretos regulamentando o uso do nome social. Ocorre que tais regulamentações são feitas de formas díspares e algumas vezes não representam uma solução para as pessoas transgêneras, mas sim mais uma forma de exposição a situações vexatórias.

Considerando esse contexto de omissão do Legislador, onde se perpetua a violação de direitos e a marginalização de pessoas transgêneras, o Poder Judiciário acaba sendo provocado para se manifestar sobre a alteração de prenome e sexo jurídico dessas pessoas. A intenção, ao recorrerem ao órgão jurisdicional, é encontrar amparo para que possam ter no registro civil o signo pelo qual são reconhecidas no meio em que vivem e também para que o sexo jurídico, não condizente com a vivência de gênero que experimentam, seja adequado à realidade fática.

O objetivo deste trabalho é, portanto, analisar os direitos envolvidos na disputa jurídica que está colocada, partindo da análise dos princípios constitucionais relacionados à efetivação de direitos de pessoas transgêneras, tais como a vedação ao tratamento discriminatório, o direito à igualdade, à inclusão social e ao nome.

Pretende-se fazer uma reflexão jurídica sobre como um olhar do Direito desvinculado de aspectos biológicos e voltado às interações sociais é importante para se avançar na conquista de direitos para as pessoas transexuais.

A partir da análise da jurisprudência brasileira, pretende-se demonstrar como o tema evoluiu nos tribunais brasileiros e quais são os cenários colocados na atualidade. Nos Tribunais, a questão que se instala é se a alteração do prenome e do sexo jurídico afetaria princípios que regem os Registros Públicos, como o da veracidade e publicidade, e se eventuais alterações representariam ofensas a direitos de terceiros. Além disso, o que se vê na jurisprudência são entendimentos que algumas vezes condicionam a alteração do registro, principalmente do sexo jurídico, à realização de cirurgia de redesignação sexual.

Esses debates já chegaram, inclusive, aos Tribunais Superiores do sistema de justiça brasileiro (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça), por meio de recurso extraordinário e especial.

Assim, essa reflexão é de grande importância, tendo em vista que o direito à identidade sexual e ao nome têm sido pautados nas lutas por reconhecimento de direitos das

peessoas transgêneras, e o avanço dessas lutas depende da desconstrução de muitos preconceitos àquelas relacionados.

Dessa forma, para se desenvolver o trabalho, pretende-se abordar no Capítulo 1 conceitos básicos sobre sexualidade e gênero e sua evolução histórica, com o fim de que o leitor se aproprie de noções de outras áreas do saber, importantes para a compreensão deste estudo. Vale mencionar que, neste capítulo, a intenção é propiciar noções básicas, sendo certo que não serão abordadas minúcias técnicas acerca daquilo que for dispensável para compreensão do trabalho, uma vez que o objetivo maior é abordar como a transexualidade acaba por transbordar para as relações jurídicas da pessoa com a sociedade, que serão estudadas mais à frente.

No Capítulo 2, será explanado o princípio da igualdade, a evolução de sua compreensão e todos os princípios dele decorrentes, como a vedação à discriminação e o dever de promoção da igualdade e inclusão social de grupos vulneráveis, como é o caso das pessoas transgêneras. O Capítulo 3 será reservado para tratar o direito ao nome e o direito ao nome social enquanto direitos fundamentais materiais que se depreendem da leitura constitucional e convencional e, após, serão analisados os direitos da personalidade e, especificamente, o direito ao nome na perspectiva civilista, enfatizando-se a importância do nome para individualização da pessoa e formação de uma identidade.

Delimitado o cenário jurídico relacionado ao tema deste trabalho, no Capítulo 4 será abordada a alteração do registro civil de pessoas transgêneras em si, expondo os fundamentos jurídicos que são colocados para requerer a alteração. Será analisado, também, como vem se construindo a jurisprudência sobre este assunto e quais entraves têm sido encontrados.

Por fim, no Capítulo 5, será investigado o papel do Poder Judiciário dentro do regime democrático, o qual algumas vezes é provocado por grupos minoritários que buscam uma tutela específica e contramajoritária em relação aos seus direitos fundamentais, por não serem contemplados nas escolhas das maiorias. No mesmo capítulo, serão abordadas quais ferramentas são previstas na Constituição Federal para sanar eventuais omissões do Legislador em relação à concretização de direitos fundamentais, recorrendo-se sobre a possibilidade de serem usadas para o caso específico das pessoas transexuais.

Os processos metodológicos adotados serão: *dogmático-jurídico*, *o histórico* e *o dialético*. Com essas ferramentas pretende-se valer dos estudos doutrinários, da análise de jurisprudência, dos aspectos históricos, bem como da comparação entre os entendimentos dos tribunais nacionais, com o fim de obter um cenário sobre como a alteração de prenome e sexo jurídico nos registros civis de pessoas trans tem sido tratada no ordenamento jurídico brasileiro.

1 SEXUALIDADE E GÊNERO: CONCEITUAÇÃO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

1.1 SEXUALIDADE: A EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Com o fim de contextualizar a discussão que se pretende neste tópico, inicia-se com reflexão trazida por Luiz Alberto David Araújo:

[...] falar da sexualidade humana é falar das origens da humanidade. Em todas as culturas, incluindo as mais primitivas, a sexualidade sempre esteve presente, permeando todos os setores da vida do indivíduo e grupo no qual está inserido. O sentido da sexualidade sempre variou conforme a época, a cultura, e os costumes morais vigentes.¹

Cada sociedade foi construindo uma visão sobre a sexualidade, de forma que ela pode ser compreendida por diversos espectros. Sob um viés antropológico, pode-se afirmar que “[...] o sexo começou como uma adaptação biológica, mas em todas as culturas humanas tornou-se um ponto focal para códigos sociais e morais, bem como gerando temas que passam através da religião e da arte”.²

Dessa forma, a sexualidade deve ser compreendida como elemento “[...] essencial e básico para a inserção ajustada e harmoniosa do indivíduo na sociedade”³, uma vez que ela compõe parte de como o indivíduo é visto por seus pares.

Dito isso, deve-se entender que a sexualidade passou por transformações no decorrer da história e “[...] esse transformar-se do pensar humano provocou uma dissociação entre as ideias de prazer e reprodução”.⁴

Na antiguidade, a homoafetividade – que ainda não recebia essa denominação – era algo comum entre homens. O casamento era reservado à perpetuação da espécie, enquanto que as relações homoafetivas eram vistas como uma forma de se alcançar o prazer.

Nesse sentido, Maria Berenice Das traz que

A homossexualidade é tão antiga como a heterossexualidade.⁵ Acompanha a história da humanidade e, se nunca foi aceita, sempre foi tolerada. É uma realidade que sempre existiu, e em toda parte, desde as origens da história humana. É diversamente interpretada e explicada, mas, apesar de não a admitir, nenhuma sociedade jamais a ignorou.⁶

¹ ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 36.

² GREGERSEN, Edgar. **Práticas sexuais** – a história da sexualidade humana. São Paulo: Rocca, 1993. p. 3.

³ ARAUJO, **op. cit.**, p. 36.

⁴ **Ibidem**, p. 37.

⁵ Goethe apud DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito & a justiça**. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 27.

⁶ DIAS, **op. cit.**, p. 27.

Sobre o a homoafetividade na Grécia, Artur Virmond de Lacerda Neto discorre:

A antigüidade grega, a que pertenceu Platão, caracterizava-se pelo politeísmo, crença em inúmeros deuses, a cada um atribuindo-se a responsabilidade por certos fenômenos, como o deus Amor, responsável pelo sentimento de afeição entre as pessoas; assinalava-se, ainda, pela bissexualidade masculina, em que aceitavam-se as relações sexuais de homens com mulheres e com homens, e pela pederastia, relacionamento entre o erastes e o erômenos: aquele, mais velho de 25 anos, procurava um moço de entre 12 e 15 anos (o erômenos), a quem, sob a aprovação dos respectivos pais, servia de amigo e educador até os seus 18 anos, quando a relação passava a ser de amizade, exclusivamente, sem conteúdo sexual que, de resto, não compreendia penetração anal e sim o coito interfemural (fricção do pênis entre as coxas, junto da genitália). A assim chamada homossexualidade grega encarnava um costume altamente moral de finalidade educadora; a intimidade física entre o erastes e o erômenos verificava-se no âmbito de uma relação, antes de tudo, formadora do caráter do mais moço, em que o mais velho desempenhava um papel significativo na transmissão de valores.⁷

Esse comportamento tem estreita ligação com a crença desses povos. Na mitologia grega, por exemplo, muitos deuses não tinham sexo definido. A respeito do tema, Maria Berenice Dias:

Na Grécia, o livre exercício da sexualidade, *verdadeiro privilégio dos bem-nascidos*,⁸ fazia parte do cotidiano de deuses, reis e heróis. O mais famoso casal da mitologia grega era formado por Zeus e Ganimede. Lendas falam do amor de Aquiles por Pátroclo e dos constantes raptos de jovens por Apolo. Indaga Ivone Coelho de Souza sobre o caráter e a importância de tais práticas, *se perversão admitida, instituição pedagógica ou ritual iniciatório*⁹, sendo questionado se tais hipóteses *seriam excludentes entre si*. A bissexualidade estava inserida no contexto social, e a heterossexualidade aparecida como preferência de certo modo inferior e reservada à procriação. O homossexualismo era visto como uma necessidade natural, restringindo-se a ambientes cultos, uma manifestação legítima da libido¹⁰, não se tratando de *uma degradação moral, um acidente, um vício*¹¹. Todo indivíduo poderia ser homossexual ou heterossexual, dois termos, por sinal, desconhecidos na língua grega. Nas Olimpíadas, os atletas competiam nus, exibindo sua beleza física. Era vedada a presença das mulheres nas arenas, por não terem capacidade para apreciar o belo. Também nas representações teatrais, os

⁷ Artur Virmond de Lacerda Neto apud SANTOS, Anna Claudia Lucas dos. **Comparativo da união estável e as relações homoafetivas como instituição familiar frente à constituição federal de 1988**. Rio Verde, GO: Instituto de Ensino Superior Rio Verde, 2010. Monografia (Graduação em Direito). Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/72970081/COMPARATIVO-DA-UNIAO-ESTAVEL-E-AS-RELACOES-HOMOAFETIVAS>>. Acesso em: 03 out. 2017.

⁸ Ivone Coelho de Souza apud DIAS, **op. cit.**, p. 28, grifo do autor.

⁹ **Ibidem.**

¹⁰ **Ibidem.**

¹¹ **Ibidem.**

papéis femininos eram desempenhados por homens travestidos ou mediante o uso de máscaras. Por certo, manifestações homossexuais.¹²

Ainda sobre a manifestação da sexualidade na Antiguidade, discorre Luiz Alberto David Araujo:

É nesse contexto social, cultural e mitológico que surgem os escritos de Aristóteles, objetivando estudar o relacionamento entre os sexos. Em função deles, é considerado o pai da sexologia. Entre suas principais ideias, postula a formação de casais como relação natural. A união entre sexos opostos é fundamental para a continuidade da espécie. Admite ainda que a formação de casais possa ter outras finalidades, como, por exemplo, formar um patrimônio comum. Outra ideia é a de que “o acasalamento de pessoas muito jovens é mau para a procriação, pois em todas as espécies animais a descendência de criaturas jovens é mais imperfeita e predominantemente de fêmeas, e de tamanho pequeno¹³”.¹⁴

Os romanos também eram adeptos de relações entre iguais, contudo, para eles a sexualidade era uma maneira de dominação, razão pela qual as relações se davam com meninos escravos e estavam intrinsecamente relacionadas com masculinidade-poder político e passividade-feminilidade-carência de poder.¹⁵ Nesse sentido, Dias ensina que “Em Roma, a sodomia não se ocultava. O homossexualismo era visto como de procedência natural, ou seja, no mesmo nível das relações entre casais, entre amantes ou de senhor e escravo.”¹⁶

Quanto às relações homoafetivas em Esparta, Paulo Roberto Iotti Vecchiatti leciona:

Já na cidade-estado de Esparta, cuja sociedade dava mais ênfase ao desenvolvimento militar do que ao cultural, a visão do amor entre homens tinha um enfoque um pouco diferenciado. Era ela estimulada dentro do exército espartano, para torná-lo ainda mais eficiente. Isso se explica por um simples fato: com a existência constante de relacionamentos homoafetivos dentro do exército, quando este ia para a guerra, o soldado estaria lutando não apenas por sua cidade-estado, mas igualmente para proteger a vida de seu amado, o que, obviamente, aumentaria o grau de dedicação do combatente.¹⁷

A partir desses estudos, é possível perceber que a prática de relações homoafetivas sempre foi algo comum e presente, desde as civilizações mais antigas. Era algo natural e, dessa forma, não recebia qualquer denotação negativa. Com o decorrer do tempo, essa concepção mudou, principalmente por fatores atrelados à religião, medicina e cultura:

¹² **Ibidem.**

¹³ Aristóteles apud ARAUJO, **op. cit.**, p. 39.

¹⁴ ARAUJO, **op. cit.**, p. 39.

¹⁵ Silvia Moricia apud DIAS, **op. cit.**, p. 28, grifo do autor.

¹⁶ DIAS, **op. cit.**, p. 28, grifo do autor.

¹⁷ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade**: Da possibilidade Jurídica do Casamento Civil. Da União estável e da Adoção por casais Homoafetivos. São Paulo: Método, 2008. p. 44.

Com a decadência do Império romano e o advento do Cristianismo, passou a predominar a necessidade do reconhecimento de uma única moral. A Igreja tornou-se cada vez mais forte, e assumiu o papel de moralizadora, centralizadora e diretora das funções que seriam inerentes aos Estados, diante de uma sociedade corrompida e enfraquecida. [...] A moral vigente tem, então, como eixo central o bem e o Mal, o Céu e o Inferno. Como reflexo há modificações profundas na sexualidade humana.¹⁸

Com o avanço do cristianismo, passou-se a pregar que a máxima “Crescei e multiplicai-vos” deveria ser observada. Esse pensamento advinha do judaísmo, que considerava a procriação como única razão para o sexo. A partir de então, as relações homoafetivas passaram a ser recriminadas, pois não atendiam ao escopo da perpetuação da espécie, mas somente ao prazer, o que configurava o pecado da luxúria. Sobre o tema, Maria Berenice Dias aventa:

O maior preconceito contra o homossexualismo provém das religiões. [...] A concepção bíblica busca a preservação do grupo étnico com base no Gênesis e na história de Adão e Eva, de que a essência da vida é o homem, a mulher e sua família. *A suposta crença de que a Bíblia condena a homossexualidade serve de justificativa para o ódio e a crueldade contra gays e lésbicas* [...] Qualquer tipo de relação sexual prazerosa é vista como uma transgressão à ordem natural. O contato sexual é restrito ao casamento e exclusivamente para fins procriativos.¹⁹

No período da Idade Média, a Igreja adquiriu poder e grande foi a interferência que exerceu na esfera política, pois governo e Igreja se confundiam naquilo que foi denominado de poder temporal. Assim, com o surgimento da Santa Inquisição, aumentou a perseguição à prática homossexual, de forma que:

Havia um sentimento crescente, na Igreja, de que *a sodomia era o maior dos crimes, pior até mesmo que o incesto entre mãe e filho*²⁰. O III Concílio de Latrão, em 1179, tornou o homossexualismo crime. As legislações dos séculos XII e XIII penalizavam a sodomia – inexistia à época o termo *homossexualismo* – sendo que o primeiro código ocidental prescreveu a pena de morte para a sua prática.²¹

Ao mesmo tempo em que sacralizava a união heterossexual, a Igreja apenas apoiava a prática sexual que fosse voltada aos fins reprodutivos. O posicionamento da Igreja tanto era nesse sentido que, inclusive o uso de métodos contraceptivos era (e ainda é), condenado por seus líderes. O referencial teórico desse período era Santo Agostinho, que inspirado por

¹⁸ ARAUJO, **op. cit.**, p. 40.

¹⁹ DIAS, **op. cit.**, p. 28, grifo do autor.

²⁰ Colin Spencer apud DIAS, **op. cit.**, p. 28, grifo do autor.

²¹ **Ibidem.**, grifo do autor.

Aristóteles, sustentava: “[...] o sexo seria admitido unicamente com a finalidade de procriação. O pecado original seria fruto de uma relação sexual. Por isso ele é mau”.²²

A religiosidade característica da Idade Média foi gradativamente abandonada e aos poucos cedeu lugar ao pensamento voltado para o uso da razão: chega-se à Idade Moderna. O homem passou a buscar soluções científicas para suas mais diversas indagações e a sexualidade passou a ser estudada enquanto ciência nessa época:

[...] a dualidade amor-prazer continua. O amor e a admiração pelo feminino estão relacionados ao espírito. Prazer e desejo sexual continuam a ser algo “mau”, que retira a essência boa do amor. A relação entre amor e casamento surge por volta dos séculos XIV e XV, período que passa a vigorar a moral burguesa. [...] O pensamento em vigor é o de gerar patrimônio, e para tanto torna-se necessário ter herdeiros. A mulher continua no papel de procriadora, e o ato sexual é mero ato fisiológico. [...] O casamento torna-se sagrado, por ser considerado o único meio de disciplinar a sexualidade.²³

Nesse período, então, persistiu a ideia de que o prazer é algo que remete à perversão moral, ainda que agora aparecesse desvencilhado de uma moral religiosa; a sexualidade continuava reprimida. A ideologia burguesa então vigente trazia a família como cerne básico da sociedade como um todo, independente do tempo ou de classe social, configurando:

[...] uma realidade natural (biológica), sagrada (desejada e abençoada por Deus), eterna (sempre existiu e sempre existirá), moral (a vida boa, pura, normal e respeitada) e pedagógica (nela se aprendem as regras da verdadeira convivência entre os homens, com o amor dos pais pelos filhos, com o respeito e temor dos filhos pelos pais, com o amor fraterno).²⁴

Há que se notar, no entanto, que esse modelo visa, unicamente, à reprodução e a manutenção de um sistema voltado ao capital, que garanta, por intermédio das massas, um mercado com mão-de-obra farta e barata:

O que a ideologia burguesa, ao generalizar as famílias deixa de mostrar é que, no modelo atual, a família proletária tem por função exclusiva reproduzir a força-de-trabalho, ou seja, a ela é destinado o papel de procriar filhos. E daí surgem outras respostas: o aborto, por exemplo, é considerado proibido menos por razões religiosas e morais e, muito mais, por preocupação com a manutenção de um mercado de mão-de-obra farta e barata.²⁵

²² ARAUJO, *op. cit.*, p. 40.

²³ *Ibidem*.

²⁴ CHAUI, Marilena. **O que é ideologia?**. Disponível em: <<http://lelivros.top/book/baixar-livro-o-que-e-ideologia-marilena-chaui-em-pdf-epub-e-mobi-ou-ler-online/>>. Acesso em: 7 nov. 2016. p. 34.

²⁵ CELESTINO, Aline do Couto. A ideologia burguesa, o ideal de família e as discriminações de gênero. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, v. 20, n. 157, fev. 2017. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18468>. Acesso em: 10 maio 2017.

Do outro polo do sistema resta a família-tradicional, dona do capital, na qual “[...] o casal une-se para reproduzir filhos, e estes terão como incumbência a preservação da moral, a manutenção e o aumento dos bens adquiridos. Permanece o sexo-procriação”.²⁶

Já na contemporaneidade, Sigmund Freud buscou desconstruir tais visões atreladas à proibição do prazer. Ele aborda, portanto, a libido e o desejo como sendo os fins do ato sexual:

Todo adulto lança mão das perversidades para alcançar o ato sexual em si. Este se desvincula, assim, da necessidade de procriação, que pode ocorrer ou não; o fundamental é a realização do desejo; a busca do prazer. Portanto, com o amadurecimento sexual, as perversões, tornam-se um meio para se alcançar o prazer no ato sexual.²⁷

Em que pese a revolução representada pelos estudos de Freud no conceito de sexualidade, esses pensamentos não permearam o senso comum e não representaram qualquer mudança significativa na forma como a sociedade enxerga a sexualidade.

Nesse ponto parece oportuno finalizar com as reflexões de Michel Foucault sobre a sexualidade.²⁸ O autor explora a história política como uma produção de verdades. A sociedade produz discursos que são assumidos como verdades. Com isso, a ideia de que existem discursos verdadeiros acaba por permitir que sejam formados poderes específicos.

Em relação à sexualidade, as verdades que foram sendo construídas trouxeram um problema para o Ocidente, uma vez que levaram à repressão sexual, em que o prazer é considerado algo pecaminoso e relacionado à perversão.

Para Foucault, foi o projeto de Modernidade e o viés biológico como centro do conhecimento que formaram a concepção atual, pautada pelo binarismo enquanto divisão estanque entre feminino e masculino, sem espaços para outras identidades, criando um universo permeado pela heteronormatividade²⁹, o qual é hostil a qualquer outra manifestação divergente daquela considerada como ideal.

Nesse sentido, Araujo discorre:

Embora o século XX tenha sido marcado por profundas mudanças de ordem sociocultural e econômica, podemos observar que, na cultura ocidental, embora o prazer esteja dissociado da procriação, relaciona-se a casais

²⁶ ARAUJO, *op. cit.*, p. 42.

²⁷ ARAUJO, *op. cit.*, p. 44.

²⁸ Cf. FOUCAULT, Michel. **A história da sexualidade I: a vontade de saber**. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 13. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

²⁹ Heteronormatividade (do grego *hetero*, "diferente", e *norma*, "esquadro" em latim) é um termo usado para descrever situações nas quais orientações sexuais diferentes da heterossexual são marginalizadas, ignoradas ou perseguidas por práticas sociais, crenças ou políticas.

heterossexuais, ficando as tendências sexuais não ortodoxas sujeitas à discriminação.³⁰

Em breve parênteses, explica-se aqui o distanciamento pretendido dos discursos médicos: esses discursos muitas vezes se baseiam unicamente na divisão binária ora contestada e não se abrem a outras possibilidades de identidades, gerando a colocação de padrões estanques e que acabam por se distanciar do plano fático. Por tal razão é que o discurso médico-psi parece não ser o mais adequado para a abordagem proposta, uma vez que ele acaba por incentivar um olhar discriminatório sobre a vivência de outras identidades de gênero não reconhecidas pelo binarismo biológico.

1.2 A DISTINÇÃO ENTRE SEXO E SEXUALIDADE

A sexualidade está relacionada com a busca do prazer e como o indivíduo se relaciona com o mundo ao seu redor nessa busca. Como visto anteriormente neste Capítulo, a sexualidade, por apresentar esse caráter menos rígido, acaba por ser um conceito volátil, que se pauta pelo contexto em que se insere.

O sexo, de outra sorte, está relacionado às características fisiológicas do indivíduo. Com o escopo de ampliar essa compreensão em relação ao sexo, serão emprestadas definições da Medicina Legal. Conceito básico trazido pelo Dicionário de Medicina Flammarion define sexo como sendo “[...] o conjunto de características estruturais e funcionais que distingue o macho da fêmea”.³¹

A determinação do sexo, portanto, não é vinculada a um único aspecto, mas depende de um conjunto de critérios a serem analisados. Assim, para Guilherme Oswaldo Arbenz:

O conceito de sexo não pode ser expresso apenas em termos morfológicos e funcionais, uma vez que na definição do sexo normal intervêm vários fatores, dos quais o primeiro é o genético. O fenótipo sexual, no entanto, depende de certos hormônios responsáveis pelos referidos aspectos morfológicos e funcionais.³²

³⁰ ARAUJO, *op. cit.*, p. 45.

³¹ *Dictionnaire de Médecine Flammarion*, Paris, 1975, p. 669, apud VIEIRA, Tereza Rodrigues. Direito à adequação de sexo no transexual. **Repertório IOB de Jurisprudência**, São Paulo, n. 3. Caderno 3, fev. 1996, p. 47-51, fev. 1996.

³² Guilherme Oswaldo Arbenz apud ARAUJO, *op. cit.*, p. 22.

Dentro da Medicina tem-se, portanto, a classificação entre: sexo genético, gonádico, morfológico, psicológico e jurídico.

O sexo genético é o “[que] é determinado no momento da fecundação ovular”.³³ Este é o sexo determinado pelos cromossomos sexuais que se encontram no momento da fecundação.

O sexo gonádico, por sua vez, é o que se afere pelas glândulas reprodutoras do indivíduo, ou seja, pauta-se pelos elementos internos do indivíduo, conforme Odon Maranhão explica: “[...] as glândulas reprodutoras (gônadas), representadas pelos testículos (masculinas) e os ovários (femininas), definem o chamado sexo gonádico. Seriam os elementos mais típicos de cada sexo”.³⁴

Enquanto que o sexo morfológico se pauta pelos órgãos genitais externos do indivíduo:

O sexo não se define apenas pelo aspecto morfológico externo e pela anatomia interna. É certo, porém, que os sexos se distinguem, em princípio por estes elementos. A genitália externa e a genitália interna, assim como os caracteres sexuais secundários a partir da puberdade, diferem de maneira expressiva, o que permite a distinção nos casos normais.³⁵

Tem-se ainda o sexo psicológico, muito importante enquanto fator determinante na identidade do indivíduo, definido por Odon Maranhão da seguinte forma:

É evidente que os fatores constitucionais e endócrinos predisporão alguém a um prevalente tipo de reação psicológica. Além disso os de ordem educacional, familiar, escolar etc. atuarão até certo ponto de uma forma orientada a levar alguém a se comportar e a reagir como *masculino* ou *feminino*. Outras vezes os processos educativos de aculturação e de adaptação social serão ineficazes para alcançarmos esse ajuste bio-psíquico-social. Nesses casos haverá desvio psicológico-sexual, com grande diversidade de situações patológicas. Geralmente, porém, um ajuste ou integração chega a ser obtido e as pessoas apresentam uma estrutura psicológica própria do seu sexo biológico.³⁶

Importante observar no excerto acima a patologização que é colocada em relação ao indivíduo que não atende à correspondência esperada. Essa perspectiva médica é vista com reservas, uma vez que coloca o indivíduo como “desajustado” dentro dos critérios pré-

³³ Emílio Bonnet apud ARAUJO, **op. cit.**, p. 22.

³⁴ Odon Maranhão apud ARAUJO, **op. cit.**, p. 23.

³⁵ Guilherme Oswaldo Arbenz apud ARAUJO, **op. cit.**, p. 23.

³⁶ Odon Maranhão apud ARAUJO, **op. cit.**, p. 24.

estabelecidos. Essa crítica será desenvolvida mais à frente, quando for abordada a questão da transexualidade.

O sexo jurídico, por fim, é aquele que consta no registro de nascimento da pessoa.

Dentro da Medicina, o que se espera é a conversão de todos esses aspectos para a caracterização de um determinado sexo, tratando situações diversas como “desvios” de normalidade: “A busca da unidade é, portanto, o ponto mais importante da identificação sexual de um indivíduo. A identificação entre os diversos fatores caracterizadores da sexualidade é que determinará ser ou não uma situação revestida de normalidade.”³⁷

No entanto, quando os fatores não convergem e o indivíduo apresenta uma identidade psicológica divergente do sexo biológico, entende-se que maior importância deve ser dada ao sexo psicológico, pois ele representa como o indivíduo se enxerga e como ele gostaria de ser visto socialmente, sem que aspectos biológicos sejam padrões para dizer sobre uma suposta “normalidade” ou não do indivíduo.

Compreendida a tipologia dos sexos e a noção de sexualidade, é certo afirmar que sexualidade representa algo para além do sexo, embora muitas vezes sejam apresentados como equivalentes.

1.3 GÊNERO: CONCEITO E EVOLUÇÃO DA COMPREENSÃO

O conceito de gênero, assim como a noção de sexualidade, ganhou diversas interpretações no transcorrer da história e tem alcançado visibilidade no meio acadêmico. Novamente, adverte-se o leitor que a abordagem que será feita aqui não pretende esgotar o tema, já que este traz muitas nuances e posicionamentos distintos, que não fazem parte do objetivo central deste trabalho. Serão apresentadas noções gerais que servirão de base para o desenvolvimento da análise jurídica proposta.

A discussão de gênero traz consigo a busca de um distanciamento do binarismo limitante e a desconstrução de um modelo biologizante. Ela surge no contexto em que o principal objetivo é dar visibilidade às questões de gênero e tem conquistado espaço junto aos movimentos sociais que militam em prol de grupos vulneráveis.

³⁷ ARAUJO, *op. cit.*, p. 25.

Pode-se dizer que o cerne do conceito de gênero foi elaborado por Simone de Beauvoir, precursora da “Segunda Onda” do feminismo, que em sua obra “O segundo sexo” trouxe como frase inaugural do segundo volume “Ninguém nasce mulher: torna-se mulher.”³⁸

Com essa afirmação, ela buscou chamar a atenção para o fato de que as concepções acerca de masculino e feminino são produtos de construções sociais. Em seus estudos, a partir de inúmeras reflexões, ela concluiu que “Todo ser humano do sexo feminino não é, portanto, necessariamente mulher; cumpre-lhe participar dessa realidade misteriosa e ameaçada que é a feminilidade.”³⁹

Compreendendo gênero nessa perspectiva, é possível asseverar que a construção dos gêneros se dá através de inúmeras aprendizagens e práticas, insinua-se nas mais distintas situações, é empreendida de modo explícito ou dissimulado por um conjunto inesgotável de instâncias sociais e culturais. É um processo minucioso, sutil, sempre inacabado. Família, escola, igreja, instituições legais e médicas mantêm-se, por certo, como instâncias importantes nesse processo constitutivo.

Tendo como ponto de partida tal construção, tem-se que o gênero corresponderia a todos os aspectos socioculturais, construídos historicamente, que poderiam residir sobre um indivíduo. Enfatiza-se: o gênero não coincide nem necessariamente reflete o sexo biológico. Ao discorrer sobre gênero “A transexualidade e as armadilhas do gênero”, Berenice Bento traz que

O sistema binário (masculino versus feminino) produz e reproduz a ideia de que o gênero reflete, espelha o sexo e que todas as outras esferas constitutivas dos sujeitos estão amarradas a essa determinação inicial: a natureza constrói a sexualidade e posiciona os corpos de acordo com as supostas disposições naturais.⁴⁰

No entanto, essa ideia transmitida pelo sistema binário é equivocada. Por isso é necessário ampliar a compreensão, para assimilar que gênero compreende um conjunto de elementos, como os comportamentos, as preferências, os interesses, as formas de se vestir, andar e falar, relacionadas a “ser homem” e “ser mulher”. Assim, a construção do gênero e da sexualidade dá-se ao longo de toda a vida, continuamente.

Essa construção pode levar a inúmeras realidades fáticas e a diversas classificações de gênero:

³⁸ BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo**. Tradução de Sérgio Milliet. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009. p. 9.

³⁹ **Ibidem.**, p. 7.

⁴⁰ BENTO, Berenice. **O que é transexualidade**. São Paulo: Brasiliense, 2008. p. 17.

A sociedade impõe uma divisão binária entre os gêneros, na qual há espaço somente para o masculino e o feminino. Isso se reflete em vários setores da sociedade, como produtos, serviços, alimentação, dentre outros. No entanto, há pessoas cuja identidade ultrapassa a divisão binária, isto porque não se encaixam somente no masculino ou no feminino. Fala-se, então, de transgêneros, de agênero, de aliagênero, de andrógino, de bigênero, de demimenina, de demimenino, de feminino para masculino, de não-binário, de neutro, de terceiro gênero, de travesti, de poligênero, de intergênero, dentre outras denominações.⁴¹

Para exemplificar, apresenta-se algumas (porque são diversas) das classificações de gênero existentes⁴²: agênero (alguém que não se identifica com qualquer tipo de identidade de gênero, pode ser tido também como “gênero neutro”); andrógino (alguém que tem qualidades tanto femininas como masculinas e se considera um terceiro gênero separado); bigênero (alguém que se identifica como homem e mulher ao mesmo tempo); cisgênero (pessoa que tem a identidade de gênero comumente associada a seu sexo biológico, por exemplo, alguém que é considerada mulher e nasce e vive como mulher); gênero em dúvida (alguém que pode estar colocando em dúvida seu gênero ou sua identidade de gênero); gênero fluido (pessoas que podem ter compreensões dinâmicas ou flutuantes do próprio gênero, mudando de um para outro de acordo com o que sentir melhor no momento); transgênero (alguém que possui identidade de gênero diferente da designada ao nascimento e realiza uma transição para se redesignar socialmente quanto ao modo como se vê e sente).⁴³

Judith Butler, ao discorrer sobre gênero, afirma que:

[...] o gênero nem sempre se constituiu de maneira coerente ou consistente nos diferentes contextos históricos, e porque o gênero estabelece intersecções com modalidades raciais, classistas, étnicas, sexuais e regionais de identidades discursivamente. Resulta que se tornou impossível separar a noção de “gênero” das intersecções políticas e culturais em que invariavelmente ela é produzida e mantida.⁴⁴

A autora entende existir uma “ordem compulsória” que exige a coerência total entre um sexo, um gênero e um desejo ou prática que são obrigatoriamente heterossexuais: “[...]”

⁴¹ COSTA, Maria Carolina dos Santos; SOUZA, Ismael Francisco de. Educação não binária de crianças e adolescentes e a implementação de políticas públicas para a promoção da orientação agênero. In: XIII Seminário Nacional demandas sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, 2017, Santa Cruz do Sul. **Anais eletrônicos**. Santa Cruz do Sul/SC: UNISC, 2017. Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/16941>>. Acesso em: 04 set. 2017.

⁴² O que é gênero?. **Dicionário de gêneros**. Disponível em: <<http://dicionariodegeneros.com.br/>>. Acesso em: 4 set. 2017.

⁴³ CAPARICA, Marcio. Entenda as 56 opções de gênero do Facebook. **LadoBI**, 2014. Disponível em: <<http://ladobi.uol.com.br/2014/02/56-opcoes-genero-facebook/>>. Acesso em: 4 set. 2017.

⁴⁴ BUTLER, Judith P. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Tradução Renato Aguiar. 8. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015. p. 21.

gênero é uma sofisticada tecnologia social heteronormativa, operacionalizada pelas instituições médicas, linguísticas, domésticas e escolares, e que produzem constantemente corpos-homens e corpos-mulheres [...]”.⁴⁵

Mas para ela há que se romper com esse padrão:

O gênero não deve ser meramente concebido como a inscrição cultural de significado num sexo previamente dado (uma concepção jurídica); tem de designar também o aparato mesmo de produção mediante o qual os próprios sexos são estabelecidos.⁴⁶

Essa “ordem” vem sendo mantida pela repetição contínua de atos, gestos e signos que reforçam a construção da lógica binária: a performatividade. Ou seja, gênero em Butler é um gesto performático que produz significados. E é na performatividade que ela afirma existir espaço para contestar esse modelo heteronormativo, a partir da representação de gêneros não-binários.

O mesmo entendimento é compartilhado por Berenice Bento:

O gênero adquire vida através das roupas que compõem o corpo, dos gestos, dos olhares, ou seja, de uma estilística definida como apropriada. São estes sinais exteriores, postos em ação, que estabilizam e dão visibilidade ao corpo. Essas infindáveis repetições funcionam como citações, e cada ato é uma citação daquelas verdades estabelecidas para os gêneros, tendo como fundamento para sua existência a crença de que são determinados pela natureza.⁴⁷

As críticas apresentadas em relação ao gênero serviram para impulsionar lutas de grupos vulneráveis em um contexto opressor. Por certo que a temática é muito mais ampla e merece um estudo em separado, no entanto para o escopo deste capítulo a conceituação trazida acima é suficiente para que se prossiga.

Por fim, importante ressaltar que, em que pese muitas vezes serem tratados como sinônimos, sexo e gênero dizem respeito a diferentes aspectos. A identidade de gênero não decorre de características corporais, enquanto o sexo se baseia principalmente na observação de caracteres morfológicos e genéticos, como visto anteriormente.

⁴⁵ Judith Butler apud BENTO, **op. cit.**, p. 51.

⁴⁶ BUTLER, **op. cit.**, p. 27.

⁴⁷ BENTO, **op. cit.**, p. 42-43.

1.4 TRANSEXUALIDADE: CONCEITO E NECESSÁRIA DESCONSTRUÇÃO DO OLHAR PATOLOGIZANTE

O estudo da transexualidade se faz dentro da temática da sexualidade e de gênero. Anote-se que transgênero/a é um termo normalmente usado para se referir tanto às travestis como às/aos transexuais:

As/os transexuais são pessoas que se sentem em desconexão psíquica com o sexo do seu nascimento, ou seja, há uma dissociação entre seu sexo biológico e sua identidade de gênero. As/os travestis, por sua vez, não possuem essa desconexão, embora sua identidade de gênero se volte mais para o sexo oposto, o que se verifica nas suas formas de ser, agir, vestir-se e comportar-se.⁴⁸

O prefixo *trans* refere-se a uma transição identitária de gênero:

As pessoas trans, em maioria, podem ser consideradas sujeitos que vivenciam experiências *entre gêneros*. Por terem um gênero atribuído na gestação e/ou nascimento que não as contemplam (feminino/masculino) e pelo fato de se identificarem com o gênero distinto deste, vivenciam experiências *entre gêneros*. Estão *entre* o gênero de atribuição e o de identificação.⁴⁹

Para iniciar a abordagem, será apresentada conceituação trazida por Judith Butler:

Transexualidade, travestilidade, transgênero são expressões identitárias que revelam divergências com as normas de gênero uma vez que estas são fundadas no dimorfismo, na heterossexualidade e nas idealizações. As normas de gênero definirão o considerado “real”, delimitando o campo no qual se pode conferir humanidade aos corpos.⁵⁰

Berenice Bento, por sua vez, discorre:

Sugiro que a transexualidade é uma experiência identitária, caracterizada pelo conflito com as normas de gênero. Essa definição se confronta com a aceita pela medicina e pelas ciências psi que a qualificam como uma “doença mental” e a relaciona ao campo da sexualidade e não ao gênero. Definir a pessoa transexual como doente é aprisioná-lo, fixa-lo em uma posição existencial que encontra no próprio indivíduo a fonte explicativa para os seus conflitos, perspectiva divergente daqueles que a interpretam como uma experiência identitária.⁵¹

⁴⁸SILVA JUNIOR, Assis Moreira. **Diversidade Sexual e Inclusão Social**: uma tarefa a ser completada. Franca: Lemos e Cruz, 2014. p.86.

⁴⁹MARANHÃO FILHO, Eduardo Meinberg de Albuquerque. “Inclusão” de travestis e transexuais através do nome social e mudança de prenome: diálogos iniciais com Karen Schwach e outras fontes. **Oralidades: Revista de História Oral**, São Paulo, ano 6, n. 11, jan./jul. 2012, p. 91, grifo do autor.

⁵⁰Judith Butler apud BENTO, **op. cit.**, p. 20.

⁵¹BENTO, **op. cit.**, p. 19.

No excerto transcrito, Berenice Bento traz a definição de transexualidade, apresentando já sua crítica à patologização da transexualidade, que será explicada a seguir.

A partir da segunda metade do século XIX, é possível notar a vontade científica voltada para o fim de estabelecer uma norma, associada à heterossexualidade, para catalogar e classificar os desvios vinculados tanto às práticas sexuais com pessoas do mesmo sexo, quanto às transgressões dos códigos de reconhecimento social.

Nesse contexto, a transexualidade passou a ser tema da psiquiatrização, sendo tratada como uma patologia.⁵² Importante notar que o discurso medicalizante retirou a transexualidade do campo da moral, onde ela era vista como uma perversidade, e transferiu-a para o campo médico, onde passou a ser vista como doença.⁵³ Sobre o assunto, reflete Berenice Bento:

Os olhares acostumados ao mundo dividido em vagina-mulheres-feminino e pênis-homens-masculino ficam confusos, perdem-se diante de corpos que cruzam os limites fixos do masculino/feminino e ousam reivindicar uma identidade de gênero em oposição àquela informada pela genitália e ao fazê-lo podem ser capturados pelas normas de gênero mediante a medicalização e patologização da experiência. Na condição de “doente”, o centro acolhe com prazer os habitantes da margem para melhor excluí-los.⁵⁴

O primeiro relato que se teve de experiência transexual foi em 1952, quando o médico alemão Harry Benjamin atendeu um ex-soldado de guerra que tinha identidade de gênero feminina. O médico, então, dedicou-se a estudar tal comportamento e, para ele, o fenômeno transexual ultrapassaria a dimensão psicológica, alcançando elementos endócrinos.⁵⁵

Os estudos sobre a transexualidade foram então iniciados, conforme narram Berenice Bento e Larissa Pelúcio:

Na década de 1950 foram publicados os primeiros artigos que registraram e defenderam a especificidade do “fenômeno transexual”. Mas desde o início daquela década o endocrinologista Harry Benjamin se dedicava a estabelecer as ocorrências que justificariam a diferenciação das pessoas transexuais em relação às homossexualidades. A relação de abjeção que as pessoas transexuais têm com as genitálias seria uma das frequências observadas nos seus discursos. Ainda que Benjamin tenha defendido a cirurgia de

⁵² AVILA, Simone; GROSSI, Miriam Pillar. **Transexualidade e movimento transgênero na perspectiva da diáspora queer**. Disponível em: < <http://nigs.ufsc.br/files/2012/01/TRANSEXUALIDADE-E-MOVIMENTO-TRANSG%C3%8ANERO-NA-PERSPECTIVA-DA-DI%C3%81SPORA-QUEER-Simone-%C3%81vila-e-Miriam-Pillar-Grossi.pdf> >. Acesso em: 14 nov. 2016.

⁵³ DIAS, Maria Berenice; ZENEVICH, Letícia. Um histórico da patologização da transexualidade e uma conclusão evidente: a diversidade é saudável. **Periódico do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre Gênero e Direito**, João Pessoa, v. 3, n. 2, jul./dez. 2014, p.11-23.

⁵⁴ BENTO, **op. cit.**, p. 22.

⁵⁵ Cf. BENJAMIN, Harry. **El fenómeno transexual**. Sevilla, 2001.

transgenitalização como a única alternativa terapêutica possível para as pessoas transexuais, estabelece critérios tomados por ele como científicos para que seja possível diagnosticar “o verdadeiro transexual” e assim autorizar a intervenção. Em seu livro *O fenômeno transexual*, publicado em 1966, ele fornece as bases para esse diagnóstico. O critério fundamental para definir o “transexual verdade” seria a relação de abjeção, de longa duração, com suas genitálias. Para evitar que cometam suicídio, as cirurgias deveriam ser recomendadas a partir de um rol de procedimentos arrolados por Benjamin em sua obra seminal.⁵⁶

Desde então, a referência à experiência transexual é feita sempre como uma condição patológica, atrelada a alguma doença mental. Robert Stoller acrescenta mais algumas dimensões que importam na compreensão do fenômeno. Para o psicanalista, a experiência transexual é marcada pelo sentimento permanente de identidade, a crença numa essência masculina/feminina (que não lhe fora atribuída socialmente) sem ambiguidades, cuja relação com o órgão anatômico é vivida com horror.⁵⁷

O modelo patologizante é seguido até 1960 e 1970, quando se iniciam as lutas dos movimentos feminista e homossexual que almejam a desconstrução desse modelo, para que se passasse a pensar a transexualidade contextualizada pelo caráter construtivo do gênero/sexo e pelas relações de poder que permeiam tal construção.

Mas em que pese todo esforço teórico para a desconstrução do discurso medicalizante, a expressão do poder-saber se sobrepõem, e por muito tempo pautou (e ainda pautava) o tratamento do transexual como pertencente ao campo dos distúrbios psicológicos.

Em 1980, entra para o manual de diagnóstico psiquiátrico brasileiro a patologia transexual. Já em 1987, a vivência transexual, rotulada de transexualismo, foi incluída no *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders – DSM III* (Manual Diagnóstico e estatístico das Desordens Mentais)⁵⁸ para os indivíduos com *disforia de gênero* que demonstrassem durante, pelo menos, dois anos, um interesse contínuo em transformar o sexo do seu corpo e o status do seu gênero social.

Em 1994 o DSM-IV trocou o termo transexualismo por Desordem da Identidade de Gênero e, em 2001, o DSM trocou Desordem por Transtorno de Identidade de Gênero. Em 18 de maio de 2013, o DSM-V retirou o rótulo de Transtorno de Identidade de Gênero, permanecendo o de Disforia de Gênero.

⁵⁶ BENTO, Berenice e PELÚCIO, Larissa. Despatologização do gênero: a politização das identidades abjetas. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 20, n. 2, maio/ago. 2012, p. 569-581.

⁵⁷ CASTEL, Pierre-Henri. Algumas reflexões para estabelecer a cronologia do “fenômeno transexual” (1910-1995). *Revista Brasileira de História*, São Paulo, v. 21, n. 41, 2001, p. 77-111.

⁵⁸ *Ibidem*.

O objetivo dessa última mudança parece ter sido distanciar a ideia de doença mental, com a retirada da palavra transtorno, substituindo-a por expressão menos negativa, disforia, que traz a ideia de sofrimento emocional relacionado à incongruência entre sexo biológico e psicológico.

Com efeito, não houve uma despatologização da transexualidade, uma vez que o tema apenas foi “maquiado”, realocado dentro do Manual, partindo da premissa equivocada de que todas as pessoas trans sofrem por terem essa identidade de gênero.⁵⁹

Sobre essa necessidade de se diagnosticar um sofrimento, Maria Berenice Dias e Letícia Zenevich discorrem:

Nesse diagnóstico, fica nítida a presença do que uma pesquisadora francesa denomina de “discurso do sofrimento”. É o sofrer do cidadão que lhe assegura direitos, e não sua própria cidadania, sua autonomia, seu direito ao livre-desenvolvimento da personalidade. [...] curioso constatar que o sofrimento que se espera que o transexual emita para que receba o diagnóstico de transexualismo pode, muito bem, ser causado pelo *próprio diagnóstico* dentro de seus moldes atuais, de obrigação de dois anos de tratamento, de subordinação da identidade subjetiva a uma autoridade médica, da dificuldade de reconhecimento legal dessa identidade, das estratégias disseminadas de narrativas em detrimento de uma honestidade que poderia levar, ao final, ao não recebimento do diagnóstico esperado, entre outros.⁶⁰

Por isso é que se afirmou, no início deste trabalho, que se contesta o discurso médico-psi.

A Teoria Queer,⁶¹ por exemplo, é uma teoria que na atualidade busca questionar esse discurso. Coloca em cheque o binarismo entre masculino/feminino, heterossexual/homossexual e busca desconstruir esses conceitos sedimentados, tidos como verdades. Judith Butler, teórica desse movimento, criticamente expõe sua visão sobre o que representa a construção de gênero: “O que temos, então, é que o ser homem ou mulher não é

⁵⁹ A homossexualidade foi retirada da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde em 17 de maio de 1990 pela Organização Mundial da Saúde.

⁶⁰ DIAS; ZENEVICH, **op. cit.**

⁶¹ Teoria que pretende desconstruir a ideia de modelo binário. Para os teóricos do movimento *queer* gênero é algo fluido, socialmente construído, performado e sistêmico. Nesse sentido: “O queer é justamente o estranho. É aquele que se narra ou é narrado fora das normas. A Teoria Queer propõe o questionamento às epistemes (pressupostos de saber), ao que entendemos como verdade, às noções de uma essência do masculino, de uma essência do feminino, de uma essência do desejo. Para a Teoria Queer é preciso olhar para esses conceitos e tentar perceber que não se tratam, de forma alguma de uma essência, ou mesmo, que não há uma ontologia do todo, mas, no máximo, uma relação de mediação cultural dos marcadores biológicos.” (VIEIRA, Helena. Teoria Queer, o que é isso?. **Revista Fórum**, 2015. Disponível em: <<https://www.revistaforum.com.br/osentendidos/2015/06/07/teoria-queer-o-que-e-isso-tensoes-entre-vivencias-e-universidade/>>. Acesso em: 4 jun. 2016).

um simples fato, mas antes uma construção ideal forçosamente materializada através do tempo.”⁶²

Seguindo na mesma linha, Berenice Bento demonstra que na experiência transexual os indivíduos são donos de corpos que são descolados de aparatos biológicos, ou seja, eles desconstróem e negam a lógica binarista dominante, pois eles decodificam a realidade de forma diversa.

Ao se abandonar a noção de que o “normal” é feminino/ masculino, abandona-se a construção centrada em fatores biológicos, e se avança na compreensão das múltiplas possibilidades de se manifestar a identidade de gênero.

A visão binária e patologizante da vivência transexual coloca o transexual na condição de objeto e não de sujeito ao submetê-lo a avaliações, rotinas médicas e tantas outras inconveniências para que possa livremente exercer sua identidade de gênero, alcançar tratamentos hormonais e realizar a cirurgia de redesignação sexual, caso seja de seu desejo.

Dito isso, alinha-se ao entendimento de que a psiquiatrização da transexualidade é, em verdade, uma reedição do modelo patriarcal imposto às mulheres, de forma que o que foge ao padrão heterossexista é tratado como doença, loucura ou histeria.⁶³

Por todos os problemas que essa visão apresenta, mostra-se necessária a desconstrução dessa verdade: é preciso entender que a lógica binária já foi há muito tempo superada, se é que em algum momento de fato existiu. É preciso entender a distinção entre gênero e sexo, em todas as suas nuances e variáveis, respeitando-se e reconhecendo as identidades construídas, não como distúrbios, mas como formas de desconstrução do modelo heterossexista.

Urge avançar nessas questões e compreender que a patologização da transexualidade é uma afronta à dignidade e, por consequência, à autonomia dessas pessoas.

1.5 A TRANSEXUALIDADE, A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A AUTONOMIA

O discurso medicalizante impede a plena realização do indivíduo transexual, pois impõe ao cidadão a vivência de situações degradantes e fere sua autonomia, afetando-o em sua capacidade de autodeterminação.

⁶² BUTLER, *op cit.*, p. 111.

⁶³ DIAS; ZENEVICH, *op cit.*

Para compreender o significado e a dimensão da assertiva acima, algumas noções serão trazidas a seguir.

Como pano de fundo, tem-se a dignidade da pessoa humana, consagrada na Constituição Federal de 1988 como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Ela é mencionada em inúmeros tratados internacionais⁶⁴ e Constituições de outros Estados e é definida de diferentes formas por diferentes autores. Em que pese a ampla gama de compreensões, é necessário atribuir um sentido jurídico mínimo à dignidade da pessoa humana, que servirá ao presente trabalho.

A dignidade humana é um conceito que foi construído ao longo da história e ganhou grande relevância, principalmente após a avassaladora 2ª Guerra Mundial, quando as pessoas estavam tomadas por um sentimento de solidariedade para com o próximo.

Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos definem o princípio da dignidade humana como:

[...] um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independentemente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. Não tem sido singelo, todavia, o esforço para permitir que o princípio transite de uma dimensão ética e abstrata para as motivações racionais e fundamentadas das decisões judiciais. Partindo da premissa anteriormente estabelecida de que os princípios, a despeito de sua indeterminação a partir de um certo ponto, possuem um núcleo no qual operam como regras, tem-se sustentado que no tocante ao princípio da dignidade da pessoa humana esse núcleo é representado pelo mínimo existencial.⁶⁵

Enquanto isso, Alexandre de Moraes define a dignidade da pessoa humana nas seguintes palavras:

[...] um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem

⁶⁴ Na Declaração Universal de Direitos Humanos (1948) “Artigo 1º Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade” e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) “Artigo 11 - Proteção da honra e da dignidade. [...] 1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.”, para citar exemplos.

⁶⁵ BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. **O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro.** Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf>. Acesso em: 5 set. 2017.

menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.⁶⁶

A dignidade da pessoa humana é trazida como fonte irradiadora desse sistema jurídico de tutela do ser humano, conforme discorre Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

É certo que a dignidade da pessoa humana possui duas dimensões no âmbito dos bens jurídicos mais importantes da pessoa humana – como a vida, a integridade psicofísica, a honra, a intimidade, entre outros –, ora sendo encarado na dimensão coletiva – como, por exemplo, a proibição da prisão arbitrária, da deportação –, ora na pessoal, o que representa a necessidade de se respeitar a pessoa considerada como tal, nas relações intersubjetivas – daí, por exemplo, a proteção dos direitos da personalidade. A dimensão pessoal da dignidade da pessoa humana impõe o dever geral negativo quanto ao respeito à liberdade individual e aos direitos decorrentes do exercício de tal liberdade, como no caso dos direitos reprodutivos. O princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando direitos sobre todo o ordenamento jurídico, não apenas no que tange aos atos e às situações existenciais envolvendo a esfera pública dos atos estatais, mas também todo o conjunto de relações privadas que se verificam no âmbito da sociedade (...) A noção e dignidade da pessoa humana envolve o núcleo existencial que é essencialmente comum a todos os seres humanos pertencentes ao gênero humano, impondo, no que tange à dimensão pessoal da dignidade, um dever geral de respeito, de proteção e de intocabilidade, não sendo admissível qualquer comportamento ou atividade que “coisifique” a pessoa humana. De se notar que, à luz do art. 1º, inciso III, da Constituição de 1988, a dignidade da pessoa humana deve ser acompanhada da necessidade de que as demais pessoas e a comunidade respeitem sua liberdade e seus direitos, de modo a permitir o resguardo e a promoção dos bens indispensáveis ao desenvolvimento da personalidade da pessoa humana.⁶⁷

Em linhas gerais, entende-se que a dignidade da pessoa humana corresponde a um mínimo de invulnerabilidade que deve ser garantida pelo poder estatal, em toda e qualquer relação, seja ela pública ou privada. Nesse sentido, dispõe Edilson Pereira de Farias:

Vale dizer: que o respeito da dignidade da pessoa humana constitui-se em um dos elementos imprescindíveis para a legitimação da atuação do Estado brasileiro. Qualquer ação do Poder Público e seus órgãos não poderá jamais, sob pena de ser acoimada de ilegítima e declarada inconstitucional, restringir de forma intolerável ou injustificável a dignidade da pessoa.⁶⁸

Assim, válido apresentar o conceito sintetizado por Luís Roberto Barroso e Letícia de Campos Velho Martel:

⁶⁶ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 60.

⁶⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 69.

⁶⁸ FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos**. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 60.

[...] sem prejuízo das muitas variações existentes sobre o tema, identifica-se um consenso razoável no sentido de se considerar a dignidade humana o fundamento e a justificação última dos direitos fundamentais. A preservação e promoção desses direitos têm uma dimensão individual e outra social. A dimensão individual está ligada ao sujeito do direito, seus comportamentos e suas escolhas. A dimensão social envolve a atuação do Estado e de suas instituições na concretização do direito de cada um e, em certos casos, de intervenção para que comportamentos individuais não interfiram com direitos próprios, de outros ou de todos.⁶⁹

Traçadas essas linhas gerais sobre a dignidade da pessoa humana, passa-se ao estudo da ideia de dignidade como autonomia, que é especialmente relevante para o presente trabalho.

A concepção da dignidade como autonomia ou poder individual (*empowerment*) apresenta quatro aspectos essenciais: a) a capacidade de autodeterminação; b) as condições para o exercício da autodeterminação; c) a universalidade; e d) a inerência da dignidade ao ser humano. Sobre a temática, Luís Roberto Barroso e Letícia de Campos Velho Martel assinalam:

A dignidade como autonomia envolve, em primeiro lugar, a *capacidade de autodeterminação*, o direito de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente a própria personalidade. Significa o poder de realizar as escolhas morais relevantes, assumindo a responsabilidade pelas decisões tomadas. Por trás da ideia de autonomia está um sujeito moral capaz de se autodeterminar, traçar planos de vida e realizá-los. Nem tudo na vida, naturalmente, depende de escolhas pessoais.⁷⁰

No entanto, para que a capacidade de autodeterminação possa ser livremente exercida, é necessário que se garantam condições para o exercício dela. Ou seja, “[...] não basta garantir a possibilidade de escolhas livres, mas é indispensável prover meios adequados para que a liberdade seja real, e não apenas retórica”.⁷¹

No que tange aos demais aspectos essenciais da dignidade como autonomia, a universalidade e a inerência, assim discorrem:

O cunho ontológico da dignidade, isto é, seu caráter inerente e intrínseco a todo ser humano, impõe que ela seja respeitada e promovida de modo universal. Ela é conferida a todas as pessoas, independentemente de sua condição nacional, cultural, social, econômica, religiosa ou étnica. A contingência espaço-temporal e a contingência entre pessoas (como mais ou menos dignas) representam uma afronta para a dignidade, sem prejuízo de certos temperamentos admitidos em razão do multiculturalismo.⁷²

⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. **A morte como ela é: Dignidade e autonomia individual no final da vida.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-11/morte-ela-dignidade-autonomia-individual-final-vida>>. Acesso em: 5 set. 2017.

⁷⁰ BARROSO; MARTEL, **Ibidem.**, grifo do autor.

⁷¹ BARROSO; MARTEL, **Ibidem.**

⁷² BARROSO; MARTEL, **Ibidem.**

Com as reflexões acima, chega-se ao ponto pretendido: a capacidade de autodeterminação da pessoa transexual se concretiza no livre desenvolvimento de sua personalidade e qualquer obstáculo que seja colocado nesse caminho configura uma ofensa à autonomia, isto é, à dignidade dessa pessoa.

Diante desse cenário, tem-se que o discurso medicalizante, ao impor o rótulo de doença e colaborar para a perpetuação do olhar discriminatório em relação à vivência transexual, acaba por ofender a dignidade da pessoa humana e não poderia, com isso, subsistir no ordenamento jurídico brasileiro.

1.6 UM NOVO PARADIGMA PARA O DIREITO: A PERSPECTIVA DAS INTERAÇÕES SOCIAIS

Cada vez mais se volta à compreensão do ser humano como um ser inserido em sociedade, onde erige suas interações humanas, sendo que é nesse espaço que ele deve se sentir acolhido para que possa buscar sua plena realização enquanto pessoa.

Essa perspectiva se alinha a uma tendência que tem se manifestado no Direito de maneira geral, inclusive no âmbito de Convenções Internacionais.

Para melhor compreensão, tome-se como exemplo a Convenção sobre Direitos da Pessoa com Deficiência da Organização das Nações Unidas (ONU). Nesse documento, colocou-se no artigo primeiro:

O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.⁷³

Ao colocar que as limitações físicas em interação com barreiras postas em sociedade podem obstruir a participação plena e efetiva da pessoa com deficiência em igualdade de condições com as demais pessoas, a Convenção faz a transposição do olhar da exigência de normalidade dos padrões das ciências biomédicas para a valoração da diversidade humana.

⁷³ BRASIL. Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 26 ago. 2009. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm >. Acesso em: 01 fev. 2017

Nesse sentido, observa Laís de Figueirêdo Lopes:

A contribuição da Convenção é representada pelo modelo social de direitos humanos que propõe que o ambiente é o responsável pela situação de deficiência da pessoa, sendo que as barreiras arquitetônicas, de comunicação e atitudinais existentes é que impedem a sua plena inclusão social, razão pela qual devem ser removidas.⁷⁴

Nota-se, portanto, que há nesse novo paradigma do Direito um olhar voltado às interações sociais: a maneira como a sociedade acolhe o indivíduo é fator determinante para criar marginalizações ou potencializá-las, de forma que se deve estar atento a isso.

Essa compreensão é importante ser trazida ao trabalho. Do que se viu até esse ponto, a identidade transgênera não se faz centrada em fatores biológicos e é produto de como o indivíduo se sente e se relaciona com a sociedade. E, caso sejam colocados óbices para que esse relacionamento exista (como o não reconhecimento do direito de alterar prenome e sexo jurídicos) ou caso não haja uma receptividade em sociedade à sua transexualidade e sua identidade de gênero, certamente estarão se criando diversas barreiras de segregação.

Ponto de vista semelhante é trazido por Foucault em seu “História da Loucura”, que, através da análise de discursos, compreende a loucura não a partir dos referenciais absolutos utilizados pelas ciências “psi”, mas sim pela forma como a sociedade ocidental, desde o século XIX, se relaciona com os desvios e os descontroles, comumente homogeneizados e enquadrados pela expressão “loucura”. A análise é feita a partir de uma perspectiva histórica no período compreendido entre a época do Renascimento e a modernidade, analisando-se como se chega até a classificação da loucura como doença mental.

Como bem explicam Eduardo Henrique Guimarães Torre e Paulo Amarante

A obra História da Loucura na Idade Clássica demonstra que antes do século XVII, a loucura possuía outra percepção social. Através das artes, dos costumes, da literatura, Foucault vai mostrando uma compreensão própria à época clássica que não pode ser caracterizada como erro ou inferior a um saber psiquiátrico posterior, pois se constituiu como uma outra forma de relação com a loucura. [...] O Poder Psiquiátrico, por sua vez, funcionou como controle dos comportamentos da sociedade fixando uma norma de comportamento ‘normal’ e a noção de anormalidade para enquadrar os desviantes do modelo e adequá-los ao padrão ou excluí-los nas instituições de controle e correção. Assim, a questão da loucura e sua relação com a Razão, e a captura da loucura como problema médico, na raiz da modernidade, foi ao mesmo tempo uma

⁷⁴ LOPES, Laís de Figueirêdo. Artigo 1. Propósito. In: BRASIL. DEFICIÊNCIA. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD). **Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com deficiência**. Brasília/DF: 2014, Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/convencao-sdpcd-novos-comentarios.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2017.

das bases para o nascimento das ciências humanas e uma das bases para a consolidação do próprio capitalismo.⁷⁵

Em outras palavras, o que Foucault analisou foi verdadeiramente o fenômeno da produção da loucura pelos saberes “psi” a partir de um referencial de normalidade no âmbito da razão, isto é, a constituição de uma verdade psicopatológica como única autorizada para discursar sobre o “louco”, considerado até então como incapaz de produzir sentido e de viver em convivência com os “normais”. Daí porque a loucura passa a ser vista como um mal a ser perseguido e extirpado ou purificado; é a ideia de contaminação ou defeito associada ao indivíduo desviante considerado anormal.

Esse novo paradigma do Direito, portanto, que deixa de enxergar o indivíduo tão somente pelos referenciais biopsicológicos para enxergá-lo de forma contextualizada, através de suas relações sociais – ou, melhor dizendo, pelos movimentos historicamente construídos de inclusão/exclusão na sociedade – consagra um enorme ganho histórico para a promoção dos direitos das minorias e grupos vulneráveis: a tolerância com a discriminação negativa contra essa população outrora permitida pelos referenciais psicobiológicos (desvio → anormalidade → correção) transmuda-se em imperativo de discriminação positiva, a partir do referencial sociocultural de exclusão pela maioria (normalidade enquanto diversidade → inclusão das minorias).

Por tal motivo, considerando esse novo paradigma do Direito, é que se propõe uma reflexão jurídica sobre como esse tema tem sido tratado pelo Legislador e pelos Julgadores, para o fim de superar o déficit de aceitação social da transexualidade e transmutar a realidade social que circunda a população trans.

1.6.1 A Transexualidade nas Legislações: Reconhecimento ou Autorização?

Chega-se, então, à discussão de como a transexualidade é tratada pelo aparato Estatal em termos jurídicos. Vale observar que, no que diz respeito aos sistemas jurídicos vigentes, tem-se que foram pensados pautados pelo modelo binário (masculino/feminino) que fora questionado nos tópicos anteriores.

Ocorre que há ainda um grande déficit de aceitação social da transexualidade e para as pessoas transexuais que se sentem marginalizadas na lógica cisgênera, o reconhecimento da

⁷⁵ TORRE, Eduardo Henrique Guimarães; AMARANTE, Paulo. Michel Foucault e a ‘história da loucura’: 50 anos transformando a história da psiquiatria. **Cadernos brasileiros de saúde mental**, Florianópolis, v. 3, n. 6. 2011. p. 41-64. Disponível em: <<http://incubadora.periodicos.ufsc.br/index.php/cbsm/article/download/1502/1725>>. Acesso em: 25 set. 2017.

identidade de gênero dentro do padrão binário muitas vezes é elemento fundamental para sua inclusão social.

Por tal razão é que ao longo do trabalho será proposta uma reflexão jurídica da necessidade de se adequar o sexo jurídico constante no registro civil àquele que a pessoa se identifica e pretende se ressignificar em sociedade (dentro do modelo binário), sem que isso implique uma negação da classificação sociológica apresentada.⁷⁶

O espaço ideal para que sejam tratadas essas discussões sobre diversidade de gênero e o direito das pessoas transexuais ao reconhecimento pleno de seu gênero é o Poder Legislativo, uma vez que este detém a competência para decidir sobre leis relativas à matéria.

Ocorre que os discursos médico-psi acabam, muitas vezes, influenciando na forma como legisladores abordam e enxergam a transexualidade. Nesses casos, costumam ser elaboradas legislações que trazem inúmeras exigências para que a pessoa transexual tenha direitos em condição de igualdade com os demais. Surgem, então, as leis que se pautam pelo princípio da autorização: criam-se procedimentos demorados, repletos de requisitos a serem cumpridos, tornando árdua a tarefa de alcançar o reconhecimento social da identidade de gênero em questão.

De outro lado, quanto mais afastado da visão patologizante, mais tende o legislador a estabelecer leis que compreendam a transexualidade como inserida no campo do conflito identitário e dos direitos humanos, sendo que nesses casos os obstáculos verificados serão consideravelmente menores. São leis que se pautam pelo princípio do reconhecimento. Considerando a pessoa transexual como sujeita de direitos, a qual necessita, para o livre desenvolvimento de sua personalidade e busca da felicidade, o reconhecimento público de sua identidade de gênero e dos direitos daí consectários, é evidente que legislações que se pautem pelo princípio do reconhecimento serão as mais adequadas a uma perspectiva humanista.

Construir óbices a essa autoafirmação seria algo equivalente a impor um tratamento desumano à pessoa transexual, que já é vítima de inúmeros preconceitos nos círculos de convivência em que se insere. Desta feita, a inclusão social e o respeito à dignidade dessas pessoas perpassam pelo dever de remover toda a sorte de obstáculo que interfira em uma vivência plena e digna.

⁷⁶ Cf. 1.3, *supra*.

1.6.2 O Debate Legislativo no Brasil

Em que pese poder se afirmar que no ordenamento brasileiro existem disposições de ordem constitucional que salvaguardam os direitos das pessoas trans⁷⁷, é certo que não há qualquer legislação específica que regule direitos desse grupo vulnerável. Sobre o assunto, Berenice Bento discorre que

Embora não exista uma legislação no Brasil sobre a transexualidade, estabeleceu-se (tanto na esfera médica quanto na jurídica) alguns cânones internacionalmente questionados e, em alguns países, ultrapassados. A compreensão que hegemoniza os operadores do direito e da saúde fundamenta-se na concepção autorizativa.⁷⁸

Essa lacuna faz com que outras instâncias do Poder Estatal sejam chamadas a regulamentar questões relacionadas às demandas dessa população, sejam elas na área da saúde ou na área jurídica e, conforme mencionado pela autora, acabam imprimindo uma perspectiva autorizativa à regulamentação.

A questão de como se dá o procedimento para a cirurgia de transgenitalização serve como exemplo, pois vem sendo tratada pelo Conselho Federal de Medicina por meio de resoluções e pelo Ministério da Saúde (vinculado ao Executivo), por meio de portarias.

Em 1997 o Conselho Federal de Medicina autorizou o tratamento em caráter experimental, a ser realizado em hospitais universitários e/ou de pesquisa, por meio da Resolução CFM nº1.482/97.⁷⁹ Houve, contudo, considerável aumento na demanda pelos procedimentos e os bons resultados obtidos levaram à publicação da Resolução CFM nº 1.652/2002⁸⁰, que permitiu a qualquer hospital realizar o procedimento.

⁷⁷ Cf. 4.1.1, *infra*.

⁷⁸ BENTO, *op. cit.*, p. 147.

⁷⁹ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM n. 1.482 de 1997. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalização a título experimental. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília/DF, 19 set. 1997. Seção I, p. 20.944. Disponível em: < http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/1997/1482_1997.htm>. Acesso em: 13 nov.2016.

⁸⁰ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM n. 1.652 de 2002. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução CFM nº 1.482/97. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília/DF, 2 dez. 2002. Seção 1, p.80/81. Disponível em: < http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2002/1652_2002.htm>. Acesso em: 13 nov.2016.

Posteriormente, sobreveio a Resolução CFM nº 1.955/2010⁸¹, a qual autorizou, ainda a título experimental, a realização de cirurgia do tipo neofaloplastia⁸² (uma vez que até então as resoluções só tratavam da neocolpovulvoplastia⁸³).

Nesse interregno, foram publicadas duas Portarias do Ministério da Saúde, que instituíram (Portaria MS nº 1.707/2008⁸⁴) e ampliaram (Portaria MS nº 2.803/13⁸⁵) o processo transexualizador no Sistema Único de Saúde (SUS).

Vê-se, portanto, que a transexualidade é descrita e condicionada por todos esses documentos normativos, inspirados em uma visão patologizante, que delimitam dentro do poder-saber quais os casos que merecem ser submetidos ao processo transexualizador no Estado brasileiro.

Vale mencionar que existe o projeto de Lei n. 70-B de 1995, de autoria do Deputado José Coimbra (PTB/SP) em andamento no Congresso Nacional, visando uma regulamentação acerca da matéria de cirurgia para redesignação sexual:

Esta proposta excluía a realização das cirurgias de transgenitalização do crime de mutilação. No artigo 2º, permitia a mudança do registro mediante autorização judicial para as pessoas transexuais, mas a condicionava às cirurgias de transgenitalização. Em outro artigo previa que na averbação, tanto no registro de nascimento quanto no respectivo documento de identidade, deveria constar ser a pessoa transexual.⁸⁶

A grande questão é que o Projeto não resolve a ausência de uma regulamentação, e mais, acaba por construir realidades ainda mais discriminatórias:

Para os homens transexuais, esta lei significaria a impossibilidade de terem seus documentos alterados, pois são raros os que fazem a cirurgia do neofalo. O benefício decorrente da Lei poderia ser quase inócuo. E a previsão da

⁸¹ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM n. 1.955 de 2010. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução CFM nº 1.652/02. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília/DF, 3 set. 2010. Seção I, p. 109-10. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm>. Acesso em: 13 nov.2016.

⁸² Procedimento para a criação do órgão sexual masculino.

⁸³ Procedimento para a criação do órgão sexual feminino.

⁸⁴ BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria MS n. 1.707, de 18 de agosto de 2008. Institui, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), o Processo Transexualizador, a ser implantado nas unidades federadas, respeitadas as competências das três esferas de gestão. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília/DF, 19 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/port17072008mssystem.pdf>>. Acesso em: 13 nov.2016.

⁸⁵ BRASIL. Ministério Da Saúde. Portaria MS n. 2.803, de 19 de novembro de 2013. Redefine e amplia o Processo Transexualizador no Sistema Único de Saúde (SUS). **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília/DF, 21 nov. 2013. Seção 1, p. 25. Disponível em: <http://www.lex.com.br/legis_25099456_PORTARIA_N_2803_DE_19_DE_NOVEMBRO_DE_2013.aspx>. Acesso em: 13 nov.2016.

⁸⁶ BENTO, **op. cit.**, p. 150.

averbação nos documentos civis da condição de transexual contraria as aspirações da grande maioria das pessoas transexuais, pois querem alteração do registro civil com a mudança de prenome e do sexo originais, passando a constar o novo prenome e o gênero identificado.⁸⁷

Além disso, o projeto, ainda não aprovado, na mesma linha das resoluções, traz consigo uma concepção autorizativa e “[...] retira das pessoas que vivem a experiência transexual a capacidade de interpretar e gerar sentidos para suas dores e conflitos, além de limitar a definição da transexualidade aos marcos da cirurgia”.⁸⁸

No que diz respeito à alteração do prenome e sexo jurídico, tema central deste estudo, existem outros projetos de Lei, dentre os quais se destaca o Projeto de Lei n. 5.002 de 2013, o qual propõe, em síntese, que qualquer pessoa possa solicitar a retificação registral de sexo e mudança de prenome e da imagem registradas na documentação pessoal sempre que não coincidam com sua identidade de gênero.

Como requisitos, o Projeto traz que a pessoa interessada deve ser maior de dezoito anos e deva apresentar uma solicitação escrita junto ao Cartório de Registros com a indicação do novo prenome escolhido, dispensando qualquer comprovação de cirurgia de transgenitalização ou de tratamento hormonal, sendo desnecessária, ainda, decisão judicial que autorize a alteração.

Houve emenda no projeto para que se excluísse a possibilidade de crianças e adolescentes que ainda não completaram 18 anos requererem a alteração nos moldes previstos pelo Projeto.

Importante mencionar que a lei ainda aborda questões para além do aspecto registral. Em seu art. 8º propõe que toda pessoa maior de 18 anos poderá se submeter a intervenção cirúrgica de redesignação sexual, havendo como exigência somente seu consentimento informado. Dispensa qualquer tipo de diagnóstico ou tratamento psicológico ou psiquiátrico, ou, ainda, autorização judicial ou administrativa.

Note-se que, em que pese não se coadunar com a emenda apresentada, que excluiu a possibilidade de escolha por transexuais que ainda não atingiram de 18 anos de idade, é certo que o referido Projeto de Lei tende a se aproximar mais de uma concepção de reconhecimento. Seria muito importante às pessoas transgêneras poderem dispor de um instrumento legal como este para alcançarem o reconhecimento da sua identidade de gênero, sem terem que se socorrer

⁸⁷ **Ibidem.**

⁸⁸ **Ibidem.**, p. 150-151.

do Poder Judiciário. Algo como um primeiro passo para uma longa jornada por conquista de direitos.

1.6.3 Parâmetros Mínimos para uma Legislação Brasileira

Atualmente, na ausência de normativas, há a necessidade de se recorrer ao Poder Judiciário para obter a alteração do registro civil, por se tratar de um documento público. No entanto, algumas hipóteses já são previstas em lei para que a alteração do registro ocorra administrativamente e o mesmo se pretende em relação à alteração do prenome e sexo jurídico da pessoa transexual.

Considerando o que foi visto no item anterior, pretende-se considerar algumas premissas básicas que devem servir de parâmetro para o Legislador brasileiro.

Por primeiro, esclareça-se que aqui será abordado somente aspectos relativos a uma legislação que altere o prenome e sexo jurídico, sem se ater à necessidade de regulamentação do procedimento de transgenitalização, uma vez que este último assunto não é o escopo principal deste trabalho.

No que tange a competência para legislar acerca dos registros públicos (alteração de prenome e do sexo jurídico no registro civil), tem-se que, a teor do disposto na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 22, é privativa da União, ou seja: somente ela pode legislar sobre tal matéria, sendo que tal função pode ser delegada aos Estados mediante a elaboração de Lei complementar.

Dito isso e tendo em mente o que já foi consignado anteriormente, que pessoas transexuais muitas vezes buscam o reconhecimento do sexo jurídico de acordo com o padrão binário como forma de adequação à identidade de gênero que vivem e, principalmente, como instrumento de inclusão social, considera-se que uma legislação sobre o tema deve ser sensível a tais necessidades, tornando simples os procedimentos para alteração de prenome e sexo jurídico.

Para essas pessoas, aquele indivíduo constante no registro civil não existe e seria melhor que “morresse” – a morte que se fala aqui seria a morte para o mundo jurídico, porque no plano fático uma “nova” pessoa já assumiu este lugar.

A legislação, portanto, deveria partir dessa premissa básica. Com isso, pensa-se que seria necessária a previsão de sigilo da alteração de registro, que somente poderá ser acessada pelo interessado ou por terceiros, estes últimos munidos de autorização judicial.

Além disso, outra premissa importante é que a dignidade da pessoa humana pressupõe que às pessoas transexuais seja garantido o reconhecimento a sua identidade de gênero. A capacidade de autodeterminação da pessoa transexual se concretiza no livre desenvolvimento de sua personalidade e qualquer obstáculo que seja colocado nesse caminho configura uma ofensa à autonomia, isto é, à dignidade dessa pessoa.

Dessa forma, a perspectiva de reconhecimento é a mais indicada: a legislação a ser elaborada deve possibilitar que o requerimento de alteração do registro civil seja feito por qualquer pessoa, administrativamente, sem exigir para tanto provas, laudos médicos ou quaisquer outros elementos, bastando a manifestação de vontade em alterar o prenome e sexo jurídico.

Pensa-se que tal possibilidade poderia ser concedida inclusive à crianças e adolescentes, que poderiam fazer o requerimento representados ou assistidos por seus genitores.

Possivelmente haverá críticos dessa ideia, que consignarão que a manifestação da identidade de gênero divergente do sexo biológico nesses casos pode ser transitória e não representa algo permanente. No entanto não se coaduna com tal entendimento. Ao indivíduo transexual é imposto, desde tenra idade, o dever de conviver com o nome e sexo jurídico não condizentes com sua identidade de gênero, o que representa um grande fator de marginalização do convívio social e compromete severamente seu desenvolvimento enquanto pessoa. A alternativa jurídica proposta evitaria essa segregação e permitiria o pleno desenvolvimento do indivíduo, permitindo que inúmeras experiências discriminatórias fossem evitadas.

Importante consignar, ainda, que não se deve partir do pressuposto de que a pessoa se valerá da normativa para praticar fraudes. Isso porque os documentos de identificação (número no Registro Geral e no Cadastro de Pessoas Físicas) devem permanecer os mesmos, de forma que as obrigações e deveres assumidos anteriormente à modificação do registro permanecem vinculados à pessoa.

Nessa linha, buscando evitar práticas criminosas, a exemplo do que traz a Lei de Identidade de Gênero Argentina, a retificação nos moldes sugeridos somente poderia ser pleiteada uma vez. Caso a pessoa busque a alteração de registro pela segunda vez, deverá fazê-lo mediante autorização judicial.

Além das premissas já colocadas, o legislador deve ter em mente que o nome, assim como o sexo jurídico, por constarem nos documentos de identificação da pessoa no meio social, são aspectos elementares para a formação da personalidade de um indivíduo.

Diante disso, é importante que a lei se preocupe em prever a gratuidade do procedimento para requerimento da alteração do registro (principalmente para aqueles que não dispõem de condições financeiras), bem como consigne a desnecessidade de intermediação de advogado. Essas observações tornarão o procedimento acessível a qualquer pessoa.

Como será visto mais à frente, o nome é o signo que individualiza o ser em sociedade e ter no registro civil um nome divergente da identidade de gênero representa uma incoerência na existência dessa pessoa. O sexo jurídico, constante no assento de nascimento, pode não ser compatível com o a identidade de gênero da pessoa e isso também representa mais uma incoerência com a qual ela é obrigada a lidar em todos os locais que precisa se identificar formalmente, apresentando documentos pessoais.

Por isso que é importante o reconhecimento pelo poder Estatal da necessidade e da possibilidade de se alterar o prenome e sexo jurídico por meios administrativos, pois assim se estará removendo um óbice para o desenvolvimento da personalidade desses indivíduos e, principalmente, estar-se-á possibilitando uma plena integração social, possibilitando que a sociedade os reconheça como aquilo que eles se sentem.

Impende destacar ainda que parece oportuno que a mesma legislação fixe parâmetros mínimos a serem observados para casos de uso do nome social⁸⁹, nas esferas públicas e privadas, quando a pessoa transexual opte por não fazer a alteração de seu registro, ou não possa fazê-lo, e apenas deseje adotar um nome para uso perante a sociedade. Nesses casos, a identificação pública da pessoa deve ser feita exclusivamente pelo nome social e não pelo nome civil (que poderá ser registrado apenas em documentos sem acesso ao público em geral), de forma que eventual disposição sobre o assunto deve ser atenta a essa necessidade.

1.6.4 O Exemplo Argentino

Diferentemente do Brasil, a vizinha Argentina já obteve alguns avanços no que diz respeito ao reconhecimento dos direitos das pessoas transexuais. O primeiro marco na

⁸⁹ A temática do nome social será abordada com maior profundidade no Capítulo 3, *infra*.

legislação daquele país foi o reconhecimento, por meio da Lei n. 26.618⁹⁰, que pessoas do mesmo sexo podem contrair matrimônio.⁹¹

Essa lei trouxe contexto favorável para que posteriormente viesse a ser aprovada a Lei de Identidade de Gênero (Lei n. 26.743), a qual reconhece a diversidade sexual e de gênero como direito individual:

A lei de identidade de gênero argentina dá um passo eficaz ao tornar fato o sonho de todas e todos: o reconhecimento da identidade fundamentado unicamente na autodeterminação. Apenas a solicitação do próprio indivíduo pedindo para ter o seu verdadeiro gênero reconhecido é suficiente.⁹²

A referida normativa se pauta pelo princípio do reconhecimento, desburocratizando a vivência da transexualidade e afastando a perspectiva patologizante:

[...] reconhece a população trans como cidadãos e cidadãs de primeira categoria, vez que possibilita a modificação do nome e do gênero nos documentos de identidade e traz a visibilidade para as cirurgias de transgenitalização e demais modificações corporais, bem como desconstrói preconceitos existentes sobre a temática. Vale dizer o fato de não ser necessário o requerimento de nenhum tipo de laudo médico ou psicológico, além de ampliar mencionadas garantias a estrangeiros e estrangeiras residentes no país. Nota-se, portanto, ausência de burocratização no procedimento.⁹³

A lei permitiu que as alterações de prenome e sexo fossem feitas por simples formulário e não demandassem a intervenção do Poder Judiciário, padronizando o entendimento de que tal alteração prescinde da realização de cirurgia de redesignação de sexo. Assim:

Dá-se preferência à vontade da pessoa, e não se judicializa nem se administrativiza o direito ao reconhecimento de sua identidade de gênero, facilitando a manifestação da vontade por meio de um simples formulário no qual consta a solicitação de retificação do nome [...]. Ainda em relação a esse

⁹⁰ ARGENTINA. Ley n. 26.618, de 15 de julho de 2010. Promulgada em 21 de julho de 2010. Código Civil. Modificación. **Boletín Oficial de la República Argentina**, Buenos Aires, 21 jul. 2010. Disponível em: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2017/10957>. Acesso em: 7 maio 2017.

⁹¹ Lembra-se que no Brasil ainda não há esse reconhecimento legal, sendo que entendimento atual da possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo advém do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 e da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, que culminaram na elaboração da Resolução nº 175, do Conselho Nacional de Justiça, a qual determina que é vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

⁹² OLIVEIRA, João Felipe Zini Cavalcante; SILVA, Bruna Camilo de Souza Lima. Lei de Identidade de Gênero: Uma Análise Comparativa da Lei Argentina e o PL 5002/2013 do Brasil. **Revista Libertas**, Ouro Preto, v. 2, n. 1, jan./jun. 2016, p. 225-244.

⁹³ **Ibidem**.

dispositivo e à necessidade de revalorizar o direito à autonomia corporal, a lei de identidade de gênero evita qualquer definição normativa de categorias identitárias como “travesti”, “transexual” ou “transgênero”.⁹⁴

Com efeito, atualmente, a legislação argentina é um bom parâmetro, por ter logrado êxito em desconstruir uma violência institucional que se mostrava consolidada:

[...] a lei desativa os determinismos psicológicos e o naturalismo corporal e identitário que serviu de fundamento para colonizar as corporeidades diversas. Uma corporeidade transmasculina não difere de uma biomasculinidade para o Estado. Portanto, houve uma violência institucional que foi desativada por essa política pública.⁹⁵

Considerando tudo o que foi abordado no presente Capítulo, tem-se que a Lei Argentina é o mínimo de reconhecimento de direitos que se pode garantir à população transexual.

Portanto, considerando-se que a luta por visibilidade bradada pelos movimentos trans transcende realidades locais e regionais, alcançando de forma ampla homens e mulheres transexuais de todo o planeta, espera-se do Poder Legislativo brasileiro que possa se espelhar na experiência argentina para contribuir com a uniformidade de tratamento àquela população, garantindo-se-lhes, finalmente, o tratamento digno de que são merecedores.

⁹⁴ LITARDO, Emiliano. Os corpos desse outro lado: a lei de identidade de gênero na Argentina. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 8, n. 2. jul./dez. 2013, p. 193-226.

⁹⁵ **Ibidem**.

2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A VEDAÇÃO À DISCRIMINAÇÃO DE IDENTIDADE DE GÊNERO

2.1 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE: UM OLHAR CONSTITUCIONAL

O escopo principal deste trabalho é abordar a questão da transexualidade e a alteração de prenome e sexo jurídico que surgem a partir dessa vivência, buscando compreender como o tema tem sido tratado pelos Legisladores e Julgadores no sistema jurídico brasileiro.

Para tal compreensão, também se faz necessária uma referência à base principiológica jurídica que subjaz a temática da inclusão social e do tratamento igualitário às pessoas transexuais. Para isso, neste ponto será abordado o princípio da igualdade, explorando como ele foi trazido nas Constituições brasileiras, para alcançar a figura de uma das vigas mestras da Constituição de 1988.

A intenção é demonstrar, a partir da análise doutrinária, como na atualidade esse princípio emana e produz outros mandamentos que vedam a discriminação e impõem o dever de promoção da igualdade e de inclusão social de grupos minoritários. Dito isso, a partir de uma interpretação sistemática das normas constitucionais, poder-se-á afirmar que a discriminação em relação à identidade de gênero é vedada no ordenamento jurídico brasileiro, ainda que não exista menção expressa no texto normativo elaborado pelo constituinte.

2.1.1 Princípio da Igualdade: Conceito e Evolução Histórica

De início, cabe consignar que o princípio da igualdade tem estreita ligação com a afirmação de Boaventura de Souza Santos de que: “As pessoas e os grupos sociais têm o direito de ser iguais quando a diferença as inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade as descaracteriza.”⁹⁶

Partindo-se dessa primeira reflexão, pode-se inferir que a igualdade somente pode ser analisada em um contexto de pluralidade de indivíduos. Nesse sentido, Norberto Bobbio esclarece

[...] a igualdade é pura e simplesmente um tipo de relação formal, que pode ser preenchida pelos mais diversos conteúdos. Tanto isso é verdade que, enquanto X é livre é uma proposição dotada de sentido, X é igual é uma

⁹⁶ SANTOS, Boaventura de Souza. **As tensões da modernidade**. In: FÓRUM SOCIAL MUNDIAL, Porto Alegre, 2001. Disponível em: < <http://www.forumsocialmundial.org.br/dinamic/boaventura.php>>. Acesso em: 6 jun. 2016.

proposição sem sentido, que, aliás, para adquirir sentido, remete à resposta à seguinte questão: *igual a quem?*⁹⁷

Notadamente a questão da igualdade foi tratada ao longo da história de maneiras distintas. Nos tempos mais antigos a regra era a desigualdade, sustentada pelos sistemas jurídicos vigentes. O primeiro momento é definido da seguinte forma

[...] a sociedade cunhou-se ao influxo de desigualdades artificiais, fundadas, especialmente, nas distinções entre ricos e pobres, sendo patenteada e expressa a diferença e a discriminação. Prevaleceram, então, as timocracias, os regimes despóticos, asseguraram-se os privilégios e sedimentaram-se as diferenças, especificadas em leis. As relações de igualdade eram parcas e as leis não as relevavam, nem resolviam as desigualdades.⁹⁸

Vê-se que na sociedade antiga não existia uma preocupação com a igualdade: os regimes escravocratas não eram contestados e os privilégios das classes abastadas eram expandidos em detrimento das populações mais pobres.

O pensamento de Aristóteles, que trazia a igualdade como um dever de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, não contestava o regime escravocrata, tampouco a marginalização de mulheres. Portanto, essa igualdade por ele sustentada não era absoluta e perpetuava a divisão social vigente.

Com o surgir da Idade Média, constituíram-se as classes de suseranos e vassalos, o que fez potencializar as desigualdades sociais então existentes. Passado esse período, adentra-se o contexto de Revolução Industrial, no qual a burguesia ascendente almejava, ainda que dentro de alguns limites, um tratamento igualitário.

Posteriormente, chega-se à Revolução Francesa que, segundo Fábio Konder Comparato “Na tríade famosa⁹⁹, foi sem dúvida a igualdade que representou o ponto central do movimento revolucionário.”¹⁰⁰ Nesse sentido, Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Junior:

Rompendo com as monarquias absolutistas e adotando a República como forma de governo, os então novos Estados republicanos preconizavam o fim dos privilégios nobiliárquicos e da vocação hereditária do poder. Tinham, assim, o princípio da isonomia como pedra angular.¹⁰¹

⁹⁷ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 4. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000. p. 12, grifo do autor.

⁹⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Lê, 1990. p. 35.

⁹⁹ Liberdade, igualdade e fraternidade eram os ideários trazidos pelos revolucionários burgueses.

¹⁰⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 148.

¹⁰¹ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JR., Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2016. p. 175.

Nesse período a burguesia ascendente e revolucionária se preocupava em abolir privilégios e desigualdades:

Na luta contra as desigualdades, não apenas foram extintas de um só golpe todas as servidões feudais, que vigoravam havia séculos, como também se proclamou, pela primeira vez na Europa, em 1791, a emancipação dos judeus e a abolição de todos os privilégios religiosos. Por um decreto da Convenção de 11 de agosto de 1792, proibiu-se o tráfico de escravos nas colônias. Esse movimento igualitário só não conseguiu, ao final, derrubar a barreira da desigualdade entre os sexos.¹⁰²

Em que pesem os inegáveis avanços na afirmação da igualdade e desconstrução das desigualdades, mister ressaltar que na Revolução Francesa não existia uma preocupação com aspectos de uma igualdade material. Ou seja, buscava-se, tão somente, alcançar uma proteção da igualdade perante a lei (para burgueses). Sobre esse recorte, Yara Maria Pereira Gurgel traz que

A visão do Princípio da Igualdade de forma linear, com tratamento equânime aos homens, é, na verdade, a oferta de direitos à burguesia, já que para os menos favorecidos não há condição para a sua materialidade. Exemplo claro disso se mostrou durante o apogeu do liberalismo francês. Todos tinham, *formalmente*, direito à propriedade e à segurança. Na realidade, só quem usufruía dos referidos direitos era a burguesia, detentora de posses. A igualdade formal se traduz na mais pura fertilização à perpetuação das diferenças sociais e na exclusão dos desfavorecidos socialmente.¹⁰³

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, produto desse contexto revolucionário, trazia que: “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum.”¹⁰⁴

O que se resguardava no Liberalismo, portanto, era uma igualdade geral e abstrata e não individualizada, pois se assumia que a igualdade formal era suficiente para manutenção da ordem.¹⁰⁵ Esse discurso era o defendido pela burguesia ascendente, que enquanto classe dominante, não pretendia que sua posição e privilégios fossem questionados:

¹⁰² COMPARATO, *op. cit.*, p. 149.

¹⁰³ GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação**: sua aplicação às relações de trabalho. 2007. 311 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp040476.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2017. p. 51, grifo do autor.

¹⁰⁴ COMPARATO, *op. cit.*, p. 170.

¹⁰⁵ BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha. A constante axiologia dos direitos humanos. In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita Benevides; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu de. (Org.) **Direitos Humanos, Democracia e República**: uma homenagem a Fábio Konder Comparato. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 382.

[...] a burguesia, cônica de seu privilégio de classe, jamais postulou um regime de igualdade tanto quanto reivindicara o de liberdade. É que um regime de igualdade contraria seus interesses e dá à liberdade sentido material que não se harmoniza com o domínio de classe em que assenta a democracia liberal burguesa.¹⁰⁶

Entretanto, com o passar dos anos, novas realidades sociais surgiram e demandaram uma revisitação do conceito de igualdade. A igualdade formal, perante a lei, não conseguiu alcançar os objetivos que propunha, o que impulsionou mudanças substanciais.

A igualdade material veio ganhar espaço ao final do século XVIII, com o surgimento do proletariado. Como a igualdade conquistada no bojo da Revolução Francesa já não se mostrava suficiente para equilibrar todas as relações sociais, não tardou para que as camadas excluídas passassem a demandar dos Estados um agir positivo, visando equanimizar situações distorcidas. Foi neste contexto que surgiu a preocupação com os direitos sociais.

Vale ressaltar a importância da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948¹⁰⁷, redigida sob o impacto das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial. Esse documento veio cristalizar e normatizar a igualdade, a liberdade e fraternidade enquanto valores supremos:

Artigo I – Todos os homens 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. [...] Artigo VII - Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual proteção da lei. Todos têm direito a proteção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.¹⁰⁸

Com o escopo de densificar tal norma-princípio, o movimento de constitucionalização de direitos humanos fez com que a igualdade fosse inserida nos textos das novas constituições. Com isso, uma vez que as Cartas Constitucionais são tidas como um compromisso do Estado para com seus cidadãos, é certo que a busca pela igualdade material se tornou mais evidente.

Importante destacar que, em um primeiro momento, a igualdade foi interpretada como um dever de promover a equalização na aplicação do direito. Atualmente, em uma visão mais holística, prevalece o entendimento de que a igualdade deve ser observada tanto na

¹⁰⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 214.

¹⁰⁷ ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal de Direitos Humanos**. Paris, 1948. Disponível em: < http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf >. Acesso em: 20 jan. 2017.

¹⁰⁸ COMPARATO, **op. cit.**, p. 247-248.

aplicação quanto na elaboração das leis. Ou seja: o princípio da igualdade recai sobre todos os poderes do Estado, vinculando o Poder Executivo, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário.

Sobre tal tema, Celso Antônio Bandeira de Mello discorre

Entende-se, em concorde unanimidade, que o alcance do princípio não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com isonomia.¹⁰⁹

O princípio da igualdade está intrinsecamente relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana, vez que uma vivência digna pressupõe um tratamento isonômico em sociedade:

A base do princípio da igualdade é a igual dignidade social de todos os cidadãos (nº1) – que, aliás, não é mais do que um corolário da igual dignidade humana de todas as pessoas (cfr. Art. 1º) –, cujo sentido imediato consiste na proclamação da idêntica ‘validade cívica’ de todos os cidadãos, independentemente de sua inserção econômica, social, cultural e política, proibindo desde logo formas de tratamento ou de consideração social discriminatórias. O princípio da igualdade é assim não apenas um princípio de disciplina das relações entre o cidadão e o Estado (ou equiparadas) mas também uma regra de estatuto social dos cidadãos, um princípio de conformação social e de qualificação da posição de cada cidadão na coletividade.¹¹⁰

Entende-se pertinente abordar também a concepção de igualdade apresentada por Flávia Piovesan, que traz além das tradicionais concepções de igualdade formal e igualdade material, uma terceira concepção de igualdade, também chamada de igualdade material, mas não no sentido de justiça social e distributiva. Essa igualdade material definida por Piovesan viria harmonizada com as normas protetivas de direitos humanos, voltadas aos grupos específicos, que são vítimas preferenciais de exclusão.

Portanto, essa concepção de igualdade equivaleria “[...] ao ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades (igualdade orientada por critérios como gênero, orientação sexual, idade, raça e etnia)”.¹¹¹

Luis Roberto Barroso, por sua vez, ao abordar igualdade como reconhecimento (estudada por Nancy Fraser), explica que

¹⁰⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 09.

¹¹⁰ GOMES CANOTILHO, José Joaquim; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 126.

¹¹¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 57.

[...] a injustiça a ser combatida não tem natureza legal ou econômica, mas cultural ou simbólica. Ela decorre de modelos sociais que excluem o diferente, rejeitam os “outros”, produzindo a dominação cultural, o não reconhecimento ou mesmo o desprezo. Determinados grupos são marginalizados em razão da sua identidade, suas origens, religião, aparência física ou opção sexual como os negros, judeus, povos indígenas, ciganos, deficientes, mulheres, homossexuais e transgêneros.¹¹²

Por tal razão é que alguns autores defendem existir entre os direitos de quarta dimensão um “direito de ser diferente”¹¹³:

Os direitos marcados pela quarta dimensão dos direitos fundamentais são justamente os direitos ligados ao pluralismo e à democracia, ou seja, o direito a ser diferente, à informação, à pluralidade em seus mais diversos aspectos, ao respeito das minorias, entre outros.¹¹⁴

Nesse sentir, pode se dizer que o princípio da igualdade traz para o Estado um poder-dever de assegurar que as minorias e grupos vulneráveis não sejam excluídos e, para além disso, traz um poder-dever de garantir a esses grupos condições mínimas para participação em nível de igualdade com as demais pessoas da sociedade

Exsurge, outrossim, um poder-dever do Estado de criar mecanismos de inserção e proteção das minorais, abstendo-se de discriminações arbitrárias. O princípio da igualdade exige, *prima facie*, que somente haja tratamentos desiguais caso isso seja justificado por princípios contrapostos.¹¹⁵

Tal visão se complementa com o raciocínio de Flávia Piovesan, que entende que essa nova concepção de igualdade desempenha uma dupla função: de proteção da dignidade e de prevenção do sofrimento. A autora reflete

A garantia da igualdade, da diferença e do reconhecimento de identidades é condição e pressuposto para o direito à autodeterminação, bem como para o direito ao pleno desenvolvimento das potencialidades humanas, transitando-se da igualdade abstrata e geral para um conceito plural de dignidades concretas.¹¹⁶

¹¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto no Recurso Extraordinário n. 845.779**. Rel. Min.: Luís Roberto Barroso, DJe n. 232, Div. 16/11/2015. Pub. 19/11/2015. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 4 out. 2017.

¹¹³ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial**: fundamentos de Direito. Tradução de Bruno Miragem. Notas e revisão a tradução de Claudia Lima Marques. São Paulo: RT, 2009. p. 265

¹¹⁴ SANTOS, Leonardo Fernandes dos. Quarta Geração/Dimensão dos Direitos Fundamentais: Pluralismo, Democracia e o Direito de Ser Diferente. **Revista Direito Público**, Brasília, v. 8, n. 35, mar. 2011, p. 66-83. Disponível em: < <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1826> > Acesso em: 18 fev. 2017.

¹¹⁵ **Ibidem**.

¹¹⁶ PIOVESAN, **op. cit.**, p. 59.

Dessa forma, em breves linhas, neste tópico se buscou analisar o princípio da igualdade, suas origens e atual concepção na doutrina jurídica.

2.1.2 Direito de Igualdade de Gênero nas Constituições Brasileiras

No período pós Primeira Guerra Mundial, a preocupação em promover a igualdade e a dignidade da pessoa humana fez aflorar uma preocupação com a garantia de direitos humanos.

Documentos como a já mencionada Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, produto da Revolução Francesa, passaram a servir de inspiração para os textos constitucionais que foram elaborados e permitiram que o direito a igualdade passasse a compor o rol de normas constitucionais.

Note-se que em um primeiro momento não se tinha a igualdade de gênero como uma vertente da igualdade. Ou seja, era apenas a igualdade em um sentido amplo, em seu aspecto meramente formal.

Com o caminhar, percebeu-se a necessidade de se aplicar a igualdade a contextos específicos, para que questões pontuais de grupos vulneráveis da sociedade alcançassem a proteção necessária e, por conseguinte, se consolidasse uma igualdade substancial. A partir de então, chamou-se a atenção para as questões de gênero e raça, por exemplo.

Essa evolução do sentido do princípio da igualdade é facilmente identificável na análise do histórico das Constituições Brasileiras. Fazendo um recorte específico para a igualdade de gênero, vale observar que as Constituições Brasileiras foram pautadas pelo modelo binário, a partir da inserção de temáticas afetas à proteção da mulher.

Desde a Carta Imperial há menção ao princípio da igualdade. Todavia, essa igualdade tinha contornos meramente formais. Alguma mudança somente veio ser notada na Constituição de 1934, onde já se vivia um contexto histórico de maior preocupação com a questão social, impulsionada por movimentos da classe operária que se espalhavam nas revoluções que vinham acontecendo ao redor do globo.¹¹⁷

Esse contexto de transformações políticas influenciou o pensamento do Constituinte e implicou sua preocupação com o princípio da igualdade em sua vertente

¹¹⁷ Nesse período as Constituições do México de 1917 e de Weimar de 1919 já haviam se consolidado e traziam em seu bojo normas voltadas aos direitos sociais e à promoção da igualdade em seu sentido material.

material.¹¹⁸ A novel Constituição de 1934, então, constitucionalizou o sufrágio feminino e ainda trouxe a igualdade de salário entre homens e mulheres e a proibição do trabalho destas últimas em condições insalubres, além de preconizar a assistência médica e sanitária à gestante, garantindo-lhe um descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego.

Já a Constituição de 1946 reafirmou o sufrágio universal, estabeleceu a necessidade de se equiparar salários de um mesmo trabalho desempenhado por pessoas de sexos diferentes e manteve outras proteções (principalmente na seara trabalhista) que já haviam sido alcançadas nas legislações anteriores pela categoria feminina.

Sobreveio a Constituição Brasileira de 1967, que trouxe o princípio da igualdade em seu artigo 150, §1º da seguinte maneira: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei”.¹¹⁹ Em que pese o período de ditadura militar, vê-se que na letra da lei continuou a ser assegurado o direito à igualdade a toda e qualquer pessoa, independentemente do sexo. Garantias trabalhistas para mulheres também permaneceram no texto constitucional, o que permitiu que a despeito do contexto institucional, não se retrocedesse nessas pautas.

Por fim, chega-se à Constituição de 1988, que marcou o fim do regime ditatorial no Brasil e o retorno à democracia. A “Constituição Cidadã”, como é conhecida, trouxe em seu texto:

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: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição [...] ¹²⁰

A igualdade material ganhou, então, destaque e, no que tange à proteção da mulher, principalmente no que diz respeito ao seu ambiente de trabalho, foram alcançados muitos progressos. Isso porque a Carta Magna de 1988 buscou garantir o direito à igualdade de forma ampla. Resguardou o princípio isonômico, quer em seu aspecto formal, quer em seu aspecto material. Nesse sentido, trouxe ao longo do seu texto diversos dispositivos que concretizam esse princípio:

¹¹⁸ Os direitos sociais foram positivados nos títulos “Da Ordem Econômica e Social” e “Da família, educação e cultura” da Carta de 1934.

¹¹⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1967). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 5 jun. 2016.

¹²⁰ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, 6 out. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 5 out. 2017.

A propósito de exemplo: no campo das relações internacionais (art. 4º, V), quando garante a igualdade dos Estados; no plano das relações de trabalho (art. 7º, XXX, XXXI, XXXII e XXXIV), quando veda a discriminação de contratação, de salário ou mesmo do tipo de trabalhador; na esfera da organização política (art. 19, III), proibindo a criação de distinção entre brasileiros; no campo da Administração Pública (art. 37, I), garantindo a igualdade de acesso a cargos públicos, na órbita da sociedade conjugal, quando assegura a igualdade entre homens e mulheres (art. 226, §5º) etc.¹²¹

Tais alterações na Carta Constitucional refletiram, inclusive, nos dispositivos infraconstitucionais do Código Civil, uma vez que aqueles que eram contrários à igualdade jurídica do homem e da mulher foram revogados por ausência de recepção.¹²²

Vê-se, portanto, que o texto constitucional de 1988 deu um grande passo para a efetivação do princípio da igualdade, trazendo-o como uma das vigas mestras para a construção de um Estado Democrático de Direito.

A investigação histórica desenvolvida neste tópico buscou abordar as origens do conceito de igualdade e suas evoluções e involuções no espectro constitucional. Buscou-se demonstrar, ainda, em que momento a pauta de igualdade de gênero alcançou sua importância, principalmente através de pleitos do feminismo.

Ocorre que atualmente entende-se necessário ampliar essa concepção para entender que, dentro da igualdade de gênero reside também a questão das pessoas LGBTTI (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais, Intersex) e, mais especificamente, das pessoas transgêneras.

Para o escopo desse trabalho é necessário partir desses conceitos e ir além. Na Constituição Federal de 1988, por exemplo, não há qualquer menção expressa sobre a necessidade de se promover políticas voltadas à inclusão e ao tratamento igualitário para a

¹²¹ ARAUJO; NUNES JR., **op. cit.**, p. 179.

¹²² EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade – Impugnação de ato estatal editado anteriormente à vigência da CF/88 – Inconstitucionalidade superveniente – Inocorrência – Hipótese de revogação do ato hierarquicamente inferior por ausência de recepção - Impossibilidade de instauração do controle normativo abstrato – Ação direta não conhecida. A ação direta de inconstitucionalidade não se revela instrumento juridicamente idôneo ao exame da legitimidade constitucional de atos normativos do poder público que tenham sido editados em momento anterior ao da vigência da Constituição sob cuja égide foi instaurado o controle normativo abstrato. A fiscalização concentrada de Constitucionalidade supõe a necessária existência de uma relação de contemporaneidade entre o ato estatal impugnado e a carta política sob cujo domínio normativo veio ele a ser editado. O entendimento de que leis pré-constitucionais não se predispõem, vigente uma nova constituição, à tutela jurisdicional de Constitucionalidade in abstracto – orientação jurisprudencial já consagrada no regime anterior (RTJ 95/980 – 95/993 – 99/544) – foi reafirmado por essa Corte, em recentes pronunciamentos, na perspectiva da Carta Federal de 1988. A incompatibilidade vertical superveniente de atos do Poder Público, em face de um novo ordenamento constitucional, traduz hipótese de pura e simples revogação dessas espécies jurídicas, posto que lhe são hierarquicamente inferiores. O exame da revogação de leis ou atos normativos do Poder Público constitui matéria absolutamente estranha à função jurídico-processual da ação direta de inconstitucionalidade. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 7/DF**. Rel. Min.: Celso de Melo, DJe 04/09/1992, p. 14087. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1482149>>. Acesso em: 1 fev. 2017).

população LGBTTI. Entretanto, ainda que não exista um dispositivo tratando da temática, não se poderia assumir que não há amparo nas normas constitucionais para a proteção e efetivação dos direitos desse grupo, conforme se poderá depreender a partir das próximas reflexões que serão trazidas.

2.2 O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO À DISCRIMINAÇÃO COMO DECORRÊNCIA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE: A PROTEÇÃO DAS PESSOAS TRANSEXUAIS

Até este ponto investigou-se como a igualdade foi incorporada nas Constituições Brasileiras, chegando-se à conclusão de que atualmente ela representa um dos princípios mestres no ordenamento jurídico. Deve-se ter em mente que, da necessidade de se alcançar uma igualdade material, decorrem algumas imposições tanto ao Estado quanto aos particulares, como o dever de promover políticas de inclusão social e de vedar qualquer tratamento discriminatório.

O princípio da igualdade material traz consigo, portanto, a necessidade de se pensar nos grupos vulneráveis e minoritários, a fim de assegurar-lhes uma existência digna e incluída na sociedade.

Por isso que se pretende, neste item, discorrer sobre como o princípio da igualdade faz nascer para o Estado um dever de proteção às pessoas transexuais, uma vez que elas compõem um grupo vulnerável na sociedade atual.

2.2.1 Conceito de Discriminação

A vertente negativa do princípio da igualdade é a vedação à discriminação. Ou seja, não é possível se falar em uma igualdade material sem que sejam abolidas quaisquer formas de discriminação. A vedação à discriminação é, portanto, um dos elementos fundamentais para a concretização da igualdade. Nesse sentido, Yara Maria Pereira Gurgel discorre:

A construção da vertente negativa do Princípio da Igualdade deriva da própria axiologia do direito ao tratamento isonômico. Enquanto o princípio a igualdade é o coração de todo o sistema jurídico, sua vertente negativa – não discriminação – é o sistema nervoso central, que irradia e conduz a Norma-regra. Assim sendo, o Princípio da Não Discriminação não é mero apêndice, mas parte integrante do Princípio da Igualdade, sob o qual não há equivalência de tratamento.¹²³

¹²³ GURGEL, *op. cit.*, p. 64.

Para entender melhor o que implica a vedação à discriminação, parece importante, primeiro, explorar o que é entendido por discriminação. Segundo definição de Flávia Piovesan

[...] a discriminação significa toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e liberdades fundamentais, nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo. **Logo, a discriminação significa sempre desigualdade.**¹²⁴

Jorge Miranda, por sua vez, conceitua discriminação como “[...] uma situação de desvantagem infundada, que deve ser proibida, de modo a proteger as pessoas”.¹²⁵

Nas lições de Norberto Bobbio, a discriminação é conceituada como “[...] uma diferenciação injusta ou ilegítima, porque contrária ao princípio fundamental de justiça, segundo o qual devem ser tratados igualmente aqueles que são iguais”.¹²⁶

Outra conceituação também é trazida por Maurício Godinho Delgado, que define discriminação como “[...] a conduta pela qual se nega à pessoa, em face de critério injustamente desqualificante, tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ela vivenciada”.¹²⁷

Entre os autores acima mencionados existe um consenso: a discriminação não encontra amparo no ordenamento jurídico quando configurar uma diferenciação injusta, que implique em exclusão e prejuízo ao exercício dos direitos de determinada pessoa ou grupo.

A discriminação pode se mostrar de duas maneiras: a discriminação direta, que é a demonstração clara de que a determinado grupo ou pessoa é dado tratamento diferente de uma maneira ilícita, e a discriminação indireta, que aparenta uma situação de igualdade, quando na verdade se está diante de uma situação de desigualdade

A conduta discriminatória pode ser dar de forma direta ou indireta. A discriminação direta ocorre quando se estabelece um tratamento desigual fundado em razões arbitrárias e desmotivadas. Já a discriminação indireta acontece quando se confere um tratamento formalmente igual, mas que, no resultado se traduz em efeito diverso sobre determinados grupos, acarretando a desigualdade; esse tipo de discriminação consiste em uma regra neutra à primeira vista e que se aplica igualmente a todos os empregados, mas que produz efeito discriminatório para um empregado ou um grupo de

¹²⁴ PIOVESAN, Flavia. Ações afirmativas e direitos humanos. **Revista USP**, São Paulo, n. 6, mar./maio 2006, p. 36-46. Disponível em: <http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?pid=S0103-99892006000200005&script=sci_arttext>. Acesso em: 6 jun. 2016. Grifo nosso.

¹²⁵ Apud GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. **A transexualidade sob a ótica dos direitos humanos: uma perspectiva de inclusão**. 2012. 262 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 141.

¹²⁶ Apud GONÇALVES, **op. cit.**

¹²⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 3.ed. São Paulo: LTr, 2004. p. 773.

empregados. A intenção discriminatória aparece sempre na discriminação direta, mas não na indireta.¹²⁸

Tendo esses conceitos em mente, passar-se-á à análise do princípio da vedação à discriminação e de como ele vem configurado no ordenamento jurídico brasileiro.

2.2.2 Do Princípio da Vedação à Discriminação ao Dever de Promoção da Igualdade

Como dito no tópico anterior, uma das facetas que o princípio da igualdade traz consigo é a vedação à discriminação. Esse princípio, como o próprio nome diz, veda a existência de práticas discriminatórias, impondo ao Estado e aos particulares um dever de não se tratar indivíduos de forma excludente.

É necessário, entretanto, ir mais a fundo no tema para enxergá-lo de uma perspectiva ampliada. O autor Roger Raupp Rios sustenta que entender o princípio da igualdade unicamente como um preceito antidiscriminatório traz consigo a ideia de que existe um parâmetro universal, um padrão, perante o qual tudo e todos deveriam ser referenciados. Isso, no entanto, nada mais é do que uma versão simplista do que se entende por igualdade:

[...] precisamos ir além e interpretar o princípio da igualdade também com o princípio da anti-subjugação, que se relaciona com o da igualdade e o da dignidade da pessoa humana, estabelecendo que se deve conferir igual reconhecimento, igual valor às pessoas, independentemente de sua condição, o que difere totalmente de se eleger um padrão ao qual os dessemelhantes devam ser equiparados.¹²⁹

Então é que se indaga: o que fazer quando se está diante de situações em que a discriminação e o preconceito já são estruturais e arraigados na prática comum e geraram contextos de exclusão e opressão? Ora, é evidente que, nesses casos, em que existe algo já consolidado institucionalmente e uma marginalização evidenciada, é necessário um agir positivo para que se restabeleça uma situação de igualdade.

Evidencia-se, então, outra vertente do princípio da igualdade: o dever de promoção da igualdade. Uma vez que ao Estado incumbe o dever de concretizar igualdade, é possível concluir que, em algumas situações, existe a necessidade de se discriminar, para que as pessoas

¹²⁸ CARLOS, Vera Lúcia. **Discriminação nas relações de trabalho**. São Paulo: Método, 2004. p. 31

¹²⁹ PIOVESAN, Flávia; RIOS, Roger Raupp. **A discriminação por gênero e por orientação sexual**. Disponível em: < http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/uploads/publicacoes/693_609_riosroger.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2016.

possam ser igualmente inseridas na sociedade. Nesse sentido é que surgem as ações afirmativas¹³⁰, por exemplo.

O dever de promoção da igualdade pode ser extraído do artigo 3º da Constituição Federal de 1988, que traz os objetivos fundamentais da República e dentre eles elenca o de “[...] promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.¹³¹

Vê-se que a concretização da igualdade material é erigida sobre dois alicerces: o da vedação à discriminação e o do dever de promoção da igualdade, impondo que se discrimine quando for necessário para restabelecer uma situação de igualdade. Sobre o tema, Hedio da Silva Junior reflete:

Postas as coisas nestes termos, já arriscamos afirmar que o sistema constitucional brasileiro correlaciona igualdade e discriminação em duas fórmulas distintas, complementares e enlaçadas em concordância prática: veda a discriminação naquelas circunstâncias em que sua ocorrência produziria desigualdade e, de outro lado, prescreve discriminação como forma de compensar desigualdade de oportunidade, ou seja, quando tal procedimento se faz necessário para a promoção da igualdade. Este significado binário, evitar desigualdade versus promover igualdade, atribui ao princípio da igualdade dois conteúdos igualmente distintos e complementares: um conteúdo negativo, que impõe uma obrigação de não fazer: não discriminar; e um conteúdo positivo, que impõe uma obrigação positiva, uma prestação, um papel ativo, uma obrigação de fazer: promover a igualdade.¹³²

Vale lembrar que o dever de atuar para promover a igualdade vem estabelecido também nos documentos internacionais dos sistemas de proteção de direitos humanos, global e

¹³⁰ Sobre ações afirmativas, tem-se que: [...] são políticas focais que alocam recursos em benefício de pessoas pertencentes a grupos discriminados e vitimados pela exclusão sócioeconômica no passado ou no presente. Trata-se de medidas que têm como objetivo combater discriminações étnicas, raciais, religiosas, de gênero ou de casta, aumentando a participação de minorias no processo político, no acesso à educação, saúde, emprego, bens materiais, redes de proteção social e/ou no reconhecimento cultural. Entre as medidas que podemos classificar como ações afirmativas podemos mencionar: incremento da contratação e promoção de membros de grupos discriminados no emprego e na educação por via de metas, cotas, bônus ou fundos de estímulo; bolsas de estudo; empréstimos e preferência em contratos públicos; determinação de metas ou cotas mínimas de participação na mídia, na política e outros âmbitos; reparações financeiras; distribuição de terras e habitação; medidas de proteção a estilos de vida ameaçados; e políticas de valorização identitária. Sob essa rubrica podemos, portanto, incluir medidas que englobam tanto a promoção da igualdade material e de direitos básicos de cidadania como também formas de valorização étnica e cultural. Esses procedimentos podem ser de iniciativa e âmbito de aplicação público ou privado, e adotados de forma voluntária e descentralizada ou por determinação legal. [...] (Grupo de Estudos Multidisciplinares da Ação Afirmativa. GEMAA. (2011) **Ações afirmativas**. Disponível em: < <http://gemaa.iesp.uerj.br/o-que-sao-aco-es-afirmativas/>>. Acesso em 7 jun. 2016).

¹³¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, 6 out. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 5 out. 2017.

¹³² SILVA JUNIOR, Hedio. **Limites constitucionais da criminalização da discriminação**. 2000. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2000. p. 47.

regional, dos quais o Brasil é signatário, representando um compromisso que deve ser assumido não só no âmbito interno, como também perante órgãos internacionais.

Portanto, diante desse significado binário do princípio da igualdade, é necessário analisar em cada caso se é necessário agir positivamente para promover a inclusão ou, ao revés, se é necessário se abster de qualquer atuação. Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Junior analisam:

A constatação da existência de discriminações, por conseguinte, não é suficiente para a definição de respeito ou de ofensa ao princípio da isonomia, pois, como se viu, em determinadas situações a discriminação empreendida, longe de contraditar, realiza o preceito constitucional em estudo.¹³³

Com o escopo de auxiliar na análise e interpretação de determinadas situações, os autores fornecem critérios de parâmetro para que se possa aferir a pertinência lógica de uma discriminação:

O princípio da isonomia ver-se-á implementado, então, quando reconhecidos e harmonizados os seguintes elementos: a) fator adotado como critério discriminatório; b) correlação lógica entre o fator discriminatório e o tratamento jurídico atribuído em face da igualdade apontada; c) afinidade entre a correlação apontada no item anterior e os valores protegidos pelo ordenamento constitucional.¹³⁴

Diante do que se expôs, pode-se concluir que somente um olhar constitucional auxiliará na avaliação de um critério discriminatório e poderá dizer se a medida adotada deve ser considerada discriminatória ou inclusiva.

2.2.2.1 O direito à inclusão social de grupos vulneráveis

Até agora foram feitas muitas referências às pessoas transexuais enquanto sendo um grupo vulnerável, sem que se explicasse o conceito de vulnerabilidade empregado. Para prosseguir é necessário esclarecer o que se compreende por vulnerabilidade social.

Grupo vulnerável é assumido como sendo o conjunto de pessoas, ligadas por ocorrências fáticas de caráter provisório, o qual não possui identidade, havendo interesse em permanecer nessa situação, sendo seus direitos feridos e invisíveis aos olhos da sociedade e do

¹³³ ARAUJO; NUNES JR., **op. cit.**, p. 178.

¹³⁴ **Ibidem.**

poder público.¹³⁵ Exemplos de grupos vulneráveis: idosos, mulheres, crianças, transexuais, etc. A dificuldade organizacional, portanto, é fator marcante nos grupos vulneráveis.

Dito isso, tem-se que, do dever de promoção da igualdade decorre também o dever de inclusão social, que gera, para os indivíduos, um direito à inclusão social.

Nos termos da Constituição Federal, são fundamentos de nosso Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana, a cidadania e o pluralismo (artigo 1º, incisos II, III e V).

Os contornos jurídicos da dignidade da pessoa humana importantes para este trabalho já foram abordados no Capítulo anterior: ela é trazida como uma cláusula geral na Constituição Federal, enquanto base elementar para os todos direitos fundamentais.

A cidadania, por sua vez, é princípio que vem relacionado à dignidade da pessoa humana e uma compreensão mais ampla de seu sentido ultrapassa a ideia de que seria relacionada aos direitos políticos:

A expressão *cidadania*, aqui indicada como fundamento da República, parece não se resumir à posse de direitos políticos, mas, em acepção diversa, parece galgar significados mais abrangentes, nucleado na ideia, expressa por Hanna Arendt, do direito a ter direitos.¹³⁶

Tal compreensão se relaciona com o que tem sido visto no presente trabalho: o princípio da cidadania tem intrínseca relação com a efetivação de direitos da população transexual e com o direito que esses cidadãos têm de serem incluídos na dinâmica social.

Sobre o pluralismo, já trouxe o Constituinte no preâmbulo da Constituição Federal afirmação expressa de que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, tendo como um valor supremo a sociedade fraterna, pluralista e sem preconceito.

Dessa feita, partindo também de uma perspectiva principiológica, tem-se que o pluralismo “[...] eleva-se à condição de princípio indissociável da ideia de dignidade humana, exigindo do Estado e da Sociedade a proteção de todos os ‘outros’, diferentes de nós [...]”.¹³⁷

Nessa linha traz Nilo Ferreira Pinto Junior:

O pluralismo é visto como um direito à diferença e este se trata de um direito fundamental intrínseco ao conceito de dignidade humana, ou seja, um direito ao respeito e à tolerância de, em hipótese alguma, ser discriminado pelo fato

¹³⁵ Cf. TREVISAN, Ana Flávia; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. Diferenciação entre minorias e grupos vulneráveis. **Encontro de iniciação científica das Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo"**. Versão em CD-ROM ISSN 1809-2551. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2319/1814>>. Acesso em: 25 jul. 2017.

¹³⁶ ARAUJO; NUNES JR., **op. cit.**, p. 141, grifo do autor.

¹³⁷ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença**. Belo Horizonte: Arraes, 2009. p. 12.

de ser diferente ou adotar uma filosofia de vida, reverenciado-se a peculiaridade de cada indivíduo.¹³⁸

Paralelamente a tais princípios, a Carta Maior elegeu como objetivos da República a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária, assim como a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de qualquer natureza (artigo 3º, incisos I, III e IV). Extrai-se do texto constitucional que incumbe a todos o propósito de construir uma sociedade livre, justa e solidária, devendo a solidariedade ser compreendida como:

[...] a) responsabilidade recíproca entre as pessoas; b) prontidão para ajudar os menos favorecidos; c) elemento que, através da mediação jurídica, transforma súditos em cidadãos; d) reconhecimento e aceitação da diversidade e da pluralidade social, facilitando a democracia, ampliando o processo de comunicação; e) associada à comunicação transforma pessoas em povos, constituindo fator de identidade entre indivíduos.¹³⁹

A ideia de solidariedade como reconhecimento e aceitação da diversidade e da pluralidade é importante ser destacada, pois no que tange a transexualidade, é exatamente este o olhar que se espera, não só do Estado mas também de particulares.

Mais à frente, pela importância que apresenta para o presente trabalho, será analisado especificamente o artigo 3º, inciso IV, que trata do objetivo de promoção do bem de todos, sem quaisquer preconceitos. Todos os objetivos elencados no artigo 3º representam o ideal de busca de justiça social, e o inciso IV vem no mesmo sentido, deixando explícita a vontade do Constituinte pela necessidade de promoção do bem comum, independentemente de qualquer aspecto, seja ele de gênero, raça, condição social.

Todas as normativas já apontadas, somadas ao parágrafo 2º do artigo 5º que prevê expressamente que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, formam um feixe de normas voltadas à inclusão social.

O referido parágrafo é compreendido por parte da doutrina como instrumento de recepção de normas materialmente constitucionais: “[...] recebe como constitucionais os direitos compatíveis com o regime e os princípios por ela adotados, bem como os existentes em tratados internacionais em que o Brasil seja parte”.¹⁴⁰

¹³⁸ PINTO JUNIOR, Nilo Ferreira. O princípio do pluralismo político e a Constituição Federal. **Revista Eleitoral**, Natal, v. 25, 2011, p. 37-45.

¹³⁹ CASALI, Guilherme Machado. O princípio da solidariedade e o artigo 3º da constituição da república federativa do Brasil. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 1, n. 1, set./dez. 2006, p. 220-238.

¹⁴⁰ ARAUJO; NUNES JR., **op. cit.**, p. 274.

Todavia, a interpretação do Supremo Tribunal Federal é de que há uma supralegalidade dos tratados internacionais¹⁴¹, ou seja, “[...] na pirâmide jurídica, estariam abaixo da Constituição, mas acima das demais leis. Logo, se submetem à Constituição, mas subordinam a legislação infraconstitucional”.¹⁴²

Considerando tal compreensão e, tendo em mente que diversos tratados de que o Brasil é signatário¹⁴³ dispõem sobre a necessidade de promoção do bem de todas pessoas, sem qualquer distinção, é correto afirmar que o dever de promoção da inclusão social vem reforçado por tais documentos que têm eficácia supralegal (são parâmetro para controle de constitucionalidade de normas infraconstitucionais e servem de norte para a atuação Estatal).

Daí porque, analisando-se conjuntamente os aludidos fundamentos do Estado e os objetivos da República, pode-se concluir pela existência de um verdadeiro direito à inclusão social das minorias e grupos vulneráveis, como corolário direito do dever de promoção da cidadania e do respeito ao pluralismo (e, conseqüentemente, às diversidades).

Contudo, para que se possa melhor analisar a densidade normativa do direito à inclusão, torna-se imprescindível que, antes, seja esboçado um breve esboço histórico sobre a luta por visibilidade dos grupos vulneráveis.

Apenas para fins de organização metodológica, pode-se afirmar que o respeito às diferenças, extraído da dimensão material do princípio da igualdade e do pluralismo enquanto fundamento do Estado Democrático de Direito, tende a passar por três importantes fases: (i) da indiferença/exclusão social; (ii) da tolerância; (iii) da inclusão das diferenças.

Ressalte-se, no entanto, que esse percurso não ocorreu e nem ocorre de forma linear, afinal, essas diferentes posturas ainda coexistem e direcionam práticas e políticas públicas.

Por outro lado, é evidente que cada grupo vulnerável – população trans, pessoas com deficiência, crianças e adolescentes, população negra, idosos, entre outras – possui particularidades próprias de seu trajeto por visibilidade, respeito e inclusão. No entanto, para

¹⁴¹ Salvo aqueles que forem aprovados com quórum qualificado, nos termos do §3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

¹⁴² ARAUJO; NUNES JR., **op. cit.**, p. 274.

¹⁴³ Alguns exemplos são a Declaração Universal de Direitos Humanos (Artigo 2º Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação [...]) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos: 1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social).

os fins do presente capítulo, buscar-se-á a formulação de uma linha evolutiva histórica que congrege características comuns entre as lutas particulares.

Desse modo, diz-se que a forma como a sociedade vê esses grupos é modificada de acordo com os valores sociais, morais, filosóficos, éticos e religiosos adotados pelas diferentes culturas em diferentes momentos históricos. As diferentes visões, ademais, encontram-se em um movimento constante de tensão, coexistindo e implicando-se mutuamente.

Assim, em um primeiro momento histórico, pode-se dizer que os grupos vulneráveis enfrentaram grave processo de invisibilidade e marginalização, sobretudo diante da incompreensão por parte do grupo hegemônico das características que as particularizam.

Em um segundo momento, observa-se que as lutas travadas por alguns setores da sociedade e, principalmente, pelos movimentos sociais na defesa dos direitos de grupos minoritários, à medida em que conquistam espaços de vitória, exigem freios às ações e omissões discriminatórias por parte dos setores hegemônicos, garantindo-se àqueles grupos espaços de liberdade, isto é, de não-interferência discriminatória por parte dos demais. Dá-se a este momento o nome de tolerância, entretanto, justamente pela inexistência de políticas públicas de promoção dos direitos, mas apenas instrumentos políticos e jurídicos de defesa contra condutas que violassem os direitos fundamentais daqueles grupos.

Por fim, com a conquista dos primeiros marcos legais e, em seguida, das políticas públicas de promoção de seus direitos, à luz da dimensão material do princípio da igualdade, quer por intermédio das chamadas ações afirmativas ou de quaisquer outros instrumentos, quer por intermédio da institucionalização dos modelos de educação que criem condições de possibilidade para o pleno exercício da cidadania em igualdade de condições com os demais, chega-se ao momento histórico da inclusão social.

Como se pode intuir, nada obstante os estritos limites deste capítulo, a evolução dos processos de integração de grupos vulneráveis está intimamente ligada à evolução da concepção do princípio da igualdade.

Não se olvide que a inclusão social de grupos vulneráveis – inclusive da população trans – está longe de ser concluída, posto se tratar de um processo histórico de lenta progressão. Cuida-se, no entanto, de um importante avanço para ajustar o desequilíbrio social decorrente das injustiças do passado e do presente, em combate à discriminação arraigada nas culturas heteronormativas e sexistas.

Com isso, tem-se que o princípio da igualdade, ao prescrever um tratamento que veda a discriminação excludente, emana para o sistema jurídico um dever de promoção de

igualdade que, conforme analisado, gera para os indivíduos um direito de inclusão social. Todas essas questões que estão imbricadas entre si, e conduzem à reflexão de que sobre o Estado incidem todas elas, ou seja, cabe ao ente o dever de evitar e cercear tratamentos discriminatórios, promovendo, para isso, a inclusão de grupos vulneráveis comumente marginalizados da vivência social.

2.2.3 Do Princípio da Proporcionalidade e a Proibição da Proteção Insuficiente

O princípio da proporcionalidade¹⁴⁴, no contexto dos limites¹⁴⁵ às restrições aos direitos fundamentais, pode ser compreendido como mecanismo de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais (mandamento de vedação de excesso nas intervenções ao âmbito de proteção dos direitos fundamentais).

Todavia, para além de sua função como mecanismo de controle de intervenções (condutas comissivas), pode também ser entendido como mandamento da proibição de proteção insuficiente daqueles direitos, e é esse tema que interessa ao presente trabalho.

Pode-se dizer, portanto, que o princípio da proporcionalidade atua simultaneamente como critério para o controle da legitimidade constitucional de medidas restritivas do âmbito de proteção de direitos fundamentais e como parâmetro de controle da omissão ou atuação insuficiente do Estado no cumprimento dos seus deveres de proteção.

Conforme lições de Ingo Wolfgang Sarlet:

O princípio da proporcionalidade que constitui um dos pilares do Estado Democrático de Direito brasileiro desponta como instrumento metódico de controle de atos – tanto comissivos quanto omissivos – dos poderes públicos, sem prejuízo de sua eventual aplicação a atos de sujeitos privados. Neste contexto, assume a relevância a conhecida e já referida distinção entre as

¹⁴⁴ O princípio da proporcionalidade, embora não tenha previsão expressa no texto constitucional, vem sendo interpretado a partir da cláusula do Estado de Direito, prevista no art. 1º da Constituição, “notadamente naquilo que veda o arbítrio, o excesso de poder, entre outros desdobramentos” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 347) ou, ainda, do princípio do devido processo legal, em sua acepção substantiva (cf. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 255).

¹⁴⁵ Os limites aos direitos fundamentais, como se sabe, podem ser estabelecidos diretamente pela Constituição Federal (a exemplo do direito à inviolabilidade de correspondência, previsto no art. 5º, inciso XII, da CF, que pode ser, como bem ponderado por Ingo Wolfgang Sarlet, temporária e excepcionalmente, condicionado às hipóteses de estado de defesa e estado de sítio – art. 136, §1º, I, b; art. 139, III), por lei infraconstitucional (as chamadas reservas legais simples e reservas legais qualificadas) e também decorrentes da colisão entre direitos fundamentais. Neste último caso, as restrições são admitidas mesmo sem autorização expressa da Constituição, pois “[...] direitos fundamentais formalmente ilimitados (isto é, desprovidos de reserva) podem ser restringidos caso isso se revele imprescindível para a garantia de outros direitos constitucionais, de tal sorte que já mesmo quem tenha chegado a sustentar a existência de uma verdadeira ‘reserva geral imanente de ponderação[...]’”. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, **op. cit.**, p. 347)

dimensões negativa e positiva dos direitos fundamentais, com destaque para a atuação dos direitos fundamentais como deveres de proteção ou imperativos de tutela, implicando uma atuação positiva do Estado, obrigando-o a intervir, tanto preventiva, quanto repressivamente, inclusive quando se trata de agressões oriundas de particulares.¹⁴⁶

Neste sentido, seriam inconstitucionais tanto as restrições (ações) incidentes no âmbito de proteção dos direitos fundamentais que os restrinjam de tal modo a afetar seu núcleo essencial, assim como também seria inconstitucional a ausência de normas regulamentadoras, por inércia do Poder Legislativo (omissão), que os protejam de modo insuficiente, tornando vulnerável o núcleo essencial.

Ainda sobre o tema, Sarlet elucida:

O princípio da proporcionalidade atua aqui, no plano da proibição de excesso, como um dos principais imites às limitações dos direitos fundamentais. Por outro lado, poderá o Estado frustrar seus deveres de proteção atuando de modo insuficiente, isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos ou mesmo deixando de atuar – hipótese, por sua vez, vinculada (ao menos em parte) à problemática das omissões inconstitucionais. **É nesse sentido – como contraponto à assim designada proibição de excesso – que expressiva doutrina e inclusive jurisprudência têm admitido a existência daquilo que se convencionou chamar de proibição de insuficiência** (no sentido de insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado e como tradução livre do alemão *Untermaverbot*).¹⁴⁷

A proibição de insuficiência na proteção dos direitos fundamentais está diretamente vinculada à compreensão da dimensão objetiva¹⁴⁸ dos direitos fundamentais, da qual decorrem os chamados deveres de proteção e promoção para a sociedade (eficácia horizontal) e Estado (eficácia vertical).

Tal dimensão objetiva parte da ideia de que os direitos fundamentais se apresentam, na ordem constitucional, como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação

¹⁴⁶ **Ibidem.**, p. 351

¹⁴⁷ **Ibidem.**, p. 351. Grifo nosso.

¹⁴⁸ A dimensão objetiva [dos direitos fundamentais] resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional. Os direitos fundamentais participam da essência do Estado de Direito Democrático, operando como limite do poder e como diretriz para a sua ação [...] essa dimensão objetiva produz consequências apreciáveis. Ela faz com que o direito fundamental não seja considerado exclusivamente sob perspectiva individualista, mas, igualmente, que o bem por ele tutelado seja visto como um valor em si, a ser preservado e fomentado [...] Importante consequência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais está em ensejar um dever de proteção do Estado dos direitos fundamentais contra agressões dos próprios Poderes Públicos, provindas de particulares ou de outros Estados [...] Sobe esse enfoque, os direitos de defesa apresentam um aspecto de direito a prestação positiva, na medida em que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais cobra a adoção de providências, quer materiais, quer jurídicas, de resguardo dos bens protegidos” (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 167-168).

positiva dos poderes públicos. Uma das principais implicações do reconhecimento desta nova dimensão – para além de sua eficácia subjetiva – está no que boa parcela da doutrina e da jurisprudência convencionou chamar de eficácia irradiante dos direitos fundamentais, que teria o condão de estabelecer diretrizes para interpretação e aplicação do direito infraconstitucional (uma interpretação conforme os direitos fundamentais).

Outra função que vem sendo atribuída à dimensão objetiva, como ventilado alhures, diz respeito ao reconhecimento de deveres de proteção e promoção por parte do Estado, impondo aos órgãos estatais (mas não apenas a eles) a “[...] obrigação permanente de, inclusive preventivamente, zelar pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos”.¹⁴⁹ Nas palavras de Ingo Sarlet:

Por força dos deveres de proteção, aos órgãos estatais incumbe assegurar **níveis eficientes de proteção para os diversos bens fundamentais, o que implica não apenas a vedação de omissões, mas também a proibição de uma proteção manifestação insuficiente.**¹⁵⁰

Considerando tal entendimento, pode-se concluir que é um dever do Estado atuar para a promoção da igualdade e essa atuação deve se dar de maneira suficiente, de forma que a ausência desse agir poderá caracterizar a proteção insuficiente aqui descrita.

Com base no que foi abordado até este ponto e aproximando-se do tema central deste trabalho, tem-se que pessoas LGBTTI ainda são vítimas de tratamentos discriminatórios, simplesmente por terem identidades de gênero contra-hegemônicas ou por terem uma orientação sexual divergente do padrão heteronormativo.

Nesse sentir, considerando que o valor jurídico da igualdade é eleito como uma das prioridades do Estado brasileiro, a promoção da igualdade em relação às pessoas trans tem muito a caminhar. São muitas práticas que precisam ser desconstruídas e há ainda uma grande omissão legislativa sobre temas muito importantes às pessoas trans, que pode ser entendida como uma proteção insuficiente aos direitos desse grupo, o que fere a intenção constitucional de propiciar um ambiente onde todas as pessoas se sintam igualmente incluídas e plenas em dignidade.

¹⁴⁹ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, **op. cit.**, p. 311.

¹⁵⁰ **Ibidem.**, p. 311. Grifo nosso.

2.3 A VEDAÇÃO À DISCRIMINAÇÃO EM RAZÃO DO SEXO: INTERPRETAÇÃO AMPLIATIVA VOLTADA PARA A PROTEÇÃO DAS PESSOAS TRANSEXUAIS

Continuando o estudo sobre o princípio da igualdade e o dever de proteção suficiente, pretende-se abordar neste subitem como o dispositivo constitucional que veda a discriminação em razão do sexo pode - e deve - ser usado para se garantir o respeito à dignidade e o direito de inclusão de pessoas transexuais, a partir de uma interpretação sistemática e ampliativa da norma constitucional.

De início cabe frisar que a Constituição Federal de 1988 foi pautada pela lógica binária, baseando-se unicamente no conceito de sexo vinculado ao fator biológico, partindo da premissa que a sociedade se divide em homens e mulheres (artigo 5º, inciso I: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”).

No entanto, a realidade social é dinâmica e exige a constante adequação do olhar constitucional, o que faz chegar ao que se conhece por mutação constitucional:

O fenômeno das mutações constitucionais, portanto, é uma constante na vida dos Estados. As constituições, como organismos vivos que são, acompanham o evoluir das circunstâncias sociais, políticas, econômicas, que, se não alteram o texto na letra e na forma, modificam-no na substância, no significado, no alcance e nos seus dispositivos.¹⁵¹

Entende-se, portanto, que houve uma mutação informal¹⁵² da Constituição, ou seja, houve mudança na interpretação de um dispositivo constitucional, com o fim de atribuir novo sentido à normativa, que não fora trazido expressamente no texto originário.

Como as questões relacionadas às discussões de gênero não foram colocadas expressamente no texto constitucional porque à época não eram amplamente debatidas, a crescente importância que a temática vem adquirindo no plano fático, com reflexos na esfera jurídica, faz com que a Constituição seja revisitada para evoluir juntamente com essas novas circunstâncias sociais.

¹⁵¹ BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 118.

¹⁵² “As mutações constitucionais são processos informais que promovem alterações nas normas constitucionais sem que incidam os mecanismos de reforma constitucional, formalmente previstos para esse fim.” (GOULART, Daiene Vaz Carvalho. *Mutação constitucional e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro*. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 27. n. 126, jul. 2014. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14938>. Acesso em: 5 set 2017).

Se a Constituição Federal de 1988 traz como objetivo em seu artigo 3º a não admissão de qualquer tipo de preconceito (“sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”), a leitura desse dispositivo deve ser feita a partir dessa nova realidade fática.

Por isso que a vedação à discriminação trazida pelo dispositivo, em sua vertente negativa, apresenta algumas hipóteses que, no entanto, não devem ser assumidas como um rol taxativo. O próprio constituinte, *in fine*, deixou vaga a descrição para fazer constar que não são admitidas “quaisquer outras formas de discriminação”. Sendo assim, o rol apresentado é exemplificativo, sujeito à interpretação em harmonia com as demais normas constitucionais.

Com efeito, entende-se que a partir de uma interpretação sistemática da Constituição e considerando a realidade social circundante, é possível concluir que dentro da vedação da discriminação em razão do sexo, sob uma perspectiva ampliativa da norma constitucional, está inserida também a vedação da discriminação em razão da identidade de gênero.¹⁵³ A discriminação negativa, excludente de pessoas em razão de sua identidade de gênero não encontra amparo no ordenamento jurídico brasileiro, tanto quanto outros tipos de discriminações.

Importante retomar a compreensão do que configura identidade de gênero. Identidade de gênero, é “[...] um sentimento íntimo, próprio da pessoa em relação a sua identificação como homem ou como mulher, e assim vai estruturando todo o seu comportamento e sua vivência social”.¹⁵⁴

Avançando sobre a concepção ampliativa do termo “sexo” empregado pelo Constituinte, devem-se retomar conceitos apresentados no Capítulo 1, que explicam que sexo não se restringe à questão biológica. Se gênero e sexo tratam de coisas distintas, a leitura do dispositivo constitucional deve ser no sentido de incluir na vedação à discriminação em razão do sexo a compreensão de que também não se admite a discriminação em razão da identidade de gênero, conforme sustenta Camila de Jesus Mello Gonçalves:

[...] percebido que muito da origem da discriminação por motivo de sexo não está fundada nos caracteres físicos da pessoa mas, sim, no papel social por ela desempenhado, não há porque deixar de incluir a discriminação por identidade

¹⁵³ Cf. SANCHES, Patrícia Corrêa. Mudança de nome e da identidade de gênero. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 433.

¹⁵⁴ **Ibidem**.

de gênero em discriminação em razão do sexo. [...] Desse modo, a averiguação da existência ou não de discriminação deve abranger a análise do tratamento desfavorável, tanto sob o aspecto do sexo, quanto do gênero, incluindo neste último a sexualidade e os papéis de representação que lhes são próprios.¹⁵⁵

Como visto, considerando que a discriminação por motivo de sexo historicamente se mostra relacionada ao papel social representado pelo indivíduo discriminado (e não exclusivamente em razão de seu sexo biológico), tem-se que dentro da vedação à discriminação em razão do sexo está abarcada a vedação à discriminação por identidade de gênero.

Evidente que o objetivo constitucional é, em sua essência, a proteção da dignidade da pessoa humana e a promoção da igualdade, sendo que uma interpretação que fosse restritiva em relação ao termo “sexo” levaria a um distanciamento do objetivo constitucional e, por conseguinte, configuraria uma proteção insuficiente, conforme explanado anteriormente.

Partilhando dessa compreensão de que há necessidade de releitura das Cartas Constitucionais para adequação à realidade social, a Comissão de Direitos Humanos de Ontário decidiu que a vedação à discriminação por identidade de gênero estava abarcada na proibição de discriminação por motivo de sexo, conforme traz Camila de Jesus Mello Gonçalves:

[...] pessoas que são discriminadas ou assediadas por identidade de gênero estão legalmente incluídas na proteção contra discriminação por motivo de sexo. Isso inclui transexuais, transgêneros, intersexo e *cross-dressers*, e outros, cuja identidade ou expressão de gênero seja, ou seja vista como, diferente de nascimento.¹⁵⁶

Dessa forma, uma interpretação sistemática da Constituição Federal de 1988 não poderia levar a conclusão diferente, e por isso que se falou no início deste item que se trata se uma mutação informal do dispositivo constitucional, acompanhando a dinâmica social, a qual vem reconhecendo as identidades de gênero socialmente construídas enquanto elementos que singularizam e identificam os indivíduos em sociedade.

O Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar a ADI n. 4.277, já teve oportunidade de tangenciar o tema. Em que pese não ter enfrentado diretamente o que se propõe neste tópico, o então relator, Ministro Ayres Britto, fazendo uma análise acerca da disposição trazida no artigo 3º da Constituição de 1988 sobre a vedação de discriminação por motivo de sexo, desenvolve o seguinte raciocínio:

¹⁵⁵ GONÇALVES, *op. cit.*, p. 122.

¹⁵⁶ *Ibidem.*, p. 123.

[...] proibir a discriminação em razão do sexo (como faz o inciso III do art. 1º da nossa Constituição Republicana) é proteger o homem e a mulher como um todo psicossomático e espiritual que abarca a dimensão sexual de cada qual deles. Por conseguinte, cuida-se de proteção constitucional que faz da livre disposição da sexualidade do indivíduo um autonomizado instituto jurídico. Um tipo de liberdade que é, em si e por si, um autêntico bem de personalidade. [...] Afinal, a sexualidade, no seu notório transitar do prazer puramente físico para os colmos olímpicos da extasia amorosa, se põe como um plus ou superávit de vida. Não enquanto um minus ou déficit existencial. Corresponde a um ganho, um bônus, um regalo da natureza, e não a uma subtração, um ônus, um peso ou estorvo, menos ainda a uma reprimenda dos deuses em estado de fúria ou de alucinada retaliação perante o gênero humano.¹⁵⁷

Ele ainda complementa, fazendo menção a Carl Gustav Jung:

A homossexualidade, porém, é entendida não como anomalia patológica, mas como identidade psíquica e, portanto, como equilíbrio específico que o sujeito encontra no seu processo de individuação”. Como que antecipando um dos conteúdos do preâmbulo da nossa Constituição, precisamente aquele que insere “a liberdade” e “a igualdade” na lista dos “valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos” [...].¹⁵⁸

Dito isso, é possível concluir que qualquer interpretação restritiva do termo sexo, referindo-se unicamente ao aspecto biológico de uma pessoa, estará violando o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que a identidade sexual psíquica é parte inerente à individuação de uma pessoa.

E não só. Como visto, o princípio da igualdade traz, como essência, a vedação a tratamentos discriminatórios, bem como o dever de se assegurar uma proteção suficiente para que seja respeitado o direito de inclusão de grupos vulneráveis em sociedade. Caso se fizesse uma interpretação restritiva da disposição constitucional, portanto, estar-se-ia incorrendo em uma violação de direitos.

A questão colocada é que todo e qualquer grupo minoritário tem direito à inclusão e, considerando que a vivência de uma identidade de gênero discordante do sexo biológico é um fator de marginalização social, compreende-se que o artigo 3º, em seu inciso IV, enquanto fonte que emana as disposições que vedam tratamentos discriminatórios em sua perspectiva

¹⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator: Carlos Ayres Britto. Voto na **Ação Direta de Inconstitucionalidade. n. 4.277**, DJe n. 247, Div. 5/10/2011, Pub. 14/12/2011. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 5 out. 2017.

¹⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator: Carlos Ayres Britto. Voto na **Ação Direta de Inconstitucionalidade. n. 4.277**, DJe n. 247, Div. 5/10/2011, Pub. 14/12/2011. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 5 out. 2017.

negativa, abarca também, sob um olhar ampliado, a situação de pessoas transgêneras, e veda qualquer discriminação em razão da identidade de gênero.

Sendo assim, a vedação trazida pela Constituição Federal de 1988, que rechaça qualquer comportamento preconceituoso em razão do sexo, deve ser compreendida como proteção também ampliada às pessoas transgêneras, como meio de assegurar-lhes a devida proteção constitucional. Ou seja: a elas é garantido o direito de não serem tratadas de maneira discriminatória (sob uma perspectiva negativa e marginalizadora), devendo ser tomadas as medidas suficientes para que seja concretizado seu direito à igualdade e à inclusão social.

Defender essa interpretação nada mais é que admitir a conformação da Constituição também pela dinâmica social. A ausência de norma constitucional específica não pode ser argumento para negar a esse grupo a proteção que lhe é devida. Nesse sentido, a plena realização dos direitos fundamentais, bem como o respeito à dignidade da pessoa humana e ao direito de igualdade dessas pessoas, depende de que seja conferida a devida proteção à identidade de gênero.

Portanto, se as normas constitucionais trazem como norte o dever de promoção da igualdade e da inclusão social de grupos marginalizados, o ordenamento jurídico brasileiro não comporta qualquer tratamento discriminatório em razão da identidade de gênero e faz surgir, para o Poder Público, o dever de promover a efetivação de direitos das pessoas transexuais, uma vez que em razão de não se encaixarem nos padrões heteronormativos vigentes, essas pessoas são colocadas à margem da sociedade, tendo seus direitos violados constantemente.

2.4 O DIREITO FUNDAMENTAL À IDENTIDADE DE GÊNERO

Diante do que foi visto até aqui, a doutrina já vem entendendo ser possível se falar na existência de um direito fundamental à identidade de gênero. A existência do direito à identidade está intimamente relacionada com a dignidade da pessoa humana enquanto autonomia¹⁵⁹, uma vez que é elemento fundamental para o reconhecimento da existência da pessoa no meio social, com todos seus atributos específicos, conforme discorre Patrícia Correa Sanches:

¹⁵⁹ Cf. 1.5, *supra*.

[...] sendo a identidade a representação do ser humano, e sendo a sociedade o palco de sua representação, não poderá essa mesma sociedade gerar qualquer empecilho ao desempenho dessa identidade na busca pelo projeto de vida e desenvolvimento pessoal, sob pena de estar gerando discriminação. Isso seria, no entanto, totalmente contrário aos princípios básicos de formação da própria sociedade [...]¹⁶⁰

Nesse sentido, a cada indivíduo é garantido o livre desenvolvimento pessoal, com todos seus caracteres e atributos, sem que o Estado imponha restrições para esse desenvolvimento (autodeterminação) e, como visto anteriormente, identidade de gênero diz respeito a um sentimento íntimo do indivíduo, que se reconhece enquanto homem ou mulher, como ambos ou nenhum, em sociedade.

A identidade de gênero é socialmente construída e o indivíduo pode, portanto, tê-la correspondente ao sexo biológico (cisgênero) ou não (transgênero), sendo assim colocada no preâmbulo da Carta de Princípios de Yogyakarta:

[...] entendendo “identidade de gênero” como estando referida à experiência interna, individual e profundamente sentida que cada pessoa tem em relação ao gênero, que pode, ou não, corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo-se aí o sentimento pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive o modo de vestir-se, o modo de falar e maneirismos; [...]¹⁶¹

Considerando essas premissas, tem-se que o direito à identidade de gênero enquanto direito fundamental emana da compreensão de que o direito à identidade integra o conteúdo mínimo dos direitos da personalidade. Em voto prolatado no REsp nº 1.626.739 – RS, o Ministro Luis Felipe Salomão assim discorreu:

A compreensão de vida digna abrange, assim, o direito de serem identificados, civil e socialmente, de forma coerente com a realidade psicossocial vivenciada, a fim de ser combatida, concretamente, qualquer discriminação ou abuso violadores do exercício de sua personalidade.¹⁶²

¹⁶⁰ SANCHES, *op. cit.*, p. 433.

¹⁶¹ A Carta de Princípios de Yogyakarta é produto do encontro de especialistas em direitos humanos e questões sobre sexualidade, que em novembro de 2006, na Universidade de Gadjah Mada, Yogyakarta, na Indonésia, produziram um documento que buscava trazer referências para a aplicação da lei internacional de direitos humanos, especialmente em relação às situações de violação de direitos, discriminação e estigma as quais estão submetidas pessoas de orientação sexual e identidade de gênero divergentes do padrão heterossexual. Os Princípios de Yogyakarta foram lançados no Brasil em 27 de agosto de 2007 no Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em: 17 out. 2017.

¹⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.626.739/RS**. Rel. Min Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, Data do Julgamento: 09/05/2017. DJe 01/08/2017. Disponível em: <

O que se tem é um descompasso entre o plano ideal e o plano fático: há uma falta de recepção social à vivência transexual, pois não se assimila como uma situação de “normalidade” a divergência entre a identidade de gênero e o sexo biológico constante no registro civil, e isso acarreta situações vexatórias de discriminação. No entanto, a partir de uma interpretação ampliativa, conclui-se que o ordenamento jurídico veda discriminações em razão da identidade de gênero (no plano ideal) e, como dito, não se admite a restrição do desenvolvimento pessoal de cada indivíduo.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 traz como fundamentos basilares o princípio da igualdade e a vedação a discriminação (artigo 3º, incisos III e IV) que, como visto anteriormente, se revelam como um imperativo da busca para eliminar as desigualdades fáticas que existem em relação às pessoas transexuais e estabelecem como premissa a vedação da discriminação em razão da identidade de gênero. Esse caminho pressupõe o reconhecimento da existência do direito à identidade de gênero enquanto direito fundamental, como forma de evitar a marginalização de pessoas que vivam identidades de gênero discordantes do padrão binário.

Além dos princípios colocados, o texto constitucional assegura também a liberdade de todas as pessoas (artigo 5º, *caput*). A liberdade, em sentido amplo, pressupõe que todo indivíduo é livre para buscar seu desenvolvimento pessoal e orientar sua vida sem interferências externas.

A conjugação desses princípios, portanto, permite afirmar que cada ser humano é livre para orientar sua vida e buscar pela felicidade e merece todo respeito, inclusive no que se refere à sua identidade de gênero. Por tal é que se fala na existência do direito de liberdade de desenvolvimento e de expressão da própria personalidade.

Há ainda que se falar que a identidade de gênero, sob uma perspectiva do indivíduo, refere-se à uma esfera da vida individual e privada do sujeito, e vem amparada no espectro de proteção do direito fundamental à privacidade, também consagrado no rol do artigo 5º (inciso X). Nesse sentido, entende-se que o sexo biológico é aspecto da vida privada do indivíduo e, caso ele se sinta pertencente a um gênero divergente do esperado, não se pode obstar que a identidade de gênero revelada à sociedade nos documentos pessoais seja aquela com a qual se identifica.

Na mesma linha, o direito fundamental à saúde, colocado no rol dos direitos sociais (artigo 6º), também tem sua influência na existência do direito fundamental à identidade de gênero. Isso porque, o bem-estar psicológico da pessoa transexual perpassa pelo reconhecimento da sua identidade de gênero, já que a divergência em relação ao sexo biológico e registral acabam por gerar situações de desconforto, discriminação e marginalização e afetam, por conseguinte, a saúde psicológica da pessoa transexual.

Por fim, cabe uma reflexão. Considerando-se a existência de um verdadeiro direito fundamental à identidade de gênero, pode-se sustentar que o processo de mutação constitucional apontado acima corresponde a um verdadeiro movimento de desbiologização do Direito, tornando-o mais aberto às construções sociais, ainda que se apresentem em rota de colisão com modelos hegemônicos, como o binarismo feminino/masculino. Trata-se de compreender o Direito também como fruto de construções culturais e não de modelos pré-definidos e imutáveis.

Veja-se que as proteções jurídicas construídas a partir de conceitos biológicos possuem uma pretensão de definitividade, atemporalidade e imutabilidade, vez que as diversas facetas da biologia (fisiologia, genealogia, morfologia etc), mesmo pela perspectiva evolucionista, são tradicionalmente atreladas a estas características. É dizer, a proteção jurídica condicionada à observância de conceitos biológicos (como o sexo), em detrimento das construções sociais (como o gênero), não têm o condão de colocar sob o olhar crítico as bases estruturais da sociedade, fazendo perpetuar processos de exclusão e discriminação negativa.

Não se quer com isso, por óbvio, defender que a proteção jurídica conferida às pessoas transexuais em virtude da existência de um direito fundamental à identidade de gênero está condicionada ao sofrimento de prévia e comprovada situação de discriminação e/ou exclusão social. Quer-se, isto sim, sustentar que categorias estanques jamais sejam utilizadas para negar direitos fundamentais às pessoas que nelas não se enquadrem, em prejuízo de sua autonomia e dignidade humana.

Assim, admitir o processo de desbiologização do Direito é permitir uma interpretação mais dinâmica do Direito, atenta à historicidade das relações, inclusive colocando em cheque as bases estruturais da sociedade, antes tidas por incontestáveis.

Diante do que se expôs, é possível afirmar que, em que pese a ausência de previsão expressa, uma interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais acima mencionados, conduz à compreensão da existência de um direito fundamental à identidade de gênero, no qual se reconhece o direito dos indivíduos de serem o que são, sem terem que se pautar pela lógica cisgênera vigente, onde se pressupõe uma convergência do sexo biológico e sexo psicológico.

A existência desse direito fundamental, por sua vez, assim como os demais direitos fundamentais elencados pelo Constituinte, vincula o Estado e os particulares, e impõe o reconhecimento da identidade de gênero como elemento elementar para uma vivência com dignidade.

3 DIREITO AO NOME NAS PERSPECTIVAS CONSTITUCIONAL E CIVILISTA E A QUESTÃO DO NOME SOCIAL PARA AS PESSOAS TRANSGÊNERAS

[...] olhei-me nu no espelho do quarto. Analisei-me em todos os ângulos. E tudo, absolutamente tudo, estava fora do lugar [...] Foi-me imposto, sem pedir licença, para a forma, para o conteúdo, e todos os papéis que, obrigatoriamente, carregava junto. [...] Quem foi o imbecil que disse a natureza é perfeita?¹⁶³

3.1 DIREITO AO NOME NA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

Chega-se ao terceiro Capítulo, cujo objetivo maior é explorar especificamente a temática do nome social (que é o nome pelo qual pessoas transgêneras e travestis preferem ser chamadas, uma vez que o nome constante no registro civil não reflete a sua identidade de gênero) e a importância que ele representa no universo das pessoas trans, para depois refletir qual tem sido o tratamento dispensado pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário a esse tema.

Antes, é necessário situar o leitor sobre o direito ao nome e como ele vem tratado no ordenamento jurídico pátrio. Por primeiro será tratada a perspectiva constitucional desse direito, para depois passar ao estudo do nome enquanto direito da personalidade, a partir de uma perspectiva civilista.

Essa abordagem se justifica, pois, as minúcias acerca do direito ao nome somente foram tratadas no âmbito do direito civil e para o escopo do presente trabalho será necessário trazer elementos tanto da seara constitucional quanto da seara civilista. Feitos esses esclarecimentos, passa-se à análise de como o direito ao nome é tratado na Constituição Federal de 1988.

Há que se dizer que o nome é o elemento que distingue o indivíduo na coletividade, tornando-o único. Para elucidar a importância do nome para que o indivíduo passe a ser considerado no mundo jurídico, Tereza Rodrigues Vieira assim explica:

O ser humano sem nome é apenas realidade fática; com o nome penetra no mundo jurídico, a expressão mais característica da personalidade. Assim, nome é o chamamento pelo qual se designa uma pessoa, individualizando-a não só durante a vida, como também persiste após a morte.¹⁶⁴

Em que pese inexistir uma previsão expressa, a proteção ao nome enquanto um direito fundamental material pode ser inferida de leitura constitucional e convencional, uma vez

¹⁶³ NERY, João W. **Viagem solitária**: memórias de um transexual 30 anos depois. São Paulo: Leya, 2011. p. 47.

¹⁶⁴ VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Nome e sexo**: mudanças no registro civil. São Paulo: RT, 2008. p. 27.

que é o elemento que identifica o indivíduo em sociedade e configura pressuposto para que se possa estabelecer relações jurídicas. Atento a isso, o constituinte dispôs no artigo 5º, inciso LXXVI, alínea a, sobre a gratuidade do registro civil de nascimento para os reconhecidamente pobres.

A partir desse dispositivo é possível concluir que o constituinte pretendeu assegurar esse direito básico aos desprovidos financeiramente e, por conseguinte, almejou garantir o exercício, ainda que de maneira implícita, a todo e qualquer cidadão, o que corrobora a afirmação do caráter fundamental do direito ao nome.

Além disso, é evidente que o nome é um instrumento essencial para que o indivíduo se insira na dinâmica social e possa exercer seus direitos e deveres enquanto cidadão, consistindo em um meio para o alcance e exercício de outros direitos fundamentais e sociais, de forma que a sua configuração enquanto direito fundamental implícito é bastante pertinente ao papel que desempenha.

Nesse ponto, importante retomar o já mencionado parágrafo 2º do artigo 5º, que traz que “Os direitos e garantias expressos nesta não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

O referido parágrafo estabelece uma cláusula de abertura material dos direitos humanos, ou seja, a expressão “não excluem” traz consigo a noção de que o rol apresentado no artigo 5º não é taxativo e é possível se falar na existência de direitos materialmente fundamentais, que sejam implícitos ou decorrente de tratados internacionais.

Assim, corroborando a noção do direito ao nome enquanto direito fundamental material, tem-se que a Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁶⁵, também chamada de Pacto de San José da Costa Rica (assinada em 22 de novembro de 1969), traz expressamente o direito ao nome em seu artigo 18: “Toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um destes. A lei deve regular a forma de assegurar a todos esse direito, mediante nomes fictícios, se for necessário”.

A referida Convenção, ratificada pelo Brasil em setembro de 1992, tem *status* de norma supralegal¹⁶⁶, conforme entendimento perfilhado pelo STF no RE 466.343/SP:

¹⁶⁵ BRASIL. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 9 nov. 1992. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 6 out. 2017.

¹⁶⁶ O Pacto de San José da Costa Rica foi ratificado antes da vigência da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que estabeleceu a possibilidade de se aprovar tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos com *status* de emenda constitucional, desde que fossem aprovados com o quórum qualificado de emenda (em cada

[...] parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.¹⁶⁷

Assim, considerando a normativa como norma supralegal, ela funciona como fundamento de validade para as demais normas infraconstitucionais e serve também como inspiração para o ordenamento jurídico.

No que diz respeito às pessoas transgêneras, sabe-se que é extremamente conflitante se enxergarem e se sentirem como um homem, por exemplo, mas terem no registro civil um nome e sexo jurídico feminino. No caso dessas pessoas (aqui abrangidas travestis e transexuais), o nome civil passa a ser algo vexatório e constrangedor de ser exposto e mencionado em público. E é por esta razão que as pessoas trans passam a adotar nomes sociais, que reflitam sua identidade de gênero para que possam retomar a normalidade dessas relações.

Diante disso, sustenta-se que a proteção ao nome social é tão importante quanto a proteção ao nome registral, de forma que o que se entende da leitura constitucional acima colocada é extensiva ao direito ao nome social. O enorme tabu e o grande moralismo ainda existentes sobre a transexualidade e a travestilidade fazem com que todos os assuntos tocantes a direitos dessa população sejam marginalizados.

Mas, para além do *status* de proteção constitucional, o que implica a classificação do direito ao nome e ao nome social como um direito fundamental material? Essa investigação será feita no subitem a seguir.

Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros). A única Convenção aprovada com esse caráter até a presente data é a Convenção sobre Direitos da Pessoa com Deficiência (2008).

¹⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 466.343**. Rel. Min. Cezar Peluso, Data do Julgamento: 03/12/2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=transexual&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 5 out. 2017. Voto Ministro Gilmar Mendes no RE 466.343/SP. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2017.

3.1.1 Direito ao Nome e o Direito ao Nome Social Enquanto Direitos Fundamentais Materiais

O direito ao nome e direito ao nome social, portanto, são direitos fundamentais materiais e a partir dessa compreensão passam a ser estudados dentro da lógica do Direito Constitucional, o que traz alguns reflexos que serão analisados a seguir.

A primeira observação que se faz é que enquanto direitos fundamentais materiais, esses direitos devem ser considerados petrificados, ou seja, não poderá existir proposta de emenda constitucional que vise abolir esses direitos, pois sobre eles recai a proteção prevista no artigo 60, §4º, inciso IV da Constituição Federal (“Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais”).

O mesmo não se pode dizer sobre proposta de emenda que vise ampliar ou tornar explícita a proteção constitucional ao nome ou nome social: nesse caso é perfeitamente possível a alteração da Constituição para avançar na concretização desses direitos.

Compreendidos enquanto direitos petrificados, portanto, o indivíduo terá a segurança jurídica de que não serão suprimidos ao bel prazer de governos ou maiorias temporárias.

Outro ponto importante de se observar é que, por serem direitos fundamentais materiais, os direitos ao nome e ao nome social devem ser vistos e analisados através das características dos direitos fundamentais. Algumas dessas características serão abordadas por terem papel importante na compreensão do presente trabalho.

A primeira característica a ser abordada é a fundamentalidade, que significa que “Os direitos fundamentais constituem a base (axiológica e lógica) sobre a qual se assenta um ordenamento jurídico.”¹⁶⁸ Sobre essa característica, Rothenburg ainda destaca:

A nota da fundamentalidade é essencial para a revelação de direitos fundamentais fora do catálogo expresso na Constituição, permitindo uma interpretação extensiva. Indispensável uma avaliação acerca da fundamentalidade para o reconhecimento de direitos fundamentais “decorrentes do regime e dos princípios (adotados na Constituição)... ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, conforme reza o art. 5º, parágrafo 2º, da Constituição brasileira.¹⁶⁹

A análise que foi feita no item anterior revela justamente isso sobre esses direitos: ainda que não estejam expressos no texto constitucional, a partir de uma interpretação

¹⁶⁸ ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos Fundamentais e suas características. **Revista dos Tribunais**. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, n. 29, out./dez. 1999. Disponível em: <<http://www.sedep.com.br/artigos/direitos-fundamentais-e-suas-caracteristicas/>>. Acesso em: 12 set. 2017.

¹⁶⁹ **Ibidem**.

extensiva, chega-se à conclusão da fundamentalidade dos direitos ao nome e ao nome social, já que configuram elementos que compõem a personalidade e identificam o indivíduo em sociedade.

Outra característica sobre os direitos fundamentais que também será importante para análise do direito ao nome é a inalienabilidade, pois o sujeito não pode se desfazer de seus direitos fundamentais, assim como não pode colocar seu nome no comércio.

A interdependência e inter-relação dos direitos fundamentais implicam em uma “[...] mútua dependência entre os direitos fundamentais porque o conteúdo de certos deles vincula-se ao de outros, complementando-se os diversos direitos fundamentais e uns mostrando-se desdobramentos de outros”.¹⁷⁰

Essa compreensão de interdependência é interessante, pois ela se mostra evidente no direito ao nome: para o exercício de muitos direitos fundamentais é imprescindível que se tenha garantido o direito ao nome (o que também se aplica para o nome social).

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais, “[...] que cobra cumprimento dos direitos fundamentais nas relações entre particulares”¹⁷¹, é importante ser ressaltada, pois especificamente em relação ao nome social, é necessário que se volte o olhar ao direito de fazer uso desse nome, seja em espaços públicos ou em espaços privados.

Pensando por essa perspectiva, o uso do nome social deverá ser respeitado também em espaços privados, independentemente da existência de uma norma geral que regule esse uso, porque além da eficácia horizontal, há também que se falar na eficácia imediata dos direitos fundamentais, ou seja, prescindem de norma regulamentadora para que tenham eficácia no plano fático.

Por fim, característica que merece menção por coincidir com o que vem disposto no artigo 60, §4º, inciso IV da Constituição Federal, é a proibição de retrocesso dos direitos fundamentais, pois “[...] uma vez reconhecidos, não podem ser abandonados nem diminuídos: o desenvolvimento atingido não é passível de retrogradação”.¹⁷² Nesse sentir, somente pode se avançar na proteção do direito ao nome e ao nome social, não sendo admissível qualquer retrocesso nos direitos até então conquistados.

¹⁷⁰ **Ibidem.**

¹⁷¹ **Ibidem.**

¹⁷² **Ibidem.**

Estudados os direitos ao nome e ao nome social enquanto direitos fundamentais materiais sob a ótica do Direito Constitucional, serão trazidas a seguir noções da tradição civilista para complementar a visão que se pretende sobre o instituto jurídico do nome.

3.2 DIREITOS DA PERSONALIDADE: A PERSPECTIVA CIVILISTA

O direito ao nome será aprofundado mais à frente, enquanto espécie do gênero “direitos da personalidade”, trazendo ao leitor todas as noções sob a perspectiva civilista. Essa abordagem se justifica por serem encontradas especificidades relativas ao direito ao nome na normativa infraconstitucional do ordenamento brasileiro.

Desde a Constituição do Império de 1824 os direitos da personalidade já eram tutelados ainda que naquele período algumas pessoas fossem excluídas da proteção (não eram tutelados escravos e estrangeiros residentes no país). No entanto, a transformação sobre a concepção desses direitos no ordenamento brasileiro foi possível a partir de construções doutrinárias e, principalmente, a partir da Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 5º consagrou direitos fundamentais da pessoa natural.

Com a Constituição Cidadã, os direitos de personalidade ganharam o *status* de cláusulas pétreas, representando uma grande conquista. Tal *status* garante que a proteção a tais direitos nunca poderá ser reduzida enquanto vigor essa Constituição, podendo apenas ser ampliada (cláusula pétrea).

Nesse sentido, Gustavo Tepedino afirma ser possível extrair da Carta Magna uma “cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana”, a partir de dispositivos que já foram anteriormente abordados neste trabalho:

Com efeito, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do §2º do art. 5º, no sentido de não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento.¹⁷³

Sendo assim, a tutela da pessoa natural é erigida com fundamento em três preceitos fundamentais: a proteção da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III); a solidariedade social, que visa a erradicação da pobreza (artigo 3º, incisos I e II) e a igualdade em sentido

¹⁷³ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 50.

amplo. Sintetizando tal compreensão, tem-se o Enunciado de nº 274, na VI Jornada de Direito Civil:

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 (princípio da dignidade da pessoa humana), da Constituição Federal.¹⁷⁴

Desse modo, vê-se que a cláusula geral de tutela da pessoa humana tem por eixo principal a dignidade da pessoa humana, sendo seu escopo assegurar que todas as pessoas alcancem uma vivência plena, devendo ser respeitados sua honra, imagem, nome, intimidade e todos os demais atributos de sua personalidade.

Os direitos da personalidade são definidos pela doutrina de diversas formas, sendo que para Maria Helena Diniz

[...] são direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, próprio corpo vivo ou morto, corpo alheio, vivo ou morto, partes separadas do corpo vivo ou morto); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária) e sua integridade moral (honra, recato, segredo pessoal, profissional e doméstico, imagem, identidade pessoal, familiar e social).¹⁷⁵

Também tratando o tema, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho afirmam que direitos da personalidade são “[...] aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais”.¹⁷⁶

Flávio Tartuce, por sua vez, observa que

[...] os direitos da personalidade têm por objeto os modos de ser, físicos ou morais, do indivíduo e o que se busca proteger com eles são, exatamente, os atributos específicos da personalidade, sendo *personalidade* a qualidade do ente considerado *pessoa*. Na sua especificação, a proteção envolve os aspectos psíquicos do indivíduo, além de sua integridade física, moral e intelectual, desde a sua concepção até sua morte. [...] Em síntese, pode-se afirmar que os direitos da personalidade são aqueles inerentes à pessoa e à sua dignidade (art. 1º, III, da CF/1988).¹⁷⁷

¹⁷⁴ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado n. 274, **IV Jornada de Direito Civil**. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/219>>. Acesso em: 6 fev. 2017.

¹⁷⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: Parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1. p. 135.

¹⁷⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1. p. 144.

¹⁷⁷ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil 1: Lei de Introdução e Parte Geral**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 145.

Na Constituição Federal de 1988, os direitos da personalidade que são trazidos expressamente são o direito à vida, à intimidade, à vida privada, à imagem e à honra, assegurada a indenização por danos materiais e morais decorrentes de sua violação (artigo 5º, *caput*, inciso X). É assente, entretanto, que tais direitos são meramente exemplificativos (*numerus apertus*), de forma que o rol trazido na Constituição não é taxativo e comporta ampliação, seja a partir da inserção de novos direitos da personalidade na legislação infraconstitucional, seja a partir da construção jurisprudencial e de estudos doutrinários.

Exemplo disso é o direito ao esquecimento, que tem sido tranquilamente reconhecido na jurisprudência e foi colocado expressamente no Enunciado nº 531 da VI Jornada de Direito Civil, realizada em 2013 “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”.¹⁷⁸

Vale observar que, ausentes no Código Civil de 1916, os direitos da personalidade passaram a ser previstos expressamente no Código Civil de 2002¹⁷⁹, sendo incluídos na parte geral, em um capítulo próprio (artigos 11 a 20). Feitas essas primeiras observações, serão explorados alguns aspectos relevantes dos direitos da personalidade.

3.2.1 Características dos Direitos da Personalidade

Ao estudar o tema de direitos da personalidade, é comum se deparar com capítulos de doutrinas abordando as características desses direitos. Em que pese existirem diversas características apontadas por diferentes autores, algumas são reiteradamente mencionadas tanto nas obras jurídicas quanto na jurisprudência e são essas que se pretende abordar no presente tópico.

Buscando elencar as características que são mais recorrentemente citadas, Leonardo Estevam de Assis Zanini faz a seguinte afirmação:

[...] em geral, os direitos da personalidade são considerados absolutos, extrapatrimoniais, inatos (ou originários), vitalícios (ou perenes), necessários (ou imprescindíveis), indisponíveis, inalienáveis, intransmissíveis, irrenunciáveis, impenhoráveis, inexpropriáveis e imprescindíveis.¹⁸⁰

¹⁷⁸ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado n. 531, **VI Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>>. Acesso em: 6 fev. 2017.

¹⁷⁹ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 6 fev. 2017.

¹⁸⁰ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direitos da Personalidade**: aspectos essenciais. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 161.

O rol acima apresentado é extenso, mas algumas características ganham destaque. Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald, por exemplo, sustentam que “[...] as mais importantes características dos direitos da personalidade, sem dúvida, são sua intransmissibilidade e a sua inalienabilidade”, o que significa que esses direitos são indisponíveis.¹⁸¹

Dessas características, são trazidas expressamente no artigo 11 do Código Civil de 2002 a intransmissibilidade, a irrenunciabilidade e a indisponibilidade: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.”¹⁸²

Em que pese existirem projetos de lei que já versaram sobre a alteração do artigo em questão para que fossem incluídas outras características dos direitos da personalidade no texto legal, parece salutar que não se proceda a qualquer alteração. Isso porque, como bem analisa Zanini:

a [...] alteração para a inclusão de um rol amplo das características dos direitos da personalidade é desnecessária e bastante perigosa, podendo inclusive barrar o desenvolvimento da categoria ou gerar retrocessos, já que essas características devem ser reconhecidas com temperamentos e não vistas como dogmas.¹⁸³

Parece mais indicado, portanto, que o texto legal permaneça como está, e que as características sejam delimitadas a partir da interpretação do direito e da subsunção aos casos concretos.

Retomando a análise sobre as características dos direitos da personalidade, a indisponibilidade é um atributo que provoca bastante reflexão. Em tese, essa característica representa que o titular de direitos da personalidade não pode dispor deles, ou seja, que tais direitos não podem sofrer limitação voluntária.

Entretanto, isso não condiz com o que vem sendo aceito na doutrina jurídica e na jurisprudência. O que tem se visto é que algumas limitações aos direitos da personalidade são aceitas, o que foi, inclusive, sedimentado pelo Enunciado de nº 4 do Conselho de Justiça

¹⁸¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. 12. ed. rev. ampl. atual. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 172.

¹⁸² BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 6 fev. 2017.

¹⁸³ ZANINI, **op. cit.**, p. 165.

Federal: “O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral.”¹⁸⁴

Ou seja, o que existe é uma indisponibilidade relativa, “[...] impedindo que o titular possa deles dispor em caráter permanente ou total, preservando, assim, a sua própria estrutura física, psíquica e intelectual”.¹⁸⁵ O titular pode, portanto, ceder o exercício em determinadas situações e observados limites:

É dizer: em casos específicos (não são todos!), limitados pela afirmação da própria *dignidade humana* e pela impossibilidade de disposição em caráter total ou permanente, é permitido ao titular ceder o exercício (e não a titularidade) de *alguns* dos direitos da personalidade. É o exemplo do direito à imagem, que pode ser cedida, onerosa ou gratuitamente, durante determinado lapso temporal.¹⁸⁶

Mas como aferir até que ponto um direito da personalidade pode ser disponível? Um limite importante a ser respeitado é a dignidade do titular. Nesse caso, eventual cessão de um exercício de direito da personalidade não pode atingir o núcleo da dignidade do indivíduo.

Na mesma linha, a intransmissibilidade é outra característica dos direitos da personalidade. Disso se depreende que, em regra, não é possível a cessão de tais direitos, seja de forma onerosa ou gratuita. Tal característica vem expressa no texto do Código Civil de 2002, sendo previsto pelo legislador que somente são permitidas exceções estipuladas em lei.

A característica mencionada tem estreita ligação com o fato de que os direitos da personalidade são “[...] inerentes à pessoa de seu titular, que deles, assim, não poderia deixar de herança”¹⁸⁷, tampouco dispor de qualquer outra forma. Nesse sentido, tem-se Silvio Romero Beltrão:

O caráter intransmissível dos direitos da personalidade, determina que eles não podem ser objeto de cessão e até mesmo de sucessão, por ser um direito que expressa a personalidade da própria pessoa do seu titular e que impede a sua aquisição por um terceiro por via da transmissão.¹⁸⁸

Todavia, há que se notar que a intransmissibilidade incide tão somente sobre os direitos da personalidade em si e não sobre os efeitos patrimoniais deles decorrentes. Assim,

¹⁸⁴ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado n. 4, **I Jornada de Direito Civil**. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/650>>. Acesso em: 6 fev. 2017.

¹⁸⁵ FARIAS; ROSENVALD, **op. cit.**, p. 173.

¹⁸⁶ **Ibidem.**, grifo do autor.

¹⁸⁷ AZEVEDO, Álvaro Vilça; NICOLAU, Gustavo Rene. **Código Civil comentado**: das pessoas e dos bens: artigos 1º ao 103. AZEVEDO, Álvaro Vilça (Coord.). São Paulo: Atlas, 2007. v. 1. p. 48.

¹⁸⁸ BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da Personalidade**: de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2005. p. 27.

“[...] quando a utilização dos direitos da personalidade tiver expressão econômica, então se pode falar em transmissibilidade desses efeitos patrimoniais, o que não corresponde à transmissibilidade propriamente dos direitos da personalidade”.¹⁸⁹ É o que ocorre no caso por exemplo, no art. 49 da Lei n. 9.610 de 1998, que assim dispõe

Os direitos de autor poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito [...]¹⁹⁰

O legislador, nesse caso, está se referindo não aos direitos propriamente ditos, mas aos efeitos patrimoniais deles decorrentes.

A irrenunciabilidade é também uma característica que vem expressa no texto legal e tem estreita relação com a dignidade da pessoa humana. Ao discorrer sobre esse atributo, Leonardo Zanini traz que

[...] uma vez que os direitos da personalidade, como já destacamos, estão de tal modo ligados ao próprio indivíduo, à sua condição humana, que a sua renúncia equivaleria à sua morte civil, significaria a conversão da pessoa em objeto, acabaria por traduzir a renúncia da própria condição humana, o que é inadmissível.¹⁹¹

Importante ressaltar, contudo, que é aceita uma renúncia temporária ao exercício do direito (mas não do direito em si), havendo possibilidade de restabelecê-lo a qualquer momento.

Passando à análise de outra característica importante, tem-se que os direitos da personalidade são considerados absolutos. O critério utilizado aqui é o da oponibilidade e, sendo os direitos da personalidade oponíveis à coletividade (*erga omnes*), eles são considerados absolutos: “[...] é um verdadeiro dever geral de abstenção, dirigido a todos”.¹⁹²

Quanto à essa característica, Zanini faz a seguinte observação:

Entrementes, esse tipo de generalização exige muito cuidado, visto que os direitos da personalidade são uma categoria bastante vasta e em construção, o que permite, no futuro, a inclusão de novos direitos, os quais, eventualmente, podem não ser absolutos. [...] considerando que estamos cuidando de uma categoria em plena expansão acreditamos que não é possível afirmarmos que novos direitos da personalidade que poderão surgir no futuro também serão

¹⁸⁹ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direitos da Personalidade**: aspectos essenciais. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 240.

¹⁹⁰ BRASIL. Lei n. 9.610 de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, 20 fev. 1998. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 23 mai. 2017.

¹⁹¹ ZANINI, **op. cit.**, p. 231.

¹⁹² FARIA; ROSENVALD, **op. cit.**, p. 174.

qualificados como absolutos. Por conseguinte, podemos tão somente asseverar que o quadro presente dos direitos da personalidade permite a visualização do seu caráter absoluto.¹⁹³

Então, por ora, temos que os direitos da personalidade são absolutos, assumindo-se a possibilidade de que surjam novos direitos desta categoria, mas sem se enquadrarem nessa característica específica.

Outra característica trazida pelo autor é a extrapatrimonialidade dos direitos da personalidade. Esse atributo implica que aos direitos da personalidade não podem ter um valor econômico atribuído de forma que não podem ter avaliados em quantias monetárias.¹⁹⁴

Dúvida surge quando se fala em danos morais por ofensa à honra, por exemplo. Seria esse um caso de patrimonialização desse direito da personalidade? Zanini explica que não:

[...] os direitos da personalidade não fazem parte do patrimônio em sentido estrito, no entanto, “têm grande relevância para a vida econômica das pessoas”, podendo, em caso de lesão, ser devida indenização por danos patrimoniais e/ou extrapatrimoniais.¹⁹⁵

Deve-se ter em mente que a indenização arbitrada não tem o escopo de reconstituir o direito da personalidade lesado, mas apenas de compensar, minimamente que seja, o mal sofrido pelo titular:

[...] entendemos que não obstante a extrapatrimonialidade dos direitos da personalidade, em caso de lesão é possível uma compensação em pecúnia, o que em nada altera seu caráter não patrimonial. É que não se pode confundir um direito extrapatrimonial com a responsabilidade civil decorrente de sua ofensa.¹⁹⁶

Desse mesmo entendimento compartilham Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

É certo e incontroverso que a honra, a privacidade e demais bens jurídicos personalíssimos de uma pessoa não comportam avaliação pecuniária. São valores existenciais e, por conseguinte, não são suscetíveis de aferição monetária, de um valor patrimonial. Entretanto, uma vez ocorrendo uma violação a estes valores da personalidade, independentemente de causar prejuízo material, surge a possibilidade de reparação do dano moral caracterizado, como forma de compensar o prejuízo imposto à vítima e

¹⁹³ ZANINI, **op. cit.**, p. 168-169.

¹⁹⁴ **Ibidem.**, p. 173.

¹⁹⁵ **Ibidem.**, p. 177.

¹⁹⁶ **Ibidem.**, p. 178.

sancionar o lesante, inclusive com o caráter educativo (preventivo) de impedir novos atentados.¹⁹⁷

Há autores, como Orlando Gomes, que entendem que alguns direitos da personalidade seriam caracterizados como patrimoniais. Isso porque, alguns direitos da personalidade “[...] admitem uma contraprestação pecuniária pelo seu uso, inclusive para fins comerciais, como se dá com o direito à imagem, o direito ao nome, o direito sobre a voz humana, o direito de autor etc”.¹⁹⁸

Zanini, de outro lado, argumenta que em que pese alguns direitos da personalidade permitirem essa celebração de negócio jurídico com atribuição de valores econômicos, não entende que isso os tornaria enquadráveis na categoria de direitos patrimoniais. Dessa feita, sustenta que

[...] aos direitos da personalidade, apesar da produção de consequências secundárias de ordem econômica (indenização e utilização econômica), deve-se reconhecer o caráter extrapatrimonial, mesmo porque a pessoa humana não é redutível, “nem mesmo por ficção jurídica, apenas à esfera patrimonial”. Não estamos aqui tratando de uma categoria enquadrável na dimensão patrimonial, mas sim naquela existencial, que se ocupa do valor do ser e não do ter, eis que a pessoa, considerada em sua humanidade, é o “valor fonte” do ordenamento jurídico.¹⁹⁹

Assumido o caráter de extrapatrimonialidade dos direitos da personalidade, decorre daí outra característica: a impenhorabilidade. Ou seja, não sendo enquadrados como direitos patrimoniais, os direitos da personalidade não podem ser objeto de penhora. A impenhorabilidade “[...] sempre esteve associada aos direitos da personalidade, sendo afastada qualquer situação que coloque em risco a proteção da pessoa”.²⁰⁰

Característica também importante trazida por praticamente todos os autores é o caráter originário ou inato dos direitos da personalidade. Tal atributo significa que os direitos da personalidade “[...] nascem com o ser humano, são adquiridos automaticamente”.²⁰¹ Para que esses direitos existam não se faz necessária qualquer condição anterior ou qualquer requisito.

Há ainda os direitos da personalidade que podem ser considerados supervenientes, ou seja, são direitos

¹⁹⁷ FARIA; ROSENVALD, **op. cit.**, p. 175.

¹⁹⁸ ZANINI, **op. cit.**, p. 179.

¹⁹⁹ ZANINI, **op. cit.**, p. 180.

²⁰⁰ TARTUCE, **op. cit.**, p. 165.

²⁰¹ ZANINI, **op. cit.**, p. 182.

[...] que surgem em um momento posterior ao da concepção ou ao do nascimento, por efeito e consequência de um fato próprio, como é o caso, por exemplo, dos poderes relativos ao nome, ao direito moral de autor, ao sigilo de cartas-missivas, à não divulgação de retratos e à reserva sobre fatos íntimos da vida familiar.²⁰²

Nessa linha, é possível afirmar que o direito ao nome é um direito da personalidade superveniente, uma vez que somente surge com a aposição do nome no assento civil, ou seja, o indivíduo não detém o nome desde o nascimento ou concepção, pois ele só passa a existir no universo jurídico com o registro civil.²⁰³ Diante disso, assiste razão a Rosa Nery ao afirmar que “[...] todos os direitos inatos são direitos da personalidade e alguns direitos da personalidade não são inatos”.²⁰⁴

O próximo atributo a ser tratado é a vitaliciedade. Essa característica refere-se ao fato de que os direitos da personalidade acompanham a pessoa por toda a vida até a sua morte. Esclarece Zanini: “É dizer: enquanto a pessoa estiver viva a ela são reconhecidos os direitos da personalidade.”²⁰⁵ Sobre tal característica discorrem Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

[...] não se pode esquecer que os direitos da personalidade são vitalícios, extinguindo-se, naturalmente, com a morte do titular, confirmando o seu caráter intransmissível. Falecendo, pois, o titular de um direito da personalidade, não haverá transmissão, extinguindo-se, automaticamente, a relação jurídica personalíssima.²⁰⁶

Por fim, para encerrar o rol das principais características trazidas nas doutrinas, menciona-se a imprescritibilidade dos direitos da personalidade. Entende-se que os direitos da personalidade não se extinguem pelo decurso de tempo tampouco pelo não uso e, sendo eles vitalícios, permanecem ligados ao seu titular por toda a vida. Todavia, não há como confundir com a prescritibilidade da pretensão de reparação de eventual violação a um determinado direito da personalidade, pois nesse caso incidem as normas que regulamentam a prescrição no Código Civil.

Foram colocadas, portanto, de forma bastante sintética, as principais características dos direitos da personalidade, com o escopo de munir o leitor de elementos que individualizam

²⁰² ZANINI, *op. cit.*, p. 188.

²⁰³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2002. t. VII. p. 35.

²⁰⁴ NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 295.

²⁰⁵ ZANINI, *op. cit.*, p. 190.

²⁰⁶ FARIA; ROSENVALD, *op. cit.*, p. 175.

e definem esses direitos. Essa primeira abordagem servirá de subsídio para a compreensão do direito ao nome enquanto direito da personalidade.

3.3 DIREITO AO NOME NA PERSPECTIVA CIVILISTA

Como visto, o direito ao nome configura um direito fundamental material²⁰⁷, ele inspira todo ordenamento jurídico e emana a necessidade de proteção, refletindo nas legislações infraconstitucionais. No ordenamento jurídico brasileiro, o direito ao nome vem classificado dentre os direitos da personalidade e tem como função garantir ao indivíduo uma identificação singular, pessoal:

É um direito genérico, é a manifestação do direito à identidade pessoal, por cuja força os diversos indivíduos, ao nascerem, adquirem a faculdade de serem, em princípio, designados obrigatoriamente por *um vocábulo* ou *um conjunto de vocábulos* que se convencionou chamar *nome*, e que, segundo as legislações ocidentais, deve ser composto, fundamentalmente, de *prenome* e *nome de família*.²⁰⁸

No Brasil, não era obrigatório que constasse o nome completo (prenome somado ao nome de família) no registro civil até o surgimento do Regimento nº 18.542 de 24.12.1928. Com o advento desse regimento, passou a ser obrigatória a inserção do nome por extenso quando do registro da criança.

Atualmente, o direito ao nome vem previsto expressamente no artigo 16 do Código Civil de 2002, o qual dispõe “toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome”. Assim, o direito ao nome nasce com a pessoa enquanto o direito a um nome específico é adquirido com o assento do registro civil.

Todavia, é possível que uma pessoa, ainda que não tenha sido registrada ao nascer, passe a ser reconhecida socialmente por um certo nome. Este nome, então, é o que passará a individuá-la, podendo se falar que houve a aquisição do direito a um nome neste caso, como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana.²⁰⁹ Consideradas essas premissas, passar-se-á ao estudo desse direito e dos temas a ele relacionados que geram discussões na doutrina e jurisprudência.

²⁰⁷ Cf. 3.1, *supra*.

²⁰⁸ FRANÇA, Rubens Limongi. **Do nome civil das pessoas naturais**. 2. ed. São Paulo: RT, 1964. p. 177, grifo do autor.

²⁰⁹ BRANDELLI, Leonardo. **Nome civil da pessoa natural**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 35.

3.3.1 Natureza Jurídica do Direito ao Nome

Ao estudar o direito ao nome, acadêmicos desenvolveram diferentes teorias que tratam sobre a natureza jurídica desse direito dentro da seara civilista. Para o presente trabalho, serão trazidas apenas algumas das consideradas mais importantes, que ganharam maior relevância e maior número de adeptos.

Tem-se, então, a teoria negativista que, “[...] como sugere o próprio nome, defende a não existência de um direito ao nome”.²¹⁰ Para os adeptos dessa corrente, dentre os quais se inserem Clóvis Beviláqua e Rudolph von Jhering, o nome não apresenta caracteres de um verdadeiro direito e, em virtude disso, ele não encontraria proteção no ordenamento jurídico.

Outra teoria relacionada ao direito ao nome é a do direito de propriedade. Essa teoria “[...] fundava-se na afirmação de que o nome é uma propriedade e que todo o homem é proprietário do seu nome”.²¹¹ Esse direito seria oponível *erga omnes*, não podendo ser tolhido nem mesmo pelo Estado: “Tratar-se-ia, dentro da concepção tradicional de propriedade, de um poder absoluto de uma pessoa sobre um bem, do qual poderia usar e fruir livremente, com exclusão de todo o restante da coletividade.”²¹²

À toda evidência, era uma teoria produto do individualismo que permeava direito privado no século XIX, no contexto em que o Liberalismo do Estado Moderno estava em seu auge. Todavia, essa teoria apresentava incongruências, uma vez que o direito ao nome não era compatível com o direito de propriedade e seus caracteres do uso, gozo e fruição:

O direito de propriedade é exclusivo, ou seja, não podem duas pessoas ter a propriedade plena de um mesmo bem, o que não acontece com o nome, haja vista que todos os membros de determinada família podem adotar um nome idêntico.

Não é possível onerar ou alienar o nome, nem se o transmite *causa mortis*, em que pese haja o direito de aquisição do nome de família, pelo fato de integrar determinado clã, o que não implica tecnicamente transmissão. É da essência da propriedade que possa ela ser gravada ou alienada, o que não ocorre com o nome, o qual se encontra por natureza fora do comércio.²¹³

Vê-se que, em que pesem os esforços para enquadrar o direito ao nome como um direito de propriedade, na maior parte das vezes não é possível atribuir ao nome as mesmas características atribuídas à propriedade. Isso porque o nome de uma pessoa traz consigo uma

²¹⁰ **Ibidem.**, p. 38.

²¹¹ VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Nome e sexo: mudanças no registro civil**. São Paulo: RT, 2008. p. 58.

²¹² BRANDELLI, **op. cit.**, p. 39.

²¹³ **Ibidem.**, p. 40-41.

carga muito mais ampla, já que ele representa quem é a pessoa e indica qual a personalidade daquele indivíduo, o que extrapola e muito a esfera do direito patrimonial.

Teoria também colocada com alguma importância é a teoria da polícia civil, para a qual o nome configura uma obrigação, uma imposição de ordem pública e não um direito:

A lei não faculta às pessoas a possibilidade de ter ou não um nome, mas impõe a obrigatoriedade deste signo de identificação, e estabelece tal obrigatoriedade não com vistas ao interesse particular das pessoas, mas com vistas ao interesse da coletividade.²¹⁴

Para os adeptos dessa teoria não se fala, portanto, em um direito ao nome, uma vez que o uso do nome seria uma obrigação. Essa teoria, no entanto, sofreu diversas críticas, uma vez que a relação das pessoas com o nome já é algo muito antigo, anterior até mesmo à existência do Estado e da polícia. Dessa forma, o nome surge com a necessidade de identificação individual no seio da coletividade, e não como uma imposição.

Por fim, tem-se a teoria de que o nome é um direito da personalidade. Como visto, os direitos da personalidade são aqueles que estariam intrinsecamente ligados à existência humana e que constituem um patamar mínimo de direitos necessários ao pleno desenvolvimento humano; o nome, portanto, comporia esse patamar mínimo. Nesse sentido, Karl Larenz:

[...] el nombre de una persona sirve para su individualización en la convivencia general y también en el tráfico jurídico. Toda persona tiene derecho al uso del nombre que le corresponda y a que se omita el abuso de su nombre. El derecho al nombre (art. 12) es un derecho de la personalidad.²¹⁵

Para essa teoria, o nome é colocado como um dos elementos que compõem a personalidade, sendo esta um conjunto muito mais amplo de fatores que identificam o indivíduo, conforme traz Carlos Alberto Bittar:

Outro direito fundamental da pessoa é o da identidade, que inaugura o elenco dos direitos de cunho moral, exatamente porque se constitui no elo de ligação entre o indivíduo e a sociedade em geral. Com efeito, o nome e outros sinais identificadores da pessoa são os elementos básicos de associação de que dispõe o público em geral para o relacionamento normal, nos diversos núcleos possíveis: familiar; sucessório; negocial; comercial e outros.²¹⁶

Tereza Rodrigues Vieira, ao dispor sobre o tema, assevera que

²¹⁴ **Ibidem.**, p. 42.

²¹⁵ LARENZ, Karl. **Derecho civil**: parte general. Tradução de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Editora Revista de Derecho Privado, 1978. p. 147.

²¹⁶ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. p. 4-8.

Hoje, não paira dúvidas quanto à natureza jurídica do nome, visto que o nosso Código Civil de 2002 (arts. 11 a 21) consagra-lhe quatro dispositivos legais no capítulo referente aos direitos da personalidade. Vejamos:

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

Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.

Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome.²¹⁷

O reconhecimento da natureza jurídica do direito ao nome no texto normativo reforça a proteção trazida pelo ordenamento e facilita a tutela judicial nos casos em que ocorrem sua violação. Vale mencionar a análise feita por Leonardo Brandelli acerca da natureza jurídica do direito ao nome:

Mais do que um direito subjetivo, em verdade o nome consiste em uma situação jurídica complexa, uma vez que não contém em si apenas direitos. Consiste, outrossim, em um feixe de direitos e deveres, decorrentes do seu duplo aspecto, privado e público.

Sob o aspecto privado, tem-se o direito ao nome do ângulo do indivíduo, é nesse sentido direito da personalidade, direito subjetivo do ser humano, que lhe confere individualização, torna-o um ser único e diferenciado dos demais, dentro do seio social.

Do ponto de vista publicístico, tem-se a visão da coletividade a respeito do direito ao nome. Vislumbra-se aqui o interesse social em distinguir seus membros a fim de imputar corretamente os ônus e bônus jurídicos, sociais e morais, permitindo assim a vida em sociedade; daí nascer a obrigatoriedade do nome, que se torna imperativa para o exercício da personalidade.²¹⁸

Dessa feita, o advento do Código Civil de 2002 fez cessar a controvérsia outrora instalada sobre a natureza jurídica do direito ao nome: trata-se de verdadeiro direito de personalidade, cuja violação, inclusive, enseja a adoção das medidas judiciais suficientes para protegê-lo.

Nada obstante, como visto, no presente trabalho defende-se ainda que o nome, antes de ser um direito da personalidade (concepção civilista), é um direito fundamental material (concepção constitucionalista), que decorre de normas constitucionais implícitas e de tratados internacionais.

²¹⁷ VIEIRA, **op. cit.**, p. 61.

²¹⁸ BRANDELLI, **op. cit.**, p. 62-63.

3.3.2 Características do Direito ao Nome

Enquanto direito da personalidade, o direito ao nome tem algumas de suas características irão coincidir com aquelas que já foram abordadas²¹⁹, como a inalienabilidade, a indisponibilidade, a intransmissibilidade, a inexpropriabilidade e a imprescritibilidade. Essas características não serão abordadas novamente para que o trabalho não fique repetitivo.

Em relação às demais características, que são exclusivas do direito ao nome, passar-se-á a analisá-las uma a uma. A primeira delas é a obrigatoriedade. No ordenamento pátrio, a obrigatoriedade é trazida no artigo 50 da Lei n. 6.015 de 31 de dezembro de 1973 (Lei dos Registros Públicos):

Art. 50. Todo nascimento que ocorrer no território nacional deverá ser dado a registro, no lugar em que tiver ocorrido o parto ou no lugar da residência dos pais, dentro do prazo de quinze dias, que será ampliado em até três meses para os lugares distantes mais de trinta quilômetros da sede do cartório.²²⁰

Esse atributo vem sendo entendido na doutrina com dois sentidos: além de existir uma obrigatoriedade de toda pessoa ter um nome, existe também uma obrigatoriedade da pessoa usar o nome que lhe foi atribuído.

Na organização atual da sociedade, a colocação de nome quando do nascimento vem como um imperativo, como uma necessidade de se identificar cada indivíduo que chega ao mundo, como forma de integrá-lo na organização jurídica e social vigente:

Toda pessoa, ainda que contra vontade, deve ter um nome, não havendo faculdade de opção a esse respeito.

Na organização jurídica e social atual é um imperativo de primeira ordem a individualização das pessoas e, é o nome o componente principal da personalidade com vistas a tal individualização.

Não seria possível alguém viver em sociedade sem um componente identificador, e, por isso, a obrigatoriedade do nome é, antes de um imperativo, uma necessidade. Sem uma forma de individualização das pessoas restaria impossibilitada a vida em sociedade e, em última análise, restaria impossibilitada a própria existência e aplicação do Direito.²²¹

Ou seja, a vida em sociedade impõe que exista uma forma de individualização das pessoas e o nome cumpre esse papel. Por ser um símbolo de identidade e reconhecimento

²¹⁹ Cf. 3.2.1, *supra*.

²²⁰ BRASIL. Lei n. 6.015 de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, 31 dez. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 14 mar. 2017.

²²¹ BRANDELLI, **op. cit.**, p. 65.

perante a sociedade é que o nome assume tamanha importância para cada pessoa e não pode ser vexatório, por exemplo.

Em relação ao nome, fala-se que existe uma inaccessibilidade, ou seja, não é possível ao titular cedê-lo a outrem e permanecer fazendo o uso do mesmo nome. Nesse caso, teríamos um único nome vinculado a duas figuras distintas, o que não se admite, uma vez que o nome é de uso exclusivo.

Nesse sentido, a exclusividade é, também, uma característica do direito ao nome “O direito ao nome é um direito exclusivo, quer dizer, é um direito absoluto, exercitável *erga omnes*.”²²² Isso porque o nome é elemento de identidade e vem vinculado a uma única pessoa. Nesse ponto é importante mencionar que nem mesmo caso de homônimos retira o caráter de exclusividade do nome, uma vez que ainda que os nomes sejam idênticos, eles nasceram vinculados a personalidades distintas e, cada um dos indivíduos somente pode utilizar seu próprio nome, ou seja, não pode se utilizar do nome para se passar por outra pessoa. Assim expõe Limongi França:

Com efeito, como já assinalamos, a homonímia não tira a exclusividade do nome como expressão das respectivas identidades. O Sr. ALMEIDA JÚNIOR, locutor de certa empresa de rádio-transmissão e o Professor ALMEIDA JÚNIOR, eminente catedrático da Universidade de S. Paulo, trazem o mesmo nome, mas nem por isso as identidades que esse nome exprime deixam de ser exclusivas e de certo modo assinaláveis, conforme as circunstâncias em que seja empregado. Nem é dado a cada um dos titulares fazer-se passar pelo outro, isto é, usar do próprio nome com um significado alheio.²²³

Essa característica permite afirmar que o titular de determinado nome poderá “[...]obstar que outras pessoas utilizem seu nome, para fins civis ou comerciais, quando puder tal utilização acarretar uma ofensa à exclusividade, causando confusão de personalidades [...]”.²²⁴

A obrigatoriedade traz consigo, portanto, duas consequências: em sua vertente positiva, ela implica que o indivíduo detentor do direito ao nome tem o direito de usá-lo com exclusividade; em sua vertente negativa, ela impõe a todos que respeitem tal exclusividade.

Além da obrigatoriedade, é possível citar também a inestimabilidade pecuniária como outra característica importante. Limongi França afirma que “[...] o nome, como outros

²²² FRANÇA, Rubens Limongi. **Do nome civil das pessoas naturais**. 2. ed. São Paulo: RT, 1964. p. 188.

²²³ **Ibidem.**, p. 188-189.

²²⁴ BRANDELLI, **op. cit.**, p. 82.

direitos da personalidade, constitui um bem, um bem ideal, porquanto implica uma série de ineludíveis interesses que o sujeito timbra em conservar e defender [...]”.²²⁵

Todavia, em que pese possa ser considerado um bem, conforme a afirmação acima colocada, não é possível atribuir um valor de mercado ao nome. Isso porque o nome, como outros direitos da personalidade, não pode ser alienado e, dessa forma, é coisa fora do comércio, o que o torna inestimável. Vale mencionar, contudo, que isso não implica que eventual lesão ao nome, por exemplo, não poderá ser indenizada e valorada.

Por fim será abordada importante característica do direito ao nome: a imutabilidade. O nome, como dito, é elemento identificador dos indivíduos em sociedade e busca, com isso, organizá-la. A imutabilidade, por sua vez, busca trazer segurança jurídica à essa individualização, evitando que as pessoas alterem o nome por qualquer motivo banal. Isso porque, “[...] a volatilidade do nome depõe contra o interesse social que exige uma individualização certa e permanente das pessoas”.²²⁶ Leonardo Brandelli argumenta, com razão, que

Um nome que pudesse mudar ao sabor da livre vontade do seu titular desnaturaria a própria razão de ser desse instituto, uma vez que nem permitiria a sua junção à personalidade da pessoa, por poder ser efêmero, nem serviria para identifica-la perante a coletividade.²²⁷

Preocupado com isso, o Legislador previu a imutabilidade expressamente no ordenamento jurídico brasileiro, na Lei dos Registros Públicos, que dispõe em seu artigo 58 que o “prenome será definitivo”. Ressalta-se, entretanto, que a própria lei trouxe hipóteses que comportam exceção à imutabilidade, ao passo que a jurisprudência passou a ampliar o rol de exceções diante de situações que tragam uma forte razão jurídica, como será visto mais à frente. Essas são, portanto, as principais características do direito ao nome.

3.3.3 Funções do Nome

Como visto, o nome cumpre um papel fundamental para a organização da sociedade, individualizando cada pessoa inserida na vida social. Sem o nome civil, atribuindo a cada indivíduo uma identificação, não seria possível organizar a vida em sociedade, tampouco aplicar regras e atribuir direitos a cada pessoa. Nesse sentido, Leonardo Brandelli dispõe “A

²²⁵ FRANÇA, **op. cit.**, p. 188-186.

²²⁶ **Ibidem.**, p. 74.

²²⁷ BRANDELLI, **op. cit.**, p. 74.

designação individualizadora obrou o milagre de transformar um ser sem significação pessoal, uma unidade fungível, em um sujeito de relevância jurídica. Esta é a função primordial que corresponde ao nome das pessoas.”²²⁸

Ao lado da função de individualização, o nome civil também tem a função de identificar cada pessoa. A principal diferença entre essas duas funções é que a segunda pressupõe um processo investigatório, ou seja, busca-se descobrir se “[...] uma pessoa ou coisa é a mesma que se supõe ou se busca”.²²⁹ De outro lado, a primeira função implica em um processo estático, o qual apenas se ocupa de distinguir seres humanos.

Além dessas duas funções colocadas, o nome pode ser, ainda, um instrumento para identificar a origem familiar de determinada pessoa, bem como seu estado civil.

O patronímico²³⁰, por trazer o nome de família, aponta qual a origem familiar do titular. No entanto, não há uma obrigatoriedade que todos os nomes de família da pessoa sejam colocados no patronímico. Essa função é a desempenhada perante a sociedade, contudo, Leonardo Brandelli observa que “Mais do que indicar a origem familiar, o nome de família tem o importante mister de fazer com que a pessoa sinta-se pertencente a determinada família; sinta-se membro integrante daquela família em cujo seio nasceu.”²³¹

É possível ainda, que o nome identifique se a pessoa é casada, caso um dos cônjuges (ou ambos) tenha adquirido o patronímico do outro. Advirta-se, contudo, que uma vez incorporado ao nome de um dos cônjuges, o patronímico passa a constituir elemento identificador da pessoa que o adquiriu. Nesse sentido, ainda que as partes venham a se divorciar, é facultado, caso seja do interesse daquele que adquiriu o patronímico, que este permaneça com o nome de família do ex-cônjuge.²³²

²²⁸ *Ibidem.*, p. 107.

²²⁹ *Ibidem.*, p. 108.

²³⁰ Refere-se à família que a pessoa pertence, é o nome de família, também denominado de cognome.

²³¹ BRANDELLI, *op. cit.*, p. 109.

²³² Apelação cível. Divórcio direto. Manutenção do nome de casada do cônjuge virago. Possibilidade. Sentença que decretou o divórcio das partes, determinando que o cônjuge virago volte a usar o nome de solteira. Recurso da ré objetivando tão somente a permanência do nome de casada. Anuência do ex-cônjuge varão. Direito da personalidade. Inocorrência de qualquer discussão acerca de culpa pela separação de fato do casal. Pedido de manutenção do nome de casada, que deve ser acolhido. Inteligência dos arts. 1.571, IV, § 2º e 1.578, § 2º, ambos do Código Civil. Dá-se provimento. (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação n. 01311875120088190001**. Des. Relatora Monica Maria Costa Di Piero, Oitava Câmara Cível, Diário Eletrônico de 04/03/2009. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ConsultaUnificada/consulta.do#tabs-numero-indice0>>. Acesso em: 6 out. 2017)

Apelação cível. Ação de divórcio litigioso. Procedência do pedido, sendo determinada a manutenção do nome de casada pelo cônjuge virago. Inconformismo do autor. Manutenção da sentença. 1. Em que pese o silêncio da ré, não há dúvidas de que o direito ao nome integra o conceito de direito personalíssimo, dependendo, portanto, de manifestação expressa por parte de seu titular com relação à manutenção ou não do nome de casado. 2. Ademais, depreende-se do disposto no art. 1.578 e §§ do Código Civil, que a alteração do nome não

O nome civil desempenha também a função de identificação do sexo biológico do titular a que é atribuído. Ou seja, quando do nascimento da criança, os genitores atribuem-lhe um nome que reflita o sexo biológico:

O indivíduo tem o direito à identificação pessoal, que integra os direitos da personalidade, e que abrange a identificação sexual. Isso significa dizer que tem a pessoa o direito de identificar o seu estado sexual perante a coletividade, isto é, de fazer-se conhecer socialmente através do sexo ao qual pertence e, neste tocante, o nome é sem dúvida um dos elementos identificadores mais importantes.²³³

Se o nome, por acaso, não refletir essa adequação ao sexo da pessoa, poderá expor o titular a situações constrangedoras, o que não é permitido pelo ordenamento pátrio e, neste ponto, aproxima-se da temática principal deste estudo, que é a possibilidade de se alterar o prenome de pessoas transgêneras.

Muitas vezes, o sexo biológico não reflete a identidade de gênero de um indivíduo²³⁴ e em razão disso essa pessoa passa a fazer uso de um nome social que se adeque à sua identidade de gênero, uma vez que o nome constante no registro não condiz com a figura social.

Essa é a realidade vivenciada pelas pessoas trans: buscando adequar a individualização que lhe foi atribuída à sua identidade de gênero, elas passam a se apresentar com nome diverso daquele que consta em registro, para que possam ser reconhecidas em comunidade e, principalmente, para evitar situações de constrangimento.

É possível afirmar, portanto, que o nome social passa a constituir direito de personalidade dessas pessoas, uma vez que ele passa a ser o signo que as representa na vida em comunidade. Nesse sentido, Leonardo Brandelli:

O nome e a personalidade são incindíveis porque através da pronúncia daquele vêm todos os predicados desta, de maneira automática, de forma que podemos dizer que, sob este aspecto, o nome identifica-se com a própria personalidade humana.²³⁵

é efeito automático da sentença que decreta o divórcio do casal, dependendo de requerimento expresso do cônjuge que não teve culpa na separação, o que não é o caso dos autos. 3. Precedentes deste Tribunal. Desprovisionamento do recurso. (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação n. 00292203420118190008**. Des. Relator Marcos Alcino de Azevedo Torres, Décima Nona Câmara Cível, Diário Eletrônico de 06/09/2013. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ConsultaUnificada/consulta.do#tabs-numero-indice0>>. Acesso em: 6 out. 2017).

²³³ BRANDELLI, **op. cit.**, p. 111.

²³⁴ Cf. 1.4, *supra*.

²³⁵ BRANDELLI, **op. cit.**, p. 113.

Por tal motivo, a proteção ao nome social é tão importante quanto àquela garantida ao nome registral. E, uma vez que o nome social pode ser entendido como a representação da identidade de determinada pessoa, pode-se concluir que a alteração do prenome é algo possível, uma vez que ela apenas estaria trazendo para o mundo jurídico um reconhecimento que já se faz no seio da sociedade e que, portanto, em nada afetaria na segurança jurídica da vivência em sociedade.

Trata-se de uma breve noção do nome social e de sua importância para pessoas travestis e transexuais. Antes de explorar outras reflexões acerca desse assunto, serão abordadas as causas para alteração do nome admitidas no ordenamento brasileiro.

3.3.4 A Alteração do Prenome no Ordenamento Brasileiro

Duas das características do direito ao nome são a imutabilidade e a indisponibilidade²³⁶, todavia, essas regras comportam exceção.

A imutabilidade visa resguardar uma estabilidade e uma segurança jurídica. Em razão disso, a alteração do nome de uma pessoa pressupõe um motivo juridicamente relevante, pois caso fosse permitida a alteração indistintamente o nome não lograria êxito em desempenhar o papel de individualização e de fator de organização na sociedade.

A indisponibilidade, por sua vez, diz respeito ao direito, ou seja, o titular não pode dispor do direito de ter um nome, no entanto, o exercício desse direito pressupõe que a dignidade do sujeito seja respeitada. Assim, como visto anteriormente, um limite importante a ser respeitado é a dignidade do titular.

Na dinamicidade das relações, contudo, surgem situações que vão se sobrepor à regra da imutabilidade. Algumas já foram previstas pelo legislador ordinário²³⁷, outras ainda estão sendo construídas a partir de interpretações da jurisprudência. Ao discorrer sobre o tema, Limongi França reflete que “[...] é mister que concorram razões não só de utilidade como de conveniência evidente, e ainda, é claro, que o pedido de modificação não esconda um intuito fraudulento”.²³⁸ É por isso que Leonardo Brandelli coloca que

A correta aceção de da imutabilidade do nome é a de que há oblação da voluntariedade na modificação do nome, que deve, como regra, manter-se

²³⁶ Cf. 3.3.2, *supra*.

²³⁷ Vide artigos 56, 57 e 58 da Lei de Registros Públicos. (BRASIL. Lei n. 6.015 de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, 31 dez. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 14 mar. 2017).

²³⁸ FRANÇA, **op. cit.**, p. 252.

intacto durante toda a vida do sujeito, exceção feita às autorizações insculpidas no ordenamento jurídico, devidamente justificadas, e não vedadas pelo interesse público.²³⁹

Há que se ter em mente que no ordenamento jurídico brasileiro, a concreção da dignidade da pessoa humana, trazida pela Constituição de 1988 como um valor máximo, está intimamente relacionada ao direito ao nome. Isso porque, propiciar o amplo desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo, perpassa pelo dever de se garantir que o nome dessa pessoa não seja vexatório ou cause constrangimento, que ela se sinta representada em sua individualidade pelo nome e, ainda, que o nome corresponda à sua identidade de gênero. Por tal razão é que se faz a seguinte afirmação:

O direito ao nome é, sem sombra de dúvidas, uma das formas de concreção da dignidade da pessoa humana e ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade, e uma negação ao direito ao nome do interessado constitui uma violação de sua dignidade.²⁴⁰

A interpretação da norma infraconstitucional, no caso a Lei de Registros Públicos, deve ser feita com amparo na Carta Magna, daí porque vem-se admitindo pela jurisprudência²⁴¹, ainda que com alguma divergência, a possibilidade jurídica da alteração do nome das pessoas transexuais, relativizando-se os caracteres da imutabilidade e a indisponibilidade do nome em prol da proteção da dignidade e autonomia de seu titular, garantindo-se-lhe o livre desenvolvimento de sua personalidade e a busca por sua felicidade.

Com isso, a partir de uma construção doutrinária e jurisprudencial, estão sendo ampliadas as hipóteses de alteração do nome da pessoa natural, para abarcar situações que não foram previstas pelo legislador ordinário. Essa abertura para novas hipóteses de alteração do prenome se faz com o escopo de assegurar o respeito à dignidade e à personalidade de cada pessoa. Considera-se, portanto, que o rol trazido na legislação ordinária é apenas exemplificativo, uma vez que outras hipóteses de alteração do nome podem ser consideradas pelos aplicadores da lei, a depender do caso em concreto.

²³⁹ BRANDELLI, *op. cit.*, p. 150.

²⁴⁰ *Ibidem*.

²⁴¹ “Apego às regras estanques da imutabilidade e indisponibilidade do nome não podem servir de justificativa para limitar direito fundamental do indivíduo transexual à fruição plena de sua cidadania, sob pena de violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.” (SÃO PAULO[Estado]. Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação n. 00013606920148260457**. Des. Relatora Viviani Nicolau, Terceira Câmara de Direito Privado, Diário Eletrônico de 16/09/2015. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/open.do>>. Acesso em: 6 out. 2017).

Vale ressaltar que no presente trabalho serão abordadas apenas hipóteses autorizativas de alteração do prenome, de forma que hipóteses que permitem alteração do nome de família não serão objeto de estudo.

Alguns casos dizem respeito somente a erro material e podem ser solucionados em procedimentos administrativos, perante os próprios cartórios, sendo desnecessária a provocação judicial, conforme se depreende do artigo 110 da Lei de Registros Públicos.²⁴²

Outra hipótese que admite a alteração do nome por via administrativa vem prevista no artigo 56, que assim dispõe: “o interessado, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, poderá, pessoalmente ou por procurador bastante, alterar o nome, desde que não prejudique os apelidos de família, averbando-se a alteração que será publicada pela imprensa”.

Além dessas possibilidades, outras são admitidas pela legislação ordinária, no entanto elas exigem um exame judicial, uma vez que são trazidas algumas condições para que seja autorizada a alteração.

Primeiramente, o nome não pode ser colocado por qualquer pessoa. Se, eventualmente, algum nome for atribuído por quem não pudesse fazê-lo, certamente seria possível requerer a alteração do prenome. Nesse sentido discorre Limongi França:

O Código Civil reza que a validade dos atos jurídicos, além do objeto lícito e de forma prescrita ou não defesa em lei, requer agente capaz. Ora, é evidente que se, quando da efetivação do registro civil e, pois, da necessária atribuição do nome, esse ato for providenciado por quem não tinha o direito de o fazer, o mesmo tem a sua validade comprometida, podendo ser alterado ou mudado pelo legítimo titular do respectivo direito.²⁴³

Outra hipótese é que, havendo alguma divergência entre o nome declarado e o nome constante no registro civil, é possível também a alteração do prenome, comprovando-se o ocorrido:

Se, eventualmente, o nome lançado no registro de nascimento pelo Oficial não corresponder à declaração feita por quem de direito, e houver elementos de convicção que o comprovem de modo cabal, é evidente que é esta uma causa justificativa de alteração e mesmo de mudança de nome. Com efeito, tratar-

²⁴² Os erros que não exijam qualquer indagação para a constatação imediata de necessidade de sua correção poderão ser corrigidos de ofício pelo oficial de registro no próprio cartório onde se encontrar o assentamento, mediante petição assinada pelo interessado, representante legal ou procurador, independentemente de pagamento de selos e taxas, após manifestação conclusiva do Ministério Público. (BRASIL. Lei n. 6.015 de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, 31 dez. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 14 mar. 2017).

²⁴³ FRANÇA, **op. cit.**, p. 259.

se-ia de um caso de erro na transmissão da vontade, que vicia o ato, tornando-o anulável.²⁴⁴

Além disso, muitas vezes, existem erros materiais cometidos por parte do Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais, quando da transcrição do nome no assento. Esses erros, de fácil percepção, são passíveis de serem alterados uma vez que não trazem qualquer prejuízo a terceiros. Nessas hipóteses é desnecessária a intervenção do Poder Judiciário, podendo ser solucionadas pela via administrativa, conforme já mencionado acima.

Em alguns casos, pessoas que se perderam dos familiares recebem nomes provisórios que são colocados em registro civil para fins de identificação. Acontece que, caso se venha a ter conhecimento do verdadeiro nome dessa pessoa, será possível a alteração:

Aplica-se mais especialmente ao caso de menores perdidos ou abandonados, embora não se possa pôr de lado hipóteses mais raras como a de perda de certidão com destruição do cartório de registro, como a de amnésia, etc. É evidente que o registro dos menores abandonados ou o das demais pessoas acima referidas é sempre provisório, até que se descubra o verdadeiro nome dos interessados, que tanto pode resultar de registro anterior, como de esclarecimento da sua filiação.²⁴⁵

Fala-se também na possibilidade de alteração do nome pelo uso. Nesse caso é que se insere o nome social. Muitas vezes a pessoa não é reconhecida no meio social pelo nome constante no registro civil, mas por algum outro que se convencionou chamá-la por razões diversas. Eventual alteração do prenome nesse caso não prejudicaria o princípio da segurança jurídica. Nesse sentido expõe Leonardo Brandelli:

É que em tais situações, contrapondo-se dois princípios, o da imutabilidade do nome e o da segurança jurídica, tem por vezes se mostrado mais relevante no caso em análise o segundo, por ele optando desta maneira o julgador. Em abstrato, nenhum dos dois princípios (ou algum outro que se faça incidir é absoluto). Dever-se-á analisar as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto para decidir qual princípio prevalecerá diante de tais circunstâncias.²⁴⁶

A imutabilidade, nesse caso, cede para se adequar à realidade fática. A jurisprudência é assente no tema:

²⁴⁴ **Ibidem.**, p. 260.

²⁴⁵ **Ibidem.**, p. 262-263.

²⁴⁶ BRANDELLI, **op. cit.**, p. 160.

Prenome imutável é aquele que foi posto em uso, embora não conste no registro; e não o constante do registro e nunca usado. O que a lei não quer é que haja alteração do prenome ‘no meio social’, e não no livro de registro.²⁴⁷

Nesse sentido, Sílvia Salvo Venosa: “A possibilidade de substituição do prenome por apelido público notório atende à tendência social brasileira, abrindo importante brecha na regra que impunha a imutabilidade do prenome, que doravante passa a ser relativa.”²⁴⁸

No que tange à indisponibilidade, deve-se entender que a pessoa transexual não estará dispondo do seu direito ao nome, mas sim estará buscando exercê-lo com dignidade, de forma condizente com a sua identidade de gênero e com seu ideal de felicidade. Por tal razão é que se admite essa aparente “disposição” do nome registral: fala-se em aparente por que em verdade o indivíduo não se reconhece naquele nome, então não se pode nem mesmo falar que ele está dispondo de um direito da personalidade. Se a pessoa se reconhece pelo nome social, a proteção e o reconhecimento de indisponibilidade devem recair também sobre este último e, havendo conflito entre este e o nome registral, nada impede que o primeiro prevaleça em detrimento do segundo.

Nesse sentido, tem-se manifestado a jurisprudência:

Retificação de registro civil - Assento de nascimento Inversão dos prenomes Autora que há muito suprimiu o primeiro prenome, que considera vexatório, sendo conhecida nos meios familiar e social pelo segundo nome - Admissibilidade Inexistência de prejuízos a terceiros - Questão que se reveste de intensa subjetividade - Precedentes da Corte - Sentença de improcedência reformada - Recurso provido.²⁴⁹

Apelação cível - registro civil - retificação de assento de nascimento - reconhecimento social - recurso procedente. 1. A alteração introduzida na legislação do registro civil (art. 58, § único, da Lei nº 6.015/73), pela Lei nº 9.708/98 admite a substituição do prenome por apelido público e notório. 2. Reconhecida em seu ambiente social e profissional através do prenome praticado, deve o nome civil coincidir com a real individualização da pessoa perante a família e a sociedade.²⁵⁰

²⁴⁷ RT 185/424; RT, 143/270.

²⁴⁸ VENOSA, Sílvia Salvo. **Direito civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 1. p. 228.

²⁴⁹ SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação n. 00327278220128260554**. Des. Relator Miguel Brandi, Sétima Câmara de Direito Privado, Diário Eletrônico de 27/09/2013. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/open.do>>. Acesso em: 6 out. 2017.

²⁵⁰ PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação n. 1090200**. Des. Relator Jair Ramos Braga, Sexta Câmara Cível, Diário Eletrônico de 29/10/2001. Disponível em: < <https://portal.tjpr.jus.br/consulta-processual/publico/b2grau/consultaPublica.do?tjpr.url.crypto=8a6c53f8698c7ff7d88bd1d17bac0727df8ab941b113325a> >. Acesso em: 6 out. 2017.

A Lei dos Registros Públicos traz também em seu artigo 58 a permissão de alteração do prenome por apelidos notórios. Assim, se o apelido se torna um elemento identificador da pessoa, passa a merecer a proteção do ordenamento jurídico:

Se tal elemento tiver realmente o condão de personificar o indivíduo, em substituição ao nome, se o apelido for usado de maneira pública e notória como elemento identificador da pessoa, poderá então ele efetivamente substituir o prenome no registro civil, consoante dispôs o legislador, ou, ainda, poderá ser ele acrescido ao prenome, o que embora não tenha sido previsto expressamente entendemos ser possível por ser alteração menos traumática do que a substituição do prenome, expressamente autorizada.²⁵¹

Há hipótese de alteração do prenome que veio prevista também na Lei n. 9.807 de 1999 (Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas)²⁵², para vítima ou testemunha que esteja sob ameaça ou coação em virtude de colaboração em processo ou investigação criminal, com o escopo de assegurar sua integridade.

A lei permite que, considerando a gravidade da ameaça, seja permitida a alteração do nome não só da vítima ou testemunha, como também de cônjuge ou companheiro, ascendentes, descendentes e dependentes que tenham convivência habitual (artigo 2º, §1º).

O advento dessa lei trouxe alterações para a Lei de Registros Públicos, que passou a dispor no artigo 57, §7º e parágrafo único do artigo 58 da seguinte maneira:

Quando a alteração de nome for concedida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente de colaboração com a apuração de crime, o juiz competente determinará que haja a averbação no registro de origem de menção da existência de sentença concessiva da alteração, sem a averbação do nome alterado, que somente poderá ser procedida mediante determinação posterior, que levará em consideração a cessação da coação ou ameaça que deu causa à alteração.

[...] A substituição do prenome será ainda admitida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente da colaboração com a apuração de crime, por determinação, em sentença, de juiz competente, ouvido o Ministério Público.²⁵³

²⁵¹ BRANDELLI, *op. cit.*, p. 186.

²⁵² BRASIL. Lei n. 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/DF, 14 jul. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9807.htm>. Acesso em: 23 mar. 2017.

²⁵³ BRASIL. Lei n. 6.015 de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, 31 dez. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 14 mar. 2017.

O objetivo da lei é propiciar proteção às vítimas e testemunhas, para que não sofram ameaças e retaliações por colaborarem com o sistema de justiça. A alteração do prenome ou até mesmo do nome completo busca, portanto, permitir que essas pessoas permaneçam com suas vidas normalmente, dentro do que é possível, sem serem alvos de perseguição.

O objetivo, portanto, é sempre a proteção da personalidade da pessoa humana, resguardando a dignidade do indivíduo em questão. Por essa razão é que o ordenamento jurídico comporta, também, a alteração do prenome que soe ridículo ou que exponha o titular a situações constrangedoras.

Em um primeiro momento, a Lei de Registros Públicos prevê que o Oficial poderá se recusar a registrar nome que exponha a pessoa ao ridículo “Os oficiais do registro civil não registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores” (artigo 55, parágrafo único).

Caso o Oficial não o faça e, ainda assim proceda ao registro com nome ridículo, este será passível de alteração no futuro.

Observa-se que não se entende necessário que exista uma pré-exposição ao ridículo para que seja demandada a alteração, “[...] pois o que não expõe à chacota hoje poderá amanhã sujeitar a isso”.²⁵⁴

A adoção é outra situação que permite a alteração do prenome, sendo assim trazido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 47, §5º: “A sentença conferirá ao adotado o nome do adotante e, a pedido de qualquer deles, poderá determinar a modificação do prenome.”²⁵⁵

A despeito da autorização legal, entende-se que tal permissivo deve ser usado com prudência. Isso porque, um adotado em idade avançada, pode já ter criado uma identidade relacionada ao seu prenome de registro e, eventual mudança, somente lhe acarretaria confusão psicológica.

Essas são as principais hipóteses de alteração de prenome trazidas na legislação brasileira. Na jurisprudência, tem-se construído entendimento que a alteração de prenome também é possível nos casos de pessoas transgêneras.

²⁵⁴ VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Nome e sexo**: mudanças no registro civil. São Paulo: RT, 2008. p. 129.

²⁵⁵ BRASIL. Lei n. 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/DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 24 mar. 2017.

3.4 DECRETOS QUE VERSAM SOBRE O USO DO NOME SOCIAL

De início cumpre mencionar que o princípio da legalidade em sentido amplo vem trazido na Constituição Federal de 1988, que dispõe que “ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (artigo 5º, II). Para o particular isso implica que somente pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo mediante a criação de uma lei, ou seja, o escopo é evitar a arbitrariedade estatal.

Em relação à Administração Pública o princípio da legalidade incide de modo diverso, uma vez que para particulares o princípio implica que podem fazer tudo que a lei não proíba, enquanto que a administração pública só pode fazer o que a lei determine ou autorize (artigo 37, da Constituição Federal).

O chefe do Poder Executivo, por sua vez, pode exercer atividade legislativa através do poder regulamentar, pois detém competência privativa para expedição de regulamentos e decretos (artigo 84, incisos IV e VI da Constituição Federal).

Ao presente trabalho importa tratar dos decretos autônomos (previstos no inciso VI do artigo 84) que passaram a ser permitidos no ordenamento jurídico a partir da Emenda Constitucional n. 32 de 2001, para disciplinar acerca da organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos, bem como a extinção e funções ou cargos públicos, quando vagos. Eles são compreendidos como decretos primários, ou seja, derivam diretamente da Constituição e não têm conteúdo e limites definidos por lei. Considerando o princípio da simetria, essa atribuição nos estados será do governador e nos municípios do prefeito.

O que se discorreu até aqui foi para explicar que, na ausência de uma normativa geral, acabam por surgir vários decretos expedidos pelos respectivos chefes dos Poderes Executivos, buscando regulamentar o uso do nome social, uma vez que essa demanda existe no plano fático e não pode ser ignorada. Com essa breve análise, demonstra-se a legalidade desses decretos dentro da ordem jurídica. O contexto social exige a atenção e adequação do aparato Estatal, o que é feito a partir desses instrumentos que podem ser enquadrados na modalidade de decretos autônomos, voltados a disciplinar o funcionamento da administração pública.

Todavia, em que pese os esforços envidados pelos chefes dos Poderes Executivos, o que acaba se formando é uma grande “colcha de retalhos” sobre o tema, com inúmeros decretos dispendo de maneiras bastante díspares sobre o uso do nome social em diferentes esferas.

Possivelmente, caso submetidos à uma detida análise de adequação material à Constituição Federal, alguns desses decretos não sobreviveriam no ordenamento jurídico, por afrontarem princípios constitucionais basilares. No entanto, esclarece-se que não se pretende adentrar em uma análise mais aprofundada no presente tópico, cumprindo apenas apresentar ao leitor três desses decretos e algumas observações quanto às suas disposições sobre o uso do nome social.

O decreto n. 8.727 de 28 de abril de 2016 dispõe sobre o uso do nome social no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Em nível estadual, dispondo sobre o mesmo assunto, tem-se o decreto n. 55.588 de 17 de março de 2010 e, em nível municipal, tem-se o decreto n. 57.559 de 22 de dezembro de 2016, relacionado à administração pública direta e indireta do município de São Paulo.

O decreto federal dispõe que o nome social constará nos documentos e registros, no entanto, deverá sempre vir acompanhado do nome civil:

Art. 3º Os registros dos sistemas de informação, de cadastros, de programas, de serviços, de fichas, de formulários, de prontuários e congêneres dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional deverão conter o campo “nome social” em destaque, acompanhado do nome civil, que será utilizado apenas para fins administrativos internos.²⁵⁶

Disposição nesse mesmo sentido se observa no decreto estadual. Evidente que com tal medida o decreto não evita que a pessoa seja exposta a uma situação constrangedora, pois o nome civil sempre irá aparecer ao lado do nome social, lembrando a todo o momento e a qualquer interlocutor dessa condição da pessoa em questão. Ora, se a pessoa trans escolhe ser reconhecida no meio social por determinado nome, parece evidente que ela espera que as demais pessoas se esqueçam do prenome registral, correto? O decreto federal, entretanto, despreza essa vontade.

O decreto municipal, por sua vez, parece ter sido mais cuidadoso nesse aspecto e compreensivo no que tange a exposição vexatória que é feita caso se insista no uso do nome civil:

²⁵⁶ BRASIL. Decreto n. 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/DF, 29 abr. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8727.htm>. Acesso em: 23 mar. 2017.

Artigo 4º § 3º O nome social deve ser adotado e utilizado em quaisquer manifestações da Administração Municipal, vedado o uso do respectivo nome civil, substituindo-o, quando necessário, por número de documento oficial.²⁵⁷

A vedação expressa ao uso do nome civil vem no sentido de resguardar as pessoas trans de uma exposição desnecessária e coaduna com a ideia de proteção aos direitos da personalidade e ao nome social. É uma forma de assegurar a essas pessoas um tratamento com dignidade nos espaços públicos, evitando que sejam vítimas de tratamentos discriminatórios e também motivo de chacotas. O decreto municipal é ainda mais minucioso em alguns pontos, ao estabelecer, por exemplo, que não poderão serão feitas quaisquer outras exigências que não a autodeclaração.

Analizando superficialmente apenas esses três decretos é possível notar quão díspares podem ser os tratamentos dispensados. Com isso, fica evidente que a ausência de uma normativa geral sobre o uso do nome social acaba por deixar a população transexual mais vulnerável e exposta às vontades de cada administrador. Além disso, como não há nenhuma lei impondo o respeito ao nome social na esfera privada, é possível que particulares se neguem a observar e atender pessoas transexuais pelo prenome que se identificarem.

Uma vez que a população trans não tem encontrado amparo e regulamentação aos seus direitos, é evidente que o Estado falha no seu dever de proteção e de promoção da inclusão social desse grupo vulnerável, pois a dificuldade de uso do nome social os coloca ainda mais à margem da sociedade.

Vale observar que mesmo os decretos autônomos não se mostram suficientes para sanar a omissão, uma vez que eles se mostram insuficientes e, algumas vezes, até mesmo inadequados para a tutela pretendida.

Se a Constituição Federal de 1988 não admite qualquer tipo de preconceito, como entender que o legislador ordinário não se preocupe em normatizar o uso do nome social para evitar que pessoas transgêneras sejam expostas a tratamentos discriminatórios? E, sendo o nome algo tão importante para a formação da personalidade de qualquer indivíduo, como é admissível negar-se a proteção ao nome social, que é tão caro para a formação da personalidade do indivíduo trans?

²⁵⁷ SÃO PAULO (Município). Decreto n. 57.559 de 22 de dezembro de 2016. Dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de travestis, mulheres transexuais e homens trans no âmbito da Administração Pública Direta e Indireta, conforme especifica. **Diário Oficial da Cidade**, 23 dez. 2016. Disponível em: <<http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/decreto-57559-de-22-de-dezembro-de-2016/>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

Como dito, o nome social é essencial para que as pessoas transgêneras se sintam respeitadas em sua individualidade e identificadas como verdadeiramente se sentem perante a sociedade. De tal forma, parece elementar que o Poder Legislativo seja constantemente provocado sobre o tema, para que se venha a ter uma legislação unívoca sobre a proteção e uso do nome social, estendendo a obrigação de respeito também a particulares.²⁵⁸

Enquanto se aguarda uma mudança de posição, muitas vezes as pessoas transgêneras recorrem à alteração do registro civil via Poder Judiciário como forma de sanar definitivamente a questão e não mais se submeterem a situações discriminatórias e constrangedoras.

²⁵⁸ Cf.1.6.2, *supra*.

4. ALTERAÇÃO DO REGISTRO CIVIL DE PESSOAS TRANSEXUAIS: FUNDAMENTOS JURÍDICOS E JURISPRUDÊNCIA

4.1 ALTERAÇÃO DO REGISTRO CIVIL DE PESSOAS TRANSEXUAIS

Sabe-se que a realidade heteronormativa hegemônica é bastante hermética e tende a cercear espaços para discussões dos direitos das pessoas transgêneras. Em que pese a homossexualidade, transexualidade e travestilidade serem manifestações presentes desde a antiguidade, o reconhecimento de direitos dessas pessoas não é algo que ocorreu naturalmente e tem sido produto de muitas lutas.

As primeiras batalhas foram travadas pelo movimento de homossexuais, o qual foi agregando diversidades de identidades ao seu redor. A própria sigla utilizada atualmente LGBTTI (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais, Travestis e Intersex) permite identificar a variedade de subgrupos que se unem, pois têm como ponto de convergência o histórico de reiteradas violações de direitos em razão de sua identidade de gênero e/ou orientação sexual.

Em que pese tal convergência, é inegável o distanciamento em diversas outras pautas, que se tornam específicas a partir da realidade vivenciada por cada subgrupo. A título de exemplo, um transexual sofre preconceitos diferentes daqueles que são enfrentados por lésbicas e gays. Para um gay ou uma lésbica, ainda que sua orientação sexual não seja moldada pelo padrão heteronormativo vigente, a aceitação dessa diferença é o maior obstáculo que terá que enfrentar.

De outra sorte, a pessoa transexual vive conflitos diferentes, a começar em relação ao preconceito que existe em relação a imagem da pessoa trans. Para além disso, dentro da própria medicina são encontrados preconceitos: o saber médico caracteriza a transexualidade como sendo um distúrbio psíquico (CID-10 F64²⁵⁹). E mais. Ainda que já tenha se submetido à cirurgia de redesignação sexual, surgem outros óbices e dificuldades à pessoa transexual, como ter que alterar o nome e sexo constantes nos documentos pessoais²⁶⁰, além da sujeição constante ao uso de hormônios.

²⁵⁹ 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 DE SAÚDE. **Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde - CID-10**. Disponível em: <<http://www.datasus.gov.br/cid10/v2008/cid10.htm>>. Acesso em 13 nov.2016).

²⁶⁰ BENTO, Berenice. Nome social para pessoas trans: cidadania precária e gambiarra legal. **Revista Contemporânea**. São Paulo: São Carlos, v. 4, n. 1, jan./jun. 2014, p. 165-182.

Essa breve explanação é capaz de demonstrar que a transexualidade acentua consideravelmente a vulnerabilidade desses indivíduos, em razão de todas as situações de discriminação a que são expostos por terem sua identidade de gênero conflitante com o sexo biológico.

Dito isso, o escopo do presente Capítulo é tratar sobre a questão da alteração do prenome e do estado sexual no registro civil de uma pessoa transexual. Diante da ausência de uma proteção estatal mais efetiva sobre o nome social e, considerando que permanecer com o nome e estado sexual discrepantes da identidade de gênero acaba por gerar situações constrangedoras para transexuais e travestis, muitas vezes a opção que resta é recorrer ao Poder Judiciário para alterar o registro civil, já que não existe previsão para que se faça essa alteração administrativamente.

Acontece que, o Poder Judiciário oferece diferentes soluções, de acordo com a formação e convicção do magistrado que aprecia a matéria que lhe foi apresentada, conforme será analisado nos julgados a seguir colacionados. Isso termina por gerar outras tantas exposições e discriminações das pessoas transgêneras.

O nome, como visto, desempenha papel fundamental na formação da personalidade da pessoa e na sua identificação perante a sociedade. Ele é parte importante para determinar como a pessoa se reconhece em sociedade. Nesse sentido, Leonardo Brandelli traz que

O direito à identidade, o qual estabelece um elo entre o indivíduo e a sociedade, tem a missão de individualizar a pessoa perante a coletividade, em todos os seus aspectos pessoais identificadores, incluindo-se aí a correta designação do estado sexual. Em outras palavras, o indivíduo tem o direito fundamental de ver atribuída a si a correta designação de sexo e, caso haja alguma incongruência nesta designação, tem o direito de vê-la retificada.²⁶¹

Nesse contexto, é importante retomar aquilo que se entende por direito à identidade como “[...] o direito da pessoa de individualizar-se perante a sociedade através dos elementos que fazem com que a sua personalidade se exteriorize”.²⁶² Ou seja, é permitido à pessoa manifestar-se publicamente, exteriorizando elementos que serão individualizadores perante a sociedade, que construirão a sua personalidade e identidade perante aquele grupo de pessoas (expressão de gênero).

Dentre esses elementos que podem ser exteriorizados, está a identidade de gênero, que vem manifestada pelo uso de nome social, pelas vestimentas, pelo comportamento do

²⁶¹ BRANDELLI, *op. cit.*, p. 165.

²⁶² *Ibidem.*, p. 173.

indivíduo. E o direito fundamental à identidade de gênero²⁶³ significa nada mais que “[...] o direito da pessoa de identificar seu gênero sexual perante a coletividade, através dos elementos exteriorizadores”.²⁶⁴ Então, concluiu-se que negligenciar o respeito à identidade de gênero, é uma ofensa à dignidade enquanto autonomia.

Para que seja evitada tal violação, é importante que se entenda a necessidade de alterar não só o prenome, mas também o sexo constante no registro da pessoa transgênera. Isso porque o registro civil é documento público e o reconhecimento da identidade de gênero no estado sexual constante naquele “pedaço de papel” representa a segurança jurídica mínima que busca uma pessoa transexual em não ser questionada sobre eventual desalinhamento com o padrão cisgênero.

De nada adiantaria, por exemplo, que fosse alterado apenas o prenome, passando a identificar em registro civil determinada pessoa como Maria, mas permanecendo o sexo civil como sendo masculino.²⁶⁵ Essa incompatibilidade certamente geraria uma exposição e violação aos direitos de identidade ainda maior. Nesse sentido, Leonardo Brandelli dispõe:

Se a pessoa é reconhecida socialmente como pertencendo ao sexo feminino, porque tem aparência, inclusive genital, correspondente a este sexo, não deve prevalecer o sexo genético, uma vez que as outras pessoas as relações sociais não verão nos olhos do transexual a sua constituição genética, perceptível somente aos olhos da ciência, diante de determinados exames.²⁶⁶

Do excerto, presume-se que para o autor o sexo morfológico (genitália externa), deve condizer com o sexo constante no registro civil. Nesse caso, seria necessário submeter a pessoa transgênera à redesignação sexual. Todavia, a premissa deste trabalho se entende para além do que o autor expôs: assume-se como prescindível a intervenção cirúrgica de transgenitalização para que se reconheça o direito à alteração do prenome e estado sexual.

Se a pessoa não se reconhece como pertencente ao sexo biológico de nascença e vive outra identidade de gênero perante a sociedade, é dispensável qualquer alteração do sexo morfológico para que alcance a alteração de seu registro civil, sob pena de se incorrer em violação de direitos dessa pessoa.

²⁶³ Cf. 2.4, *supra*.

²⁶⁴ BRANDELLI, **op. cit.**, p. 173.

²⁶⁵ Conforme explicado no início do trabalho, adota-se a lógica binária pois, em regra, busca-se o reconhecimento dentro desse padrão, posto que é o adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, o que não significa que se neguem as classificações sociológicas de gênero apresentadas anteriormente no trabalho.

²⁶⁶ BRANDELLI, **op. cit.**, p. 174.

Esse olhar é essencial para que se garanta uma inclusão social das pessoas transexuais, que muitas vezes são marginalizadas por não se enquadrarem nos padrões heteronormativos vigentes.

É importante lembrar que transexuais “são indivíduos intranquilos, deprimidos, angustiados, inconformados com sua situação peculiar, anômala. São indivíduos infelizes, [...] são marginalizados”²⁶⁷ e negar a possibilidade de alteração do nome e sexo civil é uma forma de agravar essa vivência angustiante e também “[...] de negar o exercício de cidadania ao transexual, de impedir o livre desenvolvimento de sua personalidade, de negar-lhe a dignidade como ser humano”.²⁶⁸

4.1.1 Fundamentos Jurídicos para Alteração do Prenome e Estado Sexual das Pessoas Transexuais

Em que pese não haver nenhuma disposição expressa no ordenamento jurídico brasileiro, a permissão para alterar o registro de pessoas transgêneras é extraída da leitura sistemática da Constituição Federal de 1988 e das normas infraconstitucionais, que fornecem fundamentos suficientes para que seja feita a retificação do prenome e sexo civil.

No Capítulo 2 foram abordados os princípios da dignidade da pessoa humana, da vedação à discriminação e o dever de promoção da igualdade, trazidos pela Constituição Federal de 1988 em seus artigos 1º e 3º, como fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil.

A dignidade da pessoa humana²⁶⁹ é viga mestra da Constituição brasileira de 1988, sendo que o objetivo do constituinte em resguardá-la pode ser percebido pelo amplo rol de direito e garantias fundamentais e sociais materializados no corpo da Constituição. O Estado, portanto, deve buscar, por todos meios possíveis, concretizar a dignidade de seus cidadãos, e para isso deve permitir o livre desenvolvimento da personalidade e a busca da felicidade. Como bem diz José Afonso da Silva, a “[...] dignidade da pessoa humana é valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”.²⁷⁰

²⁶⁷ SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual**. São Paulo: RT, 1998. p. 255-261.

²⁶⁸ **Ibidem**.

²⁶⁹ Cf. 1.5, *supra*.

²⁷⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 8.

É por isso que se deve garantir às pessoas transexuais todas as condições para que vivam dignamente:

[...] os transexuais, como pessoas humanas existentes na sociedade brasileira, possuem o direito de viver com dignidade, como qualquer outro ser humano, devendo o Estado proporcionar-lhes todas as condições necessárias para que tenham o direito preservado à vida digna.²⁷¹

Sobre o princípio da igualdade, relembra-se a afirmação de Boaventura de Souza Santos de que: “As pessoas e os grupos sociais têm o direito de ser iguais quando a diferença as inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade as descaracteriza”.²⁷² Entende-se pertinente retomar que a igualdade preconizada na Constituição brasileira de 1988 é uma igualdade material, ou seja, não se está diante de uma mera igualdade perante a lei, mas sim de um dever de promoção de igualdade substancial.

Essa norma-princípio faz surgir para o Estado um poder-dever de assegurar que minorias e grupos vulneráveis não sejam excluídos e, não somente isso, de garantir a esses grupos condições mínimas para participação em nível de igualdade com as demais pessoas da sociedade:

Exsurge, outrossim, um poder-dever do Estado de criar mecanismos de inserção e proteção das minorais, abstendo-se de discriminações arbitrárias. O princípio da igualdade exige, *prima facie*, que somente haja tratamentos desiguais caso isso seja justificado por princípios contrapostos.²⁷³

Pareados a esses princípios norteadores, seguem outros trazidos pelo constituinte, como o objetivo fundamental de “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (artigo 3º, inciso I) e o de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (artigo 3º, inciso IV), que complementam o sentido daqueles.

Por se tratar de uma parcela vulnerável, sobre a qual existe um déficit de aceitação social, depreende-se que existe um dever constitucional de promoção da inclusão social das

²⁷¹ GAMBOGI, Luís Carlos Balbino; OLIVEIRA, Mariana Tamara de Lima. Implicações jurídicas na alteração de prenome e gênero no registro civil de transexual não operado. **Revista Gênero, Sexualidade e Direito**, Belo Horizonte, v. 2, n. 1, jan./jun. 2016, p. 111-132.

²⁷² SANTOS, Boaventura de Souza. **As tensões da modernidade**. In: FÓRUM SOCIAL MUNDIAL, Porto Alegre, 2001. Disponível em: < <http://www.forumsocialmundial.org.br/dinamic/boaventura.php> >. Acesso em: 6 fev. 2017.

²⁷³ SANTOS, Leonardo Fernandes dos. Quarta Geração/Dimensão dos Direitos Fundamentais: Pluralismo, Democracia e o Direito de Ser Diferente. *Revista Direito Público*, Brasília, v. 8, n. 35, mar. 2011, p. 66-83. Disponível em: < <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1826> > Acesso em: 18 fev. 2017.

pessoas transgêneras, que decorre da irradiação das normas-princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

Para além disso, já se discorreu que o direito ao nome e ao nome social configuram enquanto direitos fundamentais materiais²⁷⁴ e, a partir dessa compreensão, é possível asseverar que sobre eles recaem proteções de ordem constitucional.

Sendo assim, uma interpretação sistemática conduz à conclusão de que, em relação à pessoa transgênera, para se alcançar uma dignidade concreta, deve-se garantir uma vivência plena e integrada no seio da sociedade e isso pressupõe o respeito e reconhecimento à sua identidade de gênero.

Seguindo essa tendência o próprio direito civil, antes muito voltado para as questões patrimoniais, vem sendo reinterpretado à luz da Constituição Federal de 1988 para que a tutela da dignidade da pessoa humana seja colocada em evidência. Nas palavras de Leonardo Brandelli “[...] o direito civil deixa de ser um direito patrimonialista, que tutela primariamente a propriedade e o contrato, e passa a preocupar-se de maneira efetiva e primordial com a pessoa”.²⁷⁵

Ao se voltar para a tutela da dignidade da pessoa humana, os direitos da personalidade assumem dimensão de grande importância, conforme foi visto no Capítulo 3. É a partir dos direitos da personalidade que o indivíduo se realiza e o direito ao nome é um dos principais deles, posto que o nome é o elemento identificador do ser perante a sociedade.

Quando se observa a situação das pessoas transexuais, vê-se uma dupla violação: além de terem nome de registro incompatível com a identidade de gênero, o sexo civil também as expõe a situações discriminatórias, pois não condiz com a figura que se apresentam em sociedade:

O transexual nesta situação, sem alteração do seu sexo civil e prenome, vive à margem da sociedade, vive uma situação de angústia, de incerteza, de abalo psicológico, que certamente não se coaduna com os ditames do princípio da dignidade da pessoa.²⁷⁶

Como já mencionado, a inércia do legislador na elaboração de norma específica deixa esse grupo desamparado no que tange o seu direito ao nome. Contudo, mesmo diante de tal omissão, as normas constitucionais acima trazidas, interpretadas sistematicamente,

²⁷⁴ Cf. 3.1.1, *supra*.

²⁷⁵ BRANDELLI, *op. cit.*, p. 174.

²⁷⁶ *Ibidem.*, p. 175.

configuram fundamento jurídico suficiente para justificar a alteração do prenome e sexo no registro civil. Nesse sentido, Maria Berenice Dias faz importante reflexão:

Um dos instigantes fenômenos que estão a reclamar regulamentação é o da transexualidade, pois diz com a identidade do indivíduo e se reflete em sua inserção no contexto social. A proteção do transexual se refere ao direito à intimidade, um dos elementos do direito de personalidade, que merece destacada atenção constitucional, quando se fala em tutela da dignidade da pessoa humana. [...] Contudo, a determinação do sexo não decorre exclusivamente das características físicas exteriores. A problemática da identidade sexual de alguém é muito mais ampla do que seu sexo morfológico. A aparência externa não é a única circunstância para a atribuição de gênero, pois com o lado externo concorre o elemento psicológico. A mera utilização desse critério de verificação do sexo, com desprezo às características secundárias e terciárias da sexualidade humana, não possibilita descartar eventuais ambiguidades sexuais. O sexo civil ou jurídico deve espelhar e coincidir com o sexo vivido socialmente pela pessoa e por isso não admite ambiguidades. [...] Eventual incoincidência entre o sexo anatômico e o psicológico gera problemas de diversas ordens. Além de um profundo conflito individual, ocorrem repercussões nas áreas médica e jurídica, pois o transexual tem a sensação de que a biologia se equivocou com ele. Ainda que reúna em seu corpo todos os caracteres orgânicos de um dos sexos, seu psiquismo pende, irresistivelmente, ao sexo oposto. Mesmo sendo aparentemente 'normal', nutre profundo inconformismo com o seu sexo biológico e, o intenso desejo de modificá-lo, leva à busca de adequar a externalidade à sua alma. [...] **Não é um processo passageiro. É a busca consistente de integração física, emocional, social, espiritual e sexual, conquistada com muito esforço e sacrifícios por pessoas que vivem infelizes e muitas vezes depressivas quanto ao próprio sexo.** [...] Inquestionavelmente aflitiva a situação de quem, com características de um sexo, tem documentação que o declara como pertencente ao gênero corporal em que foi registrado. **O nome deve existir para identificar a pessoa e não expô-la ao burlesco, como se refere Tereza Rodrigues Vieira:** Aliás, a ridicularia nos casos de transexualidade está patente na desconformidade da aparência física e psíquica do indivíduo com o exarado em sua documentação legal. **O avanço no campo médico não foi acompanhado pela legislação, inexistindo qualquer previsão legal admitindo a alteração quer do nome, quer da identidade sexual. A posição jurídica da pessoa no seio da coletividade constitui um dos mais importantes atributos da personalidade. O registro civil serve para fixar os principais fatos da vida humana, por meio de um conjunto de atos autênticos tendentes a fazer prova segura e certa do estado da pessoa, status que consiste no seu modo particular de existir.**²⁷⁷

Além dessas, outras normativas do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, com *status* de normas supralegais (artigo 5º, §2º da Constituição Federal), podem ser invocadas.

²⁷⁷ DIAS, Maria Berenice. Direito à identidade transexual. In: SÉGUIN, Elida (Coord.). **Direito, relações de gênero e orientação sexual**. São Paulo: Editora Letra da Lei, 2009. p. 21-23. Grifos nossos.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)²⁷⁸ traz em seus artigos 5º e 11 o direito de toda pessoa ter respeitada sua integridade física, psíquica e moral e, também, sua honra e dignidade.²⁷⁹

Igualmente nessa linha, a Declaração Universal dos Direitos Humanos²⁸⁰, em seu art. XXII dispõe que “Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”, e o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador)²⁸¹, traz em seu artigo 10 que “Toda pessoa tem direito à saúde, entendida como o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social.”

Além desses documentos, a Carta de Princípios de Yogyakarta traz como 3º princípio a previsão de que “ninguém poderá ser obrigado a submeter-se a procedimentos de médicos, inclusive à cirurgia de redesignação sexual, esterilização ou tratamento hormonal, como um requisito para reconhecimento legal de identidade e gênero”.

No âmbito infraconstitucional, tem-se ainda o argumento de que a Lei de Registros Públicos prevê, em seu artigo 58, a possibilidade de se alterar o prenome por apelido público notório. Como as pessoas trans muitas vezes passam a fazer uso de um nome social pelo qual são reconhecidas no meio em que se inserem, acabam por fazer jus à alteração do prenome com base nesse argumento jurídico.

Vale lembrar que em 2014 foram aprovados dois enunciados relacionados ao tema na I Jornada de Direito da Saúde promovida pelo Conselho Nacional de Justiça, que merecem transcrição integral:

ENUNCIADO N. 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.

²⁷⁸ BRASIL. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica) de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 9 nov. 1992. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 6 out. 2017.

²⁷⁹ Artigo 5. 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral; Artigo 11. 1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.

²⁸⁰ ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal de Direitos Humanos**. Paris, 1948. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2017.

²⁸¹ BRASIL. Decreto n. 3.321, de 30 de dezembro de 1999. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), de 17 de novembro de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, 31 dez. 1999. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3321.htm>. Acesso em: 6 out. 2017.

ENUNCIADO N. 43 É possível a retificação do sexo jurídico sem a realização da cirurgia de transgenitalização.²⁸²

Os enunciados demonstram que o Poder Judiciário tem avançado nas discussões sobre ao tema e podem ser usados como argumentação para formação do convencimento do Magistrado.

Diante do que foi exposto, é evidente que eventual negativa à alteração do prenome e do sexo civil revelaria uma ofensa ao princípio da dignidade humana, configurando verdadeira ofensa ao exercício do direito ao nome e do direito à identidade de gênero:

Por força deste princípio [dignidade da pessoa humana], que, como vimos, eleva a pessoa ao centro do ordenamento, fazendo com que os demais institutos jurídicos a ela se curvem, tem o transexual o direito à redesignação sexual e nominal, posto que só assim será uma pessoa na verdadeira acepção do termo, e estará livre dos olhares desconfiados que o colocam à margem do direito, o que fere seguramente os direitos da personalidade, máxime a dignidade da pessoa.²⁸³

No mesmo sentido, Karen Schwach explica que

A retificação dos registros civis dos transgêneros é o tratamento do indivíduo em conformidade com o ditame constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana, com impacto profundo na autoestima desta população. Constata-se uma enorme importância do nome na autoestima, representando um meio de inclusão social. Cem por cento dos indivíduos que responderam o questionário apresentado pelo SOS Dignidade relataram aumento na autoestima e na qualidade de vida, e 75% disseram que passaram a sentir menor ansiedade com relação à cirurgia de transgenitalização, concluindo-se que esta operação deixa de ser vista como a única forma de inclusão social.²⁸⁴

Do trecho transcrito, compreende-se a importância que assume um tratamento jurídico que respeite a identidade e personalidade trans, principalmente no que tange à integração e inclusão social dessas pessoas. É constrangedor para indivíduos transgêneros apresentarem documentos com nome e sexo divergentes da aparência, conduzindo a situações absurdas, ao ponto de se desconfiar que se trata de pessoa cometendo ilícito, como bem explica Karen Schwach:

²⁸² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Enunciados aprovados na I Jornada de Direito da Saúde**. São Paulo/SP, 15 maio. 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENARIA_15_5_14_r.pdf>. Acesso em: 6 out. 2017.

²⁸³ BRANDELLI, **op. cit.**, 175.

²⁸⁴ SCHWACH, Karen. A mudança de nome em indivíduos transgêneros em pauta na Conferência Internacional de Aids. **Agência de Notícias da AIDS**, 2012. Disponível em: <<http://agenciaaids.com.br/artigos/interna.php?id=396>>. Acesso em: 4 abr. 2017.

A dificuldade suportada pelos transgêneros e a situação vexatória a que são expostos, quando da apresentação dos documentos com o nome de registro em total discrepância com aparência e personalidade de seu respectivo portador, enseja o questionamento acerca da aceitação legal e social da classificação de gênero pelo sexo biológico. Já foram relatados por diversos transgêneros o tratamento marginalizado a que são submetidos, chegando ao ponto de serem, até mesmo, impossibilitados de fazerem o uso de cartão de crédito, tudo porque o atendente não acredita que o indivíduo é o mesmo daquele cujo nome consta no cartão e demais documentos de identificação, sendo que muitas vezes tais situações culminaram no Distrito Policial.²⁸⁵

A alteração do prenome e estado sexual no registro civil dessas pessoas é, portanto, condição fundamental para um livre exercício da cidadania e integração social desse grupo vulnerável.

A ausência de uma normativa específica regulamentando o assunto não obsta que tais alterações sejam feitas, pois os fundamentos jurídicos de ordem constitucional suprem a omissão do legislador ordinário e vão ao encontro da proteção da pessoa e do desenvolvimento de sua personalidade.

4.2 JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA ACERCA DA ALTERAÇÃO DO PRENOME E ESTADO SEXUAL

Neste tópico se pretende analisar como os pedidos de alteração de prenome e estado sexual têm sido recebidos e resolvidos pelo Poder Judiciário, algumas vezes com compreensões muito discrepantes entre si.

As pesquisas a seguir apresentadas foram feitas junto aos sites de busca de jurisprudência dos tribunais aqui mencionados, valendo-se das expressões “transexual” e “retificação de assento”. Assim, grande parte das decisões usadas para o estudo proposto são de Segunda Instância e de Tribunais Superiores. Alguns julgados foram compilados de artigos e obras que também tangenciaram o tema. Importante mencionar que os julgados trazidos serão das mais diversas datas e anos, buscando acompanhar também a evolução do entendimento jurisprudencial acerca do assunto.

De início, destacam-se as decisões mais antigas que se atêm exclusivamente ao aspecto biológico e apresentam argumentos no sentido de que, ainda que fosse realizada uma cirurgia de transgenitalização, internamente a pessoa continuaria a pertencer a determinado sexo biológico, o que não poderia permitir a alteração do estado sexual no registro civil (em

²⁸⁵ **Ibidem.**

que pese não afastar a possibilidade de alteração do prenome). Esse entendimento foi o que pautou a decisão tomada no caso Roberta Close:

Em primeiro grau de jurisdição, a Juíza Conceição Mousnier reconheceu o direito à retificação de sexo e nome, tendo havido recurso do Ministério Público. Em 10 de maio de 1994, a 8ª Câmara Cível do aludido Tribunal [do Estado do Rio de Janeiro], tendo por relator o Des. Luiz Carlos Guimarães, ao julgar a Apelação nº 4.425/93, reformou-se a sentença de primeiro grau para dar provimento ao recurso ministerial, sob o então prestigiado argumento de que a cirurgia transexual não altera os órgãos sexuais internos, que continuavam masculinos, bem como de que não poderia ser priorizado o sexo psicológico sobre o biológico, concluído que aquele representaria uma pretensa explicação para desvios de conduta.²⁸⁶

Esse entendimento exarado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro no ano de 1994 não era isolado. O autor Leonardo Brandelli cita em sua obra outros julgados que se mostravam adeptos do pensamento:

No Estado do Paraná, também encontramos exemplos desta corrente jurisprudencial, como no Acórdão nº 10.842, proferido em apelação cível em 13 de fevereiro de 1995, pela 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça daquele Estado, inadmitindo a alteração de sexo e nome pelos mesmos argumentos constantes das decisões acima elencadas, exarando ainda a preocupação em evitar a possibilidade de casamento futuro entre pessoas do “mesmo sexo”. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, da mesma forma dos acima citados, contém exemplos de arestos denegando a alteração do nome do transexual. Nesse sentido o acórdão proferido na Apelação Cível nº 597.134.964, em 29-8-1997, tendo por relator o Desembargador Tael João Salistre.²⁸⁷

Essa corrente de entendimentos adere ao pensamento de Ricardo Dip, que sustenta que o registro civil deve refletir a realidade fática e, uma vez que o procedimento cirúrgico de transgenitalização não altera o sexo biológico (genético), não se poderia alterar o estado sexual do transgênero em seu registro.²⁸⁸ Partilhando dessa compreensão Luiz Flávio Borges D’Urso discorre:

[...] a operação de mudança de sexo, realizada pelo transexual, pode lhe dar aparência externa de outro sexo, mas jamais o transformará em um ser de outro sexo, pois aquele homem sem pênis, um eunuco, jamais terá ovários, trompas, etc. e sua vagina não terá elasticidade, não será revestida por mucosa e sim por pele e não haverá lubrificação vaginal, portanto, jamais será uma mulher.²⁸⁹

²⁸⁶ BRANDELLI, *op. cit.*, p. 170.

²⁸⁷ *Ibidem*.

²⁸⁸ DIP, Ricardo. **Registros públicos**: trilogia do camponês de Andora. Campinas: Millenium, 2003. p. 53-59.

²⁸⁹ D’URSO, Luiz Flávio Borges. O transexual, a cirurgia e o registro. **Revista Jurídica**, v. 229, nov. 1996, p. 21.

Tal posicionamento representa uma visão biologizante, uma vez que fica adstrito ao sexo gonádico, morfológico ou genético do indivíduo, ignorando quaisquer outros aspectos sociais que levem à formação de gênero da pessoa. Esse entendimento, contudo, parece superado em grande parte da jurisprudência, pois atualmente argumentos nesse sentido são raramente encontrados e há uma tendência do direito a voltar o olhar para as interações sociais e para como o indivíduo se insere e relaciona em sociedade.

Todavia, outros óbices ainda são encontrados na jurisprudência. A exemplo, apresenta-se julgado abaixo colacionado:

Apelação cível. Alteração de registro civil. Mudança de prenome e de sexo. Autora que aguarda na fila de espera do sus para a realização de cirurgia de transgenitalização. Improcedência, de plano. Violação ao devido processo legal. Cerceamento de defesa detectado. Desconstituição da sentença. Comporta desconstituição a sentença proferida sem a oportunização de produção das provas requeridas pela parte autora. Alteração do sexo e prenome antes da realização da cirurgia de transgenitalização. Matéria que se revela controvertida no âmbito doutrinário e jurisprudencial, o que fomenta a necessidade de observar o devido processo legal, possibilitando à parte provar suas alegações.²⁹⁰

No caso apresentado acima, julgado no ano de 2012, o indivíduo transexual recorreu ao Poder Judiciário para ter seu nome e estado sexual alterados, sendo que em Primeira Instância foi prontamente cerceado em seu direito, vez que o magistrado *a quo* entendeu que, para tal formulação em Juízo, era necessário antes a realização da cirurgia de transgenitalização. Acertadamente, o Tribunal do Rio Grande do Sul anulou a sentença para que o feito prosseguisse e ao interessado fosse oportunizada a produção de provas.

Entendimentos como o acima colocado não são raros, conforme observa em outro julgado do ano de 2015, oriundo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

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

²⁹⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação n. 70046893582**. Des. Relator Ricardo Moreira Lins Pastl, Oitava Câmara Cível, Diário Eletrônico de 24/02/2012. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 6 out. 2017.

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.²⁹¹

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça da Bahia decidiu no ano de 2013:

Apelação cível. Ação de retificação de registro civil. Sentença que extinguiu o feito sem resolução do mérito por falta de interesse de agir. Interessado que ainda não realizou a cirurgia de neovaginoplastia. Impossibilidade. Carência de ação. Sentença que deve ser mantida. O Apelante pleiteia alteração do nome e de sexo no registro civil, afirmando que desde tenra idade, apesar da conformação genital masculina, psicologicamente se sente mulher, fazendo-se tornar conhecido pelo prenome de Milena. Todavia, o recorrente ainda não se submeteu à cirurgia de mudança de sexo, o que não permite alteração do nome e do sexo em seu registro civil. Precedentes jurisprudenciais. Sentença mantida. Recurso não provido.²⁹²

Na mesma linha, encontra-se jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro do ano de 2013:

Apelação cível. Ação de retificação de registro civil. Requerente objetiva modificação do prenome e do sexo no respectivo registro. Hipótese de transexualismo. Cirurgia de transgenitalizacao não realizada. Sentença de total procedência. Irresignação recursal tão somente em relação à retificação do sexo no referido assentamento. Sentença que se reforma parcialmente. Impossibilidade de retificação do registro civil em relação ao sexo do requerente, ante a inocorrência da cirurgia de transgenitalizacao. Provimento do recurso. 1. A questão trazida a julgamento cinge-se acerca da possibilidade de se permitir a alteração do sexo nos assentos registraes da parte autora, em virtude de transexualismo, sem que, contudo, o requerente tenha se submetido à cirurgia de redesignação de sexo, denominada transgenitalização. 2. Não mais se discute, nesta instância, a possibilidade da mudança de prenome, eis que a questão não foi alvo de recurso e a sentença transitou em julgado neste tocante. Acrescenta-se ainda que, conforme documento acostado à fl. 206, o registro civil da parte requerente já foi alterado, passando a constar o nome de Laila da Rocha Novaes, restando como ponto controvertido apenas a retificação do sexo no registro civil. 3. Constitui fato incontroverso que o autor ainda não efetuou a cirurgia de redesignação sexual, que conformará seus órgãos genitais de maneira definitiva ao sexo feminino, conservando, pois o apelado, o fenótipo masculino. 4. Releva notar que o registro civil goza de fé pública, devendo

²⁹¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação n. 70064503675**. Des. Relator Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Sétima Câmara Cível, Diário Eletrônico de 06/07/2015. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 6 out. 2017. Grifos nossos.

²⁹² BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação n. 03683226420128050001**. Des. Relator José Olegário Monção Caldas, Quarta Câmara Cível, Diário Eletrônico de 17/10/2013. Disponível em: <<http://www2.tjba.jus.br/consultaprocessual/index.wsp>>. Acesso em: 6 out. 2017.

espelhar a verdade, e o que se tem admitido, majoritariamente neste Tribunal de Justiça, é a alteração do registro, em relação ao sexo, quando o mesmo for submetido à cirurgia de redesignação sexual. 5. **De tudo quanto se expôs, extrai-se, com absoluta clareza, que o registro civil do requerente não se coaduna com a sua identidade sexual sob a ótica psicossocial. Não obstante, ao viso deste Órgão Colegiado, a modificação do sexo registral não é possível, sem que antes se proceda à cirurgia de transgenitalização, haja vista que, muito embora o apelado tenha aparência feminina, tanto que conhecida como tal e permitida a retificação de seu nome para adequação àquela, os órgãos internos que compõem o seu corpo são masculinos, e, neste aspecto, a aparência externa não foi modificada.** 6. Em que pese o apelado se perceber como mulher, fisiologicamente, é um homem, e é esta a condição que deve constar de seus assentos, até que realizada a cirurgia, marco identificador maior para o processo de adequação do sexo biológico ao sexo psicossocial. 7. Destarte, imperiosa a reforma parcial da sentença, para que seja julgado improcedente o pleito autoral no que tange à alteração do sexo do requerente em seu assento de nascimento. 8. Provimento ao recurso, determinando que permaneça, ao menos por ora, o sexo masculino, no registro civil do requerente, mantendo no mais a d. sentença.²⁹³

Os julgados acima permitem identificar outra barreira colocada à pessoa transexual na efetivação de seu direito e na afirmação de sua identidade de gênero: a exigência de realização de cirurgia de redesignação sexual. Sugere-se como necessária a prévia realização de cirurgia de transgenitalização sob o argumento de que o registro civil deve refletir a realidade e, uma vez que a genitália ainda condiz com o sexo genético, não poderia a pessoa trans obter um registro constando com sexo diverso.

É de conhecimento público que não há disponibilização de vagas suficientes no Sistema Único de Saúde que atendam à crescente demanda de cirurgias para redesignação sexual. Os custos para realização na esfera privada são altíssimos, muito além da capacidade econômica da maioria da população brasileira. E, além disso, procedimentos de neofaloplastia (alteração da genitália feminina para masculina), ainda estão em fase de testes e apresentam inúmeros riscos que a pessoa trans pode estar disposta a enfrentar ou não.

Por tal razão é que se afirma que condicionar a alteração do sexo jurídico à realização de cirurgia de transgenitalização é o equivalente a impingir sobre a pessoa trans uma coação à prática de ato violento à sua integridade física e moral, ferindo frontalmente o direito de escolha sobre seu próprio corpo. Ademais, certamente estaria se inviabilizando uma existência digna para a pessoa trans, por submetê-la a convivência forçada com um registro

²⁹³ RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação n. 00089819220118190045**. Des. Guaraci de Campos Vianna, Décima Nona Câmara Cível, Diário Eletrônico de 26/09/2013. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ConsultaUnificada/consulta.do#tabs-numero-indice0>>. Acesso em: 6 out. 2017. Grifos nossos.

civil não condizente com sua identidade de gênero, caso se refutasse ou não conseguisse realizar a cirurgia.

Os referidos julgados refletem uma visão ainda adstrita unicamente ao sexo morfológico da pessoa, ignorando discussões sobre o sexo psicológico e a identidade de gênero, elementos que, como visto, são essenciais para a construção da personalidade do indivíduo.

Sem refletir sobre a repercussão negativa que esse olhar segmentado pode representar para a dignidade do indivíduo em questão, os Tribunais afastam a alteração do estado sexual com argumentos médicos, ignorando todas as questões psicológicas e sociais adjacentes ao tema.

Tampouco são objeto de análise dos acórdãos os direitos da personalidade e de identidade de gênero das pessoas trans, sendo evidente que a argumentação jurídica trazida se mostra rasa e insuficiente, além de estar em total desacordo com os escopos de promoção da igualdade e de vedação ao tratamento discriminatório elencados pela Constituição Federal.

Nesse sentido, retomem-se os enunciados n. 42 e 43 aprovados na I Jornada de Direito da Saúde promovida pelo Conselho Nacional de Justiça, já transcritos acima, que dispõem ser prescindível a realização de cirurgia de transgenitalização para alteração do prenome e do sexo jurídico.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, foi instado a se manifestar sobre a alteração de prenome e estado sexual no Recurso Especial n. 1.008.398-SP. No caso, a pessoa já havia se submetido à cirurgia de transgenitalização e a argumentação da relatora Ministra Nancy Andrichi merece destaque, por ir ao encontro do que se discorreu até o presente momento:

Direito civil. Recurso especial. Transexual submetido à cirurgia de redesignação sexual. Alteração do prenome e designativo de sexo. Princípio da dignidade da pessoa humana.

- Sob a perspectiva dos princípios da Bioética - de beneficência, autonomia e justiça -, a dignidade da pessoa humana deve ser resguardada, em um âmbito de tolerância, para que a mitigação do sofrimento humano possa ser o sustentáculo de decisões judiciais, no sentido de salvaguardar o bem supremo e foco principal do Direito: o ser humano em sua integridade física, psicológica, socioambiental e ético-espiritual.

- A afirmação da identidade sexual, compreendida pela identidade humana, encerra a realização da dignidade, no que tange à possibilidade de expressar todos os atributos e características do gênero imanente a cada pessoa. Para o transexual, ter uma vida digna importa em ver reconhecida a sua identidade sexual, sob a ótica psicossocial, a refletir a verdade real por ele vivenciada e que se reflete na sociedade.

- A falta de fôlego do Direito em acompanhar o fato social exige, pois, a invocação dos princípios que funcionam como fontes de oxigenação do

ordenamento jurídico, marcadamente a dignidade da pessoa humana - cláusula geral que permite a tutela integral e unitária da pessoa, na solução das questões de interesse existencial humano.

- Em última análise, afirmar a dignidade humana significa para cada um manifestar sua verdadeira identidade, o que inclui o reconhecimento da real identidade sexual, em respeito à pessoa humana como valor absoluto.

- Somos todos filhos agraciados da liberdade do ser, tendo em perspectiva a transformação estrutural por que passa a família, que hoje apresenta molde eudemonista, cujo alvo é a promoção de cada um de seus componentes, em especial da prole, com o insigne propósito instrumental de torná-los aptos de realizar os atributos de sua personalidade e afirmar a sua dignidade como pessoa humana.

- A situação fática experimentada pelo recorrente tem origem em idêntica problemática pela qual passam os transexuais em sua maioria: um ser humano aprisionado à anatomia de homem, com o sexo psicossocial feminino, que, após ser submetido à cirurgia de redesignação sexual, com a adequação dos genitais à imagem que tem de si e perante a sociedade, encontra obstáculos na vida civil, porque sua aparência morfológica não condiz com o registro de nascimento, quanto ao nome e designativo de sexo.

- Conservar o “sexo masculino” no assento de nascimento do recorrente, em favor da realidade biológica e em detrimento das realidades psicológica e social, bem como morfológica, pois a aparência do transexual redesignado, em tudo se assemelha ao sexo feminino, equivaleria a manter o recorrente em estado de anomalia, deixando de reconhecer seu direito de viver dignamente.

- Assim, tendo o recorrente se submetido à cirurgia de redesignação sexual, nos termos do acórdão recorrido, existindo, portanto, motivo apto a ensejar a alteração para a mudança de sexo no registro civil, e a fim de que os assentos sejam capazes de cumprir sua verdadeira função, qual seja, a de dar publicidade aos fatos relevantes da vida social do indivíduo, forçosa se mostra a admissibilidade da pretensão do recorrente, devendo ser alterado seu assento de nascimento a fim de que nele conste o sexo feminino, pelo qual é socialmente reconhecido.

- Vetar a alteração do prenome do transexual redesignado corresponderia a mantê-lo em uma insustentável posição de angústia, incerteza e conflitos, que inegavelmente atinge a dignidade da pessoa humana assegurada pela Constituição Federal. No caso, a possibilidade de uma vida digna para o recorrente depende da alteração solicitada. E, tendo em vista que o autor vem utilizando o prenome feminino constante da inicial, para se identificar, razoável a sua adoção no assento de nascimento, seguido do sobrenome familiar, conforme dispõe o art. 58 da Lei n.º 6.015/73.

- Deve, pois, ser facilitada a alteração do estado sexual, de quem já enfrentou tantas dificuldades ao longo da vida, vencendo-se a barreira do preconceito e da intolerância. O Direito não pode fechar os olhos para a realidade social estabelecida, notadamente no que concerne à identidade sexual, cuja realização afeta o mais íntimo aspecto da vida privada da pessoa. E a alteração do designativo de sexo, no registro civil, bem como do prenome do operado, é tão importante quanto a adequação cirúrgica, porquanto é desta um desdobramento, uma decorrência lógica que o Direito deve assegurar.

- Assegurar ao transexual o exercício pleno de sua verdadeira identidade sexual consolida, sobretudo, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, cuja tutela consiste em promover o desenvolvimento do ser humano sob todos os aspectos, garantindo que ele não seja desrespeitado

tampouco violentado em sua integridade psicofísica. Poderá, dessa forma, o redesignado exercer, em amplitude, seus direitos civis, sem restrições de cunho discriminatório ou de intolerância, alçando sua autonomia privada em patamar de igualdade para com os demais integrantes da vida civil. A liberdade se refletirá na seara doméstica, profissional e social do recorrente, que terá, após longos anos de sofrimentos, constrangimentos, frustrações e dissabores, enfim, uma vida plena e digna.

- De posicionamentos herméticos, no sentido de não se tolerar “imperfeições” como a esterilidade ou uma genitália que não se conforma exatamente com os referenciais científicos, e, conseqüentemente, negar a pretensão do transexual de ter alterado o designativo de sexo e nome, subjaz o perigo de estímulo a uma nova prática de eugenia social, objeto de combate da Bioética, que deve ser igualmente combatida pelo Direito, não se olvidando os horrores provocados pelo holocausto no século passado. Recurso especial provido.²⁹⁴

No caso em tela, verifica-se que a despeito da cirurgia de redesignação sexual já ter ocorrido, a Desembargadora Relatora entendeu que o Direito não poderia fechar os olhos para o que acontece no plano fático: a requerente já vive como mulher e suporta tantos preconceitos em razão da divergência existente entre seu registro civil e sua identidade de gênero. Dessa forma, não se poderia negar a alteração, sob pena de incorrer em violação da dignidade, da igualdade, da liberdade, da intimidade dessa pessoa.

Neste sentido, Maria Berenice Dias dispõe que “A inadequação do nome ao registro gera um desajuste psicológico, afronta ao comando constitucional, revelando severa violação aos direitos humanos.”²⁹⁵ E o mesmo se pode dizer quanto ao estado sexual, pois a pessoa necessita apresentar a documentação de identificação pessoal nos mais diversos locais e, diante da divergência entre o que vem no registro e sua aparência, fica exposta à situações de discriminação e desconforto.

Por isso que as decisões que dispensam a realização de cirurgia de redesignação para alteração do prenome e do sexo jurídico são as mais condizentes com o escopo do constituinte e acompanham o movimento de desbiologização do Direito, pois dão aplicabilidade aos princípios constitucionais e garantem a plena inclusão social, com respeito à dignidade dessas pessoas, demonstrando um olhar mais voltado às construções sociais o que torna a aplicação do Direito menos fria.

Foi assim que o STJ entendeu recentemente (9 de maio de 2017), em decisão firmada pela Quarta Turma no REsp 1.626.739/RS, que reformou decisão oriunda do Tribunal

²⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.008.398/SP**. Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, Data do Julgamento: 12/10/2009. DJe 17/11/2009. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 5 out. 2017. Grifos nossos.

²⁹⁵ DIAS, **op. cit.**, p.124.

de Justiça do Rio Grande do Sul para permitir a alteração do estado sexual independentemente de cirurgia de transgenitalização.²⁹⁶ Tal decisão, ainda que não vincule outros magistrados, deve passar a servir como paradigma jurisprudencial.

Na pesquisa realizada, os Tribunais do Rio Grande do Sul e de São Paulo são os que apresentaram maior número de acórdãos no sentido da prescindibilidade da cirurgia de redesignação sexual para alteração do estado sexual, mesmo antes do posicionamento do STJ sobre o tema.

Abaixo é transcrito julgado do ano de 2015 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Apelação cível. Retificação do registro civil. Transexualismo. Alteração do gênero. Ausência de cirurgia de redesignação sexual ou transgenitalização. Possibilidade. O sexo é físico-biológico, caracterizado pela presença de aparelho genital e outras características que diferenciam os seres humanos entre machos e fêmeas, além da presença do código genético que, igualmente, determina a constituição do sexo - cromossomas XX e XY. O gênero, por sua vez, refere-se ao aspecto psicossocial, ou seja, como o indivíduo se sente e se comporta frente aos padrões estabelecidos como femininos e masculinos a partir do substrato físico-biológico. É um modo de organização de modelos que são transmitidos tendo em vista as estruturas sociais e as relações que se estabelecem entre os sexos. Considerando que o gênero prepondera sobre o sexo, identificando-se o indivíduo transexual com o gênero oposto ao seu sexo biológico e cromossômico, impõe-se a retificação do registro civil, independentemente da realização de cirurgia de redesignação sexual ou transgenitalização, porquanto deve espelhar a forma como o indivíduo se vê, se comporta e é visto socialmente. Apelação provida, por maioria.²⁹⁷

No referido julgado, a Relatora sustenta:

[...] prevalecendo a identidade psicossocial sobre a biológica, tenho que a cirurgia de redesignação sexual, independentemente de ser ou não desejada pelo transexual, a rigor é uma mutilação, sujeitando o pretendente à alteração do gênero a uma série de riscos totalmente indesejáveis e desnecessários, inclusive risco de morte, tendo em vista a natureza invasiva do procedimento, e não apenas uma cirurgia corretora ou de identificação/configuração sexual, razão pela qual não pode, a meu sentir, e, novamente, rogando vênias aos entendimentos contrários, ser exigida para a retificação do registro civil, salientando que se a aparência física assemelha-se após o procedimento cirúrgico ao gênero desejado, a configuração genética, o sexo cromossômico, jamais serão alterados.

²⁹⁶ Recurso que tramitou em segredo de justiça, razão pela qual não há referência.

²⁹⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação n. 70061053880**. Des. Relatora Sandra Brisolara Medeiros, Sétima Câmara Cível, Diário Eletrônico de 01/07/2015. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 6 out. 2017.

Destacou-se o excerto acima por trazer reflexão importante. Não parece existir fundamento para que se condicione a alteração do registro civil à realização da cirurgia de transgenitalização, pois, além de configurar uma ofensa aos direitos de autodeterminação e de disposição do próprio corpo, eventual cirurgia que venha a ser realizada jamais alterará a formação cromossômica do indivíduo. Ou seja, ainda que a genitália passe a corresponder ao sexo psicológico, biologicamente nada será modificado, não havendo qualquer justificativa plausível na imposição dessa condicionante. Na verdade, o que se demonstra é que dessa perspectiva a pessoa é vista pelo seu órgão sexual (genitalização), exclusivamente, desconsiderando-se qualquer outro aspecto de sua personalidade.

No mesmo sentido o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul se manifestou em outros julgados:

Apelação cível. Retificação de registro civil. Transgênero. Mudança de nome e de sexo. Ausência de cirurgia de transgenitalização. Constatada e provada a condição de transgênero da autora, é dispensável a cirurgia de transgenitalização para efeitos de alteração de seu nome e designativo de gênero no seu registro civil de nascimento. A condição de transgênero, por si só, já evidencia que a pessoa não se enquadra no gênero de nascimento, sendo de rigor, que a sua real condição seja descrita em seu registro civil, tal como ela se apresenta socialmente. Deram provimento. Unânime.²⁹⁸

Apelação cível. Ação de retificação de registro civil. Alteração do sexo/gênero. Transexualismo. Ausência de cirurgia de redesignação sexual. Viabilidade da alteração do registro. **Considerando que a identificação pelo gênero não é morfológica, mas, sim, psicológica e que a apelada comporta-se e identifica-se como uma mulher, seu gênero é feminino, sobrepondo-se à sua configuração genética, o que justifica a alteração no seu registro civil, assegurando o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.** Apelação desprovida, por maioria.²⁹⁹

Apelação cível. Ação de retificação de registro civil de nascimento. Mudança de sexo. Transgênero. Quando está comprovado que a retificação do registro de nascimento não trará qualquer prejuízo à sociedade e, sobretudo, garante a dignidade da pessoa humana daquele que a pleiteia, cumpre a procedência do pedido. **A identificação de gênero não está vinculada aos órgãos genitais, mas, sim, à identificação psíquica do ser humano.** Precedentes desta Câmara. Por maioria, deram provimento ao apelo.³⁰⁰

²⁹⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação n. 70057414971**. Des. Relator Rui Portanova, Oitava Câmara Cível, Diário Eletrônico de 09/06/2014. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 6 out. 2017.

²⁹⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação n. 70072427693**. Des. Relatora Liselena Schifino Robles Ribeiro, Sétima Câmara Cível, Diário Eletrônico de 14/03/2017. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 6 out. 2017. Grifo nosso.

³⁰⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação n. 70066488529**. Des. Relator Alzir Felipe Schmitz, Oitava Câmara Cível, Diário Eletrônico de 21/01/2016. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 6 out. 2017. Grifo nosso.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, quando provocado, também tem se manifestado no sentido de ser prescindível a realização de cirurgia de redesignação sexual para que seja alterado o prenome e sexo jurídico:

Apelação. Retificação de registro civil. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Pedido de alteração de sexo em virtude de transexualismo. **A cirurgia de transgenitalização não é requisito para a retificação de assento ante o seu caráter secundário.** O procedimento cirúrgico tem natureza complementar, visando a conformação das características e anatomia ao sexo psicológico. Quanto à forma das alterações, devem ser feitas mediante ato de averbação com menção à origem da retificação em sentença judicial. Aplicação do artigo 515, §3º, do Código de Processo Civil. Sentença reformada para permitir a alteração do sexo civil do apelante. Recurso provido.³⁰¹

No acórdão de apresentação do voto do relator, ele assim sustenta:

Incabível a extinção do feito por carência de ação, por “premature o pedido”, por falta de cirurgia a conferir certeza à orientação sexual do promovente, pois, não entender juridicamente possível o pedido formulado na exordial, significa postergar o exercício do direito à identidade pessoal e subtrair do autor a prerrogativa de adequar o registro do sexo civil à sua condição psicossocial, violando o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Como bem observado no trecho transcrito, o direito de alteração do registro civil para adequação do prenome e do estado sexual à condição psicossocial está intrinsecamente relacionado à tutela da dignidade da pessoa humana do indivíduo, e não poderia (ou ao menos não deveria) o Poder Judiciário obstar tal alteração sob pena de infringir sua tarefa de guardião dos princípios e direitos fundamentais.

No mesmo sentido do julgado acima, apresentam-se outros acórdãos de origem do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Registro civil. Alteração de prenome e sexo da requerente em virtude de sua condição de transexual. Admissibilidade. Hipótese em que provada, pela perícia multidisciplinar, a desconformidade entre o sexo biológico e o sexo psicológico da requerente. **Registro civil que deve, nos casos em que presente prova definitiva do transexualismo, dar prevalência ao sexo psicológico, vez que determinante do comportamento social do indivíduo. Aspecto secundário, ademais, da conformação biológica sexual, que torna despcienda a prévia transgenitalização.** [...] Decisão de improcedência afastada. Recursos providos, com observação.³⁰²

³⁰¹ SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação n. 10272038620158260100**. Des. Relator João Batista de Mello Paula Lima, Décima Câmara de Direito Privado, Diário Eletrônico de 24/11/2016. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/open.do>>. Acesso em: 6 out. 2017. Grifo nosso.

³⁰² SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação n. 00085395620048260505**. Des. Relator Vito Guglielmi, Sexta Câmara de Direito Privado, Diário Eletrônico de 24/10/2012. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/open.do>>. Acesso em: 6 out. 2017. Grifo nosso.

Retificação de registro civil. Transexual que preserva o fenótipo masculino. **Requerente que não se submeteu à cirurgia de transgenitalização, mas que requer a mudança de seu nome em razão de adotar características femininas. Possibilidade. Adequação ao sexo psicológico.** Laudo pericial que apontou transexualismo. [...] A cirurgia de transgenitalização não é requisito para a retificação de assento ante o seu caráter secundário. A cirurgia tem caráter complementar, visando a conformação das características e anatomia ao sexo psicológico. Portanto, tendo em vista que o sexo psicológico é aquele que dirige o comportamento social externo do indivíduo e considerando que o requerente se sente mulher sob o ponto de vista psíquico, procedendo como se do sexo feminino fosse perante a sociedade, não há qualquer motivo para se negar a pretendida alteração registral pleiteada. A sentença, portanto, merece ser reformada para determinar a retificação no assento de nascimento do apelante para que passe a constar como "Paula do Nascimento. Sentença reformada. Recurso provido."³⁰³

Ação de retificação de assento no registro civil. Pedido de alteração do sexo masculino para feminino no registro público. Sentença que julgou o feito sem resolução do mérito, em razão da coisa julgada. Irresignação. Apelação. **Fatos supervenientes ensejam nova análise do pedido. Risco de violação à dignidade da pessoa humana, tendo em vista o demasiado apego às regras estanques da imutabilidade e da indisponibilidade do nome e do sexo. Não se deve associar gênero à genitália.** Precedentes que fazem emergir novos entendimentos acerca do tema. Decisum que extinguiu o feito foi precipitado. Documentos comprovam que a apelante já realiza acompanhamentos médicos e psicológicos, realizando tratamento hormonal especializado e passando por sessões de terapia em grupo individual, estando prestes a passar por procedimento cirúrgico de transgenitalização. Presentes os requisitos do artigo 1013 do NCPC (causa madura). Sentença reformada. Recurso provido.³⁰⁴

Vê-se pelos julgados colacionados acima, que o Tribunal Bandeirante tem se posicionado na discussão sobre a alteração de prenome e sexo no registro civil de maneira positiva. O julgado mencionado a seguir inclusive explora como argumento a Carta de Princípios de Yogyakarta, já mencionada neste trabalho, e sustenta que entraves burocráticos não podem obstar a confirmação da identidade de gênero:

Ação de retificação de registro civil de transexual. Cirurgia de transgenitalização. Dispensabilidade, para os fins pretendidos pela autora da ação. **Direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal e pelas normas de direito internacional ratificadas pelo Brasil. A Carta de Princípios de Yogyakarta garante, expressamente, a adoção do nome social, independentemente de cirurgia.** Feminilidade evidente da autora, que se comporta e se apresenta como mulher, desde tenra idade, para seu círculo familiar e de amigos, bem como para a sociedade. Prova dos autos a

³⁰³ SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação n. 00139343120118260037**. Des. Relator Carlos Alberto Garbi, Décima Câmara de Direito Privado, Diário Eletrônico de 30/09/2014. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/open.do>>. Acesso em: 6 out. 2017. Grifo nosso.

³⁰⁴ SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação n. 10347672520158260001**. Des. Relator Piva Rodrigues, Nona Câmara de Direito Privado, Diário Eletrônico de 15/09/2016. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/open.do>>. Acesso em: 6 out. 2017. Grifo nosso.

comprovar este fato. Ausência de impedimento na Lei de Registros Públicos. Entraves burocráticos que não podem impedir a confirmação da identidade de gênero. **Função contramajoritária da Justiça, num Estado de Direito plural como o nosso, na afirmação dos direitos das minorias.** Recurso provido.³⁰⁵

O acórdão acima merece destaque por apresentar fundamentos não só de ordem constitucional, mas também por invocar compromissos assumidos pelo Estado Brasileiro quando da assinatura de Convenções Internacionais de Direitos Humanos, que integram o ordenamento jurídico como normas supraleais³⁰⁶:

[...] esse pensamento encontra suporte no plano internacional, em pactos ratificados pelo Brasil. Cito, por exemplo, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), que, em seus arts. 5º e 11, garante o direito de toda pessoa ter respeitada sua integridade física, psíquica e moral e, também, sua honra e dignidade. Igualmente nessa linha, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. XXII, e o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), art. 10. Relevante citar, da mesma forma, os Princípios de Yogyakarta – recomendações dirigidas aos Estados membros durante conferência realizada em 2006 na Indonésia sob os auspícios da Comissão Internacional de Juristas e do Serviço Internacional de Direitos Humanos da O.N.U. Esses Princípios já foram, ao menos uma vez, invocados pelo Colendo Supremo Tribunal Federal (AgR no RE 477.554, CELSO DE MELLO), quando a Corte Suprema se deteve no exame do tema do casamento homoafetivo. Nesses Princípios, já na introdução, se estatui que “a orientação sexual e a identidade de gênero” como “essenciais para a dignidade e humanidade de cada pessoa e não devem ser motivo de discriminação ou abuso”.

Além disso, quando o Relator enfrenta a questão de condicionamento da alteração do registro civil à realização de cirurgia de transgenitalização, traz argumentação que merece transcrição:

Posto isso, passo à apreciação de importante ponto do recurso, qual seja, a exigibilidade da cirurgia de transgenitalização. Tenho que imputá-la como obrigatória para que, só assim, seja permitida a retificação do registro público quanto ao prenome e ao sexo do transexual, contraria as normas vigentes em nosso país. **Forçar a pessoa a ser operada seria o equivalente a coagi-la à prática de ato violento à sua integridade física e moral e, até mesmo, a agir de forma diversa de seu livre arbítrio, ferindo o direito de escolha sob seu próprio corpo.** Isto, por si só, já seria contrário ao direito em consideração, à integridade física. Inclusive porque, como sucede em todo ato cirúrgico, a realização da cirurgia de transgenitalização pode trazer riscos à

³⁰⁵ SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação n. 00186338020128260344**. Des. Relator Cesar Ciampolini, Décima Câmara de Direito Privado, Diário Eletrônico de 30/06/2016. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/open.do>>. Acesso em: 6 out. 2017. Grifos nossos.

³⁰⁶ Cf. Artigo 5º, §2º, Constituição Federal. (BRASIL. Constituição [1988]. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, 6 out. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 5 out. 2017).

saúde e à vida da pessoa. Mais ainda, há casos em que a pessoa não deve, simplesmente, ir à mesa de operações por contraindicação médica, verbi gratia em casos como os de impossibilidade de recebimento de transfusão de sangue ou pressão arterial alta. Noutras palavras, será razoável admitir que o transexual que, eventualmente, apresente limitação física para a realização de cirurgia, não possa pleitear o reconhecimento de sua identidade de gênero? Nessa vertente, aduz expressamente o Princípio de nº 3 da Carta de Yogyakarta: Princípio 3: “Toda pessoa tem o direito de ser reconhecida, em qualquer lugar, como pessoa perante a lei. As pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas devem gozar de capacidade jurídica em todos os aspectos da vida. A orientação sexual e identidade de gênero autodefinidas por cada pessoa constituem parte essencial de sua personalidade e um dos aspectos mais básicos de sua autodeterminação, dignidade e liberdade. **Nenhuma pessoa deverá ser forçada a se submeter a procedimentos médicos, inclusive cirurgia de mudança de sexo, esterilização ou terapia hormonal, como requisito para o reconhecimento legal de sua identidade de gênero.**”³⁰⁷

A argumentação acima corrobora tudo o que fora sustentado até este ponto: não se mostra razoável condicionar a alteração de registro da pessoa transexual à cirurgia de redesignação, primeiro porque representa uma forma de impingir sobre o indivíduo uma coação à prática de ato violento contra sua integridade física e moral; segundo porque configura uma ofensa ao direito de escolha e autodeterminação dessa pessoa; terceiro, porque não há, na rede pública, estrutura suficiente para atender às demandas por essas cirurgias.

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina já decidiu:

Ação de retificação de registro civil. Sentença que determinou a alteração do prenome, mas negou a mudança do gênero feminino para masculino. Autora que rejeita sua identidade genética de mulher e identifica-se psicologicamente com o gênero masculino. Psiquiatra que faz o acompanhamento do caso desde 2013 e atesta que a autora é transexual. Início de tratamento hormonal e realização de cirurgia para retirada das mamas no mesmo ano. Fotografias que comprovam as suas características físicas tipicamente masculinas. Recurso provido. A retificação do prenome e do gênero no registro no registro civil possibilita o exercício dos atos da vida civil e o convívio em sociedade, sem constrangimento ou discriminação, e realiza o direito da autora à dignidade humana, à identidade sexual, à integridade psíquica e à autodeterminação sexual. Não se pode condicionar a retificação do registro civil à realização de cirurgia de transgenitalização, que tem alto custo e impõe riscos, porque o que se busca tutelar é a identidade sexual psíquica. Deve constar que a retificação é oriunda de decisão judicial apenas no livro cartorário, vedada a menção a respeito nas certidões do registro público.³⁰⁸

³⁰⁷ Grifos nossos.

³⁰⁸ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação n. 20150153424**. Des. Relator Domingos Paludo, Primeira Câmara de Direito Civil, Diário Eletrônico de 05/11/2015. Disponível em: <https://esaj.tjsc.jus.br/cposgtj/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=SAJ&numeroDigitoAnoUnificado=&foroNumeroUnificado=&dePesquisaNuUnificado=&dePesquisa=20150153424&uuidCaptcha=sajcaptcha_ea0403250bec471e9c5c7c9112558483&pbEnviar=Pesquisar>. Acesso em: 6 out. 2017.

Também o Tribunal de Justiça de Goiás já se posicionou no mesmo sentido:

Apelação cível. Ação de retificação de registro civil. Transexual. Alteração de sexo e de prenome. Ausência de cirurgia de redesignação. Observância aos princípios da dignidade, intimidade e liberdade. 1. O reconhecimento judicial do direito do transexual promover à alteração do prenome e da designação sexual constante de seus assentos de registro civil, conforme sua identidade de gênero psicológica, ainda que não tenha se submetido à cirurgia de transgenitalização, visa garantir o cumprimento e a efetividade dos princípios da dignidade, intimidade e liberdade. 2. Ademais, os elementos identificadores do sexo não podem ser limitados ao sexo anatômico (biológico), havendo de serem considerados outros fatores, como: o psicológico, cultural e social, objetivando refletir a verdade real vivenciada pelo transexual, integrando-o na sociedade. Apelação conhecida e provida. Sentença reformada.³⁰⁹

Além desses, mencione-se decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, também compartilhando do entendimento de que para a alteração do registro civil prescinde-se da realização de cirurgia de transgenitalização:

Constitucional. Registro civil de nascimento. Alteração. Designativo. Sexo. Transexual. Não submetido à cirurgia de redesignação sexual. Dignidade. Pessoa. Humana 1. Os direitos e garantias fundamentais são desdobramentos imediatos dos princípios fundamentais, previstos na Magna Carta. O art. 5º, X, da Constituição Federal elenca os direitos que compõem a integridade moral que deve ser respeitada assim como as demais características da pessoa. 2. O reconhecimento judicial do direito dos transexuais à alteração de seu prenome e da designação sexual constante de seus assentos de registro civil, conforme o sentimento/entendimento que possuem de si mesmos, ainda que não tenham se submetido à cirurgia de transgenitalização, é um meio de garantir o cumprimento e a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana, da intimidade, da personalidade e da cidadania, além de ser uma forma de integrá-lo à sociedade. 3. Conclui-se com facilidade que os elementos identificadores do sexo não podem ser limitados à conformação da genitália do indivíduo ou ao sexo eminentemente biológico, pois outros fatores devem ser considerados, como: o psicológico, cultural e social, para a correta caracterização sexual. 4. Recurso conhecido e provido.³¹⁰

Vale, outrossim, transcrever trecho do voto apresentado pelo Ministro Luis Felipe Salomão, relator do Recurso Especial já mencionado anteriormente, que firmou recentemente o entendimento de que a alteração do nome e do sexo jurídico prescinde da realização de cirurgia de redesignação sexual:

³⁰⁹ GOIÁS. Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação n. 256836920148090051**. Des. Relator Olavo Junqueira de Andrade, Quinta Câmara de Cível, Diário Eletrônico de 15/12/2016. Disponível em: <<http://www.tjgo.jus.br/index.php/consulta-processual>>. Acesso em: 6 out. 2017.

³¹⁰ DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação n. 20130710313876**. Des. Relatora Maria de Lourdes Abreu, Quinta Turma Cível, Diário Eletrônico de 15/12/2015. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/consultas>>. Acesso em: 6 out. 2017.

Assim, a exigência de cirurgia de transgenitalização para viabilizar a mudança do sexo registral dos transexuais vai de encontro à defesa dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos – máxime diante dos custos e da impossibilidade física desta cirurgia para alguns –, por condicionar o exercício do direito à personalidade à realização de mutilação física, extremamente traumática, sujeita a potenciais sequelas (como necrose e incontinência urinária, entre outras) e riscos (inclusive de perda completa da estrutura genital).³¹¹

No Supremo Tribunal Federal (STF) a questão também tem sido discutida em dois processos (ADI 4.275 e RE 670.422/RS³¹²), que estão sob relatoria dos Ministros Marco Aurélio Mello e Dias Toffoli, respectivamente.

O primeiro corresponde a uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, n. 4.275³¹³, a qual busca uma interpretação conforme a Constituição do artigo 58 da Lei n. 6.015/73, para que se reconheça o direito dos(as) transexuais, que assim o desejarem, à alteração do prenome e sexo no registro civil, independentemente da cirurgia de transgenitalização, sustentando o pedido na existência do direito fundamental à identidade de gênero, inferido dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, CF/88), da igualdade (artigo 5º, *caput*, CF/88), da vedação de discriminações odiosas (artigo 3º, IV, CF/88), da liberdade (artigo 5º, *caput*, CF/88), e da privacidade (artigo 5º, X, CF/88).

O segundo se trata de Recurso Extraordinário (RE), n. 670.422, no qual foi reconhecida repercussão geral, tendo sido iniciado o julgamento na sessão de 20 de abril de 2017. O plenário decidiu que ambos serão julgados em conjunto, uma vez que versam sobre a mesma temática.³¹⁴

Sobre o RE, cumpre esclarecer que se refere a recurso interposto contra acórdão oriundo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o qual deu parcial provimento ao apelo

³¹¹ O número do julgado não foi disponibilizado, uma vez que o processo tramita em segredo de justiça. (BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Notícias: Transexuais têm direito à alteração do registro civil sem realização de cirurgia. 09 maio 2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Transexuais-t%C3%AAm-direito-%C3%A0-altera%C3%A7%C3%A3o-do-registro-civil-sem-realiza%C3%A7%C3%A3o-de-cirurgia>. Acesso em: 11 de jul. de 2017).

³¹² Cumpre mencionar que o Grupo de Trabalho de Identidade de Gênero e Cidadania LGBTI da Defensoria Pública da União propôs o Pedido de Providências 000518405.2016.2.00.0000 perante o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, postulando a expedição de orientação aos cartórios de registro de todo o País, para que procedam à retificação do registro de nome e sexo de pessoas transexuais, independentemente de judicialização ou de qualquer exigência de cirurgia de redesignação sexual. O Relator do Pedido de Providências determinou a suspensão do feito por 90 dias ou até o julgamento do RE 670.422, em que se postula a retificação do registro civil, para que conste o sexo masculino, sem qualquer referência à condição de transexual nas certidões

³¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.275**. Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 9 out. 2017.

³¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 670.422**. Rel. Min. Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 9 out. 2017

do requerente para reformar sentença que havia deferido a alteração do prenome, no entanto indeferido a alteração do sexo jurídico. Ocorre que os julgadores de Segunda Instância consignaram que o sexo jurídico a ser incluído no registro civil seria “transexual” e não “masculino”, como almejava o requerente. Diante do *decisum*, o requerente interpôs recurso extraordinário, uma vez que a assinalação do sexo jurídico como “transexual” não só não resolve o desconforto em relação ao sexo biológico, como permite a continuidade de atos discriminatórios, uma vez que perante a sociedade jamais encontrará aceitação, sendo sempre vítima de questionamentos e chacotas.

Depreende-se dos julgados colacionados, pois, a inexistência de entendimento uniforme sobre a possibilidade jurídica de retificação do registro civil da população transgênera nos Tribunais Brasileiros. A falta de harmonia e coesão da jurisprudência, como é intuitivo, ao contrário de cumprir com a função precípua da jurisdição de pacificação das questões sociais, apenas fomenta a luta por visibilidade daquele grupo vulnerável.

Remanesce, assim, a palavra final a ser dada pelo Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição e garantidor dos direitos fundamentais, que há de zelar uma vez mais pela proteção das minorias, já que o reconhecimento da igualdade substancial e a redução das desigualdades sociais, mais que seu mote, vai ao encontro de sua própria dimensão contramajoritária, isto é, de sua razão de ser propriamente dita.

4.3 O TRATAMENTO DA PESSOA TRANSEXUAL NO DECORRER DO PROCESSO

No item anterior, foi analisada a jurisprudência dos Tribunais brasileiros, atendo-se ao conteúdo material das decisões. Ocorre que algumas observações sobre os julgados merecem destaque.

Da leitura dos julgados que foram acima transcritos, nota-se que a referência à experiência transexual geralmente se faz como uma condição patológica, atrelada a alguma doença mental. Há ainda bastante ranço moralista e patologizante sobre a condição da pessoa trans, além de um apego ao diagnóstico médico. Isso é possível de se afirmar a partir de algumas expressões e visões que são externadas nos julgados.

De primeira, observa-se o uso recorrente da expressão *transexualismo* nos votos dos acórdãos, o que reforça a vinculação ao diagnóstico médico, trazendo o sufixo “ismo”, que remete a doença. Nesse ponto, merece menção a explicação trazida no voto do Ministro Ayres Brito na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277, quando justificou a utilização do vocábulo *homoafetividade* em detrimento de *homossexualismo*:

[...] calha anotar que o termo “homoafetividade”, aqui utilizado para identificar o vínculo de afeto e solidariedade entre os pares ou parceiros do mesmo sexo, não constava dos dicionários da língua portuguesa. O vocábulo foi cunhado pela vez primeira na obra “União Homossexual, o Preconceito e a Justiça”, da autoria da desembargadora aposentada e jurista Maria Berenice Dias, consoante a seguinte passagem: ‘Há palavras que carregam o estigma do preconceito. Assim, o afeto a pessoa do mesmo sexo chamava-se ‘homossexualismo’. Reconhecida a inconveniência do sufixo ‘ismo’, que está ligado a doença, passou-se a falar em ‘homossexualidade’, que sinaliza um determinado jeito de ser. Tal mudança, no entanto, não foi suficiente para pôr fim ao repúdio social ao amor entre iguais (Homoafetividade: um novo substantivo)’.³¹⁵

O mesmo se aplica ao vocábulo *transexualidade*: ele se mostra mais adequado, por refletir um determinado jeito de ser, sem que se remeta a uma doença ou transtorno. O mais indicado seria, então, que se passasse a adotar o uso desse termo, abandonando-se toda e qualquer referência que remeta ao discurso patologizante dessa vivência.

Outro ponto que se verifica da leitura dos acórdãos é que, via de regra, a autuação do processo é feita com o nome de registro civil e não com o nome social da parte trans. Isso também merece reparo: a pessoa que vai a Juízo não se reconhece pelo uso do nome civil, sendo de rigor que seja respeitado seu direito de fazer uso do nome social.³¹⁶

Além disso, no trâmite processual, vê-se que nem mesmo é respeitada a identidade de gênero do(a) requerente nos pronomes pessoais e nas flexões de gênero empregados pelos magistrados e demais serventuários da Justiça. Isso representa uma afronta aos direitos dessa pessoa, que deveria ser tratada de acordo com seu nome social e sua identidade de gênero no decorrer de todo o processo.

Por fim, outra observação que se faz é que com frequência se vê nos acórdãos a referência à necessidade de laudos médicos, que deveriam apontar a condição de transexual da pessoa que almeja a alteração do prenome e sexo em Juízo, para que o magistrado pudesse decidir sobre a matéria.

Mais uma vez se vê como o discurso patologizante da transexualidade ocupa os espaços e permeia a noção de que para ser considerado um(a) trans, é necessário que um médico ratifique isso por meio de uma rotulação, categorizando a pessoa como doente.

Nesse caso, ignora-se a aptidão de fazer escolhas dessas pessoas, como se a condição de transexualidade lhes tirasse o discernimento sobre o que lhes faz feliz ou não, e

³¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277**. Rel. Min. Ayres Britto, DJe n. 198, Div. 13 out. 2011, Pub. 14 out. 2011. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 26 abr. 2017.

³¹⁶ Nada obsta que internamente conste nos registros também o nome civil, enquanto este não vier a ser alterado pela decisão judicial.

atribui a terceiro, que desconhece a discriminação social sofrida, o poder de decidir sobre a caracterização ou não do diagnóstico de transexualidade. A lógica empregada mais se aproxima de um tratamento desumano e degradante, ao soterrar a autonomia e o direito de livre-determinação dessas pessoas, o que não é admitido pela Constituição Federal (artigo 5º, inciso III).

Entende-se, numa perspectiva que reconhece a de transexualidade como uma experiência identitária, que bastaria a autodeclaração, para que se procedesse à alteração do prenome e sexo jurídico.

No entanto, sabendo que atualmente a lógica construída ainda tem muito a avançar, assume-se que, a instrução processual nos casos de requerimento de retificação de registro civil pode ser feita através de outros meios de prova e prescinde de qualquer laudo médico. O depoimento pessoal e a oitiva de testemunhas que tenham conhecimento de que a pessoa vive outra identidade gênero pela qual ela é reconhecida no meio social pelo nome social, aliada a outras provas documentais como fotos, por exemplo, mostram-se suficientes para o convencimento do magistrado.

Exigir a realização de perícia médica apenas reforça a visão medicalizante da transexualidade e submete o indivíduo transexual a situações vexatórias e constrangedoras. Sendo assim, a realização de laudos periciais na instrução processual das ações de retificação de assento é prática que fere a dignidade da pessoa humana e deve ser desconstruída.

Com essas reflexões, pretendeu-se apontar como é possível a partir de pequenas práticas, tornar o transcorrer processual mais célere e menos violador de direitos para as pessoas trans. Quando o sujeito busca perante a Justiça a alteração de prenome e sexo jurídico é evidente que muita discriminação já foi suportada na vida privada e o que se espera é encontrar, junto ao Poder Judiciário, um guardião de seus direitos. Dessa forma, não se pode permitir que as violações continuem a ocorrer também nessa instância, sendo elementar que mudanças sejam pensadas para desconstruir o preconceito, o moralismo e o apego ao discurso médico sobre a transexualidade.

4.4 SOBRE AS DECISÕES DO PODER JUDICIÁRIO

Dos julgados colacionados, é possível identificar algumas argumentações jurídicas que são reiteradamente invocadas para o fim de justificar a impossibilidade de alteração do prenome e do sexo jurídico.

O objetivo neste tópico é abordar algumas dessas fundamentações trazidas pelas decisões e refletir sobre seu conteúdo e construção. Não se almeja, por certo, colocar um ponto final a qualquer discussão ou reflexão, uma vez que enquanto trabalho acadêmico a proposta é trazer cada ideia ao debate, em confronto com outras perspectivas.

4.4.1 O Princípio da Publicidade e Veracidade dos Registros Públicos

Em alguns dos julgados analisados foi invocado como argumento para indeferir a alteração de registro da pessoa transexual a necessidade de que os registros públicos reproduzam a veracidade da realidade fática.

Nesses casos, o entendimento foi que o gênero sexual seria aquele definido unicamente pelo aspecto biológico ou genético e, mesmo que realizada a cirurgia de redesignação sexual, não se poderia falar em alteração do prenome ou sexo jurídico, pois a verdadeira identidade sexual do indivíduo seria somente a biológica.³¹⁷

Nessa linha, em voto recente (2016), o Desembargador Ivan Leomar Bruxel, da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, abordou a tese de que o princípio da veracidade não poderia ser relativizado, assim como o registro não poderia ser alterado, sob pena de se prejudicar interesse de terceiros:

O registro civil serve, dentre outras finalidades, a dar conhecimento a terceiros dos atos registrados. E se alguém que é do sexo masculino, pede para passar o registro de gênero ao sexo feminino, mesmo não o sendo, não será possível acolher tal pretensão, porque não expressa a verdade. Claro que o teor do enunciado 43 da 1ª Jornada de Direito de Saúde do Conselho Nacional de Justiça não deve passar despercebido, e da mesma forma não devem ser

³¹⁷ Este foi o entendimento da 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no julgado transcrito:

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. (RIO DE JANEIRO [Estado]. Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação n. 0003893820068190044**. Des. Relator Gilberto Dutra Moreira, Décima Câmara Cível, Diário Eletrônico de 24/09/2007. Disponível em: < <http://www4.tjrj.jus.br/ConsultaUnificada/consulta.do#tabs-numero-indice0>>. Acesso em: 6 out. 2017).

ignoradas as novas tendências do Direito de Família, com a constante relativização de institutos jurídicos outrora absolutos. Mas o que está em jogo aqui é o conhecimento de terceiros sobre o ato de registro de nascimento. Até porque a parte autora vive em uma sociedade, na qual há pessoas que com ela se relacionam, bem como outras que poderão se relacionar juridicamente, e a tais pessoas pode ser interessante, quiçá indispensável, saber a real identidade, a realidade dos elementos de identificação, onde se inclui o sexo. Assim, a proteção ao terceiro de boa-fé, que acredita fielmente estar estabelecendo relações jurídicas (quaisquer que sejam), deve ser garantida, em nome da segurança jurídica. Aliás, a tendência axiológica do (já não tão) Novo Código Civil é proteger, justamente, o terceiro de boa-fé. Por exemplo, alguém pode acreditar que vai casar com outro do sexo feminino, mas na verdade está se casando com alguém do sexo masculino fisiologicamente falando. Tal situação de engodo não pode ser cancelada pelo Direito. Até mesmo porque a interpretação no que diz respeito à alteração do registro, mesmo sem corresponder à realidade fática, cancela o engodo, pois tem aptidão de enganar terceiros. Aqui, até mesmo para obter certidão de quitação militar. A seguir assim, logo mais adiante será possível admitir que, diante das modernas técnicas de rejuvenescimento, será possível aceitar que alguém altere o registro civil para documentalmente ficar mais jovem, de acordo com sua aparência.³¹⁸

Vale notar que o Desembargador, em que pese colocar tal argumentação em seu voto, acompanhou a Turma e votou pela manutenção da alteração do registro civil (prenome e sexo), sem a necessidade de realização de cirurgia de transgenitalização.

Entende-se, todavia, necessária uma reflexão sobre os princípios da publicidade e veracidade dos registros públicos, o que eles representam, a quem eles resguardam e como devem ser interpretados sob um viés constitucional.

Os registros públicos cumprem a função de dar publicidade a situações fáticas para que todos delas tenham conhecimento. Considerando que tanto bens como pessoas devem ter, respectivamente, matrícula e assento em cartório, o papel do registro é individualizar, especificar a área, tamanho, confrontações sobre o bem imóvel ou, no caso das pessoas naturais, trazer sua origem, data de nascimento, filiação e sexo. Assim, ao ser registrado o nascimento de uma criança, ela passa a ter uma existência jurídica para a sociedade e assim também o é com o bem imóvel.

O escopo de colocar o registro como obrigatório, seja para pessoas ou para bens, é garantir que todos possam ter segurança jurídica. Uma vez registrado, qualquer interessado poderá, a qualquer momento, comparecer ao Cartório de Registros para confirmar informações sobre determinado bem ou pessoa.

³¹⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação n. 70069514883**. Des. Relator Ricardo Moreira Lins Pastl, Oitava Câmara Cível, Diário Eletrônico de 05/07/2016. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 6 out. 2017.

Ainda, como o registro deve refletir a realidade do plano fático, aquele que consultar o documento terá a certeza de que a informação obtida perante o Cartório é confiável.

Em síntese, os princípios da publicidade e veracidade dos registros públicos visam resguardar os envolvidos em relações jurídicas, assegurando que nenhuma pessoa seja prejudicada por informações inverídicas apostas em documentos públicos.

Dito isso, como entender a alteração de prenome e estado sexual da pessoa transexual, mesmo sem realização de cirurgia de transgenitalização? Autorizar essa modificação representaria uma afronta aos princípios da publicidade e veracidade?

Primeiramente, no que tange a alteração do prenome, deve-se ter em mente que no caso das pessoas transexuais, o uso do nome social já faz parte da vida dessas pessoas, que são reconhecidas no meio social por esses signos e não pelo nome colocado no assento civil.

Ora, nesse caso, a verdade é que o registro não se apresenta em consonância com a realidade fática e, por conseguinte, merece adequação, justamente porque em todo o espectro de convivência da pessoa ninguém mais a reconhece pelo nome civil, mas sim pelo nome social.

Além do mais, permanecendo o registro civil com prenome que remete a outra identidade de gênero, a pessoa trans fica sujeita a tratamentos discriminatórios nos diversos ambientes em que se insere. Ao ir ao médico, ao elaborar um cadastro perante uma loja, sempre será solicitada a documentação de identificação pessoal e, muitas vezes, podem ocorrer inclusive situações que os interlocutores acreditem que estão diante de pessoa que tenta cometer fraude, não sendo incomum se ouvir que já chamaram a polícia para averiguar se não se trata de pessoa criminosa.

Vê-se que essa incongruência entre o assento civil e a aparência da pessoa trans (em sua expressão da identidade de gênero), enseja a ocorrência de diversas situações vexatórias e discriminatórias.

Considerando que a Carta Constitucional traz como objetivo a promoção do bem de todos, sem preconceitos ou qualquer outro tipo de discriminação, que como consectário da dignidade da pessoa humana toda pessoa tem direito à sua autodeterminação e ainda que o nome elemento configura elemento essencial para identificar o indivíduo perante a sociedade, é certo que a alteração do prenome da pessoa trans não poderia ser obstada pela incidência dos princípios da publicidade e da veracidade.

Ao contrário, além de refletir a realidade fática, ao se permitir a alteração do prenome, garante-se o respeito à dignidade da pessoa humana, a inclusão social e o respeito ao

direito ao nome e autodeterminação das pessoas trans, valores que são a essência da Constituição Federal.

A alteração do estado sexual, no mesmo sentido, vem assegurar o reconhecimento na esfera jurídica de uma vivência que é experienciada pelo indivíduo em seu psicológico.

A primeira grande questão a ser analisada em relação à alteração do estado sexual é que, uma vez modificado no assento civil, não há qualquer prejuízo a terceiros. Se o escopo é garantir a segurança jurídica das relações, tal modificação não acarreta qualquer dano às demais pessoas, porque diz respeito à intimidade da pessoa transexual.

De outro lado, caso não seja autorizada a alteração do sexo jurídico e somente se altere o prenome, as situações vexatórias vivenciadas pela pessoa trans permanecerão e poderão inclusive se agravar, ante as desconfianças que podem ser geradas pela divergência entre o nome correspondente a um gênero e o sexo legal a outro, a exemplo: Maria, do sexo masculino.

Portanto, como inexistente prejuízo a terceiros e, considerando que conservar o sexo de origem biológica no assento é fator que favorece a discriminação, é evidente que o caminho ideal a ser seguido é alterar também o sexo jurídico, para que passe a ser coerente com o sexo psicológico e condizente com a vivência social da pessoa.

Além disso, há que se reforçar que existe um direito à intimidade³¹⁹ da pessoa transexual a ser respeitado. Se seu sexo biológico não reflete o sexo psicológico, é necessária a alteração, pois sendo o sexo psicológico aquele que representa verdadeiramente a identidade do indivíduo, é este que deve constar para efeitos de registro.

Por tais motivos, afirma-se que os princípios da publicidade e da veracidade dos registros públicos, interpretados à luz dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, permitem a alteração tanto do prenome quanto do estado sexual para adequação à identidade de gênero da pessoa trans, pois somente assim é possível que esses indivíduos alcancem uma plena vivência de sua identidade de gênero, sendo respeitados em sua intimidade e livres de quaisquer preconceitos.

³¹⁹ O direito à intimidade é um direito da personalidade, trazido no rol de direitos fundamentais do artigo 5º da Constituição Federal e expressões como “direito de estar só”, “direito a ser deixado em paz”, “direito à liberdade de fazer e de não fazer” são utilizadas para conceituá-lo, pois intimidade é a esfera da vida que é reservada exclusivamente ao próprio indivíduo.

4.4.2 Da Ofensa a Terceiros, do Interesse Público e o Risco de “Fraudes”

Alguns julgados também fazem menção que a alteração do registro civil da pessoa transexual poderia supostamente representar uma ofensa a terceiros, que poderiam incorrer em erro essencial quanto à pessoa transexual.³²⁰

Paralelamente, argumenta-se que eventual alteração de registro civil da pessoa transexual sem qualquer referência ao seu registro anterior poderia representar uma ofensa ao interesse público, pois dificultaria a identificação de que essa pessoa já teve outro nome, bem como seria um óbice para a cobrança de débitos civis e tributários, bem como a investigação, persecução e execução penais que eventualmente recaíssem sobre a pessoa trans, referentes a atos praticados anteriormente à retificação.

Todavia, esses fundamentos não parecem ser suficientes para obstar a alteração de registro da pessoa transexual, sem que se faça qualquer menção pública à sua identidade pretérita.

Isso porque o interesse de terceiros pode ser resguardado por outras ferramentas do ordenamento, como se pretende demonstrar a seguir.

Existe a figura do erro essencial em relação a pessoa (artigo 1.556 do Código Civil), que garante a anulação do casamento a quem eventualmente sustente ter se casado com pessoa transexual desconhecendo tal circunstância. Dessa forma, uma pessoa que se sentir prejudicada, poderá sustentá-lo em Juízo.

Da mesma forma, a alteração de registro de uma pessoa transexual não a eximiria de suas responsabilizações, sejam nas esferas penal, cível ou tributária.

Isso porque há inúmeros elementos que individualizam o cidadão e que não deixariam de existir com a alteração do registro civil, como o número do Registro Geral (RG),

³²⁰ Cf. julgado que segue: Direito de família - retificação de assento de nascimento - alteração de gênero - transexual - impossibilidade. A partir da realização de cirurgia de transgenitalização, surge um dos principais problemas jurídicos atuais, qual seja, a possibilidade de redesignação, ou adequação, do sexo civil, registrado, ao sexo psicológico, novo sexo anatômico, e os efeitos daí resultantes. Não há, nem jamais haverá, possibilidade de transformar um indivíduo nascido homem em uma mulher, ou vice versa. Por mais que esse indivíduo se pareça com o sexo oposto e sinta-se como tal, sua constituição física interna permanecerá sempre inalterada. **Assim, afigura-se indevida a retificação do assento de nascimento de transexual redesignado, mormente para salvaguardar direito de terceiros que podem incorrer em erro essencial quando a pessoa do transexual, na hipótese de enlace matrimonial.** (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação n. 10024075950600/001.** Des. Relator Dárcio Lopardi Mendes, Quarta Câmara Cível, Diário Eletrônico de 07/04/2009. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/processos/andamento-processual/#.Wdvrr2hSyU1>>. Acesso em: 6 out. 2017. Grifo nosso).

de Cadastro de Pessoas Físicas (CPF), a filiação, os endereços comercial e residencial, o reconhecimento biométrico, etc. Nesses casos, o indicado seria a permanência dos números de identificação, substituindo-se os dados que foram alterados no bojo da ação de retificação de assento civil.

O Estado dispõe, portanto, de inúmeros recursos para evitar fraudes, sendo certo que não será a alteração de registro civil que lhe trará prejuízos.

Diante desses argumentos e, principalmente, visando preservar a intimidade e dignidade dessas pessoas, é que se sustenta que a alteração do registro do transexual seja feita sem que conste qualquer observação nas certidões expedidas. Nesse sentido, Luiz Alberto David Araujo:

O transexual deve, portanto, integrar-se socialmente, sem qualquer referência ao seu estado anterior, ou a seu estado de transexualidade. A nova vida do transexual deve ser aceita para sua integração social. Seu passado deve ser esquecido, como forma de abandono de sua dualidade. A partir da cirurgia e da retificação do registro civil, o transexual tem direito ao esquecimento de sua situação anterior, o que ocorre com a impossibilidade de menção a seu estado anterior ou mesmo a “transexual”. A omissão dos dados anteriores é a única maneira de preservar a dignidade da pessoa humana, como princípio constitucional a ser seguido.³²¹

Dessa feita, a alteração de registro para constar novo prenome e sexo jurídico deve remanescer anotada somente nos livros dos Cartórios de Registro Civil, sem que seja colocada a informação nas certidões expedidas, ficando o acesso franqueado ao próprio interessado ou àqueles que alcancem autorização judicial para tal, já que não há risco de que terceiros sejam prejudicados por isso.

Essa é única forma de assegurar e preservar a dignidade da pessoa humana do transexual e seu direito a uma vivência integrada em sociedade, livre de rotulações e preconceitos, pois, como bem colocado por Luiz Alberto David Araujo, para a pessoa transexual há uma necessidade de que sua identidade biológica seja esquecida, para que possa viver a sua identidade de gênero plenamente e sem qualquer dualidade.

4.4.3 Da Condicionante à Realização da Cirurgia de Transgenitalização

Outra argumentação bastante recorrente nos julgados pesquisados é a de que para se alterar o registro da pessoa transexual seria necessária a realização de cirurgia de

³²¹ ARAUJO, *op. cit.*, p. 140.

transgenitalização. Tal condicionante buscaria evitar fraudes e estaria baseada em uma suposta adequação entre o sexo morfológico e o sexo que passará a constar no registro civil.³²² Nesses casos, a cirurgia de redesignação sexual é vista como um pressuposto para que a pessoa transexual pleiteie em Juízo a alteração, ou seja, se não foi realizada, não haveria interesse de agir na demanda proposta. É nesse sentido que se construiu a argumentação do Desembargador Elcio Trujillo, do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Os registros públicos têm caráter de definitividade, e não transitoriedade, sendo espelhos jurídicos da realidade naturalística. Não há interesse de agir para retificar nome, pedindo a mudança de sexo civil se o autor, ainda não submetido à cirurgia de transgenitalização, continua como homem para os efeitos de registro. Quando do nascimento é responsabilidade das pessoas indicadas no art. 53 da Lei 6.015/73 providenciar a Declaração de Nascido Vivo, documento público, que é requisito para o registro civil das pessoas naturais. O procedimento para o registro do sexo é feito pela mera análise do fenótipo do recém nascido; não há previsão para qualquer outro tipo de exame, exceto quando há dúvida sobre o sexo, o que não é o caso. Com base na análise visual do recém nascido é que se preenche a Declaração de Nascido Vivo. Tal procedimento é previsto no Manual de Instrução para o Preenchimento da Declaração de Nascido Vivo e de posse desta declaração é que se procede ao registro civil de nascimento para posterior emissão da respectiva certidão. **Desta feita, se - em primeiro - é por meio da análise visual que se discrimina o sexo do indivíduo para efeito de registro, por obediência a esta regra cumpre reconhecer, no caso analisado, a falta de interesse de**

³²² Nesse sentido, alguns julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Apelação cível. Ação de retificação de registro de nascimento quanto ao nome e sexo do autor. Transexualismo. Ausência de cirurgia de redesignação sexual. Inviabilidade da alteração do registro, uma vez não prevista cirurgia para mudança de sexo, nem mesmo prova robusta acerca da abrangência do transtorno sexual. Apelação desprovida. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação n. 70056132376**. Des. Relator Jorge Luís Dall'Agnol, Sétima Câmara Cível, Diário Eletrônico de 10/11/2013. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 6 out. 2017).

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. Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação n. 70064503675**. Des. Relator Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Sétima Câmara Cível, Diário Eletrônico de 06/07/2015. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 6 out. 2017).

agir do apelado. Não há como pretender retificação de nome e de sexo se, para efeitos de registro, o sexo do indivíduo está adequado.³²³

Depreende-se do voto que, para o Desembargador, enquanto a genitália do indivíduo refletir o sexo apostado no registro civil, inexistirá para o cidadão interesse de agir para pleitear a alteração de seu documento.

A construção feita é pautada em uma visão biologizante da pessoa humana e, em que pese ser um argumento dotado de um raciocínio jurídico legalista, pretende-se lançar um olhar complementar sobre a questão.

Por primeiro, como já discorrido ao longo do trabalho, a visão adstrita à genitália do indivíduo se mostra ultrapassada, uma vez que elementos como a identidade de gênero e o sexo psicológico, que compõem a personalidade do indivíduo, devem ser considerados e respeitados em sociedade, para que não se incorra em práticas discriminatórias e excludentes.

Trata-se de um novo paradigma de compreensão do indivíduo: o ser enquanto sendo em sociedade. Nessa linha, deve-se pensar a pessoa transexual para além do sexo biológico. Ela é uma pessoa cujo gênero se construiu de outras formas, de uma forma não convencional, e não se poderia cerrar os olhos a isso.

Para o fim de respeitar a dignidade da pessoa humana e de promover a igualdade, reconhecendo as diferenças de grupos vulneráveis como os transexuais, é que se faz necessário abandonar visões segmentadas e biologizantes, trazendo o foco para as relações sociais.

É importante que se enxergue o ser humano como um todo e se busque a concretização de sua felicidade no ambiente em que se insere. E, no caso das pessoas transexuais, a sua busca pela felicidade está intrinsecamente relacionada com o reconhecimento pela sociedade de sua identidade de gênero e pelo seu reconhecimento como pessoa pertencente ao sexo ao qual se identifica. Elas almejam serem vistas pelo mundo enquanto as pessoas que se sentem e se enxergam. Esse reconhecimento, por certo, perpassa pela alteração de registro, que permitirá que sejam esquecidos o prenome e sexo jurídicos incoerentes com sua identidade de gênero.

Além do que se expôs acima, no Brasil ainda são poucas as vagas para a cirurgia de redesignação sexual disponibilizadas no Sistema Único de Saúde e os custos para realização na esfera privada são altíssimos, fora da capacidade econômica da maioria da população brasileira.

³²³ MIGALHAS. TJ/SP nega pedido de alteração de sexo em registro civil, 2011. **Migalhas**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI130533,71043-TJSP+nega+pedido+de+alteracao+de+sexo+em+registro+civil>>. Acesso em: 9 out. 2016. Grifo nosso.

Mencione-se, ainda, que para casos de neofaloplastia (alteração da genitália feminina para masculina) não é nem mesmo possível a realização de cirurgia de transgenitalização com total segurança, uma vez que o procedimento ainda está em fase experimental.

Há também casos de pessoas que têm receio do procedimento cirúrgico e pessoas que por problemas de saúde não podem realizá-la. Trata-se de procedimento complexo e invasivo, que oferece riscos que podem ser fatais. Ou seja, essa imposição/condicionamento atinge o direito de escolha sobre o próprio corpo dessas pessoas, ao tornar obrigatória a sujeição a um procedimento cirúrgico. Nas palavras do Ministro Edson Fachin:

[...] a exigência da cirurgia de redesignação sexual vai de encontro à eleição da pessoa transexual, de modo que cabe exclusivamente a ela, compreendendo todas as suas implicações, realizá-la ou não. Impor um pré-requisito a um direito fundamental mutila, em nosso ver, a própria definição de direitos fundamentais e direitos de personalidade, que se baseiam na ideia de inerência ao ser humano. Uma vez se tratando de direitos inerentes ao sujeito, impor condições se transmuta em genuíno autoritarismo, contra sujeitos que tem a prerrogativa de viverem a vida exercendo suas potencialidades e suas liberdades: é o que o direito deve garantir.³²⁴

Dessa forma, caso seja condicionada a alteração do sexo jurídico à realização de cirurgia de transgenitalização, certamente estaria se impossibilitando ou tornando extremamente difícil o livre exercício da identidade sexual da pessoa transgênera obstando, por conseguinte, a existência digna e a busca da felicidade por essas pessoas.

Por derradeiro, concordar que seja imposta a condicionante de realização de cirurgia de redesignação sexual é permitir que o Poder Judiciário se aproprie de um papel que não é seu. Isso porque não existe qualquer legislação que exija a submissão de pessoas transexuais ao procedimento cirúrgico para que logrem obter a alteração de registro civil, não sendo razoável que tal imposição parta de instância que não tem como atribuição constitucional o poder de criar restrições ao exercício de direitos fundamentais.

4.4.4 Da Ausência de Previsão Legal

Argumentação que se faz presente também nos julgados analisados é a de que não se poderia autorizar a mudança de prenome e sexo porque inexiste no ordenamento jurídico

³²⁴ FACHIN, Luiz Edson. O corpo do registro no registro do corpo: mudança de nome e sexo sem cirurgia de redesignação. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 1, jul./set. 2014, p. 36-60.

brasileiro previsão legal expressa que contemple essa hipótese e, sendo assim, não caberia ao Poder Judiciário intervir na questão.

De fato, em relação ao caso específico das pessoas trans a legislação brasileira é omissa. No que concerne à questão de alteração do sexo jurídico, não há qualquer previsão. O que se tem é o permissivo do artigo 58 da Lei de Registros Públicos, que prevê a alteração do prenome por apelidos públicos notórios. No caso, como as pessoas transexuais são reconhecidas pelo nome social, usualmente se aplica o referido artigo como sendo o mais próximo da situação colocada.

O entendimento de que a ausência da previsão legal afastaria a possibilidade de se alterar o registro, embora não seja regra, pauta-se em uma visão puramente positivista do direito, desconsiderando aspectos principiológicos e as normas de direitos fundamentais trazidas pela Constituição de 1988.

Há que se ter em mente que, em uma sociedade democrática, espaços para grupos minoritários e vulneráveis não são facilmente conquistados e a intervenção do Poder Judiciário se mostra elementar para reequilibrar a equação, sanando eventuais omissões e garantindo direitos fundamentais de parcelas menos lembradas pelo Legislador.

Esse é o cenário político em que se encontra a população transexual: o Congresso Nacional brasileiro, local onde são debatidas as legislações que regulamentam o país, não conta com a participação expressiva da população LGBTTI. Essa deficiência de representatividade gera uma dificuldade em avançar em pautas e projeto legislativos voltados à efetivação de direitos dessas pessoas.

Dessa realidade depreende-se alguns questionamentos: no intervalo até que se alcance uma representatividade adequada e até que se logre êxito em avançar na conquista de direitos por meio da implementação de legislações e políticas, é ideal que um grupo permaneça sendo violado em seus direitos fundamentais? Compactuar com o constante vilipêndio da dignidade da pessoa humana, da identidade sexual da pessoa transexual, do direito de personalidade e de autodeterminação, fazem parte do ideal de construção de uma sociedade justa e plural, livre de preconceitos, preconizados pelo Constituinte?

Esses questionamentos serão importantes para se seguir na análise trazida no próximo Capítulo, onde se pretende discorrer sobre o papel que o Poder Judiciário vem desempenhando enquanto guardião de direitos fundamentais diante de cenários em que os demais Poderes se mostram insuficientes para resguardar e cumprir os objetivos constitucionais.

CAPÍTULO 5 O PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO DO PODER JUDICIÁRIO NA TUTELA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS PESSOAS TRANSEXUAIS

5.1 CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA

O Poder Judiciário é chamado a solucionar impasses e omissões que não foram solucionados nas instâncias políticas adequadas, desempenhando um papel contramajoritário na defesa e efetivação de direitos fundamentais.

A alteração de registro de pessoas transexuais é justamente uma dessas situações: enquanto não resolvida na instância política – existem alguns projetos de lei que tratam da matéria³²⁵ – a solução tem sido buscada através do ajuizamento de demandas individuais.

A questão que se coloca é se a democracia, que representa a vontade da maioria, falha em alcançar a defesa de todos os grupos de uma determinada sociedade, estaria ela proporcionando condições de igualdade de participação de todos os grupos ou estaria o ideal democrático prejudicado? Este é o mote que guiará a análise do presente Capítulo.

Por primeiro, há que se apresentar ao leitor o conceito de democracia, o qual remete a um governo voltado às vontades do povo, sendo trazida por Paulo Bonavides como:

Aquela forma de exercício da função governativa em que a vontade soberana do povo decide, direta ou indiretamente, todas as questões de governo, de tal sorte que o povo seja sempre o titular e o objeto, a saber, o sujeito ativo e o sujeito passivo do poder legítimo.³²⁶

Joseph A. Schumpeter³²⁷, por sua vez, entende que a vontade do povo não existe, uma vez que não seria possível alcançar um consenso absoluto entre os indivíduos, de forma que o existe é, na verdade, a vontade da maioria.

O tipo de democracia trazida por Schumpeter é descrita por Arend Lipjhart³²⁸ como uma “democracia majoritária”. Para este último autor, no entanto, seria possível se pensar em um modelo consensual, onde decisões fossem tomadas através de negociações entre grupos de opiniões divergentes.

³²⁵ Cf. 1.6.2, *supra*.

³²⁶ BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 13.

³²⁷ SCHUMPETER, J.A. **Capitalism, Socialism and Democracy**. Nova Iorque; Londres: Harper & Brothers, 1942. p. 75.

³²⁸ Cf. LIJPHART, Arend. Introdução; O modelo Westminster de democracia; e O modelo consensual de democracia. In: **Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

Na Constituição Federal de 1988 tem-se no artigo 1º, parágrafo único, que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” O Estado Democrático Brasileiro, portanto, tem os representantes dos Poderes Executivo e Legislativo eleitos através do voto da maioria, configurando, em regra, um modelo de democracia majoritária.

A ideia de um regime democrático vai além. Ronald Dworkin, nessa linha, define a democracia da seguinte forma:

Democracia significa governo sujeito a condições, as quais poderíamos denominar condições “democráticas” de igualdade de posições para todos os cidadãos. Quando as instituições majoritárias fornecem e respeitam as condições democráticas, então, por essa razão, é legítimo que estas instituições sejam aceitas por todos. No entanto, quando não o fazem, ou quando não fornecem ou respeitam suficientemente, então não podem se opor, em nome da democracia, a outros procedimentos que protejam e respeitem melhor essas condições.³²⁹

O pressuposto é que todos os cidadãos estejam em igualdade de condições para participarem dos processos políticos que ocorrem no contexto democrático.

O princípio majoritário, no entanto, não justifica a ofensa ou a omissão em relação a direitos fundamentais de grupos minoritários e vulneráveis. Dessa feita, caso não se assegure o respeito aos direitos fundamentais de todos, a presença de diversos os grupos nos espaços de discussão política estaria prejudicada e, por consequência, não se poderia falar em democracia:

[...] se se priva parte da população de direitos, se não se lhe reconhece igual consideração no processo de deliberação, se se inibe ou não se assegura a sua igual presença na governação, se se diminui o seu estatuto e não se garante a todos uma esfera de igual liberdade de escolha com efectividade e autonomia, a vida democrática não é livre nem igualitária e, logo, o poder não é democrático.³³⁰

Mister destacar que em que pese o princípio majoritário ser uma das vigas mestras da democracia, não se pode conceber um Estado de democracia substancial onde não sejam respeitados direitos de grupos minoritários. Nesse sentido Luís Roberto Barroso bem argumenta “[...] uma democracia não é feita apenas da vontade das maiorias, mas também da preservação dos direitos fundamentais de todos. Cabe ao Judiciário defendê-los”.³³¹

³²⁹ DWORKIN, Ronald. La construcción de La nación, el constitucionalismo y la democracia. In: KOH, Harol Hongju; Slye, Ronald C. **Democracia deliberativa y derechos humanos**. 1. ed. Barcelona: Gedisa, 2004. p. 117. Tradução livre.

³³⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais: Trunfos contra a maioria**. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 20.

³³¹ BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 40.

Neste ponto, surge o constitucionalismo, incumbindo-se do papel de trazer um contraponto ao princípio majoritário: é necessário garantir direitos fundamentais a todos os sujeitos, elegendo-se valores substantivos, os quais deverão servir padrões materiais a serem observados. Isso porque o procedimento democrático, por si só, não garante que se alcance a construção de uma sociedade justa, sendo necessária essa imposição de limites e parâmetros por parte dos direitos fundamentais. É nesse sentido, portanto, que se afirma que ter um direito fundamental significa ter um trunfo contra a maioria.³³²

Diante desse cenário, pode parecer que existe uma tensão entre os direitos fundamentais e o poder democrático, todavia esse conflito é somente aparente. No contexto brasileiro, a Constituição Federal traça uma linha de harmonização entre ambos, ao trazer a figura do Estado Democrático de Direito. E é dessa forma que a conexão entre direitos fundamentais e democracia é construída nos ordenamentos, conforme destaca Jorge Reis:

O Estado de Direito (direitos fundamentais) exige a democracia, como consequência imposta pelo reconhecimento do princípio da igual dignidade de todas as pessoas que estrutura o edifício moderno Estado de Direito. Por sua vez, do princípio da dignidade da pessoa humana decorrem cooriginariamente exigências de igualdade e liberdade individual que conduzem, de forma directa e necessária, à adopção da regra da maioria como princípio elementar de funcionamento do sistema político, pelo que, à luz dessa construção, se não houver democracia não há verdadeiro Estado de Direito.³³³

Ou seja: o Estado de Direito depende da democracia para existir, e vice-versa. Estão imbricados um ao outro e a tensão existente é somente aparente.

Em uma sociedade plural, repleta de diversidades de pensamentos e concepções, torna-se mais evidente o embate de ideias e o contraponto às decisões majoritárias, que nem sempre compactuarão com a proteção aos direitos fundamentais.

Diante dessa realidade, Dworkin parte do pressuposto que

[...] as decisões políticas majoritárias nem sempre alcançam plenamente todas as concepções éticas individuais, razão por que há de se resguardar um complexo de direitos fundamentais frente ao poder de decisão das majorias, com fundamento no princípio da autonomia moral. É nessa perspectiva que Dworkin formula a concepção de comunidade de princípios, segundo a qual os indivíduos que formam um corpo social aceitam que suas vidas estejam ligadas por princípios comuns – criados através de um pacto político – que não podem ser restringidos pelas majorias parlamentares.³³⁴

³³² Cf. DWORKIN apud NOVAIS, **op. cit.**, p. 17.

³³³ **Ibidem.**, p. 16.

³³⁴ DWORKIN apud BUNCHAFT, Maria Eugênia. A jurisprudência Brasileira da Transexualidade: uma reflexão à luz de Dworkin. **Revista Sequência**, Florianópolis, v. 34, n. 67, dez. 2013, p. 277-308.

Em recente voto proferido nos autos do Recurso Extraordinário n. 845.779, que teve por objeto justamente a discussão sobre o direito de pessoas transexuais à utilização dos banheiros em consonância com sua identidade de gênero, afirmou o Ministro Luis Roberto Barroso que:

A democracia não é apenas a circunstância formal do governo da maioria. Ela tem também uma dimensão substantiva que envolve a proteção dos direitos fundamentais de todos, inclusive e sobretudo das minorias. É por essa razão que se houver oito cristãos e dois budistas em uma sala, os cristãos não podem deliberar jogar os budistas pela janela. As majorias não podem tudo [...]. Vivemos, porém, em um Estado Democrático de Direito, o que significa dizer que a maioria governa, mas submetida à necessária observância aos direitos fundamentais – de quem quer que seja, qualquer que seja sua identificação de gênero.³³⁵

Foi então firmada a tese, sob regime da repercussão geral, segundo a qual “[...] os transexuais têm direito a serem tratados socialmente de acordo com a sua identidade de gênero, inclusive na utilização de banheiros de acesso público”.

Assim, pautando-se pela metáfora dos direitos como trunfos trazida por Jorge Reis Novais, parte-se das seguintes premissas para a compreensão de qualquer sistema que se pretenda democrático: é necessário o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais são invioláveis e configuram limites à atuação do Estado na esfera individual.

O respeito à dignidade da pessoa humana implica, por sua vez, na intangibilidade das liberdades individuais por ações do Poder Público, e “[...] daí resulta a inadmissibilidade de a maioria política, mesmo quando formada democraticamente, impor ao indivíduo concepções ou planos de vida com que ele não concorde [...]”.³³⁶

O constitucionalismo configura, portanto, barreira intransponível pela democracia, uma vez que vem resguardar os direitos fundamentais, notadamente de grupos minoritários e vulneráveis na sociedade, que deverão ser protegidos e garantidos em seus direitos, por vezes ameaçados ou ignorados pela maioria.

Nesse ponto é que se fala da importância de uma jurisdição constitucional, voltada à proteção dos direitos fundamentais de todos indivíduos e principalmente de grupos minoritários e vulneráveis, o que será aprofundado no tópico a seguir.

³³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 845.779**. Rel. Min. Luis Roberto Barroso, DJe 27/11/2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4657292>>. Acesso em: 9 out. 2017.

³³⁶ NOVAIS, **op. cit.**, p. 31.

5.2 ATIVISMO JUDICIAL, HARMONIA DAS DECISÕES E DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

Conforme visto anteriormente, nada obstante todos os argumentos utilizados pelo Poder Judiciário a favor da possibilidade jurídica da alteração do nome e sexo das pessoas transexuais, há também diversos argumentos contrários à medida, sobretudo quando não precedida da cirurgia de redesignação sexual.

A existência da divergência de entendimentos é corriqueira nas diversas instâncias judiciais e consiste em uma das maiores críticas ao protagonismo judicial: o déficit de segurança jurídica gerado pela falta de harmonia dos julgados.

Segundo essa visão, a partir do momento em que uma mesma situação de fato gera respostas judiciais antagônicas, retira-se do direito uma de suas mais elementares características, qual seja, a previsibilidade de suas respostas. Ora, o surgimento das regras jurídicas está atrelado justamente à necessidade de controle e pacificação social, pois pretende conferir uma resposta apta a solucionar determinada controvérsia. Se a resposta emanada do Direito não é uníssona para situações de fato semelhantes, o Direito falha em sua missão principal e, ao invés de dirimir conflitos, multiplica-os.

Daí porque é possível sugerir que a instância correta para o debate plural das divergências sobre determinado tema é o Poder Legislativo e não o Poder Judiciário, já que é justamente naquele que a contraposição de ideias, na arena democrática, pode resultar na edição de norma abstrata que traga respostas coerentes e definitivas – e, portanto, segurança jurídica – para a questão inicialmente controvertida.

Eis a base dos posicionamentos contrários ao chamado ativismo judicial.

Respeitados tais entendimentos, a questão que se coloca é: e enquanto persiste a omissão do Poder Legislativo, como garantir a defesa dos direitos dos grupos vulneráveis – notadamente a dignidade humana e o direito à identidade das pessoas trans?

Justamente em virtude de tais ponderações sobre os limites da democracia representativa – o respeito aos direitos fundamentais de todos e o cumprimento dos objetivos da república – é que passa a ganhar não apenas força, mas também legitimidade e destaque o ativismo por parte do Poder Judiciário. Nas palavras de Maria Eugênia Bunchaft:

Por meio da análise de diferentes projetos de lei que tratam da temática da transexualidade, pretende-se demonstrar que a insuficiência da atuação do processo político majoritário na satisfação de demandas sociais específicas de

transexuais tem sido suprida pelo papel pedagógico da atuação de alguns tribunais e do Superior Tribunal de Justiça na interpretação do direito de mudança do prenome e do sexo.³³⁷

E como dirimir as críticas opostas ao protagonismo judicial diante do déficit representativo de suas decisões (muitas das quais, contramajoritárias)?

A solução pode ser dada a partir da concepção de uma resposta constitucionalmente adequada que deve ser dada pelo juiz a um caso concreto diante do sistema normativo vigente – aliás, não apenas dos princípios e regras, mas também da história, das tradições e das práticas constitucionais.

Segundo esta concepção, melhor detalhada a seguir, mas sem a remota pretensão de exauri-la nos estreitos limites do presente capítulo, a existência de decisões contraditórias pelo Poder Judiciário sobre uma mesma questão de fato não pode ser admitida diante da premissa maior do Direito: a segurança jurídica. Assim, dada uma pluralidade de decisões antagônicas, há de se perquirir qual dessas decisões está constitucionalmente adequada e qual não está.

Em outras palavras, pode-se sustentar a possibilidade de uma única resposta adequada a determinada situação de fato pelo Poder Judiciário, retirando do espectro de possibilidades todas as demais que desta divergirem.

Nesse contexto, cumpre evocar os estudos de Ronald Dworkin, que afirma a existência de um “ideal político de integridade” (com alto grau de atribuição de responsabilidade), o qual pressupõe que os governos devem tratar os cidadãos com igual consideração e respeito, protegendo-os contra a parcialidade e a fraude.

Nessa perspectiva, o Estado deve agir de forma coerente e suas decisões devem ser fundamentadas com base na melhor interpretação do sistema jurídico e dos princípios públicos de justiça. Nas palavras do Autor:

[...] os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade, decidem casos difíceis tentando encontrar em algum conjunto coerente de princípio sobre direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade.³³⁸

Dworkin formula, assim, a concepção de um direito em cadeia, segundo o qual os juízes, ao longo da história “[...] constroem conjuntamente um complexo empreendimento em

³³⁷ BUNCHAFT, *op. cit.*

³³⁸ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 305

cadeia no qual cada ato de interpretação representa um capítulo que integra um grande romance redigido por diferentes escritores em distintos momentos”.³³⁹

A ideia de direito como integridade (direito em cadeia) acaba com a problemática da existência ou não da discricionariedade judicial com base na própria leitura da Constituição. Há uma ampliação das possibilidades de atuação do poder judicial sem que isto implique usurpação das funções legislativas, já que a própria abertura do texto constitucional traz novos horizontes interpretativos com base em princípios eleitos pelo povo.

Luís Roberto Barroso, a propósito, defende um verdadeiro papel representativo do Poder Judiciário, notadamente das Supremas Cortes, quando atuam (i) para atender demandas sociais que não foram satisfeitas a tempo e a hora pelo Poder Legislativo, (ii) bem como para integrar (completar) a ordem jurídica em situações de omissão inconstitucional do legislador.³⁴⁰ Mas não é só. Defende também o Ministro do Supremo Tribunal Federal a existência de um papel iluminista da Corte Constitucional. Em suas palavras:

[...] em situações excepcionais, com grande autocontenção e parcimônia, cortes constitucionais devem desempenhar um papel iluminista. Vale dizer: devem promover, em nome de valores racionais, certos avanços civilizatórios e empurrar a história. São decisões que não são propriamente contramajoritárias, por não envolverem a invalidação de uma lei específica; nem tampouco são representativas, por não expressarem necessariamente o sentimento da maioria da população. Ainda assim, são necessárias para a proteção de direitos fundamentais e para a superação de discriminações e preconceitos. Situa-se nessa categoria a decisão da Suprema Corte americana em *Brown v. Board of Education*, deslegitimando a discriminação racial nas escolas públicas, e a da Corte Constitucional da África do Sul proibindo a pena de morte. No Brasil, foi este o caso do julgado do Supremo Tribunal Federal que equiparou as uniões homoafetivas às uniões estáveis convencionais, abrindo caminho para o casamento de pessoas do mesmo sexo. Recentemente, o Supremo Tribunal Federal começou a julgar um caso envolvendo o direito de transexuais serem tratados socialmente de acordo com a sua identidade de gênero. O que inclui nome social, pronome de tratamento e uso de banheiros de acesso público, para citar algumas das questões relevantes. Quem pode proteger os direitos de uma minoria assim estigmatizada se não a Suprema Corte?³⁴¹

Veja-se que Dworkin, portanto, nega qualquer incompatibilidade entre democracia e a afirmação de direitos fundamentais, ainda que por parte do Poder Judiciário, podendo ambos

³³⁹ BUNCHAFT, *op. cit.*, p. 297

³⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. *Conjur.* Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf>>. Acesso em: 9 out. 2017.

³⁴¹ *Ibidem.*

serem conciliados através de uma concepção substancialista de democracia constitucional. Nesse sentido, propõe o filósofo do direito que

[...] a despeito de uma multiplicidade de concepções de vida digna, os cidadãos compartilham uma concepção de justiça decorrente do fato de que todos os cidadãos devem ser tratados com igual respeito e consideração [...] Sua perspectiva está atenta à preservação da inviolabilidade da esfera de autonomia moral de cada indivíduo, de forma que nenhuma decisão política dos órgãos deliberativos poderá afetar esta esfera individual moralmente independente.³⁴²

Urge recordar que o Autor parte do pressuposto segundo o qual as decisões políticas majoritárias nem sempre alcançam plenamente todas as concepções éticas individuais, razão pela qual hão de ser passíveis de tutela os direitos fundamentais das minorias frente ao poder de decisão das maiorias.

Teoria semelhante a de Dworkin é a preconizada pelo chamado Constitucionalismo Democrático, que presume que a Constituição e o direito constitucional são moldados em meio a interações discursivas entre o governo, o Congresso, as Cortes, as reivindicações dos movimentos sociais e os partidos políticos, atores estes que têm a responsabilidade de resguardar reciprocamente o cumprimento da Constituição.³⁴³

Assim, a omissão de um dos atores (ex. partidos políticos) poderia ser suprida pela conduta ativa de outro, desde que atenta ao cumprimento do ideário constitucional.

Nesse sentido, o protagonismo do Poder Judiciário, impulsionado, por exemplo, por movimentos sociais, poderia inclusive desempenhar um papel positivo e democrático, porquanto inerente à evolução de uma cultura constitucional na qual os cidadãos se apropriam do discurso dos princípios constitucionais para se mobilizarem em lutas por ampliação de direitos. Em outras palavras, a partir do momento em que os cidadãos se engajam em lutas para convencer-se mutuamente acerca do significado da Constituição (práticas comunicativas de interpretação constitucional), inclusive com a participação de minorias estigmatizadas, tem-se uma verdadeira noção de progresso democrático ou até mesmo de democracia participativa.

Em suma, sem pretender esgotar o tema, mas apenas introduzindo-o para futuras pesquisas, embora não sejam desconhecidas as críticas dirigidas à teoria de Ronald Dworkin ou dos idealizadores do Constitucionalismo Democrático, fato é que estes autores consagraram um consistente arcabouço teórico para legitimar a atuação proativa e representativa do Poder

³⁴² BUNCHAFT, *op. cit.*, p. 298

³⁴³ Cf. BUNCHAFT, Maria Eugênia. Transexualidade e o 'direito dos banheiros' no STF: uma reflexão à luz de Post, Siegel e Fraser. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 6, n. 3, dez. 2016, p. 222-243.

Judiciário na tutela dos direitos das minorias, contrapondo-se à afirmação de que a mera existência de decisões conflitantes implicaria a necessidade de solução da controvérsia via Poder Legislativo, costumeiramente omissa no avanço da proteção dos grupos vulneráveis.

Sob esse aspecto, quando os mecanismos das instâncias deliberativas funcionam adequadamente, de forma a contemplar minorias estigmatizadas, a intervenção judicial minimiza-se; mas, quando a atuação dos órgãos políticos não atende às expectativas normativas de minorias insulares, a tendência é a atuação judicial expandir-se, de forma a suprir o déficit de abertura e participação das mesmas.³⁴⁴

Isso porque não se pode negar a garantia de uma existência digna e livre aos indivíduos, sob o argumento de que no sistema democrático vigente não foram contemplados nas decisões políticas tomadas pela maioria.

A intervenção do Poder Judiciário, *in casu*, mostra-se necessária e elementar à manutenção do Estado Democrático de Direito, onde o escopo principal é o respeito à dignidade da pessoa humana de todos cidadãos.

5.3 O PLURALISMO POLÍTICO COMO ELEMENTO DA DEMOCRACIA E A POPULAÇÃO TRANSEXUAL

Seguindo no contexto e análise colocados nos primeiros tópicos, é importante abordar também a ausência de representatividade política das pessoas transexuais no contexto democrático atual. Com efeito, a sociedade é bastante plural mas nem todos os grupos alcançam espaços para se inserirem nas discussões políticas existentes.

A Constituição de 1988 inovou e trouxe dentre seus princípios fundamentais o pluralismo político, considerando diversos aspectos sociológicos e culturais da realidade brasileira. A intenção do Constituinte não foi garantir a existência de diversos partidos políticos, o que seria denominado de pluripartidarismo, mas sim de garantir a coexistência de diversas opiniões e ideias, sendo todas elas respeitadas no espaço público.

O conceito de pluralismo evoca a proposição de um sistema político aberto à participação “dos vários grupos ou camadas sociais” na composição “da vontade coletiva”, ou seja, um modelo de sociedade na qual “[...] o indivíduo tem a máxima possibilidade de participar na formação das deliberações que lhe dizem respeito”.³⁴⁵

³⁴⁴ Cf. BUNCHAFT, *op. cit.*

³⁴⁵ BOBBIO, Norberto. **As ideologias e o poder em crise**. Tradução de João Ferreira. 4. ed. Brasília: UnB, 1999. p. 16 - 22.

O pluralismo político pode ser entendido como um dos elementos fundantes de um Estado Democrático de Direito, uma vez que a partir dele se reconhece a existência de diversidades de interesses dentro da coletividade, bem como se afirma a necessidade de que todos participem dos processos de tomada de decisão.

Dessa forma, para a construção de um Estado Democrático é importante que se reconheça e se dê voz a todas essas diversidades, para que todos os cidadãos possam efetivamente participar do processo de discussão e elaboração de leis, por exemplo.

A realidade que se vê em relação à população LGBTTI em geral, e às pessoas transgêneras em específico, é que, por vezes, elas não alcançam espaços que lhes garantam uma representação política adequada. E ainda que garantissem cargos e funções políticas, uma vez que são um grupo vulnerável, possivelmente não alcançariam êxito em obter uma votação expressiva e majoritária dentro do sistema regido pelos critérios de maioria simples.

A problemática que se vislumbra é que grupos vulneráveis e minoritários jamais poderão pautar decisões políticas dentro de um sistema democrático majoritário e esse sistema estará, por conseguinte, fadado ao insucesso se não houver ferramentas para reequilibrar a disparidade de poder de decisão. Caso segmentos da sociedade sejam alijados desse processo e esquecidos pela tirania da maioria, certamente não existirá mais uma democracia, uma vez que esta pressupõe a possibilidade de que todos possam participar em condições de igualdade.

Algumas ferramentas como a criação de comissões temáticas no Legislativo e a participação de entidades da sociedade civil em audiências públicas para discussão de projetos de lei caminham nesse sentido. Há também outros instrumentos de democracia participativa trazidos na Constituição que permitem a atuação direta do cidadão, buscando qualificar os debates e abrindo espaços para que outras pessoas, mesmo que não sejam políticos eleitos, possam colaborar com conhecimentos específicos sobre determinado assunto.

Todavia, ainda que conjugados todos os esforços, algumas vezes não se alcança o escopo de assegurar que políticas públicas sejam pensadas de forma voltada para grupos vulneráveis.

Em relação às pessoas transexuais, por exemplo, há muito tempo tramitam projetos de leis que visam regulamentar a questão do nome social e a alteração do registro civil, no entanto, por entraves políticos, essas iniciativas de lei ainda não saíram do papel.

Nessas situações, não resta outra alternativa que não se socorrer aos demais Poderes, no caso o Poder Judiciário, para que seja solucionado o impasse da omissão Legislativa sobre o assunto, com o fito de se resguardar a dignidade dessas pessoas e, principalmente, para

que seja assegurado o pluralismo e o respeito à diversidade previstos pelo constituinte, como foi demonstrado acima.

Para além da solução para cada caso individual, o sistema jurídico oferece instrumentos processuais que possibilitam que seja questionada ou suprida eventual omissão do Poder Legislativo, conforme será tratado a seguir.

5.4 FERRAMENTAS DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: COMO A OMISSÃO LEGISLATIVA PODE SER APRESENTADA AO PODER JUDICIÁRIO

O Texto de 1988 tem como característica ser uma Constituição Dirigente, ou seja, traz em seu bojo normas definidoras de tarefas e programas de ação a serem concretizados pelos poderes públicos.³⁴⁶ Ao mesmo tempo, o Constituinte, preocupado em garantir que todas essas normas fossem implementadas pelos Poderes Públicos, previu instrumentos processuais que sanassem eventuais omissões legislativas inconstitucionais.

A omissão inconstitucional é interpretada por Clèmerson Clève:

[...] conceito de omissão legislativa não é um conceito naturalístico, reconduzível a um simples não fazer, a um simples conceito de negação. Omissão, em sentido jurídico-constitucional, significa não fazer aquilo a que, de forma concreta, se estava constitucionalmente obrigado. A omissão legislativa, para ganhar significado autônomo e relevante, deve conexionar-se com uma exigência constitucional de acção, não bastando o simples dever geral de legislar para dar fundamento a uma omissão inconstitucional.³⁴⁷

Ao discorrer mais detalhadamente sobre a omissão legislativa, Flávia Piovesan trouxe alguns elementos que podem ser usados para caracterizá-la:

A omissão inconstitucional caracteriza-se: a) pela falta ou insuficiência de medidas legislativas; b) pela falta de adoção de medidas políticas ou de governo; c) pela falta de implementação de medidas administrativas, incluídas as medidas de natureza regulamentar, ou de outros atos da Administração Pública.³⁴⁸

A omissão inconstitucional, então, é caracterizada pela inércia de qualquer dos Poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário). A doutrina, no entanto, divide-se

³⁴⁶ Cf. NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Método, 2009. p. 113.

³⁴⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 52.

³⁴⁸ PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 92.

quanto à necessidade de existir uma vinculação expressa ou se apenas um dever geral de legislar no texto constitucional.

Flávia Piovesan, por exemplo, entende que:

[...] para caracterizar a omissão legislativa, a intervenção do legislador há de advir não do dever geral de legislar, mas da específica e concreta incumbência ou encargo constitucional. Surge uma verdadeira ordem de legislar de cunho específico, cujo cumprimento está adstrito à emissão das normas correspondentes.³⁴⁹

Clèmerson Clève, por sua vez, entende que toda e qualquer ordem de legislar, abstrata ou concreta, pode gerar uma omissão inconstitucional e assim discorre sobre os elementos que a configurariam no caso em concreto:

[...] (a) uma inércia na atividade concretizadora, [...] (b) de certa e determinada norma constitucional, com reduzida eficácia de aplicação (exequibilidade) [normas constitucionais de aplicabilidade limitada ou reduzida], (c) consistente na violação de uma obrigação institucional geral ou especial, (d) constatada a partir de um 'juízo' concreto sobre o transcurso do tempo.³⁵⁰

As imposições concretas, são aquelas que determinam a realização de algo específico, como é o caso do artigo 7º, inciso IV da Constituição, que estabelece a obrigação do legislador de estabelecer o salário mínimo capaz de atender às necessidades básicas do trabalhador.

Enquanto que as imposições abstratas são derivadas de normas programáticas e de preceitos que enunciam os fins do Estado Democrático.³⁵¹ Assim, acerca das diferenças entre imposições abstratas e concretas, Canotilho aduz que:

[...] a não realização normativa das primeiras situa-nos no âmbito do "não cumprimento" das exigências constitucionais, e eventualmente, no terreno dos "comportamentos ainda constitucionais" mas que tenderão (no caso de sistemático não actuar legislativo) a tornar-se "situações inconstitucionais". Neste plano se desenvolve, em grande parte, a luta político-constitucional em torno da constituição programática. No caso das imposições constitucionais em sentido estrito, o não cumprimento é um verdadeiro caso de inconstitucionalidade: o legislador viola, por acto omissivo, o deve de actuar concretamente imposto pelas normas constitucionais.³⁵²

³⁴⁹ **Ibidem.**, p. 92.

³⁵⁰ CLÈVE, **op. cit.**, p. 327.

³⁵¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994. p. 332.

³⁵² **Ibidem.**

Na doutrina constitucionalista brasileira, sustenta-se que o entendimento do constitucionalista português não seria aplicável.³⁵³ No entanto, o Supremo Tribunal Federal vem admitindo que normas programáticas sirvam de parâmetro para controle de constitucionalidade, uma vez que essas normas vinculam o Poder Público na concretização dos objetivos constitucionais.

Nesta senda, quando se fala do direito à saúde, por exemplo, insculpido no artigo 196 da Constituição Federal, tem-se:

O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. **A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente.** O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu imposterável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. [...] O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/Aids, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade.³⁵⁴

Se essas normas vinculam o Poder Público, é possível sustentar que a omissão diante de uma imposição abstrata pode ser levada à apreciação perante o Poder Judiciário.

No caso das pessoas transexuais certamente a omissão legislativa impede o livre exercício da cidadania, bem como o exercício de direitos por parte dessas pessoas (artigo 1º, incisos II e III da Constituição Federal), sem mencionar que evidencia uma inércia do Estado para promover o bem de todos, sem qualquer tipo de discriminação (artigo 3º, incisos I e IV da Constituição Federal).

³⁵³ Luís Roberto Barroso, adota posição intermediária, defendendo que não será possível, em regra, falar em omissão inconstitucional envolvendo normas programáticas, salvo se a inércia violar o mínimo existencial (Cf. BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 34).

³⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **A Constituição e o Supremo**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%201814>>. Acesso em: 9 out. 2017. Grifo nosso.

Em que pese inexistir alguma menção expressa do constituinte nesse sentido, a leitura sistemática do texto constitucional conduz à conclusão de que é um dos objetivos constitucionais a inclusão social de todos os indivíduos, assegurando o exercício de direitos em condições de igualdade, principalmente às parcelas que se mostrem mais vulneráveis e marginalizadas, como é o caso das pessoas transexuais.

Por tal motivo é que os instrumentos previstos na Constituição podem ser manejados com o escopo de dar efetividade aos preceitos e objetivos da Constituição Cidadã. A partir daqui, estes instrumentos serão estudados individualmente, com o objetivo de se investigar se podem ou não ser utilizados para a solução da problemática colocada.

5.4.1 O Mandado de Injunção

O mandado de injunção vem previsto no rol de direitos e deveres individuais e coletivos: “[...] conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.³⁵⁵

Foi uma inovação trazida pelo Constituinte que, no entanto, demorou a ser disciplinado quanto ao seu procedimento, o que só aconteceu recentemente, com a publicação da Lei n. 13.300 de 23 de junho de 2016.

Até então, o entendimento do Supremo Tribunal Federal era de que a norma era de eficácia imediata e a ausência de regulamentação não poderia obstar o uso do instituto, já que o mesmo artigo 5º traz em seu parágrafo primeiro a previsão de que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

Em síntese, o mandado de injunção visa assegurar o exercício: “a) de qualquer direito constitucional não regulamentado; b) de qualquer liberdade constitucional não regulamentada e c) das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à cidadania e à soberania, também quando não regulamentadas”.³⁵⁶

Na doutrina é possível encontrar posicionamentos distintos acerca de quais direitos poderiam ser tutelados/efetivados através do mandado de injunção. Há quem defenda que o mandado de injunção incidiria apenas em relação aos direitos trazidos no Título II da

³⁵⁵ Artigo 5º, LXXI da Constituição Federal. (BRASIL. Constituição [1988]. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, 6 out. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 5 out. 2017)

³⁵⁶ PIOVESAN, **op. cit.**, p. 140.

Constituição Federal, enquanto que outros sustentam que o mandado de injunção poderia estender inclusive para direitos econômicos e sociais.

O Supremo Tribunal Federal, em julgamento de um mandado de injunção sob relatoria de Moreira Alves, aderiu à corrente que dá maior amplitude ao instituto, considerando que, preenchidos os requisitos, o mandado de injunção serviria para tutelar quaisquer liberdades constitucionais.³⁵⁷

Certamente essa visão interessa ao presente trabalho, uma vez que em relação às pessoas transexuais o exercício da liberdade sexual e a vivência da experiência identitária estão imbricados com o exercício da cidadania e outros direitos a ela relacionados.

A compreensão atual de cidadania transborda questões relacionadas à participação política. Por isso parece oportuno trazer ao leitor algumas visões sobre a cidadania:

O conceito contemporâneo de cidadania se estendeu em direção a uma perspectiva na qual cidadão não é apenas aquele que vota, mas aquela pessoa que tem meios para exercer o voto de forma consciente e participativa. Portanto, cidadania é a condição de acesso aos direitos sociais (educação, saúde, segurança, previdência) e econômicos (salário justo, emprego) que permite que o cidadão possa desenvolver todas as suas potencialidades, incluindo a de participar de forma ativa, organizada e consciente, da construção da vida coletiva no Estado democrático”.³⁵⁸

Kildare Gonçalves assim coloca:

A Constituição considera, desta forma, o estágio atual de evolução da vida dos povos, para admitir que a idéia de cidadania não se acha restrita ao cidadão eleitor, mas se projeta em vários instrumentos jurídico-político imprescindíveis para viabilizá-la. Cidadania significa, nessa perspectiva, participação no Estado Democrático de Direito.³⁵⁹

A partir dos excertos transcritos acima, é possível afirmar que à população transexual muitas vezes não é garantida a participação no Estado Democrático de Direito, pois estão à margem da sociedade, excluídos desse processo, por terem sido privados do exercício de outros direitos fundamentais, o que os coloca em posição de desvantagem.

Há que se mencionar, ainda, que em relação a essa parcela vulnerável da sociedade, há o direito à inclusão social a ser respeitado, o qual depende de normativas que o tutelem e o

³⁵⁷ Cf. Julgamento do Mandado de Injunção n. 232-1. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n. 232**. Rel. Min. Moreira Alves, DJe 27/03/1992, p.3800. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1495785>>. Acesso em: 5 out. 2017.

³⁵⁸ BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 7.

³⁵⁹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição**. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 462.

efetivem e, incorrendo o legislador ordinário em omissão inconstitucional, é possível que seja feita a provocação junto ao Poder Judiciário por intermédio desse instrumento jurídico constitucional.

Os legitimados ativos para o mandado de injunção são as pessoas detentoras de direitos previstos na Constituição que estejam impedidas de exercê-los diante da ausência de norma regulamentadora. É possível propor a medida também coletivamente.

Sobre a legitimidade passiva, Flávia Piovesan afirma: “[...] a legitimidade passiva recai sobre o ente cuja atuação é necessária para viabilizar o exercício do direito e não recai, portanto, sobre a autoridade competente para elaborar a norma regulamentadora faltante”.³⁶⁰ Ou seja, podem estar no polo passivo entes públicos ou particulares, que sejam incumbidos de viabilizar o exercício do direito obstaculizado.

Com o mandado de injunção, portanto, é possível recorrer ao Poder Judiciário para que seja viabilizado o exercício de direitos (ou liberdades) que têm sido obstados pela inexistência de normas que deem efetividade aos direitos (ou liberdades) previstos na Carta Constitucional.

O papel do Poder Judiciário é o de remover obstáculos para o exercício do direito. Assim, para que seja cabível a impetração, a ausência da norma regulamentadora deve inviabilizar a plena fruição pelo titular.

Diante do que se expôs até o presente momento, sustenta-se que é possível a uma pessoa transexual impetrar o mandado de injunção caso se veja impedida de utilizar seu nome social em repartições públicas ou privadas, por exemplo. Ao longo do trabalho, discorreu-se sobre a existência de decretos executivos esparsos que regulamentam o uso do nome social em diferentes âmbitos. Entretanto, caso uma pessoa transexual seja impedida de utilizar seu nome social ante a ausência de uma normativa específica (decreto ou portaria), entende-se que a impetração do mandado de injunção se mostra adequada ao caso, para o fim de viabilizar o exercício desse direito da personalidade, sem qualquer óbice.

Já para o caso de retificação de assento de pessoas transexuais, são necessárias algumas reflexões sobre o instituto. Isso porque já existe uma lei já mencionada no decorrer do trabalho, a Lei de Registros Públicos, que trata sobre as hipóteses em que se permite a alteração do registro civil. A lei, contudo, não trata expressamente da hipótese de alteração de prenome e estado sexual pelas pessoas transexuais.

³⁶⁰ PIOVESAN, *op. cit.*, p. 145.

De um lado, sabe-se que o mandado de injunção não é cabível para exigir certa interpretação para uma legislação infraconstitucional já existente, pois existem outros instrumentos jurídicos para tanto.

De outro lado, parece oportuno sustentar que existe *in casu* uma omissão parcial do legislador, a qual pode ser questionada através do mandado de injunção. Almeida Filho, ao tratar sobre omissão parcial, assim discorre:

A omissão parcial pode ser exteriorizada de duas formas dessemelhantes. A primeira delas ocorre quando o legislador atua apenas em relação a determinados grupos sociais ou situações fáticas específicas, deixando de lado realidades cujos pressupostos para a incidência da norma infraconstitucional são idênticos a esses últimos. Nesse caso, é possível suscitar a inconstitucionalidade por ação em virtude da quebra do princípio da igualdade jurídica. A outra modalidade de omissão legislativa parcial possui uma gênese um tanto mais complexa. Concretiza-se quando, a despeito de a norma haver sido editada, abrangendo todas as possíveis situações de fato previstas pela constituição, esta não venha a se tornar concreta e socialmente efetiva. Nesse caso, o caráter parcial da lei não está em seu conteúdo, mas nos efeitos que dela emanam.³⁶¹

E Flávia Piovesan assim dispõe:

Defende-se o cabimento do mandado de injunção na hipótese de omissão legislativa parcial que afronte o princípio da isonomia, o que ocorre ante a exclusão legal de benefício. Nesse sentido, a omissão legislativa parcial seria equiparável à falta de norma regulamentadora, o que ensejaria o cabimento do Mandado de Injunção para estender a disciplina legal aos grupos impetrantes excluídos, de modo a tornar viável o exercício de direito constitucional.³⁶²

Considerando as colocações acima, é possível afirmar que uma pessoa transexual que deseja alterar prenome e sexo jurídico pode se valer da impetração do mandado de injunção, para o fim de sanar a omissão parcial da Lei de Registros Públicos, que não traz qualquer disposição expressa sobre tal possibilidade. Observa-se que a ausência da normativa inviabiliza o exercício de direitos por parte dessas pessoas e viola a imposição constitucional, ainda que abstrata, de promoção da igualdade e da inclusão social de grupos vulneráveis, o que justifica a utilização desse instrumento.

No entanto, em que pese se vislumbrar o cabimento, é de se avaliar no caso concreto qual a intenção da pessoa transexual ao ajuizar sua demanda e colocar à sua disposição os instrumentos processuais para que faça sua escolha.

³⁶¹ ALMEIDA FILHO, Agassiz. Controle de inconstitucionalidade por omissão em Portugal. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 38, n. 152, out./dez. 2001, p. 115-133.

³⁶² PIOVESAN, *op. cit.*, p. 120.

Por certo que o mandado de injunção traz consigo uma carga política, vez que o Poder Judiciário será instado a se manifestar sobre a omissão legislativa e alguma solução deverá ser oferecida ao caso trazido à apreciação jurisdicional.

De outro lado, tem-se que é possível através do ajuizamento de demanda de retificação de assento, com base nos argumentos jurídicos já discorridos ao longo do trabalho, obter a alteração o registro civil da pessoa transexual, sem que se debruce sobre eventual omissão do Poder Legislativo.

Assim, pretendeu-se com essa breve reflexão, sustentar que o mandado de injunção pode ser um instrumento útil também para a defesa dos direitos das pessoas transexuais, cabendo àquela pessoa que se sentir violada e obstada no exercício de seus direitos a escolha em se utilizar dele ou não.

5.4.2 A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

Além do mandado de injunção, a omissão legislativa em relação a direitos previstos na Constituição de 1988 pode ser questionada também de forma concentrada, através da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO).

A Carta de 1988, influenciada pela Constituição Portuguesa, trouxe a possibilidade de ser reconhecida a inconstitucionalidade por omissão, ao dispor no artigo 103, parágrafo 2º:

Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

O objetivo do constituinte foi “[...] permitir que toda norma constitucional alcance eficácia plena, obstando que a inação do legislador venha a impedir o exercício de direitos constitucionais”.³⁶³

A competência, nesse caso, é do Supremo Tribunal Federal, o qual possui o dever de zelar pela guarda da Constituição Federal. Nessa senda, a característica da ADO é ser um processo objetivo (assim como a ação direta de inconstitucionalidade), uma vez não estão são analisadas questões subjetivas, ou seja, o escopo do processo se restringe à defesa da Constituição.

³⁶³ PIOVESAN, **op. cit.**, p. 113.

A legitimidade ativa é daquelas pessoas enunciadas no artigo 103, incisos I a IX da Constituição.³⁶⁴ A legitimidade passiva é imputada às autoridades e órgãos legislativos inertes, responsáveis pela prática do ato determinado pela Constituição.

Os efeitos da decisão prolatada na ADO são *erga omnes*, sendo o órgão competente cientificado para que supra a omissão. O dispositivo constitucional, portanto, menciona somente uma cientificação do órgão omissor. Nos dizeres de Roque Carrazza:

[...] o Pretório Excelso não criará a norma legal faltante, nem se pronunciará sobre o modo pelo qual a omissão inconstitucional deverá ser superada. Em suma, a decisão não eliminará a inconstitucionalidade, mas, apenas, a constará oficialmente.³⁶⁵

Dessa feita, em que pese se entender pertinente a utilização da ADO para constituir em mora o legislador em relação aos direitos das pessoas transexuais, mormente em relação à questão da alteração do prenome e sexo jurídico, que carecem de qualquer regulamentação no ordenamento jurídico, parece não ser este o instrumento jurídico e político mais eficaz.

Em que pese todas as razões colocadas no item acima, que evidenciam a omissão inconstitucional e a proteção insuficiente aos direitos fundamentais desse grupo vulnerável, a simples decretação da mora do Poder Legislativo, sem a fixação de um prazo para a elaboração de uma norma, parece não surtir o efeito desejado.

Por isso é que se julga mais adequada estratégia adotada pela Procuradoria Geral da República na Ação Direta de Inconstitucionalidade³⁶⁶ n. 4.275, pela qual almeja que seja dada interpretação conforme a Constituição para o artigo 58 da Lei n. 6.015 de 1973 (Lei de Registros Públicos), para reconhecer às pessoas transexuais, que assim o desejarem,

³⁶⁴ Artigo 103 Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. (BRASIL. Constituição [1988]. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, 6 out. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 5 out. 2017).

³⁶⁵ CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 264.

³⁶⁶ A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) vem regulada pelo mesmo artigo 103 da Constituição Federal de 1988, sendo que os legitimados são os mesmos da ADO e os efeitos da decisão também são *erga omnes*, vez que se trata de um instrumento jurídico de controle concentrado, sendo considerado também um processo objetivo.

independentemente de cirurgia de transgenitalização, o direito à substituição do prenome e sexo jurídico no registro civil.³⁶⁷

Sobrevindo decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheça a necessidade de uma interpretação conforme a Constituição, a omissão legislativa será suprida, o que vai além de uma decisão que poderia ser tomada em uma ADO, por exemplo.

Curioso destacar que as decisões proferidas na ADPF n. 132/RJ e na ADI n. 4277/DF³⁶⁸, que também utilizaram a técnica da interpretação conforme a Constituição, levaram o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a expedir a Resolução n. 175 de 2013, a qual dispôs sobre a celebração de casamento civil e conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Da mesma forma, sobrevivendo uma decisão que dê uma interpretação conforme a Constituição ao artigo 58 da Lei 6.015 de 1973, poderá também ser expedida Resolução pelo CNJ regulamentando que os cartórios de registro civil procedam às alterações de prenome e sexo jurídico administrativamente, independentemente de cirurgia de redesignação sexual e sem necessidade de processo judicial.³⁶⁹

O instrumento jurídico da ADI, portanto, atende melhor ao fim de sanar a lesão aos direitos de pessoas transexuais, que são impedidas de uma vivência digna e livre, ante a omissão legal.

³⁶⁷ A Procuradoria Geral da República, em pedido subsidiário, requereu que, caso não se entendesse pertinente a ADI para o caso em questão, fosse a matéria suscitada analisada como Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), conforme previsto no artigo 102, §1º da Constituição Federal de 88, por estarem presentes todas as condições: (a) lesão ou ameaça a preceito fundamental; (b) causada por atos comissivos ou omissivos dos Poderes Públicos, e (c) não haja outro instrumento apto a sanar esta lesão ou ameaça.

³⁶⁸ Os referidos julgamentos reconheceram a inconstitucionalidade da distinção de tratamento legal às uniões estáveis constituídas por pessoas do mesmo sexo, a partir da interpretação conforme do artigo 1.723 do Código Civil de 2002.

³⁶⁹ Vide nota de rodapé 268.

CONCLUSÃO

No trabalho pautamos discussões acerca de gênero e identidade de gênero buscando nos distanciar do binarismo biológico limitante, pois almejamos evidenciar que o indivíduo, enquanto ser gregário e envolvido em relações sociais, pode construir seu gênero fora dos padrões esperados (masculino e feminino).

Com essa premissa, buscamos propor uma reflexão jurídica acerca do que traz o ordenamento brasileiro, pautando-se pela necessidade de conquista de direitos e busca de reconhecimento para a população transexual, a qual atualmente tem encontrado inúmeros óbices para o exercício de direitos básicos de todo ser humano.

É evidente que, dentro de um sistema jurídico cisgênero, exclusivamente pautado pelo modelo binário como é o caso do sistema brasileiro, o reconhecimento jurídico dentro de um dos gêneros tidos como padrão de normalidade configura para alguns indivíduos transexuais elemento essencial para que se sinta inserido e possa se desenvolver livremente em sociedade.

Tal abordagem não destoa da noção de que existem outras formas de expressão de gênero, no entanto, no presente trabalho, ateve-se ao estudo das situações em que se busca o reconhecimento dentro das categorias de gênero masculino e feminino hoje colocadas como padrão.

Nesse cenário, o trabalho se propôs explorar quais os óbices enfrentados pela população transexual, tratando especificamente da alteração do prenome e sexo jurídico de pessoas transexuais no ordenamento jurídico brasileiro, perpassando pela questão da ausência de uma legislação específica sobre o tema e culminando na análise da jurisprudência brasileira que não tem sido uníssona nas soluções oferecidas aos casos levados ao Poder Judiciário.

A transexualidade, enquanto expressão identitária que diverge desses padrões cisgêneros, é ainda um fator de marginalização social, uma vez que é interpretada enquanto patologia por alguns segmentos da Medicina e Psicologia, além do que encontra bastante resistência de aceitação no campo da moral (principalmente religiosa).

Constatamos, ainda, que a ausência de uma resposta unívoca do Estado (em suas três vertentes de manifestação de poder: Executivo, Legislativo e Judiciário) na proteção e efetivação de direitos fundamentais dessa população vulnerável, gera uma sensação de desamparo e exclusão social e compactua para uma reiterada ofensa à dignidade dessas pessoas.

Parece-nos, portanto, necessária uma releitura do sistema infraconstitucional vigente, à luz dos princípios constitucionais da promoção da dignidade da pessoa humana, igualdade e da não discriminação, como forma de compreender a vivência transexual e acolhê-

la sob o ordenamento jurídico, conferindo-lhe a proteção jurídica necessária em razão de sua peculiaridade.

Essa compreensão se funda sob uma nova perspectiva de manifestação do Direito: deixa-se de enxergar o indivíduo tão somente pelos referenciais biopsicológicos para enxergá-lo de forma contextualizada, através de suas relações sociais.

Nesse sentir, pessoas transexuais, enquanto cidadãs de direitos, devem ser compreendidas pelo referencial sociocultural, em um contexto de pluralismo e aceitação da diversidade, mostrando-se imprescindíveis medidas que busquem concretizar a inclusão dessa parcela vulnerável (discriminação positiva). Além disso, necessário relembrar que a discriminação negativa não é admitida no ordenamento brasileiro (vedação à discriminação em qualquer espécie), sendo possível interpretar ampliativamente a vedação de discriminação em razão do sexo para compreender que se trata de vedação à discriminação em razão da identidade de gênero.

Há que se falar também na necessidade de se assegurar a dignidade da pessoa humana em relação às pessoas transexual: a capacidade de autodeterminação da pessoa transexual se concretiza no livre desenvolvimento de sua personalidade e qualquer obstáculo que seja colocado nesse caminho configura uma ofensa à autonomia, e em última instância, à dignidade dessa pessoa.

No que toca o direito ao nome, enquanto elemento essencial na identificação do indivíduo, pressuposto para o exercício de direitos e deveres dentro da sociedade, não se pode olvidar que ele goza de proteção constitucional e convencional (Pacto de San José da Costa Rica) por se tratar de um direito fundamental material, incidindo sobre ele a proteção conferida aos demais direitos fundamentais colocados no rol do artigo 5º da Constituição Federal, ou seja, é direito petrificado e em relação a ele não se admite qualquer retrocesso. E o mesmo se diz em relação ao nome social, já que no caso de pessoas transexuais, é o nome social que passará a desempenhar o papel mencionado acima, de individualizar a pessoa e viabilizar sua interação em sociedade.

Somado a isso, entende-se que é possível falar na existência de um direito fundamental à identidade de gênero, uma vez que o direito à identidade compõe um conteúdo mínimo de proteção da pessoa e está intimamente relacionado à busca da felicidade e de uma vivência digna.

Essas compreensões conjugadas acabam por refletir para o Estado algumas obrigações, que devem ser alcançadas em cada uma das esferas de Poder.

A primeira delas é o Poder Legislativo, o qual tem se mostrado omissos quanto à necessidade de tomar como urgentes de serem dispostas no ordenamento brasileiro as questões que versam sobre a alteração de registro civil e proteção ao nome social de pessoas transexuais.

A compreensão que se espera do Legislador é no sentido de que a transexualidade é experiência identitária não-patológica, a qual deve ser acolhida pelo ordenamento jurídico através de uma legislação que permita a alteração de prenome e sexo jurídico independentemente de qualquer constatação por terceiros, fundando-se exclusivamente na manifestação de vontade da pessoa. O sigilo em relação à alteração é elementar para que se assegure ao indivíduo transexual a sua intimidade, de forma que eventual acesso por terceiro somente poderia ser obtido mediante justificativa à autoridade judicial.

Importante que o Legislador se preocupe também em estabelecer parâmetros mínimos a serem observados, seja na esfera pública ou privada, para que aquelas pessoas que não optem pela alteração do registro possam se valer do nome social, sem que para isso sejam submetidas a situações constrangedoras.

O esforço do Legislador em reconhecer a identidade de gênero, colocando-a em documentos de identificação pessoal, representa um avanço (mínimo que seja) na conquista de direitos para a pessoa transexual e configura um agir positivo do Estado para propiciar condições mínimas de superação do déficit social de aceitação em uma sociedade nascida e criada na ordem heteronormativa.

No que tange o Poder Executivo, em que pese já se ter observado alguma compreensão quanto à importância da necessidade de se reconhecer e respeitar o uso do nome social através da disposição através de decretos, é necessário aprofundar a ideia de acolhimento trazida por esses instrumentos.

Há que se assimilar e respeitar que as pessoas transexuais decodificam a realidade de maneira distinta de cisgêneros e para elas é algo elementar que seja abandonado o uso do nome civil, de forma que não sejam obrigadas conviver com essa dualidade. Diante dessa necessidade, pensamos que os decretos oriundos do Poder Executivo devem ser elaborados com algum cuidado e não poderiam impor à pessoa transexual a necessidade de ostentar em um crachá, por exemplo, com o nome civil ao lado do nome social. O nome civil poderia apenas ficar registrado em arquivos internos da Administração e nos demais documentos de identificação tudo que se referisse à pessoa viria tão somente com o nome social. Essa seria a forma mais adequada de não expor a pessoa transexual a qualquer constrangimento.

Em relação ao Poder Judiciário, temos que é de fundamental importância a atuação no reconhecimento de direitos da população transexuais, principalmente no contexto atual, onde há uma omissão quanto aos direitos atinentes a essas pessoas.

O cenário não é favorável e por isso o Judiciário é chamado a intervir com o fim de assegurar proteção àqueles direitos que foram mencionados e também para garantir a permanência da democracia, com espaço para pluralidades onde grupos vulneráveis e minoritários sejam respeitados e integrados na dinâmica social.

Esse papel de guardião de direitos fundamentais entregue ao Poder Judiciário traz consigo uma grande responsabilidade: adequar-se à essa tendência de interpretação das normas de direito com o olhar voltado à compreensão do ser humano enquanto ser gregário e sujeito de direitos e deveres, em constante relação com o mundo à sua volta.

Para tal, é necessário abandonar o olhar adstrito à aspectos biopsicológicos, acolhendo o indivíduo enquanto ser indissociável da sociedade em que se encontra inserido. Assim será possível acolher com tranquilidade pedidos de transexuais para alteração de prenome e sexo jurídico levados à apreciação judicial, independentemente da realização de cirurgia de redesignação sexual.

A pessoa transexual não se enxerga no mundo enquanto pessoa do sexo biológico que traz consigo por determinação da natureza; ela se compreende e se relaciona socialmente pautada pelo sentimento de que “nasceu no corpo errado” e busca de todas as formas se livrar de qualquer sinal externo que simbolize uma figura na qual não se reconhece. Então, o Judiciário é chamado a corrigir essa distorção para fazer constar o prenome e sexo jurídico de acordo com a identidade de gênero da pessoa transexual.

Em que pese os argumentos contrários encontrados nos julgados abordados no trabalho, os quais sustentam que inexistente autorização legal para a alteração, ou que seria necessária a submissão à cirurgia de redesignação social, e ainda que a alteração do registro civil poderia ofender o interesse público ou terceiros, tem-se que todos esses entendimentos se pautaram a partir de premissas equivocadas, pois desconsideraram o ser humano em questão e a sua existência em sociedade como elemento prioritário, pautando-se por elementos estritamente legais e biológicos para afastar o deferimento do pedido formulado.

Felizmente esses entendimentos já não têm prevalecido na jurisprudência e observa-se uma tendência, já vislumbrada em decisão recente do Superior Tribunal de Justiça, de se caminhar no sentido do reconhecimento da experiência identitária transexual, afastando-

se do olhar patologizante e se aproximando de uma visão holística do ser humano, enquanto ser integrado em sociedade.

A questão também já vem pautada em ações que tramitam perante o Supremo Tribunal Federal, onde se espera alcançar uma pacificação jurisprudencial, dando-se destaque às bases principiológicas constitucionais, para o fim de trazer o reconhecimento do direito ao nome e à identidade de gênero dos transexuais nas decisões judiciais como um primeiro passo a ser dado na busca de um verdadeiro direito de existirem e serem aquilo que entendem ser, a salvo de toda sorte de questionamentos e discriminações.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA FILHO, Agassiz. Controle de inconstitucionalidade por omissão em Portugal. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 38, n. 152, out./dez. 2001.

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

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JR., Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2016.

ARGENTINA. Ley n. 26.618, de 15 de julho de 2010. Promulgada em 21 de julho de 2010. Código Civil. Modificación. **Boletín Oficial de la República Argentina**, Buenos Aires, 21 jul. 2010. Disponível em: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2017/10957>. Acesso em: 7 maio 2017.

AVILA, Simone; GROSSI, Miriam Pillar. **Transexualidade e movimento transgênero na perspectiva da diáspora queer**. Disponível em: <<http://nigs.ufsc.br/files/2012/01/TRANSEXUALIDADE-E-MOVIMENTO-TRANSG%C3%80NERO-NA-PERSPECTIVA-DA-DI%C3%81SPORA-QUEER-Simone-%C3%81vila-e-Miriam-Pillar-Grossi.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

AZEVEDO, Álvaro Vilaça; NICOLAU, Gustavo Rene. **Código Civil comentado: das pessoas e dos bens: artigos 1º ao 103**. AZEVEDO, Álvaro Vilaça (Coord.). São Paulo: Atlas, 2007.

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação n. 03683226420128050001**. Des. Relator José Olegário Monção Caldas, Quarta Câmara Cível, Diário Eletrônico de 17/10/2013. Disponível em: <<http://www2.tjba.jus.br/consultaprocessual/index.wsp>>. Acesso em: 6 out. 2017.

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. **O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf>. Acesso em: 5 set. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. **Conjur**. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf>>. Acesso em: 9 out. 2017.

_____. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. **A morte como ela é: Dignidade e autonomia individual no final da vida**. Disponível em:

<<http://www.conjur.com.br/2012-jul-11/morte-ela-dignidade-autonomia-individual-final-vida>>. Acesso em: 5 set. 2017.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo**. Tradução de Sérgio Milliet. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

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

BENJAMIN, Harry. **El fenómeno transexual**. Sevilla, 2001.

BENTO, Berenice e PELÚCIO, Larissa. Despatologização do gênero: a politização das identidades abjetas. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 20, n. 2, maio/ago. 2012.

BENTO, Berenice. Nome social para pessoas trans: cidadania precária e gambiarra legal. **Revista Contemporânea**. São Paulo: São Carlos, v. 4, n. 1, jan./jun. 2014.

_____. **O que é transexualidade**. São Paulo: Brasiliense, 2008.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

BOBBIO, Norberto. **As ideologias e o poder em crise**. Tradução de João Ferreira. 4. ed. Brasília: UnB, 1999.

_____. **Igualdade e liberdade**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 4. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.

BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha. A constante axiologia dos direitos humanos. In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita Benevides; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu de. (Org.) **Direitos Humanos, Democracia e República**: uma homenagem a Fábio Konder Comparato. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

BRANDELLI, Leonardo. **Nome civil da pessoa natural**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado n. 4, **I Jornada de Direito Civil**. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/650>>. Acesso em: 6 fev. 2017.

_____. Conselho da Justiça Federal. Enunciado n. 274, **IV Jornada de Direito Civil**. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/219>>. Acesso em: 6 fev. 2017.

_____. Conselho da Justiça Federal. Enunciado n. 531, **VI Jornada de Direito Civil**. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>>. Acesso em: 6 fev. 2017.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM n. 1.482 de 1997. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalização a título experimental. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília/DF, 19 set. 1997. Seção I, p. 20.944. Disponível em: <http://www.portalm medico.org.br/resolucoes/CFM/1997/1482_1997.htm>. Acesso em: 13 nov. 2016.

_____. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM n. 1.652 de 2002. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução CFM nº 1.482/97. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília/DF, 2 dez. 2002. Seção 1, p.80/81. Disponível em: <http://www.portalm medico.org.br/resolucoes/CFM/2002/1652_2002.htm>. Acesso em: 13 nov. 2016.

_____. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM n. 1.955 de 2010. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução CFM nº 1.652/02. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília/DF, 3 set. 2010. Seção I, p. 109-10. Disponível em: <http://www.portalm medico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm>. Acesso em: 13 nov. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Enunciados aprovados na I Jornada de Direito da Saúde**. São Paulo/SP, 15 maio. 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENARIA_15_5_14_r.pdf>. Acesso em: 6 out. 2017.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil (1824). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 4 jun. 2016.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1891). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 4 jun. 2016.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 5 jun. 2016.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1946). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 5 jun. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1967). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 5 jun. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, 6 out. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 5 out. 2017.

BRASIL. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica) de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 9 nov. 1992. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 6 out. 2017.

BRASIL. Decreto n. 3.321, de 30 de dezembro de 1999. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), de 17 de novembro de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, 31 dez. 1999. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3321.htm>. Acesso em: 6 out. 2017.

BRASIL. Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 26 ago. 2009. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 1 fev. 2017.

BRASIL. Decreto n. 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/DF, 29 abr. 2016. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8727.htm>. Acesso em: 23 mar. 2017

BRASIL, Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932. Decreta o Código Eleitoral. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 26 fev. 1932. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21076-24-fevereiro-1932-507583-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 1 fev. 2017.

BRASIL, Decreto nº 21.417-A, de 17 de maio de 1932. Regula as condições do trabalho das mulheres nos estabelecimentos industriais e comerciais. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 19 maio 1932. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21417-17-maio-1932-559563-publicacaooriginal-81852-pe.html>>. Acesso em: 1 fev. 2017.

BRASIL. Lei n. 6.015 de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, 31 dez. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 14 mar. 2017.

BRASIL. Lei n. 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/DF, 16 jul. 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 24 mar. 2017.

BRASIL. Lei n. 9.610 de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, 20 fev. 1998. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 23 mai. 2017.

BRASIL. Lei n. 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/DF, 14 jul. 1999. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9807.htm>. Acesso em: 23 mar. 2017.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 6 fev. 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria MS n. 1.707, de 18 de agosto de 2008. Institui, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), o Processo Transexualizador, a ser implantado nas unidades federadas, respeitadas as competências das três esferas de gestão. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília/DF, 19 ago. 2008. Disponível em: <

<http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/port17072008mssystem.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2016.

_____. Ministério Da Saúde. Portaria MS n. 2.803, de 19 de novembro de 2013. Redefine e amplia o Processo Transexualizador no Sistema Único de Saúde (SUS). **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília/DF, 21 nov. 2013. Seção 1, p. 25. Disponível em: <http://www.lex.com.br/legis_25099456_PORTARIA_N_2803_DE_19_DE_NOVEMBRO_D_E_2013.aspx>. Acesso em: 13 nov. 2016.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Notícias: Transexuais têm direito à alteração do registro civil sem realização de cirurgia. 09 maio 2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Transexuais-t%C3%AAm-direito-%C3%A0-altera%C3%A7%C3%A3o-do-registro-civil-sem-realiza%C3%A7%C3%A3o-de-cirurgia>. Acesso em: 11 jul. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.008.398/SP**. Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, Data do Julgamento: 12/10/2009. DJe 17/11/2009. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 5 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.626.739/RS**. Rel. Min Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, Data do Julgamento: 09/05/2017. DJe 01/08/2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=transexual&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 5 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **A Constituição e o Supremo**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%201814>>. Acesso em: 9 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 7/DF**. Relator: Celso de Melo, DJe 04.09.1992, p. 14087. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1482149>>. Acesso em: 1 fev. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.275**. Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 9 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Relator: Carlos Ayres Britto. Voto na **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277**, DJe, Brasília, DF, n. 247, Div. 5 out. 2011, Pub. 14 dez. 2011. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 5 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n. 232**. Rel. Min. Moreira Alves, DJe 27/03/1992, p.3800. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1495785>>. Acesso em: 5 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 466.343**. Rel. Min. Cezar Peluso, Data do Julgamento: 03/12.2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=transexual&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 5 out. 2017. Voto Ministro Gilmar Mendes no RE 466.343/SP. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 670.422**. Rel. Min. Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 9 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Voto no Recurso Extraordinário n. 845.779**. Relator: Luís Roberto Barroso, DJe n. 232, Div. 16 nov. 2015. Pub. 19 nov. 2015. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 04 out. 2017.

BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BUNCHAFT, Maria Eugênia. A jurisprudência Brasileira da Transexualidade: uma reflexão à luz de Dworkin. **Revista Seqüência**, Florianópolis, v. 34, n. 67, dez. 2013.

_____. Transexualidade e o ‘direito dos banheiros’ no STF: uma reflexão à luz de Post, Siegel e Fraser. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 6, n. 3, dez. 2016.

BUTLER, Judith P. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Tradução Renato Aguiar. 8. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**. Coimbra: Coimbra, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREITA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2010.

CAPARICA, Marcio. Entenda as 56 opções de gênero do Facebook. **LadoBI**, 2014. Disponível em: <<http://ladobi.uol.com.br/2014/02/56-opcoes-genero-facebook/>>. Acesso em: 4 set. 2017.

CARDONE, Marly A. A mulher nas Constituições brasileiras. In: **Doutrinas essenciais em Direitos Humanos**. Revista dos Tribunais Online, v. 4, ago. 2011.

CARLOS, Vera Lúcia. **Discriminação nas relações de trabalho**. São Paulo: Método, 2004.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição**. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CASALI, Guilherme Machado. O princípio da solidariedade e o artigo 3º da constituição da república federativa do Brasil. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 1, n. 1, set./dez. 2006.

CASTEL, Pierre-Henri. Algumas reflexões para estabelecer a cronologia do “fenômeno transexual” (1910-1995). **Revista Brasileira de História**, São Paulo, v. 21, n. 41, 2001.

CELESTINO, Aline do Couto. A ideologia burguesa, o ideal de família e as discriminações de gênero. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, v. 20, n. 157, fev. 2017. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18468>. Acesso em: 10 maio 2017.

CHAUÍ, Marilena. **O que é ideologia?**. Disponível em: <<http://lelivros.top/book/baixar-livro-o-que-e-ideologia-marilena-chau-i-em-pdf-epub-e-mobi-ou-ler-online/>>. Acesso em: 7 nov. 2016.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

COSTA, Maria Carolina dos Santos; SOUZA, Ismael Francisco de. Educação não binária de crianças e adolescentes e a implementação de políticas públicas para a promoção da orientação agênero. In: XIII Seminário Nacional demandas sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, 2017, Santa Cruz do Sul. **Anais eletrônicos**. Santa Cruz do Sul/SC: UNISC, 2017. Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/16941>>. Acesso em: 4 set. 2017

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença**. Belo Horizonte: Arraes, 2009.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 3.ed. São Paulo: LTr, 2004.

DIAS, Maria Berenice. Direito à identidade transexual. In: SÉGUIN, Elida (Coord.). **Direito, relações de gênero e orientação sexual**. São Paulo: Editora Letra da Lei, 2009.

_____. **União homossexual: o preconceito & a justiça**. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001

DIAS, Maria Berenice; ZENEVICH, Letícia. Um histórico da patologização da transexualidade e uma conclusão evidente: a diversidade é saudável. **Periódico do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre Gênero e Direito**, João Pessoa, v. 3, n. 2, jul./dez. 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Parte geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DIP, Ricardo. **Registros públicos: trilogia do camponês de Andora**. Campinas: Millenium, 2003.

DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação n. 20130710313876**. Desa. Relatora Maria de Lourdes Abreu, Quinta Turma Cível, Diário Eletrônico de 15/12/2015. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/consultas>>. Acesso em: 6 out. 2017.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. O transexual, a cirurgia e o registro. **Revista Jurídica**, v. 229, nov. 1996.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. La construcción de La nación, el constitucionalismo y la democracia. In: KOH, Harol Hongju; Slye, Ronald C. **Democracia deliberativa y derechos humanos**. 1. ed. Barcelona: Gedisa, 2004.

FACHIN, Luiz Edson. O corpo do registro no registro do corpo: mudança de nome e sexo sem cirurgia de redesignação. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 1, jul./set. 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. 12. ed. rev. ampl. atual. Salvador: JusPodivm, 2014.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos**. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. A constituição de 1934. in D'AVILA. Luiz Felipe (Org). **As Constituições Brasileiras**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1993.

FOUCAULT, Michel. **A história da sexualidade I: a vontade de saber**. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 13. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Do nome civil das pessoas naturais**. 2. ed. São Paulo: RT, 1964.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, v. 1, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2008.

GAMBOGI, Luís Carlos Balbino; OLIVEIRA, Mariana Tamara de Lima. Implicações jurídicas na alteração de prenome e gênero no registro civil de transexual não operado. **Revista Gênero, Sexualidade e Direito**, Belo Horizonte, v. 2, n. 1, jan./jun. 2016.

GEMAA - Grupo de Estudos Multidisciplinares da Ação Afirmativa. (2011) **Ações afirmativas**. Disponível em: < <http://gemaa.iesp.uerj.br/o-que-sao-acoes-afirmativas/>>. Acesso em 7 jun. 2016.

GOIÁS. Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação n. 256836920148090051**. Des. Relator Olavo Junqueira de Andrade, Quinta Câmara de Cível, Diário Eletrônico de 15/12/2016. Disponível em: <<http://www.tjgo.jus.br/index.php/consulta-processual>>. Acesso em: 6 out. 2017.

GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. **A transexualidade sob a ótica dos direitos humanos: uma perspectiva de inclusão**. 2012. 262 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

GOULART, Daiene Vaz Carvalho. **Mutação constitucional e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro. Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 27, n. 126, jul. 2014. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14938>. Acesso em: 5 set. 2017.

GREGERSEN, Edgar. **Práticas sexuais – a história da sexualidade humana**. São Paulo: Rocca, 1993.

GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação: sua aplicação às relações de trabalho**. 2007. 311 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: < <http://www.dominipublico.gov.br/download/texto/cp040476.pdf> >. Acesso em: 16 out. 2017.

LARENZ, Karl. **Derecho civil: parte general**. Tradução de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Editora Revista de Derecho Privado, 1978.

LIJPHART, Arend. Introdução; O modelo Westminster de democracia; e O modelo consensual de democracia. In: **Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

LITARDO, Emiliano. Os corpos desse outro lado: a lei de identidade de gênero na Argentina. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 8, n. 2. jul./dez. 2013.

LOPES, Laís de Figueirêdo. Artigo 1. Propósito. In: BRASIL. DEFICIÊNCIA. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD). **Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com deficiência**. Brasília/DF: 2014, Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/convencao-sdpd-novos-comentarios.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2017.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial: fundamentos de Direito**. Tradução de Bruno Miragem. Notas e revisão a tradução de Claudia Lima Marques. São Paulo: RT, 2009.

LOURO, Guacira Lopes. Gênero e sexualidade: pedagogias contemporâneas. **Pro-posições**, Campinas, v.19, n. 2, maio/ago. 2008.

MARANHÃO FILHO, Eduardo Meinberg de Albuquerque. “Inclusão” de travestis e transexuais através do nome social e mudança de prenome: diálogos iniciais com Karen Schwach e outras fontes. **Oralidade: Revista de História Oral**, São Paulo, ano 6, n. 11, jan./jul. 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed, São Paulo: Saraiva, 2014.

MIGALHAS. TJ/SP nega pedido de alteração de sexo em registro civil, 2011. **Migalhas**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI130533,71043-TJSP+nega+pedido+de+alteracao+de+sexo+em+registro+civil>>. Acesso em: 9 out. 2016.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação n. 10024075950600/001**. Des. Relator Dárcio Lopardi Mendes, Quarta Câmara Cível, Diário Eletrônico de 07/04/2009. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/processos/andamento-processual/#.Wdvrr2hSyUl>>. Acesso em: 6 out. 2017

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2002. t. VII.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

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

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais: Trunfos contra a maioria**. Coimbra, Editora Coimbra, 2006.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Método, 2009.

OLIVEIRA, João Felipe Zini Cavalcante; SILVA, Bruna Camilo de Souza Lima. Lei de Identidade de Gênero: Uma Análise Comparativa da Lei Argentina e o PL 5002/2013 do Brasil. **Revista Libertas**, Ouro Preto, v. 2, n. 1, jan./jun. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal de Direitos Humanos**. Paris, 1948. Disponível em: < http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2017.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde - CID-10**. Disponível em: < <http://www.datasus.gov.br/cid10/v2008/cid10.htm>>. Acesso em 13 nov. 2016.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação n. 1090200**. Des. Relator Jair Ramos Braga, Sexta Câmara Cível, Diário Eletrônico de 29/10/2001. Disponível em: < <https://portal.tjpr.jus.br/consulta-processual/publico/b2grau/consultaPublica.do?tjpr.url.crypto=8a6c53f8698c7ff7d88bd1d17bac0727df8ab941b113325a>>. Acesso em: 6 out. 2017.

PINTO JUNIOR, Nilo Ferreira. O princípio do pluralismo político e a Constituição Federal. **Revista Eleitoral**, Natal, v. 25. 2011.

PIOVESAN, Flávia; RIOS, Roger Raupp. **A discriminação por gênero e por orientação sexual**. Disponível em: < http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/uploads/publicacoes/693_609_riosroger.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2016.

PIOVESAN, Flavia. Ações afirmativas e direitos humanos. **Revista USP**, São Paulo, n. 6, mar./maio 2006. Disponível em: <http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?pid=S0103-99892006000200005&script=sci_arttext>. Acesso em: 6 jun. 2016.

_____. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RIO DE JANEIRO [Estado]. Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação n. 0003893820068190044**. Des. Relator Gilberto Dutra Moreira, Décima Câmara Cível, Diário Eletrônico de 24/09/2007. Disponível em: < <http://www4.tjrj.jus.br/ConsultaUnificada/consulta.do#tabs-numero-indice0>>. Acesso em: 6 out. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação n. 00089819220118190045**. Des. Guaraci de Campos Vianna, Décima Nona Câmara Cível, Diário Eletrônico de 26/09/2013. Disponível em: < <http://www4.tjrj.jus.br/ConsultaUnificada/consulta.do#tabs-numero-indice0>>. Acesso em: 6 out. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação n. 00292203420118190008**. Des. Relator Marcos Alcino de Azevedo Torres, Décima Nona Câmara Cível, Diário Eletrônico de 06/09/2013. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ConsultaUnificada/consulta.do#tabs-numero-indice0>>. Acesso em: 6 out. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação n. 01311875120088190001**. Des. Relatora Monica Maria Costa Di Piero, Oitava Câmara Cível, Diário Eletrônico de 04/03/2009. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ConsultaUnificada/consulta.do#tabs-numero-indice0>>. Acesso em: 6 out. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação n. 70046893582**. Des. Relator Ricardo Moreira Lins Pastl, Oitava Câmara Cível, Diário Eletrônico de 24/02/2012. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 6 out. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação n. 70057414971**. Des. Relator Rui Portanova, Oitava Câmara Cível, Diário Eletrônico de 09/06/2014. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 6 out. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação n. 70061053880**. Des. Relatora Sandra Brisolara Medeiros, Sétima Câmara Cível, Diário Eletrônico de 01/07/2015. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 6 out. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação n. 70064503675**. Des. Relator Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Sétima Câmara Cível, Diário Eletrônico de 06/07/2015. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 6 out. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação n. 70066488529**. Des. Relator Alzir Felipe Schmitz, Oitava Câmara Cível, Diário Eletrônico de 21/01/2016. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 6 out. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação n. 70069514883**. Des. Relator Ricardo Moreira Lins Pastl, Oitava Câmara Cível, Diário Eletrônico de 05/07/2016. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 6 out. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação n. 70072427693**. Des. Relatora Liselena Schifino Robles Ribeiro, Sétima Câmara Cível, Diário Eletrônico de 14/03/2017. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 6 out. 2017.

RIOS, Roger Raupp. Direito da Antidiscriminação, Sexo, Sexualidade e Gênero: a compreensão da Proibição Constitucional de Discriminação por motivo de Sexo. In: Sarmento, Daniel, Ikawa, Daniela, Piovesan, Flávia (Orgs). **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008. p. 695-717.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Lê, 1990.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos Fundamentais e suas características. **Revista dos Tribunais**. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, n. 29, out./dez. 1999. Disponível em: < <http://www.sedep.com.br/artigos/direitos-fundamentais-e-suas-caracteristicas/>>. Acesso em: 12 set. 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação n. 20150153424**. Des. Relator Domingos Paludo, Primeira Câmara de Direito Civil, Diário Eletrônico de 05/11/2015. Disponível em: <<https://esaj.tjsc.jus.br/cposgtj/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=SAJ&numeroDigitoAnoUnificado=&foroNumeroUnificado=>

&dePesquisaNuUnificado=&dePesquisa=20150153424&uuidCaptcha=sajcaptcha_ea0403250bec471e9c5c7c9112558483&pbEnviar=Pesquisar>. Acesso em: 6 out. 2017.

SÃO PAULO [Estado]. Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação n. 00085395620048260505**. Des. Relator Vito Guglielmi, Sexta Câmara de Direito Privado, Diário Eletrônico de 24/10/2012. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/open.do>>. Acesso em: 6 out. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação n. 00013606920148260457**. Des. Relatora Viviani Nicolau, Terceira Câmara de Direito Privado, Diário Eletrônico de 16/09/2015. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/open.do>>. Acesso em: 6 out. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação n. 00139343120118260037**. Des. Relator Carlos Alberto Garbi, Décima Câmara de Direito Privado, Diário Eletrônico de 30/09/2014. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/open.do>>. Acesso em: 6 out. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação n. 00186338020128260344**. Des. Relator Cesar Ciampolini, Décima Câmara de Direito Privado, Diário Eletrônico de 30/06/2016. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/open.do>>. Acesso em: 6 out. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação n. 00327278220128260554**. Des. Relator Miguel Brandi, Sétima Câmara de Direito Privado, Diário Eletrônico de 27/09/2013. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/open.do>>. Acesso em: 6 out. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação n. 10272038620158260100**. Des. Relator João Batista de Mello Paula Lima, Décima Câmara de Direito Privado, Diário Eletrônico de 24/11/2016. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/open.do>>. Acesso em: 6 out. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação n. 10347672520158260001**. Des. Relator Piva Rodrigues, Nona Câmara de Direito Privado, Diário Eletrônico de 15/09/2016. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/open.do>>. Acesso em: 6 out. 2017.

SÃO PAULO [Município]. Decreto n. 57.559 de 22 de dezembro de 2016. Dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de travestis, mulheres transexuais e homens trans no âmbito da Administração Pública Direta e Indireta, conforme especifica. **Diário Oficial da Cidade**, 23 dez. 2016. Disponível em: <<http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/decreto-57559-de-22-de-dezembro-de-2016/>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

SANCHES, Patrícia Corrêa. Mudança de nome e da identidade de gênero. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SANTOS, Anna Claudia Lucas dos. **Comparativo da união estável e as relações homoafetivas como instituição familiar frente à constituição federal de 1988**. Rio Verde, GO: Instituto de Ensino Superior Rio Verde, 2010. Monografia (Graduação em Direito). Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/72970081/COMPARATIVO-DA-UNIAO-ESTAVEL-E-AS-RELACOES-HOMOAFETIVAS>>. Acesso em: 3 out. 2017.

SANTOS, Boaventura de Souza. **As tensões da modernidade**. In: FÓRUM SOCIAL MUNDIAL, Porto Alegre, 2001. Disponível em: <<http://www.forumsocialmundial.org.br/dinamic/boaventura.php>>. Acesso em: 6 jun. 2016.

SANTOS, Leonardo Fernandes dos. Quarta Geração/Dimensão dos Direitos Fundamentais: Pluralismo, Democracia e o Direito de Ser Diferente. **Revista Direito Público**, Brasília, v. 8, n. 35, mar. 2011. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1826>> Acesso em: 18 fev. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: RT, 2014.

SCHUMPETER, J.A. **Capitalism, Socialism and Democracy**. Nova Iorque; Londres: Harper & Brothers, 1942

SCHWACH, Karen. A mudança de nome em indivíduos transgêneros em pauta na Conferência Internacional de Aids. **Agência de Notícias da AIDS**, 2012. Disponível em: <<http://agenciaaids.com.br/artigos/interna.php?id=396>>. Acesso em: 4 abr. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA JUNIOR, Assis Moreira. **Diversidade Sexual e Inclusão Social**: uma tarefa a ser completada. Franca: Lemos e Cruz, 2014.

SILVA JUNIOR, Hedio. **Limites constitucionais da criminalização da discriminação**. 2000. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2000.

SIQUEIRA, Alessandro Marques de. Direitos da personalidade. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 80, out 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8509>. Acesso em 7 fev. 2017.

SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual**. São Paulo: RT, 1998.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil 1**: Lei de Introdução e Parte Geral. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TORRE, Eduardo Henrique Guimarães; AMARANTE, Paulo. Michel Foucault e a ‘história da loucura’: 50 nos transformando a história da psiquiatria. **Cadernos brasileiros de saúde mental**, Florianópolis, v. 3, n. 6. 2011. Disponível em: <<http://incubadora.periodicos.ufsc.br/index.php/cbsm/article/download/1502/1725>>. Acesso em: 25 set. 2017.

TREVISAN, Ana Flávia; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. Diferenciação entre minorias e grupos vulneráveis. **Encontro de iniciação científica das Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo"**. Versão em CD-ROM ISSN 1809-2551. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2319/1814>>. Acesso em: 25 jul. 2017.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade**: Da possibilidade Jurídica do Casamento Civil. Da União estável e da Adoção por casais Homoafetivos. São Paulo: Método, 2008.

VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito civil**. v.1. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VIEIRA, Helena. Teoria Queer, o que é isso? **Revista Fórum**, 2015. Disponível em: <<https://www.revistaforum.com.br/osentendidos/2015/06/07/teoria-queer-o-que-e-isso-tensoes-entre-vivencias-e-universidade/>>. Acesso em: 4 jun. 2016.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. Direito à adequação de sexo no transexual. **Repertório IOB de Jurisprudência**, São Paulo, n. 3. Caderno 3, fev. 1996.

_____. **Nome e sexo**: mudanças no registro civil. São Paulo: RT, 2008.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direitos da Personalidade**: aspectos essenciais. São Paulo: Saraiva, 2011.