

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG

VICTOR BATISTA PEREIRA LIMA

**DIREITOS HUMANOS E O TRANSEXUAL FRENTE À LACUNA LEGISLATIVA  
BRASILEIRA**

SOUSA

2015

VICTOR BATISTA PEREIRA LIMA

**DIREITOS HUMANOS E O TRANSEXUAL FRENTE À LACUNA LEGISLATIVA  
BRASILEIRA**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador (a): Prof. Eduardo Pordeus  
Silva

SOUSA

2015

Dedico à Deus,  
À minha Família e  
aos meus amigos  
especiais.

## **AGRADECIMENTOS**

De antemão, meu MUITO OBRIGADO! Aos meus pais (Eudete e Orleudo) que nunca desistiram ou pouparam esforços para ver seu filho crescer, em especial minha mãe que foi a primeira pessoa a me impulsionar em direção ao mundo acadêmico e não mediu qualquer dificuldade para que eu alcançasse este sonho ora em fase final de realização.

À minha prima Rejivânia Lima, que, por momentos incontáveis, não hesitou em me manter no foco, em oferecer conselhos de grande maturidade e sempre me abrir os olhos deixando evidente que para se desenvolver na vida é necessário garra, empenho e que nada aparece sem um dispêndio de esforço pessoal, assim como demais familiares.

À minha amiga-irmã Karine Gonçalves, que além dos padrões normais de amizade, ofereceu e continua destinando um carinho e cuidado sem descrição. Que deu suporte nos instantes em que os obstáculos da vida pareciam se sobressair, porém, mostrou-me que eram passageiros e fortificantes. À minha prima Andreza Andrade por ter se dedicado a essa história desde o princípio, bem como aos seus pais (Andrade e Euzidete) que não puseram empecilhos para minha acolhida em terras paraibanas. Ao casal (Antônio e Fátima), que foram cruciais na continuação desse sonho e se mantem sempre presente quando o que se está buscando é o meu sucesso em vários âmbitos.

Ao meu amigo especial Thiago Estrela que sempre se mostrou presente, independentemente das circunstâncias, serviu e ainda serve de suporte digno de reconhecimento.

Aos meus professores que me ofereceram uns dos maiores bens que um ser humano pode alcançar que é o conhecimento, em especial, ao meu orientador Eduardo Pordeus, que foi um entusiasta do tema da pesquisa e soube colaborar com as melhores direções.

À minha amiga Rosário Arruda que foi um exemplo de ser humano na minha trajetória e aos demais amigos de Sousa e de forma geral que de alguma maneira contribuíram na minha caminhada. Finalizo os agradecimentos com a seguinte frase de Simone Weil: A amizade não se busca, não se sonha, não se deseja; ela exerce-se (é uma virtude). Mãe, nós conseguimos!

“A tarefa não é tanto ver aquilo que ninguém viu, mas pensar o que ninguém ainda pensou sobre aquilo que todo mundo vê.” (Arthur Schopenhauer)

## RESUMO

A presente pesquisa tem por escopo principal a elucidação de como se encontra o transexual diante do ordenamento jurídico brasileiro, mais precisamente, busca relatar as omissões legislativas ainda existentes, como por exemplo, a falta de previsão legal para a mudança do nome e do sexo no registro civil após a cirurgia de redesignação sexual ou mesmo sem a ocorrência do procedimento cirúrgico, ressaltando a necessidade de respeito e valorização da dignidade humana do transgênero. Utilizando-se como método de abordagem o dedutivo, e como métodos de procedimento o histórico e o comparativo, verifica-se que o indivíduo portador de transexualidade ainda requer uma atenção maior por parte do legislativo brasileiro, com a real efetivação dos seus direitos humanos e fundamentais, estes conquistados no decorrer das lutas históricas, sempre no intuito de lhe conferir uma vida digna de acordo com a sua natureza e a essência da sua sexualidade. Além disso, na referida pesquisa usa-se como técnica de pesquisa a documentação indireta, que revela claramente, através das mais gabaritadas opiniões, o quão é imprescindível a elevação da iniciativa humanista no âmago das regulamentações jurídicas. Ademais, a criação de políticas públicas sob a ótica da biopolítica também se faz interessante para quem precisa de apoio do Estado como ferramenta de diminuição da desigualdade e do preconceito. Por fim, chega-se ao resultado de que a situação jurídica do transexual tem alcançado certos avanços com as mudanças na jurisprudência, porém, a criação de normas que evitem o indeferimento de direitos é um progresso ainda desejado por quem vive na pele a discrepância entre o físico e o psicológico.

Palavras-chave: Transexual. Omissão Legislativa. Direitos Humanos. Sexualidade.

## **ABSTRACT**

This research has as its main purpose the clarification of how is the transsexual's situation in front of the Brazilian legal system, more precisely, the study seeks to report the remaining legislative omissions, such as the lack of legal provision for changing the name and sex in Civil Registry after sexual reassignment surgery or even without the occurrence of surgical procedure, highlighting the need to respect and value human dignity of transgender. Using the deductive method of approach, and the historical and comparative methods of procedure, it appears that an individual with transsexuality still requires greater attention by the Brazilian legislature, with the actual realization of their human and fundamental rights, which were conquered in the course of historical struggles, always aiming to give it a decent life according with their nature and the essence of their sexuality. Moreover, for this work is used as a research technique the indirect documentation, which clearly reveals, through the most valuable opinions, how it is essential to raising the humanist initiative at the heart of the legal regulations. Furthermore, the creation of public policies from the perspective of biopolitics also makes it interesting for those who need support from the state as a reduction tool inequality and prejudice. Finally, we arrive at the result that the legal situation of the transsexual has achieved some progress with the changes in the jurisprudence, however, the creation of standards to avoid the denial of rights is a progress still desired by those who live on the skin the discrepancy between physical and psychological sex.

Keywords: Transsexual. Legislative Omission. Human Rights. Sexuality.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>2. DIREITOS HUMANOS E TRANSEXUALIDADE .....</b>	<b>11</b>
2.1 Direitos Humanos: breve histórico, definições e os desafios no século XXI ....	11
2.2 Identidade de gênero, transexualidade e outros fenômenos sexuais .....	17
2.3 Autonomia da Vontade, biopolítica e a relação desta com o transexual .....	20
<b>3. RECONHECIMENTO DO TRANSGÊNERO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A EFETIVIDADE DOS SEUS DIREITOS .....</b>	<b>26</b>
3.1 Dignidade da Pessoa Humana e Limitação do Poder Estatal .....	26
3.2 Os direitos dos transexuais e o sistema global de proteção aos direitos humanos .....	29
3.3 Biodireito versus lacuna legislativa no Brasil e os direitos sexuais como expressão dos direitos da personalidade .....	33
3.4 O caráter pro homine das normas e a efetividade dos direitos no caso concreto .....	41
<b>4. UMA ANÁLISE NEOCONSTITUCIONAL E DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA .....</b>	<b>43</b>
4.1 Neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional .....	44
4.2 A importância da jurisprudência e a questão do transconstitucionalismo .....	50
4.3 Posicionamento da jurisprudência brasileira na aplicação dos direitos do transgênero frente à omissão legislativa .....	54
<b>5 CONCLUSÃO .....</b>	<b>60</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>63</b>
<b>ANEXO .....</b>	<b>71</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Na atualidade, discutir sobre a alternativa de um homem modificar-se em uma mulher ou vice-versa, infelizmente, ainda é fundamento para o preconceito, discriminação e rejeição social, sobretudo, sob a ótica daqueles que se submetem a uma ideologia conservadora e fortemente baseada em padrões sexuais pré-estabelecidos.

Os progressos da ciência vêm oferecendo aos transexuais a oportunidade de conhecer melhor sua real natureza, ainda por cima, a chance de realizar a cirurgia de transgenitalização como maneira eficiente de adequar o seu sexo genital ao sexo psicossocial. Trata-se de um processo delicado e que exige um trabalho multidisciplinar minucioso e em equipe, com exames médicos pré-operatórios, avaliações psicológicas, entrevistas e triagem. Contudo, ainda existem os problemas que não são resolvidos pelo ramo da saúde, como por exemplo, a ausência de lei que regule a cirurgia de redesignação sexual, a falta de norma legal que traga em seu texto a correção do registro cível, ajustando o prenome e estado sexual do indivíduo operado a sua nova realidade, como, ainda, a real efetivação dos direitos humanos fundamentais do transgênero nos casos concretos.

Sobre o método de abordagem será o dedutivo, ou seja, partir-se-á de uma análise geral, baseada em momentos históricos dos direitos humanos e definições no tocante aos fenômenos sexuais, para inferir-se na análise da situação específica, destacando as consequências da escassez de normas regulamentares quanto à cirurgia, mas, principalmente, em relação ao registro civil com intuito de mudanças devidas no nome e sexo da pessoa interessada, com base na interpretação sistemática da Constituição Federal com a Lei nº 10.406/2002 (Código Civil Brasileiro), Lei nº 6.015/73 (regulamenta os Registros Públicos), Resolução de nº 1.955/2010 do Conselho Federal de Medicina e Projeto de Lei nº 6655/2006, frisando ainda a questão da efetividade dos direitos e a evolução jurisprudencial.

Como técnica de pesquisa, será utilizada a busca documental indireta, que consiste na pesquisa tanto bibliográfica, através de livros, revistas e artigos

eletrônicos, quanto jurisprudencial, através dos informativos dos Tribunais Superiores e demais órgãos julgadores nacionais.

Os métodos de procedimento serão o histórico e o comparativo haja vista a necessidade de aduzir a respeito do tratamento direcionado ao transexual no decorrer do tempo, como também, expor a realidade do mesmo no âmbito jurisprudencial, comparando alguns julgados.

Sendo assim, o presente trabalho será dividido em três capítulos. O primeiro abordará a questão dos direitos humanos, sua historicidade, as suas devidas definições e os desafios ainda vistos no século XXI, bem como trará um esclarecimento em que consiste a identidade de gênero, a transexualidade e distinção desta em relação a outros fenômenos sexuais, finalizando com uma explanação sobre a autonomia da vontade, biopolítica e seu vínculo com o transexual.

No segundo capítulo, será estudado propriamente o reconhecimento do transexual dentro do ordenamento jurídico brasileiro, elencando a dignidade da pessoa humana como limitação do poder estatal, os direitos do transexual reforçados pelo sistema global de proteção aos direitos humanos, o papel do biodireito frente à lacuna legislativa presente no Brasil e os direitos sexuais como uma manifestação dos direitos da personalidade do indivíduo transgênero, discorrendo ainda sobre o caráter pro homine que as normas devem adquirir visando uma melhor efetividade dos direitos no plano fático.

Por sua vez, o terceiro capítulo, se voltará ao estudo do fenômeno conhecido como neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, trazendo seu desenvolvimento e os seus conceitos, como sua influência na aplicação e defesa dos direitos fundamentais, ademais, analisará a importância da jurisprudência como ferramenta de auxílio ao Direito pátrio e o novo evento do transconstitucionalismo, encerrando com o posicionamento jurisprudencial frente à omissão legislativa com destaque para a evolução das decisões com o decorrer do tempo e o desenvolver social.

Ante as proposições, a presente pesquisa tem o intuito de analisar a condição do transexual e a falta de regulamentação legal para algumas situações que o envolvam, como também, a sua interação com os direitos humanos e a efetividade dos mesmos, bem como a contribuição do direito constitucional e da jurisprudência nacional quanto à garantia do princípio da dignidade da pessoa humana.

## 2. DIREITOS HUMANOS E TRANSEXUALIDADE

A consciência de que todo indivíduo deve ser respeitado e tratado com dignidade é o conceito que fundamenta qualquer manifestação que tenha o intuito de efetivar os direitos humanos. A discussão a respeito desses direitos no plano internacional é algo recente e que veio a criar certa consistência após a Segunda Guerra Mundial, repercutindo em vários setores da coletividade. Daí, a necessidade de um breve histórico de surgimento desses direitos de extrema valia para a humanidade, como também, uma explanação sobre os desafios que os mesmos enfrentam, mesmo em tempos de século XXI.

Em seguida, tem-se uma demonstração de conceitos sobre a identidade de gênero, assim como a respeito da transexualidade que é um fenômeno sexual que atinge considerável parcela de indivíduos, contando, ainda, com sua diferenciação dos demais fenômenos sexuais existentes. Por fim, mas não menos importante, é feita uma explanação da autonomia da vontade e da biopolítica como ferramenta de auxílio aos transexuais.

### 2.1 Direitos Humanos: breve histórico, definições e os desafios no século XXI

Para que se possa entender a essência dos direitos humanos, faz-se imprescindível o apontamento de alguns documentos ou eventos do passado que foram cruciais na sua construção histórica e conceitual. Vale ressaltar que as ideias que servem de norte para os mesmos, estão presentes na humanidade desde tempos remotos, porém, sua consolidação efetiva ganhou espaço depois de processos de luta, reivindicação e revolução que levaram aos conceitos atuais.

A Magna Carta de 1215, também conhecida como a “Grande Carta”, foi um documento que surgiu no Estado Inglês e teve grande significado no processo histórico dos direitos em tela. Na pesquisa de Comparato (2013, p.83):

Redigida em latim bárbaro, a Magna Carta Libertatum seu Concordiam inter regem Johannem et Barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni Angliae (Carta Magna das Liberdades ou Concórdia entre o rei João e os

Barões para a outorga das liberdades da igreja e do reino inglês) foi a declaração solene que o rei João da Inglaterra, também conhecido como João Sem-Terra, assinou, em 15 de junho de 1215, perante o alto clero e os barões do reino. Embora o texto tenha sido redigido sem divisões nem parágrafos, ele é comumente apresentado como composto de um preâmbulo e de sessenta e três cláusulas.

Tal carta inaugurou o entendimento de limitação do poder do rei, o que coaduna com a percepção de que todos os direitos humanos são decorrentes de uma expectativa de restrição do grande poder estatal. Compatibilizando-se com essa ideia, temos:

O sentido inovador do documento consistiu, justamente, no fato de a declaração régia reconhecer que os direitos próprios dos dois estamentos livres – a nobreza e o clero – existiam **independentemente do consentimento do monarca, e não podiam, por conseguinte, ser modificados por ele**. Aí está a pedra angular para a construção da democracia moderna: **o poder dos governantes passa a ser limitado**, não apenas por normas superiores, fundadas no costume ou na religião, mas também por direitos subjetivos dos governados. (COMPARATO, 2013, p.92, grifo nosso).

Na mesma linha de evolução, aparece também em solo inglês, a chamada Declaração de Direitos ou Bill of Rights de 1689, onde a monarquia da época acaba sendo subordinada ao poder do povo e, ao mesmo tempo, o Parlamento impõe o respeito à vida, a liberdade e a propriedade privada. Desta forma, a concepção de absolutismo, onde o poder se concentrava na mão de um só, vai se afastando do governo da Inglaterra, concretizando a extinção da censura no âmbito político, como também, garantindo o direito a liberdade de petições, dentre outras novidades.

Vejamos o que diz Comparato (2013, p.107) a respeito desse importante documento: “[...] Não é exagero sustentar que, ao limitar os poderes governamentais e garantir as liberdades individuais, essa lei fundamental suprimiu a maior parte das peias jurídicas que embaraçavam a atividade profissional dos burgueses. [...]”.

Ainda esclarecendo no que consistiu tal marco histórico, temos as palavras do professor em Direitos Humanos, Machado (2014), em seu artigo científico:

A Declaração de Direitos de 1689, ou Bill of Rights, submete a monarquia inglesa à soberania popular. Ela limita a autoridade real. Ao rei não mais é permitido suspender leis ou as descumprir, muito menos pode cobrar tributos sem o consentimento do Parlamento. Assegura-se a supremacia do Parlamento. Neste momento, são dados passos importantes para a definição da separação de poderes.

Seguindo na história dos direitos humanos, tem-se outro marco importante, a chamada Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, onde em 1789 a sociedade francesa põe fim à monarquia absolutista e cria a primeira república francesa. Santana; Santoro (2014) revelam que:

Tendo por exemplo os mesmos princípios norteadores da Independência dos EUA, os franceses deram início a um longo processo revolucionário pelo qual aspiravam derrubar a monarquia absolutista e instalar um governo baseado no consentimento popular. Apesar de contar com as mais variadas influências filosóficas, dentre elas dos filósofos franceses Montesquieu, Voltaire e Rousseau, a Revolução Francesa demonstrou um uniforme desejo pelo fim dos privilégios legais da aristocracia e do clero, e da necessidade de assentar o novo governo sob o consentimento popular, com o fito de preservar os direitos naturais dos homens.

Com isso, uma nova realidade vai se firmando, onde a o poder começa a se desconcentrar da mão de um indivíduo ou de grupos seletos e passa a ganhar abrigo nas mãos do povo que já reivindicava por direitos como, a liberdade, a propriedade, a segurança, dentre outros. Consoante Santana; Santoro (2014):

As consequências da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foram essenciais nos desdobramentos políticos, sociais e econômicos pela qual a França passou durante o período da Revolução Francesa. Graças a ela todos os homens livres, com idade de até 21 anos e que pagassem impostos, tinham direito a votar e ser eleitos; os protestantes e judeus tiveram reconhecidos seus direitos de liberdade religiosa, de atuar profissionalmente em certas áreas antes restritas a católicos, e assumir cargos e empregos no funcionalismo público; durante determinado período, a escravidão foi abolida, tanto no país como nas colônias; e as mulheres adquiriram certos direitos, como o de serem proprietárias de imóveis e de se divorciarem.

Depois dos avanços supracitados ocorridos em território francês, surge, já em pleno século XX, a famosa Declaração Universal dos Direitos Humanos (The Universal Declaration of Human Rights), mais especificamente em 1948 em um momento posterior a segunda guerra mundial que teve seu desfecho em 1945. A respeito desse nobre documento, Santana; Santoro (2014) atestam que:

Foi nesse contexto histórico que foi fundada, em 1945, a Organização das Nações Unidas (ONU), órgão internacional criado pelos países vencedores da 2ª Guerra Mundial, cujas finalidades principais eram de intermediar as relações entre nações antes e durante conflitos, fosse estes armados ou não, e buscar garantir os direitos dos indivíduos independentes de sua nacionalidade, classe social, cor ou gênero.

complementando, aduzem:

Como forma de manifestar publicamente um repúdio aos crimes contra a humanidade cometidos pelas nações derrotadas durante a guerra, os membros da ONU aprovaram em 1948 um documento intitulado Declaração Universal dos Direitos Humanos, este qual abarcava e promovia uma variada gama de direitos considerados fundamentais, incluindo aqueles presentes em famosas declarações históricas de direito anteriores.

Finalmente, uma organização internacional de força, edita e lança uma declaração que reúne em um diploma normativo uma variedade de direitos do homem, do ser humano, onde não se delimita o destinatário por características pessoais ou por territórios, ou seja, basta possuir humanidade para ser atingido por tal proteção universal.

Oliveira (2012, p.66) observa que:

No texto da Declaração relacionam-se os direitos civis e políticos (conhecidos por direitos de primeira geração: liberdade) e os direitos sociais, econômicos e culturais (chamados direitos de segunda geração: trabalho), e há, ainda, a fraternidade como valor universal (denominados direitos de terceira geração: espírito de fraternidade, paz, justiça, entre outros – nos considerandos e arts. I, VIII, entre outros).

Na parte inicial da referida declaração é possível enxergar o quanto a liberdade do ser humano é importante para o exercício dos demais direitos, conforme se vê no artigo 1º do diploma, onde “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.” Coerente se faz a conclusão de Santana; Santoro (2014):

Importante afirmar que, apesar da presença, em maior ou menor grau, de direitos considerados essenciais aos homens em tratados internacionais assinados por algumas nações antes da 2ª Guerra, é possível concluir que a mais importante declaração de direitos, desde aquela escrita na Revolução Francesa, foi sem dúvida a Declaração Universal dos Direitos Humanos, cujos efeitos jurídicos, mesmo com variações, se faz presentes até os dias atuais entre as nações-membros da ONU.

Existiram outros documentos e eventos históricos que foram formando toda uma estrutura e uma filosofia humanitária até chegar ao que chamamos de direitos humanos e as liberdades básicas, a título de exemplo: a Convenção de Genebra sobre a Escravatura de 1926, a Carta das Nações Unidas e a Convenção sobre a Diversidade Biológica de 1992.

Saindo do desenrolar histórico e adentrando a um momento de definições dos direitos em tela, vê-se que:

Um conceito de direitos humanos deve, portanto reconhecer sua dimensão histórica deve reconhecer o fato que eles não foram revelados para a humanidade em um momento de luz, mas sim que foram construídos ao longo da história humana, através das evoluções, das modificações na realidade social, na realidade política, na realidade industrial, na realidade econômica, enfim em todos os campos da atuação humana. (SIQUEIRA, Dirceu Pereira, apud TEIXEIRA, 2014).

Partindo de uma análise até da própria nomenclatura designada a esses direitos, percebe-se que estes consistem nas prerrogativas destinadas aos indivíduos que possuam humanidade, ou seja, aqueles que possuem notoriamente vida e existem enquanto pessoas, sempre com o intuito de garantir o respeito à dignidade da pessoa humana. Segundo Teixeira (2014), em seu artigo científico, [...] direitos humanos são os frutos das conquistas alcançadas pela busca da dignidade da pessoa humana, pelo combate à opressão e limitação impostas ao longo da história, e pela persecução do refinamento do conceito de justiça.

No entendimento de Sarlet (2012, p.29):

[...] a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, para referir-se àquelas posições jurídicas que se **reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos**, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). (grifo nosso)

Além do mais, como forma de maior elucidação, temos a percepção de Peres Luño apud Ramos (2012, p.27), onde ele:

[...] considera direitos humanos o conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional.

Portanto, é coerente afirmar que os direitos humanos são as prerrogativas e liberdades fundamentais inerentes a todo ser humano, restando garantida a liberdade de pensamento, de expressão e a igualdade entre as pessoas perante a lei. São as regras que buscam assegurar uma vida digna, sem discriminações ou qualquer tipo de inferiorização social.

Mesmo depois de tantos acontecimentos históricos, documentos, guerras e sofrimento humano, os direitos em análise ainda enfrentam, no século XXI, certos desafios quanto à sua efetividade, inclusive com a incidência de violações por parte das pessoas e dos próprios Estados. Plausível se faz a análise de Trindade (1997):

Os órgãos internacionais de proteção devem buscar bases e métodos adicionais de ação para fazer frente às novas formas de violações dos direitos humanos. A impunidade, por exemplo, verdadeira chaga que corrói a crença nas instituições públicas, é um obstáculo que ainda não conseguiram transpor. É certo que as Comissões da Verdade, instituídas nos últimos anos em diversos países, com mandatos e resultados de investigações os mais variáveis, constituem uma iniciativa positiva no combate a este mal, – mas ainda persiste uma falta de compreensão do alcance das obrigações internacionais de proteção. Estas últimas vinculam não só os governos (como equivocada e comumente se supõe), mas os Estados (todos os seus poderes, órgãos e agentes); é chegado o tempo de precisar o alcance das obrigações legislativas e judiciais dos Estados Partes em tratados de direitos humanos, de modo a combater com mais eficácia a impunidade.

Assim como os povos em geral, as instituições que têm a finalidade da defesa e proteção dos direitos humanos necessitam, sempre, criar ferramentas que tentem diminuir ou erradicar as afrontas a tais direitos, sob pena de não aplicabilidade nos casos concretos.

No entendimento de Dantas (2015):

O século XXI tem assistido ao surgimento progressivo de um novo constitucionalismo, de caráter global, popular e virtual, voltando-se a reivindicar a garantia e a efetividade dos direitos humanos e dos direitos fundamentais; **entretanto, tem sido, ainda, um século de intolerâncias e de excessos, de descontrole e de ambivalência. Um século de terror dos terroristas e de terror do Estado Policial. Um século de sofrimento e dor.** (grifo nosso)

Nesse diapasão, assevera:

A esta altura da consolidação dos direitos humanos no patrimônio de uma civilização jurídica global, não deveria ser necessário que mais pessoas perdessem a vida para que os direitos exprimam os seus sentidos, as necessidades de que sejam levados a sério e efetivados. Embora a todo tempo, não sendo tocadas pelos direitos, estejam perdendo a vida. Percebe-se, então, o quão incivilizada, em verdade, é a civilização.

Portanto, resta notório que os direitos do homem ainda são afetados por uma série de problemas como a violência, o desrespeito, a intolerância em vários níveis, dentre outros. Desta maneira, a efetivação dos direitos humanos, estes decorrentes de muitas lutas e revoluções, consiste no grande desafio do século XXI,

principalmente em relação aos direitos fundamentais sociais, econômicos e os relacionados à cultura, que têm na sua aplicabilidade o seu maior obstáculo.

## 2.2 Identidade de gênero, transexualidade e outros fenômenos sexuais

Em certas circunstâncias, é bastante complicado se ver parte de um social repleto de padrões de comportamento onde, baseado nos mesmos, é aplicada uma severa cobrança de adequação de condutas, inclusive, em relação a critérios estéticos. Vejamos o que diz Humildes (2008, p.3):

[...] É extremamente importante o papel que a sociedade exerce na determinação do sexo da pessoa. A sociedade delimita papéis tomando como base o sexo jurídico para daí construir um sexo social. Este, por sua vez, decorre da educação familiar e social que a criança recebe de acordo com seu sexo jurídico. No que tange ao papel sexual, há uma expectativa do grupo social para que o indivíduo represente seu papel em conformidade com as linhas traçadas para o papel de homem e mulher. Nas sociedades ocidentais, o protótipo de normalidade traçado para os papéis sexuais é o do heterossexual. **Dessa forma, a identidade de gênero irá se traduzir como sentimento individual quanto à identificação ao sexo masculino ou feminino, posto que a sociedade só concebe essas duas versões dicotômicas, não dando espaço para aqueles que não se enquadram numa dessas categorias.**[...] (grifo nosso)

Neste passo, é perceptível o quanto a sociedade cobra e influencia na formação da identidade sexual de seus componentes. Desde a infância, a família e o ambiente no qual se está inserido se tornam propulsores de comportamentos a serem incorporados de acordo com o que é considerado comum ou correto, restando para o que fugir da dicotomia papel de homem e mulher ou que se encaixe na heterossexualidade, uma visão discriminatória que trata o diferente como alguém sem méritos básicos.

Seguindo o momento conceitual, Miriam Grossi (1998) citada por Sousa Neto (2013), define o conceito de identidade de gênero:

[...] como sendo uma categoria pertinente para pensar o lugar do indivíduo no interior de uma cultura determinada interseccionada pelas categorias de sexo (que ilustra a diferença biológica entre homens e mulheres), gênero, como conceito que remete à construção cultural coletiva dos atributos de masculinidade e feminilidade e sexualidade como conceito contemporâneo para se referir aos campos das práticas e sentimentos ligados às atividades sexuais dos indivíduos.

Na mesma linha de explicação, consta no texto que revela os Princípios de Yogyakarta (2007, p.7):

Compreendemos identidade de gênero a profundamente sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso 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 vestimenta, modo de falar e maneirismos.

Por sua vez, a transexualidade vem a se revelar como mais uma das diversas manifestações do ser humano no que tange as questões de sexo. Ainda é um fenômeno mal compreendido por muitos que preferem se utilizar do preconceito ao invés do esclarecimento científico, o que acarreta em uma profunda rejeição social sofrida pelos transexuais. A título de elucidação e após algumas considerações pertinentes ao tema em seu artigo, Humildes (2008), define transexualidade como o:

“[...] distúrbio psíquico, que vai dar origem à formação invertida da identidade sexual do indivíduo, levando-o à convicção de pertencer ao sexo oposto do apresentado fisicamente e constante do seu registro de nascimento, bem como à reprovação dos seus órgãos sexuais externos, a ponto de querer se livrar deles por meio de cirurgia ou até mesmo por meios extremos (mutilação); são pessoas condenadas a suportar uma dicotomia entre seu sexo físico e seu sexo psíquico, inconciliáveis e antagônicos. [...]”.

Desta forma, o indivíduo acometido por esse fenômeno sexual, sente uma enorme incompatibilidade entre o seu sexo físico e o psicossocial, o que traz como consequência, uma série de problemas de cunho psicológico. Não se trata de um mero desconforto, mas de tal perturbação que muitos chegam ao ponto de se mutilarem em busca de uma solução rápida.

É algo que, às vezes, percebe-se desde muito cedo, ainda na infância. A criança tem uma preferência em utilizar coisas do sexo oposto, como também, a forma como se expressa é particular desse sexo, no caso, se envolver um menino, provavelmente, buscará ter condutas do sexo feminino como maneira de se adequar ao que sua mente diz ser o correto.

Atingida a adolescência, a realidade vai ficando mais evidente e a percepção maior de mundo faz com que o indivíduo comece a tomar conhecimento do seu estado natural, o que acaba em gerar dois conflitos: o interno, pois está preso a um

sexo morfológico que sente veementemente não ser o seu. E o externo, que reside no sua conturbada interação com a coletividade.

Diante disso, vale ressaltar a explanação de Dias (2000, p.34) a respeito da questão:

Eventual incoincidência entre o sexo aparente e o psicológico gera problemas de diversas ordens. Além de um profundo conflito individual, repercussões acabam ocorrendo 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 biologicamente normal, nutre um profundo inconformismo com o sexo biológico e intenso desejo de modificá-lo, o que leva à busca de adequar a externalidade à alma.

Ainda, faz-se interessante destacar que o transexualismo se difere dos outros fenômenos sexuais como o intersexualismo e homossexualidade. Devido à discriminação e a imagem distorcida que foi sedimentada na nossa cultura, há um grande equívoco quanto à distinção dos fenômenos sexuais, onde a maioria das pessoas ressalta qualquer manifestação como sendo oriunda da homossexualidade. Dessa maneira, faz-se necessária uma diferenciação dos eventos relacionados à sexualidade do ser humano, como forma de esclarecimento. A esse respeito, temos Humildes (2008) salientando que:

Um dos pontos que difere os homossexuais dos transexuais é que os últimos se consideram membros do grupo do sexo oposto, daí se sentirem amaldiçoados por possuir a genitália sexual “errada”. **Já os homossexuais sentem atração e desejo sexual por pessoa do mesmo sexo, embora não tenham nenhuma anomalia genética, fenotípica ou psíquica, gostam e utilizam sua genitália.** Nesse grupo se enquadram os travestis, que desempenham os papéis sociais alternadamente, onde ora são homens, ora são mulheres. Isso não acarreta qualquer aversão ao seu sexo biológico, pois se reconhecem como homens ou mulheres de acordo com o seu órgão genital. (grifo nosso)

Já em relação ao intersexualismo, o mesmo destaca:

Também conhecidos como pseudo-hermafrodita. Caracteriza-se por distúrbios de ordem biológica, levando os portadores a apresentar caracteres masculinos e femininos. Essa característica dual, não possibilita a reprodução sem um parceiro, daí ser incoerente o termo “hermafrodita”.

As supracitadas situações envolvendo a sexualidade humana não se confundem e não devem ser vistas como sendo a mesma manifestação, pois cada uma tem suas características e consequências próprias na vida do indivíduo. Entendê-las, não se trata de uma tarefa de fácil compreensão, além do mais, é

coerente a afirmativa de que existe uma recusa por parte da coletividade em conhecer o que é erroneamente posto como amoral ou desvirtuado. Entretanto, passam a ter certa importância à medida que são discutidas e ascende um interesse social, o que cria a necessidade de maior análise pelos estudos jurídicos.

### 2.3 Autonomia da Vontade, biopolítica e a relação desta com o transexual

No decorrer da história, o respeito à vontade do ser humano é algo que veio ganhando seu espaço no mundo das discussões filosóficas e, conseqüentemente, no âmbito jurídico. Aos poucos, foi-se reconhecendo a autodeterminação da pessoa em vários setores da sociedade e do ordenamento brasileiro, o que ampliou o plano das condutas possíveis dentro de um sistema regido por normas, como também, impulsionou uma maior eficácia à liberdade humana.

Ao tratar do assunto, Borges apud Galvão (2015) “defende que é necessária atentar para a transição da autonomia privada para a autonomia da vontade, sendo que a segunda se vincula diretamente aos valores constitucionais, devendo estar orientada, assim, à valorização da pessoa humana”.

Destra forma fica perceptível que a autonomia da vontade consiste em um direito fundamental constitucionalmente assegurado, o que demonstra sua finalidade de garantir o respeito ao ser humano e suas escolhas dentro da coletividade.

O ponto em questão tem sua natureza de princípio, o qual se coloca na posição de norteador de diversas áreas do Direito, sempre ressaltando a liberdade que cada cidadão tem perante o Estado, desde que não incorra em ilicitude, característica tão combatida pelo ordenamento vigente.

Neste passo, Pires e Reis (2010) constatam que:

A autonomia da vontade pode ser considerada como um dos componentes essenciais da proteção à liberdade tutelada constitucionalmente aos indivíduos, ela incide no âmbito das escolhas individuais, na esfera atribuída pelo Direito para auto-regulação das relações privadas.

Sob uma ótica mais ampla, esse princípio utiliza como supedâneo a ideia do ser humano como um agente moral, que tem a plena capacidade de decisão sobre aquilo que considera bom ou ruim para si próprio e que, partindo do fato de o homem ser beneficiário da racionalidade, faz jus a liberdade direcionada a todos como ferramenta de base para suas decisões, sempre observando os limites da não perturbação aos direitos alheios.

Neste diapasão, resta evidente que não é prerrogativa do Estado, da sociedade ou de qualquer outra pessoa estabelecer, arbitrariamente, o rumo que cada indivíduo deve seguir ou os valores que deve construir no seu íntimo. Na verdade, cabe a cada ser humano determinar o caminho a ser trilhado, atendendo as suas concepções e necessidades subjetivas. É neste ponto onde reside a ideia da autonomia da vontade, o que consiste em um elemento essencial ao exercício da liberdade individual.

Para Sarmiento apud Pires e Reis (2010), a concepção de autonomia da vontade:

[...] está indissociavelmente relacionada à proteção da dignidade da pessoa humana”, **haja vista que negar ao ser humano a capacidade de decidir autonomamente de que forma prefere viver, quais projetos deseja buscar, quais as formas de conduzir a sua vida privada**, é, de certa forma, “frustrar sua possibilidade de realização existencial. (grifo nosso)

Assim, é preciso que o indivíduo tenha assegurada sua independência para que seja atendida a preservação de sua liberdade, sem a qual, torna-se inviável o exercício dos direitos básicos previstos pelo ordenamento jurídico. Restringir abusivamente tal autonomia é incorrer em pleno regresso social.

Outra questão a ser mencionada é como esse princípio atinge a vários ramos de estudo. No que diz respeito ao direito civil, aquele é incorporado como um dos fundamentos mais importantes nas relações privadas, justamente pelo fato de respeitar a livre vontade das partes quando da realização de um negócio jurídico.

A título de demonstração do poder de abrangência do referido preceito, tomemos a brilhante explanação de Gonçalves (2014, p.35):

O princípio da autonomia da vontade se alicerça exatamente na **ampla liberdade** contratual, no poder dos contratantes de **disciplinar os seus interesses mediante acordo de vontades**, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica. Têm as partes a faculdade de celebrar ou não contratos, **sem qualquer interferência do Estado**. Podem celebrar contratos nominados ou fazer combinações, dando origem a contratos inominados. (grifo nosso)

Até na esfera contratual, a ingerência da autonomia da vontade deixa evidente que o cidadão não pode estar preso aos desígnios alheios, pois ninguém mais preparado e mais pertinente para expor sua vontade do que aquele que a carrega na sua consciência.

No texto onde se concentram os Princípios de Yogyakarta (2007, p.27), mais especificamente no que diz respeito ao direito à liberdade de opinião e expressão, tem-se que:

Toda pessoa tem o direito à liberdade de opinião e expressão, não importando sua orientação sexual ou identidade de gênero. Isto inclui a expressão de identidade ou **autonomia pessoal** através da fala, comportamento, vestimenta, características corporais, escolha de nome ou qualquer outro meio, assim como a liberdade para buscar, receber e transmitir informação e idéias de todos os tipos, incluindo idéias relacionadas aos direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero, através de qualquer mídia, e independentemente das fronteiras nacionais. (grifo nosso)

Diante disso, até ao elencar os ditames sobre o direito a liberdade de expressão, fala-se na autonomia pessoal do seu detentor, o que não deixa de ser uma ramificação das ideias que embasam o princípio da autonomia da vontade e que, portanto, conferem ao indivíduo uma maior força de decisão nas diversas situações da vida.

Strenger apud Junior (2012, p.13), expressa a concepção de que:

A liberdade é um valor ético da sociedade. A vontade, possuindo caráter de fenômeno do intelecto, é um fator determinante para a liberdade. A vontade, ainda, pode ser vista como um modo de atividade pessoal, comportando de modo abrangente a representação do ato produzido, intervindo neste processo o valor dos motivos que podem determinar a decisão de realizar ou não a ação.

Dessa forma, é possível inferir que a vontade, considerada um componente do intelecto humano, é um pressuposto para a eficiente execução do direito à liberdade, ou seja, de nada valerá qualquer prerrogativa em lei nesse sentido se não for respeitada a autonomia do indivíduo destinatário. Seguindo nessa linha de raciocínio Junior (2012, p.15), certifica que:

O homem como um ser dotado de vontade. Em razão da sua liberdade, ele é obrigado a decidir. A liberdade, assim, faz parte do reconhecimento da dignidade moral da pessoa humana. Não cabe, assim, ao Estado estabelecer os fins a serem prosseguidos por cada pessoa humana, o modo como deve orientar sua vida, os caminhos que deve trilhar. Compete a cada indivíduo escolher os rumos de sua existência, de acordo com suas preferências.

Diante o exposto, resta concluído que este princípio estabelece a concepção de que todos devem ter sua oportunidade de regulação dos seus próprios interesses, sempre com o fito de atender às liberdades básicas que são conferidas universalmente a qualquer ser humano, ou seja, aquele portador de dignidade.

Por sua vez, a biopolítica surge como uma maneira de reformular a visão de poder político e sua aplicação perante a população em geral. Trata-se de direcionar a atenção aos indivíduos e não admitir um Estado com características arcaicas inerentes aos estilos monárquicos, absolutistas, ou seja, saindo do individualismo para uma visão mais coletiva e social. É possível perceber essa ideia de desprendimento, acima citada, nas palavras de Duarte (2008, p.2), onde:

Os conceitos foucaultianos de biopolítica e biopoder surgiram como o ponto terminal de sua genealogia dos micro-poderes disciplinares, iniciada nos anos 70. Ao mesmo tempo em que eram depositários de um conjunto de análises e conceituações previamente estabelecidos, tais conceitos também inauguraram deslocamentos em relação àquilo que o autor havia pensado anteriormente, em obras como *A Verdade e as Formas Jurídicas* e *Vigiar e Punir*. Como se sabe, o ponto de partida da genealogia foucaultiana foi a descoberta dos micro-poderes disciplinares que visavam a administração do corpo individual, surgidos durante o século 17 em consonância com a gradativa formação de todo um conjunto de instituições sociais como o exército, a escola, o hospital, a fábrica etc. **Foucault chegaria aos conceitos de biopoder e biopolítica ao vislumbrar o aparecimento, ao longo do século 18 e, sobretudo, na virada para o século 19, de um poder disciplinador e normalizador que já não se exercia sobre os corpos individualizados** nem se encontrava disseminado no tecido institucional da sociedade, mas se concentrava na figura do Estado e se exercia a título de política estatal que pretendia **administrar a vida e o corpo da população**. Evidentemente, esta descoberta pressupunha combinar as análises desenvolvidas em *Vigiar e Punir*, definidas como uma “anátomo-política do corpo”, com o que Foucault agora denominava, no volume I da *História da Sexualidade*, como a “biopolítica das populações”. Se não há contradição entre poder disciplinar e biopoder, os quais têm nos processos de normalização sua base comum, não se pode deixar de notar que a introdução da biopolítica impôs uma mutação no curso das pesquisas genealógicas de Foucault. (grifo nosso)

Trata-se de uma nova roupagem onde o Estado se coloca como agente aplicador de uma política que recai sobre todos os aspectos da vida do cidadão, ou seja, ocorre uma profunda transformação de como a atividade estatal vai interferir no plano prático de uma sociedade, conforme se pode notar na afirmação de Revel apud Silva (2012):

O termo biopolítica designa a maneira pela qual o poder tende a se transformar, entre o fim do século XVIII e começo do século XIX, a fim de governar não somente os indivíduos por meio de um certo número de

procedimentos disciplinares, mas o conjunto dos viventes constituídos em população: a biopolítica – por meio dos biopoderes locais – se ocupará, portanto, da gestão da saúde, da higiene, da alimentação, **da sexualidade**, da natalidade etc., na medida que elas se tornam preocupações políticas. (grifo nosso)

Desta forma, a biopolítica, através dos poderes regionais, vem para melhor distribuir a ingerência política governamental no cotidiano dos indivíduos que compõem uma coletividade, assim, é possível acompanhar de forma satisfatória o desenvolvimento social e atender às necessidades dele decorrentes.

Há de se ressaltar a abordagem relacionada à sexualidade humana, que não deixa de ser um dos pontos recepcionados pela biopolítica, e que, atualmente, é discutido em grande escala pelos mais diversos setores sociais e, portanto, passa ter maior importância para o Estado enquanto garantidor de direitos e de qualidade de vida.

Neste diapasão, vejamos as palavras de Friche apud Silva (2012):

[...] muito ao contrário de um poder de tipo repressivo, o que Michel Foucault encontra em suas investigações é um poder atuante, constitutivo [...] de tipo disciplinar. Esse tipo de poder opera por meio de estratégias, táticas e técnicas sutis de adestramento; uma conformação física, política e moral dos corpos. 'As formas de poder tradicionais, rituais, dispendiosas, violentas, típicas do exercício do poder soberano, foram substituídas por uma tecnologia minuciosa e calculada da sujeição. Para conseguir a sujeição dos corpos, a disciplina precisa, no entanto, pressupor a liberdade. Não é à toa que este tipo de poder desenvolve-se plenamente em continuidade com os valores liberais burgueses de igualdade e liberdade da sociedade moderna.

Assim, percebe-se um momento de transição diante daquilo que chamamos de poder político, pois este vai perdendo sua característica repressiva, ou seja, aquele tipo de comando arbitrário, de extrema autoridade e passa a agir de maneira mais leve e pacífica. Começa a surgir uma visão mais humanitária de poder, onde o indivíduo é mais respeitado e tem sua liberdade colocada em um patamar de fundamento da disciplina encontrada nas ações estatais. Foucault (1979, p.182), assevera que:

Situar o problema em termos de Estado significa continuar situando-o em termos de soberano e soberania, o que quer dizer, em termos de Direito. Descrever todos esses fenômenos do poder como dependentes do aparato estatal 5 significa compreendê-los como essencialmente repressivos: o exército como poder de morte, polícia e justiça como instâncias punitivas, etc. Eu não quero dizer que o Estado não é importante; o que quero dizer é que as relações de poder e, conseqüentemente, sua análise se estendem

além dos limites do Estado. Em dois sentidos: em primeiro lugar, por que o Estado, com toda a onipotência do seu aparato, está longe de ser capaz de ocupar todo o campo de reais relações de poder, e principalmente porque o Estado apenas pode operar com base em outras relações de poder já existentes. O Estado é a superestrutura em relação à toda uma série de redes de poder que investem o corpo, sexualidade, família, parentesco, conhecimento, tecnologia, etc.

Trazendo a realidade do transexual para a biopolítica, Lima (2013, p.2) pontua que:

Pensar e discutir as transexualidades na biopolítica contemporânea traz a necessidade de refletir sob e sobre territórios – de práticas e subjetivos - plurais e em constantes transformações. As formas como os modos de vida transexuais vêm se desenhando seja nas construções acadêmicas, na mídia, nas redes sociais, enfim nos diferentes cenários revela a todo instante novas/outras formas de visibilidades (formas de ser e estar no mundo) e dizibilidades ( formas de dizer).

Nesta linha de raciocínio, é preciso analisar a transexualidade e a política aplicada aos indivíduos acometidos por esse fenômeno sexual, a partir de uma abordagem mais delimitada, induzindo a criação de políticas públicas específicas, como por exemplo, a iniciativa, com base na política da educação, que levou aos entes federativos a regularem a criação do nome social para uma melhor acomodação dos transexuais nos ambientes escolares, conforme elenca Santos (2013, p.1):

A partir desse debate vários órgãos governamentais foram pautados pelo movimento LGBT e atualmente 9 Estados da Federação e o Distrito Federal possuem regulamentação para a utilização do nome social de travestis e transexuais nas escolas. É importante ressaltar, no entanto, que cada Estado implementa esta ação de forma diferenciada. Além do nome social nos registros escolares, no estado do Rio Grande do Sul, por exemplo, a Coordenação de Políticas Públicas para LGBT implementou também a carteira de nome social para travestis e transexuais, isto é, um documento físico, semelhante a carteira de identidade comum, com valor de registro civil, que traz a inscrição do nome social e o número do registro geral de travestis e transexuais. Com essa regulamentação, a presença trans tem-se feito sentir cada vez mais nos espaços e tempos escolares.

Através de novos planos, políticas públicas mais humanas, construídas a partir da iniciativa do Estado, este sendo o ente prestador de serviços públicos e que se fundamenta na dignidade da pessoa humana para tomar suas atitudes, que os transexuais vão adquirindo, arduamente, suas conquistas, como forma de equilibrar-se dentro da sociedade e tentar uma redução dos efeitos que o preconceito histórico e a discriminação trouxeram e que, não raramente, servem de base para atitudes

nocivas ao bem estar físico e psicológico desses cidadãos que têm, perante a Constituição Federal, sua dignidade extremamente resguardada.

### **3. RECONHECIMENTO DO TRANSGÊNERO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A EFETIVIDADE DOS SEUS DIREITOS**

Após uma necessária exposição envolvendo a história dos direitos humanos, suas definições, os fenômenos sexuais, dentre outros pontos importantes para este trabalho monográfico, chega o momento de serem feitas certas análises de como se encontra o indivíduo transexual perante o Direito Brasileiro.

É preciso explanar a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana e sua importância para um progresso legislativo a cerca dos direitos já conquistados pelos indivíduos acometidos pela transexualidade, observando o sistema universal de proteção dos direitos humanos, como também, abordar o campo do biodireito como uma maneira eficaz de diminuir a omissão legislativa brasileira. Ainda, faz-se necessária, uma colocação dos direitos sexuais vistos como ferramentas para a manifestação dos direitos da personalidade, finalizando com o caráter pro homine designado às normas e a efetividade dos direitos do transexual nos casos práticos.

#### **3.1 Dignidade da Pessoa Humana e Limitação do Poder Estatal**

A dignidade constitui, fundamentalmente, em um valor atribuído a toda pessoa pela simples constatação de ser humano, o que coloca o indivíduo em uma posição de merecimento no que tange à sua proteção e respeito assegurados pelas normas internacionais e por muitos ordenamentos, como por exemplo, o Direito brasileiro. Assim, não são tidos como requisitos à obtenção de direitos, certas características como a origem, a raça, a cor, o sexo, a idade, estado civil ou condição econômica da pessoa, mas é dado um maior enfoque a existência do homem, onde aquela, por si só, já assegura uma série de prerrogativas perante qualquer grupo social. Senão vejamos o que ratifica Andorno apud Mendes e Branco (2012, p.331), onde:

Aponta que a dignidade da pessoa humana “é um dos poucos valores comuns no nosso mundo de pluralismo filosófico”, sendo esse princípio a base dos direitos humanos e da democracia. Acrescenta que “a maioria das pessoas assume, como fato empírico, que os seres humanos possuem uma dignidade intrínseca. Essa intuição compartilhada pode ser chamada de atitude padrão (...) Todo sistema jurídico está baseado na suposição de que a dignidade humana realmente existe”. Mais ainda, diz o autor, “todos os seres humanos possuem um único e incondicional valor; eles fazem jus a direitos básicos apenas por serem parte da humanidade. Nenhuma outra qualificação de idade, sexo, etnia ou origem religiosa é necessária”

Segundo Junior (2012, p.21), “os limites materiais relacionam-se aos valores e direitos fundamentais que tornam factível e possível o convívio social, dentre os quais se destaca o respeito à dignidade da pessoa humana”. Desta forma, percebe-se uma verdadeira preocupação com o homem, sempre no intuito de resguardar aquilo que o mesmo possui de mais valioso, a sua humanidade.

Continuando nessa linha de definição, vejamos o entendimento trazido por Fernandes (2011, p. 175), onde:

Falar em dignidade da pessoa humana não é uma novidade na História da humanidade. Estudos indicam que já na China Imperial, século IV a.C., confucionistas afirmavam que cada ser humano nasce com uma dignidade que lhe é própria, sendo-lhe atribuída por ato da divindade. Aqui, bem como nas diversas tradições que se seguiram, inclusive cristãs, o homem é tomado como um ser especial, dotado de uma natureza ímpar perante todos os demais seres, razão pela qual não pode ser instrumentalizado, tratado como objeto, nem mesmo por outros seres humanos.

ademais, elenca que:

Apenas com Kant, no Iluminismo alemão, veremos a dessacralização da ideia de dignidade humana. A partir da defesa da autonomia moral do indivíduo, o filósofo alemão afirmará que o homem deve ser levado a sério, sendo sempre o fim maior das relações humanas e nunca um mero meio. Influenciados por Kant, então, a grande maioria dos teóricos do direito constitucional irão identificar a noção de que a dignidade representa o reconhecimento da singularidade e da individualidade de uma determinada pessoa; razão pela qual ela se mostra insubstituível e igualmente importante para a ordem jurídica.

São Tomás de Aquino, em tempos de Escolástica, chegou a afirmar que o homem tem mérito quanto a essa dignidade devido a sua semelhança com Deus, sendo considerado um ser especial e, conseqüentemente, dotado de autonomia, autodeterminação, assim, detentor de uma liberdade proveniente de sua própria natureza (Fernandes, 2011, p.175).

É nítida a discussão histórica a respeito do referido princípio e sua importância nas relações sociais. Há uma afirmativa de que tal dignidade já surge

com o nascimento do ser humano, ou seja, com o limiar da sua simples e, paradoxalmente, complexa existência. Sabe-se que o homem se localiza em um patamar de destaque quando confrontado aos demais seres que habitam o planeta, afinal, lhes foi conferida uma capacidade física marcante combinada a uma excelente habilidade cognitiva, o que já o coloca em situação privilegiada e merecedor de respeito.

É possível enxergar a dimensão da importância que esse princípio tem quando se vê que o mesmo possui status de fundamento da república federativa de um país. O ordenamento jurídico brasileiro diz que a dignidade da pessoa humana é uma das bases de toda a nossa nação, ou seja, do Estado Democrático de Direito até então instituído. Segundo a Constituição Federal de 1988:

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

I - a soberania;

II - a cidadania;

**III - a dignidade da pessoa humana;**

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (grifo nosso)

Conforme o exposto, o Poder Constituinte decidiu estabelecer que sem um tratamento digno, com igualdade, liberdade e, principalmente, respeito à pessoa humana, não há fundamento lógico para se firmar a república. É algo está na sua essência e precisa ser imensamente observado, afinal, o ordenamento tem como seu destinatário, o próprio homem.

É preciso salientar que o princípio em tela em conjunto com todos os direitos humanos e, conseqüentemente, os direitos fundamentais, sistematizam uma forma de limitação do poder estatal. Isso vem a ocorrer devido ao propósito de proteger o cidadão e conferir uma maior autonomia em relação a sua vida e decisões pertinentes a ela. Neste diapasão, asseguram Mendes e Branco (2012, p.350):

[...] já que a proteção do indivíduo contra interferências que se estimem indevidas por parte do Estado podem ser atalhadas com a invocação do princípio da proporcionalidade, do princípio da liberdade em geral (que não tolera restrições à autonomia da vontade que não sejam necessárias para alguma finalidade de raiz constitucional) e mesmo pelo apelo ao princípio da proteção da dignidade da pessoa humana, que pressupõe o

reconhecimento de uma margem de autonomia do indivíduo tão larga quanto possível no quadro dos diversos valores constitucionais.

Piovesan (2012, p. 415), ao discorrer sobre a dignidade da pessoa humana, aduz:

É como se se projetasse a vertente de um constitucionalismo global, vocacionado a proteger direitos fundamentais e limitar o poder do Estado, mediante a criação de um aparato internacional de proteção de direitos. Note-se que estes eram exatamente os lemas do movimento do constitucionalismo instaurado no final do século XVIII, que fizeram nascer as primeiras Constituições escritas: **limitar o poder do Estado e preservar direitos.** (grifo nosso)

Ao se constatar que existe uma hipossuficiência do indivíduo perante um Estado soberano com vasto poder administrativo e econômico, faz-se necessária alguma ferramenta que coloque o cidadão em uma posição de destaque sempre no intuito de evitar atitudes estatais abusivas que violem direitos e não observem o devido respeito ao ser humano. Sarlet (2007, p. 62) atesta que:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Assim sendo, o princípio em tela, detém uma identificação e características amplas, encaixando-se como um direito natural, um direito fundamental, um direito humano e um princípio de interpretação. Os demais preceitos, direitos e atos se baseiam na dignidade humana, o que o torna o ponto de partida de qualquer aspecto jurídico relacionado ao homem.

### 3.2 Os direitos dos transexuais e o sistema global de proteção aos direitos humanos

Assim como qualquer pessoa que se sujeita ao ordenamento jurídico brasileiro, aquele que se vê como transexual, também é um cidadão que, por força do princípio da dignidade da pessoa humana, carrega um leque de garantias e direitos fundamentais, como é possível observar no próprio caput do artigo 5º da Constituição Federal Brasileira de 1988, onde é previsto que:

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: [...] (grifo nosso)

Diante disso, pode-se afirmar que os transexuais devem ter sua liberdade, inclusive em relação ao corpo, extremamente respeitada por todos os setores sociais, até como forma de diminuir a desigualdade trazida pelo preconceito e discriminação, afinal, são direitos constitucionalmente assegurados e que merecem uma atenção especial.

Outro ponto a ser salientado é quanto ao direito à cirurgia de transgenitalização. Atualmente, não há uma lei infraconstitucional que discipline esse tipo de procedimento cirúrgico, o que do ponto de vista regulatório, já pode ser considerado como um fator negativo quanto à adequação entre direito e realidade fática.

Em conformidade com o entendimento de Gruneich (2010):

A cirurgia transgenital, apesar da discussão ainda presente na sociedade brasileira, há muito tem sido feita no mundo através dos anos. Reconhecida pelos psicólogos, psicanalistas e Conselho Federal de Medicina como o único tratamento para buscar a adequação social do transexual, há anos vem sendo praticada no Brasil. Chegou à legalidade com a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1482/1997, que trazia a cirurgia tanto masculino para feminino, como feminino para masculino, em caráter experimental, em hospitais públicos e Universidades. Com a evolução do tratamento do transexual, é editada a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1652/2002, permitindo que a cirurgia masculino para feminino seja também realizada em hospitais particulares, com os mesmos requisitos exigidos e acompanhamento de equipe multidisciplinar.

O Conselho Federal de Medicina procurou oferecer sua contribuição normativa através da constituição da Resolução de nº 1.955/2010, como também, o Ministério da Saúde criou portaria autorizando a realização da cirurgia pelo Sistema Único de Saúde.

Seguindo nessa linha, considerando o indivíduo transexual como uma pessoa digna de direitos, pode-se afirmar que o mesmo detém o direito à saúde, constitucionalmente previsto e assegurado. Assim dispõe o Art. 196, da Constituição Federal Brasileira, in verbis:

**A saúde é direito de todos e dever do Estado**, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (grifo nosso)

Após o direito à saúde como algo designado a todos e posto como obrigação estatal, o direito à vida privada também é outro benefício que precisa ser elencado. Sua base legal consiste no supracitado artigo quinto da Lei Maior de 1988 vigente no Brasil.

José Afonso da Silva apud Castro (2007, p.32), cita que:

De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos. No conteúdo de seu conceito se envolvem o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à privacidade, o direito à integridade físico-corporal, o direito à integridade moral e, especialmente, o direito à existência.

É preciso que o ordenamento jurídico se adeque a realidade do transexual para que sejam respeitados os seus direitos e garantias, até como ferramenta de apreço ao bem que possui mais importância aos olhos do pensamento universal, ou seja, a vida humana em todos os seus aspectos.

Em relação ao direito à disposição do próprio corpo, de acordo com o que estabelece o artigo 13, do Código Civil Brasileiro de 2002, in verbis: Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição ao próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Tal expressão legal pode direcionar a uma ideia errônea de que a cirurgia de adequação do sexo físico ao psicológico esbarraria na lei, criando a impressão que a integridade física estaria sendo desrespeitada e o ordenamento expressamente afrontado, contudo, assevera Coelho (2012, p. 190) que:

A operação de mudança de sexo por mera vontade da pessoa não está proibida na lei, já que não compromete a integridade física do paciente, nem ofende os bons costumes. Considerar-se que a substituição dos órgãos sexuais externos representaria diminuição permanente da integridade física pressupõe reputar pelo menos um dos sexos (ou o masculino ou o feminino) como fisicamente não íntegro — o que não tem sentido. A lei proíbe, no campo dos atos de disposição voluntária do corpo, a castração, por exemplo, mas não veda a troca dos órgãos sexuais.

Além do mais, completa:

Como destaca Ricardo Luis Lorenzetti, a questão da mudança de sexo é um daqueles “casos difíceis” do direito privado da atualidade que deve ser resolvido pela aplicação do princípio *in dubio pro libertatis* (na dúvida, adota-se a solução que prestigia a liberdade das pessoas). Quer dizer, deve-se deixar a cada um a livre disposição de si mesmo (1995:412).

Embora ainda seja um assunto que deflagra uma série de discussões e, por consequência, um leque de opiniões distintas, o direito a dispor do próprio corpo como forma de melhoria de vida, como ferramenta de garantir a dignidade do transexual, faz-se garantido dentro das normas jurídicas brasileiras. É uma questão de valorizar a liberdade inerente a cada ser humano.

Seguindo essa intenção de expor os direitos dos transexuais, é válido aduzir sobre o sistema global de proteção aos direitos humanos que exerce um papel significativo na elaboração e defesa daqueles direitos que têm como requisito a característica da humanidade e, os indivíduos transexuais, estão incluídos nesse rol.

Oliveira (2012, p.63) aponta que:

O sistema global de proteção aos direitos humanos é aquele vinculado a Organização das Nações Unidas (ONU) e é composto por inúmeros documentos internacionais. O sistema normativo global apresenta um caráter mais geral, contendo princípios básicos de proteção.

Percebe-se que os transexuais não contam somente com a proteção interna oferecida pelos direitos humanos, estes estabelecidos como direitos fundamentais pela Constituição Federal Brasileira, mas, também, por um sistema universal composto por organizações internacionais, tratados, convenções e outros meios normativos de assistência às populações mundiais. Vejamos as palavras de Rahal (2015):

A universalização dos direitos humanos fez com que se formasse um sistema internacional de proteção desses direitos, ou sistema global de proteção, estruturado por diversos tratados, pactos, convenções, declarações, estrutura judiciária, comissões, que contém mecanismos de acompanhamento, fiscalização e cobrança de informações dos países signatários acerca das ações de proteção e afirmação de tutela dos direitos.

Inclusive, esclarece

Cabe destacar os tratados que compõem o sistema global de proteção dos direitos humanos e que hoje já têm diversos Estados signatários: a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948; o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966; a Convenção sobre a Eliminação

da Discriminação Racial, de 1965; a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989; O Estatuto de Roma, de 1998, entre outros.

Em relação aos diplomas que compõem esse sistema global, também denominado como Sistema da ONU ou Sistema Universal e que consiste em um influenciador na criação de direitos humanos, Borges; Borges (2011) ressaltam que:

Historicamente, a Carta das Nações Unidas, de 1945, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966, são os principais instrumentos normativos sustentadores da proteção universal dos direitos humanos.

Destarte, infere-se que o esse sistema de proteção universal é formado por um leque de instrumentos normativos gerais e específicos, como também, por organismos de fiscalização e controle dos direitos humanos. Os gerais são destinados a qualquer ser humano, sem distinções, enquanto que os especiais tem foco em um determinado grupo.

### 3.3 Biodireito versus lacuna legislativa no Brasil e os direitos sexuais como expressão dos direitos da personalidade

De acordo com Silva (2002), em seu artigo científico, “Se o direito existe para a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana, e se todo indivíduo humano é pessoa, conforme as diretrizes bioéticas assinaladas, inadmissível é o uso da expressão **biodireito senão para a tutela integral da vida [...]**”. (grifo nosso)

Assim, tem-se uma nova ramificação do Direito que busca o enquadramento no mundo jurídico de situações pertinentes à vida do ser humano, sempre com base nas questões suscitadas pelos debates decorrentes da bioética, afinal, a bioética e o biodireito devem caminhar juntos, pois são ciências que se complementam (Diniz, 2011, p.40). Desta maneira, a efetividade do biodireito pressupõe uma abrangência completa da vida e as consequências desta.

Puccinelli Júnior apud Zavataro (2010, p.9) infere que:

[...] o Biodireito está diretamente associado aos Direitos Humanos, já que se busca definir até que ponto a manipulação da vida pode avançar sem vulnerar a dignidade intrínseca a cada ser, ocupado-se em coibir excessos e reparar erros, sem impedir o progresso da ciência. Trata-se, portanto, de estabelecer um freio entre a biomedicina e o âmbito do ético, entre a moral e o jurídico.

Nesse diapasão, é cabível afirmar que o biodireito tem um forte vínculo com os direitos humanos e, portanto, com os direitos das pessoas transexuais. Esse ramo jurídico deve servir de ferramenta para uma melhor atenção do Direito às questões relacionadas à vida, principalmente, as pertinentes aos indivíduos que já sofrem com a discriminação social e histórica que, por sua vez, fundamenta-se em uma característica da sexualidade, advinda da própria natureza.

A bioética e o biodireito não poderão jamais admitir qualquer conduta que venha a reduzir a pessoa humana à condição de coisa, retirando dela sua dignidade e o direito a uma vida digna (Diniz, 2011, p. 41). Aliado à bioética, o ramo em tela, ganha força quando se fala na persecução de uma proteção jurídica da vida e da pessoa humana de forma geral. No tocante aos transexuais, de um lado, há todo um sistema alienado e preconceituoso que dificulta o seu reconhecimento enquanto indivíduos de direitos plenos e satisfatórios e, de outro, uma nova face do Direito que não admite a redução dos mesmos ao status de algo insignificante, pois são dotados de vida, de humanidade, de dignidade antes de qualquer avaliação axiológica.

Observa Dias (2015) que:

Juntamente com os avanços da ciência e de suas conquistas, vieram também questionamentos ligados ao campo ético. A ciência por si só, não pode ser considerada boa ou má. O que a caracteriza como tal é o modo em que ela é empregada. É justamente nesse ponto que atua o direito, impondo limites necessários a atividade do homem de modo a preservar os interesses coletivos e individuais, principalmente o direito à vida e a **dignidade da pessoa humana**. (grifo nosso)

Torna-se evidente que ao passo que a ciência alcança seus progressos, outros campos de discussão do conhecimento humano são impulsionados a fazer as mudanças necessárias, dentre eles, o próprio Direito que é de extrema importância no desenvolver social e tem implicância direta no cotidiano das pessoas sob a égide de suas normatizações. Vejamos o que ainda explicita Dias (2015):

A humanidade pôde comemorar ao longo da história grandes conquistas nos mais diversos campos da ciência, notadamente naquele que se convencionou denominar de “ciências da vida”, assim consideradas aquelas voltadas para o estudo do próprio homem nos seus distintos planos de existência, seja ele biológico, moral ou social. Os novos conhecimentos trazidos do campo das ciências da vida colocaram à disposição do homem inúmeras tecnologias, também conhecidas como biotecnologias, dentre as quais podem ser citadas as transfusões de sangue, os transplantes de órgãos e tecidos humanos, o diagnóstico de doenças, inclusive o

diagnóstico pré-natal, através de diversos exames com maior ou menor grau de invasão, **a mudança de sexo**, entre outras. (grifo nosso)

Como se pode notar, a mudança de sexo, procedimento cirúrgico de grande importância para os transexuais, está enquadrada nas novas questões trazidas pela ciência no tocante à vida e suas variantes e, assim, necessita de uma grande apreciação por parte do biodireito, pois é através de uma regulamentação jurídica do que acontece no plano prático que os indivíduos com a transexualidade podem se colocar em equilíbrio com os demais cidadãos, conseguindo o devido respeito aos seus direitos de igualdade e liberdade.

O biodireito, como o mais recente entendimento sobre o direito à vida, deve ser considerado na sua perspectiva pluridimensional, o que compreende o direito de não ser tolhido da sobrevivência digna, a fim de que se possa respeitar e promover o direito à igualdade e à liberdade humanas (Silva apud Silva 2014, p.4).

Silva (2014, p.10) prossegue e explica que:

Em outros termos, o biodireito é o ramo do Direito Público, a partir do qual se associa à bioética, em típica relação de dependência. O biodireito, por sua vez, pauta-se nas relações jurídicas entre o direito e os avanços tecnológicos em conexão direta com a medicina e a biotecnologia, peculiaridades relacionadas, particularmente, ao corpo.

Não restam dúvidas que o biodireito é o campo de conhecimento que detém a competência para levar ao âmbito jurídico as celeumas que envolvem a vida da pessoa transexual, até como uma forma de atender a sua relação com a medicina e a biotecnologia, como também, com as discussões pertinentes ao corpo.

Deste modo, depois de discutidas, experimentadas e digeridas as novidades, há de se pensar em novos direitos subjetivos. Assim, caberá ao biodireito pensar e projetar as normas e os critérios de decisão ao se tratar de inovações biotecnológicas (Sauwen, Hryniewicz, 2008, p. 43).

Se de um lado encontra-se o biodireito como uma ferramenta, cuja finalidade é não deixar alheias ao ordenamento jurídico vigente, as situações relacionadas à medicina e à vida, de outro, existe uma omissão legislativa por parte do poder legiferante que já foi e é responsável por diversos prejuízos aos transexuais. Cabe aqui a concepção de Castro (2014), onde demonstra que:

A posituação da bioética e do biodireito não significa mera tutela de princípios, **mas sim a efetiva proteção do ser humano a partir do qual poderá exigir seus direitos perante o Poder Judiciário, sem que dependa tanto da liberalidade do julgador** e obtenha o seu direito de maneira igual, independentemente do local do mundo em que estiver. (grifo nosso)

Desta forma, a posituação das situações cotidianas que são interessantes diante da ótica do biodireito, ultrapassa uma mera questão de teorias e regras escritas, na verdade, consiste na mais cabível elevação do ser humano enquanto sujeito que necessita ser valorizado, a fim de que sua dignidade seja garantida e respeitada por todos, como também, pode ser definida como uma tentativa de erradicar o sofrimento de quem precisa de um direito e não pode exercê-lo pela falta de previsão legal.

Os progressos da ciência vêm oferecendo aos transexuais a oportunidade de conhecer melhor sua real natureza, ainda por cima, a chance de realizar a cirurgia de transgenitalização como maneira eficiente de adequar o seu sexo genital ao sexo psicossocial. Trata-se de um processo delicado e que exige um trabalho multidisciplinar minucioso e em equipe, com exames médicos pré-operatórios, avaliações psicológicas, entrevistas e triagem. Contudo, ainda existem os problemas que não são resolvidos pelo ramo da saúde: a ausência de lei que regule a cirurgia de redesignação sexual e a correção do registro civil, ajustando o prenome e estado sexual do indivíduo operado a sua nova realidade.

Nesse passo, a cirurgia de mudança de sexo não é objeto de lei específica dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Em um passado próximo, isso configurava um sério problema aos transexuais que tinham o intuito de realizar o procedimento de alteração da genitália. A situação foi amenizada com o implemento da Resolução de nº 1.955/2010 pelo Conselho Federal de Medicina, que passou a autorizar essa operação. Vejamos o que diz tal texto regulamentador, nos seus artigos iniciais:

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

**Art.2º** Autorizar, ainda a título experimental, a realização de cirurgia do tipo neofaloplastia.

**Art.3º** Que a definição de transexualismo obedecerá, no mínimo, aos critérios abaixo enumerados:

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

4) Ausência de outros transtornos mentais.

Depois do avanço normativo com a supracitada autorização da cirurgia de mudança de genitália, aparece outro problema que já trouxe e ainda traz alguns prejuízos aos transexuais que, é justamente, quanto à modificação do registro civil público.

Consoante Maria Berenice Dias (2000, p.2):

Após a realização da cirurgia, que extirpa os órgãos genitais aparentes, adaptando o sexo anatômico à identidade psicossocial, questão de outra ordem se apresenta. **Inquestionavelmente aflitiva a situação de quem, com características de um sexo, tem sua documentação declarando-o como pertencente ao gênero corporal em que foi registrado, o que enseja a busca de alteração do nome e da identificação do sexo no registro civil.** (grifo nosso).

Eis que surge um dilema na vida do indivíduo que realizou a cirurgia de redesignação sexual, pois de um lado temos um ser humano com características de um gênero sexual novo, femininas ou masculinas, possuidor de documentação em que nome e sexo contrastam totalmente com o atual fenótipo.

Quando se busca uma solução para o referido problema dentro do mundo jurídico, depara-se com a Lei de nº 6.015/73 que regula os registros públicos, onde no seu dispositivo de número 58 tem-se a regra referente ao prenome. Observe-se:

Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios. (Redação dada pela Lei nº 9.708, de 1998)

Parágrafo único. 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. (Redação dada pela Lei nº 9.807, de 1999)

Trata-se do princípio da imutabilidade do nome, como bem explica Maria Berenice Dias (2000, p.3):

O nosso Direito consagra o princípio da imutabilidade do nome, **não chancelando qualquer pretensão do transexual à mudança do prenome.** A Lei dos Registros Públicos diz que o prenome só pode ser alterado quando expuser ao ridículo o seu portador, sendo admitida sua alteração somente a pedido do interessado, contanto que não prejudique o sobrenome da família. (grifo nosso)

Diante da lacuna legislativa e baseada na dignidade da pessoa humana, ainda com certa relutância, a jurisprudência vem reconhecendo a relativização do

supracitado princípio e concedendo a modificação pleiteada quanto ao nome e o sexo. É o que se vê na seguinte decisão que foi além e inovou quando da concessão somente com o diagnóstico de transexualismo. Vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. TRANSGENÊRO. 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. (TJRS, AC 70057414971, 8ª C. Cív., Rel. Des. Rui Portanova, j. 05/06/2014).

Mesmo com o notório avanço, ainda há muito que se progredir, principalmente, quanto ao direito positivo que não traz previsão para mudança do nome e do sexo depois da cirurgia. Os transexuais ainda são vítimas do preconceito e, muitas vezes, acabam por serem excluídos do convívio social.

Há uma expectativa de que o problema da lacuna normativa se resolva com a aprovação e vigência da alteração prevista no Projeto de Lei nº 6655/2006, onde o artigo 58 da lei de registros públicos passaria a prever a substituição do nome da pessoa do transexual o que, conseqüentemente, mudaria o sexo. Todavia, vale ressaltar que o projeto até hoje está em tramitação aguardando retorno do Senado Federal, com último despacho na data de 09.01.2007.

Ainda, como bem rememora Farias (2015, p.188):

Tramita, inclusive, no Congresso Nacional, um projeto de lei (PL-70B, de autoria do Deputado José Coimbra) que pretende esclarecer a licitude do procedimento cirúrgico de mudança de sexo, além de contemplar, expressamente, a possibilidade de averbação do novo sexo, vedando a emissão de certidão (sigilo de registro) com referências ao estado anterior ou à origem cirúrgica, exceto por requisição do interessado ou ordem judicial.

No entanto, fechar os olhos à realidade não vai fazê-la desaparecer, e a omissão legal acaba tão-só fomentando a discriminação e o preconceito Dias (2000, p.1). A lei precisa acompanhar, ao máximo, as questões sociais e que estão diretamente relacionadas à vida, inclusive, à sexualidade das pessoas, sob pena de contribuir com uma ideia de segregação por não enquadramento nos padrões aceitáveis. Estar à margem da lei não significa ser desprovido de direito, nem pode impedir a busca do seu reconhecimento na Justiça. Ainda quando o direito se

encontre envolto em uma auréola de preconceito, o juiz não pode ter medo de fazer justiça Dias (2000, p.1).

Deslocando-se da análise da omissão da lei e ao adentrar na seara dos direitos sexuais, temos, com base na liberdade intrínseca a todo ser que possui vida, os direitos sexuais surgem como mais uma ramificação dos direitos humanos, estes detentores da característica da universalidade, dignidade e igualdade para todos. Vejamos as palavras de Rios (2006):

Um direito democrático da sexualidade, enraizado nos princípios dos direitos humanos e nos direitos constitucionais fundamentais, deve atuar simultaneamente no sentido do reconhecimento do igual respeito às diversas manifestações da sexualidade e do igual acesso de todos, sem distinções, aos bens necessários para a vida em sociedade.

Esse rol de direitos sexuais pode ser visto como desdobramento dos direitos gerais de privacidade, liberdade, intimidade, **livre desenvolvimento da personalidade**, igualdade, bases sobre as quais se têm desenvolvido a proteção jurídica da sexualidade das chamadas "minorias" (Rios, 2006). (grifo nosso) Para que exista uma sexualidade saudável garantida a todas as pessoas, são imprescindíveis o respeito, a promoção e o reconhecimento aos direitos sexuais. Desta forma, a saúde sexual, nada mais é, do que o resultado de um ambiente que presta o devido valor a tais direitos.

Acompanhando a concepção de que os direitos sexuais podem ser considerados como manifestação dos direitos da personalidade, Séguin (2012) observa:

Para que o ser humano atinja seu pleno desenvolvimento, ele precisa que necessidades básicas, que extrapolam as condições físicas, sejam supridas, nelas incluídas o carinho, a auto-estima, o desejo de contato, a intimidade, a expressão emocional, o prazer sexual e o amor. Por integrar os ritos sociais, **a sexualidade humana é objeto de tabus variados, mas, como parte da personalidade**, é construída através da interação entre o indivíduo e as estruturas sociais. (grifo nosso)

também, relembra que:

Pode-se sintetizar com a afirmativa que os direitos sexuais são Direitos Humanos universais baseados na liberdade, dignidade e igualdade de todos os seres humanos, pois a saúde sexual é um direito fundamental que somente floresce num ambiente que reconhece, respeita e exercita a totalidade dos Direitos Humanos. Os direitos sexuais devem se exercidos com responsabilidade respeitando o próximo. Os cuidados com a saúde sexual devem estar disponíveis para a prevenção e tratamento de todos os problemas e desordens.

Se a personalidade é o conjunto de qualidades da pessoa ou a função psicológica pela qual o indivíduo considera-se como um eu uno e permanente (Diniz, 2008, p.581), os direitos sexuais, sem dúvidas, consistem em garantias que têm relação significativa com as características do ser humano, aquelas mais íntimas e, assim, podem ser usados para a externalização de um direito da personalidade por qualquer indivíduo, inclusive o transexual.

Cabível, é a ponderação feita por Malveira (2014, p.22):

Tendo em vista tais conceitos, pode-se afirmar que a sexualidade integra a própria condição humana, acompanhando o indivíduo desde seu nascimento, uma vez que decorre de sua própria natureza, por isso é um direito natural, inalienável e imprescritível, que compreende a liberdade sexual, a livre orientação sexual, o direito a tratamento igualitário, independentemente de tendência sexual. **Portanto é claro que o direito à sexualidade integra os direitos de personalidade**, podendo todo ser humano, exigir o livre exercício da sexualidade<sup>59</sup>, resguardado inclusive internacionalmente, como valor jurídico. (grifo nosso)

A respeito dos direitos da personalidade, tem-se Venosa (2011, p.20) com sua apreensão de que:

Contudo, há direitos que afetam diretamente a personalidade, os quais não possuem conteúdo econômico direto e imediato. A personalidade não é exatamente um direito; é um conceito básico sobre o qual se apoiam os direitos. Há direitos denominados personalíssimos porque incidem sobre bens imateriais ou incorpóreos. As Escolas do Direito Natural proclamam a existência desses direitos, por serem inerentes à personalidade. São, fundamentalmente, os direitos à própria vida, à liberdade, à manifestação do pensamento. A Constituição Brasileira enumera longa série desses direitos e garantias individuais (art. 5º), de forma muito mais ampla do que as dicções presentes neste capítulo do Código. São direitos privados fundamentais, que devem ser respeitados com o conteúdo mínimo para permitir a existência e a convivência dos seres humanos. Para muitos, os direitos da personalidade são direitos inatos, ínsitos à pessoa, cabendo ao Estado reconhecê-los.

Fica evidente que tais direitos têm sua natureza de direitos subjetivos, excluindo o âmbito patrimonial, pois, na verdade, buscam a tutela da própria pessoa humana, a sua integridade física e dignidade. A proteção recai sobre os bens imateriais, não palpáveis, que têm relação direta com o sentimento da pessoa. Ressalta Tartuce (2015, p. 147) que pelos conceitos transcritos, observa-se 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.

Ao analisar a proteção à integridade física e a cirurgia de transgenitalização, Farias (2015, p. 184), reconhece que:

Ora, todo ser humano tem a sua dignidade afirmada constitucionalmente, sendo possuidor de um direito à integridade física e psíquica. "Colocando na balança os bens e interesses do transexual, em relação às vantagens ou desvantagens trazidas pela intervenção cirúrgica, na modificação de seu sexo morfológico, parece-nos que a mesma pende favoravelmente para as terapias de mudança de sexo, inclusive a cirúrgica, pois será somente através desta que o paciente transexual encontrará o equilíbrio emocional, livrar-se-á das angústias e aflições e poderá desenvolver, livremente, sua personalidade", como destaca EUMAR SZANIAWSKI.

Choeri apud Cardin; Benvenuto (2013, p.10) reconhece que a identidade sexual, como integrante da identidade humana, compartilhando desse mesmo interesse existencial, deve ser igualmente tutelada e constituir, assim, objeto de direito subjetivo de personalidade.

#### 3.4 O caráter pro homine das normas e a efetividade dos direitos no caso concreto

É nítida a importância de produzir leis que garantam um acolhimento satisfatório da vida cotidiana por parte do Direito Brasileiro, mas também, é válido frisar que a aplicação dos direitos humanos no caso concreto requer uma maior dedicação e que, outras legislações, como as de cunho internacional, podem servir de fundamento para uma maior eficácia no plano prático, justamente, respeitando o princípio pro homine.

Na concepção de Gomes (2008, p. 6):

No plano material, quando se analisa o Direito dos direitos humanos, os três ordenamentos jurídicos citados (CF/88, DIDH e legislação ordinária) caracterizam-se por possuir, entre eles, vasos comunicantes, ou seja, eles se retroalimentam e se complementam. Em outras palavras, no plano material não há que se falar, ou melhor, é irrelevante falar em hierarquia entre as normas de direitos humanos. Por quê? Porque, por força do princípio ou regra pro homine, sempre será aplicável, no caso concreto, a que mais amplia o gozo de um direito ou de uma liberdade ou de uma garantia.

Dessa forma, na resolução de um caso prático, percebe-se que a fonte normativa não vai ser o fator de maior peso, mas, na verdade, será a legislação que

mais facilitar o exercício do direito humano, materialmente falando, portanto, não é o status ou a posição hierárquica da norma que vale, mas o seu conteúdo, porque sempre irá preponderar a que mais assegura o direito (Gomes, 2008, p.6).

Tudo isso leva a uma indagação: a mera existência de lei garantiria, necessariamente, a efetividade dos direitos previstos? Ora, sabemos que um Estado Democrático de Direito é o responsável por elaborar e aprimorar suas regras como maneira de proteger seus cidadãos e lhes oferecer vida digna, porém, isso não pode ser empecilho para a aplicação de regras internacionais, regionais ou de outra natureza quando o que está em jogo, é a aplicação de um direito humano e há lacuna da lei no âmbito interno. Vejamos o que ainda estabelece Gomes (2008, p.9):

Em um Estado constitucional (e humanista) de Direito, que conta com boa inserção nas relações da comunidade internacional, não pode deixar de ser observada a regra interpretativa pro homine, ainda que, formalmente, o DIDH seja reconhecido com status apenas supralegal, mas inferior à Constituição. Aliás, a própria Constituição (e, portanto, a vontade do legislador constituinte) manda observar outros direitos contemplados nos tratados internacionais (CF/88, art. 5º, § 2º). O que vale, então, não é a posição formal dos tratados, mas o sentido material das normas sobre direitos humanos.

Para que se entenda melhor a função do princípio em tela, faz-se oportuna, a explicação de Albuquerque; Aguiar (2012, p.19), onde:

No âmbito de competência específica do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, a Convenção Americana de Direitos Humanos (doravante denominada Convenção ou CADH), também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, é a base jurídica deste Sistema Regional. Assim, quando da necessidade de aplicação no caso concreto de uma norma de direitos humanos (fundamentais) entre outras de fontes distintas cabíveis, a Convenção seria a norma adequada a ser aplicada, segundo o critério de especificidade; além disso, ela ainda dispõe em seu artigo 29 de normas de interpretação objetivas para sua própria aplicação, informando que os direitos (e o gozo destes) nela expressos não podem ser suprimidos nem limitados por decisão unilateral dos Estados Partes, assim como a Convenção também não pode fazer o mesmo em relação aos direitos expressos nas leis internas daqueles, ou seja, **aqui se percebe uma nítida alusão ao princípio pro homine, na medida em que deva prevalecer a norma mais protetiva ou menos restritiva de direitos humanos, quer seja a Convenção, quer lei interna do Estado Parte.** (grifo nosso)

Nota-se que através da força do princípio em questão, as normas são revestidas do caráter pro homine e, conseqüentemente, os transexuais, destinatários têm a possibilidade de alcançar a tutela dos seus direitos de forma mais acessível, já que tal preceito escusa a ideia de engessamento quanto à norma aplicável e abre

uma gama de opções diante de um caso concreto, o que acaba na efetividade dos direitos humanistas. Interessante se projeta a concepção de Trindade (2000, p.24):

Subjacentes a esta unidade conceitual estavam às premissas básicas de que os direitos proclamados são inerentes ao ser humano, anteriores, portanto a toda e qualquer forma de organização política ou social, e de que a proteção de tais direitos não se esgota – não pode se esgotar – na ação do Estado. É precisamente quando as vias internas ou nacionais se mostram incapazes de assegurar a salvaguarda desses direitos que são acionados os instrumentos internacionais de proteção.

Desta maneira, no caso em que houver omissões, lacunas, dupla interpretação ou obscuridade na busca da fonte normativa de aplicação de um direito, juntamente às ferramentas de suplementação interpretativa, deve ser considerada a análise que ofereça a maior defesa do indivíduo transexual no plano fático, o que tende a facilitar o deferimento de garantias e, conseqüentemente, o atendimento à dignidade da pessoa humana e desejada elevação do patamar em que as minorias sociais se encontram.

#### **4. UMA ANÁLISE NEOCONSTITUCIONAL E DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA**

Depois de feitas as exposições sobre os direitos humanos, sua história e desafios enfrentados na contemporaneidade, após elucidar alguns pontos no tocante aos fenômenos sexuais, principalmente, a transexualidade, falar de autonomia da vontade, biopolítica e tecer apontamentos de como se encontra o transgênero frente ao ordenamento jurídico brasileiro, chega o momento de demonstrar no que consiste o evento do neoconstitucionalismo e as transformações positivas que esse evento trouxe ao Direito.

Além disso, se faz extremamente oportuno, revelar a importância do papel que a jurisprudência nacional vem desempenhando ao longo dos anos, especialmente no século XXI, e que têm consequência direta no desenrolar da vida dos indivíduos que sofrem com a transexualidade, mas que são atormentados, também, com o descaso, a discriminação, o preconceito, a falta de direitos positivados e as violações contra suas garantias de caráter humanitário, o que acarreta em sérios prejuízos de cunho psicológico e, conseqüentemente, são repassados ao âmbito físico.

#### 4.1 Neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional

Tudo o que possui estreita relação com o meio social carece de adequação a realidade fática, sendo à base de tal mudança, o decurso do tempo e a evolução que é uma característica intrínseca de qualquer sociedade. Tal fenômeno não se distancia do mundo jurídico, mas pelo contrário, é requisito essencial de uma melhor efetividade e proteção por parte dessa forma de controle que é o Direito.

Seguindo nesse padrão de ideias inovadoras, o neoconstitucionalismo é considerado um movimento de teorias que acaba na repaginação e troca de valores no âmbito do direito constitucional. A Constituição passa a ter um papel renovado dentro do sistema jurídico.

Nessa perspectiva, coloca-se a excelente consideração feita por Mendes (2015, p. 53), onde:

O valor normativo supremo da Constituição não surge, bem se vê, de pronto, como uma verdade autoevidente, mas é resultado de reflexões propiciadas pelo desenvolvimento da História e pelo empenho em aperfeiçoar os meios de controle do poder, em prol do aprimoramento dos suportes da convivência social e política. Hoje, é possível falar em um momento de constitucionalismo que se caracteriza pela superação da supremacia do Parlamento. O instante atual é marcado pela superioridade da Constituição, a que se subordinam todos os poderes por ela constituídos, garantida por mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade. A Constituição, além disso, se caracteriza pela absorção de valores morais e políticos (fenômeno por vezes designado como materialização da Constituição), sobretudo em um sistema de direitos fundamentais autoaplicáveis. Tudo isso sem prejuízo de se continuar a afirmar a ideia de que o poder deriva do povo, que se manifesta ordinariamente por seus representantes. **A esse conjunto de fatores vários autores, sobretudo na Espanha e na América Latina, dão o nome de neoconstitucionalismo.** (grifo nosso)

Conforme se percebe, os valores delegados à Constituição Federal são criados a partir dos fenômenos históricos e do progresso no tocante as ideias de limitação do poder, sempre com a finalidade de melhorar a vida social de todos. A concepção de que o parlamento é o centro das atenções vai perdendo força e a constituição vai garantindo sua supremacia, sem deixar de lado a aplicação dos direitos humanos fundamentais. Mendes (2015, p. 54) também assevera que:

Busca-se neutralizar a objeção democrática ao Estado constitucional com a observação de que a "rematerialização constitucional empresta dimensão substancial para a democracia". De toda forma, caberia ao legislador ampla margem de apreciação e prioridade sobre o juiz constitucional, quando se trata de concretizar essas normas incorporadoras de valores morais e

políticos. Ao juiz constitucional incumbiria atalhar abusos, cometidos por ação ou omissão do legislador.

Dentro do raciocínio, pertinentemente, aduz:

É daí que surgem os atributos da Constituição como instrumento orientado para conter o poder, em favor das liberdades, num contexto de sentida necessidade de preservação da dignidade da pessoa humana. Entende-se, então, que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, proclamasse, no seu art. 16, que não teria constituição a sociedade em que os direitos não estivessem assegurados, nem a organização estatal em que não se definisse a separação de poderes. A compreensão da Constituição como técnica de proteção das liberdades é atributo do constitucionalismo moderno, que importa conhecer para que se possa discernir o próprio momento atual, a que muitos denominam neoconstitucionalismo. (MENDES, 2015, p. 39)

Portanto, o direito constitucional precisa dar relevância e respeito às liberdades esperadas para que o princípio da dignidade humana, fundamento da república brasileira, seja visto como um norteador do sistema jurídico como um todo e não somente como um texto sem aplicabilidade. O diploma maior não é uma mera ferramenta de limitação do poder estatal, vai além disso, ou seja, tem finalidade de proteger as liberdades, garantir direitos fundamentais, cuja própria nomenclatura evidencia que sem o usufruto dos mesmos, o desenvolver social fica extremamente afetado.

A respeito da ideia de mudança no papel da Constituição, iniciando considerações ao neoconstitucionalismo, Barroso (2015, p. 519) entende que:

O direito constitucional, nas últimas décadas, notadamente no mundo romano-germânico, passou por um vertiginoso conjunto de transformações que modificaram o modo como ele é pensado e praticado. É possível reconstituir essa trajetória, objetivamente, levando em conta três marcos fundamentais: o histórico, o filosófico e o teórico. Neles estão contidas as ideias e as mudanças de paradigma que mobilizaram a doutrina e a jurisprudência nesse período, criando uma nova percepção da Constituição e de seu papel na interpretação jurídica em geral.

Assim, ocorridas transformações no modo em que o direito constitucional é refletido e aplicado, infere-se que a interpretação do Direito também mudou. A exposição dessas mudanças pode ser vista nos marcos históricos que foram decisivos para a formação de uma nova ótica sobre a Constituição e o seu objetivo na sociedade. Prossequindo com sua análise, Barroso (2015, p. 519), declara:

O marco histórico do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No Brasil, foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que

ela ajudou a protagonizar. Como assinalado no presente estudo, sem embargo de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto e da compulsão com que tem sido emendada ao longo dos anos, a Constituição promoveu uma transição democrática bem sucedida e assegurou ao país estabilidade institucional mesmo em momentos de crise aguda. Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. O surgimento de um sentimento constitucional no país é algo que merece ser celebrado. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor.

Nota-se que a Carta Magna Brasileira de 1988 foi o documento que teve o condão de revelar a nova face do direito constitucional no país, através da sua ênfase oferecida à democracia que delega maior atenção ao povo frente ao Estado. Como exposto, esse diploma legal deu estabilidade a nação em momentos instáveis quanto a vários setores, ademais, o direito constitucional subiu na hierarquia jurídica, ganhando o reconhecimento devido. O social aprendeu a valorizar o sentimento constitucional e a ver que este seria a ferramenta normativa de resguardo de seus direitos e garantias fundamentais.

Em proposição acertada, Barroso (2015, p. 520) conclui que:

O marco filosófico das transformações aqui descritas é o pós-positivismo. Em certo sentido, apresenta-se ele como uma terceira via entre as concepções positivista e jusnaturalista: não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política. Contesta, assim, o postulado positivista de separação entre Direito, moral e política, não para negar a especificidade do objeto de cada um desses domínios, mas para reconhecer que essas três dimensões se influenciam mutuamente também quando da aplicação do Direito, e não apenas quando da sua elaboração. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se a reentronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; **e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana.** Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a Ética. (grifo nosso)

Dentro desse contexto, o pós-positivismo trata o Direito não somente como um aglomerado de normas jurídicas dotadas de rigidez, mas esclarece que o mesmo tem estreita ligação com ramos do conhecimento como a moral e a filosofia. O mais importante é que, tal marco filosófico, ao estabelecer novos valores de interpretação jurídica, oferece força ao crescimento de uma teoria dos direitos fundamentais que

tem o seu fundamento precípua no princípio da dignidade da pessoa humana. Senão vejamos a interpretação de Barroso (2015, p. 284):

O novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo é, em parte, produto desse reencontro entre a ciência jurídica e a filosofia do Direito. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando do plano ético para o mundo jurídico, os valores morais compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. Alguns nela já se inscreviam de longa data, como a liberdade e a igualdade, sem embargo da evolução constante de seus significados. Outros, conquanto clássicos, sofreram releituras e revelaram novas sutilezas, como a democracia, a República e a separação de Poderes. Houve, ainda, princípios cujas potencialidades só foram desenvolvidas mais recentemente, como o da dignidade da pessoa humana e o da razoabilidade. Por sua importância e alcance prático na atualidade jurídica, faz-se breve registro acerca de cada um deles.

No tocante ao neoconstitucionalismo e os direitos fundamentais, Bonavides (2004, p. 586) sustenta que:

Já com o novo Direito Constitucional, a tensão traslada-se, de maneira crítica e extremamente preocupante, para a nervosa esfera dos direitos fundamentais. A partir de então, a Sociedade procura aperfeiçoar o sistema regulativo de aplicação desses direitos, em termos de um constitucionalismo assentado sobre as incoercíveis expectativas da cidadania postulante.

Os direitos fundamentais são a sintaxe da liberdade nas Constituições. Com eles, o constitucionalismo do século XX logrou a sua posição mais consistente, mais nítida, mais característica (Bonavides, 2004, p. 587). Desta forma, o neoconstitucionalismo tem como escopo principal reformular o direito constitucional com base em novas premissas, por exemplo, ampliando a evolução da teoria dos direitos fundamentais e oferecendo mais força normativa à constituição federal, o que leva a mudança de estado legal para um estado constitucional.

Bulos (2014, p. 80), ao elencar as características do fenômeno teórico em análise, diz que:

Para os defensores do neoconstitucionalismo, ele apresenta as seguintes características: (i) equivale a uma nova teoria do Direito Constitucional; (ii) promoveu a decodificação do Direito, cujos ramos saíram da órbita infraconstitucional, passando para o campo constitucional; (iii) inaugura um novo período da hermenêutica constitucional; (iv) reflete a pujança da força normativa da Constituição; (v) corresponde a uma nova ideologia ou método de análise do Direito; (vi) retrata o advento de um novo sistema jurídico e político; (vii) inaugura um novo modelo de Estado de Direito; e (viii) reúne novos valores que se prenunciam vigorosamente.

Como é notório, ocorrem grandes transformações com o advento do novo constitucionalismo que elevam o valor da constituição, mas não se esgota nesse ponto. A hermenêutica aparece com uma nova forma, o que propicia uma melhor interpretação das normas e, conseqüentemente, mais apropriada aplicabilidade no caso concreto. A superação de um passado repleto de situações desumanas exigiu uma nova atitude na aplicação e entendimento do direito constitucional.

Nesse diapasão, é possível inferir que o neoconstitucionalismo prima pela valorização do princípio da dignidade da pessoa humana, a qual requer uma proteção efetiva por parte do Poder Público e da sociedade em geral.

Ao explanar sobre o tópico em tela, Vegro (2015) certifica que:

Assim ocorre, portanto muitas características dos sistemas jurídicos defendidas pelo neoconstitucionalismo que acabam determinando mudanças significativas no comportamento dos sistemas jurídicos. A aplicação de princípios ao invés da restrição ao modelo normativo de regra determina uma adaptação da solução da norma ao caso concreto, porquanto esta não é estatística e pode ser construída pela ponderação. A indeterminabilidade dos princípios também permite que o direito incorpore discussões sobre o sentido de termos relacionados a valores morais, trazendo ao âmbito jurídico discussões sobre antes reservadas aos entes políticos. A ampliação do controle da constitucionalidade permite um controle da livre disposição do legislador, ao mesmo tempo em que a lei cede um pouco de seu espaço como fonte de direito à sentença. A posição da supremacia da constituição permite que os microssistemas dos códigos não estejam isolados, mas também se submete a uma regulação hierarquicamente superior, tal como a sua necessidade de adequação e respeito aos direitos fundamentais.

Existe um fato que não pode ser negado, é o de que as Constituições na forma escrita compõem o centro das atenções no mundo hodierno. A supremacia desses diplomas é tão significativa, que conhecimento jurídico passou a ter um novo paradigma: o que resolveram denominar de neoconstitucionalismo.

Embora ocorram as mais diversas concepções sobre esse movimento teórico, os grandes estudiosos aduzem que se trata de um novo modelo jusfilosófico que embasa o ordenamento jurídico vigente, o que é entendido como uma substituição ao positivismo. Nesse passo, a soberania da lei dá lugar ao poder da constituição. Olhando para a realidade brasileira, com o advento da Constituição Republicana, o fenômeno em tela se caracteriza como um padrão constitucional principiológico, designando uma variedade de obrigações e limitações aos poderes estatais.

Sem fugir da seara temática, Vegro (2015) expõe:

De forma que o neoconstitucionalismo é muito melhor definido como um movimento próprio do constitucionalismo contemporâneo, que implica, fundamentalmente, a mudança de atitude dos operadores jurídicos, a qual determina consideráveis alterações na prática jurídica. Esse movimento, por sua amplitude de repercussão, está presente em uma série de campos jurídicos, o que é comprovado pela discussão do neoconstitucionalismo por filósofos do direito, por processualistas, por constitucionalistas, na análise do seu conflito com a democracia ou com competências de órgãos de Estado e outras demais.

O constitucionalismo atual acaba proporcionando uma reaproximação entre a Ética e o Direito, trazendo com esse reencontro uma gama de valores que beneficiam os cidadãos sob a égide de um determinado ordenamento jurídico. Há uma migração do campo filosófico para o âmbito das normas, o que transforma tais valores em princípios compartilhados por toda a coletividade e que passam a ser abraçados pela Carta Magna de forma explícita ou implícita.

Conforme Sarmiento (2009, p.3):

Neste contexto, cresceu muito a importância política do Poder Judiciário. Com frequência cada vez maior, questões polêmicas e relevantes para a sociedade passaram a ser decididas por magistrados, e sobretudo por cortes constitucionais, muitas vezes em razão de ações propostas pelo grupo político ou social que fora perdedor na arena legislativa. De poder quase "nulo", mera "boca que pronuncia as palavras da lei", como lhe chamara Montesquieu, o Poder Judiciário se viu alçado a uma posição muito mais importante no desenho institucional do Estado contemporâneo.

E ao se discutir sobre limitação de poder do Estado com intuito de uma maior atenção à pessoa como indivíduo de direitos e garantias fundamentais, é que diversos assuntos polêmicos surgem para a apreciação por parte do Poder Judiciário Brasileiro. Dentre eles, obviamente, encontra-se a transexualidade, que atinge um grande grupo prejudicado pela omissão legislativa e que, portanto, busca o poder supracitado para efetivar seus direitos e ter uma vida digna comum a qualquer ser humano.

Embora haja uma evolução por parte dos juízes, ainda há casos em que o preconceito fala mais alto e o que deveria, simplesmente, ser resolvido, por força legal, acaba ficando no mesmo patamar e quem mais sofre é o transexual que não tem uma base normativa que assegure o exercício de um direito humano e fundamental, assim, a sua dignidade resta comprometida.

Para concluir, mostram-se interessantes alguns apontamentos trazidos por Lenza (2012, p. 73), que a respeito do neoconstitucionalismo, manifesta a ideia de que:

A doutrina passa a desenvolver, a partir do início do século XXI, uma nova perspectiva em relação ao constitucionalismo, denominada neoconstitucionalismo, ou, segundo alguns, constitucionalismo pós-moderno, ou, ainda, pós-positivismo. Busca-se, dentro dessa nova realidade, não mais apenas atrelar o constitucionalismo à ideia de limitação do poder político, mas, acima de tudo, buscar a eficácia da Constituição, deixando o texto de ter um caráter meramente retórico e passando a ser mais efetivo, **especialmente diante da expectativa de concretização dos direitos fundamentais.** (grifo nosso)

Bem como, exprime que:

Nas palavras de Walber de Moura Agra, “o neoconstitucionalismo tem como uma de suas marcas a concretização das prestações materiais prometidas pela sociedade, servindo como ferramenta para a implantação de um Estado Democrático Social de Direito. Ele pode ser considerado como um movimento caudatário do pós-modernismo.

Assim, o novo direito constitucional possui enorme interesse na edificação de um Estado de Direito com um caráter mais social, o que fomenta uma atividade normativa que, baseada em um dos fundamentos da república, intenta efetivar ao máximo os direitos do homem considerados fundamentais.

#### 4.2 A importância da jurisprudência e a questão do transconstitucionalismo

É sabido que a fonte primeira do Direito é a lei, porém, na falta desta, são usadas outras fontes para a resolução dos casos concretos e uma melhor aplicação dos direitos, sempre no intuito de manter uma eficácia para que ninguém fique desamparado pelo fato de não haver um meio satisfatório de se fazer justiça.

A jurisprudência é considerada uma fonte indireta e, dentro do cenário jurídico brasileiro, possui grande importância quando se trata de conhecer o que, os mais variados órgãos julgadores, estão entendendo sobre determinada questão e a melhor forma de resolvê-la, sem ferir o que já estabelecido pelo direito constitucional brasileiro.

Faz-se mister, algumas definições a cerca desse instituto de interpretação e aplicação de direitos. Nesse raciocínio, Streck apud Miranda (2015) entende que a jurisprudência pode ser vista como a ciência do Direito, também denominada Ciência da Lei ou Dogmática Jurídica; conjunto de sentenças dos tribunais, abrangendo jurisprudência uniforme e contraditória; conjunto de sentenças em um mesmo sentido.

Reale apud Miranda (2015) assevera que a palavra jurisprudência significa a forma de revelação do Direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais. Demonstrando um pouco da história, sabe-se que a jurisprudência se originou com o Direito Inglês, este tinha o condão de ir contra as atitudes comuns regionais que não eram consideradas corriqueiras. Como maneira de combate a tais práticas, o rei constituía juízes para presidir um júri, com a formação de um sistema de normas em tribunais separados. Assim, nasceu um lado jurisprudencial do Direito Inglês, onde se sobressaía a regra do precedente.

Ferraz; Sampaio (2003, p. 245), ao explanarem a respeito das fontes do direito, mais precisamente sobre o costume e a jurisprudência, afirmam:

Se é verdade que o respeito à lei e a proibição da decisão contra legem constituem regras estruturais fortes do sistema, não podemos desconhecer, de um lado, a formação de interpretações uniformes e constantes que, se não inovam a lei, dão-lhe um sentido geral de orientação; é a chamada jurisprudência pacífica dos tribunais, que não obriga, mas de fato acaba por prevalecer.

Desta maneira, fica evidente que a lei, em alguns casos, não será suficiente para a verdadeira aplicação da justiça, o que abre portas para interpretações por parte dos órgãos julgadores que servem de guia para os casos futuros.

Reale (2004, p. 167) aduz o seguinte:

Os juízes são chamados a aplicar o Direito aos casos concretos, a dirimir conflitos que surgem entre indivíduos e grupos; para aplicar o Direito, o juiz deve, evidentemente, realizar um trabalho prévio de interpretação das normas jurídicas, que nem sempre são suscetíveis de uma única apreensão intelectual. Enquanto que as leis físico-matemáticas têm um rigor e uma estrutura que não dão lugar a interpretações conflitantes, as leis jurídicas, ao contrário, são momentos de vida que se integram na experiência humana e que, a todo instante, exigem um esforço de superamento de entendimentos contrastantes, para que possam ser aplicadas em consonância com as exigências da sociedade em determinado momento e lugar.

Prosseguindo a análise, Reale (2004, p. 175), evidencia:

Estão vendo como a tarefa de jurisprudência é árdua e complexa, oferecendo graduações que visam a atingir soluções unitárias, graças às quais o Direito se aprimora, mas, às vezes, também sofre a crise de exegeses irregulares, deturpadas, que só o tempo logra corrigir. Através de diferentes formas de prejudgados abre-se uma clareira à uniformização da jurisprudência. Os recursos ordinários e extraordinários ao Supremo Tribunal, por sua vez, vão estabelecendo a possível uniformização das decisões judiciais, tendo partido de nossa mais alta Corte de Justiça a iniciativa de coordenar ou sistematizar a sua jurisprudência mediante

enunciados normativos que resumem as teses consagradas em reiteradas decisões. São as "súmulas" do Supremo Tribunal, que periodicamente vêm sendo atualizadas, constituindo, não um simples repertório de ementas e acórdãos, mas sim um sistema de normas jurisprudenciais a que a Corte, em princípio, subordina os seus arestos.

Nesse passo, mesmo a jurisprudência obtendo notoriedade bem ampla hodiernamente e soando como algo simples e comum, há de se convir que não consista em tarefa de fácil execução e nem sem importância para que seja analisada sem mais cautelas, muito pelo contrário, trata-se de incumbência de árdua construção, o que no final das contas, tem como consequência uma sofisticação do ordenamento jurídico como um todo.

Portando, Miranda (2015), sabiamente esclarece que:

É tarefa do legislador buscar a melhor solução aos anseios da sociedade e criar normas que venham solucionar problemas da vida cotidiana, tão certo quanto isso é que a sociedade esta sempre se modificando e o legislador não tem a velocidade suficiente para alcançar essas mudanças, cabe ao Direito ter essa celeridade. Buscar justiça, onde a morosidade traria injustiças, a jurisprudência seria a ferramenta do juiz para "desengessar" a lei, de torná-la atual, não permitindo a "cristalização" do Direito.

Outro ponto inovador e que se faz pertinente ao trabalho, é o denominado transconstitucionalismo. Tal fenômeno é discutido por vários estudiosos e tem ligação direta com o Poder Constituinte Supranacional. Isso significa que as discussões saem dos limites territoriais de cada Estado e passam a ocorrer em um âmbito internacional, onde tal pauta é vista por vários ordenamentos jurídicos.

Conforme o entendimento de Junior (2015) enuncia-se que:

Como todos sabem, os problemas centrais do constitucionalismo moderno sempre foram o reconhecimento e a proteção dos direitos humanos, de um lado; e o controle e a limitação do poder, de outro. Sucede, porém, que na contemporaneidade, em razão da maior integração da sociedade mundial, estes problemas deixam de ser tratados apenas no âmbito dos respectivos Estados e passam a ser discutidos entre **diversas ordens jurídicas**, inclusive não estatais, que muitas vezes são chamadas a oferecer respostas para a sua solução. Isso implica, como propõe, com muita propriedade, Marcelo Neves, uma "relação transversal permanente" entre as distintas ordens jurídicas em torno de problemas constitucionais comuns.

Diante dessa nova realidade, o direito constitucional afasta-se, de certo modo, do seu fundamento originário que é o Estado e suas questões internas, passando a se dedicar com mais propriedade às discussões transconstitucionais, que consistem nas que atravessam diversas ordens normativas e que podem envolver tribunais estatais e internacionais em busca da melhor solução de um problema concreto.

Dentro de uma exposição interessante no tocante ao transconstitucionalismo, Bulos (2014, p.90), revela que:

Transconstitucionalismo é o fenômeno pelo qual diversas ordens jurídicas de um mesmo Estado, ou de Estados diferentes, se entrelaçam para resolver problemas constitucionais. Quer dizer, os detentores do poder de ordenamentos diferentes abrem mão do tom de disputa de suas conversações, a fim de solucionar problemas constitucionais, algo que não equivale a uma cooperação permanente entre Estados diversos. Por isso, podemos dizer que o transconstitucionalismo decorre do caráter multicêntrico dos sistemas jurídicos mundiais, onde a conversa e o diálogo desenvolvem-se em vários níveis que se integram, formando um bloco compacto de comunicação entre os atores do cenário estatal. Há um superentrelaçamento de níveis múltiplos. No lugar da vaidade, do provincianismo, da rebeldia, da discórdia e da mediocridade, comuns no mundo, abre-se espaço para o entendimento, a cooperação, a conversa e a criatividade.

Há uma comunhão de ordens ou Estados Nações distintos que deixam de lado alguma eventual disputa ou adversidade e buscam solucionar os problemas de cunho constitucional, sempre no intuito de alcançar de forma mais efetiva o objetivo da pacificação ao redor do mundo.

Lenza (2012, p.249) declara que:

Em interessante estudo, Marcelo Neves demonstra a tendência mundial de superação do “constitucionalismo provinciano ou paroquial pelo transconstitucionalismo”, **mais adequado para solução dos problemas de direitos fundamentais ou humanos** e de organização legítima de poder. Não há dúvida que o tema terá que ser aprofundado e repensado, especialmente diante dessa tendência de globalização do direito constitucional, chegando alguns autores, como Canotilho (com base em Lucas Pires), a sugerir, inclusive, a formulação da denominada teoria da interconstitucionalidade, na busca de se estudar “as relações interconstitucionais, ou seja, a concorrência, convergência, justaposição e conflito de várias constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político”.

O fenômeno em tela traz a teoria da interconstitucionalidade como uma de suas bases, de um modo que, se torna totalmente arcaica a concepção de que as celeumas constitucionais somente podem ser apreciadas pelos órgãos de cunho interno, ou seja, abrem-se portas para a análise dessas questões pela comunidade internacional.

Obtendo uma ideia de como há uma tendência de interação entre direitos e órgãos que se incumbem de solucionar os problemas constitucionais, vejamos o que expressa Mazzuoli apud Luna (2014):

A lógica do raciocínio esposado na defesa da tese é fundamentada de forma seminal pelo internacionalista Valerio Mazzuoli: “se a Constituição estabelece que os direitos e garantias nela elencados ‘não excluem’ outros provenientes dos tratados internacionais ‘em que a República Federativa do Brasil seja parte’, é porque ela própria está a autorizar que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil ‘se incluem’ no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escrito na Constituição estivessem. É dizer, se os direitos e garantias expressos no texto constitucional ‘não excluem’ outros provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, é porque, pela lógica, na medida em que tais instrumentos passam a assegurar outros direitos e garantias, a Constituição ‘os inclui’ no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu ‘bloco de constitucionalidade’”.

Desse modo, podemos dizer que o transconstitucionalismo é um constitucionalismo de níveis múltiplos ou, melhor dizendo, um constitucionalismo multiplex (Bulos, 2014, p.91), que pode melhorar a eficiência na aplicabilidade dos direitos do homem e, conseqüentemente, auxiliar no alcance da dignidade humana por parte dos indivíduos transexuais.

#### 4.3 Posicionamento da jurisprudência brasileira na aplicação dos direitos do transgênero frente à omissão legislativa

Como tópico final deste trabalho monográfico, percebe-se de grande pertinência, a exposição de alguns julgados para que seja possível analisar a evolução jurisprudencial e o seu papel no Brasil quanto às questões da pessoa transexual. Diante disso, resta possível enxergar a importância que o direito jurisprudencial tem na aplicação dos direitos humanos desses indivíduos já que ainda persiste, sobre certos pontos, a lacuna legislativa.

Torna-se interessante mostrar como há alguns anos, além da falta de lei, havia uma resistência ainda mais acentuada quando dos pedidos direcionados ao Poder Judiciário, o que tornava a vida dos transexuais um verdadeiro tormento, senão vejamos:

REGISTRO CIVIL. RETIFICAÇÃO DE ASSENTO DE NASCIMENTO. ALTERAÇÃO DE SEXO. MUTILAÇÃO CIRÚRGICA CONSISTENTE NA EXTIRPAÇÃO DA GENITALIA EXTERNA COM A FINALIDADE DE AJUSTAMENTO A TENDÊNCIA FEMININA. PERSISTÊNCIA DAS CARACTERÍSTICAS SOMÁTICAS QUE INFORMARAM O ASSENTO. IMPOSSIBILIDADE DE MUDANÇA DE SEXO PARA SOLUCIONAR CONFLITO DO PSÍQUICO COM O SOMÁTICO. PRELIMINAR REPELIDA. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. RECURSO PROVIDO. (Apelação Cível Nº

585049927, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mário Rocha Lopes, Julgado em 19/12/1985)

(TJ-RS - AC: 585049927 RS, Relator: Mário Rocha Lopes, Data de Julgamento: 19/12/1985, Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia)

Conforme se vê, o pedido foi indeferido quanto à alteração do sexo constante no registro civil do transgênero. Seguindo nessa linha de rejeição, o Tribunal de Justiça do Paraná apresentou:

RETIFICACAO NO REGISTRO CIVIL - CONVERSAO DE SEXO MASCULINO PARA O FEMININO - INADMISSIBILIDADE TRANSEXUALISMO - CIRURGIA PARA MUDANCA DE SEXO - PROCRICAO - IMPOSSIBILIDADE - ESTADO CIVIL - CAPACIDADE - CASAMENTO - REQUISITOS DIFERENCA DE SEXO - AUSENCIA LEI DE REGISTROS PUBLICOS - VEDACAO. APELACAO PROVIDA. Ação que visa retificação no registro civil e conversão de sexo masculino para o feminino. Mesmo tendo o apelado se submetido à cirurgia de mudança de sexo o pedido de retificação no assento de nascimento não pode prosperar - Caracteriza-se o transexualismo quando os genitais afiguram-se como de um sexo, mas a personalidade atende a outro - Porém os transexuais, mesmo após a intervenção cirúrgica não se enquadram perfeitamente neste ou naquele sexo, acarretando-se problemas graves com tal intervenção. **Não se constitui, ademais o apelado como sendo do sexo feminino uma vez que ha impossibilidade de procriação porquanto não possui o mesmo os órgãos internos femininos. Ao se deferir o pedido do apelado estar-se-ia outorgando a este uma capacidade que efetivamente não possui. Por outro lado ao permitir-se a retificação do nome e sexo do apelado em possível casamento que venha a se realizar estaria contrariando frontalmente o ordenamento jurídico vigente, ademais estaria ausente um dos requisitos para o casamento, qual seja a diferença de sexos. A Lei de Registros Públicos veda a alteração pretendida, tutelando interesses de ordem pública.** (grifo nosso)

(TJ-PR - AC: 300198 PR Apelação Cível - 0030019-8, Relator: Osíris Fontoura, Data de Julgamento: 08/11/1994, 1ª Câmara Cível)

A dificuldade era tanta que, mesmo depois de realizada a cirurgia de redesignação sexual, o pedido era negado com argumentos limitados e prejudiciais à dignidade da pessoa humana, como exemplos, o de que o transexual não pertence, perfeitamente, a um sexo ou outro ou não seria do sexo feminino por não possuir órgãos internos que possibilitasse a procriação.

Passado algum tempo, as visões foram mudando e, a partir disto, os julgadores começaram a declinar para a concessão de determinadas requisições dos transexuais, conforme se pode notar na seguinte decisão:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO. MODIFICAÇÃO DE PRENOME E SEXO. TRANSEXUAL. CIRURGIA DE

EMASCULAÇÃO. ADAPTAÇÃO DE GENITÁLIA EXTERNA FEMININA. SEXO PSÍQUICO RECONHECIDAMENTE FEMININO. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. PREDOMÍNIO DA EQUIDADE SOBRE A LEGALIDADE. 1) É juridicamente possível a retificação de assento civil de nascimento para modificar o prenome e o sexo de transexual submetido a cirurgia de emasculação com adaptação da genitália masculina externa para a feminina, diante da flexibilidade do princípio da imutabilidade do nome, insculpido nos artigos 55 e 58 e respectivos parágrafos únicos da Lei nº 6.015/73 e da inexistência de vedação legal no ordenamento jurídico pátrio. 2) Elencado entre os procedimentos de Jurisdição Voluntária, o pedido de retificação de registro civil para a mudança de prenome e sexo de transexuais assim comprovados, pode ter decisão afastada do critério de estrita legalidade. 3) Apelo improvido para manter integralmente a sentença de primeiro grau.

(TJ-AP - APL: 69300 AP , Relator: Juiz Convocado RAIMUNDO VALES, Data de Julgamento: 05/06/2001, CÂMARA ÚNICA, Data de Publicação: no DOE N.º 2597 de Segunda, 03 de Setembro de 2001)

Neste último caso, houve uma relativização do princípio da imutabilidade do nome como forma de melhor atender ao interesse do acometido pela transexualidade. A equidade, reconhecida ferramenta de julgamento, se sobressaiu a limitação da lei de registros públicos que não previa e ainda não excetua atualmente o seu artigo 58 para atender essas pessoas destinatárias de direitos fundamentais humanos.

Com grande respaldo sobre os transexuais e demais minorias desprivilegiadas, Dias (2005, p.133) resguarda que:

Tais restrições legais sempre serviram de obstáculo à pretensão dos transexuais de alterar o nome e a identidade sexual. No entanto, vem a jurisprudência, **em respeito ao princípio da dignidade humana**, admitindo a adequação do registro, e autorizando tais mudança. Alterado o prenome e a identificação do sexo nome, nada justifica subtrair do transexual o direito de casar, descabendo revelar a modificação registral levada a efeito até para fins matrimoniais. Ainda que o cônjuge desconheça a mudança ocorrida, o casamento é válido. (grifo nosso)

Diante do supracitado, vem oportunamente, mais um julgado do Tribunal de Justiça do Paraná que incorreu na mesma perspectiva de total atendimento a um dos fundamentos da república brasileira, vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL - RETIFICAÇÃO DE ASSENTO DE REGISTRO CIVIL - MUDANÇA DE NOME E SEXO - TRANSEXUAL - POSSIBILIDADE - REALIZAÇÃO DE CIRURGIA ABLATIVA DANDO CONFORMIDADE DO ESTADO PSICOLÓGICO AO NOVO SEXO COMO MEIO CURATIVO DE DOENÇA DIAGNOSTICADA - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IDENTIDADE SEXUAL - RELEITURA DA LEI DE REGISTROS PUBLICOS AO MANDAMENTO CONSTITUCIONAL - MUTABILIDADE DO NOME - ALTERAÇÃO PARA CONSTAR ALCUNHA - POSSIBILIDADE - PROTEÇÃO ALBERGADA

PELO NOVO CÓDIGO CIVIL - APELO PROVIDO. "A mudança de nome, em razão da realização de cirurgia de transgenitalização, adequando o estado psicológico ao seu novo sexo, no caso de transexuais, é possível pelo ordenamento jurídico pátrio, como corolário interpretativo a partir do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e do respeito à identidade sexual do indivíduo, trazendo com isso, releitura hodierna aos dispositivos normativos insertos na Lei de Registros Públicos, evitando a exposição dos mesmos à situações de chacota social diante da desconformidade entre seus documentos pessoais e a nova condição morfológico-social."

(TJ-PR - AC: 3509695 PR 0350969-5, Relator: Rafael Augusto Cassetari  
Data de Julgamento: 04/07/2007, 12ª Câmara Cível, Data de Publicação:  
DJ: 7411)

Nesse diapasão, reconhecendo, brilhantemente, o impacto da dignidade humana dos transexuais, portanto, a importância dos direitos humanos, Nancy Andrighi, deliberou:

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 consolidada, 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, alcançando 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.

(STJ - REsp: 1008398 SP 2007/0273360-5, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 15/10/2009, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/11/2009)

No texto da retromencionada ministra, percebe-se o quão o transexual é valioso sob a ótica do sentimento humano, pois, como bem colocado, aceitá-lo como sujeito de direitos que devem ser aplicados efetivamente é gerar um desenvolvimento de toda a sociedade, é usar o Direito como meio de garantir o respeito e a ordem.

Por fim, revelando a evolução da jurisprudência na aplicação dos direitos do transgênero, expõe-se decisão recente:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO. ALTERAÇÃO DO SEXO/GÊNERO DO AUTOR. 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 apelante 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 provida. (Apelação Cível Nº 70064565948, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 30/09/2015).

(TJ-RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Data de Julgamento: 30/09/2015, Sétima Câmara Cível)

Mesmo sabendo que a existência de lei específica seria a melhor opção para evitar eventual indeferimento nos dias atuais, é preciso reconhecer que viabilizar a retificação considerando somente o psicológico e sem cirurgia de transgenitalização é um avanço digno de celebrar, já que tal posicionamento demonstra que o respeito à dignidade do transexual encontra-se em benéfico avanço.

## 5 CONCLUSÃO

Este estudo abordou a relevância de se discutir acerca da transexualidade e suas consequências na vida da pessoa atingida por esse fenômeno sexual, seja no tocante a sua dignidade humana a ser respeitada, como também, em relação às prerrogativas que os mesmos devem possuir na qualidade de cidadãos de um Estado Democrático de Direito e que figura como signatário de documentos que preveem direitos humanos, mas que ao mesmo tempo, comporta uma omissão legislativa que ainda traz certos infortúnios.

No primeiro capítulo, foram analisados os direitos humanos dentro de uma perspectiva histórica mostrando o intuito de revelar as ideias que vieram de eventos e revoluções passados e que fundamentaram a criação dos direitos do homem, portanto, dos transexuais, ressaltando que existem desafios a serem erradicados atualmente, como as violações e a impunidade. Além disso, explicitou-se a transexualidade deixando evidente que esta consiste na dissonância entre sexo físico e psicossocial e, também, foi discutida a autonomia que a vontade da pessoa humana possui diante das escolhas e estilos de vida digna, finalizando na biopolítica como aquele poder que circunda por todas as esferas da vida do transexual.

No segundo capítulo, estudou-se sobre o princípio da dignidade da pessoa humana concebida como a base dos direitos humanistas e fundamento da República Federativa Brasileira, seguido da limitação do poder estatal, onde tal força não deve ser arbitrária e nem omissa. Foram elencados os direitos dos transexuais, como a disposição do próprio corpo, a saúde, a liberdade e a igualdade, dentre outros. Falou-se sobre o biodireito que é uma ferramenta de disciplina jurídica das questões atinentes à vida e que deve ter um papel de complementação diante da lacuna legislativa brasileira. Ademais, foram expostos os direitos sexuais que não deixam de ser um braço dos direitos humanos e que constroem a personalidade do transexual, trazendo, por fim, o caráter pro homine das normas, onde será aplicada a norma que mais proteger o direito no caso concreto, independentemente da sua origem.

Por último, no terceiro capítulo, verificou-se que o neoconstitucionalismo ou pós-positivismo reformula a maneira de conceber o direito constitucional, tornando-o

mais moderno e coerente com as necessidades sociais hodiernas e que, colocando a Constituição no centro das atenções, beneficia o transexual como pessoa destinatária da melhor aplicação e garantia dos direitos humanos fundamentais. A jurisprudência foi exposta como ciência jurídica que auxilia o desenvolvimento do Direito de acordo com as mudanças da sociedade, revelando o destaque para o fenômeno do transconstitucionalismo onde várias ordens jurídicas se comunicam para solucionar as celeumas constitucionais, o que não deixa de favorecer o transexual, pois o poder de resolução de questões é extremamente ampliado. Tratou-se, por fim, de como a jurisprudência vem evoluindo diante da transexualidade e sua relevância no deferimento de direitos que não têm previsão legal.

Com uso do método de abordagem dedutivo, percebeu-se que os direitos humanos estão intimamente ligados ao indivíduo transexual e que, portanto, não coadunam com a ideia de omissão legislativa prejudicial ao alcance da dignidade humana do transgênero. Utilizando-se como técnica de pesquisa a análise documental indireta, foi possível concluir que há uma corroboração quanto ao entendimento de que o transexual vem sofrendo com a omissão legal em alguns aspectos e que aquele precisa ser notado como sujeito de direitos humanos de extrema efetividade.

Usando como métodos de procedimentos o histórico e o comparativo foi viável enxergar que há uma influência histórica na aplicação dos direitos humanos do transgênero, bem como o confronto entre decisões do Poder Judiciário confirmam o preconceito significativo que acabou diminuindo, mas que ainda pode surgir como óbice para concessão de direitos ou atitudes discriminatórias.

Por fim, resta como resultado a concepção de que o transexual se enquadra naquilo que se denomina ser humano e, como tal, merece mais que uma atenção, ou seja, um cuidado por parte de toda a sociedade e ainda mais do controle de coletividades denominado Direito. Negar uma garantia fundamental de uma minoria se baseando no pré-julgamento ou devido ao desencaixe no padrão sexual imposto como “normal”, no desconhecimento, consiste em um retrocesso imensurável, é lançar por terra aquilo que o Poder Constituinte de 1988, criando a Carta Democrática, considerou alicerce de toda uma nação, é desvalorizar o princípio da dignidade da pessoa humana, pior, é massacrar e trazer infelicidade quando o que

mais se precisa é de compreensão do que lhe aflige internamente e de proteção de um sistema jurídico que tem ingerência direta no rumo da vida social.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Newton de Menezes; AGUIAR, Marcus Pinto. **Diálogo entre as fontes do direito como meio de expansão dos direitos humanos no contexto da integração interestatal.** (2012) Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7e7e69ea33848743>. Acesso em: 08 de junho de 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo** / Luís Roberto Barroso – 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BORGES, Alci Marcus Ribeiro; BORGES, Caroline Bastos de Paiva. **Breves considerações sobre o sistema global de proteção dos direitos humanos.** In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo\\_id=10503&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=10503&n_link=revista_artigos_leitura). Acesso em 02 de junho de 2015.

BRASIL. Código (2002). **Código Civil Brasileiro.** Brasília, DF: Senado, 2002.

\_\_\_\_\_. **Constituição Federal Brasileira.** Brasília, DF. 1988.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 6.015/73 de Registros Públicos.** Brasília, DF. 1973.

\_\_\_\_\_. **Resolução de nº 1.955/2010.** Conselho Federal de Medicina. 2010.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível: AC 585049927.** Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mário Rocha Lopes, Julgado em 19/12/1985. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5218790/apelacao-civel-ac-585049927-rs-tjrs>. Acesso em: 02 de outubro de 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação Cível: AC 300198.** TJ-PR - AC: 300198 PR Apelação Cível - 0030019-8, Relator: Osiris Fontoura, Data de Julgamento: 08/11/1994, 1ª Câmara Cível. Disponível em: <http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4044876/apelacao-civel-ac-300198>. Acesso em: 27 de setembro de 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Amapá. **Apelação Cível: AC 69300.** TJ-AP - APL: 69300 AP, Relator: Juiz Convocado RAIMUNDO VALES, Data de Julgamento: 05/06/2001, CÂMARA ÚNICA, Data de Publicação: no DOE N.º 2597 de Segunda, 03 de Setembro de 2001. Disponível em: <http://tj->

ap.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19448774/apelacao-apl-69300-ap. Acesso em: 12 de setembro de 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação Cível: AC 3509695**. TJ-PR - AC: 3509695 PR 0350969-5, Relator: Rafael Augusto Cassetari, Data de Julgamento: 04/07/2007, 12ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 7411. Disponível em: <http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6271915/apelacao-civel-ac-3509695-pr-0350969-5>. Acesso em: 18 de setembro de 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial: REsp 1008398 SP 2007/0273360-5**. STJ - REsp: 1008398 SP 2007/0273360-5, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 15/10/2009, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/11/2009. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5718884/recurso-especial-resp-1008398-sp-2007-0273360-5>. Acesso em: 09 de outubro de 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível: AC 70064565948 RS**. TJ-RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Data de Julgamento: 30/09/2015, Sétima Câmara Cível. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/241237789/apelacao-civel-ac-70064565948-rs>. Acesso em: 22 de outubro de 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70057414971**. 8ª C. Cív., Rel. Des. Rui Portanova. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/123082006/apelacao-civel-ac-70057414971-rs/inteiro-teor-123082016>. Acesso em: 05 de junho de 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional** / Uadi Lammêgo Bulos. - 8. ed. rev. e atual. 11. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013 -São Paulo: Saraiva, 2014.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; BENVENUTO, Fernanda Moreira. **Do reconhecimento dos direitos dos transexuais como um dos direitos da personalidade**. (2013) Disponível em: <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/2899>. Acesso em: 05 de julho de 2015.

CASTRO, Liliane Paulino de. **O direito do transexual à alteração do nome e sexo após a cirurgia de transgenitalização**. Monografia – Graduação. Dourados, 2007. Disponível em: [http://www.uems.br/portal/biblioteca/repositorio/2012-02-02\\_11-02-51.pdf](http://www.uems.br/portal/biblioteca/repositorio/2012-02-02_11-02-51.pdf). Acesso em: 03 de maio de 2015.

CASTRO, Thais. **A confecção de um Código Internacional de Biodireito e Bioética e a possibilidade de igualar o valor do direito à vida no mundo**. (2014) Disponível em: <http://scthais.jusbrasil.com.br/artigos/144930841/a-confeccao-de-um-codigo-internacional-de-biodireito-e-bioetica-e-a-possibilidade-de-igualar-o-valor-do-direito-a-vida-no-mundo>. Acesso em: 18 de abril de 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: parte geral, volume 1** / Fábio Ulhoa Coelho. — 5. ed. — São Paulo : Saraiva, 2012.

CENTRO LATINO-AMERICANO EM SEXUALIDADE E DIREITOS HUMANOS. **Princípios de Yogyakarta**: princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero, 2007. Disponível em: <<http://www.clam.org.br/pdf/Yogyakarta.pdf>>. Acesso em: 02 de maio de 2015.

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

DANTAS, Miguel Calmon. **Desculpe-nos, pequeno Aylan Kurdi! Os direitos humanos não puderam salvá-lo.** (2015) Disponível em: <http://mcalmondantas.jusbrasil.com.br/artigos/227823191/desculpe-nos-pequeno-aylan-kurdi-os-direitos-humanos-nao-puderam-salva-lo>. Acesso em: 02 de outubro de 2015.

DIAS, Letícia. **Proteção do nascituro no Sistema Jurídico Brasileiro.** (2015) Disponível em: <http://leticiadiassant.jusbrasil.com.br/artigos/218756690/protecao-do-nascituro-no-sistema-juridico-brasileiro>. Acesso em: 12 de setembro de 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias / Maria Berenice Dias.** — Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Transexualismo e o direito de casar.** In: Edição Especial do COAD, Advocacia Dinâmica ADV, Seleções Jurídicas. Porto Alegre: VIII Jornada de Direito de Família – Coordenada pelo Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul e pelo Centro Acadêmico Maurício Cardoso (PUCRS), 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico.** v.3. São Paulo: Saraiva, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito.** 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DUARTE, André. **Sobre a biopolítica: de Foucault ao século XXI.** (2008) Disponível em: [http://www.revistacinetica.com.br/cep/andre\\_duarte.htm#\\_ftn6](http://www.revistacinetica.com.br/cep/andre_duarte.htm#_ftn6). Acesso em: 15 de maio de 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil: parte geral e L1NDB, volume I**/Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald. - 13. ed. rev., ampl. e atual. - São Paulo: Atlas, 2015.

FERRAZ, Junior; SAMPAIO, Tercio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação** / Tercio Sampaio Ferraz Junior. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional** / Bernardo Gonçalves Fernandes. - 3.ed. - Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2011.

FOUCAULT, Michel. **Soberania e Disciplina**. In: *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

FRAGA, Mariana. **Retificação de registro civil prenome e gênero: garantias de um Estado Democrático de Direito**. (2015). Disponível em: [http://marypfraga.jusbrasil.com.br/artigos/184086879/retificacao-de-registro-civil-prenome-e-genero-garantias-de-um-estado-democratico-de-direito?ref=topic\\_feed](http://marypfraga.jusbrasil.com.br/artigos/184086879/retificacao-de-registro-civil-prenome-e-genero-garantias-de-um-estado-democratico-de-direito?ref=topic_feed).

Acesso em: 24 de julho de 2015.

GALVÃO, Camilla. **Qual é a diferença entre autonomia privada e autonomia da vontade?** (2015) Disponível em: <http://galvaocamilla.jusbrasil.com.br/artigos/186333535/qual-e-a-diferenca-entre-autonomia-privada-e-autonomia-da-vontade>. Acesso em: 01 de junho de 2015.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito internacional dos direitos humanos – validade e operacionalidade do princípio pro homine**. (2008) Disponível em: [https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/119/Direito%20internacional%20direitos%20humanos\\_Gomes.pdf?sequence=1](https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/119/Direito%20internacional%20direitos%20humanos_Gomes.pdf?sequence=1). Acesso em: 10 de junho de 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 3 : contratos e atos unilaterais** / Carlos Roberto Gonçalves. – 11. ed. – São Paulo : Saraiva, 2014.

GRUNEICH, Danielle Fermiano dos Santos Gruneich; GIRARDI, Maria Fernanda Gugelmin. **Direitos sociais, transexualidade e princípio da dignidade da pessoa humana: uma análise interdisciplinar**. (2010) Disponível em: [http://direitohomoafetivo.com.br/anexos/artigo/gruneich%2C\\_danielle\\_fermiano\\_dos\\_santos\\_gruneich\\_girardi%2C\\_maria\\_fernanda\\_gugelmin.\\_direitos\\_sociais%2C\\_transexualidade.pdf](http://direitohomoafetivo.com.br/anexos/artigo/gruneich%2C_danielle_fermiano_dos_santos_gruneich_girardi%2C_maria_fernanda_gugelmin._direitos_sociais%2C_transexualidade.pdf). Acesso em: 14 de abril de 2015.

HRYNIEWICZ, Severo, SAUWEN, Regina Fiuza. **O Direito “in vitro” da Bioética ao Biodireito**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Laumen Juris. 2008.

HUMILDES, Joildo Souza dos. **Transexualismo e Direito: possibilidades e limites jurídicos de uma nova identidade sexual**. (2008) Disponível em: [http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao\\_outubro2008/.../dis1.doc](http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_outubro2008/.../dis1.doc). Acesso em: 02.03.2015

JUNIOR, André Puccinelli. **Curso de direito constitucional** / André Puccinelli Júnior. São Paulo: Saraiva, 2012.

JUNIOR, Dirley da Cunha. **Transconstitucionalismo e as questões constitucionais transnacionais**. (2015) Disponível em: <http://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/199235257/transconstitucionalismo-e-as-questoes-constitucionais-transnacionais>. Acesso em: 28 de agosto de 2015.

JUNIOR, Naelson Barros Marque. **Racionalização da intervenção do Ministério Público em procedimentos judiciais: uma nova forma de intervenção na**

**autonomia da vontade.** Dissertação – Mestrado. Fortaleza, 2012. Disponível em: <https://uol.unifor.br/oul/conteudo/F1066341608/Dissertacao.pdf>. Acesso em: 05 de abril de 2015.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado** / Pedro Lenza. – 16. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Fátima. **A Construção do Dispositivo Trans: Saberes, Singularidades e Subversões da Norma.** (2013) Disponível em: [http://www.anpocs.org/portal/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_view&gid=8652&Itemid=459](http://www.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=8652&Itemid=459). Acesso em: 28 de maio de 2015.

LUNA, Leonardo Athayde. **O transconstitucionalismo (in)aplicável ao Direito Penal como instrumento de controle da punibilidade: a dualidade entre a internacionalização dos direitos humano e o direito interno.** (2014) Disponível em: <http://leoathayde.jusbrasil.com.br/artigos/115066694/o-transconstitucionalismo-in-aplicavel-ao-direito-penal-como-instrumento-de-controle-da-punibilidade-a-dualidade-entre-a-internacionalizacao-dos-direitos-humano-e-o-direito-interno>. Acesso em: 05 de setembro de 2015.

MACHADO, Diego Pereira. **Perspectivas históricas dos direitos humanos: marcos, pensamentos e documentos.** (2014). Disponível em: <http://diegomachado2.jusbrasil.com.br/artigos/128811239/perspectivas-historicas-dos-direitos-humanos-marcos-pensamentos-e-documentos>. Acesso em: 25 de abril de 2015.

MALVEIRA, Jamille Saraty. **Direito à sexualidade: uma perspectiva juscivilística.** In: XXII Congresso Nacional do CONPEDI/UNINOVE - São Paulo-SP, 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6ec0c5782be255c0>. Acesso em: 29 de junho de 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional/** Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. - 1 D. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRANDA, Fátima. **A influência da jurisprudência no direito brasileiro - Parte I.** (2015) Disponível em: <http://amitafamitaf.jusbrasil.com.br/artigos/237321299/a-influencia-da-jurisprudencia-no-direito-brasileiro-parte-i>. Acesso em: 10 de outubro de 2015.

MIRANDA, Fátima. **A influência da jurisprudência no direito brasileiro - Parte II.** (2015) Disponível em: <http://amitafamitaf.jusbrasil.com.br/artigos/237337297/a-influencia-da-jurisprudencia-no-direito-brasileiro-parte-ii>. Acesso em: 10 de outubro de 2015.

OLIVEIRA, Erival da Silva. **Direitos Humanos.** – 3. ed. rev. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos / Flávia Piovesan** - 5. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012.

PIRES, Eduardo; REIS, Jorge Renato. **Autonomia da vontade: um princípio fundamental do direito privado como base para instauração e funcionamento da arbitragem.** (2010) Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3874.pdf>. Acesso em: 04 de março de 2015.

PORTAL BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** (1948) Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2009/11/declaracao-universal-dos-direitos-humanos-garante-igualdade-social>. Acesso em: 26 de julho de 2015.

RAHAL, Aline. **O Sistema Global e os Sistemas Regionais de Proteção aos Direitos Humanos no Plano Internacional.** (2015) Disponível em: <http://alinerahal.jusbrasil.com.br/artigos/234332076/o-sistema-global-e-os-sistemas-regionais-de-protecao-aos-direitos-humanos-no-plano-internacional>. Acesso em 24 de setembro de 2015.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional.** 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2012

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 27. ed. 4ª tiragem, Saraiva: 2004.

RIOS, Roger Raupp. **Para um direito democrático da sexualidade. Horiz. antropol.,** Porto Alegre , v. 12, n. 26, p. 71-100, Dec. 2006 . Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-71832006000200004&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-71832006000200004&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 16 de agosto de 2015.

SANTANA, Adriel; SANTORO, Bernardo. **Direitos humanos: história, fundamentos e críticas.** (2014) Disponível em: <http://direitoeliberdade.jusbrasil.com.br/artigos/142841209/direitos-humanos-historia-fundamentos-e-criticas>. Acesso em: 23 de julho de 2015.

SANTOS, Dayana Brunetto Carlin dos. **A escola como empreendimento biopolítico de governo dos corpos e subjetividades transexuais.** (2013) Disponível em: [http://36reuniao.anped.org.br/pdfs\\_trabalhos\\_aprovados/gt23\\_trabalhos\\_pdfs/gt23\\_3181\\_texto.pdf](http://36reuniao.anped.org.br/pdfs_trabalhos_aprovados/gt23_trabalhos_pdfs/gt23_3181_texto.pdf). Acesso em: 13 de maio de 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1998.** 5ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades.** (2009) Disponível em: [http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/30748312/Daniel\\_Sarmento\\_-\\_O\\_Neoconstitucionalismo\\_no\\_Brasil.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAJ56TQJRTWSMTNPEA&Expires=1446005029&Signature=%2Byz2kn8KaD%2FBnpTwMQNvIWOql88%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DO\\_neoconstitucionalismo\\_no\\_Brasil\\_por\\_Da.pdf](http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/30748312/Daniel_Sarmento_-_O_Neoconstitucionalismo_no_Brasil.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAJ56TQJRTWSMTNPEA&Expires=1446005029&Signature=%2Byz2kn8KaD%2FBnpTwMQNvIWOql88%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DO_neoconstitucionalismo_no_Brasil_por_Da.pdf). Acesso em: 25 de setembro de 2015.

SÉGUIN, Elida. **Direitos sexuais como um direito humano.** (2012) Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/direitos-sexuais-como-um-direito-humano>. Acesso em: 02 de junho de 2015.

SILVA, Eduardo Pordeus. **Direitos humanos, biodireito e o acesso à tecnologia assistiva.** (2014) – Conpedi - Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3364667f3dabfa40>. Acesso em: 03 de outubro de 2015.

SILVA, Marcos Antônio Duarte. **A Biopolítica em Foucault.** (2012) Disponível em: [http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=8851](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=8851). Acesso em: 22 de maio de 2015.

SILVA, Reinaldo Pereira e. Bioética e biodireito: as implicações de um reencontro. (2002) Disponível em: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1726-569X2002000200004&lang=pt](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-569X2002000200004&lang=pt). Acesso em: 02 de julho 2015.

SOUSA NETO, Dário Ferreira. **O que é perspectiva de gênero?** (2013) Cadernos da Escola do Parlamento – V – Igualdade de Gênero II. Disponível em: [http://www2.câmara.sp.gov.br/dce/escola\\_do\\_parlamento/publicacoes/CEP\\_V\\_Igualdade\\_de\\_Genero\\_II.pdf](http://www2.câmara.sp.gov.br/dce/escola_do_parlamento/publicacoes/CEP_V_Igualdade_de_Genero_II.pdf). Acesso em: 25 de abril de 2015.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Lei de introdução e parte geral / Flávio Tartuce.** – 11. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

TEIXEIRA, Jéssica. **Direitos Humanos e Direitos Fundamentais.** (2014). Disponível em: <http://jessicatds.jusbrasil.com.br/artigos/151843373/direitos-humanos-e-direitos-fundamentais>. Acesso em: 02 de maio de 2015.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Dilemas e desafios da Proteção Internacional dos Direitos Humanos no limiar do século XXI.** Rev. bras. polít. int., Brasília, v. 40, n. 1, p. 167-177, June 1997. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-73291997000100007&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73291997000100007&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 05 de agosto de 2015.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas.** 2.ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.

VEGRO, Isabella Cristina Bezerra. **Neoconstitucionalismo**. (2015) Disponível em: <http://isabellavegro.jusbrasil.com.br/artigos/190289607/neoconstitucionalismo>. Acesso em: 01 de outubro de 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código civil interpretado / Sílvio de Salvo Venosa**. - 2. ed. - São Paulo: Atlas, 2011.

ZAVATARO, Marcia Cristina. **O Transexual e a Alteração do Registro Civil de Prenome e Designativo de Sexo**. Monografia – Graduação. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: [http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/2semestre2010/trabalhos\\_2010/marciazavataro.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2010/trabalhos_2010/marciazavataro.pdf).

**ANEXO**

PROJETO DE LEI Nº \_\_\_\_\_/ 2013 (Dep. Jean Wyllys e Érika Kokay) Dispõe sobre o direito à identidade de gênero e altera o artigo 58 da Lei 6.015 de 1973. LEI JOÃO W NERY LEI DE IDENTIDADE DE GÊNERO O Congresso Nacional decreta:

Artigo 1º - Toda pessoa tem direito: I - ao reconhecimento de sua identidade de gênero; II - ao livre desenvolvimento de sua pessoa conforme sua identidade de gênero; III - a ser tratada de acordo com sua identidade de gênero e, em particular, a ser identificada dessa maneira nos instrumentos que acreditem sua identidade pessoal a respeito do/s prenome/s, da imagem e do sexo com que é registrada neles. Artigo 2º - Entende-se por identidade de gênero a vivência interna e individual do gênero tal como cada pessoa o sente, a qual pode corresponder ou não com o sexo atribuído após o nascimento, incluindo a vivência pessoal do corpo. Parágrafo único: O exercício do direito à identidade de gênero pode envolver a modificação da aparência ou da função corporal através de meios farmacológicos, cirúrgicos ou de outra índole, desde que isso seja livremente escolhido, e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de fala e maneirismos. Artigo 3º - Toda pessoa poderá solicitar a retificação registral de sexo e a mudança do prenome e da imagem registradas na documentação pessoal, sempre que não coincidam com a sua identidade de gênero auto-percebida. Artigo 4º - Toda pessoa que solicitar a retificação registral de sexo e a mudança do prenome e da imagem, em virtude da presente lei, deverá observar os seguintes requisitos: I - ser maior de dezoito (18) anos; II - apresentar ao cartório que corresponda uma solicitação escrita, na qual deverá manifestar que, de acordo com a presente lei, requer a retificação registral da certidão de nascimento e a emissão de uma nova carteira de identidade, conservando o número original; III - expressar o/s novo/s prenome/s escolhido/s para que sejam inscritos. Parágrafo único: Em nenhum caso serão requisitos para alteração do prenome: I - intervenção cirúrgica de transexualização total ou parcial; II - terapias hormonais; III - qualquer outro tipo de tratamento ou diagnóstico psicológico ou médico; IV - autorização judicial. Artigo 5º - Com relação às pessoas que ainda não tenham dezoito (18) anos de idade, a solicitação do trâmite a que se refere o artigo 4º deverá ser efetuada através de seus representantes legais e com a expressa conformidade de vontade da criança ou adolescente, levando em consideração os princípios de capacidade progressiva e interesse superior da criança, de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente. §1º Quando, por qualquer razão, seja negado ou não seja possível obter o consentimento de algum/a

dos/as representante/s do Adolescente, ele poderá recorrer ele poderá recorrer a assistência da Defensoria Pública para autorização judicial, mediante procedimento sumaríssimo que deve levar em consideração os princípios de capacidade progressiva e interesse superior da criança. §2º Em todos os casos, a pessoa que ainda não tenha 18 anos deverá contar com a assistência da Defensoria Pública, de acordo com o estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Artigo 6º - Cumpridos os requisitos estabelecidos nos artigos 4º e 5º, sem necessidade de nenhum trâmite judicial ou administrativo, o/a funcionário/a autorizado do cartório procederá: I - a registrar no registro civil das pessoas naturais a mudança de sexo e prenome/s; II - emitir uma nova certidão de nascimento e uma nova carteira de identidade que reflitam a mudança realizada; III - informar imediatamente os órgãos responsáveis pelos registros públicos para que se realize a atualização de dados eleitorais, de antecedentes criminais e peças judiciais. §1º Nos novos documentos, fica proibida qualquer referência à presente lei ou à identidade anterior, salvo com autorização por escrito da pessoa trans ou intersexual. §2º Os trâmites previstos na presente lei serão gratuitos, pessoais, e não será necessária a intermediação de advogados/as ou gestores/as. §3º Os trâmites de retificação de sexo e prenome/s realizados em virtude da presente lei serão sigilosos. Após a retificação, só poderão ter acesso à certidão de nascimento original aqueles que contarem com autorização escrita do/a titular da mesma. §4º Não se dará qualquer tipo de publicidade à mudança de sexo e prenome/s, a não ser que isso seja autorizado pelo/a titular dos dados. Não será realizada a publicidade na imprensa que estabelece a lei 6.015/73 (arts. 56 e 57). Artigo 7º - A Alteração do prenome, nos termos dos artigos 4º e 5º desta Lei, não alterará a titularidade dos direitos e obrigações jurídicas que pudessem corresponder à pessoa com anterioridade à mudança registral, nem daqueles que provenham das relações próprias do direito de família em todas as suas ordens e graus, as que se manterão inalteráveis, incluída a adoção. §1º Da alteração do prenome em cartório prosseguirá, necessariamente, a mudança de prenome e gênero em qualquer outro documento como diplomas, certificados, carteira de identidade, CPF, passaporte, título de eleitor, Carteira Nacional de Habilitação e Carteira de Trabalho e Previdência Social. §2º Preservará a maternidade ou paternidade da pessoa trans no registro civil de seus/suas filhos/as, retificando automaticamente também tais registros civis, se assim solicitado, independente da vontade da outra maternidade ou paternidade; §3º Preservará o

matrimônio da pessoa trans, retificando automaticamente também, se assim solicitado, a certidão de casamento independente de configurar uma união homoafetiva ou heteroafetiva. §4º Em todos os casos, será relevante o número da carteira de identidade e o Cadastro de Pessoa Física da pessoa como garantia de continuidade jurídica. Artigo 8º - Toda pessoa maior de dezoito (18) anos poderá realizar intervenções cirúrgicas totais ou parciais de transexualização, inclusive as de modificação genital, e/ou tratamentos hormonais integrais, a fim de adequar seu corpo à sua identidade de gênero auto-percebida. §1º Em todos os casos, será requerido apenas o consentimento informado da pessoa adulta e capaz. Não será necessário, em nenhum caso, qualquer tipo de diagnóstico ou tratamento psicológico ou psiquiátrico, ou autorização judicial ou administrativa. §2º No caso das pessoas que ainda não tenham de dezoito (18) anos de idade, vigorarão os mesmos requisitos estabelecidos no artigo 5º para a obtenção do consentimento informado. Artigo 9º - Os tratamentos referidos no artigo 11º serão gratuitos e deverão ser oferecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS) e pelas operadoras definidas nos incisos I e II do § 1º do art. 1º da Lei 9.656/98, por meio de sua rede de unidades conveniadas. Parágrafo único: É vedada a exclusão de cobertura ou a determinação de requisitos distintos daqueles especificados na presente lei para a realização dos mesmos. Artigo 10º - Deverá ser respeitada a identidade de gênero adotada pelas pessoas que usem um prenome distinto daquele que figura na sua carteira de identidade e ainda não tenham realizado a retificação registral. Parágrafo único: O nome social requerido deverá ser usado para a citação, chamadas e demais interações verbais ou registros em âmbitos públicos ou privados. Artigo 11º - Toda norma, regulamentação ou procedimento deverá respeitar o direito humano à identidade de gênero das pessoas. Nenhuma norma, regulamentação ou procedimento poderá limitar, restringir, excluir ou suprimir o exercício do direito à identidade de gênero das pessoas, devendo se interpretar e aplicar as normas sempre em favor do acesso a esse direito. Artigo 12º - Modifica-se o artigo 58º da lei 6.015/73, que ficará redigido da seguinte forma: "Art. 58º. O prenome será definitivo, exceto nos casos de discordância com a identidade de gênero auto-percebida, para os quais se aplicará a lei de identidade de gênero. Admite-se também a substituição do prenome por apelidos públicos notórios." Artigo 13º - Revoga-se toda norma que seja contrária às disposições da presente lei. Artigo 14º - A presente lei entra em vigor na data de sua publicação. Brasília, de fevereiro de 2013. Jean Wyllys Érika

Kokay Deputado Federal PSOL/RJ Deputada Federal PT/DF JUSTIFICATIVA As palavras visibilidade e invisibilidade são bastante significativas para a comunidade de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais. Pertencer a esta “sopa de letras” que representa a comunidade sexo-diversa (ou a comunidade dos “invertidos”) é transitar, ao longo da vida, entre a invisibilidade e a visibilidade. Se para lésbicas e gays, serem visíveis implica em se assumirem publicamente, para as pessoas transexuais, travestis, transgêneros e intersexuais, a visibilidade é compulsória a certa altura de sua vida; isso porque, ao contrário da orientação sexual, que pode ser ocultada pela mentira, pela omissão ou pelo armário, a identidade de gênero é experimentada, pelas pessoas trans, como um estigma que não se pode ocultar, como a cor da pele para os negros e negras. Travestis, transexuais, transgêneros e intersexuais não têm como se esconder em armários a partir de certa idade. Por isso, na maioria dos casos, mulheres e homens trans são expulsos de casa, da escola, da família, do bairro, até da cidade. A visibilidade é obrigatória para aquele cuja identidade sexual está inscrita no corpo como um estigma que não se pode ocultar sob qualquer disfarce. E o preconceito e a violência que sofrem é muito maior. Porém, de todas as invisibilidades a que eles e elas parecem condenados, a invisibilidade legal parece ser o ponto de partida. O imbróglio jurídico sobre as identidades “legal” e “social” das pessoas travestis, transexuais e transgêneros provoca situações absurdas que mostram o tamanho do furo que ainda existe na legislação brasileira. Graças a ele, há pessoas que vivem sua vida real com um nome — o nome delas, pelo qual são conhecidas e se sentem chamadas, aquele que usam na interação social cotidiana —, mas que carregam consigo um instrumento de identificação legal, uma carteira de identidade, que diz outro nome. E esse nome aparece também na carteira de motorista, na conta de luz, no diploma da escola ou da universidade, na lista de eleitores, no contrato de aluguel, no cartão de crédito, no prontuário médico. Um nome que evidentemente é de outro, daquele “ser imaginário” que habita nos papéis, mas que ninguém conhece no mundo real. Quer dizer, há pessoas que não existem nos registros públicos e em alguns documentos e há outras pessoas que só existem nos registros públicos e em alguns documentos. E umas e outras batem de frente no dia-a-dia em diversas situações que criam constrangimento, problemas, negação de direitos fundamentais e uma constante e desnecessária humilhação. O livro “Viagem solitária”, maravilhosa narração autobiográfica de João W Nery, é um testemunho imprescindível para

entender o quanto a reforma legal que estamos propondo é necessária. Para driblar uma lei que lhe negava o direito a ser ele mesmo, João teve que renunciar a tudo: sua história, seus estudos, seus diplomas, seu currículo. Foi só dessa maneira, com documentos falsos, analfabeto nos registros apesar de ter sido professor universitário, que ele conseguiu ser João. O presente projeto de lei, batizado com o nome de João Nery, numa justa homenagem a ele, tem por finalidade garantir que isso nunca mais aconteça. Se aprovado, garantirá finalmente o respeito do direito à identidade de gênero, acabando para sempre com uma gravíssima violação dos direitos humanos que ainda ocorre no Brasil, prejudicando gravemente a vida de milhares de pessoas. Falamos de pessoas que se sentem, vivem, se comportam e são percebidas pelos outros como homens ou como mulheres, mas cuja identidade de gênero é negada pelo Estado, que reserva para si a exclusiva autoridade de determinar os limites exatos entre a masculinidade e a feminidade e os critérios para decidir quem fica de um lado e quem do outro, como se isso fosse possível. Travestis, transexuais e transgêneros sofrem cada dia o absurdo da lei que lhes nega o direito a ser quem são. E andam pelo mundo com sua identidade oficialmente não reconhecida, como se, das profundezas da história dos nossos antepassados filosóficos gregos, Crátilo voltasse a falar para Hermógenes: “Tu não és Hermógenes, ainda que todo o mundo te chame desse modo”. Como diz o antropólogo Eduardo Viveiros de Castro, em toda discussão onde o ontológico e o jurídico entram em processo público de acasalamento, “costumam nascer monstros”. No artigo intitulado No Brasil todo o mundo é índio, exceto quem não é, ele traz à tona o debate sobre o reconhecimento oficial da/s identidade/s e sobre a pretensão da Ciência — com maiúscula — e do Estado de estabelecer critérios pretensamente “objetivos” para legitimá-las, para distinguir a identidade autêntica da inautêntica, para dizer quem é o quê. E quem não pode ser. Sobretudo, quem não pode. “É sem dúvida difícil ignorar a questão, uma vez que o Estado e seu arcabouço jurídico-legal funcionam como moinhos produtores de substâncias, categorias, papéis, funções, sujeitos, titulares desse ou daquele direito etc. O que não é carimbado pelos oficiais competentes não existe – não existe porque foi produzido fora das normas e padrões – não recebe selo de qualidade. O que não está nos autos etc. Lei é lei etc.”, diz o autor. Travestis, transexuais e transgêneros são, hoje, no Brasil, homens e mulheres sem selo de qualidade, sem o carimbo dos oficiais competentes. Pessoas clandestinas. Mas ser homem ou ser mulher é um atributo “determinável

por inspeção”? Quem determina quem tem direito a ser João ou Maria? O que é um nome? As perguntas parecem mal formuladas. Não há como o Estado determinar por lei a autenticidade masculina dos homens ou a autêntica feminidade das mulheres! Parafraseando Viveiros de Castro, só é homem ou mulher quem se garante. Todavia, o imbróglio não termina aqui. Porque eles e elas, transexuais, travestis, transgêneros e intersexuais se garantem, sim, e lutam para serem reconhecidos/as, e o Estado vem assumindo, aos poucos e a contragosto, essa realidade. Portarias, decretos e decisões administrativas de ministérios, governos estaduais, prefeituras, universidades e outros órgãos e instituições vêm reconhecendo o furo na lei e vêm colocando em prática soluções provisórias sob o rótulo de “nome social”, definido, por exemplo, pelo MEC, como “aquele pelo qual essas pessoas se identificam e são identificadas pela sociedade”. Quer dizer, o Estado reconhece que o nome pelo qual “essas pessoas” se identificam e são identificadas pela sociedade não é aquele que está escrito na carteira de identidade, no CPF e no diploma da escola. Que a identidade oficialmente registrada é diferente daquela que a própria sociedade reconhece e os interessados reclamam para si. Como já dizemos: parece coisa de loucos, mas é a lei. No âmbito federal, o Ministério da Educação, o SUS, a Administração Pública Federal direta e diversas instituições federais de ensino, entre outras entidades, já ditaram normas que garantem às pessoas travestis e transexuais o uso do “nome social”. Por exemplo, a Administração Pública Federal direta, de acordo com a portaria nº 233/10 do Ministério de Planejamento, Orçamento e Gestão, assegura aos servidores públicos trans o uso do “nome social” nos crachás (mas apenas no anverso deles), nas comunicações internas, na identificação funcional, no endereço de correio eletrônico, no nome de usuário em sistemas de informática, no tratamento dado à pessoa pelos agentes públicos etc. Decisões semelhantes já foram tomadas por dezenas de órgãos e governos estaduais e municipais. Cerca de dezesseis (16) estados têm algum tipo de regulamentação no âmbito do poder executivo estadual sobre o respeito ao uso do nome social de pessoas trans na Administração Pública. A identidade de gênero e o “nome social” das pessoas travestis, transexuais e transgêneros estão sendo reconhecidas, portanto, parcialmente e através de mecanismos de exceção. A dupla identidade está sendo oficializada e o Estado começa a reconhecer que existe uma discordância entre a vida real e os documentos. Esse estado de semi-legalidade das identidades trans cresce a partir

de decisões diversas carregadas de boa vontade, espalhadas pelo amplo território do público. São avanços importantes que devem ser reconhecidos, porque facilitaram a vida de milhares de seres humanos esquecidos pela lei, mas, ao mesmo tempo, evidenciam um caos jurídico que deve ser resolvido. Não dá para manter eternamente essa duplicidade e continuar fazendo de conta que estamos resolvendo o problema de fundo. Não estamos. O que falta, e é para agora, é uma lei federal que dê uma solução definitiva à confusão reinante. É o que muitos países têm feito nos últimos anos. O presente projeto, baseado na lei de identidade de gênero argentina, recolhe a melhor dessas experiências. A lei proposta garante o direito de toda pessoa ao reconhecimento de sua identidade de gênero, ao livre desenvolvimento de sua pessoa conforme sua identidade de gênero e a ser tratada de acordo com sua identidade de gênero e identificada dessa maneira nos instrumentos que acreditem sua identidade pessoal. A identidade de gênero é definida no projeto com base nos Princípios de Yogyakarta sobre a aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos nas questões que dizem respeito à orientação sexual e à identidade de gênero. Estes princípios foram apresentados perante a Organização das Nações Unidas (ONU) em 2007 por uma comissão internacional de juristas, criada como consequência do chamamento realizado por 54 estados, no ano anterior, diante das gravíssimas violações dos direitos humanos da população LGBT que se registram no mundo inteiro. O documento dos Princípios de Yogyakarta define a identidade de gênero como “a vivência interna e individual do gênero tal como cada pessoa o sente, a qual pode corresponder ou não com o sexo atribuído após o nascimento, incluindo a vivência pessoal do corpo. O exercício do direito à identidade de gênero pode envolver a modificação da aparência ou da função corporal através de meios farmacológicos, cirúrgicos ou de outra índole, desde que isso seja livremente escolhido. Também inclui outras expressões de gênero, como a vestimenta, os modos e a fala”. No mesmo sentido, o conceito de pessoa trans utilizado no presente projeto de lei é: “pessoa que nasceu num sexo biológico definido, mas se identifica no gênero oposto ao que se entende culturalmente como correspondente a tal sexo”, o que abrange os conceitos de transexual, travesti e transgêneros; e o conceito de pessoa intersexual é “pessoa que nasceu com o sexo biológico indefinido, foi registrada e criada como pertencente a um determinado gênero, mas (neste caso em específico) não encontra identificação em tal”. Partindo dessas definições, o projeto estabelece os

mecanismos jurídicos para o reconhecimento da identidade de gênero, permitindo às pessoas a retificação de dados registrais, incluindo o sexo, o prenome e a imagem incluída na documentação pessoal. O mecanismo estabelecido se rege pelos seguintes princípios: é de fácil acesso, rápido, pessoal, gratuito, sigiloso e evita qualquer tipo de requisito que seja invasivo da privacidade ou que tenha como único efeito a demora do processo. Realiza-se no cartório, não requer intervenção da justiça e descarta a exigência de diagnósticos ou psicológicos ou psiquiátricos, a fim de evitar a patologização das identidades trans. Esse último ponto é fundamental. O mundo tem caminhado para a despatologização das identidades trans, tendo sido a França o primeiro país do mundo a dar esse passo, no ano de 2010. A campanha “Stop Trans Pathologization 2012” tem adesões de entidades, acadêmicos e militantes de diversos países do mundo – inclusive o Brasil – e intenciona que o “transexualismo” e o “transtorno de identidade de gênero” seja desconsiderado enquanto patologia e transtorno mental no DSM-V (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders da American Psychological Association, que será lançado em 2012) e no CID-11 (Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde da Organização Mundial de Saúde, que será lançado em 2015). Em consonância com a legislação comparada, a lei estabelece os critérios para assegurar a continuidade jurídica da pessoa, através do número da identidade e do registro da mudança de prenome e sexo no registro civil das pessoas naturais e sua notificação aos órgãos competentes, garantindo o sigilo do trâmite. As pessoas que mudarem de sexo e prenome continuarão tendo os mesmos direitos e obrigações: se elas têm uma dívida, deverão pagá-la; se têm um emprego, continuarão empregadas; se receberam uma condena, deverão cumpri-la; se têm filhos, continuarão sendo pais ou mães; se assinaram um contrato, deverão honrá-lo. Os dados eleitorais, fiscais, de antecedentes criminais, etc., após a mudança, serão atualizados. A lei também regulamenta as intervenções cirúrgicas e os tratamentos hormonais que se realizam como parte do processo de transexualização, garantindo a livre determinação das pessoas sobre seus corpos. Isso já é uma realidade no Brasil: os tratamentos garantidos na presente lei já se realizam através do Sistema Único de Saúde (SUS), mas nosso projeto transforma esse direito conquistado em lei e estabelece uma série de critérios fundamentais para seu exercício, entre eles: a) a despatologização, isto é o fim dos diagnósticos de “disforia de gênero”, proibidos em diversos países por constituir formas de estigmatização anticientífica

das identidades trans, como antigamente ocorria com a homossexualidade, por muito tempo considerada erroneamente uma doença; b) a independência entre o reconhecimento da identidade de gênero e as intervenções no corpo, isto é, a garantia do direito à identidade de gênero das pessoas travestis que não desejarem realizar alterações no corpo; c) a independência entre os tratamentos hormonais e as cirurgias, isto é, a garantia do direito das pessoas travestis que quiserem realizar terapias hormonais e/ou intervenções cirúrgicas parciais para adequar seus corpos à identidade de gênero autopercebida, mas não desejarem realizar a cirurgia de transgenitalização; d) a gratuidade no sistema público (SUS) e a cobertura nos planos de saúde particulares; e) a não-judicialização dos procedimentos, isto é, a livre escolha da pessoa para realizar ou não este tipo de tratamentos e/ou intervenções. A lei também regulamenta o acesso das pessoas que ainda não tenham de dezoito anos aos direitos garantidos por ela, entendendo que a identidade de gênero se manifesta muito antes da maioria de idade e essa realidade não pode ser omitida. Levando em consideração os princípios de capacidade progressiva e interesse superior da criança, em tudo de acordo com a Convenção sobre os Direitos da Criança, a Lei também garante a participação dos representantes legais da Criança e do Adolescente no processo, impede que qualquer decisão seja tomada sem o consentimento informado da pessoa que ainda não tenha 18 anos e prevê a assistência da Defensoria Pública, de acordo com o estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. O texto proposto, como já dizemos, se baseia na lei de identidade de gênero argentina — votada por amplíssima maioria na Câmara dos Deputados e por unanimidade no Senado, com o apoio expresso da Presidenta da República e de quase todos/as os/as líderes da oposição —, considerada a mais avançada das atualmente existentes no mundo, já que reflete os debates políticos, jurídicos, filosóficos e éticos travados a respeito do assunto nos últimos anos. O projeto foi realizado com a colaboração e assessoria da ex-deputada federal argentina Silvia Augsburger, autora do primeiro projeto de lei de identidade de gênero que deu início ao debate naquele país, da ex-deputada federal Vilma Ibarra, que foi relatora da lei e responsável pelo seu texto final, e de ativistas da Federação Argentina de Lésbicas, Gays, Bissexuais e Trans, impulsores das reformas legais realizadas no país vizinho. O projeto também leva em consideração os Princípios de Yogyakarta (Princípios sobre a Aplicação de Legislação Internacional de Direitos Humanos em relação à Orientação Sexual e

Identidade de Gênero) , como já foi dito; a proposta de Anteprojeto do Estatuto da Diversidade Sexual construído pelas Comissões da Diversidade Sexual da OAB de todo o Brasil; a declaração The voices against homophobia and transphobia must be heard de Thomas Hammarberg, representante do Conselho da Europa para os Direitos Humanos, publicizado na conferência Combating discrimination on the grounds of sexual orientation or gender identity across Europe: Sharing knowledge and moving forward, ocorrida na França em março de 2012; e as recomendações da Associação Brasileira de Homens Trans. Brasília, de fevereiro de 2013. Jean Wyllys Érika Kokay Deputado Federal PSOL/RJ Deputada Federal PT/DF.