



**FACULDADE METROPOLITANA SÃO CARLOS – FAMESC**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO BACHARELADO EM DIREITO**

**Mariana Oliveira Neves da Silva**

**A TRANSEXUALIDADE E O DIREITO BRASILEIRO CONCERNENTE AO**  
**REGISTRO CIVIL E SUA POSSIBILIDADE DE MUDANÇA**

**Bom Jesus do Itabapoana – RJ**

**Novembro – 2016**

**Mariana Oliveira Neves da Silva**

**A TRANSEXUALIDADE E O DIREITO BRASILEIRO CONCERNENTE AO  
REGISTRO CIVIL E SUA POSSIBILIDADE DE MUDANÇA**

Monografia apresentada como parte dos requisitos necessários para a conclusão do curso de Bacharel em Direito, sob orientação do Orientador Professor Mestre Felipe Nogueira Alves da Silva da Faculdade Metropolitana São Carlos – FAMESC.

**Bom Jesus do Itabapoana – RJ**

**Novembro – 2016**

**FICHA CATALOGRÁFICA**  
Faculdade Metropolitana São Carlos – FAMESC  
Preparada pela Biblioteca Marlene Henriques Alves  
20/2016

S586t Silva, Mariana Oliveira Neves da.

A transexualidade e o direito brasileiro concernente ao registro civil e sua possibilidade de mudança / Mariana Oliveira Neves da Silva. – Bom Jesus do Itabapoana, RJ, 2016.

69 f.

Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade Metropolitana São Carlos. Bom Jesus do Itabapoana, 2016.

Orientador: Felipe Nogueira Alves da Silva

Bibliografia: f. 66-69.

1. Transexualidade 2. Sexo 3. Gênero 4. Nome 5. Registro I. Faculdade Metropolitana São Carlos II. Título.

CDD 346.81012

**Mariana Oliveira Neves da Silva**

**A TRANSEXUALIDADE E O DIREITO BRASILEIRO CONCERNENTE AO  
REGISTRO CIVIL E SUA POSSIBILIDADE DE MUDANÇA**

Monografia aprovada em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_ para obtenção do título de Bacharel em  
Direito.

Monografia avaliada em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

Formatação: ( ) \_\_\_\_\_

Nota final: ( ) \_\_\_\_\_

---

**Professor Mestre Felipe Nogueira Alves da Silva**

Professor Orientador

---

**Professor Mestre Tauã Lima Verdán Rangel**

Professor Revisor de Metodologia

---

Professor(a) Revisor de Conteúdo

---

Professor(a) Revisor de Conteúdo

## **DEDICATÓRIA**

Parafrazeando Charles Bukowski, sou egoísta: faço por mim mesmo, para salvar o que restou de mim.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, pela chance de ser capaz de concluir essa etapa acadêmica.

Ao meu Orientador, pelas orientações nos momentos de dúvida, pelo apoio e pela paciência.

Aos familiares pelo carinho e compreensão.

Aos meus amigos, aqueles cujos nomes nem preciso dizer, pelos momentos de suporte e pela ajuda. Agradeço, imensamente, de coração, pela dádiva que são.



## EPÍGRAFE

“Que eu continue com vontade de viver, mesmo sabendo que a vida é, em muitos momentos, uma lição difícil de ser aprendida. Que eu permaneça com vontade de ter grandes amigos, mesmo sabendo que, com as voltas do mundo, eles vão indo embora de nossas vidas. Que eu realmente sempre a vontade de ajudar as pessoas, mesmo sabendo que muitas delas são incapazes de ver, sentir, entender ou utilizar essa ajuda. Que eu mantenha meu equilíbrio, mesmo sabendo que muitas coisas que vejo no mundo escurecem meus olhos. Que eu realmente a minha garra, mesmo sabendo que a derrota e a perda são ingredientes tão fortes quanto o sucesso e a alegria. Que u atenda sempre mais à minha intuição, que sinaliza o que de mais autêntico eu possuo. Que eu pratique mais o sentimento de justiça, mesmo em meio a turbulência dos interesses. Que manifeste amor por minha família, memso sabendo que ela muitas vezes me exige muito para manter sua harmonia. E, acima de tudo, que eu lembre sempre que todos nós fazemos parte dessa maravilhosa teia chama vida, criada por alguém bem superior a todos nós. E que as grandes mudanças não ocorrem por grandes feitos de alguns e, sim, nas pequenas parcelas quotidianas de todos nós.”

— Chico Xavier

## RESUMO

O presente trabalho consiste em uma análise dos direitos da personalidade, em especial o direito ao nome, do indivíduo transexual, aquele que não se identifica com o seu sexo biológico, possuindo concepção psicológica que o inclui em gênero diverso daquele do nascimento. O objetivo central da pesquisa consiste em apontar a possibilidade jurídica de modificação no Registro Civil de Pessoas Naturais dos indivíduos transexuais. O trabalho consiste em pesquisa teórica, desenvolvida pelo método indutivo, a partir da revisão da literatura jurídica pertinente ao tema. Para tal se realizou uma análise na doutrina jurídica no que tange à evolução dos Direitos Humanos, com intuito de buscar embasamento teórico para os posicionamentos que defendem a possibilidade de modificação do nome. Em seguida aborda-se a questão da Liberdade de Gênero, para uma adequada conceituação de sexo e gênero, bem como a diferenciação entre ambos, e a identidade de gênero. Nesse mesmo diapasão analisa-se a constituição das minorias sexuais como grupos na sociedade civil. Destaca-se ao final a mitigação sofrida pelos transexuais em termos de exercício de direitos, elevando as questões de discriminação e preconceito para que, a partir da revisão bibliográfica e estudo da jurisprudência, teça-se considerações mais aprofundadas sobre o direito à modificação do nome no Registro Civil, independente de cirurgia de redesignação de gênero, o que se constata a possibilidade jurídica.

Palavras-Chave: TRANSEXUALIDADE. SEXO. GÊNERO. NOME. REGISTRO.

## **ABSTRACT**

The present work consists of an analysis of the personality's rights, in particular, the right to the name of the transsexual individual, one who does not identify with his biological sex having a psychological conception that includes it in a different gender from that of the birth. The central objective of the research is to point out the legal possibility of modification in the Civil Registry of Natural Persons of transsexual individuals. The work consists of theoretical research, developed by the inductive method, based on a review of the legal literature pertinent to the theme. For this, an analysis was made in legal doctrine regarding the evolution of Human Rights, in order to seek theoretical basis for the positions that defend the possibility of modifying the name. Next, it is approached the issue of Gender Freedom for an adequate conceptualization of sex and gender, as well as the differentiation between both and gender identity. In the same tuning fork is analyzed the constitution of sexual minorities as groups in civil society. The mitigation suffered by transsexuals in terms of the rights' exercise is highlighted at the end, raising questions of discrimination and prejudice so that, from the bibliographical review and study of jurisprudence, further considerations on the right to the modification of the name In the Civil Registry, independent of surgery for gender reassignment, which confirms the legal possibility.

Key Words: Transexuality. Sex. Gender. Name. Registry.

## SUMÁRIO

<b>DEDICATÓRIA</b> .....	<b>4</b>
<b>AGRADECIMENTOS</b> .....	<b>5</b>
<b>EPÍGRAFE</b> .....	<b>7</b>
<b>RESUMO</b> .....	<b>8</b>
<b>ABSTRACT</b> .....	<b>9</b>
<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>11</b>
<b>2 A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS</b> .....	<b>13</b>
2.1 PRIMEIRA DIMENSÃO.....	15
2.2 SEGUNDA DIMENSÃO .....	18
2.3 TERCEIRA DIMENSÃO.....	23
2.4 QUARTA E QUINTA DIMENSÕES.....	27
<b>3 DIREITO À LIBERDADE DE GÊNERO</b> .....	<b>34</b>
3.1 DIFERENCIAÇÃO DE SEXO E GÊNERO E A IDENTIDADE DE GÊNERO .....	38
3.2 AS MINORIAS SEXUAIS .....	44
<b>4 TRANSGÊNERO: DIREITOS E CIDADANIA</b> .....	<b>47</b>
4.1 TRANSGÊNERO: UM HIATO LEGISLATIVO .....	51
4.2 O DIREITO À MODIFICAÇÃO NO REGISTRO CIVIL DE PESSOAS NATURAIS .....	55
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	<b>63</b>
<b>6 REFERÊNCIAS</b> .....	<b>66</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea vive constantes transformações e a temática da transexualidade é, indiscutivelmente, um importante objeto de estudo e análise. É relevante a pesquisa do presente tema por ser uma questão vívida, visto que se trata de indivíduos que inevitavelmente pertencem a esta sociedade e que vivem uma problemática muito forte, em termos sociais e jurídicos.

A problemática envolvendo a transexualidade é, indiscutivelmente, parte da realidade social atual e um assunto que ainda é tratado de forma pouco aprofundada, tanto pelo Estado, quanto pela Sociedade Civil, passando, inclusive, pela Academia Jurídica.

Os transexuais existem, fazem parte do meio social e, independentemente de dogmas, crenças ou opiniões são titulares de direitos, os quais merecem a devida tutela do Estado.

Apesar de ser um fenômeno presente há muito tempo na história da humanidade, a transexualidade só passa a ser delineada de forma mais evidente e menos marginal, em suas características, em meados do século XX. É no século passado que surgem as primeiras organizações na sociedade civil que envolvem ou tratam de temas relativos aos transexuais.

Nesta segunda década do século XXI, a configuração da sociedade contemporânea abarca grupos de sujeitos que até há alguns anos não se dispunham a buscar visibilidade para suas condições, nem se organizavam socialmente para pleitear direitos. Este é o caso dos transexuais e transgêneros, minorias sociais que, por sua orientação sexual são vítimas de preconceitos e atos de discriminação de muitas ordens.

Inegavelmente vive-se, ainda, um momento importante de transição na sociedade contemporânea, em que os valores recebem nova conotação e as minorias reivindicam a tutela do Estado para suas condições e diferenças, a partir de uma projeção e maior visibilidade de seus grupos e, conseqüentemente, de suas demandas. A partir dessa nova realidade vive o Direito um período de alargamento de fronteiras, haja vista que os novos e adicionais anseios dos indivíduos, atualmente, reverberam tanto em termos de direitos quanto de jurisdição, pois o pleito das minorias sexuais é enquanto grupos de cidadãos e de jurisdicionados.

Nesse novo cenário, de emergência da população transexual em termos de reivindicação de direitos e tutela estatal e sabendo-se que, tanto pela novidade do tema – para a sociedade civil e para o Estado – quanto pelo muito de preconceito que há nessas duas esferas, o Direito se depara hoje com cidadãos que se insurgem face a omissão do Estado e demandam direitos que não lhe são garantidos, ou que sequer existem, haja vista as carências e necessidades que a população transexual possui em específico. Em suma, se há direitos, estes não são garantidos devidamente ou na totalidade, ou mesmo há a ausência de normas que regulem e garantam as necessidades desses cidadãos.

Como se depreende do presente estudo, às populações de transexuais e transgêneros é negado uma gama relevante de direitos que são próprios de suas condições, sendo um deles a modificação do nome civil, seja após a cirurgia de redesignação de sexo, para a readequação de gênero, seja por aqueles indivíduos que, enquadrados em sua vida cotidiana e social como pessoas do gênero oposto ao de nascimento, vêem latente a necessidade de modificação do registro.

Dentre os muitos direitos requeridos pela população transexual, este trabalho apresenta uma pesquisa que tem por objeto a questão do direito à modificação no registro civil daquelas pessoas que possuem uma sexualidade psicológica, diferente da sexualidade biológica. Dispõe-se a enfrentar a questão das vedações e empecilhos normativos para a retificação de registro, buscando afirmar a hipótese de que a mudança de nome, em adequação ao gênero “adotado” pelo indivíduo transexual, pode ser possível.

O trabalho realizado propôs discussão da temática da transexualidade levando em consideração os parâmetros jurídicos, bem como buscou evidenciar a mitigação sofrida pelos indivíduos transexuais no exercício de seus direitos relativos à retificação em seu registro civil.

A partir da análise teórica das formulações doutrinárias sobre os direitos e garantias fundamentais, os direitos da personalidade e os direitos humanos, este trabalho fora elaborado com o intuito de somar à discussão do tema na academia, surgindo como mais uma fonte de pesquisa para um assunto tão sensível e caro à Ciência do Direito e à sociedade atual.

## 2 A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos são direitos inerentes à condição humana, a qual se consubstancia na dignidade humana. Esta significa o núcleo valorativo do direito constitucional contemporâneo. O ser humano é indispensável e serve como limite e fundamento do domínio político do Estado. A dignidade da pessoa humana, na Constituição Federal brasileira, em seu artigo 1º, III<sup>1</sup>, é fundamento hermenêutico que se irradia por toda a ordem jurídica nacional. E estabelece os Direitos e Garantias Fundamentais em uma relação extensa de direitos que se encontram elencados, principalmente, em seu artigo 5º e que recebeu grande proteção do legislador originário quando este colocou os direitos individuais como cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV<sup>2</sup>). A proteção à dignidade tem como alicerces a não ingerência estatal e a atuação decisiva do Estado para garantir o chamado “mínimo existencial” (CAMPOS; TÁVORA, 2014).

Os direitos fundamentais, como diz Marchinhacki (2012), não permitem a absolutização na sua definição. Assim, dentro ainda de uma perspectiva histórica, observa-se a evolução dos direitos fundamentais nas chamadas gerações ou dimensões, classificadas, pela doutrina, em direitos de primeira, segunda e terceira gerações conforme o momento histórico cronológico em que passaram a ser reconhecidos e positivados.

As três dimensões dos direitos fundamentais, como diz Lemos (2013), têm caráter cumulativo que nos permite invocar uma relação de complementaridade ao invés de exclusividade. Não há rupturas dos direitos fundamentais de uma dimensão para outra. Ao contrário, os direitos fundamentais devem ser vislumbrados a partir de um prisma de coexistência harmônica e intercomplementariedade de suas três dimensões, quais sejam: Primeira dimensão: Liberdade – Direitos civil e políticos; Segunda dimensão: Igualdade - Direitos sociais, econômicos, culturais e trabalhistas; Terceira dimensão: Fraternidade – Direitos coletivos e difusos.

Costuma a doutrina indicar como direitos de primeira dimensão as liberdades individuais diante do autoritarismo do Estado absoluto. Em sua grande maioria, são

---

<sup>1</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana;

<sup>2</sup> Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais.

direitos negativos com um caráter de abstenção do Estado em não interferir nessas liberdades individuais. Correspondem à expressão “liberdade” dentro da trilogia da Revolução Francesa (liberdade-igualdade-fraternidade), já que simboliza o respeito aos direitos civis e políticos dos cidadãos em relação ao Estado, que se vê então limitado ao poder absoluto de outrora (LEMOS, 2013).

Os direitos de segunda geração se conectam à expressão “igualdade” e correspondem aos direitos sociais, econômicos, culturais e trabalhistas. No âmbito dos direitos fundamentais de segunda geração, surge o compromisso do Estado em promover o bem-estar social. Ou seja, existem efetivamente direitos positivos que devem ser perseguidos pelo Estado na ânsia de conquistar a igualdade material. Contrariamente aos direitos negativos da primeira geração (caracterizados pela abstenção do Estado na esfera individual), os direitos sociais, econômicos e culturais exigem ação positiva do Estado na sua concretização, sendo esta a razão pela qual se denominam direitos positivos. O Estado deve agir ativamente para reduzir os problemas sociais em que são acometidos os cidadãos (LEMOS, 2013).

Finalmente, os direitos de terceira geração que se acoplam à expressão “fraternidade” do lema revolucionário francês e corporificam os direitos coletivos e difusos. Assim sendo, na pauta dos direitos de terceira geração, constam a proteção ao meio ambiente, os direitos do consumidor, a busca do desenvolvimento econômico, os direitos do gênero humano (da essência do ser humano), patrimônio comum da humanidade (preocupação com os destinos da humanidade) e outros. Com rigor, são direitos transindividuais com fulcro na solidariedade e daí a sua conexão com a expressão fraternidade da Revolução Francesa (LEMOS, 2013).

O próprio Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de reproduzir o tema das gerações dos direitos fundamentais:

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade (STF, MS 22164/SP).

A afirmação histórica dos direitos humanos é marcada pela mutação e constante renovação, desde a Antiguidade aos dias de hoje. Por isso, a abordagem tradicional do conteúdo dos direitos humanos é a da chamada “geração de direitos”. Tal teoria foi lançada pelo jurista francês de origem checa, Karel Vasak, que, em Conferência proferida no Instituto Internacional de Direitos Humanos no ano de 1979, classificou os direitos humanos em três gerações, cada uma com características próprias. Assim, a teoria geracional dos direitos humanos divide os direitos protegidos em três (para alguns, quatro) gerações (CASADO FILHO, 2012).

Os direitos de primeira dimensão surgiram são os direitos civis e políticos. Os direitos de segunda dimensão representam os direitos sociais, econômicos e culturais. Os direitos de terceira dimensão estão relacionados aos direitos de fraternidade (direitos difusos) e, em regra, não se destinam à proteção individual, mas sim à proteção de grupos, o que se afina com as necessidades das sociedades de massa provenientes da urbanização das sociedades humanas. A terceira geração de direitos suscita questões referentes ao enquadramento, exemplificadamente, do “direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação”, os quais foram reconhecidos como direitos de solidariedade nos diversos documentos difundidos entre os Estados. Já os chamados direitos de quarta dimensão, entendem-se como os surgidos ao final do século XX para a preservação do ser humano, limitando o uso da engenharia genética. Abrangem o direito à democracia e ao pluralismo (direito dos povos). É uma geração questionada por muitos autores, que não a reconhecem (CAMPOS; TÁVORA, 2014).

## **2.1 PRIMEIRA DIMENSÃO**

Os direitos de primeira dimensão marcam a passagem de um Estado autoritário para um Estado de Direito e, nesse contexto, o respeito às liberdades individuais, em uma verdadeira perspectiva de absentéismo estatal. Surgindo o seu reconhecimento com maior evidência nas primeiras constituições escritas, e podem

ser caracterizados como frutos do pensamento liberal-burguês do século XVIII. (LENZA, 2013)

Ainda segundo Lenza (2013), alguns documentos históricos são marcantes para a configuração do que os autores chamam de direitos humanos de primeira geração (séculos XVIII e XIX), destacando-se: Magna Carta de 1215, assinada pelo rei “João Sem Terra”; Paz de Westfália (1648); Habeas Corpus (1679); *Bill os Rights* (1688); Declarações, seja a americana (1776) seja a francesa (1789). Já conforme Marchinhacki (2012), a primeira geração de direitos fundamentais dominou o século XIX tendo seu fundamento nas Declarações, sendo a primeira a do Estado da Virginia datada de 1776. Entretanto, a que influenciou os direitos fundamentais de primeira dimensão foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão citada pela Revolução Francesa de 1789.

São os direitos civis e políticos. Trata-se dos direitos individuais vinculados à liberdade, à igualdade, à propriedade, à segurança e à resistência às diversas formas de opressão. Direitos inerentes à individualidade, tidos como atributos naturais, inalienáveis e imprescritíveis, que por serem de defesa e serem estabelecidos contra o Estado, têm especificidade de direitos “negativos” (WOLKMER, 2002). Na mesma linha de pensamento segue Pedro Lenza ao afirmar que mencionados direitos dizem respeito às liberdades públicas e aos direitos políticos, ou seja, direitos civis e políticos a traduzir o valor da liberdade (LENZA, 2013). Portanto, a característica marcante dos direitos de primeira dimensão é a subjetividade (MARCHINHACKI, 2012).

Conforme Lemos (2013), a primeira dimensão de direitos surge como reação ao mecanismo de concentração do poder político do Estado absolutista, cuja arquitetura jurídica prejudicava a burguesia ascendente. E assim é que a positivação dos direitos de primeira dimensão em documentos solenes e superiores tem dupla conotação: de um lado, a sacralização do *pacta sunt servanda* e, do outro, a criação de um modelo de garantismo constitucional respaldador da estatalidade mínima. Segundo Marchinhacki (2012), a consagração dos direitos fundamentais de primeira dimensão foi resultado do movimento constitucionalista que pretendia a jurisdicização do absolutismo, tanto no seu sentido político, quanto econômico. O movimento queria que se assegurasse a separação dos poderes e que se proclamassem direitos individuais num documento constitucional como garantias da liberdade. Ainda conforme Romualdo Paulo Marchinhacki:

Esse período é associado à ascensão econômica da burguesia que reclamava influência política para se consolidar. No mesmo período, ganha força a teoria da personalidade jurídica do Estado. A afirmação de que o Estado é sujeito de direitos e obrigações é essencial para que os direitos fundamentais possam-lhe ser opostos (MARCHINHACKI, 2012, p. 169).

O rol jusfundamental da primeira dimensão se perfaz a partir do direito à vida, do direito à liberdade, do direito à propriedade, do direito à igualdade (igualdade formal, perante a Lei, e igualdade em termos de garantias processuais como o devido processo legal, habeas corpus, direito de petição etc.) e do direito à participação política. A partir de então, se infere, assim, que a primeira dimensão de direitos não transcende o mero conceitos de igualdade formal de todos perante a lei. Seu centro epistemológico é a autonomia privada, sendo, portanto, predominantemente direitos negativos de não intervenção do Estado no domínio privado, não demandando, em regra, ações estatais positivas para a sua concretização; é um “não fazer” do Estado, daí a ideia de direitos de defesa que demarcam zonas rígidas de não intervenção estatal nas relações jurídicas privadas (LEMOS, 2013).

Quanto às fontes legais institucionalizadas, os direitos civis clássicos de “primeira dimensão” surgiram e foram proclamados nas célebres declarações de direitos de Virgínia (1776) e da França (1789). Da mesma forma, tais direitos e garantias são positivados, incorporados e consagrados pela Constituição Americana de 1787 e pelas Constituições Francesas de 1791 e 1793. Por fim, recorda-se que o mais importante código privado dessa época – fiel tradução do espírito liberal-individual – foi o Código Napoleônico de 1804 (WOLKMER, 2002).

Os direitos fundamentais, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas são o produto peculiar, ressalvado certo conteúdo social característico do constitucionalismo francês, do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder (SARLET, 2012).

De acordo com o que anota Bonavides (2010, p. 563-564, *apud* LENZA, 2013, p. 1028), os direitos de primeira geração ou direitos de liberdades tem por titular o

indivíduo, são oponíveis ao Estado e traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa, ostentando uma subjetividade que é seu traço mais característico; dessa forma, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. Da mesma forma, é o que diz Sarlet (2012) ao afirmar que os direitos de primeira dimensão são, por esse motivo, apresentados como direitos de cunho “negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”, assumindo particular relevo no rol desses direitos, especialmente pela sua notória inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. Ainda nas palavras de Sarlet:

São, posteriormente, complementados por um leque de liberdades, incluindo as assim denominadas liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação etc.) e pelos direitos de participação política, tais como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, revelando, de tal sorte, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia. Também o direito de igualdade, entendido como igualdade formal (perante a lei) e algumas garantias processuais (devido processo legal, *habeas corpus*, direito de petição) se enquadram nesta categoria. (SARLET, 2012, p. 168-169)

Em suma, como relembra Paulo Bonavides, “cuida-se dos assim chamados direitos civis e políticos, que, em sua maioria, correspondem à fase inicial do constitucionalismo ocidental” (1997, *apud* SARLET 2012), mas que continuam a integrar os catálogos das Constituições no limiar do terceiro milênio, ainda que lhes tenha sido atribuído, por vezes, conteúdo e significado diferenciados (SARLET, 2012).

## **2.2 SEGUNDA DIMENSÃO**

Os direitos da segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem à reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um

maior ou menor grau de poder econômico (BONAVIDES, 1997, p. 53, *apud* LEMOS, 2013). Dessarte, a segunda dimensão de direitos traz à tona a necessidade de o Estado assegurar bens sociais imprescindíveis para a materialização da dignidade humana, solapada que tinha sido pela crença liberal burguesa (LEMOS, 2013). A respeito do assunto, eis o que afirma Sarlet:

Ainda na esfera dos direitos da segunda dimensão, há que atentar para a circunstância de que estes não englobam apenas direitos de cunho positivo, mas também as assim denominadas “liberdades sociais”, do que dão conta os exemplos da liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como do reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho, apenas para citar alguns dos mais representativos. (SARLET, 2012, p. 173-174)

São, conforme Antonio Carlos Wolkmer (2002), os direitos de segunda dimensão, os direitos sociais, econômicos e culturais, direitos fundados nos princípios da igualdade e com alcance positivo, pois não são contra o Estado, mas ensejam a garantia e a concessão a todos os indivíduos por parte do poder público. Esses direitos são, como assevera Celso Lafer:

Direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos – como o direito ao trabalho, à saúde, à educação – têm como sujeito passivo o Estado, porque (...) foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los. O titular desse direito, no entanto, continua sendo, como nos direitos de primeira geração, o homem na sua individualidade. (1998, p. 125-133, *apud* WOLKMER, 2002, p. 15)

Conforme dito por Pedro Lenza (2013), a segunda dimensão dos direitos humanos tem a Revolução Industrial europeia, a partir do século XIX, como o momento histórico que os inspira e impulsiona, em decorrência das péssimas situações e condições de trabalho, eclodindo movimentos como o cartista – Inglaterra e a Comuna de Paris (1848), na busca de reivindicações trabalhistas e normas de assistência social, sendo o início do século XX marcado pela Primeira Grande Guerra e pela fixação de direitos sociais. Em conformidade está o que diz Antonio Carlos Wolkmer (2002) ao afirmar que, na contextualização histórica dos direitos de “segunda dimensão” está mais do que nunca presente o surto do processo de industrialização e os graves impasses sócio econômicos que varreram a sociedade

ocidental entre a segunda metade do século XIX e as primeiras décadas do século XX.

Ainda de acordo com Lenza (2013), essa perspectiva de evidenciação dos direitos sociais, culturais e econômicos, bem como dos direitos coletivos, ou de coletividade, correspondendo aos direitos de igualdade (substancial, real e material e não meramente formal) mostra-se marcante em alguns documentos, destacando-se: a Constituição do México (1917); a Constituição de Weimar (1919), na Alemanha, conhecida como a Constituição da primeira república alemã; o Tratado de Versalhes – OIT (1919); e, no Brasil, a Constituição de 1934, sendo que nos textos anteriores também havia alguma previsão. Na mesma linha de pensamento afirma Wolkmer (2002) que as principais fontes legais institucionalizadas estão positivadas na Constituição Mexicana de 1917, na Constituição Alemã de Weimar de 1919, na Constituição Espanhola de 1931 e no Texto Constitucional de 1934 do Brasil.

Ainda conforme o que afirma Wolkmer (2002), o capitalismo concorrencial evolui para a dinâmica financeira e monopolista, e a crise do modelo liberal de Estado possibilita o nascimento do Estado do Bem-Estar Social, que passa a arbitrar as relações entre o capital e o trabalho. O período ainda registra o desenvolvimento das correntes socialistas, anarquistas e reformistas. Não menos importante para os avanços sociais são: a posição da Igreja Católica com sua doutrina social (a Encíclica *Rerum Novarum*, de Leão XIII, 1891); os efeitos políticos das Revoluções Mexicana (1911) e Russa (1917); os impactos econômicos do keynesianismo e o intervencionismo estatal do New Deal. Cria-se a Organização Internacional do Trabalho (1919); o movimento sindical ganha força internacional; a socialização alcança a política e o Direito (nascem o Direito do Trabalho e o Direito Sindical). (BEDIN, 1998, p. 61-72, *apud* WOLKMER, 2002)

Os direitos fundamentais de segunda geração buscam assegurar os direitos sociais, econômicos e culturais, tendo seu fundamento no princípio da igualdade, e obrigam a prestações positivas por parte do Estado na realização da justiça social. E, por exigirem do Estado prestações positivas, muitas delas impossíveis de serem cumpridas, os direitos de segunda geração permanecem por um longo período na esfera programática, sendo reconhecidos apenas como diretrizes ou programas a serem atingidos (MARCHINHACKI, 2012).

De acordo com Sarlet (2012), o impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social. A nota distintiva destes direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, na lapidar formulação de C. Lafer, de propiciar um “direito de participar do bem-estar social”. Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado.

Estes direitos fundamentais, que embrionária e isoladamente já haviam sido contemplados nas Constituições francesas de 1793 e 1848, na Constituição brasileira de 1824 e na Constituição alemã de 1849 (que não chegou a entrar efetivamente em vigor), caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem, ao indivíduo, direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, utilizando-se a formulação preferida na doutrina francesa (SARLET, 2012).

De acordo com André de Carvalho Ramos (2012), a segunda geração de direitos humanos representa a modificação do papel do Estado, exigindo-lhe um vigoroso papel ativo, além do mero fiscal das regras jurídicas. Esse papel ativo, embora necessário para proteger os direitos de primeira geração, era visto anteriormente com desconfiança, por ser considerado uma ameaça aos direitos do indivíduo. Contudo, sob a influência das doutrinas socialistas, constatou-se que a inserção formal de liberdade e igualdade em declarações de direitos não garantia a sua efetiva concretização, o que gerou movimentos sociais de reivindicação de um papel ativo do Estado para realizar aquilo que Celso Lafer denominou “direito de participar do bem-estar social” (1991, *apud* RAMOS, 2012). Cabendo salientar que, tais quais os direitos da primeira geração (ou dimensão), os direitos sociais são também titularizados pelo indivíduo contra o Estado. Nesse momento, são reconhecidos os chamados direitos sociais, como o direito à saúde, educação, previdência social, habitação, entre outros, que demandam prestações positivas do Estado para seu atendimento e são denominados direitos de igualdade por

garantirem, justamente às camadas mais miseráveis da sociedade, a concretização das liberdades abstratas reconhecidas nas primeiras declarações de direitos.

Conforme o que diz Lemos (2013), a maior parte da doutrina aponta a Constituição mexicana de 1917 e em especial a de Weimar de 1919 na Alemanha como marcos de inovação na ordem constitucional no que diz aos direitos de segunda dimensão. Realmente, não seria justo deixar de homenagear tais Constituições, vez que pioneiras na positivação sistemática de direitos sociais, econômicos, culturais e trabalhistas. Destarte, sob os influxos de Weimar, desponta o constitucional social bem mais intervencionista e almejando a realização da justiça social e a proteção dos hipossuficientes, enquanto classe menos favorecida. As liberdades formais do paradigma liberal burguês foram insuficientes para salvaguardar a dignidade humana dos trabalhadores. Urgia, por conseguinte, ampliar o catálogo de direitos fundamentais a partir da inclusão de uma segunda dimensão com potencial para realizar a justiça social mediante ações positivas do Estado.

É, contudo, no século XX, de modo especial nas Constituições do segundo pós-guerra, que estes novos direitos fundamentais acabaram sendo consagrados em um número significativo de Constituições, além de serem objeto de diversos pactos internacionais. Como oportunamente observa Paulo Bonavides, estes direitos fundamentais, no que se distinguem dos clássicos direitos de liberdade e igualdade formal, nasceram “abraçados ao princípio da igualdade”, entendida esta num sentido material (SARLET, 2012).

É de extrema importância se observar que nos direitos fundamentais de segunda geração não são englobados apenas direitos a prestação, mas também, algumas liberdades sociais, como a liberdade de sindicalização e o direito de greve, bem assim, direitos fundamentais dos trabalhadores, como o direito a salário mínimo, ao repouso semana remunerado etc.. São, por isso, chamados de direitos sociais, por atenderem às reivindicações de justiça social, muito embora, na maior parte dos casos, esses direitos tenham por titulares os indivíduos (MARCHINHACKI, 2012).

Os direitos humanos de segunda geração são frutos, como visto, das chamadas lutas sociais na Europa e Américas, sendo seus marcos: a Constituição mexicana de 1917 (que regulou o direito ao trabalho e à previdência social), a Constituição alemã de Weimar de 1919 (que, em sua parte II estabeleceu os

deveres do Estado na proteção dos direitos sociais) e, no Direito Internacional, o Tratado de Versalhes, que criou a Organização Internacional do Trabalho, reconhecendo os direitos dos trabalhadores (RAMOS, 2012).

A segunda dimensão dos direitos fundamentais abrange, portanto, bem mais do que os direitos de cunho prestacional, de acordo com o dito anteriormente, de acordo com o que ainda propugna parte da doutrina, inobstante o cunho “positivo” possa ser considerado como o marco distintivo desta nova fase na evolução dos direitos fundamentais. Saliente-se, contudo, que, a exemplo dos direitos da primeira dimensão, também os direitos sociais (tomados no sentido amplo ora referido) se reportam à pessoa individual, não podendo ser confundidos com os direitos coletivos e/ou difusos da terceira dimensão. A utilização da expressão “social” encontra justificativa, entre outros aspectos que não nos cabe aprofundar neste momento, na circunstância de que os direitos da segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem à reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico (SARLET, 2012).

### **2.3 TERCEIRA DIMENSÃO**

Surgem, então, os direitos fundamentais de terceira geração, ao final do século XX, fundamentados do princípio da solidariedade ou fraternidade e que se caracterizam pela titularidade difusa ou coletiva, ou seja, o titular desses direitos não é o homem isoladamente, mas a coletividade, os grupos sociais, sendo exemplos de direitos fundamentais de terceira geração: a qualidade do meio ambiente, o direito à paz, a proteção ao patrimônio histórico e cultural (MARCHINHACKI, 2012). Afirma Pedro Lenza (2013), que os direitos de terceira dimensão são marcados pela alteração da sociedade por profundas mudanças na comunidade internacional (sociedade de massa, crescente desenvolvimento tecnológico e científico), identificando-se profundas alterações nas relações econômico-sociais, surgindo, assim, novos problemas e preocupações mundiais, tais como a necessária noção de

preservacionismo ambiental e as dificuldades para proteção dos consumidores. O ser humano passa a ser inserido em uma coletividade, passando a ter direitos de solidariedade ou fraternidade.

A terceira dimensão dos direitos fundamentais também é conhecida como a dimensão dos direitos de fraternidade e de solidariedade, na medida em que a titularidade dos direitos transcende o homem-indivíduo para alcançar determinados grupos humanos, como por exemplo, a família, os consumidores, a nação etc. Os direitos de terceira dimensão se acoplam à expressão “fraternidade” do lema revolucionário francês porque têm por destinatário o gênero humano per se, e não um único indivíduo titular de um direito subjetivo. Com isso, pode-se afirmar que os direitos fundamentais de terceira dimensão são classificados em direitos coletivos ou difusos (LEMOS, 2013). Para André de Carvalho Ramos (2012), os direitos de terceira geração são aqueles de titularidade da comunidade, como o direito ao desenvolvimento, direito à paz, direito à autodeterminação e, em especial, o direito ao meio ambiente equilibrado. São chamados de direitos de solidariedade. São frutos da descoberta do homem vinculado ao planeta Terra, com recursos finitos, divisão absolutamente desigual de riquezas em verdadeiros círculos viciosos de miséria e ameaças cada vez mais concretas à sobrevivência da espécie humana.

É o que, também, afirma Sarlet (2012), ao dizer que os direitos fundamentais da terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa. Para outros, os direitos da terceira dimensão têm por destinatário precípua “o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta” (BONAVIDES, 1997, p. 523, *apud* SARLET 2012, p. 176-177). Conforme afirma Pedro Lenza (2013), os direitos de terceira dimensão são direitos transindividuais que transcendem os interesses do indivíduo e passam a se preocupar com a proteção do gênero humano, com altíssimo teor de humanidade e universalidade. Segundo Waldeck Lemos (2013), constam, os direitos de terceira dimensão, a proteção do meio ambiente, os direitos do consumidor, a busca do desenvolvimento econômico, os direitos do gênero humano (da essência do ser humano), o patrimônio comum da humanidade (preocupação com os destinos da

humanidade) e outros constam na pauta dos direitos da terceira dimensão. Com rigor, são direitos transindividuais com fulcro na solidariedade.

Conforme corroborado na obra de Wolkmer (2002), na particularização desses “novos” direitos transindividuais, importa lembrar que os chamados direitos relacionados à proteção do meio ambiente e do consumidor começaram a ganhar impulso no período pós Segunda Guerra Mundial. A explosão das bombas atômicas em Hiroshima e Nagasaki, a mutilação e o extermínio de vidas humanas, a destruição ambiental e os danos causados à natureza pelo desenvolvimento tecnológico desencadearam a criação de instrumentos normativos no âmbito internacional. Igualmente uma política governamental em defesa dos consumidores foi sendo estabelecida nas décadas de 70 e 80 nos Estados Unidos e na Europa. Como recorda o professor José Rubens M. Leite, os primeiros estudos no Brasil sobre a necessidade de instrumentos jurisdicionais para regulamentar interesses meta-individuais aparecem no final dos anos 70 (os trabalhos de José Carlos Barbosa Moreira e Ada Pellegrini Grinover). O coroamento de toda discussão foi a aprovação a Lei da Ação Civil Pública (nº 7.347/85), que disciplina e protege o meio ambiente, o consumidor, os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Conforme dito por Antonio Carlos Wolkmer (2002), os direitos de terceira dimensão são os direitos meta-individuais, direitos coletivos e difusos, direitos de solidariedade. A nota caracterizadora desses direitos “novos” é a de que seu titular não é mais o homem individual (tampouco regulam as relações entre os indivíduos e o Estado), mas agora dizem respeito à proteção de categorias ou grupos de pessoas (família, povo, nação), não se enquadrando nem no público, nem no privado. Importante destacar o que frisa, ainda, a obra de Wolkmer (2002) ao afirmar que, sendo aspecto nuclear dos direitos metaindividuais, a distinção entre direitos difusos e coletivos nem sempre fica muito clara, podendo-se dizer que o critério subjetivo os diferencia (maior ou menor indeterminação dos titulares do Direito). Os direitos difusos centram-se em realidades fáticas, “genéricas e contingentes, acidentais e mutáveis” (WOLKMER, 2002, p. 17) que engendram satisfação comum a todos (pessoas anônimas envolvidas, mas que gastam produtos similares, moram na mesma localidade etc.), enquanto os direitos coletivos envolvem interesses comuns no interior de organizações sociais, de sindicatos, de associações profissionais etc.

De acordo com Bonavides (2010, p. 569, apud, LENZA, 2013. p. 1030), a teoria de Karel Vasak identificou em rol exemplificativo, os seguintes direitos de terceira dimensão: direito ao desenvolvimento; direito à paz (atualmente classificado, por Bonavides, como direito da quinta dimensão); direito ao meio ambiente. Direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade; direito de comunicação. Na mesma linha de raciocínio afirma Sarlet (2012), que dentre os direitos fundamentais da terceira dimensão consensualmente mais citados, cumpre referir os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação.

Ainda seguindo o citado na obra de Wolkmer (2002), ao reconhecer os direitos de terceira dimensão é possível perceber duas posições entre os doutrinadores nacionais: a) Interpretação abrangente acerca dos direitos de solidariedade ou fraternidade (Lafer, Bonavides, Bedin, Sarlet): incluem-se aqui os direitos relacionados ao desenvolvimento, à paz, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente sadio, à qualidade de vida, o direito de comunicação etc.; b) Interpretação específica acerca de direitos transindividuais (Oliveira Jr.): aglutinam-se os direitos de titularidade coletiva e difusa, adquirindo crescente importância o Direito ambiental e o Direito do consumidor. Segundo Sarlet:

Cuida-se, na verdade, do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes consequências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais. (SARLET, 2012, p. 177-178)

É de imperativa relevância uma nota distintiva destes direitos da terceira dimensão reside basicamente na sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável, o que se revela, a título de exemplo, especialmente no direito ao meio ambiente e qualidade de vida, o qual, em que pese ficar preservada sua dimensão individual, reclama novas técnicas de garantia e proteção. A atribuição da titularidade de direitos fundamentais ao próprio Estado e à Nação (direitos à autodeterminação, paz e desenvolvimento) tem suscitado sérias dúvidas no que concerne à própria qualificação de grande parte destas reivindicações como autênticos direitos fundamentais. Compreende-se, portanto, porque os direitos da

terceira dimensão são denominados usualmente como direitos de solidariedade ou fraternidade, de modo especial em face de sua implicação universal ou, no mínimo, transindividual, e por exigirem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para sua efetivação (SARLET, 2012).

De acordo com o que afirma Wolkmer (2002), insta salientar aqui, portanto, por fim, as fontes na legislação nacional em que são contemplados, direta ou indiretamente, alguns dos principais direitos “novos” de “terceira dimensão”. A fundamentação é encontrada na Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), na Constituição Brasileira de 1988 (direitos não expressos ou atípicos, art. 5º, § 2º<sup>3</sup>), no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) e no Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11/09/1990).

Desta forma, afirma Marchinhacki (2012), com os direitos fundamentais de terceira geração completa-se, então, o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade, fraternidade, no qual a primeira geração seria a dos direitos de liberdade, a segunda geração a dos direitos de igualdade e a terceira geração estando relacionada à fraternidade que corresponde aos direitos de solidariedade.

## 2.4 QUARTA E QUINTA DIMENSÕES

Em conformidade com o que diz Romualdo Paulo Marchinhacki (2012), já se fala, atualmente, nos direitos fundamentais de quarta geração. Segundo afirma Bonavides, a “globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração que, aliás, correspondem à derradeira fase da institucionalização do Estado social” (2003, p. 571, *apud* MARCHINHACKI, 2012). Ainda conforme Bonavides, os direitos de quarta dimensão consistem no direito à democracia, direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a materialização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo quedar-se no plano de todas as afinidades e relações de coexistência. Assim, os direitos de quarta dimensão,

---

<sup>3</sup> Art. 5º 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: (...) § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

decorrem da globalização dos direitos fundamentais, o que significa universalizá-los nos campo institucional. Já nos ensinamentos de Roberto Bobbio, referida geração de direitos decorreria dos avanços no campo da engenharia genética, ao colocarem em risco a própria existência humana, por meio da manipulação do patrimônio genético. Segundo o italiano: "... já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo" (BOBBIO, 1992, *apud* LENZA, 2013, p. 1030).

Para Sarlet (2012), ainda no que tange à problemática das diversas dimensões dos direitos fundamentais, é de se referir a tendência de reconhecer a existência de uma quarta dimensão, que, no entanto, ainda aguarda sua consagração na esfera do direito internacional e das ordens constitucionais internas. Assim, impõe-se examinar, num primeiro momento, o questionamento da efetiva possibilidade de se sustentar a existência de uma nova dimensão dos direitos fundamentais, ao menos nos dias atuais, de modo especial diante das incertezas que o futuro nos reserva. Além do mais, não nos parece impertinente a ideia de que, na sua essência, todas as demandas na esfera dos direitos fundamentais gravitam, direta ou indiretamente, em torno dos tradicionais e perenes valores da vida, liberdade, igualdade e fraternidade (solidariedade), tendo, na sua base, o princípio maior da dignidade da pessoa.

Paulo Bonavides (1997, p. 524 e segs. *apud* RAMOS, 2012, p. 25), escorado em lições de Vasak e outros, adiciona ainda o direito de comunicação e recentemente defende o nascimento da quarta geração ou dimensão, sendo resultante da globalização dos direitos humanos, correspondendo aos direitos de participação democrática (democracia direta), informação e direito ao pluralismo (RAMOS, 2012). É importante observar, ainda conforme André de Carvalho Ramos (2012) que a teoria geracional vista acima é criticada nos dias de hoje por transmitir, de forma errônea, o caráter de sucessão de uma geração por outra. Como salienta Bonavides (1993, *apud* RAMOS, 2012, p. 25), enquanto em relação aos seres vivos há a sucessão entre as gerações, no caso dos direitos humanos há, ao contrário, a acumulação de direitos. Para o citado autor, a melhor expressão seria "dimensão", que se justifica tanto pelo fato de não existir realmente uma sucessão ou desaparecimento de uma geração por outra, mas também quando novo direito é

reconhecido, os anteriores assumem uma nova dimensão, de modo a melhor interpretá-los e realizá-los.

É de extrema importância destacar que há que referir, no âmbito do direito pátrio, a posição do notável Paulo Bonavides, que, com a sua peculiar originalidade, se posiciona favoravelmente ao reconhecimento da existência de uma quarta dimensão, sustentando que esta é o resultado da globalização dos direitos fundamentais, no sentido de uma universalização no plano institucional, que corresponde, em sua opinião, à derradeira fase de institucionalização do Estado Social. Para o ilustre constitucionalista cearense, esta quarta dimensão é composta pelos direitos à democracia (no caso, a democracia direta) e à informação, assim como pelo direito ao pluralismo. A proposta de Bonavides, comparada com as posições que arrolam os direitos contra a manipulação genética, mudança de sexo etc., como integrando a quarta geração, oferece a nítida vantagem de constituir, de fato, uma nova fase no reconhecimento dos direitos fundamentais, qualitativamente diversa das anteriores, já que não se cuida apenas de vestir com roupagem nova reivindicações deduzidas, em sua maior parte, dos clássicos direitos de liberdade (SARLET, 2012).

No entanto, ainda conforme Ingo Wolfgang Sarlet (2012), também a dimensão da globalização dos direitos fundamentais, como formulada por Paulo Bonavides, está longe de obter o devido reconhecimento no direito positivo interno (ressalvando-se algumas iniciativas ainda isoladas de participação popular direta no processo decisório, como ocorre com os Conselhos Tutelares – no âmbito da proteção da infância e da juventude – e especialmente com as experiências no plano do orçamento participativo, apenas para citar alguns exemplos) e internacional, não passando, por ora, de justa e saudável esperança com relação a um futuro melhor para a humanidade, revelando, de tal sorte, sua dimensão (ainda) eminentemente profética, embora não necessariamente utópica, o que, aliás, se depreende das palavras do próprio autor citado, para quem, os direitos de quarta dimensão “compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão somente com eles será legítima e possível a globalização política” (BONAVIDES, 2010, p. 526, *apud* SARLET, 2012). Os direitos de quarta dimensão são, portanto, conforme colaciona Antonio Carlos Wolkmer:

Os direitos referentes à biotecnologia, à bioética e à regulação da engenharia genética. Trata dos direitos que têm vinculação direta com a vida humana, como a reprodução humana assistida (inseminação artificial), aborto, eutanásia, cirurgias intra-uterinas, transplantes de órgão, engenharia genética (“clonagem”), contracepção e outros. (WOLKMER, 2002, p. 19)

Em conformidade, ainda, com o que afirma Wolkmer (2002), tais direitos de natureza polêmica, complexa e interdisciplinar vêm merecendo a atenção de médicos, juristas, biólogos, filósofos, teólogos, psicólogos, sociólogos e de uma gama de humanistas e profissionais da saúde. Reconhece Norberto Bobbio serem direitos de “quarta geração”, espelhando os “efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo”. Portanto, esses direitos emergiram no final do século XX e projetam grandes e desafiadoras discussões nos primórdios do novo milênio. Tal fato explica o descompasso e os limites da Ciência Jurídica convencional para regulamentar e proteger com efetividade esses procedimentos. Daí a prioridade de se redefinirem as regras, os limites e as formas de controle que conduzam a uma prática normativa objetivada para o bem-estar e não a ameaça ao ser humano. Essas questões preocupantes para toda a humanidade reforçam a necessidade imperativa de uma legislação internacional. Nesse sentido, é o que comenta Regina Sawen (1997, apud, WOLKMER, 2002):

Os conflitos advindos (...) da sofisticação das técnicas de procriação assistida, do tráfico de embriões e de órgãos, da produção de armas bioquímicas, da prática de controle da natalidade, da clonagem e de outros “possíveis” à Engenharia Genética só poderão ser adequadamente resolvidos por meio de acordos internacionais. (1997, p. 57, apud WOLKMER, 2002, p. 20)

Cumpra-se esclarecer que o progresso das ciências biomédicas e as verdadeiras revoluções tecnológicas no campo da saúde humana projetaram preocupações sobre a regulamentação ética envolvendo as relações entre a biologia, medicina e a vida humana (WOLKMER, 2002). Resta observar que esses direitos reconhecidos como “novos” advindos da biotecnologia e da engenharia genética necessitam prontamente de uma legislação regulamentadora e de uma teoria jurídica (quer no que tange à aceitação de novas fontes, quer no que se refere às novas interpretações e às novas práticas processuais) capaz de captar as

novidades e assegurar a proteção à vida humana. Por fim, alguns subsídios legais que podem viabilizar fundamentos para os “novos” direitos da bioética: Código de Nuremberg (1947), Declaração de Helsinque (1964), Lei Brasileira da Biossegurança (nº 8.974), de 05/01/1995 e Lei de Doação de Órgãos (nº 9.434), de 04/02/1997. Existem vários projetos de lei tramitando no Congresso Nacional sobre clonagem, reprodução humana assistida e eutanásia (WOLKMER, 2002).

Consoante o que ensina Sarlet (2012), considerações similares dizem respeito ao direito à paz, que, na concepção de Karel Vasak, integra a assim designada terceira dimensão dos direitos humanos e fundamentais, mas que, de acordo com a proposta de Paulo Bonavides, movida pelo intento de assegurar ao direito à paz um lugar de destaque, superando um tratamento incompleto e teoricamente lacunoso, de tal sorte a resgatar a sua indispensável relevância no contexto multidimensional que marca a trajetória e o perfil dos direitos humanos e fundamentais, reclama uma reclassificação mediante sua inserção em uma dimensão nova e autônoma.

Sem que, aqui, seja possível aprofundar a matéria, verifica-se, como bem aponta o mesmo Paulo Bonavides, uma tendência de o direito à paz (consagrado como princípio fundamental no artigo 4º, inciso VI, da Constituição de 1988<sup>4</sup>), ainda que de modo isolado e carente de um desenvolvimento por parte da doutrina, ser invocado na esfera das relações internacionais, mas também em decisões de tribunais nacionais, como foi o caso, recentemente, da Sala Constitucional da Suprema Corte de Justiça da Costa Rica (SARLET, 2012).

Para além da qualificação jurídico-dogmática da paz como direito fundamental na ordem constitucional, aspecto que merece maior desenvolvimento, o que importa – e quanto a este ponto, absolutamente precisa e oportuna a sua revalorização – é a percepção de que a paz (interna e externa), em todos os sentidos que possa assumir, não reduzida à ausência de guerra entre as nações ou de ausência de guerra civil (interna), é condição para a democracia, o desenvolvimento e o progresso social, econômico e cultural, pressuposto, portanto (embora não exclusivo), para a efetividade dos direitos humanos e fundamentais de um modo geral (Sarlet, 2012).

---

<sup>4</sup> Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: VI - defesa da paz.

Já os direitos de quinta dimensão, como são chamados, são os direitos advindos das tecnologias de informação (Internet), do ciberespaço e da realidade virtual em geral. Conforme o que diz Wolkmer:

Frente à contínua e progressiva evolução da tecnologia de informação, fundamentalmente da utilização da Internet, torna-se fundamental definir uma legislação que venha regulamentar, controlar e proteger os provedores e os usuários dos meios de comunicação eletrônica de massa. O debate sobre a informatização do universo jurídico divide os “internautas” entre os que se opõem à incidência do Direito na realidade virtual e os que proclamam a aplicação da lei e da jurisprudência no âmbito do ciberespaço. (WOLKMER, 2002, p. 22)

Este universo em expansão, constituído de redes de computadores e meios de transmissão, abre a perspectiva para o surgimento de “novos” direitos concentrados, como escreve Daniela Beppler, ao dizer que:

Um Direito Civil da Informática e um Direito Penal da Informática. O primeiro englobaria relações privadas e que envolvem a utilização da informática, como por exemplo, programas, sistemas, direitos autorais, transações comerciais, entre outros. O segundo, o Direito Penal da Informática (...) diz respeito às formas preventivas e repressivas, destinadas ao bom e regular uso da informática no cotidiano”. (1998, p. 43-56, *apud* WOLKMER, 2002)

É imprescindível destacar, ainda, que as três dimensões iniciais dos direitos humanos e fundamentais não se excluem, mas se complementam. Os direitos de liberdade complementam os direitos sociais e econômicos que, por sua vez, complementam os direitos de solidariedade. Podendo ocorrer, também, que alguns dos chamados, hoje, novos direitos sejam apenas os antigos adaptados às novas exigências do momento. Por essa razão, todas as gerações de direitos fundamentais devem ser situadas em um contexto de unidade e indivisibilidade, onde, em um processo de interação, se terá a compreensão do todo. Seguindo tal perspectiva, os direitos fundamentais são vistos como valores universais e atemporais, originários de uma razão natural, mas sim, como frutos de uma construção de origem histórico-cultural, baseando-se em valores expressos através dos princípios. Por conseguinte, verifica-se a existência de diversas correntes de pensamento que buscam um fundamento para os direitos fundamentais com a finalidade de reforça-los e garantir o seu cumprimento de maneira universal. (MARCHINHACKI, 2012)

Em conformidade com o que diz Wolkmer (2002), as mudanças e o desenvolvimento no modo de viver, produzir, consumir e relacionar-se, de indivíduos, grupos e classes podem perfeitamente determinar anseios, desejos e interesses que transcendem os limites e as possibilidades do sistema, propiciando situações de necessidade, carência e exclusão. Uma projeção para espaços periféricos como o brasileiro demonstra que as reivindicações e as demandas, legitimadas por sujeitos sociais emergentes, incidem, prioritariamente, em direitos à vida, ou seja, direitos básicos de existência e de vivência com dignidade. Claro está, portanto, que o surgimento e a existência dos “novos” direitos são exigências contínuas da própria coletividade frente às novas condições de vida e às crescentes prioridades impostas socialmente. Enfim, o processo histórico de criação ininterrupta dos “novos” direitos fundamenta-se na afirmação permanente das necessidades humanas e na legitimidade de ação dos novos sujeitos sociais.

### 3 DIREITO À LIBERDADE DE GÊNERO

Os direitos fundamentais representam o conjunto mínimo necessário para assegurar uma vida ao ser humano, baseado na liberdade e na dignidade para evitar que passe por sofrimentos (RODRIGUES; ALVARENGA, 2015). De acordo com Ingo Sarlet, os direitos fundamentais podem ser diferenciados dos direitos humanos, ao passo que o termo "direitos fundamentais" se aplica aqueles direitos do homem reconhecidos e positivados na esfera do direito Constitucional positivo de determinado Estado, enquanto a expressão "direitos humanos" faz referência aos direitos inerentes ao ser humano em nível supranacional, independentemente de sua vinculação à determinada ordem constitucional, aspirando validade universal (SARLET, 2003, p. 33-34).

Ainda em conformidade com os ensinamentos de Rodrigues e Alvarenga (2015), os direitos fundamentais surgiram em meio a necessidade de limitação e controle dos abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas, consagrando, assim, os princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado moderno contemporâneo. Portanto, os direitos fundamentais colocam-se como uma das previsões necessárias a todas as Constituições, no sentido de valorizar o respeito à dignidade da pessoa humana, garantir limitação de poder e visar o pleno desenvolvimento da personalidade humana.

A liberdade, como bem jurídico protegido, pode ser definida como “a faculdade de fazer, ou deixar de fazer, aquilo que à ordem jurídica se coadune. Vale dizer: é a prerrogativa que tem a pessoa de desenvolver, sem obstáculos, suas atividades no mundo das relações” (BITTAR, 2001, p. 101 *apud* ALMEIDA, 2007). Conforme ALMEIDA (2007), a tutela da liberdade a pessoa tem assegurado o exercício da sua liberdade de locomoção, de expressão de pensamento, de culto e outras no convívio social, desde que respeitados os limites impostos pelo próprio ordenamento.

A Constituição Federal é composta por um conjunto de normas fundamentais que tem por base os valores jurídicos fundamentais dominantes na sociedade e, esses valores fundamentais tratados pela Constituição Federal, são projetados nos princípios constitucionais. (ARAÚJO, 2000, p. 80, *apud* ALMEIDA, 2007). Dentre os princípios fundamentais podemos destacar a soberania, a cidadania, a dignidade da

pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político e o Estado democrático de direito (ALMEIDA, 2007).

De acordo com o que afirma Rodrigues e Alvarenga (2015), na história constitucional brasileira, nunca uma carta política proclamou de maneira tão abrangente e pormenorizada os direitos e garantias fundamentais do homem, como o fez a Constituição Federal de 1988. Isto se dá pelo fato de ser o Brasil um Estado Democrático de Direito, art. 1º da Constituição Federal<sup>5</sup>, indispensável à concretização dos direitos fundamentais. Pode-se afirmar que os direitos fundamentais são, em verdade, concretizações do máxi princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, consagrado expressamente em nossa Lei Fundamental e tido por ela como um valor essencial. Os direitos e garantias fundamentais são tratados no Título II da Constituição Federal e, conforme a lição de Araújo, os direitos fundamentais podem ser conceituados como “a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões” (2003, p. 87, apud, ALMEIDA, 2007, p. 20).

Os objetivos fundamentais constantes do artigo 3º da Constituição Federal<sup>6</sup> não constituem um rol taxativo, tratando-se da previsão de algumas das finalidades a serem seguidas. Os objetivos fundamentais expressamente previstos são os seguintes: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem estar de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, é o que afirma Andréia Quizini de Almeida (2007).

É de extrema relevância ressaltar, nas palavras de Sérgio Carrara (2010), a importância da Constituição Federal de 1988 para o panorama da política sexual no Brasil contemporâneo deve ser ressaltada. No momento em que foi elaborada, a chamada “Constituição Cidadã” espelhou a configuração de forças existente entre diferentes movimentos sociais que à época buscavam transportar para a esfera

---

<sup>5</sup> 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

<sup>6</sup> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

pública uma série de questões antes consideradas do âmbito da vida privada, muitas delas envolvendo questões relativas ao gênero e à sexualidade.

Certas transformações foram expressivas, como a formulação da equidade de gênero como direito constitucional e o reconhecimento legal da existência de diversas formas de família, reflexos claros da pressão de grupos feministas e de mulheres. Já a não inclusão na nova Carta constitucional da “orientação sexual” e da “identidade de gênero” entre as diversas situações de discriminação a serem combatidas pelos poderes públicos evidencia o quanto o contexto político daquele momento era desfavorável para o então chamado Movimento Homossexual Brasileiro ou, como se designa atualmente, Movimento LGBT. Mesmo com eventuais “derrotas”, contudo, a estrutura geral da Constituição, explicitamente comprometida com o respeito aos direitos humanos e a implementação de compromissos firmados nos tratados internacionais, tem permitido a juízes e tribunais desdobrarem os seus princípios fundamentais no sentido de garantir, de fato, certos direitos e contribuir para a criação de novas leis relativas às minorias sexuais (CARRARA, 2010).

Ainda segundo Sérgio Carrara (2010), a Carta de 1988 deve ser considerada, portanto, marco fundamental a partir do qual a sexualidade e a reprodução se instituem como campo legítimo de exercício de direitos no Brasil. Atualmente, é em torno dela que, da perspectiva da sociedade civil, são organizadas as demandas por reconhecimento de direitos e, da perspectiva do Estado, são geradas políticas públicas, instrumentos legais e decisões judiciais para responder a tais demandas. Conforme dito por Gabriela Barreto Alves:

A inclusão do Direito à Identidade de Gênero no âmbito dos Direitos Fundamentais é um tema novo, ainda pouco explorado pelos autores constitucionalistas, mas suscitado e reclamado pela agenda LGBT em todo o mundo. Ante a escassez de um conceito jurídico, ainda se faz necessário um esforço multidisciplinar para defini-lo, diferenciando-o dos discursos de sexo e gênero (2013, p. 14).

É certo que a liberdade e a igualdade são princípios fundamentais que estão presentes em quaisquer declarações de direitos humanos do constitucionalismo clássico e, portanto, notório que a união destes princípios leva ao reconhecimento lógico da possibilidade digna de cada ser humano orientar sua vida de maneira livre e merecedora de pleno respeito, inclusivamente, em relação à esfera de sua

identidade de gênero, se feminina, masculina, ou mesmo alheia a esta dualidade. Sendo de extrema relevância pontuar que a identidade de gênero pertence à esfera da vida individual e privada de cada sujeito, e deve ser resguardada da interferência de terceiros, estando no âmbito de proteção do direito fundamental à privacidade, sendo claro que essa identidade reside no âmbito da esfera deliberativa no indivíduo, e, como tal, merece resguardo e proteção do Estado como direito subjetivo (ALVES, 2013).

Em relação à liberdade e à autonomia individual pode-se afirmar que é uma razão bastante forte para defender o fim das discriminações pelo exercício da liberdade sexual, dessa parte da vida que liga um ser humano a outro e indiretamente a todos seres humanos. A autonomia tem uma história recente entre os indivíduos, não tendo mais do que duzentos anos como ideia-força da vida social e da moral pública. Essa história é ainda mais recente e frágil em sociedades como a brasileira, em que não é difícil encontrar os que afirmam que a autonomia e as liberdades civis não são as primeiras questões da vida pública (LOPES, 2007, *apud* ALVES, 2013).

Nesse ponto, conforme Lopes (2007, *apud* ALVES, 2013), dizer que a liberdade individual, inclusive a liberdade sexual é menor ou pode esperar, significa colocar a pessoa humana abaixo de objetivos falsamente mais altos e este argumento é típico dos que não valorizam a autonomia e acreditam que alguém está acima do próprio sujeito para determinar-lhe a vida e é contradição entre os que têm convicções religiosas (sejam elas religiosas no sentido vulgar, sejam elas convicções políticas com o caráter absoluto da verdade típico das convicções religiosas). A falsidade disso está em que essa espécie pressupõe muitas vezes um todo universal ('a sociedade') que existe acima e fora dos sujeitos que o compõem.

A noção de autonomia que fundou o constitucionalismo moderno rejeita essa ideia normativa de sobreposição. Para o liberalismo, as pessoas não existem para a sociedade, para a família, para a tradição, para a religião, para uma outra coisa qualquer. Logo, não se pode, sem boas razões, submeter a autonomia dos sujeitos a fins que ele não escolheu e cuja realização não elimina a possibilidade de outros escolherem e realizarem fins diferentes (LOPES, 2007, *apud* ALVES, 2013).

A liberdade, compreendida no limite do respeito simultâneo e compatível com igual liberdade de outrem, não é objeto de transação, pois se trata de um fim inerente à própria natureza humana, cuja proteção é a razão de um estado de direito constitucional (LOPES, 2007, p. 48, *apud* ALVES, 2013, p. 19).

Torna-se, portanto, evidente, ante ao exposto, que a imposição da manutenção de uma identidade sexual alheia à subjetividade, importada do meio social e externa à sua psique, é, a um só tempo, atentatório à sua dignidade e comprometedor de seu livre desenvolvimento psicossocial (ALVES, 2013).

É notório, então, que o direito à liberdade sexual está diretamente ligado ao desenvolvimento psicossocial do indivíduo e, portanto, interferir nessa esfera tão subjetiva de uma pessoa é ferir a própria liberdade do indivíduo de ser quem se é exercer o seu direito em o ser.

### **3.1 DIFERENCIAÇÃO DE SEXO E GÊNERO E A IDENTIDADE DE GÊNERO**

Conforme dito por Andréia Quizini de Almeida (2007), o sexo é característica inicial de identificação de uma pessoa. Para determinar o sexo do indivíduo é necessária uma conjugação de critérios. Resultando, o conceito de sexo, da integração dos diversos fatores biológicos, psíquicos e sociais que envolvem a vida do indivíduo. Segundo Elimar Szaniawski, em “Limites e Possibilidades do Direito de Redesignação do Estado Sexual”:

[...] a determinação completa e exata do sexo do ser humano deve ser realizada pelo conjunto de aspectos de sua sexualidade. Estes aspectos são classificados, sistematicamente, em três grupos: o sexo biológico, constituído pelo sexo morfológico, pelo sexo genético e pelo sexo endócrino, o sexo psíquico e o sexo civil (SZANIAWSKI, 1999, p. 36, *apud* ALMEIDA, 2007, p. 25).

A determinação do sexo de um indivíduo requer se observe vários aspectos que não sejam apenas os fatores biológicos, embora ainda existam autores que defendem a determinação do sexo enquanto baseiam-se apenas em critérios de ordem biológica.

O conceito de sexo requer uma análise pluridimensional. Vários são os fatores que influenciam na determinação do sexo de um indivíduo, notadamente os

de ordem biológica e os psicossociais (PENNA, 2010, p. 15). O sexo de um indivíduo, então, é resultado de uma harmonia, de um equilíbrio de fatores físicos, psicológicos e sociais. No entendimento de Raul Cleber da Silva Choeri:

A determinação do sexo do ser humano abrange diversos fatores de ordem física, psíquica e social. Num indivíduo tido como norma, há uma perfeita integração de todos os aspectos, tanto de cada um desses fatores isoladamente, como no equilíbrio entre todos eles. Assim, a definição de sexo individual, comumente aceita pelas Ciências Biomédicas e Sociais, resulta, basicamente, da integração de três sexos parciais: o sexo biológico, o sexo psíquico e o sexo civil (CHOERI, 2004, *apud* PENNA, 2010, p. 15).

Então, basicamente, o sexo de um indivíduo somente poderá ser determinado a partir da análise de três principais fatores: o biológico, o psicológico e o social. O que classifica o sexo em três sexos parciais, conforme citado anteriormente: o sexo biológico, o sexo psíquico e o sexo civil.

O sexo biológico é, resumidamente, a determinação do aspecto físico de um indivíduo. A classificação proposta por Elimar Szaniawski (1999, p. 36, *apud* ALMEIDA, 2007, p. 25), é que o sexo biológico é composto pelos sexos morfológico, genético e endócrino. Estando o sexo morfológico relacionado com os caracteres genitais e extragenitais, tais como timbre de voz, presença, ou não, de mamas, sendo que a existência de um ou de outro genital, atribuirá à pessoa a designação de pertencer ao sexo masculino ou feminino. Já o sexo genético é conhecido por “cromossômico”, no qual são os cromossomos sexuais os responsáveis pela determinação do sexo do indivíduo no momento da fecundação ovular. E o sexo endócrino é identificado nas glândulas sexuais, testículos e ovários, bem como naquelas destinadas à geração de hormônios e em outras glândulas, a exemplo da tireoide, responsabilizada em conceder ao indivíduo atributos de masculinidade ou feminilidade (ALMEIDA, 2007, p. 26). E ainda a respeito do sexo genético, quanto à formação cromossômica, Matilde Josefina Sutter faz um esclarecimento:

No núcleo de cada célula humana existem pequenas estruturas que só podem ser vistas com o auxílio de microscópio, principalmente quando em fase de divisão (metáfase): são os cromossomos. Consistem em 22 pares, mais um par sexual, perfazendo um total de 46 pares. O conjunto de cromossomos de um célula, denomina-se cariótipo. O padrão cromossômico 46 “XY” constitui o cariótipo genético do homem e o 46 “XX”, o da mulher. Dessa forma, a herança genética quanto ao cromossomo sexual recebida da mãe

será sempre “X” e o do pai poderá ser “X” ou “Y” (SUTTER, 1993, *apud*, PENNA, 2010, p. 16).

A formação cromossômica alterada pode dar origem a patologias como as Síndromes de Turner (“45X”) e Klinefelter (“47XXY”) que são tratadas como bissexualidades (PENNA, 2010, p. 16).

A respeito do sexo psíquico, denominado por alguns autores como sexo psicossocial, “é o conjunto de características responsáveis pela reação psicológica feminina ou masculina do indivíduo a determinados estímulos” (VIEIRA, 1996), ou ainda, segundo Ana Paula Ariston Barion Peres, aquele “resultante de interações genéticas, fisiológicas e psicológicas que se formaram dentro de uma determinada atmosfera sociocultural.” (PENNA, 2010, p. 19).

Apesar de resultar da interação de inúmeros fatores, o sexo psicossocial consiste na percepção que o indivíduo tem de si, ou seja, se se apresenta e identifica-se como homem ou como mulher, determinando sua identidade de gênero. São as reações do indivíduo frente a determinados estímulos, decorrentes do sexo biológico e de fatores culturais, que irão definir seu sexo psicossocial (OLIVEIRA, 2003, *apud* PENNA, 2010, p. 20). Em mesmo entendimento, em concordância com Matilde Josefina Sutter:

[...] por uma série de características que poderiam ser descritas como a reação psicológica do indivíduo frente a determinados estímulos. Reação está diferente em razão do sexo ao qual ele pertence, sendo que, de um modo geral, indivíduos do mesmo sexo apresentam reação semelhante. (...) Há também quem prefira considerar o sexo psicossocial resultante do sexo de criação, bem como do comportamento e identificação sexual (SUTTER, 1993, *apud*, ALMEIDA, 2007, p. 26).

É importante fazer um adendo, a partir da citação anterior, em relação ao sexo de criação, também conhecido por alguns como sexo social, se apresenta como aquele sexo relacionado diretamente ao meio em que vive o indivíduo, sendo, em regra, os pais aqueles que atuam fundamentalmente em sua definição, também podendo ser influenciado por pessoas diversas que integram a sociedade em que se vive (PERES, 2001, *apud* PENNA, 2010, p. 19).

Para Teresa Rodrigues Vieira, o sexo de criação é aquele manifestado pela opinião das pessoas acerca de um determinado indivíduo; por exemplo, um homem fenotipicamente normal, pode passa-se por uma mulher e ser aceito pela sociedade

como tal (VIEIRA, *apud* PENNA, 2010, p. 19). De forma um pouco mais didática, um indivíduo pode apresentar características biológicas comuns a ambos os sexos e apesar desse fator, esse indivíduo será criado e educado conforme apenas um deles, eleito pela família e pela comunidade.

O sexo de criação reflete o sexo biológico e o legal, mas, ainda assim, o indivíduo pode apresentar uma identidade de gênero diversa, como ocorre no caso dos transexuais (PENNA, 2010, p. 19).

O sexo jurídico, ou sexo legal, ou ainda sexo civil, como também é denominado, aquele constante na Certidão de Nascimento do indivíduo, lavrada no Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais. Determinado no momento do nascimento com base nas características biológicas, a partir do sexo morfológico apresentado, de acordo com a apresentação da sua genitália externa.

Como o sexo legal é determinado, como dito, a partir das características morfológicas, principalmente pela aparência externa da genitália; na maioria das vezes irá corresponder ao sexo biológico. No caso dos intersexuais, tal correspondência poderá não existir, vez que há a existência de conflito entre a genitália externa e os órgãos sexuais internos ou de aparência indefinida (PENNA, 2010, p. 18).

Já no caso dos transexuais, o sexo legal irá guardar correspondência com o biológico, mas irá divergir do sexo psicossocial e do papel de gênero desempenhado pelo indivíduo (PENNA, 2010, p. 18).

E é nos casos dos transexuais que se submeteram a cirurgia de redesignação sexual que a jurisprudência já autoriza a alteração do sexo legal, embora para o nosso ordenamento jurídico, o sexo legal seja, a princípio, imutável. Bem como o nome, também é, em regra, imutável. Atualmente, no contexto dos transexuais submetidos a cirurgia de redesignação sexual, a mudança do nome e do sexo jurídico vem sendo admitidas nos Tribunais, já que normalmente esses indivíduos se apresentam com nomes diversos dos que constam em seus registros.

Ano de 2016, Século XXI, e a sociedade vive, ainda, estigmatizada por conceitos e, principalmente, pré-conceitos. E um dos conceitos mais comuns é o que classifica o homem e a mulher. O fato é que para tal conceito a sociedade ainda se utiliza de uma classificação puramente de sexo, disseminando a crença de que o que define uma pessoa como homem ou mulher são os órgãos genitais possuídos, levando em conta unicamente um fator biológico. O que permite que se chegue à

conclusão de que a construção da identificação de homem e mulher não seja um fato biológico, e sim social, porque assim foi classificado pela sociedade.

Para a ciência biológica, o que determina o sexo de uma pessoa é o tamanho das suas células reprodutivas (pequenas: espermatozoides, logo, macho; grandes: óvulos, logo, fêmea), e só. Biologicamente, isso não define o comportamento masculino ou feminino das pessoas: o que faz isso é a cultura, a qual define alguém como masculino ou feminino, e isso muda de acordo com a cultura de que falamos (GOMES DE JESUS, 2012, p. 8).

O que leva, logicamente, a uma questão pouco discutida e trabalhada socialmente de forma nula, que é a questão de gênero. Porque gênero é social, o sexo é biológico. Indo o gênero muito além do sexo. Segundo Jaqueline Gomes de Jesus, o que importa, na definição do que é ser homem ou mulher, não são os cromossomos ou a conformação genital, mas a auto percepção e a forma como a pessoa se expressa socialmente.

Ao contrário da crença comum hoje em dia, adotada por algumas vertentes científicas, entende-se que a vivência de um gênero (social, cultural) discordante com o que se esperaria de alguém de um determinado sexo (biológico) é uma questão de identidade, e não um transtorno.” (GOMES DE JESUS, 2012, p. 9).

Conforme, ainda, Jaqueline Gomes de Jesus, esse é o caso das pessoas conhecidas como travestis, e das transexuais, que são tratadas, coletivamente, como parte do grupo que alguns chamam de “transgênero”, ou mais popularmente, *trans*.

Historicamente, a população transgênero ou *trans* é estigmatizada, marginalizada e perseguida, devido à crença na sua anormalidade, decorrente da crença de que o “natural” é que o gênero atribuído ao nascimento seja aquele com o qual as pessoas se identificam e, portanto, espera-se que elas se comportem de acordo com o que se julga ser o “adequado” para esse ou aquele gênero (GOMES DE JESUS, 2012, p. 11).

Seguindo, ainda, o pensamento de Jaqueline Gomes de Jesus, em nosso país, o espaço reservado a homens e mulheres transexuais, e a travestis, é o da exclusão extrema, sem acesso a direitos civis básicos, sequer ao reconhecimento de

sua identidade. São indivíduos que ainda têm de lutar muito para terem garantidos os seus direitos fundamentais.

É de extrema importância salientar que não há semelhança entre gênero e orientação sexual, não há de se falar em qualquer semelhança entre esses dois conceitos.

Gênero se refere a formas de se identificar e ser identificada como homem ou como mulher. Orientação sexual se refere à atração afetivossexual por alguém de algum/ns gênero/s. Uma dimensão não depende da outra, não há uma norma de orientação sexual em função do gênero das pessoas, assim, nem todo homem e mulher é “naturalmente” heterossexual (GOMES DE JESUS, 2012, p. 12).

É de indiscutível relevância expor aqui que uma pessoa transexual não é, necessariamente, homossexual, embora sejam identificados como membros de uma mesma comunidade, a LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais).

Tal qual as demais pessoas, uma pessoa *trans* pode ser bissexual, heterossexual ou homossexual, dependendo do gênero que adota e do gênero com relação ao qual se atrai afetivossexualmente (GOMES DE JESUS, 2012, p. 12).

Apartada das noções de sexo e gênero, a definição da sexualidade vai além do ato sexual e da reprodução. A sexualidade engloba da identidade de gênero, o afeto, as alterações físicas e psicológicas decorrentes do transcorrer da vida, a gravidez, o conhecimento do corpo, doenças sexualmente transmissíveis, transtornos sexuais, entre outros (ALVES, 2013).

Ainda conforme Alves (2013), as representações do que é eminentemente feminino ou masculino são, na verdade, edificadas pela sociedade em um dado momento histórico, se fortalecendo a noção de que os seres humanos são realmente socializados durante toda a vida para agir conforme a cartilha de condutas predeterminadas pela pelas instituições sociais, e não segundo uma destinação natural.

A identidade de gênero não possui necessariamente ligação com os sexos morfológico e/ou endócrino. A identidade de gênero é responsável por distinguir o indivíduo em meio a forçosa dualidade do feminino e masculino, rotulada pela sociedade como proprietários de papéis sociais distintos e o que não se enquadra nesse conjunto é fatalmente excluído, uma vez que é portador de um estigma,

sendo, tal divisão, necessária ao funcionamento da sociedade, já que cada sujeito conhecerá o papel que deverá desempenhar, não gerando desordem e confusão (PERES, 2001, *apud* ALVES, 2013).

No decurso do desenvolvimento da personalidade do indivíduo, a partir dos componentes que concorrem para a formação de seu sexo, identifica-se, o indivíduo, com um determinado gênero: feminino ou masculino, desenvolvendo uma convicção inafastável acerca de sua sexualidade. A identidade de gênero, por consequência, se manifesta como um sentimento do indivíduo quanto à sua identificação como homem ou mulher, o que pode ou não corresponder ao sexo atribuído a partir de seu nascimento (RODRIGUES; ALVARENGA, 2015).

É de extrema relevância destacar, neste momento, já que é o objetivo central do presente trabalho, destacar que considerado Transtorno de Identidade de Gênero quando o indivíduo, seja ele homem ou mulher, não se identifica com o seu gênero, por ser o seu sexo biológico distinto do seu sexo psicológico. Assim, esta pessoa pertence morfologicamente a um determinado sexo, mas psicologicamente pertence ao sexo oposto.

### **3.2 AS MINORIAS SEXUAIS**

É importante destacar que ao haver uma conjugação harmônica entre os fatores biológicos e psicológicos do sexo, estamos diante de um quadro de normalidade sexual. A normalidade está presente no indivíduo heterossexual, sendo a heterossexualidade caracterizada pela atração sexual e emocional entre pessoas de sexos opostos. Por outro lado, ao ocorrer uma desarmonia entre os fatores sexuais, ou seja, quando há um desequilíbrio entre os fatores biológicos e psíquicos, a definição do sexo pode apresentar perturbações que, de acordo com a Medicina, é denominada de “transtornos da sexualidade”, podendo, esses transtornos de sexualidade ser definidos segundo Genival Veloso de França (1998, p. 192 *apud* ALMEIDA, 2007, p. 27-28) como “distúrbios qualitativos ou quantitativos do instinto sexual, podendo existir como sintoma numa perturbação psíquica, como intervenção de fatores orgânicos, glandulares e simplesmente como questão da preferência sexual” e podem ser divididos em tipos sexuais. (ALMEIDA, 2007)

Os tipos sexuais são: a heterossexualidade, a homossexualidade, a bissexualidade, a pansexualidade, a assexualidade, a intersexualidade e a transexualidade, que é o enfoque do presente trabalho.

“Heterossexual é o indivíduo que realiza o padrão dito “normal” de sexualidade, desfrutando da harmonia entre os sexos biológicos, psíquico e civil; caracteriza-se por apresentar orientação sexual pelo sexo oposto ao seu” (CHOERI, 2004, p. 89 *apud* PENNA, 2010, p. 33). Será considerado heterossexual aquele que apresenta desejo sexual por pessoas que apresentam sexo biológico oposto ao seu (PENNA, 2010). Heterossexuais são, portanto, considerados os indivíduos que se sentem atraídos e se relacionam com pessoas do sexo oposto ao seu. Entretanto, desde a antiguidade, há relatos de pessoas que se comportavam de forma distinta a este costume. Deste modo, alguns homens preferiam relacionar-se com outros homens e mulheres se relacionavam com outras mulheres, e a estes grupos que sentem atração física e se relacionam com pessoas do mesmo sexo é dado o nome de homossexuais (RODRIGUES; ALVARENGA, 2015).

O indivíduo homossexual caracteriza-se pelo fato de preferir a atividade sexual com pessoas de sexo biológico idêntico ao seu. Não possui qualquer aversão ao seu sexo biológico por tê-lo como uma forma de satisfação sexual (ALMEIDA, 2007). É, portanto, a homossexualidade, caracterizada pela atração sexual e afetiva entre indivíduos do mesmo sexo.

A bissexualidade é caracterizada pela atração sexual e sentimental entre pessoas tanto do mesmo sexo quanto do sexo oposto. Os indivíduos bissexuais são, por interpretação lógica, aqueles têm afinidade por indivíduos de ambos os sexos, desta forma ora se relacionam com pessoas do mesmo sexo, ora com pessoas do sexo oposto.

A assexualidade é caracterizada pelo desprovemento de desejo sexual, ou seja, o indivíduo não se sente atraído fisicamente por qualquer pessoa, seja do sexo feminino ou masculino. No entanto, uma pessoa que se diz assexuada pode apaixonar-se por outra, amá-la e ser feliz, ainda que nunca se sinta sexualmente atraída e não tenha necessidades sexuais (RODRIGUES; ALVARENGA, 2015).

Intersexual é o indivíduo que possui ambiguidade de ordem biológica, em relação aos caracteres sexuais, sejam primários ou secundários (PENNA, 2010). A intersexualidade fundamenta-se “na existência de desequilíbrio entre os diferentes

fatores responsáveis pela determinação do sexo” (PERES, 2001, *apud* PENNA, 2010). Conforme o explicado por Andréia Quizini de Almeida:

O intersexual é o indivíduo que apresenta caracteres físicos e funcionais de ambos os sexos, é também denominado “hermafrodita”. Trata-se de uma pessoa possuidora de sexo indeciso, por ser portador de uma genitália externa ambígua, necessitando de exames complexos para a constatação do sexo predominante. Em alguns casos, as duas partes do aparelho sexual estão bem desenvolvidas, mas, geralmente, as duas são atrofiadas (ALMEIDA, 2007, p. 28).

A transexualidade apresenta-se, inicialmente, como um desencontro entre a identidade de gênero e a anatomia do indivíduo, acarretando uma forte identificação com o sexo oposto. Apesar de se tratar de uma condição humana relativamente comum, e que tenha sido reportada como presente nas mais diversas culturas e períodos, desde a antiguidade, sua realidade ainda é permeada por estigmas, preconceitos e exclusão (ALVES, 2013).

Como já citado anteriormente no trabalho, o indivíduo transexual é aquele considerado como possuidor de um Transtorno de Identidade de Gênero devido ao fato de seu sexo psicossocial transcende ao sexo biológico. E é, então, a partir deste ponto que chega-se ao foco principal deste trabalho.

Em conformidade com o dito por Alves (2013), em frente a tão amplas possibilidades alcançadas através do avanço da ciência e da tecnologia, as quais implicam a transformação das mentalidades e dos papéis sociais dos indivíduos há, para o Direito, o desafio de acompanhar tais mudanças. A grande questão colocada neste cenário é, portanto, a inviabilidade do reconhecimento jurídico exclusivamente de um sexo anatômico, negligenciando todos os outros aspectos da identidade de gênero de cada um.

#### 4 TRANSGÊNERO: DIREITOS E CIDADANIA

É considerada transexual a pessoa que não se identifica com o sexo biológico que lhe foi imposto, mas sim, com o gênero oposto ao seu sexo; por ser o seu sexo biológico distinto do seu sexo psicológico. Neste sentido, esta pessoa pertence morfológicamente a um determinado sexo, mas psicologicamente pertence ao sexo contrário. Ainda que a transexualidade seja estudo de diversas áreas do conhecimento, não se chegou a uma explicação científica que dê respostas exatas para a rejeição do próprio sexo e identificação com o gênero adverso (RODRIGUES; ALVRENGA, 2015).

No indivíduo transexual há uma separação entre o sexo morfológico e o psicológico. O indivíduo nasce com um sexo fisicamente definido, porém identifica-se psicologicamente com o sexo oposto. Sente que nasceu com o sexo errado; em razão disso, recusa com veemência o seu sexo morfológico. A transexualidade é entendida pela Medicina como uma anomalia da sexualidade humana (ALMEIDA, 2007). Transexual é considerado o indivíduo anatomicamente de um sexo, porém, que acredita veemente pertencer a outro sexo. Esta crença é tão forte que o transexual possui um desejo incessante de ter o corpo modificado com a finalidade de ajustar-se ao verdadeiro sexo, ou seja, ao seu sexo psicossocial (RODRIGUES e ALVARENGA, 2015).

“É uma pessoa marcada por um profundo e irreversível conflito de identidade, caracterizado pela rejeição ao sexo biológico, podendo chegar a situações extremas de automutilação ou, até mesmo, suicídio.” (PENNA, 2010, p. 21).

É importante destacar, aqui, que o indivíduo transexual é classificado como primário e secundário. Sendo considerado primário aquele indivíduo que manifesta desejo inequívoco de modificação do sexo, desde sua infância. Já o transexual secundário é aquele que encontra dificuldades para se identificar, podendo considerar-se homossexual ou travesti em alguns momentos de sua vida (NAVES; SÁ, 2006, *apud* RODRIGUES; ALVARENGA, 2010).

A doutrina costuma classificar a transexualidade em primária e secundária. Na transexualidade primária, encontra-se a verdadeira transexualidade: são os indivíduos que apresentam uma vontade inequívoca e veemente de modificar seu sexo externo, vez que, psicologicamente já se identificam com o sexo oposto. Essa vontade manifesta-se precocemente e essas pessoas não possuem qualquer desvio

sexual para a homossexualidade ou para o travestismo. Diferentemente da transexualidade secundária que oscila entre o homossexualismo e o travestismo, sendo o seu impulso transexual flutuante e temporário (PERES, 2001, p. 126, apud ALMEIDA, 2007, p. 31). E é por essa razão que a cirurgia de mudança de sexo é indicada apenas para os transexuais primários, pois, infere-se do seu diagnóstico a necessidade de intervenção (PERES, 2001, *apud* SALES et al., 2014).

A transexualidade:

Manifesta-se na pessoa desde cedo, ainda na infância. A criança prefere vestir-se com roupas que pertencem ao sexo oposto e, também seu modo de agir possui traços desse sexo, por exemplo, se é menino procura meninas para brincar e vice versa. Na adolescência adquire consciência do seu estado, dando origem a um duplo conflito: o conflito interno, caracterizado pela repulsa de pertencer a um sexo físico que sente não ser o seu. E o conflito externo, que está no relacionamento do indivíduo com a sociedade (ALMEIDA, 2007, p. 30-31).

Existem vários outros termos usados para fazer referência ao transexual ou ao estado transexual. No entanto, apesar dos inúmeros termos utilizados, transexualismo é o mais difundido, ainda que não seja isento de críticas. O termo transexualismo faz parecer tratar de um problema relacionado à sexualidade quando, na verdade, a questão refere-se a um transtorno de identidade (PENNA, 2010).

Embora muitos defendam a despatologização da transexualidade e a inutilização da expressão transexualismo, a mesma ainda é classificada como transtorno de identidade de gênero, constante na lista de doenças mentais, CID -10 Classificação Internacional de Doenças - editada pela OMS (RODRIGUES; ALVARENGA, 2015). Ainda conforme Rodrigues e Alvarenga (2015, p. 81), “nesse sentido, a Resolução nº 1.955/10 do Conselho Federal de Medicina, repetindo a previsão contida nas resoluções anteriores (de nº 1.482/97 e nº 1.652/02), estabelece os critérios mínimos para a definição do transexualismo”:

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 transtornos mentais.

Quanto às causas da transexualidade, existem várias teorias que buscam explicar sua causa, porém, até o presente momento, nenhuma dela é conclusiva (PENNA, 2010). Existe divergência entre os estudiosos acerca das causas da transexualidade. Há teorias que indicam que a transexualidade seria decorrente de problema genético, de alteração hormonal ou de fatores psicológicos, entretanto, outros entendem que seria decorrente da união de todos os fatores citados (ALMEIDA, 2007). A transexualidade é estudada por diversas áreas do conhecimento, medicina, psicologia e ciências jurídicas. No entanto, a ciência ainda não identificou de maneira precisa, do ponto de vista biológico, a explicação para a rejeição do gênero correspondente ao sexo, e duas são as correntes que se destacam neste assunto: a psicossocial e a neuroendócrina (RODRIGUES; ALVARENGA, 2015).

De forma breve, expondo a respeito das teorias, tem-se que a teoria psicossocial busca no ambiente em que a pessoa vive, as causas da transexualidade e são considerados que fatores como a família, a afetividade e a educação possam ser determinantes a identificação no indivíduo com o gênero oposto. Já a teoria neuroendócrina, ou teoria hormonal como também é conhecida, justifica-se em um desequilíbrio hormonal, sendo as causas para dito desequilíbrio diversas; podendo ser provenientes de uma patologia congênita, do estresse sofrido pela genitora durante a gestação ou, até mesmo, de um distúrbio neurológico - que levaria a um excesso ou diminuição da produção de estrógeno na gestante durante esta fase (CHOERI, 2004, *apud* PENNA, 2010).

Apesar da profunda convicção de não pertencer ao seu sexo biológico, o transexual não é portador de qualquer distúrbio psíquico. É a ausência de qualquer patologia o fundamental para o diagnóstico da transexualidade (PENNA, 2010). A pretensão do transexual é adequar o sexo psíquico e biológico ao sexo físico, procurando a adequação através de tratamento de psicanálise ou da cirurgia de redesignação de sexo e tudo com o fim de poder integrar-se na sociedade dentro do seu verdadeiro sexo: o psicológico e biológico (ALMEIDA, 2007).

É importante enfatizar aqui, e para isso retorna-se à classificação do transexual como primário e secundário, que:

os fatores que levam um transexual a ser classificado como secundário não fazem dele menos transexual que o primário, pois muitas vezes a pessoa procura comportar-se de acordo com os padrões que a sociedade exige, na tentativa de superar seus anseios e preferências, ainda mais sabendo de todas as dificuldades que enfrentará em uma sociedade preconceituosa” (RODRIGUES; ALVARENGA, 2015, p. 83).

Conforme, ainda, os ensinamentos de Rodrigues e Alvarenga, o fato de o transexual repudiar seus órgãos sexuais a ponto de querer extirpá-los não deve ser visto como a única forma de identificação da transexualidade, visto que estas características podem aparecer com maior ou menor intensidade em cada indivíduo. Sendo assim, é claramente possível que uma pessoa transexual consiga ter uma vida digna sem se submeter à cirurgia, que é altamente invasiva, porém, muitos transexuais só encontrarão sua dignidade após a realização da cirurgia, que adequará seu sexo psicológico ao sexo biológico (RODRIGUES e ALVARENGA, 2015).

Não há no transexual qualquer problema relativo à sua sexualidade. O conflito apresentado pelo indivíduo transexual diz respeito a sua identidade, por haver uma divergência entre seu corpo e a imagem que tem de si. O problema enfrentado pelo transexual é o de mostrar quem realmente é, existindo uma dificuldade em exteriorizar a sua verdadeira identidade (PENNA, 2010). O transexualismo, incontestavelmente, causa ao indivíduo dificuldades de inserção social, seja no aspecto religioso, familiar ou profissional, tendo o transexual uma vida altamente conflitante, angustiante, difícil e infeliz, decorrente da sua não identificação sexual (ALMEIDA, 2007).

Em relação ao tema discorre Iana Soares de Oliveira Penna que “a importância do estudo da transexualidade e de seus reflexos, especialmente jurídicos, não se justifica apenas em razão da transexualidade em si, mas da defesa da autonomia” (PENNA, 2010, p. 32).

Eis, portanto, a justificativa em que se ampara a busca e a defesa inerentes aos transexuais que esperam, tão somente, que os direitos que possuem lhes sejam efetivamente assegurados e resguardados para que tenham independência para serem efetivamente reconhecidos pelo que já se consideram ser e assim o são. Os indivíduos transexuais, como pessoas de direito que são, desejam e clamam pela real liberdade, sem qualquer interferência externa.

#### 4.1 TRANSGÊNERO: UM HIATO LEGISLATIVO

“Assumir a transexualidade numa sociedade preconceituosa que não tem conhecimento e consciência da situação do transexual faz com que o indivíduo seja ridicularizado e colocado à margem da sociedade.” (ALMEIDA, 2007).

O direito à busca do equilíbrio corpo-mente do transexual, ou seja, à adequação de sexo e prenome, está ancorado no direito ao próprio corpo, no direito à saúde (artigos 6<sup>o7</sup> e 196<sup>8</sup> da Constituição Federal), principalmente, no direito à identidade sexual, a qual integra um poderoso aspecto da identidade pessoal. Trata-se, destarte, de um direito da personalidade (VIEIRA, 2000).

O conceito de personalidade igualmente transmite a ideia de que todas as pessoas, de forma igualitária, são aptas a adquirir direitos e contrair obrigações (HOFFMANN, 2014). Dessa forma, o conceito de personalidade deve ser considerado sob dois aspectos distintos: o aspecto subjetivo, através do qual se reconhece a capacidade que toda pessoa possui de ser titular de direitos e obrigações; e o aspecto objetivo, onde “tem-se a personalidade como um conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico” (TEPEDINO, 2004, p. 27). A partir desse segundo sentido são deduzidos os denominados direitos de personalidade, que são intransmissíveis e importam apenas à pessoa do seu possuidor (HOFFMANN, 2013).

O indivíduo transexual está submetido – talvez de modo mais severo do que qualquer outro – a diferentes tensões nas relações sociais de dominação e exclusão, em virtude da identidade sexual que escolheu (SCHRAMM; BARBOZA; GUIMARÃES, 2011).

Cabe lembrar que a qualificação civil das pessoas humanas é feita pelo direito em função do sexo genital que apresentam ao nascer: classificada como do sexo masculino ou feminino, receberá um nome adequado a essa condição. Essa qualificação inicial – o nome civil - que só por exceção e por força de ordem judicial

---

<sup>7</sup> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

<sup>8</sup> Art. 196. 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.

será alterada, determinará todos os demais dados que permitem a identificação do indivíduo no meio social, seus direitos e deveres. A sociedade tem grande interesse na correta identificação das pessoas, que se inicia pelo nome, e muito contribui para a estabilidade das relações patrimoniais e existenciais (SCHRAMM; BARBOZA; GUIMARÃES, 2011).

A Lei de Registros Públicos (Brasil, 1973), em seu artigo 57, parágrafo 1<sup>o</sup>, e art. 58<sup>10</sup>, autoriza que o “verdadeiro” nome, ou seja, aquele que traduz a identidade da pessoa e pelo qual é conhecida no meio social substitua o nome civil, que se encontra esquecido em um arquivo cartorário. É o caso, muitas vezes, de artistas e atletas. Contudo, tal possibilidade é negada em muitos casos às pessoas transexuais, por não se considerar razoável a contradição flagrante entre o nome e o sexo, que denota erro ou mesmo falsidade. Se difícil é obter a autorização judicial para a alteração do nome, mais difícil é a modificação do sexo dos transexuais no Registro Civil (SCHRAMM; BARBOZA; GUIMARÃES, 2011).

Tendo sempre em mente os interesses e a dignidade da pessoa humana como base para qualquer legislação a ser produzida, aos direitos oriundos da personalidade é assegurado local de destaque em todo o ordenamento jurídico brasileiro (HOFFMANN, 2013). Desta forma, essencialmente assentados no princípio da dignidade da pessoa humana, os direitos de personalidade são aqueles considerados essenciais ao indivíduo, servindo para resguardar a sua dignidade – que também é protegida no art. 1<sup>o</sup>, inciso III da Constituição Federal de 1988<sup>11</sup> –, bem como o seu direito à vida, à liberdade, à honra, à intimidade (HOFFMANN, 2013).

A discriminação é um dos problemas enfrentados pelas pessoas que não estão incorporadas ao modelo conservador da consciência social. O padrão social tradicional pouco se alterou e as mentes ainda se mantêm conservadoras, através de costumes e de gerações, sem vontade para abrir os olhos à nova realidade. Todo

---

<sup>9</sup> Art. 57. A alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, ressalvada a hipótese do art. 110 desta Lei. § 1<sup>o</sup> Poderá, também, ser averbado, nos mesmos termos, o nome abreviado, usado como firma comercial registrada ou em qualquer atividade profissional.

<sup>10</sup> Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios.

<sup>11</sup> Art. 1<sup>o</sup> A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana.

ser humano tem a garantia de sua dignidade protegida pela Carta Magna. A ausência de respeito desse preceito violaria os valores democráticos e sociais da ordem nacional vigente (FIUZA, 2014).

A consequência do não enquadramento da pessoa transexual nas previsões jurídicas é a negação de seus direitos. É isto que está em jogo no debate jurídico – o cerceamento de direitos, tais como: o direito à identidade (nome e sexo), condizente com sua situação corporal; o direito à privacidade; o direito de não ser discriminado/a; o direito de exercer livremente sua orientação sexual; o direito de constituir família, de ter filhos, por adoção ou recurso às técnicas de reprodução assistida, e todos os demais direitos que são constitucionalmente assegurados a qualquer pessoa. Todavia, para que esses direitos sejam reconhecidos à pessoa transexual, é necessário que se reconheça, inicialmente, a autonomia sobre o próprio corpo, o poder dos indivíduos se autoconstruírem. As pessoas transexuais são tidas como seres que estão, a rigor, fora do direito, porque não são considerados nem homens, nem mulheres (SCHRAMM; BARBOZA; GUIMARÃES, 2011).

O homem vive em sociedade e procura fixar um objetivo, uma finalidade na sua vida social. O bem comum quer dizer que a sociedade deve buscar condições que possibilitem a cada ser humano, e/ou a cada grupo social, a realização de suas respectivas finalidades particulares (ALMEIDA, 2007).

E uma das formas de realização do bem comum é através das normas jurídicas, sobre as quais o Estado tem por objetivo propiciar a harmonia, a ordem e a segurança à sociedade humana, com a proteção da saúde, da moral pública, e o resguardo dos direitos e da liberdade das pessoas. Com relação ao transexual, é indiscutível a falta de norma jurídica específica para proteger o seu desenvolvimento pleno como ser humano possuidor de personalidade (ALMEIDA, 2007).

O Conselho Nacional de Medicina, desde 2002, reconhece a possibilidade de intervenção cirúrgica para os casos de transexualidade, por intermédio da Resolução nº 1955/2010, em que autorizou a realização das cirurgias em todo o território nacional, bem como de procedimentos complementares, exigindo, para tanto, dos candidatos à redesignação sexual a presença das características transexuais por, pelo menos, dois anos (ALVES, 2013). Em 2008, o Ministério da Saúde, pela Portaria nº 17707, instituiu na rede do Sistema Único de Saúde o chamado “Processo Transexualizador”. E muito embora “seja garantido ao indivíduo

transexual o acesso às cirurgias de redesignação sexual, a alteração de seu sexo jurídico e de seu nome registral não estão previstas no ordenamento jurídico brasileiro” (ALVES, 2013, p. 24).

A cirurgia de transgenitalização e a retificação do nome e designação sexual, para os transexuais, são fundamentos ao direito deles de ter a felicidade como exigência de uma vida digna (FIUZA, 2014).

O direito figura como elemento regulador das relações sociais e estas evoluem e se desenvolvem constantemente, devendo ser acompanhadas, à medida que se percebem mudanças nos comportamentos sociais. Contudo, o que se comprova na realidade é que a sociedade se desenvolve e o direito demora em acompanhá-la, muitas vezes, não preenchendo lacunas legislativas que se apresentam ao longo das referidas mudanças (LUZ, 2013).

A cirurgia de redesignação sexual tem caráter terapêutico, dessa forma não haveria na sua realização qualquer ilicitude, uma vez que tenha sido recomendada por médicos e psicólogos para a melhoria da saúde do transexual, seja da saúde física, seja da saúde psíquica. Realizada a cirurgia de redesignação sexual, o transexual encontra sérias dificuldades no pós-operado para buscar o equilíbrio social e a satisfação com relação ao exercício dos direitos da personalidade - nome, vida privada, identidade, próprio corpo (ALMEIDA, 2007).

No Brasil, contudo, não há legislação específica que regulamente os direitos dos transexuais, bem como das consequências jurídicas da realização da cirurgia de redesignação sexual. Percebe-se um esquecimento por parte do Poder Legislativo no tratamento dispensado aos indivíduos transexuais, na medida em que não há legislação norteadora das consequências jurídicas decorrentes do reconhecimento dos direitos dos indivíduos transexuais, explicitando, assim, a urgência na elaboração de referida legislação (LUZ, 2013).

O ordenamento jurídico é totalmente omissivo em comparação ao tema da transexualidade e aos direitos que lhes são cabíveis. Esta omissão fomenta ainda mais a discriminação e o preconceito quando o assunto é o transexual (MACHADO, 2011, p. 75, *apud* FIUZA, 2013).

No Brasil, ainda não existe lei em sentido estrito que garanta a transexuais o reconhecimento de sua identidade de gênero, nenhuma lei que garanta às pessoas transexuais o direito a mudar de nome e de sexo nos documentos. O que existe, nas palavras de Berenice Bento, são “gambiarras legais: a utilização do nome social.

Uma solução à brasileira. Mudar sem alterar substancialmente nada na vida da população mais excluída da cidadania nacional” (BENTO, 2012, p. 01).

A conversão do sexo biológico e a harmonização ao sexo psíquico não podem acontecer de forma isolada. Além da nova aparência física, o transexual necessita ser identificado com um nome que lhe seja compatível. Desta forma, a redesignação do sexo deve estar acompanhada da retificação do prenome, o que importa em consequências jurídicas diversas e, dentre elas, está a modificação do Registro Civil (CERVI, 2009).

#### **4.2 O DIREITO À MODIFICAÇÃO NO REGISTRO CIVIL DE PESSOAS NATURAIS**

A sociedade brasileira ainda é muito conservadora, possuindo muito preconceito em relação a qualquer tipo de grupo que não se enquadre no padrão tradicional comum, homem e mulher. Esse pensamento reflete na elaboração de leis do país, que não regulam determinadas questões, como a dos transexuais, que ficam a mercê no ordenamento jurídico brasileiro, não usufruindo de direitos fundamentais mínimos, como a alteração do prenome no registro civil de nascimento (DIAS, 2010).

O desejo de se parecer com o sexo oposto ao seu delineamento anatômico, aliado à evolução de técnicas cirúrgicas, tem feito com que cada vez maior número de transexuais consiga o seu intento físico, qual seja, redesignar seu corpo para o sexo oposto, conferindo maior sensação de bem-estar psicológico e aceitação pessoal. Apesar disso, referida conquista esbarra na carência legislativa brasileira, que não regulamenta a alteração do nome e sexo do transexual à margem do registro civil de pessoas naturais, o que faz com que a insatisfação pessoal se perpetue, não sendo razoável que o transexual passe por toda uma modificação em seu corpo, e, em contraposição, não lhe seja assegurada a alteração de seus registros, acentuando situações constrangedoras, causadas pela divergência entre seu aspecto físico e o constante de seus documentos pessoais (SOUZA, 2014).

Pode-se afirmar que, para alcançar sua completude, o transexual necessita reconhecer-se como titular do sexo oposto em todos os sentidos, seja médico (adequação do sexo biológico ao sexo psicológico), social (inclusão social deste indivíduo, para que seja

aceito pela sociedade) e jurídico (perante a lei). (RODRIGUES; ALVARENGA, 2015, p. 85).

A dignidade da pessoa humana é o valor máximo do atual ordenamento jurídico e engloba os direitos da personalidade do indivíduo, ao mesmo tempo em que, ela própria é um dos direitos fundamentais da pessoa, não podendo, portanto, sofrer limitação se não em função da proteção de direitos de terceiros (CUNHA, 2014). Em conformidade com Roberto Leonardo da Silva Ramos (2011):

A dignidade da pessoa humana é o mais imperioso valor do direito brasileiro, haja vista está atrelado ao próprio conceito de personalidade jurídica, sendo elemento norteador para a elevação do ser humano como bem principal a ser tutelado pelo ordenamento jurídico. Imprescindível que o direito proporcione às pessoas não apenas uma vida, mas uma vida digna, ou seja, que haja garantias mínimas para que os indivíduos gozem de salutar existência no meio social (RAMOS, 2011, p. 14).

O nome reveste-se de importância por se tratar da identificação social da pessoa, possuindo a finalidade de individualizá-lo e assegurar estabilidade jurídica desde as relações negociais até a sua própria satisfação psicológica. Nessa linha de entendimento, o nome civil é o símbolo, a marca, o elemento designativo, que manifestará a imagem da pessoa em comunidade (RAMOS, 2011). Sendo assim, o nome configura como direito garantido a todos, sendo considerado um dos mais importantes direitos da personalidade, não podendo ser objeto de desprezo ou constrangimento. Portanto, deve o direito adequar-se às realidades da sociedade, não se atrelando a preconceitos e discriminações mesquinhas, para reforçar valores democráticos e fazer valer seus fundamentos e objetivos constitucionais (SILVA, 2008).

Frise-se que, o Pacto de São José da Costa Rica, conhecido como Convenção Interamericana de Direitos Humanos, estabelece que os Estados devem obedecer e fazer cumprir os direitos da personalidade. Desta maneira, o transexual não poder deixar de ter reconhecido seu direito ao nome, pelo que é identificado no âmbito social, sendo tal pleito tutelado por normas internas e até mesmo internacionais (RAMOS, 2011).

Em seguida a cirurgia de redesignação sexual, o indivíduo transexual não está completo, pois de nada adianta estar com a genitália compatível com o seu sexo psicossocial, mas ainda constar em seu Registro Civil o nome e o sexo do seu

nascimento, que não condiz com a sua real personalidade, travando-se uma nova batalha, o pedido de retificação do nome e sexo no Registro Civil. A alteração destes dados é bastante discutida, e a jurisprudência encontra-se dividida entre a possibilidade de tais modificações e a negativa para estes procedimentos (RODRIGUES; ALVARENGA, 2015).

Após a realização da cirurgia de transgenitalização, através da qual é feita a mudança de sexo do indivíduo, deve ser autorizada a alteração do nome constante no Registro Civil, eis que essencial para a completa transformação do transexual. Tanto o nome quanto a sexualidade são considerados direitos de personalidade e, portanto, direitos fundamentais, essenciais ao pleno desenvolvimento da pessoa em sociedade. A Constituição Federal brasileira de 1988 estabeleceu a dignidade da pessoa humana como cláusula geral e obrigatória à tutela e promoção da personalidade dos cidadãos, de forma que o Estado, através de seus representantes, deve sempre garantir o cumprimento dessa norma (HOFFMANN, 2014).

O nome reveste-se de importância por se tratar da identificação social da pessoa, tendo a finalidade de individualizá-lo e assegurar estabilidade jurídica desde as relações negociais até a sua própria satisfação psicológica. Nessa linha de entendimento, o nome civil é o símbolo, a marca, o elemento designativo, que manifestará a imagem da pessoa em comunidade (RAMOS, 2011).

Já é consolidado o entendimento dos Tribunais ao que se refere à possibilidade da alteração do Registro Civil do transexual em decorrência da cirurgia de redesignação sexual. A fim de evitar qualquer desgaste emocional e preconceitos advindos da sociedade, o transexual pode alterar o seu prenome e o seu gênero constantes no seu Registro Civil, tornando-os compatíveis com a sua identidade de gênero (HOFFMANN, 2014). E é de extrema importância citar, aqui, que até o mesmo o Superior Tribunal de Justiça (STJ) possui posicionamento favorável ao reconhecimento do transexual no que se refere a este aspecto:

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, alçando sua autonomia privada em patamar de igualdade para com os demais integrantes da vida civil. A liberdade se refletirá na seara doméstica, profissional e social do recorrente, que terá, após longos anos de sofrimentos, constrangimentos, frustrações e dissabores, enfim, uma vida plena e digna.

- De posicionamentos herméticos, no sentido de não se tolerar “imperfeições” como a esterilidade ou uma genitália que não se conforma exatamente com os referenciais científicos, e, conseqüentemente, negar a pretensão do transexual de ter alterado o designativo de sexo e nome, subjaz o perigo de estímulo a uma nova prática de eugenia social, objeto de combate da Bioética, que deve ser igualmente combatida pelo Direito, não se olvidando os horrores provocados pelo holocausto no século passado. Recurso especial provido. (REsp 1008398/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 18/11/2009)

Sendo assim, a adequação do prenome e do sexo redesignado do transexual, é medida que traduz proteção aos elementos fundamentais da personalidade do ser humano, quais sejam, a dignidade, a indivisibilidade e a pessoalidade (GREGORIO, 2010, *apud* RODRIGUES; ALVARENGA, 2015). Observa-se que a retificação de registro civil do transexual que já realizou a cirurgia é quase que pacífica no entendimento dos tribunais. O desafio maior é garantir a retificação dos que ainda não realizaram a cirurgia (DIAS, 2010).

Assim, embora a Resolução 1652/2002 do Conselho Federal de Medicina autorize a realização de cirurgia de redesignação de sexo, a transgenitalização, mediante procedimento cirúrgico doloroso, complexo, arriscado para os transexuais,

existem casos em que estes não se sentem à vontade para realizar tal procedimento. O fato do transexual não ter se submetido à cirurgia para alteração de seu sexo, não deve constituir óbice para o deferimento do pedido de alteração do registro civil, pois afrontaria o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto na Carta Magna de 1988 (DIAS, 2010).

No entanto, entende-se que a cirurgia não deve ser requisito indispensável à autorização da modificação do assento civil, visto que o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser resguardado desde o início em que o indivíduo é identificado como pessoa transexual, não apenas quando há a readequação sexual após cirurgia. o indivíduo transexual, em decorrência de ter o sexo psíquico oposto ao seu sexo biológico, muitas vezes transforma seu corpo através de hormonioterapia e cirurgias plásticas, antes da cirurgia de readequação sexual, o que lhe acarreta grandes dissabores, pois, além de reconhecer-se como titular do sexo oposto, também lhe aparenta ser. Ainda conforme os ensinamentos de Rodrigues e Alvarenga:

Sabe-se que o caminho para alcançar a cirurgia é longo e pode demorar anos. Durante todo este tempo de espera, a pessoa transexual também necessita de uma vida digna. Todavia, a dignidade fica cada vez mais distante, visto que o fato da pessoa ser visivelmente identificada como mulher e apresentar documentos com nome e sexo masculinos gera um profundo constrangimento e humilhação, fazendo com que se sinta menos digna que outras pessoas (RODRIGUES; ALVVARENGA, 2015, p. 88).

Conforme o que diz Driely Gimenez Dias (2010), a pretensão dos transexuais encontra amparo não somente no princípio da dignidade da pessoa humana, como também na valorização dos princípios da liberdade, justiça e solidariedade social (art. 3º, inciso I, da Constituição Federal de 1988<sup>12</sup>); promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminações (art. 3º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988<sup>13</sup>); igualdade e inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (art. 5º,

---

<sup>12</sup> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

<sup>13</sup> IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

caput e inciso X, da Constituição Federal de 1988<sup>14</sup>). Em defesa ao princípio da dignidade humana, alguns Tribunais têm se destacado, ao permitir a retificação do nome e sexo no registro civil, antes do procedimento cirúrgico de transgenitalização, a citar como exemplo o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo:

No caso, a requerente pretende a modificação de seu prenome e da designação sexual constante em seu Registro Civil, pois, tratando-se de transexual, vestindo-se, comportando-se e identificando-se como mulher perante a sociedade, sente-se constrangida ao apresentar documentos designando-a como pessoa do sexo masculino, de nome Antonio. O digno Magistrado sentenciante extinguiu o feito sem análise do mérito, ao fundamento de que inexistente interesse de agir quando ainda não realizada a cirurgia de redesignação de gênero. Não agiu, contudo, com o costumeiro acerto. A condição de transexual requer uma série de medidas de caráter multidisciplinar até que, finalmente, seja realizada a cirurgia que ajustará o sexo anatômico ao sexo psíquico. Durante este processo, em que o corpo já se adapta ao sexo psíquico, notório o constrangimento daquele que, aparentando um sexo, vê-se obrigado a mostrar documentos que sinalizam um outro. Exigir-se que se aguarde a realização da cirurgia é, com a devida vênia, atentar contra a dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º, III, da Constituição Federal. Presente, portanto, o interesse de agir. De rigor, assim, a anulação da r. sentença para que a ação prossiga até o julgamento do mérito (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 0007491-04.2013.8.26.0196. 4ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Maia da Cunha. Data da publicação: 13 de agosto de 2013).

Há de se destacar aqui que a aversão ao sexo biológico do indivíduo transexual nem sempre é um fato que possa ser generalizado, já que se trata de algo diretamente ligado à individualidade, subjetividade, do transexual, bem como vale ressaltar que o processo para realização da cirurgia de adequação sexual é repleto de procedimentos que demandam muito tempo e a cirurgia em si já é um ato extremamente agressivo. Dessa forma, tem de haver uma solução para resguardar também o direito ao nome desses indivíduos transexuais que não se submeteram à transgenitalização. É o que se colaciona no julgado a seguir:

Registro civil. Alteração de prenome e sexo da requerente em virtude de sua condição de transexual. Admissibilidade. Hipótese em que provada, pela perícia multidisciplinar, a desconformidade entre o

---

<sup>14</sup> Art. 5º 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: X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

sexo biológico e o sexo psicológico da requerente. Registro civil que deve, nos casos em que presente prova definitiva do transexualismo, dar prevalência ao sexo psicológico, vez que determinante do comportamento social do indivíduo. Aspecto secundário, ademais, da conformação biológica sexual, que torna despicienda a prévia transgenitalização. Observação, contudo, quanto à forma das alterações que devem ser feitas mediante ato de averbação com menção à origem da retificação em sentença judicial. Ressalva que não só garante eventuais direitos de terceiros que mantiveram relacionamento com a requerente antes da mudança, mas também preserva a dignidade da autora, na medida em que os documentos usuais a isso não farão qualquer referência. Decisão de improcedência afastada. Recursos providos, com observação (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 0008539-56.2004. 6ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Vito Guglielmi. Data do julgamento: 18-10-2012).

Sabe-se que a cirurgia de transgenitalização é profundamente invasiva e dolorosa, sendo necessária a realização de vários procedimentos cirúrgicos para se obtenha o resultado desejado. No mais, existem transexuais que aceitam seus órgãos genitais, e não têm intenção de modificá-los. De tal modo, não se pode forçar uma pessoa a se submeter a esta cirurgia para então alcançar a modificação do seu nome e sexo no registro civil (RODRIGUES; ALVARENGA, 2015).

## 5 CONCLUSÃO

No presente trabalho desenvolvido não se direcionou ao objetivo de discutir a possibilidade ou não da real mudança do sexo constante no registro civil do indivíduo transexual, atentou-se mais especificamente em relação ao nome registral. Vale ressaltar que em relação à mudança do sexo registral ainda há divergências, por ser questão muito sensível que demanda cuidado e atenção. Mas vale ressaltar que admite-se, sim, a possibilidade de modificação do sexo no registro de transexuais que se submeteram à cirurgia de transgenitalização, muito embora ainda seja uma questão que apresente dissonância.

É claro notar que o transexual possui, sim, o direito inegável de realizar a mudança em seu registro civil em relação ao seu nome, respeitando-se os direitos inerentes à pessoa humana, principalmente ao que se refere aos direitos da personalidade e direitos intransponíveis, tal qual o direito à liberdade sexual. Todo ser humano deve possuir a liberdade de ser que se é sem qualquer tipo de restrição e interferência.

O direito, pelo indivíduo transexual, em obter a mudança de nome no registro civil de pessoa natural é como obter para si a autonomia que sempre lhe pertenceu. A mudança do nome do indivíduo transexual sem a realização da cirurgia de redesignação sexual para adequar-se ao gênero próprio é a garantia de possuir um nome que lhe reconheça e identifique pelo que se é.

O ser humano é, indiscutivelmente, possuidor de direitos e obrigações. A sociedade em que se vive é repleta de conceitos, dogmas e paradigmas criados, muitas vezes, por consequência de uma cultura enraizada. A mente humana é, inegavelmente, um mistério e o emocional de cada indivíduo é um aspecto extremamente delicado ao qual não se explica. Por esse motivo a ciência não é capaz de identificar o que gera em um indivíduo o sentimento de absoluta não aceitação e, por vezes, repulsa ao seu sexo biológico. É de importância salientar, pois, que há indivíduos que não possuem negação ao sexo biológico, mas sim ao gênero que lhe foi imposto por uma sociedade que apenas admite o conceito de sexo biológico, homem ou mulher, e não se atenta aos gêneros feminino e masculino.

É perceptível a intolerância da sociedade atual ao que se refere a questões que não se enquadram no padrão já existente e considerado irrevogável. O fato é que as pessoas, como seres humanos, viventes e independentes, evoluem ao passo que a sociedade em que se vive permanece irredutível e, aparentemente, imutável. E como consequência as leis que regem essa sociedade, mais especificamente a brasileira, permanecem da mesma forma, estagnadas. As leis, infelizmente, não acompanham a evolução dos indivíduos, muito provavelmente por conta da não aceitação, pela sociedade, das mudanças que, indiscutível e inevitavelmente, ocorrem com o passar dos tempos.

A transexualidade é tema que causa discussão e até mesmo certa repulsa na sociedade brasileira, que, ainda, é muito conservadora e possuidora de conceitos que, hoje, são considerados preconceituosos e até mesmo arcaicos. Justamente porque, infelizmente, a tendência é sempre afastar tudo aquilo que não se reconhece e não se enquadra nos padrões pré-existentes. É a partir de então que se encontra uma situação comum de exclusão de indivíduos, pessoas como qualquer outra pessoa, e, portanto, detentores de direitos, que são os transexuais. São cidadãos de um país e, como tais, possuem o direito de serem respeitados e terem respeitados os seus direitos.

A incansável luta dos transexuais é ter reconhecidos e resguardados direitos que são seus e que merecem a devida atenção. E o principal, de muitos dos direitos pelos quais lutam, é o de ter reconhecido em registro civil o nome que representa o gênero que se possui interiormente, mas que não se representa fisicamente. É reconhecido o direito de realizar a cirurgia para adequação sexual do gênero que se possui, mas, infelizmente, é um processo que demanda tempo e gera muito desgaste. A solução é, então, garantir, pela via judicial que é a única possível, o nome ao qual se reconhece como pessoa e que se faz ser quem se é.

É notável o desgaste intenso sofrido por esses indivíduos que dependem de leis que, definitivamente, não os protegem, muito menos favorecem, para que possam resguardar um direito que, definitivamente, possuem, mas que a sociedade, cegamente, não aceita. E nem mesmo a justiça permite se, principalmente, o indivíduo não tenha realizado todo o procedimento de redesignação sexual.

Conclui-se, portanto, que os transexuais reivindicam o direito de serem reconhecidos pelo que são e como o são, tendo um nome para chamar de seu, de um gênero que já se possui, mas que não se tem reconhecido por circunstâncias

totalmente alheias às suas vontades. E para que isso ocorra, há de se respeitar os direitos humanos, levando em consideração os direitos da personalidade, no caso dos transexuais, o direito ao nome.

Não há de se falar em impedimentos de mudança registral dos indivíduos transexuais se a própria Lei Maior, que é a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, afirma que todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza.

Nota-se, então, que as questões que se referem à transexualidade ainda não alçaram a devida relevância dentro da ordem jurídica pátria, de modo que as esparsas e escassas normas existentes acabam dificultando mais do que facilitando um adequado tratamento jurídico, encontra-se, então, um desacordo com os novos anseios sociais e consagrando interpretações que conflitam com o princípio da dignidade humana.

Conforme já dito anteriormente, no decorrer da presente pesquisa, o indivíduo transexual repudiar o órgão sexual biológico que possui não deve e não pode ser visto como a única maneira de identificação da transexualidade, justamente por ser esta característica algo de intensidade relativa em cada indivíduo, sendo claramente possível que uma pessoa transexual se aceite sem se submeter à cirurgia de transgenitalização.

Para todos os efeitos, os transexuais em geral, realizada ou não a cirurgia para adequação de sexo ao gênero, necessita ter seus direitos fundamentais resguardados e a modificação de nome e sexo no registro civil é uma forma de protegê-los e lhes conceder dignidade. Assim sendo, deve-se concluir que a cirurgia de redesignação sexual não deve ser considerada requisito para a retificação do registro civil, porém, para isso, é de notável e latente necessidade que haja um previsão legislativa específica, criação de uma lei especial, a fim de resguardar a dignidade dos transexuais, seja no processo de transgenitalização, seja nos atos de retificação do nome e do sexo no assento civil, independente de cirurgia.

O direito está a serviço da sociedade e é de sua responsabilidade encontrar soluções jurídicas normativas tanto aos casos já existentes quanto para os futuros, amenizando as situações turbulentas, trazendo harmonia, e conferindo tratamento que atenda aos reclames da segurança jurídica e respeite a humanidade dos transexuais.

## 6 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Andréia Quizini de. **Do não reconhecimento da personalidade civil dos transexuais pela legislação brasileira**. 52 folhas. Monografia do Grau de Bacharel em Direito – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Faculdade de Direito de Presidente Prudente, 2007.

ALVES, Gabriela Barreto. **Transexualidade e direitos fundamentais: o direito à identidade de gênero**. 36 folhas. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2013.

BRASIL, Conselho Federal e Medicina. Resolução CFM nº 1955/2010. Publicada do DOU de 03-12-2010, seção 1, p. 109-10. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2010/1955\\_2010.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2010/1955_2010.htm)>. Acesso em: 02/11/2016 às 14h58min.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1008398/SP – São Paulo. Ministra Relatora: ANDRIGHI, Nancy. Terceira Turma, julgado em 15-10-2009, publicado do DJe de 18 de novembro de 2009, p. 840. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?data=%40DTDE+%3E%3D+20091015+e+%40DTDE+%3C%3D+20091015&livre=%28%28%22NANCY+ANDRIGHI%22%29.min.%29+E+%28%22Terceira+Turma%22%29.org.&processo=1008398&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 04 de novembro de 2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 22164/SP – São Paulo. Ministro Relator: MELLO, Celso de. Publicado no DJ de 17-11-1995, p. 1155. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 30 de outubro de 1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85691>>. Acesso em: 06 de outubro 2016.

BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 0007491-04.2013.8.26.0196. Relator Desembargador: CUNHA, Maia da. 4ª Câmara de Direito Privado. Publicado em 13 de agosto de 2013. Disponível em: <[https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjWoK\\_85bzQAhVljpAKHZPjD0kQFggbMAA&url=http%3A%2F%2Fs.conjur.com.br%2Fdl%2Ftranssexual-mudanca-nome-tj-sp-voto.doc&usq=AFQjCNFjEy28VYuD0jOyG2O5lJWif9DJ7Q&sig2=Pulk\\_YMkCyfdCCwKBnHLjg&bvm=bv.139250283,d.Y2I](https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjWoK_85bzQAhVljpAKHZPjD0kQFggbMAA&url=http%3A%2F%2Fs.conjur.com.br%2Fdl%2Ftranssexual-mudanca-nome-tj-sp-voto.doc&usq=AFQjCNFjEy28VYuD0jOyG2O5lJWif9DJ7Q&sig2=Pulk_YMkCyfdCCwKBnHLjg&bvm=bv.139250283,d.Y2I)>. Acesso em: 04-11-2016.

BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 0008539-56.2004.8.26.0505. Relator Desembargador: GUGLIELMI, Vito. 6ª Câmara de Direito Privado. Julgado em: 18 de outubro de 2012. Disponível em: <<http://buscador.tjsp.jus.br/easysearch/cachedownloader?collection=default&docId=a667361e14b48f9c4242cd4600f7466e58ebb16f&fieldName=Visualizar&extension=bt.zip#q=0008539-56.2004.8.26.0505>>. Acesso em: 04-11-2016.

BENTO, Berenice. **Identidade de gênero**: entre a gambiarra e o direito pleno. 2012. Disponível em <<http://www.cartapotiguar.com.br/2012/05/29/identidade-de-genero-entre-a-gambiarra-e-o-direito-pleno/>>, acesso em: 04/11/2016 às 03h36min.

CAMPOS, Diego Araújo; TÁVORA, Fabiano. **Direito internacional**: público, privado e comercial (Coleção sinopses jurídicas; v. 33). 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014)

CARRARA, Sérgio. Políticas e direitos sexuais no Brasil contemporâneo. **Revista Bagoas**, n. 05, p. 131-147, 2010.

CASADO FILHO, Napoleão. **Direitos humanos e fundamentais**. (Coleção Saberes do Direito; 57). São Paulo: Saraiva, 2012.

CERVI, Taciana Marconatto Damo. Transexualidade, redesignação sexual e o livre desdobramento da personalidade. **Revista Jurídica CESUMAR**, Mestrado, v. 9, n. 2, p. 487-503, 2009.

Combate à Discriminação com base na orientação sexual e na identidade de gênero. Disponível em: <[http://onu.org.br/docs/discriminacao-onu-pt\\_br.pdf](http://onu.org.br/docs/discriminacao-onu-pt_br.pdf)>. Acesso em: 01/11/2016 às 01h13min.

CUNHA, Patrycia Prates da. **O direito ao nome e as possibilidades de alteração do registro civil**. Artigo extraído do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, 2014.

DIAS, Driely Gimenez. **Transexual**: possibilidade de retificação do prenome no assento de registro civil, em face da não realização da cirurgia de redesignação de sexo, 2010. Disponível em: <[http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/transexual\\_possibilidade\\_de\\_retificacao\\_do\\_prenome\\_no\\_assento\\_de\\_registro\\_civil\\_em\\_face\\_da\\_ao\\_realizacao\\_da\\_cirurgia\\_de\\_redesignacao\\_de\\_sexo.pdf](http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/transexual_possibilidade_de_retificacao_do_prenome_no_assento_de_registro_civil_em_face_da_ao_realizacao_da_cirurgia_de_redesignacao_de_sexo.pdf)>.

FIUZA, Mariana Neves. **A identidade civil do transexual e seus efeitos jurídicos**. Monografia do Grau de Bacharel em Direito do Centro Universitário em Brasília – UniCEUB, 2014.

GOMES DE JESUS, Jaqueline. **Orientações sobre identidade de gênero**: conceitos e termos. Brasília, 2012.

HOFFMANN, Eduarda. **Transexualismo**: efeitos civis da mudança de nome no registro civil; 2014; Trabalho de Conclusão de Curso; (Graduação em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

LEMOS, Waldeck. **Web-aula estágio, direito humanos**: os direitos fundamentais e suas três dimensões. Aula 003, Disciplina CCJ0058. Estácio, 2013.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LUZ, Jamile Pereira da. Implicações jurídicas do reconhecimento do direito à identidade sexual: uma análise da transexualidade. **Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual**, n. 151, 2013.

MARCHINHACKI, Romualdo Paulo. Direitos fundamentais: aspectos gerais e históricos. **Revista da Unifebe (Online)**, p. 166-179, 2012.

PENNA, Iana Soares de Oliveira. **Dignidade da pessoa humana e direito à identidade na redesignação sexual**. Dissertação de Mestrado – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2010.

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

RAMOS, Roberto Leonardo da Silva. O transexual e a possibilidade de mudança do prenome. **Construindo Direito – Serra Talhada**, v. 1, p. 12-28, 2011.

RODRIGUES, Edwirges; ALVARENGA, Maria Amália de Figueiredo Pereira. Transexualidade e dignidade da pessoa humana. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 10, p. 72-93, 2015.

SALES, Camilla; MORAES, Glenda; SALES, Milena; VERSOZA, Rafaela; SETUBAL, Raquel; BENSABATH, Rebeca; CAMPELO, Thainara. Transexualismo e seus efeitos jurídicos. **Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual**, n. 173, 2014.

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

SCHRAMM, Fermin Roland; BARBOZA, Heloisa Helena; GUIMARÃES, Anibal. A moralidade da transexualidade: aspectos bioéticos e jurídicos. **Revista Redbioética - UNESCO**, v. 01, n. 03 p. 66-77, 2011).

SILVA, Aida Susmare da. **Direitos da personalidade – direito à identidade: a autonomia jurídica sobre o direito ao nome, sob o viés constitucional civilista**. 74 páginas. Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, 2008.

SOUZA, Rogério Soares de. Alteração do nome e sexo dos transexuais à margem do registro civil: análise da doutrina e jurisprudência sobre o tema. **Periódico Científico Projeção, Direito e Sociedade**, vol. 5, nº 1, 2014.

TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro – temas de Direito Civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. Adequação de sexo do transexual: Aspectos psicológicos, médicos e jurídicos. **Revista Psicologia: Teoria e Prática**, v. 02, n. 02, p. 88-102, 2000.

WOLKMER, Antonio Carlos. Direitos humanos: novas dimensões e fundamentações. **Direito em Debate**, Ijuí, p. 9-32, 2002.