XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITOS FUNDAMENTAIS

JONATHAN BARROS VITA

VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direitos fundamentais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Lucas Gonçalves Da Silva, Jonathan Barros Vita, Valéria Silva Galdino Cardin– Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-051-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito fundamentais. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITOS FUNDAMENTAIS

Apresentação

O XXIV Encontro Nacional do CONPEDI Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito em parceria com o Programa Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe UFS, ocorreu em Aracaju entre os dias 03 e 06 de junho de 2015 e teve como tema central DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

Dentre as diversas atividades acadêmicas empreendidas neste evento, tem-se os grupos de trabalho temáticos que produzem obras agregadas sob o tema comum do mesmo.

Neste sentido, para operacionalizar tal modelo, os coordenadores dos GTs são os responsáveis pela organização dos trabalhos em blocos temáticos, dando coerência à produção e estabelecendo um fio condutor evolutivo para os mesmos.

No caso concreto, assim aconteceu com o GT DIREITOS FUNDAMENTAIS. Coordenado pelos professores Jonathan Barros Vita, Lucas Gonçalves da Silva e Valéria Galdino Cardin, o referido GT foi palco da discussão de trabalhos que ora são publicados no presente e-book, tendo como fundamento textos apresentados que lidam com diversas facetas deste objeto fundamental de estudos para a doutrina contemporânea brasileira.

Como divisões possíveis deste tema, na doutrina constitucional, o tema dos direitos fundamentais tem merecido também a maior atenção de muitos pesquisadores, que notadamente se posicionam em três planos: teoria dos direitos fundamentais, direitos fundamentais e garantias fundamentais, ambos em espécie.

Logo, as discussões doutrinárias trazidas nas apresentações e debates orais representaram atividades de pesquisa e de diálogos armados por atores da comunidade acadêmica, de diversas instituições (públicas e privadas) que representam o Brasil em todas as latitudes e longitudes, muitas vezes com aplicação das teorias mencionadas à problemas empíricos, perfazendo uma forma empírico-dialética de pesquisa.

Como o ato de classificar depende apenas da forma de olhar o objeto, a partir da ordem de apresentação dos trabalhos no GT (critério de ordenação utilizado na lista que segue), vários grupos de artigos poderiam ser criados, como aqueles que lidam com: questões de raça,

religião e gênero (8, 10, 12, 13, 15, 24 e 27), concretização de direitos fundamentais (1, 5, 9, 11, 16, 18, 19 e 22), liberdade de expressão e reunião (3, 6, 17 e 25), teoria geral dos direitos fundamentais (7, 14) e temas multidisciplinares que ligam os direitos fundamentais a outros direitos (2, 4, 20, 21, 23, 26 e 28)

1. A inclusão nos mecanismos de produção de riqueza face à relativização do princípio da igualdade pelos programas de transferência de renda, de Rogério Piccino Braga

2. Benefícios da clonagem terapêutica e as células-tronco embrionárias frente ao princípio da dignidade humana no ordenamento jurídico brasileiro, de Janaína Reckziegel e Luiz Henrique Maisonnett

3. As teses revisionistas e os limites à restrição da liberdade de expressão, de Rodrigo De Souza Costa e Raisa Duarte Da Silva Ribeiro

4. A inviolabilidade do domicílio no curso da fiscalização tributária, de Pedro Cesar Ivo Trindade Mello

5. Acessibilidade: um direito fundamental da pessoa com deficiência e um dever do poder público, de Flavia Piva Almeida Leite e Jeferson Moreira de Carvalho

6. Biografias não autorizadas e o direito à privacidade na sociedade da informação, de Narciso Leandro Xavier Baez e Eraldo Concenço

7. O princípio da igualdade e suas dimensões: a igualdade formal e material à luz da obra de Pérez Luño, de Giovanna Paola Batista de Britto Lyra Moura

8. Intolerância contra as religiões de matriz africana: uma análise sobre colisão de direitos através de casos judiciais emblemáticos, de Ilzver de Matos Oliveira e Kellen Josephine Muniz De Lima

9. A criança e o adolescente e os direitos fundamentais - o papel das mídias sociais e das TICs sob o prisma do princípio da proteção integral e da fraternidade, de Bruno Mello Corrêa de Barros e Daniela Richter

10. Laicidade e símbolos religiosos no brasil: em defesa da liberdade religiosa e do estado democrático de direito, de Eder Bomfim Rodrigues

11. O serviço público adequado e a cláusula de proibição de retrocesso social, de Paulo Ricardo Schier e Adriana da Costa Ricardo Schier

12. Sobre a dominação masculina (re)produzida na publicidade: reações da sociedade vistas a partir de denúncias ao CONAR, de Helio Feltes Filho e Taysa Schiocchet

13. É para rir? A atuação do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro nos casos envolvendo liberdade de expressão e racismo nos discursos humorísticos, de Caitlin Mulholland e Thula Rafaela de Oliveira Pires

14. O poder judiciário, a constituição e os direitos fundamentais: ativismo judicial no STF pela crítica de Antônio José Avelãs Nunes, de Tassiana Moura de Oliveira e Ana Paula Da Silva Azevêdo

15. Mudança de sexo e a proteção dos interesses de terceiros, de Kelly Cristina Presotto e Riva Sobrado De Freitas

16. Os custos dos direitos fundamentais e o direito prestacional/fundamental à saúde, de Rubia Carla Goedert

17. Democracia na era da internet, tática black bloc e direito de reunião, de Gilton Batista Brito e Lucas Gonçalves Da Silva

18. A pessoa com espectro autista e o direito à educação inclusiva, de Carolina Valença Ferraz e Glauber Salomao Leite

19. A problemática dos custos no campo de execução dos direitos fundamentais: alternativas e soluções para o cumprimento do mínimo existencial, de Diogo Oliveira Muniz Caldas

20. Direitos fundamentais: questões de princípios entre o viver e o morrer, de Robson Antão De Medeiros e Gilvânklim Marques De Lima

21. A Amazônia e o paradoxo das águas: (re)pensando a gestão hídrica urbana, de Jefferson Rodrigues de Quadros e Silvia Helena Antunes dos Santos

22. Beneficio constitucional de prestação continuada: o recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o critério da renda per capita à luz da efetividade, de Benedito Cerezzo Pereira Filho e Luiz Fernando Molan Gaban

23. Os "mortos" civilmente: aspectos políticos e jurídicos acerca da invisibilidade do preso provisório em um estado democrático de direito, de Samyle Regina Matos Oliveira e Edinilson Donisete Machado

24. As mulheres no mercado de trabalho: desmistificando a igualdade entre os gêneros, de Deisemara Turatti Langoski e Olga Maria B Aguiar De Oliveira

25. Os limites entre a liberdade de expressão e o discurso de ódio: uma análise sobre o caso dos supostos justiceiros , de Rafael Santos de Oliveira e Claudete Magda Calderan Caldas

26. Tráfico de pessoas para retirada ilegal de órgãos: um crime degradante contra o ser humano, de Fernando Baleira Leão De Oliveira Queiroz e Meire Marcia Paiva

27. O desafio da igualdade: casos de intolerância religiosa na contemporaneidade e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, de Jose Lucas Santos Carvalho

28. O cadastro ambiental rural como direito à informação e o sigilo de dados, de Luciana Costa da Fonseca e Danielle Fonseca Silva

Finalmente, deixa-se claro que os trabalhos apresentados no GT DIREITOS FUNDAMENTAIS, acima relatados, foram contemplados na presente publicação, uma verdadeira contribuição para a promoção e o incentivo da pesquisa jurídica no Brasil, consolidando o CONPEDI, cada vez mais, como um ótimo espaço para discussão e apresentação das pesquisas desenvolvidas nos ambientes acadêmicos das pós-graduações.

Desejamos boa leitura a todos.

Prof. Dr. Jonathan Barros Vita - Unimar

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS

Profa. Dra. Valéria Galdino Cardin - Unicesumar

MUDANÇA DE SEXO E A PROTEÇÃO DOS INTERESSES DE TERCEIROS

SEX CHANGE AND PROTECTION OF THIRD PARTY INTERESTS

Kelly Cristina Presotto
Riva Sobrado De Freitas

Resumo

O controverso tema da mudança de gênero e de sexo no registro civil abrange dignidade, conceito de saúde, vida, disposição do próprio corpo, questionamentos jurídico-constitucionais e interesse de terceiros. Este artigo versa sobre os direitos da personalidade, sua (in)disponibilidade e suas implicações no ordenamento jurídico brasileiro, relativas às situações vividas pelos transexuais. Os direitos de personalidade têm base na autonomia decisória, que está diretamente relacionada com a liberdade e a dignidade da pessoa humana. O sentimento de controle da própria identidade é claramente empoderador. A metodologia utilizada é a análise de doutrina, de jurisprudência e de legislação acerca dos direitos dos transexuais, especialmente os relativos à personalidade.

Palavras-chave: Transexualidade, Direitos da personalidade, Autonomia decisória, Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Abstract/Resumen/Résumé

The controversial topic of change of gender and sex in the civil registry covers dignity, health concept, life, the body's own disposal, legal and constitutional questions and interest of others. This article deals with the personality rights, their (non) availability and implications in Brazilian law, relating to the situations experienced by transsexuals. Personality rights are based on the decision-making autonomy, which is directly related to freedom and human dignity. The feeling of control of one's identity is clearly empowering. The methodology used is the doctrine of analysis, case law and legislation on the rights of transsexuals, especially those relating to personality.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Transsexuality, Personality rights, Decision-making autonomy, Constitutional principle of human dignity.

INTRODUÇÃO

O nome e o sexo são os meios pelos quais, sistematicamente, se realiza a identificação do indivíduo, do mesmo modo que o são a naturalidade e a filiação. O nome civil da pessoa deve estar em conformidade com o seu sexo, de forma que não lhe advenha uma situação vexatória. Ocorre que a determinação do sexo ainda é feita por meio da visualização dos órgãos genitais do bebê, não se observando, assim, que o sexo do indivíduo é algo multifatorial.

Nesse contexto, transexual é a pessoa cujo sexo biológico não corresponde ao sexo psíquico, o que lhe traz sofrimento, pois rejeita seu sexo de nascimento como se fosse uma aberração, podendo culminar em mutilações das genitálias e até mesmo suicídio.

A evolução da medicina tornou possível a realização da cirurgia de transgenitalização ou de adequação do sexo. Porém, de nada adianta corrigir o aspecto físico do indivíduo se o nome e o gênero permanecerem inalterados no registro civil. Como consequência dessa inalteração, muitas são as situações vexatórias pelas quais passam as pessoas transexuais, principalmente no momento de aferição dos documentos pessoais, gerando inúmeras confusões pelo fato de o documento não estar de acordo com a realidade presenciada pelo responsável pela aferição. O constrangimento gerado leva muitas pessoas trans à marginalização e gera insegurança jurídica.

Logo, o modo como a pessoa é representada e representa e é identificada no meio em que vive corresponde à realidade: relaciona-se com o seu reconhecimento pela sociedade, com a autonomia decisória e com os direitos de personalidade. Por sua vez, os direitos de personalidade têm base na autonomia da vontade, que está diretamente relacionada com a liberdade e a dignidade da pessoa humana.

1 DIREITOS DA PERSONALIDADE

A partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, resta evidente a posição que a pessoa humana alçou no ordenamento jurídico brasileiro. A partir dela, houve a disposição, até então inédita, de um capítulo inteiro sobre os direitos da personalidade no Código Civil de 2002, nos artigo 11 a 21, justamente regulamentando o artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que menciona a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem em seu inciso X.

Além disso, o artigo 2º do Código Civil Brasileiro dispõe que a personalidade tem

início com o nascimento com vida da pessoa, apesar de a lei pôr a salvo até mesmo os direitos do nascituro. Isso confirma o deslocamento da matriz patrimonialista de codificações anteriores para a absoluta necessidade de proteção aos valores da pessoa humana e ao livre desenvolvimento de sua personalidade.

Os direitos da personalidade devem ser tratados independentemente de patrimônio e devem ser considerados como atributo, como qualidade jurídica ou valor. Nas situações de cunho existencial, verifica-se a autonomia da vontade (MEIRELES, 2009, p. 11).

Assim, o vértice do direito brasileiro está no *ser*, e não no *ter*, tendo como valor máximo a tutela da pessoa humana, expresso no artigo 1º, III, CRFB, denominada por Tepedino (2008, p. 54) como "verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana".

A escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, aliada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização e de redução das desigualdades sociais, somados à previsão do §2º do artigo 5º, de não exclusão de quaisquer direitos ou garantias, mesmo que não expressos, desde que advindos dos princípios constitucionais, ressalta a dignidade da pessoa humana como cláusula de inclusão, com vistas à proteção e ao livre desenvolvimento da personalidade (MEIRELES, 2009, p. 3).

Tepedino (2008, p. 55-56) destaca que a dignidade da pessoa humana é o limite interno que pode definir novas bases para as funções sociais da propriedade e da atividade econômica. Dessa forma, a pessoa humana constitui o ápice na hierarquia dos valores constitucionais do sistema jurídico brasileiro (MEIRELES, 2009, p. 9). Assim sendo, as situações jurídicas existenciais, isto é, as situações subjetivas não patrimoniais, passam a ter primazia sobre as patrimoniais (PERLINGIERI, 1997, p. 90).

A cada dia, novos direitos da personalidade são reconhecidos, o que retrata um momento histórico em constante mutação, em decorrência da evolução do sistema objetivo (direito positivo) e do sistema científico (evolução doutrinária) (CANARIS, 1996, *passim*).

A importância dos direitos da personalidade é tão grande que sua ofensa caracteriza dano material e moral passíveis de indenização. Dessa forma, tais direitos têm dupla dimensão: axiológica, ou valorativa, na medida em que exteriorizam os valores fundamentais da pessoa humana, e objetiva, tendo em vista sua tutela ser garantida por legislação constitucional e infraconstitucional.

Para os naturalistas, como Limongi França e o próprio Carlos Alberto Bittar, os direitos da personalidade correspondem às faculdades normalmente experimentadas pelo homem, sendo atributos inerentes à pessoa humana, cabendo ao Estado apenas reconhecê-los

e sancioná-los em um ou outro plano do direito positivo – nível constitucional ou legislação ordinária –, dotando-os de proteção própria, de acordo contra quem se relacione: Poder Público ou particulares. Assim, quando consagrados na esfera constitucional, ganham *status* de "liberdades públicas", recebendo toda a proteção própria do sistema.

Os direitos da personalidade apresentam como características: direitos inatos, absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis *erga omnes*, conforme versa o artigo 11 do Código Civil (2002). A intransmissibilidade e a irrenunciabilidade apresentam algumas exceções: como a licença para uso da imagem, com expressa autorização do titular; os direitos autorais; o direito à imagem; o direito ao corpo (disponível em casos altruísticos ou científicos, podendo ser cedido nessas situações). A disponibilidade ocorre por via contratual (licença, cessão de direitos e outros específicos) nos termos restritos aos ajustes escritos (BITTAR, 2008, p. 05;12).

Por outro lado, cumpre verificar o alcance do referido artigo para os direitos de personalidade, bem como para as situações existenciais como gênero. Meireles (2009, p. 157) assevera que a afirmação de que os direitos da personalidade são indisponíveis é simplória demais e, assim, desconsidera que a autonomia privada exclusivamente patrimonialista é inconciliável com a centralidade da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro.

É possível depreender, daí, a enorme importância dos direitos da personalidade. Apesar disso, o Código Civil Brasileiro, ainda que tenha dedicado capítulo inteiro a eles, não se aprofundou na matéria. Tomou o cuidado, no entanto, de não enumerar rol taxativo de direitos da personalidade, reservando ao hermeneuta a tarefa de desenvolver a questão, em sede legislativa, jurisprudencial e doutrinária.

Perlingieri (1997, p. 33) observa a materialização lenta de uma opção entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade, do produtivismo e do consumismo como valores). Essa tendência está presente no direito brasileiro, principalmente a partir da leitura constitucional do Direito Civil. Em suma, em oposição à reificação ou desumanização está a repersonalização ou despatrimonialização do Direito Civil (MEIRELES, 2009, p. 11).

O vínculo entre a despatrimonialização e a constitucionalização do Direito Civil deve-se ao fato de a Constituição ser o fundamento interpretativo da legislação infraconstitucional. Por outro lado, ocorreu a corporificação gradual de um processo de despatrimonialização do direito privado (TEPEDINO, 2008, p. 333).

Andrade (2006, p. 103) esclarece que a Constituição deixa de estabelecer, única e exclusivamente, o Estado de Direito e limitar o poder político, passando a instituir a moldura

das atividades dos indivíduos. Dessa forma, ela se transforma em centro de direção da legislação ordinária, em lei fundamental do direito privado e dos demais ramos do direito. Esse fenômeno é chamado de publicização do privado, ocorrendo uma tensão dialética, uma constante inter-relação entre o Direito Público e o Direito Privado. Emblematicamente, menciona-se a problemática da constitucionalização do Direito Civil e seu inverso, a civilização do Direito Constitucional.

Assim, o Direito Civil constitucionalizado impõe a releitura dos institutos do Direito Civil à luz dos valores constitucionais, principalmente a dignidade da pessoa humana, gerando como consequência a centralidade da pessoa humana na disciplina civilista. Dessa forma, a despatrimonialização do direito privado é indução direta do Direito Civil-Constitucional (MEIRELES, 2009, p. 12).

O indivíduo e seus direitos foram realocados no topo do Direito Civil e o patrimônio representa papel coadjuvante. Por essa via, passa-se do indivíduo à pessoa humana; do individualismo ao personalismo; do sujeito abstrato ao sujeito concreto. A ordem jurídica geral volta-se à tutela da pessoa humana no lugar do indivíduo neutro. A pessoa humana não fica reduzida a mero elemento ou sujeito de direito neutro, anônimo e titular de patrimônio, mas é ponto referencial de tutela, o polo da relação jurídica (MEIRELES, 2009, p. 12).

A pessoa, como sujeito de direito, não pode ser dele objeto; porém, como valor, constitui-se bem jurídico em si mesma, digno de tutela privilegiada. A personalidade do artigo 2º do Código Civil refere-se à personalidade civil, mais próxima da noção de sujeito do que de pessoa (MEIRELES, 2009, p. 16).

A situação jurídica subjetiva tem origem no fato jurídico e justifica-se por um interesse existencial ou patrimonial, exercido por uma pluralidade de comportamentos, juridicamente relevantes, e tem o poder de realizar ou de deixar de realizar determinados atos ou atividades, para atingir o seu objetivo nas relações sócio-jurídicas. As relações jurídicas voltadas para as classes do *ser* são identificadas com os direitos da personalidade, que a doutrina classifica como direitos subjetivos absolutos (MEIRELES, 2009, p. 18-19).

Nas situações existenciais, pertencentes à categoria do "ser", a pessoa é, ao mesmo tempo, sujeito titular do direito e objeto da relação. A titularidade é institucional orgânica. A pessoa vale mais como interesse juridicamente protegido do que sua posição na relação jurídica. A pessoa é elemento interno e externo da relação: atinge o patamar de valor. Enfim, existenciais são as relações jurídicas pessoais ou personalíssimas nas quais titularidade, realização e valor coexistem entre si. O fato de a pessoa ser o referencial objetivo não a coisifica (MEIRELES, 2009, p. 34-36).

Fachin (2000, p. 90) ressalta que “o objeto não é mais algo em si; passa a ter função”. Por conseguinte, não basta o perfil do interesse para distinguir a situação patrimonial da existencial: necessário também o perfil funcional.

O perfil funcional indica a finalidade do instituto jurídico no ordenamento jurídico no qual está inserido. O juízo de merecimento da tutela depende da concretização da função. Destarte, a funcionalização está estritamente ligada aos valores fundamentais do ordenamento jurídico que lhe rodeiam (MEIRELES, 2009, p. 37).

Os fundamentos na Constituição de 1988 estão calcados na dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III) e nos valores sociais do trabalho (artigo 1º, IV), além de objetivos fundamentais de ordem moral e humana, como construir uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 2º, I), erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (artigo 2º, III), promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 2º, IV).

A dignidade da pessoa humana, o valor imprescindível, gera a funcionalização dos institutos do Direito Civil à promoção e ao desenvolvimento da personalidade, tanto para as situações patrimoniais como para as não patrimoniais (MEIRELES, 2009, p. 38).

Dessa forma, a finalidade dos institutos de Direito Civil não pode se afastar do projeto constitucional. Com a tutela da personalidade, sendo ela valor máximo do ordenamento jurídico brasileiro, todas as situações jurídicas, patrimoniais ou não, tornam-se instrumentos de proteção e de desenvolvimento da pessoa humana (MEIRELES, 2009, p. 39).

Contudo, as situações existenciais incidem imediatamente sobre o desenvolvimento da personalidade, enquanto que as situações patrimoniais apenas de forma mediata. Em vista disso, as situações existenciais têm a função imediata de desenvolvimento da personalidade, cuja observância é necessária para serem tuteladas (MEIRELES, 2009, p. 39).

As situações existenciais têm finalidade precípua e imediata de promover o livre desenvolvimento da personalidade, alcançando o topo da hierarquia valorativa constitucional, motivo de sua prevalência sobre as situações patrimoniais e não patrimoniais *stricto sensu*. A superior relevância das situações existenciais possibilita a sua prevalência em conflitos, a fim de que se preserve o valor máximo de tutela da pessoa humana (MEIRELES, 2009, p. 39).

Os bens jurídicos que são objeto dos direitos da personalidade encontram-se divididos em: a) físicos (vida, corpo, partes do corpo, imagem, voz, cadáver, locomoção); b) psíquicos (liberdades “expressão, culto e credos”, intimidade, segredos “pessoais e profissionais”, higidez psíquica), e c) morais (nome, reputação, direito moral de autor, dignidade pessoal, sepulcro, lembranças de família e outros) (BITTAR, 2008, p. 64).

Assim sendo, na mudança de sexo (e de nome) no registro civil dos transexuais, constata-se o envolvimento de bens jurídicos nos três níveis: o físico, quando se fala da disposição do próprio corpo no que diz respeito à cirurgia de adequação de sexo, e da própria vida (no caso dos homicídios e das mutilações praticados pela não aceitação do sexo biológico pelos transexuais); o psíquico, relativo às liberdades, à intimidade, ao direito ao segredo e à higidez psíquica; e o moral, no que tange aos aspectos da mudança de nome e de gênero no registro civil, envolvendo a dignidade pessoal do transexual.

Nesse viés, encontra-se a liberdade, fundamento de vital importância para o efetivo exercício da dignidade humana e dos direitos de personalidade. A liberdade pode ser entendida como o poder que o homem tem de tomar atitudes em busca de seu desenvolvimento e da realização de sua dignidade, nitidamente entruncada ao agir humano.

Dessa forma, para que as mudanças necessárias ocorram a fim de que seja respeitada a dignidade da pessoa humana do transexual, cujo sexo biológico (nos casos da realização da cirurgia), psíquico e civil estejam de acordo com a sua realidade vivida, é imprescindível que o transexual tenha liberdade para poder fazer as adequações que sentir necessárias. Essa liberdade para decidir o que ele deseja fazer com o seu corpo, com sua forma de agir, de representar-se e de ser reconhecido está traduzida como autonomia decisória do indivíduo.

2 O TRANSEXUAL E A AUTONOMIA DECISÓRIA

As situações existenciais tutelam a pessoa humana, que é o seu maior fim social, sendo, assim, a própria função social. Nessas situações, está em xeque a dignidade da pessoa humana, de interesse tanto individual quanto coletivo. Em suma, o interesse individual que coincide com o desenvolvimento da personalidade é o fim social máximo no direito brasileiro. Esse conceito está inserido na redefinição do conceito de interesse público e da supremacia deste sobre o privado. Na noção de interesse público inclui-se, contemporaneamente, o interesse público primário que se refere aos interesses de toda a sociedade, relacionados aos princípios constitucionais fundamentais (MEIRELES, 2009, p. 44).

Nesse sentido, Barroso (2005, p. XV) ressalta que a realização do interesse público ocorre quando o Estado cumpre de maneira satisfatória o seu papel mesmo que referente a um único cidadão. Se determinada meta coletiva (p. ex.: garantia da segurança pública, saúde

pública) viola a dignidade humana de uma só pessoa, a meta deve ser preterida (BARROSO, 2005, p. XVII).

No viés da dignidade do indivíduo encontra-se a sua liberdade, nela delimitadas a privacidade e a intimidade; o público e o privado. Bittar (2008, p. 66) afirma que o circuito privado das pessoas dentro das esferas pública e privada varia apenas de extensão. Na pública, os acontecimentos fluem normalmente para a sociedade em geral; na esfera privada, partes de fatos de ordem pessoal extrapolam para a comunidade (família, amigos, negócios), restando as constitutivas de segredos reservadas apenas para o intelecto do interessado. Ressalte-se que a esfera privada subdivide-se em esfera individual (da pessoa em contato com o mundo exterior) e esfera privada propriamente dita (em sentido estrito, da sua intimidade, confidencialidade ou segredo), com pouco ou nenhum participante.

Em 1957, Heinrich Henkel também tripartiu a vida privada em círculos concêntricos, como fez Heinrich Hubmann, em 1953, em sua "teoria dos círculos concêntricos da esfera da vida privada" ou "teoria das esferas da personalidade". Porém, diferentemente de Hubmann, Henkel incluiu como círculo nuclear o segredo, deixando o círculo da intimidade como intermediário e o da privacidade como círculo externo. Esse entendimento foi difundido no Brasil por Paulo José da Costa Junior, sendo seguido pela doutrina majoritária (Silmara Chinelato, Pablo Stolze Gagliano e Flávio Tartuce).

O direito à privacidade pessoal constitucionalmente protegido é indispensável a qualquer concepção moderna de liberdade. Cohen (2012, p. 169-170) entende que, a reconciliação da universalidade e particularidade, autonomia e identidade, não pode ser inteiramente resolvido na esfera pública, constituindo precondições fundamentais para a cidadania pública e para a construção e defesa de identidades únicas as quais dependerão da manutenção das necessárias proteções políticas e legais da privacidade.

Em suma, tanto a proteção à uma multiplicidade de "vozes" na esfera pública (universalidade) como a proteção à privacidade (particularidade) são cruciais para qualquer projeto de democratização que tente evitar a exclusão, o nivelamento e a homogeneização. A autora afirma, ainda, que se deve "desconstruir" conceitos que servem às finalidades da dominação e redescrever o bem que é protegido pela privacidade.

A noção de privacidade tem seu núcleo na inviolabilidade da personalidade, na intimidade e na integridade corporal (COHEN, 2012, p. 173). Nas relações íntimas, deve-se preservar a informação, o acesso e a comunicação interna, que são imprescindíveis para a confiança, e é isso que os direitos de privacidade associativa buscam assegurar. Por outro lado, os direitos à privacidade individual buscam preservar a integridade pessoal e corporal

dos membros da família, contra abusos perpetrados dentro da entidade familiar (COHEN, 2012, p. 177).

Esse conceito de privacidade busca assegurar aos indivíduos "autonomia de decisão a respeito de certas preocupações intensamente pessoais" (COHEN, 2012, p. 181). Para Cohen (2012, p. 188), os novos direitos à privacidade incluem aspectos informacionais e decisórios, exercendo um papel importante na proteção das capacidades dos sujeitos e na formação da autoconcepção coerente, autêntica e distinta.

Além disso, a proteção à privacidade é muito mais do que o direito a ser deixado em paz, compreende a proteção de "frágeis identidades concretas e processos de autoafirmação que, na verdade, são constitutivos de quem somos e de quem desejamos ser" (COHEN, 2012, p. 189).

Pode-se dizer que o direito à privacidade pessoal consiste em poder ser diferente, decidir questões pessoais sem a necessidade de justificar à sociedade o motivo da escolha. O sentimento de controle da própria identidade, sobre o acesso a si próprio, sobre quais aspectos de si serão apresentados em que momento e a quem, juntamente com a capacidade de exigir ou de renunciar às demandas por acesso é claramente empoderador (COHEN, 2012, p. 191-193).

A autoconfiança afirma-se no momento em que se pode dispor livremente do próprio corpo, coordenar harmoniosamente suas funções e regular o acesso a ele. Sem isso, sem pelo menos esse reconhecimento mais básico da dignidade de alguém, a autoimagem do indivíduo fica mutilada (perda da confiança). O mesmo ocorre com a segurança que lhe é necessária para interagir adequadamente com os outros e expressar suas próprias necessidades e sentimentos (COHEN, 2012, p. 196). Dessa forma, o transexual que não se identifica com o sexo anatômico, nem com o sexo registral sente perdida sua dignidade.

> Nossa relação com o corpo, nossa corporificação (embodiment), é o substrato crucial de nossa identidade, mas não o seu todo. Uma vez que reconheçamos que a formação da identidade ocorre ao longo de nossas vidas, podemos ver que o significado simbólico que atribuímos a nossos corpos e individualidades tem muitas fontes e pressupostos (COHEN, 2012, p. 197).

A inadequação dos documentos com a realidade fática traz como consequência abusos contra os transexuais, os quais ficam submetidos a situações constrangedoras, a assédio moral e a dificuldade em encontrar emprego: as vagas disponíveis frequentemente são na área de moda e de beleza e acabam tendo que trabalhar na rua, prostituindo-se, para angariar seu sustento.

As longas filas de espera para a realização da cirurgia de transgenitalização via Sistema Único de Saúde (SUS) e os altos preços da cirurgia no sistema privado levam o transexual a permanecer à margem da sociedade e a ter seus direitos negados. Muitos sucumbem frente à discriminação e ao preconceito. Não suportam continuar passando por situações vexatórias e acabam, muitas vezes, se automutilando, tentando realizar uma autocirurgia ou atentando contra a própria vida (GADVS, 2014).

Honneth (2010, p. 118) abrange esse tema na teoria da individuação humana, na qual se verifica uma dependência de constante reafirmação pelo outro. O desrespeito pode implicar em lesão e a identidade da pessoa entra em colapso. Essa dependência cresce conforme aumenta a consciência de sua individualidade, pois passa a depender mais do reconhecimento da sociedade. Implica dizer que a vulnerabilidade humana, constituída pelo desrespeito, decorre do entrosamento, da individuação e do reconhecimento.

Essa desvalorização social torna o indivíduo vítima de perda de autoestima, ou seja, ele não concebe mais a si próprio como um ser com traços característicos e habilidades dignos de estima. Dessa forma, a pessoa é privada do reconhecimento expresso pela aprovação social tipo autorrealização adquirida através de árduo processo de encorajamento por meio da solidariedade do grupo (HONNETH, 2010, p. 121).

A degradação social e a humilhação colocam em xeque a identidade do ser humano na mesma proporção que as doenças físicas comprometem o bem-estar do indivíduo. O tratamento preventivo de doenças equivale à garantia social das relações de reconhecimento, capazes de proporcionar ao sujeito a maior proteção possível contra o desrespeito (HONNETH, 2010, p. 122).

Aliás, as mudanças de prenome e de sexo vêm sendo autorizadas predominantemente pelos Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul e do Rio de Janeiro, conforme as ementas (só tem uma) que seguem (PAIVA; VIEIRA, 2009, *passim*):

> APELAÇÃO CÍVEL. ALTERAÇÃO DO NOME E AVERBAÇÃO NO REGISTRO CIVIL. TRANSEXUALIDADE. CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. O fato de o apelante ainda não ter se submetido à cirurgia para a alteração de sexo não pode constituir óbice ao deferimento do pedido de alteração do nome. Enquanto fator determinante da identificação e da vinculação de alguém a um determinado grupo familiar, o nome assume fundamental importância individual e social. Paralelamente a essa conotação pública, não se pode olvidar que o nome encerra fatores outros, de ordem eminentemente pessoal, na qualidade de direito personalíssimo que constitui atributo da personalidade. Os direitos fundamentais visam à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual, atua como uma qualidade inerente, indissociável, de todo e qualquer ser humano, relacionando-se intrinsecamente com a autonomia, razão e autodeterminação de cada indivíduo. Fechar os olhos a esta realidade, que é

> reconhecida pela própria medicina, implicaria infração ao princípio da dignidade da pessoa humana, norma esculpida no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal, que deve prevalecer à regra da imutabilidade do prenome. Por maioria, proveram em parte (Apelação Cível Nº 70013909874, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 05/04/2006).

Como colocado anteriormente, o registro civil deve ser um meio de individualização e de identificação da pessoa na sociedade. Como o indivíduo pode ser representado e, mais ainda, identificado se o seu registro não corresponde à realidade?

> Registro civil. Transexualidade. Prenome. Alteração. Possibilidade. Apelido público e notório. O fato de o recorrente ser transexual e exteriorizar tal orientação no plano social, vivendo publicamente como mulher, sendo conhecido por apelido, que constitui prenome feminino, justifica a pretensão já que o nome registral é compatível com o sexo masculino. Diante das condições peculiares, nome de registro está em descompasso com a identidade social, sendo capaz de levar seu usuário à situação vexatória ou de ridículo. Ademais, tratando-se de um apelido público e notório justificada está a alteração. Inteligência dos arts. 56 e 58 da Lei n. 6015/73 e da Lei n. 9708/98. Recurso provido (Apelação Cível Nº 70000585836, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 31/05/2000).

O princípio basilar da dignidade da pessoa humana, visando à identidade/reconhecimento da pessoa transexual, sopesa a falta de lei específica a respeito da adequação do prenome no registro civil de homossexuais e transexuais. Assim dispôs o desembargador relator Rui Portanova do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

> [...] A demonstração de que as características físicas e psíquicas do indivíduo, que se apresenta como mulher, não estão em conformidade com as características que o seu nome masculino representa coletiva e individualmente são suficientes para determinar a sua alteração. Tais fatos autorizam, mesmo sem a realização da cirurgia de transgenitalização, a retificação do nome da requerente para conformá-lo com a sua identidade social. Pronta indicação de dispositivos legais e constitucionais que visa evitar embargo de declaração com objetivo de prequestionamento. REJEITADAS AS PRELIMINARES, NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME (Apelação Cível Nº 70022504849, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 16/04/2009).

No caso a seguir, a Oitava Câmara também do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul negou provimento à apelação do Ministério Público contra a decisão favorável de mudança de sexo no registro civil do juízo *a quo*, conforme segue:

> RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. TRANSEXUALISMO. ALTERAÇÃO DE PRENOME INDEPENDENTEMENTE DA REALIZAÇÃO DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL E À DIGNIDADE. CONFIRMAÇÃO DE SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU.

> ACOLHIMENTO DE PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SEGUNDO GRAU. A demonstração de que as características físicas e psíquicas do indivíduo, que se apresenta como mulher, não estão em conformidade com as características que o seu nome masculino representa coletiva e individualmente são suficientes para determinar a sua alteração. A distinção entre transexualidade e travestismo não é requisito para a efetivação do direito à dignidade. Tais fatos autorizam, mesmo sem a realização da cirurgia de transgenitalização, a retificação do nome da requerente para conformá-lo com a sua identidade social. NEGARAM PROVIMENTO (Apelação Cível Nº 70030772271. Oitava Câmara Cível. Comarca De São Leopoldo/Rs. Apelante Ministério Público).

A importância do nome e do sexo no registro civil é vital para a inserção do transexual no mercado de trabalho, que tem relação direta com a inserção social. Segundo a Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA), 90% das travestis e das transexuais estão-se prostituindo no Brasil. Ainda que elas queiram arranjar um emprego com rotina, horário de trabalho e carteira assinada, o preconceito fica evidente quando elas se candidatam a uma vaga. O currículo é elogiado pelo entrevistador, porém, ao observar os documentos como sendo de sexo oposto ao aparente, é o fim da entrevista (ANDRADE, 2013)[1].

Por esse motivo, muitos transexuais não se assumem, pois dependem de um emprego, no qual podem vir a sofrer assédio moral, tanto vertical, promovido pelo patrão, como horizontal, promovido pelos colegas. Os transexuais que se assumem normalmente são autônomos ou possuem uma vida estável, de forma que não dependem de patrão ou de emprego, é o que relata Marcia Rocha, advogada transexual (ROCHA, 2014).[2]

Aliás, o problema vivido pelos transexuais começa ainda mais cedo: na falta de aceitação pelos pais e pelo preconceito e pela discriminação sofridos na escola. Dessa maneira, a maioria desiste de estudar, de forma que, desde cedo, se veem tolhidos da chance de galgar por estudos visando a profissões mais bem remuneradas.

Sobre este aspecto, Bohm (2009, p.98) realizou pesquisa na qual analisou um grupo de 20 transexuais de diferentes classes sociais escolhidas aleatoriamente. Desse total de 20, apenas 01 (5%) havia entrado na faculdade; e, 07 (35%) saíram da escola em função do preconceito. Ainda nesta linha, Bento (2011, p.555) afirma que não existem indicadores para medir a homofobia (e a transfobia) na escola por causa do "disfarce" do "manto

[1] Entrevista concedida à blog. Ver referências.

[2] Entrevista concedida à Tv Brasil: Caminhos da Reportagem. Transexual: a busca pela identidade. Ver ref.

invisibilizante" da evasão. Na realidade o que ocorre é um processo de expulsão, onde devem ser averiguados os motivos que levaram o aluno transexual a não frequentar mais a escola.

Melo (2014)[3] afirma que o transexual sofre o mesmo tipo de discriminação que as mulheres, pois representa uma "vergonha" para o masculino (empresa), por ter desistido do poder, de "ser homem" e por ter assumido o lado frágil, feminino:

> Quando você fere o ideário machista de colocar um homem de salto alto, ou seja, de você pegar este homem e colocar numa condição feminina que é inferior, isso é um problema sério: 'os homens' não aceitam. 'Os homens' que eu digo no sentido de instituições (MELO, 2014).

No caso de trans homem, continua Melo (2014), a discriminação ocorre porque, na visão institucionalizada da empresa, ele sempre será uma mulher querendo adentrar no universo masculino de poder. Assim, o homem trans sofrerá o estigma de ser considerado sempre uma mulher, pois nasceu assim, sem "pênis"; já a mulher trans sofre o assédio moral pois desistiu do "poder" – masculino – para se associar ao "fraco" – o feminino.

Ganham importância, nesse contexto, os estudos das autoras pré-feministas Simone de Beauvoir (1949) e Margaret Mead (1935) que revelaram a opressão feminina nas sociedades ocidentais relativa à sua sexualidade exercida pelo poder econômico, biológico e psicológico masculino. A mulher era tratada como "o outro", o negativo do homem e, por consequência, inferior a ele. Na célebre frase de Beauvoir, "não se nasce mulher, torna-se uma" (BEAUVOIR, 1949, p. 9), pode-se verificar que o ser feminino é um ser construído culturalmente, já o masculino parece pré-determinado.

Das teorias mencionadas decorrem várias correntes feministas como a teoria *queer*, influenciada por Mead. Essa teoria afirma que a "orientação" sexual e a identidade sexual ou o gênero dos indivíduos são resultado de uma construção social e que, portanto, não existem papéis sexuais essencial ou biologicamente inscritos na natureza humana. Louro (2004, p. 47) alega que "a teoria *queer* permite pensar a ambiguidade, a multiplicidade e a fluidez das identidades sexuais e de gênero, mas, além disso, também sugere novas formas de pensar a cultura, o conhecimento, o poder e a educação". Vê-se que a teoria *queer* foge dos padrões normativos e estigmatizadores impostos pela biologia e pelos padrões sociais.

[3] Entrevista concedida à Tv Brasil: Caminhos da Reportagem. Transexual: a busca pela identidade. Ver ref.

A sexualidade passa não apenas pelo biológico, mas a cultura e as representações sociais em torno do sexo também influenciam diretamente o comportamento dos indivíduos inseridos em suas realidades (ALBANO, 2013, p. 100).

Berkman (2013, p. 329) ressalta que a autoconstrução sexual do ser humano em si mesmo e nos demais constitui tema dos mais debatidos, sofrendo ataques constantes e apresentam interessantes particularidades. Parecem não identificar-se a nenhum projeto de vida, pois a sexualidade não lhes resulta de uma opção. A liberdade para fazer projetos está no autoconstruir-se de acordo com sua sexualidade.

Assim, a liberdade para autoconstruir-se, para criar a própria identidade através da autonomia decisória e, consequentemente, implementar o próprio projeto de vida está intimamente ligada ao empoderamento da dignidade da pessoa humana. A identidade sexual traz questões concomitantes com outras "identidades": étnica, nacional, idiomática e até religiosa, sendo útil em matéria de discriminação (BERKMAN, 2013, p. 330)

A autonomia decisória existencial volta para a satisfação de interesses e das funções relativos à pessoa, tais como o livre desenvolvimento da personalidade, os quais merecem tutela e são socialmente úteis, mas não se subordina a interesses da coletividade. O fim socialmente útil da autonomia existencial consiste na dignidade da pessoa humana, portanto não viola e sim promove a liberdade individual (MEIRELES, 2009, p. 189).

E quais os limites dessa autonomia decisória?

3 AUTONOMIA DECISÓRIA E SEUS LIMITES: INTERESSE DE TERCEIROS

Sendo a autonomia decisória um exercício de liberdade necessário para a construção da identidade de cada um, quais seriam os seus limites? Considerando cada indivíduo como portador de dignidades, como resolver a questão da autonomia de um indivíduo confrontando outro princípio igualmente balizador da dignidade humana de outro indivíduo, o chamado conflito de dignidades?

Sarmento (2000, p. 57) e Alexy (2008, p. 95) explicam que o impasse deverá ser resolvido com o método da ponderação, posto que se trata de colisão de princípios, de irredutível dimensão substantiva, na medida em que seus resultados devem buscar a promoção de valores humanísticos superiores, subjacentes à ordem constitucional. Seguem alguns exemplos.

Direito ao casamento do transexual

Vieira (2011, p. 422) afirma que "não há nenhum impeditivo ao casamento do transexual, nem antes, nem depois da cirurgia". O sexo biológico não importa, nem a vida privada sexual do casal: qualquer vedação é discriminatória em relação à liberdade e direitos fundamentais.

Da mesma forma, o indivíduo casado e com filhos que deseja realizar a cirurgia de transgenitalização pode fazê-la se assim o desejar, sem prejuízo da obrigação alimentar ao ex-cônjuge e aos filhos. Nesse caso, segundo Vieira (2011, p. 423), a dissolução automática do casamento não tem cabimento, assim como o divórcio, apenas com base na igualdade de sexo entre os cônjuges. Salienta ainda:

> Ninguém pode condenar o casal a se divorciar, a menos que um, pelo menos, manifeste vontade. Quando o casamento aconteceu, não havia identidade de sexo legal, portanto não é nulo, nem anulável, a menos que se enquadre em outras hipóteses legais. Não se pode impedir que os cônjuges continuem a vida em comum. Os cônjuges é que devem optar ou não pela dissolução do casamento, no caso de não ter ocorrido o reconhecimento legal da adequação de sexo. Pode ser que se trate de um transexual secundário que não queira mudar de prenome ou ver o reconhecimento acolhido. Dificilmente as tendências transexuais são supervenientes ao matrimônio, mas não é impossível sua ocorrência (VIEIRA, 2011, p. 423).

Sob essa ótica, cumpre destacar o caso de um casal italiano, cujo marido assumiu sua transexualidade e realizou a cirurgia de adequação de sexo quatro anos após o casamento. Ao realizar a mudança de nome, o oficial do estado civil fez o divórcio do casal, mesmo contra a vontade de ambos, que queriam continuar casados, citando falta de diversidade sexual entre os cônjuges, proibida na lei italiana.

Porém, o advogado do casal alegou que não há lei que os obrigue a se divorciar sem o próprio consentimento e a lei de ratificação da identidade sexual não prevê que ocorra a dissolução automática do casamento ou, ainda, que a mudança de sexo seja motivo para pedir o divórcio, ele deve ser solicitado pelo cônjuge. O caso foi parar na Corte Constitucional Italiana, que declarou inconstitucional artigos da lei que anula casamento caso um dos pares passe por cirurgia de mudança de sexo (ITÁLIA, 2014).

No caso supramencionado, a liberdade do casal havia sido atingida, tanto no âmbito da autonomia decisória – poder de decisão, de realizar suas próprias escolhas com vistas à melhor construção de sua própria dignidade – quanto na esfera da intimidade. O casal sabia da situação um do outro e, mesmo após a cirurgia, quis permanecer casado.

Porém, se, por acaso, o transexual operado casar sem contar ao cônjuge sobre sua situação anterior, caracteriza-se o erro essencial quanto à pessoa do outro, sendo possível, então, a anulação do casamento, o que, no Brasil, tem base no artigo 1.556 do Código Civil, se ainda dentro do prazo decadencial de três anos:

> Artigo 1.556. O casamento pode ser anulado por vício da vontade, se houve por parte de um dos nubentes, ao consentir, erro essencial quanto à pessoa do outro.
>
> Artigo 1.557. Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge: I - o que diz respeito à sua identidade, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado; [...]

Tomaszewski (2010, p. 177) discorre sobre o erro essencial no casamento de transexual:

> Desta forma, não obstante a decisão estar em consonância com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, intimidade e privacidade e tudo o mais quanto possa gravitar em torno dos conceitos acerca dos direitos da personalidade, este indivíduo receberá um documento que lhe habilitará ao casamento com um homem, pois aparência de mulher e documentação exigida para o processo de habilitação, ele, agora ela, terá. A possibilidade de se anular o casamento por erro essencial quanto à pessoa do cônjuge existe, mas os princípios textualizados anteriormente são colocados em posição de supremacia. Se o seu cônjuge souber da cirurgia e do provimento jurisdicional concessivo como nos moldes retro, então não poderá alegar ignorância e como conseqüência a insuportabilidade da vida em comum (TOMASZEWSKI, 2010, p. 177)

Vieira (2011, p. 424) complementa que o cônjuge enganado pode alegar, além da insuportabilidade da vida em comum que, se soubesse de tal condição, não teria contraído casamento. Sendo assim, recomenda que não haja dissimulação de tal situação, em face do preconceito da sociedade, para que o futuro cônjuge não se sinta enganado, posto que, entre eles, deve haver confiança mútua e lealdade. Melhor revelar o fato do que ocultá-lo e correr o risco de ser descoberto e de ser incompreendido. Ressalta, ainda, o autor, que o futuro cônjuge pode perdoar a quebra da confiança, cabendo somente a ele verificar se seu amor é maior do que o seu preconceito.

Direito do transexual com filhos

O que fazer quando há conflito de princípios: o da dignidade da pessoa humana, representado por um pai ou uma mãe transexual que deseja veementemente a mudança de

nome e de sexo face ao da proteção integral da criança e do adolescente?

Em casos assim, se houver criança ou adolescente envolvido, Vecchiatti (2011, p. 458-459) sugere a ponderação:

> Deve prevalecer a dignidade humana de transexuais para que seja permitida a realização da cirurgia de transgenitalização e retificação dos seus documentos, como forma de garantir a sua vida digna (e, mesmo, a vida, pelo risco de suicídio notoriamente existente, ao menos em alguns casos extremos) (VECCHIATTI, 2011, p. 458-459).

Se a criança ou o adolescente não tiver maturidade suficiente para compreender a imprescindível necessidade psicológica da realização da cirurgia e de adequação dos documentos, podendo isso lhe causar transtornos e traumas, comprovados por perito forense, então a guarda deve ficar com o outro ascendente, e as visitas devem ser deferidas apenas quando o menor apresentar maturidade necessária para compreender a situação.

Outro problema que surge é relativo à documentação dos filhos: a mudança do prenome e do sexo do pai ou da mãe deve ser averbada no registro civil do filho? Vecchiatti (2011, p. 459) afirma que há duas soluções possíveis: manter o registro original, por ser verdadeiro à época dos fatos, ou alterar, por não mais corresponder à realidade. O autor sustenta que deve ser realizada a alteração nos documentos do filho, caso contrário não há possibilidade de o pai ou a mãe transexual identificar-se como ascendente biológico do filho sempre que isso se torne necessário.

Ainda em relação à proteção da criança e da importância dos papéis de pai e de mãe, Zambrano (2008, p. 70) defendeu em sua tese de doutorado que a função materna ou a função paterna poderão ser desempenhadas por qualquer dos parceiros, sem que isso os transforme em homem ou em mulher. Do ponto de vista da psicanálise, considera-se necessária a presença de um "terceiro" para a separação psíquica entre mãe e filho, que é uma das atribuições da chamada "função paterna". Para o filho, não importa o sexo da pessoa para a qual o desejo do pai/mãe está direcionado: o importante é a descoberta da existência de uma outra pessoa, por quem o pai/mãe sente desejo. A manutenção da ideia de que o "terceiro" teria que ser o pai/homem promove um deslizamento do simbólico para o real, evidenciando o vínculo que a psicanálise sustenta com a manutenção de uma "ordem familiar" patriarcal.

O exercício das funções materna e paterna se dá de acordo com as características e com as preferências de cada um, não havendo necessariamente, nos casais homossexuais, uma divisão rígida de "papel de gênero": feminino para o que cumpre uma função dita materna e masculino para uma função dita paterna. Um dos dois pode exercer mais o papel de

autoridade, normalmente aquele considerado o "verdadeiro" pai, por ser o pai biológico ou por ser o pai adotante o único reconhecido pela lei. O segundo pai, ou o companheiro do pai, em geral, ocupa um lugar mais "maternal", não porque seja mais feminino na sua identidade, mas, porque se encarrega das tarefas nas quais o reconhecimento do "verdadeiro" ou do legal não é solicitado, geralmente os cuidados domésticos (ZAMBRANO, 2008, p. 71).

Nas famílias em que um dos companheiros é transexual, os papéis parentais são mais definidos e parece dar-se de acordo com o sexo/gênero de escolha de cada um: mulheres transexuais são consideradas mães e seus parceiros, pais (ZAMBRANO, 2008, p. 71).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da primazia da realidade prevê que o fato precede a forma. Sob esse aspecto, deduz-se que a realidade corresponde à identidade vivenciada pela pessoa, ou seja, em relação à identidade de gênero, implica em como as pessoas se representam e como são reconhecidos. Logo, o princípio supracitado vem corroborar a necessidade de mudança do nome e do gênero nos registros das pessoas transexuais haja vista a situação vexatória pela qual passam sempre que houver conferência de documentos. Reforçam-se, nesse caso, os princípios da dignidade humana, da igualdade, da fraternidade, da solidariedade, da proteção e da primazia da realidade.

Tartuce (2005, p. 1) entende que o fundamento de proteção da dignidade da pessoa humana é o mais correto e pertinente. Na realidade, esse princípio faz referência implícita ao mencionar a situação de ridículo a que muitas vezes o transexual é submetido. Na maioria das vezes, há um impacto no interlocutor ao visualizar o transexual e confrontá-lo com a sua identificação civil.

Independentemente do lugar ou da condição em que o transexual se encontre, a proteção de sua integridade corporal e de sua privacidade é medida que se faz necessária. Nessa seara, o direito ao corpo, à intimidade e à adequação de seu registro civil, enquanto direito à privacidade faz reconhecer a diferença. A partir do momento em que for reconhecido a cada pessoa o direito de escolher sobre a sua sexualidade, sobre a reprodução, entre outras questões que estão no campo da individualidade, afirma-se o direito de ser diferente (COHEN, 2012, p. 198).

Assim, Meireles (2009, p. 182) conclui que, apesar de a regra ser a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade das situações jurídicas subjetivas existenciais, seu poder de disposição não está vedado, principalmente no que tange aos novos aspectos não

patrimoniais emergentes da autonomia decisória. Porém, o artigo 11 do Código Civil coloca a autorização legal como obstáculo intransponível aparentemente.

No caso dos transexuais, esse "obstáculo" gera segurança jurídica uma vez que feita a averbação à margem do registro civil, fica resguardada a sua intimidade e também o interesse de terceiros. A dinâmica social do reconhecimento, portanto a "gramática dos conflitos sociais", responde à formulação: desrespeito, luta por reconhecimento e mudança social.

A esse respeito, o Ministro Ayres Brito, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) n. 4277/DF argumentou que

> [...] essa liberdade para dispor da própria sexualidade insere-se no rol dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é de autonomia de vontade, direta emanação do princípio da dignidade da pessoa humana e até mesmo 'cláusula pétrea', nos termos do inciso IV do §4º do artigo 60 da CF (cláusula que abrange 'os direitos e garantias individuais' de berço diretamente constitucional) [...] (BRASIL, 2011).

Dessa forma, percebe-se que uma pessoa pode ter seu gênero latente internamente devido a diversos fatores, sejam culturais, econômicos, familiar e sociais. Mas, a partir do momento em que o indivíduo consegue incorporar sua realidade psicológica e decide assumir-se transexual, é de vital importância que a sociedade, a família e o Estado estejam preparados para as diferenças. O desajuste causado pela dor moral em consequência de atitudes discriminatórias e preconceituosas constitui crime à dignidade humana comparável à morte moral.

É necessário zelar pela respeitosa convivência dos diferentes, observando o pluralismo sócio-político-cultural, pois não se é mais digno ou menos digno pelo fato de se ter nascido mulher ou homem ou de se descobrir transexual. O direito precisa acompanhar as revoluções humanas e o gênero está passando por um processo de readaptação ou de redescoberta em que apenas o processo de visualização do sexo anatômico ao nascimento já não resta suficiente, posto que o indivíduo passa por várias transformações ao longo da vida.

Sendo o sexo multifatorial, verifica-se que a observação do sexo psicossocial da pessoa possui uma efetividade prática maior e é o que comporta o respeito ao princípio da dignidade humana, haja vista que o nome e o sexo são direitos de personalidade que visam à identificação do indivíduo na sociedade e como ele é reconhecido em seu meio. Nesse ínterim, ficam resguardados os interesses de terceiros na averbação à margem do registro

civil, não podendo, posteriormente, o cônjuge alegar erro de pessoa se lhe for informada a condição anterior da vida de seu parceiro ou de sua parceira antes do casamento.

Cabe lembrar, ainda, em relação aos filhos, que a criança é um ser em formação e que os pais têm direitos e deveres em relação a eles. Não se pode criar uma situação tal que leve a criança a sentir que a sua dignidade foi perdida em detrimento da dignidade de seu genitor transexual. A responsabilidade dos pais em relação à sua prole vai além da mantença.

A dignidade se constrói nos laços de amor autêntico e na relação de amizade, de respeito e de companheirismo. A verdade deve ser demonstrada à proporção da possibilidade de entendimento do ser. Nesse caso, despojado de qualquer preconceito, é necessário um estudo mais aprofundado de especialistas psicólogos e psiquiatras, pois existem duas dignidades em conflito e a criança é um ser que carece de maior proteção por parte do Estado e da sociedade. Ademais, que exemplo esse pai ou essa mãe estarão dando ao filho, sendo que ele próprio vive em uma mentira?

REFERÊNCIAS

ALBANO, Daniel. O stop-start e o squeeze no contexto clínico de terapia sexual. In: MATTEU, Douglas et al. **Treinamentos comportamentais**. São Paulo: Ser Mais, 2013.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo, Malheiros, 2008.

ANDRADE, Daniela. Feminismo pra que: o preconceito contra transexuais no mercado de trabalho. **Carta Capital**. 01/11/2013. Entrevista concedida a Nadia Lapa. Disponível em: < http://www.cartacapital.com.br/blogs/feminismo-pra-que/o-preconceito-contra-transexuais-no-mercado-de-trabalho-2970.html>. Acesso em: 03 nov. 2013.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Considerações sobre a tutela dos direitos da personalidade no Código Civil de 2002. In: SARLET, Ingo. **O Novo Código Civil e a Constituição.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Prefácio. In: SARMENTO, Daniel (org). **Interesses públicos versus interesses privados:** desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo:** a experiência vivida. 7. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1949, v.2.

BENTO, Berenice. Na escola se aprende que a diferença faz a diferença. In: **Estudos Feministas**. Florianópolis, 19(2): 336, mai-ago/2011. Disponível em: http://www.scielo.br. Acesso em 20/01/2015.

BERKMAN, Ricardo Rabinovich. Sobre o direito relacionado à Identidade sexual e aspectos relacionados. In: JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco;

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (coord). **Direito à diferença**: aspectos de proteção específica às minorias e aos grupos vulneráveis. Vol 2. São Paulo: Saraiva, 2013.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Antônio Luiz de Toledo Pinto et al. 11. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 jan. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADIN 4277/DF 2011. A.C. Nº 70041776642. Relator, Des. Rui Portanova. 2011.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema da ciência do direito.** 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

COHEN, Jean L. **Repensando a privacidade**: autonomia, identidade e a controvérsia sobre o aborto.In: Revista Brasileira de Ciência Política, nº 7, Brasília, jan-abr de 2012. p. 165-203.

HYPESCIENCE. Homem dá à luz uma menina nos EUA. Disponível em: <http://hypescience.com/homem-da-luz-a-uma-menina-nos-eua>. Acesso em: 20 fev. 2015.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do Direito Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL/SP (GADVS/SP). Em defesa dos direitos da população LGBTI. IOTTI, Paulo. **Direitos negados a LGBTS**. 20/09/2014. Disponível em: <http://www.gadvs.com.br/?p=1903>. Acesso em: 20 fev. 2015.

HONNETH, Axel. Integridade e desrespeito: princípios para uma concepção de moralidade baseada na teoria do reconhecimento. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; OLIVEIRA, Elton Somensi de (Org.). **Correntes Contemporâneas do Pensamento Jurídico**. Barueri: Manole, 2010. Cap. 6. p. 115-132.

ITÁLIA. **Corte Costituzionale**. Giudizio Di Legittimità Costituzionale In Via Incidentale. Presidente CASSESE - Redattore MORELLI. Sentenza n. 170/2014. Pubblicazione in G. U. 18/06/2014. n. 26.Norme impugnate: Artt. 2 e 4 della legge. 14/04/1982, n. 164. Disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>. Acesso em: 05 fev. 2015.

LOURO, Guacira Lopes. **Um corpo estranho**: ensaios sobre sexualidade e teoria queer. Belo Horizonte: Autêntica, 2004.

MEIRELES, Rose Melo Venceslau. **Autonomia privada e dignidade humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MELO, Mariana. **Transexual: a busca pela identidade**: depoimento (27/11/2014). Tv Brasil: caminhos da reportagem. Entrevistadores Aline Beckstein, Gustavo Minari, Luana Ibelli. Disponível em: <http://tvbrasil.ebc.com.br/caminhosdareportagem/episodio/transexual-a-busca-pela-identidade#media-youtube-1>. Acesso em: 30 nov. 2014.

PAIVA, Luiz Airton Saavedra; VIEIRA, Tereza Rodrigues. A transexualidade no passado e o caso Roberta Close. In: PAIVA, Luiz Airton Saavedra; VIEIRA, Tereza Rodrigues (Orgs.). **Identidade sexual e transexualidade**. São Paulo: Roca, 2009.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível Nº 70030772271**, da Oitava Câmara Cível. Apelante Ministério Público. Apelado: JPS. Relator: Rui Portanova. Porto Alegre, 23/07/2009. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em 10/01/2015.

_____. _____. **Apelação Cível Nº 70022504849**, da Oitava Câmara Cível. Apelante Ministério Público. Apelado: ARCS. Relator: Rui Portanova. Porto Alegre, 23/04/2009. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em 10/01/2015.

_____._____. **Apelação Cível nº70000585836,** da Sétima Câmara Cível. Apelante RGFS. Apelado Justiça. Relator: Des Sergio Fernando Vasconcellos Chaves. Porto Alegre, 31/05/2000. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em 10/01/2015.

_____. _____. **Apelação Cível Nº 70013909874**, da Sétima Câmara Cível. Apelante AAM. Apelado: Justiça. Relator: Maria Berenice Dias. Porto Alegre, 17/04/2006. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em 10/01/2015.

ROCHA, Marcia. **Transexual:** a busca pela identidade – depoimento (27/11/2014). Tv Brasil: caminhos da reportagem. Entrevistadores Aline Beckstein, Gustavo Minari, Luana Ibelli. Disponível em: <http://tvbrasil.ebc.com.br/caminhosdareportagem/episodio/ transexual-a-busca-pela-identidade#media-youtube-1>. Acesso em: 30 nov. 2014.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

TARTUCE, Flávio. Mudança do nome do transexual. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 884, 4 dez. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/7584>. Acesso em: 2 out. 2014.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TOMASZEWSKI, Adauto A. **Comentários à lei de registros públicos.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Constitucionalidade da classificação da homofobia como racismo (PLC 122/2006). In: DIAS, Maria Berenice (coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

VIEIRA, Tereza R. Transexualidade. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZAMBRANO, Elizabeth. **Nós também somos família:** estudo sobre a parentalidade homossexual, travesti e transexual. Porto Alegre, URGS, 2008. 236 f. Tese (Doutorado em Antropologia Social) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2008.