

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

THALITA MENICUCCI BORTOLOSO

**A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO
INDIVÍDUO TRANSEXUAL FRENTE AO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO: UM BREVE DIAGNÓSTICO DA
“FRÁGIL CIDADANIA” RECONHECIDA À ESTA PARCELA DA
SOCIEDADE BRASILEIRA**

VITÓRIA
2018

THALITA MENICUCCI BORTOLOSO

**A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO
INDIVÍDUO TRANSEXUAL FRENTE AO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO: UM BREVE DIAGNÓSTICO DA
“FRÁGIL CIDADANIA” RECONHECIDA À ESTA PARCELA DA
SOCIEDADE BRASILEIRA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito básico para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação da profa. Ms. Paula Ferraço Fittipaldi.

VITÓRIA
2018

THALITA MENICUCCI BORTOLOSO

**A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO
INDIVÍDUO TRANSEXUAL FRENTE AO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO: UM BREVE DIAGNÓSTICO DA “FRÁGIL CIDADANIA”
RECONHECIDA À ESTA PARCELA DA SOCIEDADE BRASILEIRA**

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória-FDV,
como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de bacharel
em Direito.

Aprovada em ____ de _____ de 2017.

COMISSÃO EXAMINADORA

Profa. Ms. Paula Ferraço Fittipaldi
Faculdade de Direito de Vitória
Orientadora

Profº
Faculdade de Direito de Vitória

RESUMO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é conhecida como Constituição Cidadã, na medida em que posiciona a dignidade da pessoa humana como valor máximo do Ordenamento Jurídico Brasileiro e garante a todos os integrantes da sociedade brasileira uma plena cidadania, que inclui o exercício dos direitos civis, políticos e sociais. Como forma de tutelar a dignidade humana também nas relações privadas, é de suma importância que o Direito Civil seja examinado sob uma perspectiva constitucional, encontrando-se os direitos da personalidade como os principais direitos individuais protetores dos valores humanitários e sociais. Nessa ótica, é mister compreender o tratamento concedido pelo Estado Brasileiro à pessoa transexual, que possui uma identidade de gênero distinta da fixada ao seu sexo biológico, uma vez que seus direitos são reiteradamente violados, tendo, como fator determinante para essa violação, a identidade de gênero auto-percebida. Serão analisados os desafios vivenciados pelos transexuais devido à ausência de amparo estatal na proteção de seus direitos, expondo casos concretos que demonstram o próprio Estado como o principal transgressor dos direitos dos indivíduos transexuais. Ao final, diante da análise das situações fáticas, propõe-se uma evolução no Ordenamento Jurídico Brasileiro, de modo a fornecer aos transexuais a tutela específica de determinados direitos, em conjunto com uma atuação estatal ativa na defesa desses indivíduos, almejando sua inclusão social. Ademais, é apresentada a necessidade do reconhecimento da pessoa transexual, fazendo-se importante o respeito e aceitação por parte da sociedade, acabando com a definição da transexualidade como um transtorno ou uma psicose. Empregar-se-á a metodologia Hipotético-Dedutiva, utilizando-se do método qualitativo a ser realizado por meio da pesquisa exploratória, que inclui o levantamento bibliográfico, doutrinário, do Ordenamento Jurídico Brasileiro e do estudo de casos.

Palavras-chave: Cidadania; Dignidade Humana; Direito Civil Constitucionalizado; Direitos da Personalidade; Transexualidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	05
1 A CIDADANIA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS PRESENTES NA CRFB/88	07
1.1 A EVOLUÇÃO DO DIREITO CIVIL SOB O PRISMA CONSTITUCIONAL	15
1.2 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NA PERSPECTIVA DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONALIZADO	19
2. A TRANSEXUALIDADE NA SOCIEDADE BRASILEIRA	24
3 A “FRÁGIL CIDADANIA” RECONHECIDA AOS TRANSEXUAIS EM TOTAL DESACORDO À EFETIVAÇÃO E AO RESPEITO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE SOB A ÓTICA DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL	31
3.1 A IDENTIDADE DE GÊNERO COMO FATOR DETERMINANTE PARA A VIOLAÇÃO DE DIREITOS	33
CONSIDERAÇÕES FINAIS	51
REFERÊNCIAS	53

INTRODUÇÃO

A República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito, pautada no princípio da dignidade humana e na proteção dos direitos do homem. Determinados direitos são tidos como fundamentais, tais como o direito à vida, à igualdade e à liberdade, ressaltando-se, neste âmbito, os direitos da personalidade, que garantem ao homem o direito de controlar seu corpo, sua imagem, sua honra e qualquer outro aspecto que faça parte de sua identidade.

Na ótica das pessoas transexuais, a grande problemática se faz na relação entre esses indivíduos com a sociedade, com o Estado e com o Ordenamento Jurídico Brasileiro, diante da constante violação de seus direitos, que impedem o exercício de uma plena cidadania.

Nesse viés será abordado, em um primeiro momento, acerca da cidadania garantida à população brasileira pela Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/88, que se encontra diretamente ligada ao direito a uma vida digna, igualitária e livre. Tratar-se-á, também, sobre a evolução do Direito Civil Brasileiro, trazendo a vertente do direito civil constitucionalizado, visto à necessidade de aplicação dos preceitos constitucionais, defensores de valores humanitários, às relações privadas, buscando a análise dos direitos da personalidade sob a ótica da CRFB/88.

Em relação ao segundo capítulo, esse versará sobre o indivíduo transexual, ser humano que se identifica com o gênero diferente do atribuído ao seu sexo biológico. Neste ponto, será exposta a diferença de transexualidade para os termos sexualidade, homossexualidade, sexo, gênero e identidade de gênero, haja vista que, repetidamente, esses termos são confundidos. Além disso, será questionada a definição da transexualidade como uma patologia ou psicose, denominada de transexualismo pelos manuais de medicina.

Deve-se atentar, ainda, ao fato de que no direito brasileiro não existe lei própria acerca das necessidades dos transexuais, tanto antes quanto depois da cirurgia de mudança de sexo, na medida em que o Ordenamento Jurídico não progrediu

conforme as mudanças sociais e evoluções no campo da medicina, deixando de fora as questões que abrangem os transgêneros.

Destarte, além das dificuldades psíquicas envolvendo a neurodiscordância de gênero e a grande intolerância por parte da sociedade, pela dificuldade em aceitar as diferenças, as pessoas transexuais também sofrem com o obstáculo judicial para conseguir determinados direitos.

A dignidade da pessoa humana, presente como fundamento da República, é colocada em risco quando o indivíduo fica desamparado pelo governo local e discriminado pelo corpo social. Busca-se, então, no terceiro capítulo, mostrar as violações à cidadania, à dignidade humana e aos direitos fundamentais dos indivíduos transexuais realizadas pelo próprio Estado Brasileiro, suposto protetor da pessoa humana.

Ademais, serão apresentadas as inovações no ordenamento e na jurisprudência que envolvem os direitos dos transexuais, com o objetivo de defender a efetivação de seus direitos por meio do exercício de sua autodeterminação sexual, da alteração do nome e do gênero no registro civil e da utilização dos banheiros em consonância ao gênero percebido.

Além do conflito jurídico, há, também, um conflito social, pela dificuldade de aceitação que o transexual enfrenta, sendo segregado das relações sociais. Faz-se oportuno, por conseguinte, trazer o tema para realidade, com casos concretos de indivíduos transexuais, expondo as dificuldades que tiveram com a falta de proteção do Estado Brasileiro para com a sua condição, bem como a dificuldade de integração na comunidade, gerada pela ausência de políticas públicas, pelo preconceito e pela ignorância social.

Almeja-se, portanto, expor os obstáculos enfrentados pelos transexuais brasileiros na busca pela concretização dos direitos inerentes à sua personalidade, demonstrando a frágil cidadania reconhecida a esses indivíduos em total desajuste à efetivação dos direitos da personalidade e a ideia do direito civil constitucionalizado.

1 A CIDADANIA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS PRESENTES NA CRFB/88

A cidadania é um fenômeno complexo e definido ao longo da história, que inclui várias dimensões, de forma que algumas podem estar previstas sem as outras. O mundo Ocidental propagou um ideal de cidadania que combina a liberdade, a participação e a igualdade para todos. Apesar da compreensão de que tal ideal é inatingível, esse deve ser utilizado como parâmetro para análise da qualidade da cidadania de cada país, conforme seu momento histórico (CARVALHO, 2013, p. 9).

Pode-se dizer que a cidadania abrange os direitos civis, políticos e sociais, sendo, o cidadão pleno, o titular desses três direitos. Os direitos civis garantem a vida em sociedade e se referem aos direitos fundamentais à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. Já os direitos políticos são aqueles relacionados à participação do cidadão no governo do corpo social. Os direitos sociais, por outro lado, se baseiam na justiça social e reduzem os excessos de desigualdade decorrentes do capitalismo, objetivando um mínimo de bem-estar para toda população, sendo os direitos à educação, ao trabalho, ao salário justo, à saúde e à aposentadoria (CARVALHO, 2013, p. 9-10).

Observa-se, desse modo, que a cidadania é uma construção histórica, definida conforme cada sociedade e ao passo em que cada uma evolui. No entanto, entende-se como dimensões básicas de toda e qualquer cidadania os direitos civis, políticos e sociais, que devem ser garantidos ao indivíduo para que esse tenha sua cidadania plenamente efetivada.

Na ótica do Estado Brasileiro, José Afonso da Silva (2015, p. 106) esclarece que a cidadania “está aqui num sentido mais amplo do que o de titular de direitos políticos. Qualifica os participantes da vida do Estado, o reconhecimento do indivíduo como pessoa integrada na sociedade estatal”.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88, também conhecida como Constituição Cidadã, buscou garantir à sociedade brasileira sua

cidadania. No entanto, essa cidadania ainda não foi alcançada, principalmente quando relacionada aos direitos civis, como será exposto ao longo deste trabalho, devido à “incapacidade do sistema representativo de produzir resultados que impliquem a redução da desigualdade e o fim da divisão dos brasileiros em castas separadas pela educação, pela renda e pela cor” (CARVALHO, 2013, p. 229).

Não é possível considerar o indivíduo titular, único e exclusivamente, de direitos políticos, como possuidor de uma efetiva cidadania. Os direitos sociais e civis são de suma importância para a tutela da pessoa humana, sendo, o Estado Brasileiro, o principal violador desses direitos.

É notório que o legislador constituinte optou por elevar ao topo da CRFB/88 o princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que a posiciona como fundamento da República Brasileira e lhe protege em diversos dispositivos. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 76-80)

Registre que a dignidade da pessoa humana foi objeto de expressa previsão no texto constitucional vigente mesmo em outros capítulos de nossa Lei Fundamental, seja quando estabeleceu que a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos uma existência digna (art.170, *caput*), seja quando, na esfera da ordem social, fundou o planejamento familiar nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art.226, § 6º), além de assegurar a criança e o adolescente o direito à dignidade (art. 227, *caput*). Mais adiante, no artigo 230, ficou consignado que “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”.

(...) o nosso constituinte de 1988 (...) reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.

Garantida, desse modo, como norteadora da ordem econômica, base do ordenamento social e fundante do planejamento familiar, sendo assegurada, também, aos indivíduos mais vulneráveis, como as crianças, os adolescentes e os idosos, a dignidade da pessoa humana deve ser observada em toda e qualquer situação, como forma de o Estado, existente em função da pessoa humana, conceder uma proteção integral a todos os cidadãos.

O conceito de dignidade humana encontra-se em um processo infundável de construção, sendo possível, porém, descrevê-la como

irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade (SARLET, 2012, p. 52).

Dessarte, é verificado que a dignidade humana foi posta como princípio basilar do Ordenamento Jurídico Brasileiro na medida em que é parte inerente ao indivíduo e dele não se separa, fazendo-se essencial seu total alcance para garantir uma existência digna a qualquer pessoa humana.

Devido à dificuldade, conquanto, de se extrair um conceito específico sobre a dignidade da pessoa humana que é protegida juridicamente, remete-se tal questão à filosofia, quando Immanuel Kant norteou a dignidade como o valor intrínseco às pessoas humanas, e a humanidade como o fato destas pessoas serem racionais, possuidoras do livre arbítrio e com capacidade para interagir com os outros e com a natureza, sendo considerado, à *contrario sensu*, desumano e violador dessa dignidade tudo que reduzir o indivíduo à condição de objeto (MORAES, M., 2003, p. 85).

É possível, ainda, extrair quatro postulados que se desdobram da dignidade, sendo estes: (1) o sujeito moral e ético que verifica a existência de outras pessoas iguais a ele, (2) sendo todos merecedores do respeito à integridade psicofísica de que são titulares, (3) dotados de autodeterminação e (4) componentes do grupo social, garantindo ao sujeito o direito de não ser marginalizado. Desses postulados se desenvolvem os princípios jurídicos da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade (MORAES, M., 2003, p. 85).

Evidencia-se, portanto, que a dignidade da pessoa humana tutela o indivíduo dentro do corpo social, protegendo sua existência como igual, sendo, ainda, indissociável dos direitos fundamentais, por ser um valor unificador de todo o conteúdo desses direitos. Partindo dessa visão, faz-se necessário, neste ponto, explicar determinados direitos fundamentais.

A vida humana, tutelada no art. 5º, *caput*, da CRFB/88, diz respeito aos elementos materiais, físicos e psíquicos, e aos imateriais, aqueles espirituais, que a compõem, sendo considerada a fonte primária de todos os outros bens jurídicos (SILVA, 2015, p. 200).

A respeito desse direito, ressalta-se que nele não está incluída “a opção por não viver. Na medida em que os poderes públicos devem proteger esse bem, a vida há de ser preservada, apesar da vontade em contrário do seu titular” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 398).

Nesse sentido, o direito à vida não é disponível, de modo que não é facultado ao indivíduo a escolha por não viver. No entanto, em reiteradas situações, é possível verificar indivíduos dispendo de sua vida, principalmente quando ausente a atuação do Estado e quando violada sua dignidade humana.

Do direito à vida, ainda, é extraído o princípio da tutela da integridade psicofísica que, atualmente, abrange um sentido mais amplo do que apenas a proteção contra a tortura, como originalmente proposto. Na esfera do direito civil, esse princípio importa na proteção dos direitos da personalidade, sendo entendido como uma forma de “direito à saúde” que tutela o bem-estar psicofísico e social da pessoa humana (MORAES, M., 2003, p. 94).

A ampliação do princípio supramencionado está relacionada ao biodireito, ramo que ainda não possui uma regulamentação jurídica adequada, mas que se faz necessário diante do desenvolvimento de uma biotecnologia que gera inúmeras consequências ao psicofísico humano, regendo situações como a procriação *post mortem* e o congelamento de embriões, dos atos de disposição do próprio corpo, da mudança de sexo, dentre outros (MORAES, M., 2003, p. 94-95).

Diante dessa percepção, observa-se que os direitos à vida e à integridade psicofísica são essenciais para proteção do ser humano perante às novas mudanças tecnológicas e sociais cada vez mais latentes na sociedade brasileira, sendo de extrema relevância, também, a análise do direito à igualdade.

Acerca da igualdade, essa se encontra garantida como direito fundamental, quando se fala em igualdade jurídico-formal, aquela perante à lei, disposta no art. 5º, *caput*, CRFB/88 e, como objetivo fundamental da república presente no art. 3º, III, CRFB/88, tratando da igualdade substancial (BRASIL, 1988).

Há vários posicionamentos sobre o termo igualdade, sendo que o entendimento realista define os seres humanos como desiguais em diversos fatores, mas reconhece sua igualdade como espécie, posto que se identifica todo o ser humano como aquele com aptidão para existir (SILVA, 2015, p. 214-215). Conquanto, deve-se esclarecer que as desigualdades não podem privar o indivíduo de uma existência digna, como salienta Boaventura de Souza Santos (apud, MORAES, M., 2003, p. 92) quando ressalta que “as pessoas e os grupos sociais tem o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza”.

O sentido de igualdade deve ser visto muito além daquele referente apenas a igualdade perante à lei. Sabe-se que cada indivíduo tem sua particularidade, de modo que determinada diferença pode ser essencial para ensejar um tratamento diferenciado como forma de garantir a igualdade substancial.

Neste viés, Cármen Lúcia Antunes Rocha (1990, p. 118) define a igualdade constitucional como “mais que uma expressão de direito; é um modo justo de se viver em sociedade. Por isso, é princípio posto como pilar de sustentação e estrela de direção interpretativa de normas jurídicas que compõem o sistema jurídico fundamental”.

A Constituição Federal busca garantir a igualdade em diversos dispositivos, destacando-se, aqui, os referentes a igualdade sem distinção de sexo e de orientação sexual. O sexo, historicamente, foi um fator discriminante, posicionando as mulheres como inferiores aos homens por percorridos séculos (SILVA, 2015, p. 226). A estrutura familiar patriarcal é um dos principais exemplos dessa discriminação, na medida em que legitimava “o exercício dos poderes masculinos sobre a mulher – poder marital, e sobre os filhos – pátrio poder” (LOBÔ, 2018, p. 15).

A trajetória histórica da mulher é marcada pela ausência de sua inserção no corpo social, na medida em que era submissa ao marido, destinada aos serviços domésticos e proibida de participar da vida pública e da vida política. Diante disso, a mulher casada era considerada, até o ano de 1962, como relativamente incapaz e, somente em 1988, consumou-se a igualdade de direitos e deveres na família (DIAS, 2015, p. 100-101).

Outra questão também discriminatória em relação ao sexo e à orientação sexual, ainda no âmbito familiar, ferindo o direito de igualdade, é o fato de não se encontrar no ordenamento brasileiro qualquer lei que garanta o direito de união aos parceiros do mesmo sexo, como nos dizeres de Maria Berenice Dias (2010)

A Constituição Brasileira, do ano de 1988, é considerada uma das mais avançadas do mundo. Impõe como valor maior o respeito à dignidade humana baseado nos princípios fundamentais da liberdade e da igualdade. Considera a família a base da sociedade e veda qualquer espécie de discriminação.

Tudo isso leva a crer que o Brasil é o melhor dos mundos: que não existe discriminação, que reina o primado dos direitos humanos, e é absoluto o respeito às diferenças. No entanto, infelizmente esta não é a realidade do nosso país. Talvez o dado mais chocante seja o fato de não existir nenhuma lei que reconheça direito aos parceiros do mesmo sexo. A omissão é total, mesmo sendo o Código Civil bastante recente, do ano de 2003. Há uma só referência na lei que busca coibir a violência doméstica, a chamada Lei Maria da Penha, do ano de 2006, que estende sua proteção independente da orientação sexual dos membros da família.

Nada é reconhecido, nem a união civil, muito menos a possibilidade do casamento.

É notório, conforme o exposto, que apesar da determinação de uma igualdade entre todos os indivíduos pertencentes à sociedade brasileira, quando essa é analisada no âmbito das diferenças inerentes à cada pessoa, como raça, sexo e religião, poucas são as disposições que buscam amenizar essas diferenças, sendo as minorias, incessantemente, esquecidas e, portanto, discriminadas.

Objetiva-se, na atualidade, erradicar tais discriminações, inclusive quando relativas a orientação e a identidade sexual que, apesar de não serem expressamente citadas na CRFB/88, estão presentes no art. 3º, inciso IV, quando esse determina "(...) sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e **quaisquer outras formas de**

discriminação” (BRASIL, 1988, grifo nosso), caracterizando um rol meramente exemplificativo.

Falando em igualdade, ainda, é significativo trazer toda a questão que envolve a igualdade no viés trabalhista. Tendo em vista que o critério da igualdade é tão importante, mas ao mesmo tempo tão atacado pela sociedade, a própria lei trabalhista assegura ao cidadão brasileiro o direito à não desigualdade no ambiente trabalhista, sendo que, essa questão, perpassa temas extremamente importantes como o da própria sexualidade e de outras vertentes geradoras de desigualdade.

Neste sentido, a CRFB/88 estipula no art. 7º, XXX, a “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil” (BRASIL, 1988). É entendido que, apesar de o dispositivo somente mencionar determinados critérios proibitivos de discriminação, tal rol não é taxativo. Frisa-se, novamente, a proibição de distinção em relação ao sexo, à orientação e à identidade sexual, esclarecida por Estevão Mallet e Marcos Fava (2013, p. 620):

Por sexo, entendido como o confronto dos gêneros masculino e feminino, deve haver uma leitura mais larga (...), para que se compreenda na vedação a orientação sexual, consoante previsto em outros ordenamentos (...). Diferenciação imotivada não pode haver entre homem e mulher, mas, de igual forma, proibida encontra-se entre heterossexuais e homossexuais.

Como exposto, percebe-se que o princípio da igualdade está presente nas mais variadas esferas da vida em sociedade, devendo ser amplamente garantido à pessoa humana, sem distinção, em todas as parcelas do corpo social.

Outro princípio de suma importância a ser observado no Estado Democrático de Direito é o princípio da liberdade. A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 definiu a liberdade, em seu art. 4º, como sendo:

(...) poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.

Nesse viés, cada indivíduo possui o direito de agir livremente, detendo autonomia para atuar conforme seu próprio interesse e vontade. Conquanto, o exercício dessa

liberdade individual tem como limite o direito alheio, definido por lei, de forma a não ser infringida a liberdade de outrem.

Analisando a liberdade humana na concepção contemporânea, essa é caracterizada como o poder da pessoa humana em atuar na busca de sua realização pessoal, bem como na busca de sua felicidade, compreendendo a liberdade da pessoa física, de pensamento, de expressão, de ação profissional e de conteúdo econômico e social (SILVA, 2015, p. 237)

Nos tempos atuais, a liberdade individual é cada vez mais visualizada na perspectiva da privacidade, da intimidade e do exercício da vida privada, consistindo no direito do indivíduo em executar suas próprias escolhas e concepções pessoais, da forma que lhe for mais benéfica, sem qualquer intervenção (MORAES, M., 2003, p. 107).

Nesse sentido, cabe lembrar que a liberdade de escolha é um direito fundamental garantido constitucionalmente, no art. 5º, *caput*, da CRFB/88, devendo ser protegido e respeitado tanto na atuação estatal, pelo fornecimento dos meios para o exercício dessa liberdade, quanto no comportamento social, uma vez que a liberdade do outro precisa ser respeitada por todos.

Encontra-se, desse modo, intimamente ligado à liberdade o dever de solidariedade social, caracterizado como contrário ou complementar à liberdade, a ver determinado caso concreto, sendo possível sua prevalência em face desta, como enfatiza Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 108):

O princípio a ser alcançado é o da dignidade da pessoa humana, o que faz com que a medida de ponderação para sua adequada tutela propenda ora para a liberdade, ora para a solidariedade. Tal é, justamente, uma das medidas aplicáveis do princípio da dignidade da pessoa humana: a ponderação a ser feita, em cada caso, entre liberdade e solidariedade – termos em que, *stricto sensu*, são considerados contrapostos.

Para melhor visualização da questão, destaca-se que a construção de uma sociedade solidária é um dos objetivos fundamentais da República Brasileira, disposto no art. 3º, I, CRFB/88. A solidariedade, nessa acepção, deve ser observada não apenas na construção da legislação ordinária e na criação de políticas públicas,

como também, por todos os aplicadores do Direito no momento da análise das situações fáticas e por toda sociedade, diante à ideia de reconhecimento e reciprocidade (MORAES, M., 2003, p. 111-112).

Observa-se, afinal, que a Constituição Federal de 1988 foi um marco jurídico na positivação dos direitos humanos, sendo imprescindível uma atuação estatal, tal como da própria sociedade, em busca da proteção do cidadão, garantindo-lhe sua dignidade e todos os direitos dela decorrentes, fazendo-se valer a primazia do respeito à pessoa humana.

1.1 A EVOLUÇÃO DO DIREITO CIVIL SOB O PRISMA CONSTITUCIONAL

O Direito Civil, conceituado por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2017, p. 83-84), caracteriza-se como “o ramo do direito que disciplina todas as relações jurídicas da pessoa, seja umas com as outras (físicas e jurídicas), envolvendo relações familiares e obrigacionais, seja com as coisas (propriedade e posse)”.

Na dicotomia entre as subdivisões do direito objetivo, o Direito Civil é enquadrado como direito privado, uma vez que esse é o conjunto de preceitos reguladores dos indivíduos entre si, enquanto o direito público é aquele destinado a disciplinar os interesses gerais da coletividade (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 82).

É percebido, logo, que o Direito Civil é a área do direito responsável por reger toda a esfera da vida privada, regulando as relações pessoais, que possuem como sujeitos dois ou mais particulares, e as relações reais, que se dão entre os particulares e as coisas.

Remete-se a existência do Direito Civil ao direito romano, em que o termo *ius civile* designava “o direito da cidade que regia os cidadãos independentes” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 84). Após, na Idade Média, encontrava-se contido no *Corpus Iuris Civilis*, de Justiniano, “objeto de intensa exegese, sem cunho sistemático” (GOMES, 2001, p. 54).

O período da Idade Moderna, no entanto, foi o que exerceu maior influência sobre o direito em pauta. Com o surgimento do Estado Liberal e a ascensão da burguesia, a defesa do liberalismo econômico e da propriedade privada verificava-se latente, de modo que se editou, na França, o Código de Napoleão, influenciador das codificações do século XIX, como esclarece Danilo Doneda (2003, p. 38)

A liberdade era garantida, e dela defluiria também a proteção da liberdade econômica – a liberdade de contratar cuja regulação seria uma das grandes missões do código civil oitocentescos. O direito à propriedade privada era garantido a todos, assim como a própria liberdade. Podemos especular que uma estrutura normativa foi criada para estruturar esse modelo sócio-econômico nas relações interpessoais, que teve seu símbolo e modelo no *Code Napoleon*.

Ressalta-se, ainda, os dizeres de Michele Giorgianni (1998, p. 38) acerca do período acima mencionado

À burguesia interessava um direito privado que assegurasse ampla liberdade ao indivíduo, permitindo a circulação mais irrestrita possível de bens e mercadorias, em franca oposição as restrições e privilégios nobilitários que caracterizavam o período histórico anterior.

É notório, quando se analisa o surgimento do Direito Civil, o seu caráter patrimonial, visto que, desde os primórdios de sua existência, visava regular as relações individuais, tendo como principal objetivo a proteção do patrimônio, abstendo-se de tutelar valores humanitários e sociais.

Sobreveio, porém, ao final da Segunda Guerra Mundial, a necessidade de o Estado garantir determinados direitos, tais como a dignidade humana, a igualdade e a solidariedade social, bem como a preservação da vida e da democracia, que colidiram com as ideologias dos Códigos Civis pautadas no individualismo e no patrimonialismo. O Estado passa a intervir na economia, rompendo-se com a divisão entre aquele e a sociedade civil, de forma que “a concepção de proteção da vida individual (...) deu lugar à noção de integração do homem na sociedade” (MORAES, M., 1993, p. 23).

A metodologia civil-constitucional emergiu, nesse momento, para propor uma reformulação do Direito Civil perante aos novos valores humanitários, garantidos nas

novas Constituições, transformando-se seu conceito, conforme clarifica Maria Celina Bodin de Moraes (1993, p. 23 e 24)

O novo peso dado ao fenômeno importa em rejeitar a idéia de invasão da esfera pública sobre a privada, para admitir, ao revés, a estrutural transformação do conceito de direito civil, ampla o suficiente para abrigar, na tutela das atividades e dos interesses da pessoa humana, técnicas e instrumentos tradicionalmente próprios do direito público como, por exemplo, a aplicação direta nas normas constitucionais nas relações jurídicas de caráter privado.

Inicia-se, assim, a modificação do Direito Civil, buscando sua análise sob um viés constitucional, com a inclusão da esfera pública dentro da esfera privada, como forma de garantir às relações individuais a proteção dos valores sociais e humanitários emergentes.

Portanto, é possível definir o direito civil constitucionalizado como

(...) a corrente metodológica que define a necessidade de permanente releitura do direito civil à luz da Constituição. O termo “releitura” não deve, contudo, ser entendido de modo restritivo. Não se trata apenas de recorrer à Constituição para interpretar as normas ordinárias de direito civil (aplicação indireta da Constituição), mas também de reconhecer que as normas constitucionais podem e devem ser diretamente aplicadas às relações jurídicas estabelecidas entre particulares. A rigor, para o direito civil-constitucional não importa tanto se a Constituição é aplicada de modo direto ou indireto (distinção nem sempre fácil). O que importa é obter a máxima realização dos valores constitucionais no campo das relações privadas (SCHREIBER, 2011, p. 4).

A ideia central trazida pela metodologia civil-constitucional refere-se à ampliação da aplicação dos valores constitucionais para além das relações entre Estado e sociedade, estendendo seu propósito ao âmbito privado, de forma a reger as relações entre particulares, cabendo frisar, ainda, que quando tais relações violarem os ideais constitucionais será imprescindível a atuação do Estado para garantir a proteção desses ideais.

Transportando o contexto da evolução do Direito Civil para a realidade brasileira, o Código Civil Brasileiro de 1916 foi inspirado no Código Alemão (BGB – Burgerliches Gesetzbuch) e “refletia as concepções predominantes em fins do século XIX e no início do século XX, em grande parte ultrapassadas, baseadas no individualismo

então reinante, especialmente ao tratar do direito da propriedade e da liberdade de contratar” (GONÇALVES, 2015, p. 39).

Com a edição do Código Civil de 2002 – CC/02, percebe-se que a ideologia individualista e protetora do patrimônio não foi alterada, posto que seu texto repete substancialmente o disposto no código antecessor. Derivado de um projeto elaborado na década de 70, no auge da ditadura militar brasileira, o novo Código Civil é editado com três décadas de atraso e em total descompasso com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (SCHREIBER, 2011, p. 17).

Elucida Maria Celina Bodin de Moraes (2006, p. 234)

Mesmo a consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República no art. 1º, III, da CF, dispositivo inicialmente observado com ceticismo, hoje é reconhecidamente uma conquista determinante e transformação subversiva de toda a ordem jurídica privada. De fato, a escolha do constituinte ao elevá-la ao topo do ordenamento alterou radicalmente a estrutura tradicional do direito civil na medida em que determinou o predomínio necessário das situações jurídicas existenciais sobre as relações patrimoniais.

Claramente, o efeito desta alteração na interpretação-aplicação dos institutos civilísticos tem sido notável e, deve-se mesmo afirmar, ainda não está completamente realizada. As influências do contexto histórico burguês e liberal em que o direito civil era concebido, como a regulação mínima necessária para garantir o livre jogo dos negócios, voltado unicamente para a proteção do patrimônio, fundado exclusivamente na tutela da propriedade e da autonomia privada de cunho econômico e que erigia o Código Civil como centro do sistema, vão, porém se dissipando paulatinamente.

Neste viés, apesar do Direito Civil Brasileiro ser, tradicionalmente, reconhecido como protetor das relações individuais e patrimoniais, fundamental ao liberalismo e ao exercício da atividade econômica, surge, na atualidade, um novo olhar sobre essas relações, de forma a interpretar as diretrizes estabelecidas no Código Civil sob a ótica da Constituição Federal.

Evidenciando a ideia do direito civil-constitucionalizado, explica Caio Mário da Silva Pereira (2004, p. XIX) que

No âmbito dos direitos subjetivos, destaca-se o princípio constitucional da tutela da dignidade humana, como princípio ético-jurídico capaz de atribuir unidade valorativa e sistemática ao Direito Civil, ao contemplar espaços de liberdade no respeito à solidariedade social.

Por isso, quando a Constituição Federal de 1988 define como princípios norteadores da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a solidariedade social (art. 3º), a igualdade substancial (arts. 3º e 5º) e a erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais promovendo o bem-estar de todos (art. 3º, III e IV), essa acaba por reunificar o sistema jurídico em seu eixo fundamental, redefinindo os espaços do direito público e do direito privado que, até esse momento, eram estanques e isolados. Ambas subdivisões do direito objetivo devem obediência aos princípios constitucionais, frisando-se a prevalência do bem-estar da pessoa humana (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 12-13).

Na medida em que os princípios constitucionais se encontram localizados no vértice do ordenamento jurídico, esses não podem assumir um papel subsidiário. É substancial, assim, o reconhecimento de que os princípios constitucionais são normas aplicáveis, tanto direta quanto indiretamente, às relações privadas, compreendendo que o direito civil, apesar de seus valores próprios, está inserido dentro de um ordenamento jurídico uno, que gravita em torno da Constituição (SCHREIBER, 2011, p. 12).

Portanto, verifica-se que metodologia civil-constitucional propõe uma reanálise do Direito Civil, de cunho originalmente individualista e patrimonialista, sob a ótica da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de modo a garantir às relações privadas uma ampla efetivação dos valores constitucionais e humanitários.

1.2 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NA PERSPECTIVA DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONALIZADO

Os Direitos da Personalidade são direitos fundamentais constitucionais, consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, inciso X, que estipula “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” (BRASIL, 1988).

O dispositivo mencionado, ao proteger a vida privada, preserva a liberdade e a identidade sexual, posto que esses últimos compõem o primeiro. José Adércio Leite Sampaio (2013, p. 277-278), ao tecer comentários sobre o artigo mencionado, instrui que

No centro de toda vida privada se encontra a autodeterminação sexual, vale dizer, a liberdade de cada um viver a sua própria sexualidade, afirmando-a como signo distintivo próprio, a sua *identidade sexual*, que engloba a temática do homossexualismo, do intersexualismo e do transexualismo, bem assim a livre escolha de seus parceiros e da oportunidade de manter com eles, de maneira consentida, relações sexuais. A proteção da liberdade sexual ainda engloba o direito à integridade sexual, protegendo particularmente os indivíduos mais vulneráveis e incapazes de se defender. (...)

Integra a liberdade sexual a faculdade de o indivíduo definir a sua orientação sexual, bem assim de externá-la por meio não só de seu comportamento, mas de sua aparência e biotípica. Esse componente da liberdade reforça a proteção de outros bens da personalidade como o direito à identidade, o direito à imagem e, em grande escala, o direito ao corpo.

Além da previsão constitucional, os direitos da personalidade estão protegidos no Código Civil Brasileiro de 2002, no Capítulo II, artigos 11 ao 21. Tal tutela, no entanto, não se fazia presente no Código antecessor, que visava apenas a proteção do patrimônio. Ensinam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2017, p. 197) acerca da evolução do Ordenamento Jurídico em relação à matéria em questão

Uma das principais inovações da Parte Geral do Código Civil de 2002 é, justamente, a existência de um capítulo próprio destinado aos direitos de personalidade.

Trata-se de um dos sintomas da modificação axiológica da codificação brasileira, que deixa de ter um perfil essencialmente patrimonial, característico do Código Civil de 1916, concebido para uma sociedade agrária, tradicionalista e conservadora, para se preocupar substancialmente com o indivíduo, em perfeita sintonia com o espírito da Constituição Cidadã de 1988.

Nessa percepção, é identificável a tutela concedida pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro aos direitos da personalidade, uma vez que estes, além de possuírem o caráter constitucional de direitos fundamentais, também se encontram protegidos pelo Código Civil que, progressivamente, começa a dar mais espaço às proteções de viés humanitário.

Registra-se que os direitos da personalidade são o principal ponto de relação entre os direitos constitucionais e os direitos civis, na medida em que são considerados o

correspondente privalístico dos direitos pessoais estabelecido nas constituições, protetores da esfera nuclear da personalidade, dignidade e liberdade humana (SARLET, 2017, p. 436). A decisão do legislador em posicionar os direitos da personalidade na Parte Geral do novo Código Civil demonstra essa relação, com a alteração paradigmática do Direito Civil, bem como do ordenamento jurídico, que passa a ter como valor máximo a proteção da pessoa humana (DONEDA, 2003, p. 35).

Conforme conceitua Carlos Roberto Gonçalves (2015, p. 186), os direitos da personalidade são aqueles “cuja existência tem sido proclamada pelo direito natural, destacando-se dentre outros o direito à vida, à liberdade, ao nome, ao próprio corpo, à imagem e à honra”, precedendo e transcendendo o Ordenamento Positivo, na visão de Rui Stoco (2004, p. 1613), porquanto são direitos naturais nascidos com a condição humana.

Os direitos em análise possuem características clássicas, elencadas no art. 11 do CC/02, que prevê “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária” (BRASIL, 2002). Desse modo, é notório o caráter exclusivo desses direitos, na medida em que estão presentes desde o nascimento à morte da pessoa humana, pelo fato do seu titular não poder renunciá-los ou transmiti-los para outrem.

Além das características clássicas supracitadas, os direitos da personalidade são absolutos, ilimitados, impenhoráveis, vitalícios e não sujeitos a desapropriação, devido à necessidade de serem respeitados por todos, de não se esgotarem, de não serem penhorados, devendo acompanhar a pessoa até sua morte e não serem retirados dela contra sua vontade própria (GONÇALVES, 2015, p. 192).

Os titulares dos direitos da personalidade são todas as pessoas naturais, ou seja, o ser humano por excelência. Em relação ao nascituro, apesar da inexistência de sua personalidade jurídica, esse será detentor dos direitos em questão, desde a concepção, conforme determina o Código Civil. Em contrapartida, quando se análise a tutela *post mortem*, o Supremo Tribunal Federal entende sobre a possibilidade de

o falecido ter seus direitos de personalidade protegidos em juízo pelos seus sucessores, ressaltando, conquanto, que a família do *de cuius* não se torna a titular desses direitos (ANDRADE, 2013, p. 105-107).

Nesse ínterim, contata-se que os direitos da personalidade são indissociáveis à pessoa humana, na medida em que são direitos naturais que nascem com a pessoa, sendo essenciais para sua formação. Faz-se, por isso, de suma importância que o Estado garanta sua efetivação sob a ótica CRFB/88.

Os novos fundamentos e objetivos da República Brasileira, estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, criam no ordenamento jurídico brasileiro uma cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, visto que o interprete do direito e o legislador ordinário ficam condicionados a tábua axiológica elegida pelo constituinte (TEPEDINO, 2004, p. 49-50). Acerca dessa cláusula, é oportuno esclarecer que

Em síntese, é possível afirmar que o direito geral de personalidade (ou direito ao livre desenvolvimento da personalidade) implica uma proteção abrangente em relação a toda e qualquer forma de violação dos bens da personalidade, estejam eles, ou não, expressa e diretamente reconhecidos ao nível da constituição. É, portanto, em virtude da existência de uma cláusula geral e aberta de proteção e promoção da personalidade, que, no caso brasileiro, tem sido fundada especialmente no princípio da dignidade da pessoa humana, que se adota o entendimento de que o rol de direitos especiais da personalidade (sejam eles previstos na legislação infraconstitucional, sejam eles objeto de expresse reconhecimento na Constituição Federal) não é de cunho taxativo (SARLET, 2017, p. 439):

Isso significa dizer que qualquer menção do legislador ordinário sobre os direitos da personalidade não pode afrontar a tutela da pessoa humana prevista constitucionalmente. Diante da cláusula geral de tutela da personalidade, a validade de todo e qualquer ato jurídico - não apenas aquele que cause delito ou dano injusto - está condicionada aos valores constitucionais protetores da pessoa humana (TEPEDINO, 2004, p. 54).

A não taxatividade dos direitos da personalidade é justificada, logo, pela cláusula geral da personalidade, que assevera o cumprimento de cada direito ligado à personalidade humana, independente de previsão legal.

O direito geral da personalidade, nesse viés, é autônomo e imperioso à proteção absoluta e sem lacunas da personalidade, abrangendo toda manifestação essencial desta, principalmente quando relacionada ao direito à identidade pessoal e moral, que inclui o direito ao nome, à identidade genética do ser humano, ao conhecimento da paternidade, dentre outros (SARLET, 2017, p. 439-440).

Assim sendo, sempre que violados os direitos em análise, tanto quando a violação partir do Estado, ou quando for realizada por indivíduos particulares, será possível invocar a cláusula geral de tutela da pessoa humana, que diz respeito ao direito geral da personalidade, visto que esse direito deve ser respeitado por todos.

Deve-se, no entanto, esclarecer que o direito acima mencionado apenas será invocado na ausência de delimitação específica pela lei infraconstitucional ou por entendimento jurisprudencial, assim como, nas situações em que tal direito for violado por esses mecanismos, de modo a garantir uma adequada interpretação, manifestação e aplicação dos direitos da personalidade (SARLET, 2017, p. 440-441).

Em face do exposto, observa-se que os direitos da personalidade são fundamentais para a defesa de um direito civil-constitucional. Conquanto, tal matéria não recebeu a importância que deveria, uma vez que foi introduzida no ordenamento derivada do trabalho de Orlando Gomes realizado em 1963, no Anteprojeto do Código Civil, época em que a personalidade humana tinha um valor inferior ao proposto atualmente (DONEDA, 2003, p. 58).

Faz-se necessário, portanto, uma alteração metodológica do Código Civil que, apesar de determinadas evoluções, ainda possui forte cunho individualista e patrimonialista. Enquanto essa mudança não é desempenhada, deve-se garantir o amplo cumprimento dos direitos da personalidade à luz da Constituição Federal.

2 A TRANSEXUALIDADE NA SOCIEDADE BRASILEIRA

Buscando compreender o que é a transexualidade, essa pode ser delineada pelo “sentimento intenso de não pertencimento ao sexo anatômico, sem a manifestação de distúrbios delirantes e sem bases orgânicas (como o hermafroditismo ou qualquer outra anomalia endócrina)” (CASTEL, apud ARÁN, 2006). De acordo, elucida Tereza Rodrigues Vieira acerca do indivíduo transexual

Transexual é o indivíduo que possui a convicção inalterável de pertencer ao sexo oposto ao constante em seu Registro de Nascimento, reprovando veementemente seus órgãos sexuais externos, dos quais deseja se livrar por meio de cirurgia. Segundo uma concepção moderna o transexual masculino é uma mulher com corpo de homem. Um transexual feminino é, evidentemente, o contrário. São, portanto, portadores de neurodiscordância de gênero. Suas reações são, em geral, aquelas próprias do sexo com o qual se identifica psíquica e socialmente. Culpar este indivíduo é o mesmo que culpar a bússola por apontar para o norte.

O componente psicológico do transexual caracterizado pela convicção íntima do indivíduo de pertencer a um determinado sexo se encontra em completa discordância com os demais componentes, de ordem física, que designaram seu sexo no momento do nascimento. Sua convicção de pertencer ao sexo oposto àquele que lhe fora oficialmente dado é inabalável e se caracteriza pelas primeiras manifestações da perseverança desta convicção, segundo uma progressão constante e irreversível, escapando a seu livre arbítrio (VIEIRA, 2004, p. 47).

O transexual, como demonstrado acima, é o indivíduo que nasce com um sexo biológico contrário ao gênero com o qual se identifica. Assim, quando transexual feminina, apesar de possuir caracteres sexuais masculinos, é mulher e se afirma como tal, desejando ser tratada em consonância com o gênero identificado desde os primórdios de sua existência. O mesmo acontece ao contrário, quando o transexual masculino nasce em um corpo com características femininas.

No século XIX, o psiquiatra alemão Richard von Krafft-Ebing descreveu um esquema de neuroses sexuais, estabelecendo uma chamada “sexualidade antipática” caracterizada pela absoluta falta de sentimento em relação ao sexo oposto. De acordo com o autor, a exteriorização dessa patologia estava relacionada desde sentimentos homossexuais, com alterações da “personalidade psíquica” e a “inversão sexual”, chegando ao desejo de transformação corporal. A partir desse momento, o transexualismo se tornou resultante da psiquiatrização da

homossexualidade e descrito como uma patologia, situação que permanece, em parte, até os dias atuais (ARÁN, 2006, p. 52).

Os primeiros indícios da realização de cirurgias de transgenitalização ocorreram no século XX, por volta da década de 20, nos países da Alemanha e da Dinamarca, sendo conhecidos como procedimentos de adequação sexual de pessoas hermafroditas ou pseudo-hermafroditas. A primeira operação noticiada foi executada por Feliz Abraham, no ano de 1921, em “Rudolf”. Todavia, o primeiro procedimento que ganhou publicidade foi o realizado em um ex-soldado do exército americano, em 1952, dando notoriedade à transexualidade (CASTEL, apud ARÁN, 2006, p. 53).

Para fins didáticos, é proveitoso observar a diferenciação de alguns termos. De início, esclarece que a expressão transgênero significa além do gênero, se referindo “ao amplo espectro de indivíduos que, de forma transitória ou persistente, se identificam com um gênero diferente do de nascimento” (AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, 2014, p. 451), abrangendo os travestis, os não-binários, os crossdressers, os drag queens e, inclusive, os transexuais.

Objetivando um melhor entendimento acerca da sexualidade humana, torna-se importante enfatizar as diferenças dos elementos que a compõe, quais sejam, o sexo, o gênero, a identidade de gênero e a orientação sexual.

A sexualidade caracteriza-se por toda a rede de comportamentos e relações psicossociais do indivíduo, podendo ser exercida de diversas formas. O sexo é a característica constitutiva biológica do ser humano, podendo ser masculino, feminino ou intersexo, que será estabelecido conforme as genitálias interna e externa, as gônadas, os cromossomos e os hormônios sexuais de cada indivíduo (SOUZA; VIEIRA, 2016, p. 591-593).

Parte-se do pressuposto que o sexo é definido pela natureza, baseado no corpo orgânico, biológico e genético, enquanto o gênero é uma construção histórica e social, adquirido por meio da cultura e apresentado de diversas formas (ARÁN, 2006, p. 50).

Diante dessas conceituações, é notório que o transexual não pode ser considerado como um outro sexo ou um novo gênero, uma vez que são mulheres ou homens como toda a população, possuindo, no entanto, um gênero diferente do culturalmente atribuído ao seu sexo biológico.

Acerca da identidade de gênero, assevera-se que essa “é uma categoria de identidade social e refere-se à identificação de um indivíduo como homem, mulher ou, ocasionalmente, alguma categoria diferente de masculino ou feminino” (AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, 2014, p. 451). Por outras palavras, é a forma que o indivíduo se reconhece diante dos papéis de gêneros estabelecidos socialmente.

Papel de gênero pode ser definido como o conjunto de performances que expressam e são aceitos dentro de determinadas sociedades como pertencentes a este ou aquele gênero, as características constituintes destes papéis são tão várias quanto o número de culturas existentes, a exemplo disso podemos citar o vestuário (o kilt na Escócia é uma vestimenta masculina, no Brasil seria considerado feminino), posturas propriamente ditas (mulheres de países nórdicos têm características que, para nossa cultura, são tidas como masculinas), ou adereços (SOUZA; VIEIRA, 2016, p. 592).

Acontece que cada sociedade possui uma parcela de comportamentos que serão considerados femininos ou masculinos. Esses comportamentos são definidos por diversos fatores, como o local, a língua, as condições climáticas, a cultura, os antecedentes históricos, dentre outras circunstâncias que caracterizam determinado corpo social e, conseqüentemente, indicam o papel de gênero dos indivíduos que o compõe.

Em contrapartida, a orientação sexual é a capacidade de cada indivíduo sentir ou desenvolver uma atração e uma relação emocional ou sexual por outras pessoas. A orientação define os indivíduos como heterossexuais, aqueles que sentem atração por pessoas do sexo oposto; homossexuais, indivíduos atraídos por pessoas do mesmo sexo; e bissexuais, que sentem atração por pessoas de ambos os sexos (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2018). Acerca da orientação sexual, enfatiza-se que

Enquanto a ciência não resolve o mistério de qual é a origem da homossexualidade, de algumas questões já temos certeza: ninguém escolhe sua orientação sexual; ser homossexual ou bissexual não é

anormalidade nem doença; o que difere um homossexual do heterossexual é, simplesmente, a orientação sexual e nada mais (PERES, 2001, p. 56).

É possível, assim, extrair a conclusão de que a homossexualidade diz respeito a uma das formas de orientação sexual, enquanto a transexualidade está relacionada a identidade de gênero da pessoa humana.

Outra diferenciação de suma importância a ser realizada é entre a transexualidade e o transexualismo. O termo transexualismo foi cunhado na década de 50, pelo médico alemão Harry Benjamin, para designar um distúrbio na identidade sexual. Benjamin, ao teorizar e descrever o transexual, se baseou na teoria de Krafft-Ebing, explicada no início deste capítulo, excluindo, porém, a homossexualidade, uma vez que seus pacientes se definiram como heterossexuais (ARÁN, 2016, p. 53).

Elucidando tal questão, explica-se que

O transexual masculino não aceita relações sexuais com mulheres porque, tendo uma mente feminina, acha que estaria praticando um ato homossexual: e quando compelido a proceder como homem sofre torturas que facilitam o "stress" e, submetido a condições estressantes, abrem-se as portas para as neuroses e psicoses que levam alguns deles ao suicídio (CHAVES, 1997, p. 152).

Para exemplificar, imagine uma transexual feminina, ou seja, aquela que nasce em um corpo biológico masculino, mas possui uma identidade feminina. Para essa transexual, se relacionar com outra mulher caracterizaria a homossexualidade e, nesse aspecto, não se identifica, uma vez que é heterossexual, desejando se relacionar com o sexo oposto ao do seu gênero. Por essa lógica, apesar de nascer em um corpo masculino, se identifica como mulher, de forma que, sendo uma mulher heterossexual, pretende se relacionar com um homem.

Apesar de todas as evoluções sociais e jurídicas ocorridas mundialmente, a Organização Mundial da Saúde - OMS ainda classifica a transexualidade como uma patologia, chamada de transexualismo e inserida no Código Internacional de Doenças – CID 10, no capítulo de Transtornos Mentais e Comportamentais, sob o código F640 (OMS, 1989), sendo definida por essa Organização como

(...) um desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto. Este desejo se acompanha em geral de um sentimento de mal-estar ou de

inadaptação por referência a seu próprio sexo anatômico e do desejo de submeter-se a uma intervenção cirúrgica ou a um tratamento hormonal a fim de tornar seu corpo tão conforme quanto possível ao sexo desejado (OMS, 1989).

A caracterização da transexualidade como uma doença ou um transtorno atinge de forma intensa os indivíduos transexuais, que lutam para a despatologização de sua condição. Nesse sentido, o Manual Diagnóstico e Estatístico dos Transtornos Mentais – DSM-V, realizado pela Associação Americana de Psicologia (2014), apesar de abordar sobre a transexualidade, a classifica como uma disforia de gênero, que possui uma menor carga patológica em face da classificação antes utilizada no DSM-IV, qual seja, transtorno de identidade de gênero. Tal manual informa que

Disforia de gênero refere-se ao sofrimento que pode acompanhar a incongruência entre o gênero experimentado ou expresso e o gênero designado de uma pessoa. Embora essa incongruência não cause desconforto em todos os indivíduos, muitos acabam sofrendo se as intervenções físicas desejadas por meio de hormônios e/ou de cirurgia não estão disponíveis. O termo atual é mais descritivo do que o termo anterior *transtorno de identidade de gênero*, do DSM-IV, e foca a disforia como um problema clínico, e não como identidade por si própria (AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, 2014, p. 451-452, grifo do autor).

Trazendo para a ótica brasileira, o transexualismo é regulado pelo Conselho Federal de Medicina - CFM, em sua Resolução 1.955/2010, que determina o indivíduo transexual como aquele “portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e/ou autoextermínio”.

A definição acima, desempenhada pelo Conselho, é bastante criticada, assim como a classificação da transexualidade no rol de doenças do CID e, também, por sua presença no DSM-5.

Essa crítica advém do fato de que as manifestações da sexualidade foram impostas pelos sistemas de poder, que instauraram uma necessidade de descoberta, por meio da medicina, do sexo determinado pela natureza e, por efeito, aquele que a justiça exige e reconhece (BUTLER, 2003, p. 142). Em suma, o indivíduo considerado sexuado é aquele que se encontra em consonância à um conjunto de normatizações sociais, configuradas como normais e que estabelecem “fronteiras e

limites entre o inteligível e o impensável, ou melhor, entre normais e ‘anormais’” (ARÁN, 2006, p. 51).

Neste ponto, é imperioso acentuar que

O discurso atual sobre o transexualismo na sexologia, na psiquiatria e em parte na psicanálise faz desta experiência uma patologia – um “transtorno de identidade” — dada a não-conformidade entre *sexo* biológico e *gênero*. Por outro lado, ele também pode ser considerado uma psicose devido à recusa da diferença sexual — leia-se, da castração dita simbólica. Nota-se que nestas teorias, o que define o diagnóstico de transexualismo é uma concepção normativa seja dos sistemas de *sexo-gênero*, seja do dispositivo “diferença sexual”. Ambas estão fundadas numa matriz binária heterossexual que se converte em sistema regulador da sexualidade e da subjetividade (ARÁN, 2006, p. 50).

De tal modo, verifica-se que a transexualidade é tratada como uma forma de patologia ou psicose apenas por ela não estar incluída na lógica binária dos sexos imposta pela sociedade, sendo que essa lógica

(...) apesar de não ser muito explícita, aparece como suporte do sistema jurídico no que diz respeito aos direitos das pessoas e da família. A partir do nascimento, o indivíduo é classificado como feminino ou masculino, condição que o acompanhará pelo resto de sua vida jurídica. Os casos dos intersexuais e dos transexuais evidenciam a violência das atribuições obrigatórias e mostram as dificuldades pelas quais passam essas pessoas para encontrar um termo que atenda ao sexo subjetivo e ao jurídico (BORRILLO, 2010, p. 289-290)

Atribuindo à transexualidade o caráter de doença, sabe-se que, quando se fala em doença, comumente é buscada uma cura, tal como uma reversão ou uma conversão.

É imprescindível, portanto, o afastamento da ideia de transexualismo, com o objetivo de garantir a efetivação dos direitos dos transexuais, que objetivam seu reconhecimento integral em conformidade com o gênero que se identificam, apesar de não ser o gênero conferido ao seu sexo biológico.

Judith Butler, em sua obra *Problemas de Gênero*, aduz que o casamento entre sexo e gênero é uma produção de determinados discursos, práticas, e instituições, tendo como consequência a criação de um pensamento em que “certos tipos de ‘identidade de gênero’ parecem ser meras falhas do desenvolvimento ou impossibilidades lógicas, precisamente porque não se conformam às normas de inteligibilidade cultural” (BUTLER, 2003, p. 39).

Ressalta-se, por último, que a Organização Mundial de Saúde caminha para a alteração da compreensão do transexualismo como doença mental, passando a classificá-lo como uma incongruência de gênero, que fará parte do capítulo de Transtornos Sexuais e de Saúde Sexual, ao invés do capítulo de Transtornos Mentais no qual se encontra atualmente. A realização desta mudança é almejada para a nova revisão do CID-11, que será exercida no ano de 2018 e que buscará, além do exposto, a ampliação do acesso à saúde aos transexuais (ROBLES, 2016).

Averigua-se, consoante ao exposto, que o transexual é o indivíduo pertencente a um gênero diferente do esperado pelo seu sexo biológico, buscando viver em total harmonia com o gênero que se identifica. A definição da transexualidade como doença, chamada de transexualismo, fere amplamente à ideia de dignidade da pessoa humana, bem como os direitos fundamentais protegidos pelo Ordenamento Brasileiro, uma vez que caracteriza um indivíduo como possuidor de uma patologia somente por não se identificar com o sistema de sexo e gênero imposto socialmente.

3 A “FRÁGIL CIDADANIA” RECONHECIDA AOS TRANSEXUAIS EM TOTAL DESACORDO À EFETIVAÇÃO E AO RESPEITO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE SOB A ÓTICA DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Os transexuais são cidadãos brasileiros que possuem o direito, como todo e qualquer indivíduo, à ampla efetivação de sua cidadania, bem como de todos os direitos fundamentais dispostos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88, respeitando a dignidade da pessoa humana.

Como elucida José Murilo de Carvalho

Tornou-se costume desdobrar a cidadania em direitos civis, políticos e sociais. O cidadão pleno seria aquele que fosse titular dos três direitos. Cidadãos incompletos seriam os que possuísem apenas alguns dos direitos. Os que não se beneficiassem de nenhum dos direitos seriam não-cidadãos (CARVALHO, 2013, p. 9).

É possível, analisando a citação acima, enquadrar os transexuais na posição de cidadãos incompletos, visto que seus direitos, principalmente os civis e sociais, são reiteradamente violados. Embora a Constituição Federal estabeleça uma tutela geral da personalidade, na medida em que posicionou a dignidade da pessoa humana como valor máximo do Ordenamento Jurídico, quando analisada essa proteção sob a ótica do indivíduo transexual, foi percebido a constância na transgressão de seus direitos, devido à ausência de mecanismos que proporcionem aos transexuais uma existência digna.

Nota-se um forte descompasso entre os avanços tecnológicos, relacionados ao biodireito, que promovem progressos como as cirurgias de transgenitalização, e a leniência relacionada a capacidade de organizar, tanto social, quanto juridicamente, os processos que acompanham esse progresso. É notória a insuficiência das soluções jurídicas diante dos novos dados técnicos e dos conflitos atuais (MORAES, M., 2006, p. 237).

É imprescindível, assim, para garantir uma existência digna ao transexual, o seu reconhecimento como pessoa, deixando-se de considerar a transexualidade como um transtorno ou uma psicose, visto as palavras de Marcia Arán

Diante dos dispositivos da sexualidade tão bem definidos na modernidade por meio da naturalização de sistemas normativos de *sexo-gênero*, como também da naturalização do sujeito do desejo, a transexualidade será sempre excluída das possibilidades subjetivas consideradas normais e legítimas. É necessário, portanto, certo estremecimento destas fronteiras excessivamente rígidas e fixas — tais como as do simbólico e das estruturas de poder — para que a transexualidade possa habitar o mundo viável da sexuação e sair do espectro da abjeção, seja como transtorno de identidade de gênero, seja como psicose (ARÁN, 2006, p. 59).

Com efeito, almeja-se uma evolução no Ordenamento Jurídico Brasileiro, de forma a garantir aos transexuais a tutela específica de determinados direitos, em consonância com uma atuação estatal eficaz na proteção do indivíduo transexual, buscando, também, uma inclusão social, fazendo-se necessário, para tanto, o respeito e aceitação por parte da sociedade.

Nos dizeres de Alexandre de Moraes (2002, p. 129)

a dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estudo jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, entre outros, aparece como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República federativa do Brasil.

Diante disso, entendida a dignidade humana como valor supremo da Constituição Brasileira, essa deve ser protegida a todos os cidadãos, encontrando-se, portanto, como consequência do exercício de uma vida digna, a efetivação dos direitos fundamentais de cada indivíduo. Analisar-se-á, porém, que a concretização da dignidade humana e dos direitos fundamentais dos transexuais, por reiteradas vezes, não é garantida.

3.1 A IDENTIDADE DE GÊNERO COMO FATOR DETERMINANTE PARA A VIOLAÇÃO DE DIREITOS

A despeito da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ter estipulado diversos direitos protetores da dignidade da pessoa humana e garantidores de uma plena cidadania, percebe-se que esses direitos, quando vistos sob a ótica do indivíduo transexual, são reiteradamente violados.

A pessoa transexual está submetida a diferentes conflitos nas relações sociais, devido a sua identidade de gênero. Os conflitos podem estar relacionados ao próprio indivíduo transexual, se referindo as tensões intra-individuais (consigo mesmo), ou se apresentarem de modo interindividuais, relacionados ao transexual com outros indivíduos; ou, ainda, podem ser tensões relativas a indivíduos e populações com instituições supra-individuais (ou supra-coletivas), como são o direito e a moral (SOUZA; VIEIRA, 2016, p. 597).

Não basta, apenas, existir um dispositivo concedendo determinado direito se, na prática, esse não será efetivado. É possível verificar múltiplos acontecimentos em que a dignidade humana do transexual e os preceitos constitucionais são violados, tendo, como principais violadores, o próprio Estado e a sociedade brasileira.

Por tal motivo, é oportuno expor determinadas situações vivenciadas pelos transexuais em seu cotidiano, demonstrando o tratamento recebido por esses indivíduos e a proporção em que seus direitos são infringidos, fazendo uma análise de tais situações à luz do Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Algumas dessas situações foram verificadas no Inquérito Civil nº 1.30.001.000522/2014-11, instaurado pelo Ministério Público Federal – MPF, em 2014, por meio do qual se examinaram determinadas ocorrências no âmbito das Forças Armadas do Brasil, que abrangem a Marinha, a Força Aérea e o Exército. Ao final do Inquérito, em 2017, foi realizada pelo MPF uma Recomendação às Forças Armadas, visto a constatação de episódios em que indivíduos do corpo de cada uma

dessas instituições foram reformados apenas pelo fato de serem transexuais (BRASIL, 2017a).

A primeira situação verificada no Inquérito Civil acima mencionado (BRASIL, 2017a) ocorreu na Aeronáutica, quando M.L.S realizou, em 2005, a cirurgia de transgenitalização e, em 2007, alterou seu registro civil. Apesar de M.L.S expressar sua vontade em permanecer no serviço ativo militar, foi reformada da instituição, sob a justificativa dada pela Aeronáutica (apud BRASIL, 2017a) de que a mulher transexual era “Incapaz, definitivamente, para o serviço militar. Não é inválido. Não está incapacitado total ou permanentemente para qualquer trabalho. Pode prover os meios de subsistência. Pode exercer atividades civis”.

Observa-se que, no caso acima, foram violados os princípios da igualdade e da proteção contra a discriminação trabalhista, que decorre diretamente dos princípios constitucionais ora analisados, destacando-se, portanto, a igualdade sem distinção de trabalho, já que essa

(...) significa que a liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, reconhecida no art. 5º, XIII da Constituição, pertine a qualquer pessoa em igual condição. Assim, o acesso ao emprego privado como os cargos, funções e empregos públicos há de ser igual para homens e mulheres que demonstrem igual condição (SILVA, 2015, p. 228).

Destarte, mantendo a transexual igual condição para o exercício de seu trabalho, mesmo realizada a cirurgia de transgenitalização, não se verifica motivo razoável para seu afastamento, uma vez que a transexual não deve ser afastada pelo fato, único e exclusivamente, de ser transgênera, sem qualquer comprovação da sua incapacidade para o serviço militar.

Maria Helena Diniz (2010, p. 286) clarifica, acerca do desemprego do indivíduo transexual, que “como, em regra, tem QI superior a média, seu desemprego não está relacionado a sua capacidade ou incapacidade intelectual, mas à inadequação do registro civil à sua aparência”.

Na situação em análise a reforma da militar, apesar de não estar relacionada ao registro civil, diz respeito a uma suposta incapacidade somente pela condição da

transexualidade, ressaltando-se que, para as atividades civis, tal incapacidade não foi atestada, o que demonstra o preconceito da Aeronáutica sobre sua condição, visto que determinou a transexual apenas como impossibilitada para exercer o serviço militar com o objetivo de afastá-la de seu corpo ativo.

Este afastamento da transexual pela instituição é contrário à ideia de justiça social e impede a ampla efetivação da cidadania da pessoa transexual, visto a inobservância aos direitos sociais, direitos esses que “permitem às sociedades politicamente organizadas reduzir os excessos de desigualdade produzidos pelo capitalismo e garantir um mínimo de bem-estar para todos. A ideia central que se baseiam é a justiça social” (CARVALHO, 2013, p. 10).

Outra ocorrência semelhante averiguada pelo Inquérito Civil nº 1.30.001.000522/2014-11, se deu na Marinha, que afastou a Capitã-de-Corveta A.F.S por 90 dias, depois que a mesma manifestou seu desejo em realizar a cirurgia de readequação sexual. A Organização Militar explicou, como satisfação para tal afastamento, que A.F.S estava em tratamento de saúde. Logo após, quando realizada a Inspeção de Saúde da Junta Militar, atestou-se a incapacidade definitiva de A.F.S para o Serviço Ativo da Marinha, devido ao diagnóstico de transexualismo (BRASIL, 2017a).

A Junta de saúde, ainda, determinou que a militar exibia “um prognóstico reservado quanto ao recrudescimento de sua patologia mental, com ínfima possibilidade de recuperação” (apud BRASIL, 2017a), alegando a ausência de uma estrutura administrativa-funcional para abranger uma militar no Corpo da Armada, conforme decisão

Considerando os dados acima esta Junta entende que o quadro é irreversível. **Do ponto de vista profissional não há qualquer prejuízo laboral, uma vez que não há patologia psiquiátrica além do transtorno de identidade de gênero evidenciado.** Por outro lado, a inaptidão ao Serviço Ativo da Marinha, em se tratando de um Capitão-de-Corveta da Armada, é bastante evidente. Não há previsão de laudo de inaptidão definitiva para o SAM em IS pós-admissionais, mas tecnicamente se aplicaria ao caso em questão. Manter o inspecionado na ativa, em um corpo em que lhe seria exigido traje e comportamento estereotipicamente masculinos, seria um retorno à condição de sofrimento emocional evidenciada, além de impedir a manutenção do papel feminino por dois anos, necessário para a autorização para a cirurgia, acordo parecer do

CFM. Face ao exposto, esta junta entende que o militar não possui condições de aptidão para o SAM, aplicando-lhe o laudo de incapacidade definitiva por uma questão de pré-formatação (apud BRASIL, 2017a, grifo do autor).

Evidencia-se que os argumentos expostos pela junta de saúde são discriminatórios, diferenciando a condição do indivíduo do sexo masculino para o do sexo feminino, em razão de alegar a inexistência de uma estrutura para militares femininas na instituição.

É oportuno reiterar que a Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/88 protege, de forma expressa, a igualdade entre homens e mulheres, quando determina em seu artigo 5º, inciso I, “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 1988).

Importa mesmo é notar que é uma regra que resume décadas de lutas das mulheres contra discriminações. Mais relevante ainda é que não se trata aí de mera isonomia formal. Não é igualdade perante à lei, mas igualdade em direitos e obrigações. (...). Onde houver um homem e uma mulher, qualquer tratamento desigual entre eles, a propósito de situações penitentes a ambos os sexos, constituirá uma infringência constitucional (SILVA, 2015, p. 219).

Nota-se, como exposto, que a Instituição da Marinha utilizou o sexo e a identidade de gênero como fatores determinantes para a exclusão da mulher transexual do Corpo da Armada, violando o preceito constitucional da igualdade. “*Sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas*. Esses fatores continuam a ser encarecidos como possíveis fontes de discriminação odiosa e, por isso, desde logo, proibidas expressamente” (SILVA, 2015, p. 225, grifo do autor).

Assim sendo, ressalta-se que a igualdade se encontra muito além do que apenas uma expressão de direito, configurando-se, também, como uma forma justa de viver em sociedade. Portanto, é colocada como suporte de sustentação e interpretação das normas jurídicas integrantes do sistema jurídico fundamental (ROCHA, 1990, p. 118).

Apesar de toda a importância dada à igualdade, que deve ser vista como base da vida em sociedade, verifica-se que o indivíduo transexual é impedido de viver de modo justo. Demonstrando tal impedimento à uma vida justa e igualitária, observa-se

que a mulher transexual foi reformada da instituição em que atuava apenas pelo argumento de que essa possui uma doença disposta no CID, chamada de transexualismo, mesmo que tal doença, como já visto outrora, caracterize uma afronta a condição do indivíduo transexual e não diminua sua capacidade para o exercício do trabalho.

O último acontecimento se procedeu na organização do Exército, quando, no ano de 2008, a Sargenta do Exército F.B.P realizou a cirurgia de transgenitalização e, logo depois, foi licenciada das Forças Armadas contra a sua vontade. A instituição informou que a militar não obtivera conceito para a prorrogação do serviço militar (BRASIL, 2017).

Tal situação é violadora da liberdade de autodeterminação do transexual, indo, portanto, de encontro à sua dignidade humana, por serem valores de intrínseca relação, já que a “liberdade e, por conseguinte, também o reconhecimento e a garantia de direitos de liberdade (e dos direitos fundamentais de um modo geral) constituem uma das principais (senão a principal) exigências da dignidade da pessoa humana” (SARLET, 2012, p. 48).

Acerca da liberdade, elucida Maria Celina Bodin de Moraes que (2003, p. 107)

O princípio da liberdade individual se consubstancia, cada vez mais, numa perspectiva de privacidade, de intimidade, de exercício da vida privada. Liberdade significa, hoje, poder realizar sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, exercendo-as como melhor convier.

Em ambos os casos narrados as militares foram afastadas de seus cargos por uma condição que não gera invalidez e nem as impedem de exercerem, efetivamente, seus serviços, demonstrando o desrespeito a liberdade de autodeterminação sexual desses indivíduos, posto que a identidade de gênero foi o fator determinante para seu afastamento do trabalho.

Define-se o ato discriminatório como “aquele que exclui ou estabelece preferências preconceituosas, expressas ou ocultas, de pessoa ou de membro de certo grupo,

em prejuízo à igualdade de oportunidades ou de tratamento no emprego” (COUTINHO, 2013, p. 620).

Nesse viés, é factível verificar que as três ocorrências expostas podem ser classificadas como atos de discriminação nas relações de trabalho, tendo em vista que a transexualidade não gera a necessidade de internação ou assistência duradoura, não sendo razoável para as militares a perda de seus cargos devido ao fato exclusivo de serem transexuais.

Quando os incisos XXX e XXXI, do art. 7º, CRBF/88, determinam a proibição da discriminação no tocante aos critérios de admissão, tal proteção também é estendida aos atos de promoção ou rescisão contratual, diante do princípio da igualdade real de oportunidade, também chamado de princípio da isonomia (COUTINHO, 2013, p. 622)

Acerca da proibição à discriminação, é essencial destacar a Convenção Americana de Direitos Humanos, também chamada de Pacto de São José da Costa Rica, visto ser um tratado de Direitos Humanos recepcionado pelo Brasil. Esse tratado proíbe a discriminação, inclusive a baseada na identidade de gênero, porquanto utiliza o termo de "qualquer natureza", no ponto 1, do artigo 1, apresentado a seguir

Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, **sexo**, idioma, religião, opiniões políticas **ou de qualquer outra natureza**, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969, grifo nosso).

Vedada, dessa forma, a discriminação, deve-se lembrar que, para garantir uma existência digna ao indivíduo, com o desenvolvimento da personalidade individual, faz-se de extrema importância a aplicação de todos os direitos fundamentais tutelados no ordenamento jurídico brasileiro, incluindo, portanto, o exercício do trabalho.

Apesar de a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ser considerada uma das mais avançadas do mundo, pois determina como valor supremo o respeito à dignidade humana pautada nos princípios da liberdade e da igualdade, levando a crer que no Brasil não existe discriminação e que as diferenças são respeitadas, é possível perceber que, na prática, essa não é a realidade do país (DIAS, 2010).

Nesse viés, além das dificuldades já sofridas pelo transexual devido ao descompasso entre sua identidade de gênero e seu corpo biológico, essas pessoas ainda se deparam com o impedimento do exercício de seu trabalho por causa de sua condição, situação contrária aos valores constitucionais e que dificulta, cada vez mais, a obtenção de uma vida digna e a efetivação da cidadania dos indivíduos transexuais.

A dignidade da pessoa humana, além de constituir uma garantia negativa ao indivíduo, estabelecendo que esse não será objeto de ofensas ou humilhações, também atribui uma proteção positiva, determinando o desenvolvimento integral da personalidade de todas as pessoas (LUNÕ, apud SARLET, 2012, p. 132).

O transexual tem sua dignidade humana violada tanto em seu sentido de garantia negativa, posto que o indivíduo transgênero é alvo de exclusões, segregações e humilhações, como em seu sentido positivo, devido as barreiras que impedem o desenvolvimento de sua personalidade.

Para esboçar a angústia desenvolvida por diversos transexuais, frisa-se a situação sofrida por L.A.S, dentro do corpo da Marinha. L.A.S, em razão de sua homossexualidade, era humilhada por seus superiores, o que a levou à uma crise depressiva em 2009, com tentativa de suicídio. Foi reformada diante de sua incapacidade para o Serviço Ativo da Marinha, incapacidade, verdade seja exposta, foi julgada em razão de uma classificação errônea de doença que, ainda, não possui qualquer relação de causa e efeito com o serviço militar exercido (BRASIL, 2017a).

Faz-se imprescindível que as violações expostas sejam contidas, com o objetivo de garantir ao transexual a tutela geral da personalidade humana. Diante à violação da

igualdade, da liberdade sexual, da integridade psicofísica e, também, do dever de solidariedade, deve-se

(...) inibir ou reparar, em todos os seus desdobramentos, a conformação de tratamentos desiguais – sem descurar da injustiça consubstanciada no tratamento idêntico aos que são desiguais –; o atentado à saúde, entendida esta em sua mais ampla acepção; o constrangimento e o estreitamento da liberdade individual, com foco voltado para as situações existências e o desprezo pela solidariedade social – mandamento constitucional que não admite nem a marginalização, nem tampouco a indiferença (MORAES, M., 2003, p. 128).

O Ordenamento Brasileiro, como já demonstrado, veda a discriminação, de forma que qualquer tratamento ensejador de uma distinção, como a segregação social de determinada parcela de indivíduos da comunidade, deve ser impedido pelo Estado. Acontece, porém, que os integrantes da sociedade se encontram cada vez mais individualistas, ausentes na realização de seu dever de solidariedade e, além disso, com incisiva intolerância ao próximo.

Na lição de Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 132-133)

(...) aqui considerando a dignidade humana como tarefa -, o princípio da dignidade da pessoa humana impõe ao Estado, além do dever de respeito e proteção, a obrigação de promover as condições que viabilizem e removam toda sorte de obstáculos que estejam a impedir as pessoas de viverem sua dignidade.

Nas situações demonstradas, percebe-se que o desrespeito ao indivíduo e aos seus direitos vem das próprias instituições estatais, sendo constatada a ausência de atuação do Estado para a efetivação do princípio supra estabelecido na Constituição Federal, abstendo-se do seu dever de proteger determinados cidadãos.

São encontradas, ainda, outras ocorrências merecedoras de determinada atenção, pois tratam-se de violação à dignidade humana do transexual por parte dos próprios servidores estatais.

Destaca-se, nesse ponto, o ocorrido em uma madrugada de domingo em São Paulo, quando a transexual Melissa Hudson, de 22 anos, foi agredida com garrafadas, chutes e socos por um grupo de 20 pessoas, tendo roubados seu celular e seus

documentos. Ao levar a situação à Polícia Civil, no 78º DP em Jardins, a transexual feminina foi tratada integralmente como homem, não sendo registrado, no boletim de ocorrência, seu nome social. Apesar de, no momento da agressão, a transgênera ter sido ofendida por nomes como “traveco nojento”, o caso foi classificado apenas como roubo a transeunte, não sendo feita qualquer menção sobre a possibilidade de a agressão ter sido realizada pelo preconceito com a identidade de gênero da jovem (TRANSEXUAL..., 2016).

Sabe-se que o Ordenamento Jurídico Brasileiro protege o indivíduo, garantindo-lhe sua personalidade, bem como sua cidadania. A cidadania é apontada como “fundamento da República Federativa do Brasil e apresenta-se simultaneamente como objeto e um direito fundamental das pessoas” (MORAES, A., 2002, p. 129). Já a personalidade configura-se como o “conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico” (TEPEDINO, 2004, p. 27).

Todavia, no caso apresentado, a pessoa transexual foi tratada em total desacordo com sua posição de cidadã, tendo sua personalidade ofendida. Em um primeiro momento, a mulher transexual sofreu agressão física, sendo tratada de modo vexatório pelos indivíduos privados que cometeram o crime. Após, quando a trans recorreu aos agentes públicos, responsáveis pela proteção dos cidadãos, esses desrespeitaram seu nome e não observaram os motivos ensejadores do crime sofrido.

Situação semelhante à citada acima aconteceu no Estado do Rio de Janeiro, relatada pela transexual Lara Lincon. A trans descreveu ter sofrido preconceito na delegacia quando foi informar uma denúncia de transfobia. No entanto, foi chamada pelos policiais por seu nome masculino e, no momento em que Lara pediu para se utilizasse seu nome social, o policial civil ameaçou prendê-la por desacato à autoridade, alegando, ainda, que a transfobia sofrida pela transexual é causada pela mesma (VILELLA, 2015).

O relato acima foi exposto durante a audiência pública realizada na Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (Alerj), promovida pelos presidentes das

comissões pelo Cumprimento das Leis, de Direitos Humanos e de Segurança Pública, com o intuito de discutir a falta de produção de dados em crimes de transfobia no estado do Rio de Janeiro, visto o despreparo e preconceito de servidores públicos, bem como a indiferença do Poder Público e da sociedade para com travestis, transexuais e transgêneros (VILELLA, 2015).

Casos como esse são práticas reiteradas em delegacias que, por diversas vezes, além de desrespeitarem os transexuais, não analisam os crimes sofridos por esses. Os transexuais recorrem à polícia civil para relatar as situações de discriminação ocorridas, buscando que seus direitos, ora violados, sejam assegurados, conquanto, se deparam com mais preconceito, vindo da parte que, justamente, possui o dever de protegê-los, consoante salienta Ingo Wolfgang Sarlet

Da dupla função de proteção e defesa segue também o dever de implementar medidas de precaução procedimentais e organizacionais no sentido de evitar uma lesão da dignidade e dos direitos fundamentais ou, quando isto não ocorrer, com o intuito de reconhecer e fazer cessar (ainda que para efeitos simbólicos), ou, de acordo com as circunstâncias, minimizar os efeitos das violações, inclusive assegurando a reparação do dano (SARLET, 2012, p. 133).

Assim, a atuação dos servidores da Polícia Civil, um dos principais órgãos do Estado com a função de defesa da Lei e da coletividade, como determina o art. 114, da CRFB/88, vai de encontro com o dever do Estado Brasileiro de proteção à sociedade.

As situações expostas, além privarem os indivíduos transexuais de uma existência digna, também violam seus direitos da personalidade, como o direito à vida privada, que inclui os direitos à autodeterminação e à identidade sexual, bem como o direito à identidade moral, abrangendo o direito ao nome.

O Código Civil de 2002, em seu art. 16, dispõe que “Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome” (BRASIL, 2002). Conforme instrui Carlos Roberto Gonçalves

O direito ao nome é espécie dos direitos da personalidade, pertencente ao gênero do *direito à integridade moral*, pois todo o indivíduo tem o direito à identidade pessoal, de ser reconhecido em sociedade por denominação própria. Tem ele caráter absoluto e produz efeito *erga omnes*, pois todos têm o dever de respeitá-lo (GONÇALVES, 2015, p. 203).

Sabe-se que o nome é a principal porta de entrada do indivíduo em todos os meios sociais, no mercado de trabalho e na vida cotidiana, na medida em que o nome civil “será determinante a 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 (...)” (SOUZA; VIEIRA, 2016, p. 598).

A identificação da pessoa é realizada no momento do nascimento, diante de um critério anatômico, pelo aspecto da genitália externa. O sistema jurídico, cioso de seus mecanismos de controle, determina, com o nascimento, uma identidade sexual que, na teoria, seria imutável e única. Apesar disso, como já visto, a aparência externa não é a única circunstância para a atribuição da identidade sexual, de forma que, quando a identidade sexual divergir da identidade civil, é de suma importância a prevalência da identidade sexual (DIAS, 2015, p. 128).

Nesse sentido, o direito ao nome não dispõe apenas sobre a possibilidade de a pessoa possuir um nome, mas, muito além disso, faz referência ao direito de ter seu nome respeitado por todos, de forma que

a proteção do nome é estendida ao pseudônimo pelo artigo 19, reconhecendo posição doutrinária já estabilizada. O dispositivo deixa claro que, ao se tutelar o nome, vai-se além da simples afirmação de um direito ao nome e chega-se à um verdadeiro direito à identidade pessoal (DONEDA, 2003, p. 52).

A situação em que é posto o transexual quando esse possui um nome social, compatibilizando-o com sua identidade de gênero, mas tal nome não é respeitado pela sociedade, como nos casos ocorridos com frequência nas delegacias, caracteriza-se como uma ocorrência constrangedora, que desrespeita o ser humano e fere seu direito ao nome.

Com a consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, há uma modificação de toda a ordem jurídica privada, uma vez que a escolha do constituinte em colocar a dignidade no topo do ordenamento altera a

estrutura original do direito civil, pautada no individualismo e patrimonialismo (MORAES, M., 2006, p. 234).

Quando se aborda a metodologia civil-constitucional, não se trata, somente, de recorrer à Constituição para interpretar as normas ordinárias de direito civil, como também, significa expor a primordialidade de se reconhecer que as normas constitucionais devem ser imediatamente aplicadas às relações jurídicas estabelecidas entre particulares, como forma de alcançar a integral realização dos valores constitucionais no campo das relações privadas (SCHREIBER, 2011, p. 4).

Não apenas o Estado, como a própria coletividade, em suas relações privadas, viola o direito alheio e desrespeita os valores constitucionais, na medida em que é rígida no momento de acolher o próximo e entender suas diferenças. Ressalta-se, neste ponto, que

A humanidade é diversificada, multicultural, e parece mais útil procurar compreender e regular os conflitos inerentes a essa diversidade de cultura e formas de pensar do que buscar uma falsa, porque inexistente, identidade. Daí ter sido sugerida a substituição do termo “identidade” por outro, que oferece maior sentido de alteridade: é o “reconhecimento” do outro, como ser igual a nós. Enquanto na identidade existiria apenas a ideia do “mesmo”, o reconhecimento permite a dialética do mesmo com o “outro” (MORAES, M., 2003, p. 88).

Cada indivíduo possui suas próprias características e singularidades, tendo em vista que a humanidade possui uma multiplicidade de culturas. A sociedade, como percebido, tende a buscar um enquadramento das pessoas em um único padrão estabelecido pelas instituições dominantes e tido como o correto, apesar de essa não ser a solução adequada, porquanto o outro deve ser reconhecido e aceitado pelo que é, ou seja, um ser humano igual a todos, substituindo-se a ideia de identidade pelo reconhecimento do outro.

Elucidando tal questão, é imprescindível destacar o acontecimento em um Shopping Center de Santa Catarina, em que foi verificada a violação do direito do indivíduo transexual pelo particular. Após, quando o transgênero ingressou na justiça para pleitear seus direitos, esses foram, também, violados.

O caso mencionado foi relatado pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal - STF Roberto Barroso, no julgamento do RE 845779 RG / SC, e consiste na proibição à uma transexual feminina em usar o banheiro feminino. A mulher transexual Ama Fialho, ao tentar utilizar o banheiro feminino de um Shopping Center, foi impedida pela segurança do Shopping que, de forma vexatória, informou que a presença da transexual no banheiro causaria constrangimento aos demais usuários. Quando a trans procurou um banheiro privativo de alguma loja, foi comunicada de que esses não existiam. Devido ao constrangimento e nervosismo com a situação, acabou por fazer suas necessidades na própria roupa (BRASIL, 2015a).

Diante desse acontecimento, a trans recorreu ao Judiciário pleiteando os danos morais sofridos. A decisão de primeiro grau foi favorável à mesma, condenando o Shopping ao pagamento de danos morais. No entanto, no julgamento do recurso de apelação, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina estabeleceu a conduta como mero dissabor, alegando a ausência de pressupostos que caracterizassem dano moral e ensejassem uma responsabilidade civil (BRASIL, 2015a).

Tanto a atuação do Shopping Center, quanto o acórdão que julgou a inexistência de danos morais, violam os direitos da transexual. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 assegura em seu art. 5º, inciso V, “o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem” (BRASIL, 1988), de forma que, caracterizado o dano, o sujeito infringido possui o direito à reparação.

Coloca-se em ponderação, dessa forma, os princípios constitucionais lesados, como o direito da liberdade de ir e vir, uma vez cerceada a possibilidade da mulher transexual em usar o banheiro, bem como o direito à igualdade, diferenciando a pessoa transexual dos outros indivíduos pertencentes ao sexo feminino.

Além disso, é ferida a personalidade da pessoa, tutelada no inciso X, CRFB/88, pois se discute seus direitos à identidade, à autodeterminação sexual, à intimidade e à honra, sendo possível constatar a violação à dignidade humana da pessoa, vez que, na presente situação, a mulher transexual foi constrangida e humilhada publicamente.

Importa mostrar que o direito à dignidade, como explicado por Washington de Barros Monteiro (2003, p. 96), assegura a “salvaguarda contra tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor, não se admitindo discriminação de qualquer espécie, nem ações que visem cercear o pleno exercício desses direitos”.

À vista disso, o tratamento dado à transexual pelo Shopping Center caracterizou-se como vexatório e contrário à dignidade da pessoa humana, de forma que o acórdão em análise cerceou à transexual seu direito de ressarcimento pelo dano moral sofrido face aos direitos transgredidos, verificando-se que o Estado, suposto protetor da sociedade, é um dos principais violadores de seus direitos.

Como observa Gustavo Tepedino (2004, p. 27) “A pessoa, vista desse ângulo, há de ser tutelada das agressões que afetam sua personalidade, identificando a doutrina, por isso mesmo, a existência de situações jurídicas subjetivas oponíveis *erga omnes*”.

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade implica em uma proteção abrangente da personalidade, justificada no princípio da dignidade da pessoa humana, adotando o entendimento de que o rol de direitos especiais da personalidade não é de cunho taxativo (SARLET, 2017, p. 439). Diante disso, quando a transexual é impedida de exercer seu direito à autodeterminação sexual, sendo proibida de utilizar o banheiro relacionado ao gênero auto-percebido, viola-se sua personalidade e, conseqüentemente, sua dignidade e sua cidadania.

Atualmente há uma ampliação do instituo da responsabilidade civil, na medida em que os direitos da personalidade postos como tutela geral estendem as ocorrências do dano, reconhecendo sua existência com mais frequência. É possível dizer presente o abalo moral em qualquer situação que cause desconforto, como um dissabor, aflição ou apreensão (DIAS, 2015, p. 90).

A personalidade humana é sustentada como um valor unitário e sem limitações, de forma que não será possível a negação da tutela de qualquer aspecto existencial, mesmo sem previsão específica, por ser um interesse pessoal de relevância ao nível

do ordenamento constitucional e, conseqüente, passível de tutela em via judicial (MORAES, M., 2003, p. 127).

Almeja-se, assim, que o Ordenamento Jurídico crie mecanismos para a garantia da cláusula geral da personalidade humana, protegendo o indivíduo contra o atentado moral, sendo imprescindível que tanto a sociedade, como o Estado, reconheça o indivíduo transexual, posto que

(...) vivendo em sociedade o reconhecimento do outro é condição *sine qua non* para a plenitude da dignidade humana e para isso compete ao ordenamento jurídico dispor de mecanismos que afaste a segregação social e garanta às pessoas transexuais a passibilidade de lutar por este objetivo na sociedade a que busca regulamentar (SOUZA; VIEIRA, 2016, p. 598).

É sabido que os indivíduos transexuais vivem, em sua maioria, a margem do corpo social, já que não são aceitos por parte da sociedade. A dificuldade sofrida pelos transexuais em frequentar ambientes, em ter seus nomes sociais respeitados e de obter um emprego demonstra os problemas vivenciados diariamente por essa parcela da população, sendo a questão ainda mais agravada quando o próprio Estado se abstém de diminuir tais entraves.

Buscando, nessa ótica, tutelar o indivíduo transexual, a Procuradoria Geral da República - PGR (BRASIL, 2015b, p. 35 e 50) se manifestou propondo a caracterização do ato que impediu a transexual de utilizar o banheiro feminino como um dano moral lesivo aos direitos fundamentais, alegando que

(...) ao permitir, ou melhor, ao exigir que seja possibilitado o uso do banheiro do sexo com o qual o indivíduo se identifica e se apresenta socialmente, o Estado cumpre os princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana – como expressamente previstos no âmbito interno e internacional.

(...)

Não é possível que uma pessoa seja tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente, pois a identidade sexual encontra proteção nos direitos da personalidade e na dignidade da pessoa humana, previstos na Constituição Federal.

O transexual é homem ou mulher como qualquer indivíduo, devendo ser tratado socialmente de acordo com a identidade de gênero auto-percebida, incluindo, portanto, a possibilidade em usar o banheiro que é referente à essa identidade.

A Constituição da República Federativa do Brasil estipula um dever geral de solidariedade quando determina em seu artigo 3º, inciso I, a construção de uma “sociedade livre, justa e solidária” (BRASIL, 1988). O princípio da solidariedade e o princípio da dignidade humana se encontram relacionados, devendo ambos incidir nas relações dos particulares, na medida em que “(...) por sua natureza igualitária e por exprimir a ideia de solidariedade entre os membros da comunidade humana, o princípio da dignidade da pessoa humana vincula também no âmbito das relações entre os particulares” (SARLET, 2012, p. 133).

Desse modo, sendo a solidariedade um dever social, é necessário que a sociedade reconheça o transexual, como forma de asseverar a esses indivíduos o exercício de seus direitos personalíssimos, essenciais para a garantia de uma vida digna, fazendo-se de suma importância, também, a criação de políticas públicas que visem o fim das discriminações percebidas por toda comunidade transgênera.

Contra o acórdão em evidência, ainda, foi protocolado recurso extraordinário - RE 845779. Acerca do recurso, esse foi determinado como caso de Repercussão Geral, segundo a decisão do Ministro Luís Roberto Barroso

TRANSEXUAL. PROIBIÇÃO DE USO DE BANHEIRO FEMININO EM SHOPPING CENTER. ALEGADA VIOLAÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A DIREITOS DA PERSONALIDADE. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL.

1. O recurso busca discutir o enquadramento jurídico de fatos incontroversos: afastamento da Súmula 279/STF. Precedentes.
2. Constitui questão constitucional saber se uma pessoa pode ou não ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente, pois a identidade sexual está diretamente ligada à dignidade da pessoa humana e a direitos da personalidade.
3. Repercussão geral configurada, por envolver discussão sobre o alcance de direitos fundamentais de minorias – uma das missões precípua das Cortes Constitucionais contemporâneas –, bem como por não se tratar de caso isolado (BRASIL, 2015a).

A questão está em apreciação desde 2014, sendo tratada como tema 778, mas ainda não há decisão final do STF acerca da mesma (BRASIL, 2015a). Observa-se, porém, ser de extrema importância tal julgamento, uma vez que, caso seja declarado

inconstitucional o acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, caracterizar-se-á uma grande vitória na tutela dos direitos dos transexuais.

Além do exposto, outro assunto de grande relevância a ser tratado quando se versa sobre o indivíduo transexual é a alteração do nome e da retificação civil, tema que foi objeto de discussão no plenário, com decisão do STF em 2018.

A matéria acima sempre foi alvo de divergências. Em virtude do interesse público, os atos de registro civil eram considerados cogentes e indisponíveis. Conquanto, gradativamente, começa-se a reconhecer que os interesses privados também são merecedores de tutela (MORAES, M., 2003, p. 122).

Nesse prisma, inicialmente, a alteração do nome e do gênero no registro civil só era concedida por intermédio de determinação judicial, difícil de obtenção, pois a jurisprudência alegava que o registro público era preciso e regular, representante da verdade, e que, mesmo com a realização da cirurgia, o sexo objetivado nunca seria realmente alcançado, visto a impossibilidade de procriação, levando, apenas, à um ser humano mutilado (DINIZ, 2010, p. 296).

Conquanto, qualquer menção nos documentos, mesmo que sigilosa, ao sexo biológico ou à transexualidade, caracterizaria uma forma de discriminação vedada pela legislação, uma vez que tal menção obrigaria o indivíduo a carregar durante toda sua vida o estigma da transexualidade (CHAVES, 1997, p. 161).

Em análise, não parece viável a aplicação do termo transexual no local do sexo, ou mesmo a permanência do sexo biológico no registro civil, pois seria uma forma de diferenciação do indivíduo, dificultando sua inserção no meio social, podendo, inclusive, desencadear situações constrangedoras. Cabe lembrar que o transexual não quer ser diferenciado por sua condição, almejando, na verdade, ser tratado integralmente pelo gênero com o qual se identifica.

Expondo a condição da transexualidade, viola-se, dentre outros direitos, a vida privada do transexual, posto que esse indivíduo fica impedido de se apresentar exclusivamente como o homem ou como a mulher que se auto-percebe, situação

que dificulta sua inserção na sociedade brasileira, tendenciosa a rejeitar as diferenças.

Para solucionar esses problemas e garantir aos indivíduos transexuais uma existência digna, tutelando sua personalidade humana, é necessário seu reconhecimento como pessoa, de modo a permitir uma visibilidade compatível com o gênero que se identificam.

Para tanto, a matéria em análise foi decidida pelo Supremo Tribunal Federal – STF, em 01 de março de 2018, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 4275, proposta pela Procuradoria Geral da República, que pleiteava a interpretação do artigo 58 da Lei 6.015/1973 consoante à CRFB/88 (BRASIL, 2018).

Foi reconhecido, por unanimidade, a possibilidade de mudança do nome e do gênero no registro civil independente da realização da cirurgia de transgenitalização. Contudo, houve divergência em relação a indispensabilidade de decisão judicial para que fossem feitas tais alterações, sendo decidido, por maioria dos votos, pela desnecessidade de decisão judicial. O ministro Celso de Mello ressaltou que a questão da prévia autorização judicial possui solução na Lei de Registros Públicos, vez que, em casos de possíveis fraudes ou abusos, quando indivíduos não transgêneros buscarem essas mudanças, fica devido ao oficial do registro civil das pessoas naturais a instauração de um processo administrativo para averiguação da situação (BRASIL, 2018).

Observa-se, conforme apresentado, uma vitória dos transexuais na garantia de seus direitos, porquanto passou a ser admitido pelo STF, desde março de 2018, a alteração do nome e do gênero no registro civil público independente de executada a cirurgia de readequação sexual e, ainda, sem ter de obter decisão judicial permitindo tal alteração. A decisão do STF, dessa forma, garante aos transexuais o livre exercício de sua identidade de gênero, impedindo sua violação por decisões judiciais.

Além do mais, buscando transformar esse direito conquistado em Lei, consagrando no Ordenamento Jurídico Brasileiro uma específica proteção aos transgêneros, faz-

se de suma importância a aprovação do Projeto de Lei 5.002/2013 (BRASIL, 2013) que fixará o direito à identidade de gênero e alterará o artigo 58 da Lei 6.015 de 1973.

No entanto, verifica-se que apenas a permissão da alteração do nome e do gênero não é suficiente para a garantia de todos os direitos dos transexuais reiteradamente violados, dada sua marcante exclusão social. É imprescindível, nesse sentido, uma atuação mais ativa do Estado que, por vezes, se mantém inerte, bem como uma aceitação por parte da sociedade que ainda rejeita, em grande parte, os transexuais.

Diante de todo o exposto, conclui-se que “a personalidade é, portanto, não um ‘direito’, mas um valor, o valor fundamental do ordenamento que está na base de uma série (aberta) de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessante mutável exigência de tutela” (MORAES, M., 2003, p. 121).

Em vista disso, o Estado deve agir para garantir a personalidade humana do indivíduo transexual, permitindo ao mesmo uma existência digna, como também, o exercício de seus direitos fundamentais, ressaltando-se, dentre esses direitos, à vida, à integridade psicofísica, à igualdade, à liberdade e todos os direitos personalíssimos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista todo o exposto, percebe-se que a dignidade da pessoa humana foi posta como fundamento base do Ordenamento Jurídico Brasileiro, buscando garantir aos integrantes da sociedade brasileira uma existência digna. Para tanto, faz-se importante a efetivação da plena cidadania dos indivíduos, que abrange o exercício dos direitos civis, políticos e sociais.

Dentre os direitos fundamentais tutelados pelo Ordenamento foram destacados os direitos à vida, à integridade psicofísica, à igualdade, à liberdade e os direitos da personalidade. Esses últimos, além de garantidos constitucionalmente, possuem um capítulo exclusivo no Código Civil Brasileiro.

Observou-se que o Direito Civil, apesar de ter sido cunhado com um caráter individualista e patrimonialista, está sendo analisado sob uma nova ótica, a partir da CRFB/88, baseada na dignidade da pessoa humana. O principal ponto de encontro entre o Direito Civil e a Constituição se faz nos direitos da personalidade, determinando-se uma verdadeira tutela geral da personalidade humana.

No entanto, apesar dessa intensa proteção à pessoa humana, foi possível verificar que a aplicação do Direito Civil Brasileiro, no que tange aos direitos da personalidade dos transexuais, acontece em total afronta à ideia do Direito Civil Constitucionalizado, sendo o Estado um dos maiores violadores desses direitos.

Quando analisada as situações em concreto vivenciadas pelos indivíduos transexuais, averiguou-se a grande violação na liberdade de autodeterminação sexual, uma vez que as pessoas transexuais têm seus direitos infringidos incessantemente apenas pelo fato de serem transexuais, ou seja, por possuírem uma identidade de gênero oposta a atribuída culturalmente ao seu sexo biológico.

Percebe-se, dessa forma, a transgressão de direitos imprescindíveis à uma existência digna e à tutela da personalidade humana, como do livre exercício do trabalho, posto que quando descoberta a transexualidade, os indivíduos transexuais

foram afastados de seus cargos, e do direito ao nome, diante à ausência do respeito ao nome social do indivíduo e da lentidão no processo de retificação civil.

É notória a dificuldade da sociedade em reconhecer o próximo como igual, visto que a transexualidade ainda é classificada como doença, recebendo a denominação de transexualismo pela Organização Mundial de Saúde, pelo Conselho Federal de Medicina, e pela Associação Americana de Psicologia.

Todavia, apesar das grandes violações apresentadas, foi possível observar um avanço na busca pelos direitos da personalidade dos indivíduos transexuais, com o julgamento da ADI 4275, pelo Supremo Tribunal Federal - STF, que determinou a possibilidade da alteração do nome e do gênero no registro civil independente de laudo psicológico, de realização da cirurgia de transgenitalização ou de decisão judicial.

Tal evolução, conquanto, é morosa, sendo de extrema importância uma alteração no Ordenamento Jurídico Brasileiro e uma proteção eficaz do Estado de forma a garantir os direitos dos transexuais, fazendo-se imprescindível, também, o reconhecimento do próximo pela sociedade brasileira, aceitando e respeitando a pessoa transexual.

Portanto, é possível perceber que todas essas relações que ocorrem no cotidiano das pessoas transexuais no Brasil ferem diretamente a cidadania dessas pessoas, colocando-as em uma situação de completa fragilidade e desrespeito à sua condição precípua de cidadão brasileiro.

REFERÊNCIAS

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. **Manual Diagnóstico e Estatístico dos Transtornos Mentais** - DSM-V. 5. ed. Porto Alegre: ArtMed, 2014. p. 451-460.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. A tutela dos direitos da personalidade no direito brasileiro em perspectiva atual. **Revista Derecho Del Estado**. Bogotá, n.30, jan./jun. 2013. p. 93-124. Disponível em: <<http://www.scielo.org.co/pdf/rdes/n30/n30a05.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

ARÁN, Márcia. A transexualidade e a gramática normativa do sistema sexo-gênero. **SciELO**. Rio de Janeiro: Ágora, nº 1, v.9, p. 49-63, jan./jun. 2006.

BORRILLO, Daniel. O sexo e o Direito: a lógica binária dos gêneros e a matriz heterossexual da Lei. **Revista Meritum**. Belo Horizonte, v. 5, n. 2, p. 289-321, jul./dez. 2010.

BRASIL, **Constituição [da] República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 5 abr. 2018.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 mar. 2018.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5.002 de 2013**. Dispõe sobre o direito à identidade de gênero e altera o artigo 58 da Lei 6.015 de 1973. Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1059446&filename=PL+5002/2013>. Acesso em: 4 maio. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral, Recurso Extraordinário: 845779 SC - SANTA CATARINA 0057248-27.2013.8.24.0000**, Relator Ministro ROBERTO BARROSO. Julgado em 13/11/2014, e publicado em 10/03/2015. 2015a. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4657292>>. Acesso em: 1 maio. 2018.

_____. Procuradoria Geral da República - PGR. **Parecer Nº 116706/2015 – ASJCIV/SAJ/PGR**. RE: 845779 SC. publicado em 10/10/2015. 2015b. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/institucional/procurador-geral-da-republica/informativo-de-teses/edicoes/informativo-no-22-de-05-11-2015/docs/RE%20845779-%20Versao%20Final.pdf>>. Acesso em: 3 maio. 2018.

_____. Ministério Público Federal – MPF. **Notificação / Recomendação PRDC/RJ/Nº 04/2017**. Inquérito Civil nº 1.30.001.000522/2014-11. nov. 2017. 2017a. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/rj/sala-de-imprensa/docs/pr-rj/recomendacao-transexuais-forcas-armadas>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal – STF. **Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade (Med. Liminar) – ADI 4275**. Relator para o acórdão Ministro Edson Fachin. Julgado em 1/03/2018 e publicado em 6/3/2018. 2018. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4275&processo=4275>>. Acesso em: 7 maio. 2018.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero**: Feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: O Longo Caminho. 17. Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

CHAVES, Antônio. Direito à vida, ao próprio corpo, e às partes do mesmo (transplantes). Esterilização e operações cirúrgicas para “mudança do sexo”. Direito ao cadáver e as partes do mesmo. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal. a. 14, n. 55, jul./set. 1997, p. 125-168.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**, 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 23 abr. 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA – CFM. **Resolução nº 1.955/2010**. 2010. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm>. Acesso em: 22 abr. 2018.

COUTINHO, Aldacy Rachid. Comentário ao artigo 7º, XXX. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. (Coords.) **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 276-285.

DECLARAÇÃO de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Novos Rumos do Direito das Famílias**. jul. 2010. Disponível em:

<[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_565\)17__novos_rumos_do_direito_das_familias.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_565)17__novos_rumos_do_direito_das_familias.pdf)>. Acesso em: 1 maio. 2018.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, **Maria Helena**. Adequação do sexo do intersexual e do transexual. In: _____. **O estado atual do biodireito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. (Coord.) **A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na perspectiva Civil-Constitucional**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 35-60.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Teoria Geral**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral**. 18. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com o Estatuto da Pessoa com Deficiência e com o novo CPC. São Paulo: Saraiva, 2016. (v.1).

GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 747, p. 35-55, jan. 1998.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense. 2001. p. 54.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. (v.1).

LOBÔ, Paulo. Família Brasileira: Origens, Personalização e Constitucionalização. In: _____. **Direito Civil: Famílias**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 15-30.

MALLET, Estevão; FAVA, Marcos. Comentário ao artigo 7º, XXXI. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. (Coords.) **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 276-285.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 390-400.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Cuidar bem da saúde de cada um: Faz bem para todos. Faz bem para o Brasil. Atenção integral à saúde da população Trans**. Disponível em: <<http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2016/fevereiro/18/CARTILHA-Equidade-10x15cm.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

MONTEIRO, Washington de Barros; **Curso de Direito Civil: Parte Geral**. v.1. 39. ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, Ano 17, v. 65, p. 21-32, jul./set. 1993.

_____. **Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. A Constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 29, p. 233-258, jul./dez. 2006.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE - OMS. **Classificação Estatística Internacional de Doenças e problemas Relacionados à Saúde – CID-10**. 1989. Disponível em: <http://www.datasus.gov.br/cid10/V2008/WebHelp/f60_f69.htm>. Acesso em: 10 abr. 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v.1.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. **Transexualismo: O direito a uma nova identidade sexual**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ROBLES, Rebeca. et al. Removing transgender identity from the classification of mental disorders: a Mexican field study for ICD-11. **Lancet Psychiatry**, vol.6, p. 850-859, 2016. Disponível em: <[https://www.thelancet.com/journals/lanpsy/article/PIIS2215-0366\(16\)30165-1/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lanpsy/article/PIIS2215-0366(16)30165-1/fulltext)>. Acesso em: 22 abr. 2018

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

SAMPAIO, José Adércio Leite. Comentário ao artigo 5º, X. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. (Coords.) **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 276-285.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais em espécie. In: _____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2017. p. 402-764.

SCHREIBER, Anderson. Direito Civil e Constituição. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro: Padma, v. 48, p. 1-26, out./dez. 2011.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2015.

SOUZA, Mariana Barbosa de; VIEIRA, Octavio J. Zini. Transexualidade – A quebra de paradigmas à luz do biodireito. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte: Nova Fase – 1962. n. 68, p. 587-608, Jan/jun. 2016.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 1613.

TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro. In: _____. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 23-58.

TRANSEXUAL agredida na Rua Augusta é tratada como homem em delegacia. **Veja**. São Paulo: Abril, fev. 2016. Disponível em: <<https://vejasp.abril.com.br/cidades/transexual-agredida-registrada-homem-delegacia/>>. Acesso em: 2 maio. 2018.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. Mudança de sexo: Aspectos psicológicos, médicos e jurídicos do transexualismo. **Psicólogo Informação**, n. 4, jan./dez. 2004.

VILELLA, Flávia. Preconceito contra travestis e transexuais ocorre em delegacias, diz delegado. **Agência Brasil**, maio. 2015. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2015-05/preconceito-contra-travestis-e-transexuais-acontece-em-delegacias>>. Acesso em: 2 maio. 2018.