

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO  
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO EM DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS  
LINHA DE PESQUISA EM CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO**

Maitê Damé Teixeira Lemos

**OS CONFLITOS ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES  
JURÍDICAS ENTRE TRANSEXUAIS E TERCEIROS: A VISÃO DA JURISDIÇÃO  
CONSTITUCIONAL BRASILEIRA EM FACE DO PRINCÍPIO DA  
PROPORCIONALIDADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Santa Cruz do Sul, janeiro de 2008

# **Livros Grátis**

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

Maitê Damé Teixeira Lemos

**OS CONFLITOS ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES  
JURÍDICAS ENTRE TRANSEXUAIS E TERCEIROS: A VISÃO DA JURISDIÇÃO  
CONSTITUCIONAL BRASILEIRA EM FACE DO PRINCÍPIO DA  
PROPORCIONALIDADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado, Área de Concentração em Demandas Sociais e Políticas Públicas, Linha de Pesquisa em Constitucionalismo Contemporâneo, Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Pós-Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal

Santa Cruz do Sul, janeiro de 2008

Maitê Damé Teixeira Lemos

**OS CONFLITOS ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES  
JURÍDICAS ENTRE TRANSEXUAIS E TERCEIROS: A VISÃO DA JURISDIÇÃO  
CONSTITUCIONAL BRASILEIRA EM FACE DO PRINCÍPIO DA  
PROPORCIONALIDADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Esta Dissertação foi submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado, Área de Concentração em Demandas Sociais e Políticas Públicas, Linha de Pesquisa em Constitucionalismo Contemporâneo, Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Profa. Pós-Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal  
Professora Orientadora

Profa. Dra. Judith Martins Costa

Profa. Dra. Fabiana Marion Spengler

*Dedico este trabalho àquelas pessoas que, como eu, entendem que vale a pena perseguir um sonho, um ideal e um objetivo. Na minha vida, mais um objetivo perseguido foi alcançado!*

*Ao meu eterno e único amor, Marcus:  
que seja eterno enquanto dure e que dure para sempre este amor!*

*Aos meus pais, Hermano e Maria Teresa:  
ninguém tem capacidade de medir o meu amor por vocês e o orgulho que tenho de todos os ensinamentos.*

## AGRADECIMENTOS

Quando se chega à fase final do trabalho, uma das conseqüências é lembrar das pessoas que, de um modo ou de outro, de forma direta ou indireta, foram fundamentais para a elaboração do mesmo. Assim, gostaria de agradecer a algumas pessoas que foram essenciais na elaboração desta dissertação e durante todo o período de estudos no Mestrado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul. É preciso destacar, todavia, que dentre os inúmeros colaboradores, incentivadores e influenciadores, darei destaque àqueles que maior contribuição tiveram neste período da minha vida.

Então, em primeiro lugar, é preciso agradecer à família, pelo suporte emocional que sempre encontrei e tudo o que significam para mim. Aos meus pais, Hermano e Maria Teresa, por fazerem de mim o que sou e por me incentivarem a sempre seguir estudando. Aos meus irmãos, Nailê e Iberê, pelo amor e confiança. Ao Vô Cleto e à Vó Helena, pelo exemplo de vida que são e por compreenderem que, se muitas vezes não estive presente, foi para melhor elaborar este trabalho. Aos meus padrinhos, José Antônio, Maria Luiza e Jussara, pelo auxílio moral e bibliográfico e por me despertarem para a importância da leitura e do aprendizado. Ao Dindo Paulo que nos deixou cedo demais, mas que está presente em meu coração pela lição de vida que deixou; que eu consiga ser tão especial quanto ele foi. Aos meus tios, tias e primos pelo incentivo e força que dispensaram durante todo o período em que estou estudando. Aos meus afilhados, Guilherme, Bernardo, Isabela e Victor, pelos lindos momentos de descontração e pela certeza de um futuro melhor.

Em seguida, é preciso agradecer aquele que desperta diariamente o amor em meu coração; aquele que incentiva, que confia, até demais, na minha competência; aquele que escolhi para viver ao meu lado por toda a vida: meu marido Marcus. Ao teu lado tenho vivido os melhores e mais importantes momentos da minha vida. Espero que nosso amor não tarde a render lindos frutos!

Mas a realização do Mestrado e, por conseqüência, deste trabalho, não seria possível sem o financiamento por parte da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Capes. Agradeço também à Universidade de Santa

Cruz do Sul por todos esses anos de formação e qualidade de ensino, e ao Mestrado em Direito, através dos professores, funcionários e colegas, pelas influências na formação do meu convencimento jurídico. Um agradecimento especial à Rosana, Gisele e André pela convivência nestes dois anos. À Marizélia, apesar das diferenças, como ela mesma diz: creio que nossa amizade supera isso tudo.

Não posso esquecer, jamais, de agradecer a quem acreditou que eu poderia fazer um bom trabalho no Mestrado: minha orientadora, Profa. Pós-Doutora Mônia Clarissa Hennig Leal. Cada dia que passa te admiro ainda mais, tanto pela tua competência, quanto pela tua dedicação e pelas oportunidades que tens proporcionado a mim. Obrigada pela oportunidade de realizar a pesquisa internacional junto ao Max-Planck Institut de Direito Internacional e Direito Comparado em Heidelberg, Alemanha, e pela companhia naquele país maravilhoso.

Agradeço, também, ao Prof. Dr. Winfried Brugger por possibilitar, juntamente com minha orientadora, a pesquisa internacional. À Carô, pela companhia em Heidelberg, pelas discussões jurídicas e filosóficas e por conseguir me agüentar naquele período.

Enfim, muito obrigada a todos àqueles que tiveram alguma contribuição na formação da minha personalidade e àqueles que auxiliaram na elaboração desta dissertação. Foi devido à colaboração de todos vocês que hoje é possível apresentar esse trabalho, construído com base em um pensamento crítico, ético e responsável.

## RESUMO

A questão da transexualidade tem adquirido, cada vez mais, um espaço amplo nas discussões constitucionais, ainda mais com o aumento do número de cirurgias de readequação sexual. Depois de realizada a cirurgia, o indivíduo busca a retificação de prenome e de sexo no Registro Civil, o que traz, para o ordenamento jurídico, diversas conseqüências, tais como com relação aos direitos de terceiros. Assim, o tema central desta investigação é a existência de conflitos entre direitos fundamentais diante da existência de relação jurídica entre transexuais e terceiros, buscando-se verificar como a jurisdição brasileira tem enfrentado o tema. Para tanto, considerando que a dignidade da pessoa humana é o eixo central do ordenamento jurídico, pretende-se verificar como os casos de conflitos entre os direitos fundamentais, especialmente nos casos de transexuais e de terceiros, são solucionados pela jurisdição constitucional brasileira através da aplicação do princípio da proporcionalidade. Ademais, considerando-se a sociedade pluralista em que se vive, a transexualidade e, nestes casos, de conflitos de direitos fundamentais, precisam ser solucionados de forma a acarretar os menores prejuízos possíveis aos envolvidos, ou seja, se houver lesões, que sejam somente as estritamente necessárias. Devido à previsão, na Constituição Federal, de proteção dos direitos fundamentais, se justifica a presente pesquisa como integrante da linha de pesquisa de Constitucionalismo Contemporâneo. O trabalho utiliza como forma de organização a lógica dedutiva, ou seja, parte-se da abordagem de categorias consideradas fundamentais para o desenvolvimento do tema, tais como a transexualidade, a dignidade humana, os direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade, para, então, enfrentar o problema propriamente dito, ou seja, analisar se os conflitos dos direitos fundamentais entre transexuais e terceiros têm sido solucionados, pela jurisdição constitucional brasileira, através da aplicação do princípio da proporcionalidade. A técnica de pesquisa utilizada é a da documentação indireta, através de expedientes metodológicos constitutivos da pesquisa bibliográfica, sendo que, pela coleta e levantamento de dados e informações em acervos perante a legislação, doutrina e jurisprudência (Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Estaduais), a organização de tais dados através de fichamentos, foi possível a produção do texto. Dessa maneira, o trabalho pretende contribuir para fazer uma análise crítica da forma como está sendo

operacionalizada a aplicação do princípio da proporcionalidade nos casos de conflitos entre direitos fundamentais de transexuais e de terceiros pela jurisdição constitucional brasileira.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais. Conflito. Princípio da proporcionalidade. Transexuais. Dignidade da pessoa humana.

## ABSTRACT

The subject of transsexuality has acquired a broader space in the constitutional arguments, ever more with the increase in the number of sex change surgeries. After undergoing the surgery, the individual searches for rectification of name and gender in the Civil Registry, which brings innumerable consequences to the juridical ordainment such as ones late to the rights of third parties. Like this, the central subject of the inquiry is the existence of conflicts between fundamental rights faced with the existence of legal relation between transsexuals and other people, seeking to verify how the Brazilian jurisdiction has faced the subject. For so much, considering that the dignity of the human person is the central axis of the legal ordainment, one intends to verify that the cases of conflicts between the fundamental rights, specially in the cases of transsexuals and of other people, are solved through the application of the principle of proportionality. Besides, considering itself the pluralist society in that one lives in, the cases of transsexuality and, in these cases, of conflicts of fundamental rights, are going to be solved in a way of causing the least possible damage to the parties involved. And should there be any damage, it should occur only when and if strictly necessary. Due to the forecast in the Federal Constitution of protection of fundamental rights, the present research is justified as a member of the line of research of Contemporary Constitutionalism. The assignment uses deductive logic as a way of organizing, in other words, it is relied on the approach of categories considered fundamental for the development of the subject, thus facing the issue discussed, that is, to analyze if the conflicts between basic rights of transsexuals and other people they have been solved, for the Brazilian constitutional jurisdiction, through the application of the principle of proportionality. The research technique used is the indirect documentation, through methodological expedients constituents of the bibliographical research, being that through the collection and raising of data and information collected before the legislation, doctrine and jurisprudence (Supreme Federal Court, Superior Court of Justice and State Courts), the organization of such facts through filing, the output of text was possible. In this way, the work intends to contribute of form to make a critical analysis of the form that is being carried through the application of the principle of proportionality in cases of conflicts between basic rights of transsexuals and other people for the

Brazilian constitutional jurisdiction.

**Key Words:** Basic rights. Conflict. Principle of Proportionality. Transsexuals.  
Dignity of a human person.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	14
1 TRANSEXUALIDADE E SEUS ASPECTOS ESSENCIAIS .....	21
1.1 Transexualidade: evolução, conceitos básicos e classificações .....	22
1.2 Cirurgia de readequação sexual .....	40
1.3 Alterações de prenome e do sexo dos transexuais no Registro Civil .....	47
1.4 Conseqüências jurídicas das alterações do Registro Civil .....	54
2 OS INDIVÍDUOS TRANSEXUAIS COMO SUJEITOS DE DIGNIDADE: A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA TRANSEXUALIDADE .....	63
2.1 A preocupação e a vocação do constitucionalismo democrático em relação à dignidade humana .....	63
2.2 A Constituição brasileira como Constituição da dignidade e a proteção das minorias .....	83
2.3 Direitos Fundamentais aplicáveis ao problema dos transexuais .....	90
3 O CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS CASOS DE RELAÇÕES JURÍDICAS ENTRE TRANSEXUAIS E TERCEIROS EM RAZÃO DA ALTERAÇÃO DE PRENOME E SEXO NO REGISTRO CIVIL: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE .....	111
3.1 A teoria da ponderação como instrumento de resolução de conflitos entre direitos fundamentais e sua relação com o Estado Democrático de Direito enquanto garantidor desses direitos .....	112
3.2 Enfrentamento teórico do conflito entre direitos fundamentais, em casos de relações jurídicas de transexuais e terceiros, em face da alteração de prenome e sexo no Registro Civil .....	139
3.3 Análise crítica da jurisprudência brasileira envolvendo o conflito entre direitos fundamentais de transexuais e de terceiros .....	148
CONCLUSÃO .....	171
REFERÊNCIAS .....	180

Anexo A – Recurso Especial n.º 678.933-RS – Superior Tribunal de Justiça – Concede a retificação de prenome e sexo de transexual, mas determina a averbação, à margem no Registro Civil, de que a alteração é oriunda de decisão judicial .....	198
Anexo B – Sentença Estrangeira n.º 2.149-IT – Superior Tribunal de Justiça – Homologa sentença estrangeira que determinou a alteração de prenome e sexo de transexual no Registro Civil .....	206
Anexo C – Sentença Estrangeira n.º 1.058-EX – Superior Tribunal de Justiça – Homologa sentença estrangeira que determinou a alteração de prenome e sexo de transexual no Registro Civil .....	210
Anexo D – Agravo de Instrumento n.º 171.769 – Supremo Tribunal Federal – Nega seguimento ao Agravo de Instrumento por falta de legitimidade do STF para reexaminar Recurso Extraordinário contra decisão que negou alteração de prenome e sexo de transexual .....	214
Anexo E – Agravo de Instrumento (Regimental) n.º 82.517-7 – Supremo Tribunal Federal – Nega provimento ao Agravo Regimental objetivando a alteração de prenome e sexo no Registro Civil de transexual .....	217
Anexo F – Apelação Cível n.º 417.413-4/5-00 – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Nega provimento ao recurso que objetivava a alteração de prenome e de sexo no Registro Civil de transexual .....	230
Anexo G – Apelação Cível n.º 439.257-4/3-00 – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Nega provimento ao recurso de apelação, mantendo a sentença que concedeu a alteração de prenome e de sexo no Registro Civil de transexual .....	235
Anexo H – Apelação Cível n.º 452.036-4/0-00 – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Dá procedência ao recurso de apelação, julgando a ação de retificação de Registro Civil improcedente .....	249
Anexo I – Apelação Cível n.º 492.524-4/0-00 – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Dá provimento ao recurso de apelação, determinando a alteração de prenome e de sexo no Registro Civil de transexual .....	259
Anexo J – Apelação Cível n.º 6.617/93 – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – Nega provimento ao recurso de apelação, mantendo a sentença de impossibilidade de alteração de prenome e de sexo no Registro Civil de transexual .....	264

Anexo L – Apelação Cível n.º 2002.001.16591 – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – Dá provimento ao recurso de apelação, autorizando a alteração de prenome e de sexo no Registro Civil de transexual, determinando a averbação de que a retificação se deu em razão de decisão judicial, pela condição de transexual do indivíduo .....	274
Anexo M – Apelação Cível n.º 28.817/2004 – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – Dá provimento parcial ao recurso de apelação para alterar unicamente o nome do transexual .....	284
Anexo N – Apelação Cível n.º 2005.001.01910 – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – Dá provimento ao recurso de apelação para autorizar a alteração de prenome e de sexo no Registro Civil de transexual .....	302
Anexo O – Apelação Cível n.º 70006828321 – Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Nega provimento ao recurso de apelação, determinando a alteração de prenome e de sexo no Registro Civil de transexual e vedando a extração de certidões referentes à situação anterior ....	308
Anexo P – Apelação Cível n.º 70013580055 – Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Dá provimento ao recurso de apelação, determinando a alteração de prenome e de sexo no Registro Civil de transexual e vedando a extração de certidões referentes à situação anterior .....	315
Anexo Q – Apelação Cível n.º 70013909874 – Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Dá provimento parcial ao recurso de apelação, determinando a alteração de prenome e inscrição da condição de transexual no Registro Civil .....	338
Anexo R – Apelação Cível n.º 70014179477 – Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Dá provimento ao recurso de apelação, determinando a alteração de prenome e de sexo no Registro Civil de transexual e vedando a extração de certidões referentes à situação anterior .....	351
Anexo S – Apelação Cível n.º 70017037078 – Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Dá provimento parcial ao recurso de apelação, determinando a alteração de prenome e de sexo, a averbação no Registro Civil de tal retificação que é relativa a cirurgia de transgenitalização e vedando a extração de certidões referentes à situação anterior .....	364
Anexo T – Apelação Cível n.º 70018911594 – Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Dá provimento ao recurso de apelação, determinando a alteração de prenome e de sexo; a averbação no Registro Civil de tal	

retificação deve-se a determinação judicial e vedando a extração de certidões referentes às alterações por terceiros .....	372
Anexo U – Apelação Cível n.º 70021120522 – Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Nega provimento ao recurso de apelação, determinando a alteração de prenome e de sexo e vedando a referência no registro quanto a mudança .....	379

## INTRODUÇÃO

A questão da transexualidade tem adquirido um espaço mais amplo nas discussões constitucionais. Tal fato deve-se ao crescente número de cirurgias de adequação sexual que vem sendo realizadas desde que a Resolução n.º 1.482, de 1997, posteriormente revogada pela Resolução n.º 1.652, de 2002, do Conselho Federal de Medicina, estabeleceu que essas cirurgias são legais e podem ser realizadas por hospitais públicos e particulares, conforme o caso. A partir desse fato, inúmeras consequências jurídicas são advindas, como, por exemplo, a questão da retificação de prenome e de sexo no Registro Civil e as implicações que isso traz ao mundo jurídico. Dessa maneira, o presente trabalho não pretende trabalhar com a questão da transexualidade e da cirurgia de adequação sexual em si, pois isto já é uma realidade para o Estado brasileiro. O que será abordado, na presente dissertação, são as consequências que estes fatos trazem ao ordenamento jurídico, especialmente no que concerne ao conflito envolvendo os direitos fundamentais de transexuais e de terceiros.

Atualmente, vivemos em um Estado Democrático de Direito, que tem como uma de suas funções fomentar a participação dos indivíduos no processo de construção da sociedade, bem como garantir e promover os direitos fundamentais. Além disso, deve-se destacar que o fundamento desse modelo de Estado é a dignidade humana, de forma que todas as ações devem ser pautadas por este princípio supremo, eleito pela sociedade para balizar o Estado. A partir do referencial da dignidade humana, o Estado Democrático de Direito busca estabelecer uma igualdade material entre os indivíduos, em sentido amplo. Uma das marcas da sociedade moderna, todavia, é a pluralidade, ou seja, a multiplicidade de valores morais, culturais, religiosos e sociais, aspecto do qual resulta um aumento das diferenças, pois, no momento em que os indivíduos passam a fazer parte do processo de construção da sociedade, cada um estabelece o que é bom para si, de forma que não se consegue mais uma homogeneidade. Pelo contrário, numa sociedade pluralista, a harmonia é estabelecida exatamente através da aceitação das diferenças, diferenças essas que se referem a desigualdades como de raça, sexo, cor, enfim, que não afetam a dignidade humana, nem o conteúdo da igualdade.

Dessa maneira, ao estabelecer que a dignidade humana é a base do Estado, o constitucionalismo democrático está incluindo os direitos fundamentais como núcleo básico do sistema jurídico, tendo como valor essencial a idéia de dignidade. Diante de uma igualdade material entre os cidadãos, resulta a possibilidade de existência de conflitos entre os direitos fundamentais, especialmente de terceiros, de forma que o exercício de um direito por um indivíduo pode vir a restringir ou a impedir o exercício do direito de outro. Nesse sentido, é preciso que se busque um consenso para tal conflito, o qual não pode ocorrer através da anulação do direito de um indivíduo em favor do outro, dado o caráter fundamental que eles possuem.

Então, o que se pretende discutir nesse trabalho, como tema central da investigação, é a existência de conflitos entre direitos fundamentais diante da existência de relação jurídica entre transexuais e terceiros, buscando-se verificar como a jurisdição brasileira tem enfrentado o tema a partir da noção e da operacionalização do conflito entre direitos fundamentais, baseada na perspectiva da aplicação do princípio da proporcionalidade. Dessa maneira, considerando-se os pressupostos democráticos e constitucionais que informam a ordem jurídica brasileira, pretende-se analisar as conseqüências jurídicas advindas da alteração de prenome e de sexo no Registro Civil dos transexuais, enquanto conflito existente entre o direito à intimidade, à saúde e à honra destes, frente ao direito à publicidade de terceiros, nos casos em que há relação jurídica entre esses indivíduos e a maneira como tais conflitos estão sendo enfrentados pela jurisdição brasileira.

Para tanto, considerando que a dignidade da pessoa humana é o eixo central de nosso ordenamento jurídico, é preciso que se verifique quais são os limitadores da aplicação de tal princípio existentes na Constituição, nesses casos. Como se resolvem os casos de conflitos entre os direitos fundamentais? A partir daí, é possível aplicar-se essa forma de solução também aos casos de conflitos entre direitos fundamentais de transexuais e de terceiros? Qual o princípio que preponderará, em relação ao outro, no caso concreto, ou seja, até que ponto o indivíduo transexual, depois de realizada a cirurgia de adequação sexual e a retificação, no seu registro de nascimento, do nome e do sexo, tem direito de não divulgar as informações dessa condição anterior? E, ainda, até que ponto terceiros possuem o direito de conhecer a condição de transexualidade do indivíduo pós-

operado? Como a jurisdição brasileira tem operacionalizado a questão do conflito entre direitos fundamentais envolvendo os transexuais?

Dentro desse contexto, pode-se considerar como um limitador da aplicação do princípio da dignidade humana de um indivíduo, a igual dignidade de outro, devendo, contudo, ser analisado o caso concreto para que possa haver a restrição, já que os princípios não são absolutos. Considerando-se os conflitos entre direitos fundamentais, a partir do sopesamento dos princípios envolvidos, verifica-se que a solução tem se dado através da aplicação do princípio da proporcionalidade. Da mesma forma, acredita-se que tal solução pode ser aplicada à temática da transexualidade, pois se trata de um choque entre o direito fundamental à informação do terceiro, frente os direitos à saúde, intimidade e honra dos transexuais. Desse modo, devem ser analisadas as circunstâncias presentes em cada caso concreto, para que seja possível a verificação de qual direito irá preponderar, pois se ambos possuem direitos fundamentais em conflito, sendo digno ao transexual manter em sigilo sua condição de operado, também é direito do terceiro poder saber a verdade sobre aquele com o qual está estabelecendo contrato, de forma a garantir, igualmente, que as obrigações resultantes do negócio sejam cumpridas. Ante a existência de conflito, é preciso que se analise a posição que tem sido adotada pela jurisdição brasileira, ou seja, como tem sido operacionalizada essa temática e se a solução tem sido encontrada através da aplicação do princípio da proporcionalidade.

O objetivo deste trabalho, portanto, é analisar, criticamente, se a temática do conflito entre direitos fundamentais de transexuais e de terceiros tem sido solucionada através da aplicação do princípio da proporcionalidade pela jurisdição constitucional e como tem sido operacionalizada esta aplicação. Todavia, para que se chegue ao objetivo central, faz-se necessário estabelecer aspectos básicos e conceitos fundamentais à compreensão dos indivíduos transexuais, abordando-se os aspectos da discriminação por eles sofrida, da realização da cirurgia de adequação sexual e da retificação do prenome e do sexo no seu Registro Civil. Também é necessário realizar-se uma análise dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais que protegem os transexuais, bem como relacionar os possíveis conflitos existentes entre os direitos fundamentais constitucionais dos transexuais e de terceiros.

Para tanto, buscar-se-á conferir as diversas posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre a questão dos conflitos entre direitos fundamentais e a aplicação do princípio da proporcionalidade, verificando-se, inclusive, como está ocorrendo a aplicação do mesmo nos conflitos entre os direitos fundamentais de transexuais e terceiros, em face do princípio da dignidade da pessoa humana (teoria do conflito entre princípios). Acredita-se, neste sentido, que a jurisdição brasileira não vem tratando e julgando o tema de forma adequada, pois as decisões têm se utilizado muito mais de elementos fáticos e de argumentos morais e espirituais, do que de argumentos jurídicos, ou seja, para a solução dos conflitos entre os direitos de transexuais e terceiros, não está havendo a análise dos direitos fundamentais em choque para, então, verificar qual a solução mais adequada para o caso. Os Tribunais têm decidido sobre as questões, mas sem o enfrentamento jurídico do problema.

A presente pesquisa constitui-se, pois, de grande relevância, uma vez que, mesmo que este tema já tenha sido, exaustivamente, abordado pela doutrina, não se encontra matéria específica tratando desse ponto, relacionado aos direitos dos transexuais de viverem de forma digna e do direito dos heterossexuais de saberem a verdade sobre a cirurgia dos transexuais, além de se realizar uma análise crítica da jurisprudência brasileira, a fim de verificar como está sendo operacionalizada a aplicação do princípio da proporcionalidade nesses casos. O trabalho mostra-se útil para que se possa encontrar um ponto de equilíbrio entre os direitos dos transexuais e os direitos dos heterossexuais que estejam conflitantes, bem como para que se contribua com o amadurecimento da discussão teórica e prática sobre os conflitos entre direitos fundamentais com relação a operacionalização da aplicação do princípio da proporcionalidade. Além disso, a bibliografia existente sobre esta temática, aplicada à questão da transexualidade, não é suficiente, precisando-se recorrer, muitas vezes, à aplicação da analogia, já que somente as decisões judiciais abordam a possibilidade do conflito. Ademais, considerando-se a sociedade pluralista em que se vive e o estágio de desenvolvimento do Direito, os casos de transexualidade e, então, de conflito de direitos fundamentais, precisam ser solucionados de forma a acarretar os menores prejuízos possíveis aos envolvidos, ou seja, se houver lesões, que sejam somente as estritamente necessárias.

O trabalho insere-se e desenvolve-se, por conseguinte, na linha de pesquisa do Constitucionalismo Contemporâneo, dada à discussão centrada no conflito de direitos fundamentais, na análise dos direitos constitucionais dos transexuais e, especialmente, na análise das posições adotadas pela jurisdição constitucional brasileira acerca dos conflitos entre os direitos fundamentais. Destaca-se, como forma de se traçar um panorama acerca da atuação e da posição da jurisdição constitucional brasileira frente aos direitos fundamentais, contribuindo, assim, para que se tenham elementos de análise que permitam uma reflexão e um desenvolvimento do conteúdo desses direitos, visando à consolidação da ordem Democrática de Direito. Além disso, devido à previsão, na Constituição Federal, de proteção dos direitos fundamentais, se justifica a presente pesquisa como integrante da linha de pesquisa do Constitucionalismo Contemporâneo.

Em face do exposto, para que o que se estabeleceu como meta do trabalho possa ser desenvolvido, a presente dissertação divide-se em três capítulos, os quais partem da lógica dedutiva<sup>1</sup>, ou seja, parte-se da abordagem de categorias consideradas fundamentais para o desenvolvimento do tema – tais como a questão da transexualidade, da dignidade humana, da principiologia constitucional e do princípio da proporcionalidade – para então se enfrentar o problema propriamente dito. A técnica de pesquisa utilizada é a da documentação indireta, através de expedientes metodológicos constitutivos da pesquisa bibliográfica, sendo que através da coleta e levantamento de dados e informações em acervos perante a legislação, doutrina e jurisprudência, a organização de tais dados através de fichamentos, foi possível a produção do texto.

No primeiro capítulo, portanto, com o fim de construir as bases necessárias para uma adequada compreensão da temática a ser debatida no trabalho, discutem-se a transexualidade e seus aspectos essenciais, a partir de informações técnicas que, todavia, são necessárias para um correto entendimento e localização do problema jurídico que se aborda. Inicia-se com uma evolução sobre a transexualidade, apresentando conceitos básicos e classificações, para, em seguida,

---

<sup>1</sup> Na lógica dedutiva, parte-se de premissas para que se chegue ao resultado. Assim, se as premissas forem verdadeiras, o resultado deverá ser verdadeiro, e, neste caso, estará apenas enunciando o que já havia sido expressado nas premissas, mas ainda não explicitado. Dessa maneira, pela lógica dedutiva trazem-se explicações às informações trazidas pelas premissas. LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. A. *Fundamentos de metodologia científica*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 92.

trabalhar com a questão da cirurgia de adequação sexual, sem, contudo, aprofundar a discussão sob o prisma médico ou psicológico, já que não é este o objetivo do trabalho. Também não se discute sobre a legalidade ou ilegalidade dessa intervenção, pois, conforme já afirmado, a partir das Resoluções n.ºs 1.482, de 1997 e 1.652, de 2002, do Conselho Federal de Medicina, as cirurgias foram legalizadas. As cirurgias, no entanto, não são a “solução dos problemas dos transexuais”, já que, após a realização das mesmas, o indivíduo enfrenta uma batalha judicial para adequar o seu prenome e o sexo constante no seu Registro de nascimento, à sua aparência física. Da retificação documental advêm conseqüências jurídicas, as quais também são analisadas no capítulo introdutório, tais como a possibilidade (ou não) de contrair matrimônio, implicações com relação à filiação e aos direitos de terceiros.

A partir do momento em que a temática da transexualidade está apresentada, de forma que os conceitos utilizados no decorrer do trabalho já são conhecidos, passa-se ao debate acerca da proteção constitucional dos transexuais. Neste segundo capítulo, aborda-se a questão da preocupação e da vocação do constitucionalismo democrático em relação à dignidade humana, sendo que, para tanto, estabelece-se uma sucinta evolução histórica do constitucionalismo e dos modelos de Estado. Após essa evolução, discute-se sobre a noção de dignidade humana, apresentando conceitos que acabam por demonstrar que a Constituição brasileira, inserida em uma sociedade pluralista, é uma Constituição da dignidade, possuindo preocupação com as minorias. Por fim, são tratados os direitos fundamentais aplicáveis ao problema dos transexuais, abordando-se a conceituação dos direitos fundamentais, sua classificação em gerações/dimensões, analisando-se, em específico, os direitos que conflitam em casos de relações jurídicas entre transexuais e terceiros.

No capítulo derradeiro, a discussão sobre a ponderação e o princípio da proporcionalidade é o mote central, pois se aborda a temática do conflito entre direitos fundamentais nos casos de transexualidade. Assim, tomando por base a teoria da ponderação, verifica-se que, em caso de conflitos entre direitos fundamentais, devem ser estabelecidos pesos aos direitos em choque, para que um deles possa, naquele caso concreto e considerando-se as circunstâncias fáticas e jurídicas presentes, se sobrepor ao outro, sem, contudo, significar que a solução seja sempre a mesma. Dessa maneira, para que um direito possa ser garantido e

exercido de forma plena, o outro deverá sofrer restrições, que, todavia, devem ser limitadas ao estritamente necessário, já que, como o conflito é entre direitos fundamentais, eles devem ser preservados, mesmo que de forma mínima. Para verificar qual dos direitos irá preponderar, o princípio da proporcionalidade é aplicado, fazendo-se a verificação das circunstâncias através de seus elementos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Em seguida, é realizado o enfrentamento teórico do conflito em questão, analisando-se as possibilidades existentes, aplicando-se a proporcionalidade e verificando-se qual dos direitos irá preponderar. Ao final, a jurisprudência dos Tribunais Estaduais, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal sobre a questão da transexualidade é analisada de uma forma crítica.

No desenvolvimento do trabalho, adotam-se como teoria base, especialmente, as reflexões sobre proporcionalidade trazidas por Robert Alexy, a partir da qual se pretende fundamentar o trabalho e contribuir para a consolidação da aplicação do princípio da proporcionalidade, notadamente, aos conflitos entre direitos fundamentais de transexuais e de terceiros. Todavia, é preciso se ter claro que este trabalho não é exaustivo, buscando-se, contudo, aperfeiçoar as discussões sobre os conflitos entre direitos fundamentais de transexuais e terceiros, sob um enfoque constitucional.

## 1 TRANSEXUALIDADE<sup>1</sup> E SEUS ASPECTOS ESSENCIAIS

Inicialmente, para que se construam os fundamentos necessários a uma adequada compreensão do fenômeno a ser enfrentado, mister é uma abordagem acerca dos aspectos que envolvem a transexualidade, assim como a cirurgia de adequação sexual, embora não se tenha por objetivo adentrar nessa discussão sobre o prisma da psicologia ou da psiquiatria. Ainda assim, é preciso, para que o trabalho possa ser desenvolvido com seriedade, que se utilize conceitos e informações dessas áreas e que serão usados no decorrer, principalmente, desse primeiro capítulo, para a fundamentação dos argumentos desenvolvidos em toda sua extensão. Dessa maneira, é preciso deixar claro que todas as informações técnicas que serão utilizadas, têm o objetivo de possibilitar uma correta compreensão do problema jurídico que se assenta.

Todavia, deve ser salientado que este capítulo tem função meramente informativa. Significa dizer que não se tem como objetivo discutir acerca da legalidade ou ilegalidade da cirurgia de adequação sexual, pois essa técnica já é um fato e, conforme se verá, é a prática mais acertada nos casos de transexualidade. Então, o que se analisará, no presente trabalho, são as conseqüências jurídicas que a intervenção cirúrgica traz ao ordenamento jurídico brasileiro, isto é, a discussão é jurídica e não de cunho sentimental. Assim, o tema de debate da presente dissertação é fazer uma análise dos casos de conflitos de direitos fundamentais entre transexuais e heterossexuais e discutir acerca da aplicação do princípio da proporcionalidade como forma de solução desses embates. Contudo, para que seja possível se compreender melhor a transexualidade e também para uma melhor operacionalização do tema, partindo-se da perspectiva de Alexy, para quem as circunstâncias são elementos essenciais na análise do caso concreto, e, para que se faça a ponderação<sup>2</sup>, é necessário que sejam feitas algumas considerações

---

<sup>1</sup> O termo transexualidade é utilizado para descrever os indivíduos que se sentem pertencentes ao sexo oposto ao seu sexo biológico. Não se utiliza mais “transexualismo”, pois se convencionou que o sufixo “-ismo” refere-se à doença e, apesar de opiniões contrárias (DINIZ, Maria Helena. *O Estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 224), a opção adotada por esta pesquisa é a de que o transexual não é portador de nenhuma doença. Também nesse sentido: PINTO, M. J. C.; BRUNS, M. A. de T. *Vivência transexual: o corpo desvela seu drama*. São Paulo: Átomo, [200-], p. 20.

<sup>2</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 92.

conceituais sobre a evolução e surgimento do termo transexual, assim como dos aspectos que estão interligados com essa temática.

### 1.1 Transexualidade: evolução, conceitos básicos e classificações

Com relação à palavra transexual, o que se sabe é que foi usada pioneiramente em 1949, por Cauldwell, em um artigo intitulado “*Psychopathia Transsexualis*”<sup>3</sup>. Assim, a transexualidade é, conforme a diferenciação apresentada por Benjamin<sup>4</sup>, um anseio do indivíduo de um sexo pertencer ao sexo oposto, é o desejo intenso de mudar seu sexo, de fazer um ajuste, passando a viver como indivíduo do sexo oposto ao seu biológico, adquirindo a aparência conforme ele mesmo julga ser<sup>5</sup>. O primeiro paciente no mundo a ser submetido à cirurgia para redesignação sexual foi o soldado norte-americano George Jorgensen, que adotou o nome de Christine Jorgensen<sup>6</sup>. Ele foi operado em 1952, em Copenhague, Dinamarca, pelo cirurgião Paul Fogh-Andersen<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> EKINS, R.; KING, D. Pioneers of Transgendering: The Popular Sexology of David O. Cauldwell. *The International Journal of Transgenderism*. v. 5, n. 5, abr./jun. 2001. Disponível em: [http://www.symposion.com/ijt/cauldwell/cauldwell\\_01.htm](http://www.symposion.com/ijt/cauldwell/cauldwell_01.htm). Acesso em: 25 jun. 2007; FRAGOSO, Heleno Cláudio. Transexualismo – Conceito – Distinção do homossexualismo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 545, p. 299-304, mar. 1981, p. 300.

<sup>4</sup> BENJAMIN, Harry. *The Transsexual Phenomenon*. Disponível em: <http://www.symposion.com/ijt/benjamin/preface.htm>. Acesso em: 25 jun. 2007.

<sup>5</sup> MILLOT, Catherine. *Extrasexo: ensaio sobre o transexualismo*. Tradução de Maria Celeste Marcondes, Nelson Luís Barbosa. São Paulo: Escuta, 1992, p. 17; HOOFT, Pedro Federico. Bioética, medicina y derechos humanos: um recente caso judicial de transexualidad. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética e sexualidade*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2004, p. 124; BENJAMIN, op. cit.; ARAN, Márcia. A transexualidade e a gramática normativa do sistema sexo-gênero. *Ágora: Estudos em Teoria Psicanalítica*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br>. Acesso em: 10 jul. 2007, p. 50; CASTEL, Pierre-Henri. Algumas reflexões para estabelecer a cronologia do “fenômeno transexual” (1910-1995). *Revista Brasileira de História*. São Paulo, v. 21, n. 41, 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br>. Acesso em: 10 jul. 2007, p. 77-78.

<sup>6</sup> Quando a operação foi realizada, a cirurgia de adequação sexual era proibida, ainda mais no caso de Christine, que era militar, sendo que somente foi possível realizar a cirurgia na Dinamarca. Na época George contava com 26 anos e apenas foi efetuada uma “castração”, com a remoção dos órgãos sexuais masculinos. Todavia, como as técnicas naquele tempo não eram muito avançadas, não foi construída uma “neo-vagina”. O que lhe deu aparência de mulher foi a ingestão de hormônios femininos. Sua vida, a partir daí, tornou-se pública e inspirou diversos outros transexuais a assumirem sua verdadeira identidade sexual. Aos 62 anos, Christine faleceu, devido a um câncer, que se instalou na bexiga e no pulmão. *Christine Jorgensen*. Disponível em: <http://www.transgenderzone.com/features/ChristineJorgensen.htm>. Acesso em: 02 jan. 2007. Na verdade, essa não foi a primeira intervenção cirúrgica de adequação sexual, mas foi a primeira a ser difundida através de meios de comunicação. BENJAMIN, op. cit.; VERDE, J. B.; GRAZIOTTIN, A. *O enigma da identidade: o transexualismo*. São Paulo: Paulus, 1997, p. 7.

<sup>7</sup> WIKIPÉDIA. Desenvolvido pela Wikimedia Foundation. Apresenta conteúdo enciclopédico. Disponível em: [http://pt.wikipedia.org/wiki/Christine\\_Jorgensen](http://pt.wikipedia.org/wiki/Christine_Jorgensen). Acesso em: 25 Jun 2007. Sobre Christine Jorgensen, ver: *Christine Jorgensen*. Disponível em: <http://www.transgenderzone.com/features/ChristineJorgensen.htm>. Acesso em: 02 jan. 2007.

Já no Brasil, a primeira ocorrência dessa cirurgia foi em 1971, com a operação de Waldir Nogueira<sup>8</sup>, realizada pelo cirurgião Roberto Farina<sup>9</sup>, baseando-se no sofrimento do transexual que alegava “viver numa incerteza que lhe dificultava até mesmo as atividades de um ser humano, não podendo registrar-se para trabalhar nem mesmo como homem nem como mulher”<sup>10</sup>. Os transexuais ganharam ainda mais destaque no país desde que a modelo Roberta Close, transexual homem-mulher, batizado Roberto Gambine Moreira, tornou público seu caso. Após a troca de sexo via cirurgia, que ocorreu em 1989, na Inglaterra, Roberta ingressou em 1992 com ação judicial para efetuar a troca do prenome e do sexo em seus documentos, passando a chamar-se Roberta Gambine Moreira. Todavia, a procedência de seu pedido de retificação só foi conseguida em março de 2005, após aproximadamente quinze anos de lutas judiciais, sendo que a sentença determinou a inscrição, à margem do registro civil, da condição de troca de prenome e de sexo proveniente de sentença judicial<sup>11</sup>.

Dessa maneira, pode-se conceituar a transexualidade como um transtorno sexual consistente na disposição psíquica do sexo oposto ao biológico<sup>12</sup>. A causa seria uma “diferenciação sexual prejudicada a nível cerebral”, uma anomalia funcional ou morfológica que interfere “na ação dos androgênios a nível cerebral” e

<sup>8</sup> Esse caso ficou conhecido no XV Congresso Brasileiro de Urologia (novembro 1975), quando o cirurgião plástico Dr. Roberto Farina, expondo uma tese, exibiu um filme da cirurgia de reversão sexual realizada em 1971 em Waldir Nogueira, com o fim de tratar de transtorno transexual que ele apresentava, comunicando que já havia executado em 9 pacientes de sexo masculino.

<sup>9</sup> Por tal fato o cirurgião foi denunciado como infrator do art. 129, § 2.º, III do Código Penal, acusado de ter cometido lesões corporais de natureza grave, causando perda e inutilização de membro, sentido ou função. A denúncia foi oferecida pelo Ministério Público de São Paulo, quando tomou conhecimento da existência de tal cirurgia pela imprensa. O médico foi condenado em 1.º grau e absolvido em grau recursal, pela 5.ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito & a justiça*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 124.

<sup>10</sup> CHAVES, Antônio (Coord.). Direitos à vida, ao próprio corpo e às partes do mesmo (transplantes). Esterilização e operações cirúrgicas para “mudança de sexo”. Direito ao cadáver e a partes do mesmo. In: \_\_\_\_\_. *Estudos de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p.170.

<sup>11</sup> BRASIL. Nona Vara de Família do Rio de Janeiro. *Sentença Cível n.º 2001.001.051229-0*, julgada em 04 de março de 2003. Juíza Leise Rodrigues de Lima Espírito Santo (prolatora). Disponível em: [www.tj.rj.gov.br](http://www.tj.rj.gov.br). Acesso em 06 set. 2006.

<sup>12</sup> Existem outros conceitos para a transexualidade: “inversão da identidade psicossocial, que conduz a uma neurose reacional obsessivo-compulsiva, que se manifesta pelo desejo de reversão sexual integral” (FRAGOSO, Heleno Claudio. Transexualismo – Conceito – Distinção do homossexualismo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 545, p. 299-304, mar. 1981, p. 300); “uma síndrome” (EKINS, R.; KING; D. Pioneers of Transgendering: The Popular Sexology of David O. Cauldwell. *The International Journal of Transgenderism*. v. 5, n. 5, abr./jun. 2001. Disponível em: [http://www.symposion.com/ijt/cauldwell/cauldwell\\_01.htm](http://www.symposion.com/ijt/cauldwell/cauldwell_01.htm). Acesso em: 25 jun. 2007); “portadores de neurodiscordância de gênero” (VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Adequação de Sexo do Transexual: Aspectos Psicológicos, Médicos e Jurídicos*. Psicologia: Teoria e Prática, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 88-102, jul.-dez. 2000).

que seria responsável “pela dissociação radical entre o sexo psicológico, gonadal, hormonal e fenotípico no transexualismo”<sup>13</sup>. Segundo Benjamin<sup>14</sup>, duas podem ser as causas: biológicas ou psicológicas. As biológicas são as fontes genéticas e endócrinas, mas não existe muito suporte a essas teorias<sup>15</sup>. As causas psicológicas, por sua vez, receberam mais atenção e endosso do que as “orgânicas”, podendo ser destacado o fenômeno de *imprinting*, que seria um período de dezoito meses até dois anos e meio, crítico na aprendizagem das crianças, ou seja, refere-se a estímulos nesse período, com tudo que tem a sua volta, como seus pais, sua casa, enfim, tudo que possa influenciar no gênero da criança. Nesses casos, poderia haver uma predisposição genética a esse “desvio de gênero” que ocorre no período citado. Outra causa psicológica é o “*childhood conditioning*”, ou seja, influências psicológicas prejudiciais no período da infância do indivíduo, como, por exemplo, os pais que planejam um filho homem e nasce uma menina.

É uma alteração da psique, pois se caracteriza pela inconformidade de pertencer biologicamente a um sexo e psicologicamente a outro. O indivíduo transexual sente que nasceu com o corpo errado, recusando, dessa forma, o seu sexo, identificando-se psicologicamente com o sexo oposto ao constante no seu registro de nascimento<sup>16</sup>. A Classificação Internacional das Doenças, no capítulo dos transtornos mentais e comportamentais (F64.0), define a transexualidade como “um desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto”, sendo que este desejo vem acompanhado “de um sentimento de mal-estar ou de inadaptação por referência a seu próprio sexo anatômico e do desejo de submeter-se a uma

<sup>13</sup> ATHAYDE, Amanda V. Luna de. Transexualismo masculino. *Arquivos Brasileiros de Endocrinologia & Metabologia*. São Paulo, v. 45, n. 4, 2001. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0004-27302001000400014](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0004-27302001000400014). Acesso em: 10 jul. 2007, p. 407-408.

<sup>14</sup> BENJAMIN, Harry. *The transsexual phenomenon*. Disponível em: <http://www.symposion.com/ijt/benjamin/index.htm>. Acesso em: 4 jan. 2007.

<sup>15</sup> SAADEH, Alexandre. *Transtorno de identidade sexual: um estudo psicopatológico de transexualismo masculino e feminino*. 2004. 266 f. Tese (Faculdade de Medicina – Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5142/tde-09082005-115642/>. Acesso em: 2 jan. 2007, p. 50-55.

<sup>16</sup> GOLDIM, J. R.; BORDAS, F. C.; RAYMUNDO, M. M. Aspectos bioéticos e jurídicos do transexualismo. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética e sexualidade*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2004, p. 100. No mesmo sentido: COUNCIL OF EUROPE. *Transsexualism, medicine and law*. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 1995, p. 25.

intervenção cirúrgica ou a um tratamento hormonal”, objetivando ajustar o corpo ao sexo desejado<sup>17</sup>.

Da mesma forma, é possível asseverar que a transexualidade “se configura como um conflito entre o sexo físico ‘normal’ [...] e a tendência psicológica que é sentida numa direção oposta”<sup>18</sup> ou, ainda pode-se dizer que o transexual é aquele “indivíduo que recusa totalmente o sexo que lhe foi atribuído”<sup>19</sup>, identificando-se psicologicamente com o sexo oposto ao seu sexo biológico<sup>20</sup>. Assim, transexual é aquele indivíduo portador de um distúrbio de identidade sexual que manifesta, com convicção permanente, a vontade de viver como membro do sexo oposto ao seu sexo genético. E, para tanto, busca, incessantemente, ter o corpo alterado ou ajustado ao seu verdadeiro sexo, que é o psicológico, através de “tratamento hormonal permanente e/ou cirurgia de redesignação sexual”<sup>21</sup>. Não há, portanto, nestes indivíduos, uma identidade entre os sexos biológico e psicológico, sendo este seu maior problema. Na verdade, o transexual acredita que houve um equívoco na sua constituição, pois seu sexo biológico não é o que ele gostaria de ter, nem o que ele se identifica psicologicamente. Devido a esse fato, existem autores que consideram que essa desarmonia entre o sexo biológico e o psicológico caracteriza um “quadro ‘para-psiquiátrico’ de transexualismo”<sup>22</sup>.

Essa discrepância entre os sexos biológico e psicológico acarreta ao transexual um desconforto perante a sociedade. A partir daí, considerar a transexualidade como uma doença não é inconcebível, sendo que até mesmo os transexuais aceitam essa conceituação, pois facilita a obtenção dos cuidados

---

<sup>17</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. CID10 – Classificação Internacional de Doenças. Tradução Centro Colaborador da OMS para a Classificação de Doenças em português. 9.ed. São Paulo: USP, 2003, p. 358.

<sup>18</sup> SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética – I – Fundamentos e ética biomédica*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002, p. 503. No mesmo sentido: SESSAREGO, Carlos Fernández. *Derecho a la identidad personal*. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1992, p. 329.

<sup>19</sup> SUTTER, Matilde Josefina. *Determinação e mudança de sexo: aspectos médico-legais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 106.

<sup>20</sup> Nesse sentido também se manifesta Catherine D. Péquignot: “O transexual faz de certa maneira a demonstração radical por contraprova do fato de que, para realizar uma posição sexual que diríamos normal, o sexo anatômico não deve ser confundido com o masculino ou o feminino e que se reconhecer homem ou mulher depende da simbolização e se deve à ordem da palavra”. DESPRATS-PÉQUIGNOT, Catherine. *A psicopatologia da vida sexual*. Tradução de Marina Appenzeller. Campinas, SP: Papyrus, 1994, p. 75.

<sup>21</sup> RAMSEY, Gerald. *Transexuais: perguntas e respostas*. Tradução de Rafael Azize. São Paulo: Summus, 1998, p. 32.

<sup>22</sup> SUTTER, op. cit., p.30.

médicos necessários. Vários autores<sup>23</sup> consideram a transexualidade como uma doença, como um transtorno psíquico, inclusive sendo denominado pela Classificação Internacional de Doenças<sup>24</sup> (CID), como transtorno de identidade sexual. Mas se acredita que a melhor forma de conceituá-la é considerando-a como uma identificação sexual, concordando com a definição de que a transexualidade é um “um transtorno da identidade de gênero sexual causado unicamente por razões psíquicas e caracterizado pela arraigada e inabalável convicção do sujeito de que pertence ao sexo oposto ao seu”<sup>25</sup>. Neste mesmo sentido:

The term is an unfortunate one because transsexualism often is mistaken for a sexual problem, as a dysfunction of the sexual response system (eg impotence) or as paraphiliac sexual arousal patterns (eg leather fetishism). Instead transsexualism is better conceptualized as a **gender identity disorder** or an extreme form of **gender dysphoria**<sup>26</sup>.

A distinção entre masculino e feminino é feita pelo indivíduo, mesmo que precocemente, desde criança, através de informações retiradas de atitudes e palavras dos pais no convívio com a criança. Assim, antes mesmo de entender e conhecer os órgãos sexuais, a criança se identifica como menino ou menina, percebendo que existem dois gêneros sexuais diferentes<sup>27</sup>. No entanto, não há um

<sup>23</sup> Autores como Breton, Frohwirt e Pottiez, citados por Tereza Rodrigues Vieira, entendem que a transexualidade é uma patologia. VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Mudança de Sexo: aspectos médicos, psicológicos e jurídicos*. São Paulo: Santos, 1996, p. 67.

<sup>24</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. CID10 – Classificação Internacional de Doenças. Tradução Centro Colaborador da OMS para a Classificação de Doenças em português. 9.ed. São Paulo: USP, 2003, p. 358.

<sup>25</sup> ZIMERMAN, David E. *Vocabulário Contemporâneo de Psicanálise*. Porto Alegre: ARTMED, 2001, p. 410.

<sup>26</sup> Tradução livre: O termo é infeliz porque o transexualismo é confundido freqüentemente por um problema sexual, como uma disfunção do sistema de resposta sexual (por exemplo impotência) ou como parafilia sexual provocada pelo modelo (por exemplo fetichismo de couro). Em substituição o transexualismo é melhor conceitualizado como uma desordem da identidade de gênero ou uma forma extrema de disforia de gênero. (REID, Russel. *Psychiatric and psychological aspects of transsexualism*. In: COUNCIL OF EUROPE. *Transsexualism, medicine and law*. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 1995, p. 25).

<sup>27</sup> Gênero pode ser conceituado de diversas maneiras, mas para este trabalho, entende-se como gênero, o que a pessoa assume socialmente, em termos de homem ou mulher. A partir desse conceito surgem outros, como identidade de gênero – que é o que a convicção interna do indivíduo de pertencer ao sexo feminino ou masculino – e o papel de gênero – que é as funções sociais e culturais desenvolvidas por homens ou mulheres. Sobre os conceitos de gênero, ver: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 844; PEREIRA, Verbena Laranjeira. Gênero: dilemas de um conceito. In: STREY, M. N.; CABEDA, S. T. L.; PREHN, D. R. (Org.). *Gênero e cultura: questões contemporâneas*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 173; ZIMERMAN, op. cit., p. 166; CARDOSO, Fernando Luiz. Inversões do papel de gênero: “Drag Queens”, Travestismo e Transexualismo. *Psicologia: reflexão e crítica*. Porto Alegre, v. 18, n. 3, 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br>. Acesso em: 4 jan. 2007, p. 424; ATHAYDE, Amanda V. Luna de. Transexualismo masculino. *Arquivos Brasileiros de Endocrinologia & Metabologia*. São Paulo, v. 45, n. 4, 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br>. Acesso em: 10 jul. 2007, p. 409; REID, op. cit., p. 26-28.

consenso sobre quando a transexualidade realmente se manifesta, pois alguns autores<sup>28</sup> entendem que antes mesmo de a criança ter capacidade de discernimento, durante, até mesmo, o período fetal, já se manifesta a condição de transexual<sup>29</sup>. Mas é preciso que se tenha consciência de que a determinação do sexo do indivíduo não decorre somente de características físicas; também depende do elemento psicológico, que influencia sobremaneira na definição do sexo da pessoa.<sup>30</sup> Assim, entende-se que a transexualidade só surge, de forma verdadeira, com a adolescência, quando o indivíduo terá a real percepção dos sexos. É somente a partir desse período que o transexual passará a ter a convicção de que houve um erro da natureza quando da sua constituição genética, ou seja, é quando surge a identidade de gênero, que, nesse sentido, é aquela que o indivíduo entende e sente que é, e não aquela identidade que consta no seu registro de nascimento<sup>31</sup>.

É possível se assegurar que a transexualidade masculina é mais incidente do que a feminina<sup>32</sup>. No caso da transexualidade masculina, as bonecas e brincadeiras de meninas são as preferidas dos meninos transexuais. Todos os seus atos e atitudes são femininos, o que acaba por trazer-lhes sérias dificuldades, pois sofrem rejeição de seus colegas. É possível imaginar o sofrimento de uma criança que possua características diferentes das demais de sua idade<sup>33</sup>. Esse sofrimento da

---

<sup>28</sup> Nesse sentido, ver: KLABIN, Aracy Augusta Leme. Transexualismo. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, v. 17, p. 27-49, 1981, p. 28; DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito & a justiça*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

<sup>29</sup> PÉRES, Ana Paula Ariston Barion. Transexualismo. In: BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: UNISINOS; Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 833.

<sup>30</sup> DIAS, op. cit., p. 121.

<sup>31</sup> VERDE, J. B.; GRAZIOTTIN, A. *O enigma da identidade: o transexualismo*. São Paulo: Paulus, 1997, p. 19; PINTO, M. J. C.; BRUNS, M. A. de T. *Vivência transexual: o corpo desvela seu drama*. São Paulo: Átomo, [200-], p. 32.

<sup>32</sup> BENJAMIN, Harry. *The Transsexual Phenomenon*. Disponível em: <http://www.symposion.com/ijt/benjamin/preface.htm>. Acesso em: 25 jun. 2007; VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Mudança de Sexo: aspectos médicos, psicológicos e jurídicos*. São Paulo: Santos, 1996, p. 77. VERDE, J. B.; GRAZIOTTIN, A. op.cit, p. 15; ATHAYDE, Amanda V. Luna de. Transexualismo masculino. *Arquivos Brasileiros de Endocrinologia & Metabologia*. São Paulo, v. 45, n. 4, 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br>. Acesso em: 10 jul. 2007, p. 409; REID, Russel. Psychiatric and psychological aspects of transsexualism. In: COUNCIL OF EUROPE. *Transsexualism, medicine and law*. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 1995, p. 409; KLABIN, op.cit., p. 28; CARDOSO, Fernando Luiz. Inversões do papel de gênero: "Drag Queens", Travestismo e Transexualismo. *Psicologia: reflexão e crítica*. Porto Alegre, v. 18, n. 3, 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br>. Acesso em: 4 jan. 2007, p. 424.

No mesmo sentido: "Segundo o Manual DSM-IV-TR – que faz alusão à cirurgia de reatribuição sexual –, em amostras de clínicas infantis, existem aproximadamente cinco meninos para cada menina encaminhada com o Transtorno da Identidade, ao passo que, em amostras clínicas adultas, os homens superam em número as mulheres, em cerca de duas a três vezes". PERES, op. cit., p. 833.

<sup>33</sup> A respeito dos sentimentos que transexuais possuem a partir da infância, até a realização da cirurgia de adequação sexual, ver os depoimentos constantes em: PINTO, M. J. C.; BRUNS, M. A. de T. op. cit., p. 99-142.

criança acaba levando-a ao isolamento, como afirmado por Roberta Close: “sempre fui uma criança muito solitária. Em casa eu não recebia ninguém e o que mais gostava de fazer era ir ao quarto da minha mãe”<sup>34</sup>.

Nesse sentido, para exemplificar tal situação:

Ao entrar na sala, a criança percebe que as meninas são levadas para brincar e corre atrás delas. Vê uma imensa casa de bonecas montada num canto. Num impulso instintivo, corre para pegar a primeira boneca que vê e começa a embalá-la.

- Sai daí menino! Aqui é lugar de menina, sai pra (sic) lá – repreende a professora<sup>35</sup>.

A transexualidade pode ser classificada em primária e secundária<sup>36</sup>. Considera-se como transexualidade primária o verdadeiro transexual, isto é, aquele que repudia veementemente o seu sexo biológico, tendendo à cirurgia de adequação. Esse indivíduo possui vontade inequívoca de se adaptar ao sexo psicológico, não tendo nenhuma tendência homossexual<sup>37</sup>. Já na transexualidade secundária existem oscilações comportamentais entre homossexualidade, bissexualidade, heterossexualidade e travestismo<sup>38</sup>. Esses casos são definidos como transexuais flutuantes e temporários<sup>39</sup>. É possível, então, concluir-se que a cirurgia para adequação sexual só é aconselhada para o tratamento do transexual primário, uma vez que existe a necessidade da intervenção, pois somente “a firmeza de propósitos do transexual primário permite o levantamento de questões quanto à transformação de sua genitália”<sup>40</sup>. Para a transexualidade secundária a cirurgia não é recomendada, porque seu quadro clínico é mutável e a cirurgia de adequação sexual é uma medida drástica e irreversível.

<sup>34</sup> RITO, Lucia. *Muito Prazer, Roberta Close*. Rio de Janeiro: Rosa dos Ventos, 1998, p. 45.

<sup>35</sup> Ibidem, p. 19.

<sup>36</sup> REID, Russel. Psychiatric and psychological aspects of transsexualism. In: COUNCIL OF EUROPE. *Transsexualism, medicine and law*. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 1995, p. 32-33.

<sup>37</sup> VERDE, J. B.; GRAZIOTTIN, A. *O enigma da identidade: o transexualismo*. São Paulo: Paulus, 1997, p. 51; PINTO, M. J. C.; BRUNS, M. A. de T. *Vivência transexual: o corpo desvela seu drama*. São Paulo: Átomo, [200-], p. 19.

<sup>38</sup> BENJAMIN, Harry. *The transsexual phenomenon*. Disponível em: <http://www.symposion.com/ijt/benjamin/index.htm>. Acesso em: 4 jan. 2007; PINTO, M. J. C.; BRUNS, M. A. de T., op.cit., p. 19.

<sup>39</sup> KLABIN, Aracy Augusta Leme. Transexualismo. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, v. 17, p. 27-49, 1981, p. 29.

<sup>40</sup> SUTTER, Matilde Josefina. *Determinação e mudança de sexo: aspectos médico-legais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 109.

O desagrado do transexual quanto ao seu corpo, desajustado com seu sexo psicológico, é tanto que pode chegar ao extremo ponto de submeter-se à automutilação e, até mesmo, se suicidar<sup>41</sup>. É por isso que a maioria dos transexuais, no intuito de adequar o sexo biológico ao psicológico, busca, após um longo período de tratamento hormonal e psicológico, realizar a cirurgia para readequação de sexo, podendo ser considerado como uma obsessão do transexual essa intervenção<sup>42</sup>. Com essa cirurgia, a partir da extirpação dos órgãos sexuais originários, constrói-se uma neovagina (transexual homem-mulher) ou um neofalo (transexual mulher-homem). Uma vez realizada a cirurgia, novas dificuldades surgem, pois a aparência física é de um sexo e os documentos, de outro. Para evitar constrangimentos perante a sociedade, o transexual busca, através da justiça, regularizar sua situação, com a modificação, em seus documentos, do prenome e do sexo. Todavia, antes de se discutir acerca dessas questões, é necessário discorrer sobre o conceito e as classificações de sexo, definições essas que serão necessárias mais adiante, quando se tratar das conseqüências jurídicas da transexualidade.

Quanto ao conceito básico, sexo é a configuração, a harmonização “particular que distingue o macho da fêmea, nos animais e nos vegetais, atribuindo-lhes um papel determinado na geração e conferindo-lhes certas características distintivas”<sup>43</sup>. Mas não se pode mais considerar o conceito de sexo sem que se leve em conta uma apreciação plurivetorial<sup>44</sup>, ou seja, deriva de uma série de fatores que, em equilíbrio, agem, de forma conjunta, no plano físico, psíquico e social<sup>45</sup>. Não se

<sup>41</sup> Segundo Aracy Klabin, o indivíduo transexual possui um “desejo obsessivo de ‘correção’ cirúrgica do sexo, o qual, quando não atendido, é fonte de atitudes psicopatológicas reacionais, tais como: automutilação peotônica e tentativas de suicídio, nos casos extremos” (KLABIN, Aracy Augusta Leme. *Transexualismo*. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, v. 17, p. 27-49, 1981, p. 33). Tal afirmativa é baseada em estudos sobre transexuais apresentado por PAULY, I. B. *Adult manifestations of male transsexualism*. In: MONEY, J.; GREEN, R. *Transsexualism and sex reassignment*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1969. Em sentido diverso, manifesta-se Joan Roughgarden, que afirma que nem todos os transexuais odeiam seus corpos de forma autodestrutiva, sendo que alguns, em sua opinião, vêem os corpos como um pedaço neutro da anatomia. ROUGHGARDEN, Joan. *Evolução do Gênero e da Sexualidade*. Tradução de Maria Edna Tenório Nunes. Londrina: Planta, 2005, p. 270.

<sup>42</sup> DELVAUX, Henri. *Legal consequences of sex reassignment in comparative law*. In: COUNCIL OF EUROPE. *Transsexualism, medicine and law*. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 1995, p. 149.

<sup>43</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 1580.

<sup>44</sup> PINTO, M. J. C.; BRUNS, M. A. de T. *Vivência transexual: o corpo desvela seu drama*. São Paulo: Átomo, [200-], p. 27; MARANHÃO, Odon Ramos. *Curso básico de medicina legal*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 127; PERES, Ana Paula Ariston Barion. *Transexualismo*. In: BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: UNISINOS; Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 834.

<sup>45</sup> SESSAREGO, Carlos Fernández. *Derecho a la identidad personal*. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1992, p. 300 et. seq.

precisa o sexo de um indivíduo apenas pela análise de sua aparência ou pelo seu modo de ser, pois muitas vezes se percebe que um dos elementos não condiz com os demais<sup>46</sup>. Assim, não há como empregar a expressão “sexo” sem dificuldades, pois expressa sentidos diversos, existindo muitos significados para a palavra<sup>47</sup>, não devendo se restringir, para dizer que alguém pertence ao sexo feminino ou ao masculino, apenas à genitália de um indivíduo<sup>48</sup>. É preciso muito mais: deve-se analisar outros fatores, como o psicológico e o social, para determinar se o indivíduo é homem ou mulher e é, exatamente isso, o que ocorre com os transexuais – não há uma análise dos diversos elementos que os indivíduos reúnem; determinam o sexo apenas pelo que a genitália aparenta<sup>49</sup>. A partir daí, é possível se dizer que, para a definição do sexo, é preciso o somatório de alguns critérios, quais sejam, o genético, o gonádico, o morfológico, o legal, o de criação e o psicossocial<sup>50</sup>.

O sexo genético é definido com a fecundação, quando o cromossomo “X”, presente no óvulo une-se ao cromossomo “X” ou “Y”, contido no espermatozóide<sup>51</sup>. Caso ocorra a união do cromossomo “X” do óvulo com o “X” do espermatozóide, constituirá um indivíduo “XX”, que pertencerá ao sexo feminino. Em ocorrendo a junção do cromossomo “X” do óvulo ao “Y” do espermatozóide, o indivíduo terá constituição “XY”, pertencendo ao sexo masculino. Portanto, é a presença do cromossomo “Y” que definirá, aparentemente, que o indivíduo será do sexo masculino, determinando a formação dos testículos no feto e, dessa maneira, para a configuração do sexo genético, o momento mais importante é a fecundação do

<sup>46</sup> SUTTER, Matilde Josefina. *Determinação e mudança de sexo: aspectos médico-legais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 27.

<sup>47</sup> Nesse sentido que Harry Benjamin se refere ao “the riddle of sex”, ou seja, ao enigma do sexo, pois não há como definir o sexo de uma única forma. BENJAMIN, Harry. *The transsexual phenomenon*. Disponível em: <http://www.symposion.com/ijt/benjamin/index.htm>. Acesso em: 4 jan. 2007. Na mesma perspectiva: HOOFT, Pedro Federico. Bioética, medicina y derechos humanos: um reciente caso judicial de transexualidad. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética e sexualidade*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2004, p. 124; OLIVEIRA, Alexandre Miceli Alcântara de. *Direito de autodeterminação sexual: dignidade, liberdade, felicidade e tolerância*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 9.

<sup>48</sup> PERES, Ana Paula Ariston Barion. *Transexualismo*. O direito a uma nova identidade sexual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 65.

<sup>49</sup> CHAVES, Antônio. Castração. Esterilização. Mudança artificial de sexo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 276, 1981, p. 13.

<sup>50</sup> Maiores informações sobre os diversos componentes do sexo, ver: BENJAMIN, op. cit.; VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Mudança de Sexo: aspectos médicos, psicológicos e jurídicos*. São Paulo: Santos, 1996, p. 7-19; SPENGLER, Fabiana Marion. *União homoafetiva: o fim do preconceito*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003, p. 21-26; ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 21-25; SUTTER, op. cit., p. 27-51.

<sup>51</sup> SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética – I – Fundamentos e ética biomédica*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002, p. 501.

óvulo<sup>52</sup>. Esta classificação ainda pode ser subdividida em sexo cromatínico, onde a presença de massa cromatínica, denominada de corpúsculo de Barr, na estrutura da célula, define o indivíduo como pertencente ao sexo feminino. Em não aparecendo tal corpúsculo ou sendo um percentual baixíssimo, o indivíduo será do sexo masculino.

Ocorre que, algumas vezes, por erro na junção dos cromossomos, a união de “X” e “Y” pode não acontecer. No caso de a seqüência natural do desenvolvimento – XX ou XY – não se realizar, poderá desencadear doenças genéticas, tais como a síndrome de Klinefelter, a síndrome de Turner e a síndrome do Triplo X, sendo que esta ocorre somente em mulheres, caracterizando-se pelo trissomia 47 XXX, onde as mulheres portadoras são fisicamente normais, mas normalmente são inférteis ou possuem retardos mentais. Já a síndrome de Klinefelter manifesta-se em indivíduos do sexo masculino e caracteriza-se pela trissomia 47 XXY, onde os homens portadores dessa doença possuem estatura bastante elevada, testículos pequenos e desenvolvimento do tecido mamário. A síndrome de Turner, por sua vez, caracteriza-se por ser 45 “XO”, onde os indivíduos portadores possuem algumas diferenciações físicas, tais como a baixa estatura, pescoço alado, tórax largo e propensão a doenças renais e cardiovasculares<sup>53</sup>.

Por sua vez, o sexo gonádico aparece ainda na vida intra-uterina do feto, por volta dos quarenta dias de gestação, definindo o sexo, com o surgimento de testículos ou ovários. Até esse período, os fetos possuem gônadas primitivas, que não se distinguem, o que só ocorre no período já mencionado. Nesse sentido, pode-se definir o sexo gonádico como “a constituição das estruturas sexuais internas e externas, que somente se diferenciarão quando alcançarem um certo grau de amadurecimento”<sup>54</sup>.

Representada pelo cromossomo “Y”, a gônada masculina desenvolve-se com maior velocidade que a gônada feminina, cromossomo “X”, ocorrendo o desenvolvimento das gônadas. Ocorre da seguinte forma: com a presença do

---

<sup>52</sup> VERDE, J. B.; GRAZIOTTIN, A. *O enigma da identidade: o transexualismo*. São Paulo: Paulus, 1997, p. 28-29.

<sup>53</sup> WIKIPÉDIA. Desenvolvido pela Wikimedia Foundation. Apresenta conteúdo enciclopédico. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org>. Acesso em: 27 jun 2007.

<sup>54</sup> SPENGLER, Fabiana Marion. *União homoafetiva: o fim do preconceito*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003, p. 23.

cromossomo “Y”, o tecido testicular começa a se formar, surgindo, então, os tubos seminíferos. No entanto, se a presença for do cromossomo “X”, o que se desenvolverá será o córtex, ocorrendo, também, a regressão da medula. É isso que orientará a diferenciação sexual para a direção feminina. Ocorre que a síndrome transexual pode ser desencadeada por certas alterações que o ritmo cerebral pode sofrer no período fetal, “por não ter a diferenciação sexual cerebral do indivíduo seguido a diferenciação sexual traçada pelo cariótipo e, posteriormente, pelos hormônios gonádicos”. Após investigação biológica sobre um modelo de dimorfismo sexual, verificou-se que os hormônios gonádicos influenciam também na morfologia e na função cerebral<sup>55</sup>.

Já sexo morfológico ou somático é aquele resultante da soma das características genitais (estruturas genitais internas e externas) e extragenitais somáticas (caracteres secundários). Os caracteres secundários desenvolvem-se no decorrer do tempo, exercendo, além da função diferencial, a função pré-copulatória, isto é, a largura da pelve, mamas, pêlos pubianos, dentre outros. Essa forma de classificação do sexo geralmente coincide com a inscrição do Registro Civil, pois os órgãos genitais externos é que definem o sexo civil do indivíduo. Como o sexo do indivíduo, no assento de nascimento, baseia-se somente no aparente, no visual, sendo, portanto, bastante simplista, não se pode utilizar o padrão genital de forma isolada para indicar o sexo, pois é possível que ocorram anormalidades nos órgãos genitais<sup>56</sup>.

O sexo legal é o encontrado na certidão de nascimento do indivíduo, no Cartório de Registro Civil de Pessoas Físicas. Também chamado de sexo jurídico. Resulta da observação dos órgãos sexuais externos, quando do nascimento da criança. Essa descrição é retirada da declaração de nascimento expedida pela maternidade ou pelo hospital em que ocorreu o parto. Tendo em vista que é o que se encontra descrito no Registro Civil, trata-se de um estado do indivíduo, sendo,

---

<sup>55</sup> PERES, Ana Paula Ariston Barion. *Transexualismo*. O direito a uma nova identidade sexual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 73.

<sup>56</sup> VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Mudança de Sexo: aspectos médicos, psicológicos e jurídicos*. São Paulo: Santos, 1996, p. 13-14.

portanto, imutável, correspondendo “ao sexo biológico, uma vez que em idade precoce não caberia a elaboração de um perfil psicológico”<sup>57</sup>.

Em sendo a certidão de nascimento expedida por um órgão dotado de fé pública, possui a presunção relativa de veracidade. Essa relatividade se dá em decorrência da possibilidade de anulação do referido registro frente a algum erro ou alguma falsidade<sup>58</sup>. Isso pode vir a acontecer nos casos de intersexualidade, ou seja, aqueles indivíduos que possuem sexo dúbio. Em alguns desses casos, quando detectada intersexualidade, os médicos aconselham aos pais que somente registrem a criança quando se puder precisar, através de exames clínicos, qual o verdadeiro sexo do indivíduo. Problema maior é quando se trata da transexualidade, onde o sexo jurídico da pessoa é idêntico ao seu sexo biológico, porém difere do sexo psicológico, o que acarreta grandes constrangimentos e complicações jurídicas, como se verá adiante.

Sexo de criação é aquele que é definido pelo modo e pelo meio em que a criança foi criada e educada. Assim, os maiores responsáveis pela definição desse sexo são os pais e os professores, ou seja, todos aqueles que sejam responsáveis direta ou indiretamente pela formação da criança. A educação ocorre, geralmente, de forma que o sexo de criação seja o mesmo que o sexo legal. Nesse sentido,

A consciência que se tem de ser do gênero masculino ou feminino é, portanto, adquirida e induzida pelo comportamento e pelas atitudes dos pais, dos familiares e do meio social a que se pertence, além da percepção e interiorização das experiências vividas.<sup>59</sup>

Na maioria das vezes, não há problemas quanto ao sexo de criação, pois este é idêntico aos sexos biológico e legal, estando o indivíduo em harmonia sexual. No entanto, existem os casos dos transexuais, que desenvolvem uma identidade sexual diversa da do sexo de criação e que é determinada por um outro critério de identificação sexual, o sexo psicossocial, conforme se verá.

---

<sup>57</sup> SUTTER, Matilde Josefina. *Determinação e mudança de sexo: aspectos médico-legais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 30.

<sup>58</sup> Cf. Lei n.º 6.015/1973, Lei dos Registros Públicos. BRASIL. *Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973*. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6015.htm). Acesso em: 14 jan. 2008.

<sup>59</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 47.

O sexo psicossocial é a mais importante modalidade sexual, visto que, se houver desequilíbrio entre os diversos critérios de definição do sexo, o mais relevante é o sexo psicológico ou psicossocial, pois resulta da “combinação de fatores e interações genéticas, fisiológicas e psicológicas que acontecem e se formam dentro do meio onde o indivíduo se desenvolve”<sup>60</sup>. Nesse sentido, aquelas diferenças hormonais existentes na fase intra-uterina, que definem o sexo masculino ou feminino, apesar de serem reduzidas com o nascimento, poderão ser mantidas ou estimuladas, dependendo do ambiente em que a criança cresce. É desse modo que se reafirma a importância do sexo psicossocial na formação do indivíduo, pois ele sozinho pode divergir das outras modalidades sexuais.<sup>61</sup>

Esse é o caso dos transexuais, onde o indivíduo é, de forma biológica, “normal, com seu sexo legal conferindo com o biológico e sendo criado e educado dessa forma. Porém, quando se analisa esse indivíduo de forma psicossocial, ele identifica-se com o sexo oposto ao que consta no seu registro. Muito mais do que a diferenciação entre homem e mulher, o sexo é utilizado para determinar o papel social que o indivíduo exercerá na sociedade. Alguns desses papéis serão exercidos pelos homens e outros, pelas mulheres, pois juridicamente as diferenças diminuiram, mas culturalmente elas são notórias. Sabe-se, no entanto, que muitos desses papéis sociais impostos estão sendo absorvidos, vindo, conseqüentemente, a desaparecer, mas existem outros, como o serviço militar obrigatório<sup>62</sup>, por exemplo, que ainda permanecem como critério diferenciador de sexos. Assim, é possível concluir que para se verificar o sexo do indivíduo, não se pode fazer uma análise somente de sua constituição biológica, pois, como visto, são vários os fatores que influem nesta definição.

Além disso, outro fator deve ser destacado: existem diversos tipos sexuais, outros estados comportamentais que não se confundem com a transexualidade, como por exemplo, a homossexualidade, o travestismo, o hermafroditismo, a

---

<sup>60</sup> SPENGLER, Fabiana Marion. *União homoafetiva: o fim do preconceito*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003, p.25.

<sup>61</sup> PERES, Ana Paula Barion. *Transexualismo. O direito a uma nova identidade sexual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 85.

<sup>62</sup> O serviço militar é obrigatório e, segundo o art. 5.º, *caput*, da Lei n.º 4.375/64, inicia em 1.º de janeiro do ano em que o cidadão completa 18 anos e só termina em 31 de dezembro do ano que fizer 45 anos. O art. 2.º, *caput*, desta mesma lei, estabelece que o serviço militar é obrigatório para todos os brasileiros, mas seu parágrafo 2.º traz a exceção de que as mulheres estão dispensadas em tempos de paz. BRASIL. *Lei 4.374, de 17 de agosto de 1964*. Dispõe sobre o serviço militar. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L4375.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4375.htm). Acesso em: 14 jan. 2008.

bissexualidade, entre outros. Esses tipos sexuais são considerados diferentes ou anormais frente a um “indivíduo normal”. Mas será que algum indivíduo pode ser considerado normal sexualmente? O modelo sexual “normal”, descrito pela sociedade e considerado moral, é encontrado naquelas pessoas nas quais seus elementos biológicos estão de acordo e em harmonia com os elementos sociais e psicológicos. É o chamado heterossexual, que consiste em um indivíduo ter atração sexual por outros do sexo oposto. Suas características orgânicas (estruturas sexuais internas, externas e características sexuais secundárias) estão em harmonia. Assim, se o indivíduo for do sexo masculino, desenvolverá uma identidade de gênero<sup>63</sup> e desempenhará papéis masculinos. Da mesma forma, se o indivíduo for do sexo feminino, todas as suas características serão femininas.

Então, havendo qualquer desequilíbrio na harmonia dos indivíduos “normais”, surge um tipo sexual diferente e desarmonico. A desarmonia pode ocorrer nas próprias características orgânicas do sexo ou surgir de um conflito entre os fatores biológicos e os psicológicos. Assim, apesar de tratarmos da transexualidade neste trabalho, será preciso fazer algumas conceituações e diferenciações entre os diversos tipos de sexo, para se evitar quaisquer confusões entre eles, o que normalmente ocorre entre os menos entendidos. A seguir, apresentam-se algumas considerações, as quais são capazes de definir tais comportamentos sexuais e distingui-los da transexualidade.

A homossexualidade deriva do prefixo grego *homo*, que significa o mesmo. É uma divisão da orientação sexual. O termo homossexual é utilizado para identificar os indivíduos que sentem atração sexual por pessoas do mesmo sexo<sup>64</sup>. Esse comportamento é mais presente em homens do que em mulheres, numa proporção de, aproximadamente, dois ou três homens para cada mulher. Os homossexuais existem desde a Antigüidade Clássica, período em que “se verificou que a homossexualidade não se opunha a uma heterossexualidade, mas a uma

---

<sup>63</sup> O transexual entende que o seu “[...] ‘gênero’ sexual não é aquele que lhe atribuem em virtude de seu sexo masculino ou feminino. Não nega sua conformação anatômica, mas recusa que sua anatomia e seu estado civil não estejam em conformidade com o ‘ser mulher’ ou o ‘ser homem’, ao qual diz pertencer”. DESPRATS-PÉQUIGNOT, Catherine. *A psicopatologia da vida sexual*. Tradução de Marina Appenzeller. Campinas, SP: Papirus, 1994, p. 76.

<sup>64</sup> ZIMERMAN, David E. *Vocabulário Contemporâneo de Psicanálise*. Porto Alegre: ARTMED, 2001, p. 198.

bissexualidade”<sup>65</sup>. É possível se considerar que a transexualidade, assim como a homossexualidade, surge a partir de excessivas doses hormonais que o feto recebe durante o período intra-uterino. No entanto, nenhum desses dois tipos sexuais possui qualquer anomalia biológica comprovada, possuindo apenas um sexo anatômico. Assim, distinção entre a homossexualidade e a transexualidade está em que:

Aquele, o homossexual, tem prazer em usar sua genitália como membros de seu sexo anatômico. Não tem desejo compulsivo de mudar de sexo, ao contrário do transexual. Acrescente-se que a síndrome transexual se inicia muito antes de o indivíduo ter consciência do que seja homossexualidade ou sexualidade genital.

No homossexual, os genitais são órgãos de prazer, ao passo que nos transexuais, são órgãos de profundo desgosto. Sob o ponto de vista psicanalítico, o homossexual tem ego corporal masculino e ego psíquico feminino, sendo homem somaticamente. Os transexuais têm ambos os egos femininos e, somaticamente, são também homens. O homossexual considera a relação sexual como homossexualidade (sente-se homem e realiza o ato com outro homem). O transexual vê essa relação no plano heterossexual, pois, considerando-se mulher, tem um homem como parceiro.<sup>66</sup>

A homossexualidade é, pois, um comportamento sexual natural, um estilo de conduta. Os indivíduos homossexuais não desejam fazer alteração cirúrgica no seu sexo. Pelo contrário, seus órgãos sexuais são a fonte do seu prazer. Não possuem nenhuma aversão ao seu sexo biológico, relacionando-se, geralmente, com indivíduos pertencentes ao mesmo sexo, pois na “homossexualidade, não existe questionamento do sexo anatômico, nem da identidade sexual subjetiva como no transexualismo”<sup>67</sup>.

Já o termo travestismo é usado para conceituar os indivíduos que se vestem com roupas do sexo oposto, seja para se excitarem sexualmente<sup>68</sup> ou para pertencer publicamente ao gênero oposto<sup>69</sup>. Assim como a homossexualidade e a transexualidade, o travestismo se manifesta mais nos homens do que nas mulheres, sendo que seus papéis sociais e sexuais são exercidos de forma alternada e,

<sup>65</sup> PERES, Ana Paula Ariston Barion. *Transexualismo*. O direito a uma nova identidade sexual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 115.

<sup>66</sup> KLABIN, Aracy Augusta Leme. Transexualismo. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, v. 17, p. 27-49, 1981, p. 31.

<sup>67</sup> DESPRATS-PÉQUIGNOT, Catherine. *A psicopatologia da vida sexual*. Tradução de Marina Appenzeller. Campinas, SP: Papyrus, 1994, p. 77.

<sup>68</sup> MILLOT, Catherine. *Extrasexo: ensaio sobre o transexualismo*. Tradução de Maria Celeste Marcondes, Nelson Luís Barbosa. São Paulo: Escuta, 1992, p. 92.

<sup>69</sup> VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Mudança de Sexo: aspectos médicos, psicológicos e jurídicos*. São Paulo: Santos, 1996, p. 37.

geralmente, possuem vida dupla. Esse fetichismo se manifesta em usar somente as roupas íntimas do sexo diferente<sup>70</sup>, sendo proveniente de um tipo de inversão psíquica. É dessa inversão psíquica que decorre a feminilidade dos travestis<sup>71</sup>.

Os travestis só querem ser mulheres no momento em que estão se maquiando e fazendo um *show*. E mesmo que queiram, não têm atributos femininos para serem mulheres. No ato sexual o travesti sempre se comporta como homem<sup>72</sup>.

Essa expressão não deve ser usada para os atores que se vestem com roupas do sexo oposto para realizarem apresentações artísticas, pois não sentem prazer sexual em vestir-se assim. Esses devem ser chamados de transformistas<sup>73</sup>. Não é possível se confundir a transexualidade com as demais divisões da orientação sexual, pois tanto o homossexual como o travesti aceitam seus órgãos sexuais, sentindo prazer com eles e se aceitando como realmente são, homens ou mulheres, o que não ocorre com o transexual, que não suporta sua genitália e não sente prazer com ela<sup>74</sup>.

Assim, distingue-se ele do homossexual, que busca resposta aos seus estímulos sexuais em pessoas de sexo idêntico ao seu, reconhecendo-se como homem e querendo permanecer como tal, conservando, até, caracteres masculinos. Também não se confunde com os “travestis”, que são, na verdade, indivíduos que contentam-se com o uso de roupas do sexo oposto, o que não impede que se relacionem sexualmente com pessoas de sexo diferente do seu, podendo levar vida dupla, são e desejam continuar como homens. O “travesti” é, no dizer dos doutos, um fetichista, chegando a ser grosseiro<sup>75</sup>.

O indivíduo transexual se diferencia claramente do grupo dos travestis, pois estes sentem prazer sexual ao vestirem roupas do sexo oposto e seu sexo é motivo de prazer, ao contrário dos transexuais, que buscam nessa ação amenizar seu sofrimento, sem, contudo, deixar de desejar a cirurgia redesignadora.

<sup>70</sup> DESPRATS-PÉQUIGNOT, Catherine. *A psicopatologia da vida sexual*. Tradução de Marina Appenzeller. Campinas, SP: Papyrus, 1994, p. 77.

<sup>71</sup> PERES, Ana Paula Ariston Barion. *Transexualismo*. O direito a uma nova identidade sexual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 122.

<sup>72</sup> RITO, Lucia. *Muito Prazer, Roberta Close*. Rio de Janeiro: Rosa dos Ventos, 1998, p. 170.

<sup>73</sup> Segundo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, transformista é o “ator que se disfarça rapidamente mudando de trajes.” FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 1.701. Também neste sentido: CHOERI, Raul. Transexualismo e identidade pessoal: cirurgia de transgenitalização. In: BARBOZA, H. H.; BARRETTO, V. P. *Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 241.

<sup>74</sup> MILLOT, Catherine. *Extrasexo: ensaio sobre o transexualismo*. Tradução de Maria Celeste Marcondes, Nelson Luís Barbosa. São Paulo: Escuta, 1992, p. 92.

<sup>75</sup> LUCARELLI, Luiz Roberto. Aspectos Jurídicos da Mudança de Sexo. *Revista da PGE*, São Paulo, v. 35, p. 213-228, jun. 1981, p. 215.

Por sua vez, o hermafroditismo se caracteriza por algumas deficiências durante a formação do embrião no útero, havendo um “desequilíbrio entre os diversos fatores responsáveis pela determinação do sexo, o que leva a uma ambigüidade biológica”<sup>76</sup>. Quanto à nomenclatura desse tipo sexual, existem variadas e, às vezes, conflitantes opiniões. Alguns falam em hermafroditismo, outros utilizam a palavra pseudo-hermafroditismo para designá-la, e outros, utilizam intersexualismo para identificar essa disfunção sexual. O intersexual possui desarmonia entre o sexo biológico, gonadal e fenotípico, desenvolvendo a identidade e o sexo psicossocial de acordo com um ou outro sexo. Quando ocorrem esses casos, necessário se faz, após um diagnóstico minucioso por médico e terapeuta, uma cirurgia corretiva, para adaptar o sexo interno ao externo ou vice-versa, levando-se em conta o sexo dominante do intersexual. Esse é o chamado intersexo que inviabiliza o diagnóstico da transexualidade, pois, nestes casos, o indivíduo nasce com a genitália perfeita, mas, com o amadurecimento, não se conforma com a forma sexual com que nasceu<sup>77</sup>.

A bissexualidade se refere ao desejo sexual pelos dois sexos, que é exercido de forma alternada, ou seja, em algumas vezes com parceiro do mesmo sexo e, em outras, com parceiro do sexo oposto ao seu sexo biológico<sup>78</sup>. Os bissexuais toleram inúmeros preconceitos por causa de sua identidade sexual. Sofrem constantes pressões para que se identifiquem ou com a homossexualidade ou com a heterossexualidade. Assim, até mesmo entre eles o termo “bissexual” é tido com certo desconforto. A bissexualidade se encontra em uma posição intermediária entre a heterossexualidade e a homossexualidade, oscilando entre uma e outra, mas sem que o indivíduo perca a identificação com nenhum dos dois tipos sexuais. O que acontece é que, em determinado tempo, o indivíduo possui tendências homossexuais e em outros períodos, em outros momentos, heterossexuais<sup>79</sup>.

---

<sup>76</sup> PERES, Ana Paula Ariston Barion. *Transexualismo*. O direito a uma nova Identidade Sexual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 108.

<sup>77</sup> SUTTER, Matilde Josefina. *Determinação e mudança de sexo: aspectos médico-legais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 63-64.

<sup>78</sup> ZIMMERMAN, David E. *Vocabulário Contemporâneo de Psicanálise*. Porto Alegre: ARTMED, 2001, p. 55.

<sup>79</sup> OLIVEIRA, Alexandre Miceli Alcântara de. *Direito de autodeterminação sexual: dignidade, liberdade, felicidade e tolerância*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 22.

Diferentemente dos tipos referidos até aqui, a transexualidade, conforme já definido, é um sentimento que a pessoa tem de pertencer ao sexo oposto ao constante do seu Registro de Nascimento. Assim, no que tange aos fatores psicológicos, o seu corpo lhe parece incompatível e incongruente. Busca, incessantemente, a correção de tal incompatibilidade, seja através de meios hormonais, realização de terapias ou via intervenções cirúrgicas. O que o transexual quer, verdadeiramente, é ter seu corpo e sua aparência modificados, para que possa viver como um ser humano normal, sendo que seu comportamento visa única e exclusivamente à “obtenção de um *statut* (sic.) pessoal e social (o transexual masculino se sente mulher e quer ser considerado como tal)”<sup>80</sup>.

Outro fator que incomoda, sobremaneira, o transexual (na maioria das vezes o feminino) é o aparecimento de características sexuais secundárias, principalmente o surgimento de seios, durante o período da puberdade. Além disso, os contatos sexuais são muito raros, pois o transexual sente vergonha, não gosta de ver, nem de ser tocado na sua genitália. Entretanto, o fato de alguns permitirem e aceitarem os contatos sexuais não impede o diagnóstico da transexualidade. Muitas vezes ocorre de o transexual sofrer de forte depressão pelo fato de não se aceitar como é, e de não ser aceito pela sociedade como pertencente ao sexo oposto ao biológico. Nesse sentido, o transexual é “condenado ao ostracismo”<sup>81</sup>. A depressão pode ser tão forte que leve à tentativa de suicídio, visto que o indivíduo entende que não o conhecem, pois não conseguem ver sua verdadeira identidade, mascarada por um corpo que não é adequado a sua identidade sexual<sup>82</sup>. Essa não correspondência entre o sexo aparente e o psicológico gera problemas de diversas ordens: além de um conflito individual, repercussões surgem nas áreas médica e jurídica, pois o transexual tem a sensação de que a biologia se equivocou com ele. Mesmo que possua todas as características orgânicas, em seu corpo, de um dos sexos, sua mente e seu psicológico pendem ao sexo oposto.

Assim, muitas vezes, ao fazer compras e precisar usar cheque ou mesmo quando exerce sua cidadania, ao votar, necessário se faz a apresentação da carteira

---

<sup>80</sup> VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Mudança de sexo: aspectos médicos, psicológicos e jurídicos*. São Paulo: Santos, 1996, p. 68.

<sup>81</sup> Idem. A bioética e o direito à adequação de sexo do transexual. In: \_\_\_\_\_. *Bioética e sexualidade*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2004, p. 116.

<sup>82</sup> PERES, Ana Paula Ariston Barion. *Transexualismo*. O direito a uma nova identidade sexual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 162.

de identidade, necessitando, dessa maneira, demonstrar sua condição de transexual, explicando sua problemática e ensejando situações extremamente vexatórias e humilhantes. O transexual busca apenas a felicidade de poder viver como indivíduo pertencente ao sexo de sua psique. Para tanto, usa de todos os artifícios possíveis: ingere hormônios, veste-se como o sexo oposto ao seu, e, por derradeiro, procura ajuda médica para realizar a cirurgia de adequação do sexo. Apresentadas, enfim, todas as questões iniciais e conceituais acerca da transexualidade, da apresentação dos elementos do sexo e da diferenciação dos diversos tipos sexuais, agora, impende discutir-se acerca da cirurgia de readequação sexual. Essa cirurgia, conforme já afirmado, é a única forma de “solução” aos problemas enfrentados pelos transexuais, pois esses indivíduos apenas aceitam a retificação de seu sexo biológico, a fim de ajustá-lo ao seu sexo psicológico.

## 1.2 Cirurgia de readequação sexual

Frente ao problema da transexualidade, impõe-se a busca por uma terapêutica capaz, se não de curar o transexual, ao menos, de minorar seus sofrimentos e suas angústias. Essa procura se dá na tentativa de que o indivíduo viva melhor consigo mesmo e, a partir daí, integre-se mais harmoniosamente com a sociedade. Existem discussões acerca do procedimento a ser utilizado<sup>83</sup>: se psicoterapêutico, com a adequação do sexo psicológico ao biológico, ou se cirúrgico, com a adequação do sexo biológico ao psicológico. Dessa forma, um dos meios que o transexual busca é a realização de tratamento psicoterapêutico. Essa procura ocorre, pois o transexual conclui que o que lhe faz sofrer é algo que precisa de cura e que ele sozinho não conseguirá resolver tal problema.

Há uma parte da doutrina<sup>84</sup>, que trabalha com a questão da transexualidade, que entende que a cura para grande parte dos transexuais está na terapia, através da psicoterapia, psiquiatria, pois se trata, conforme já mencionado, de desordem de

---

<sup>83</sup> Embora não interesse ao trabalho discutir estes aspectos, pois o foco é analisar juridicamente um problema, também jurídico, que decorre de uma dessas possibilidades, que é a cirurgia, que, independentemente da legalidade ou ilegalidade, é um fato.

<sup>84</sup> DINIZ, Maria Helena. *O Estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 228-229.

identidade de gênero sexual<sup>85</sup>. Nessa seara, há quem afirme que o mais acertado, nos casos de transexualidade, seria a cura através de tratamentos psicológicos, mas levando em consideração que essas técnicas não produzem resultados satisfatórios<sup>86</sup>, outra solução não há, senão a cirurgia de adequação de sexo. Assim,

[...] Não podemos pensar, neste tratamento, em termos de mudar seu desejo de troca de sexo. Isto dificilmente acontecerá. Geralmente encontramos muita resistência nestes pacientes a falarem sobre seus problemas, devido a inúmeras rejeições sofridas, freqüentemente de profissionais.

Como a psicoterapia não alterará a profunda incongruência entre o sexo biológico objetivo e a identidade de gênero subjetiva de um transexual, o tratamento hormonal e cirúrgico para mudar o corpo em direção ao sexo desejado são as únicas soluções para este dilema<sup>87</sup>.

Todavia, a maioria da doutrina se manifesta no sentido de que a terapia não tem nada a oferecer aos transexuais, não apresentando nenhum resultado satisfatório na reversão de sua mente, corroborando, assim, a opinião acima, pois, devido à não aceitação do transexual, qualquer tentativa de ajustar o sexo psicológico ao biológico afigura-se como inócua, ineficaz<sup>88</sup>. O indivíduo só aceita a cirurgia de adequação sexual, pois “lhe é tão necessária que absorve todo o seu interesse, de modo a impedir o seu desenvolvimento pessoal”<sup>89</sup>. Um dos motivos para que as terapias não dêem certo é o fato de que o transexual não tem interesse, nem vontade, de modificar sua alma, “se ofende e se revolta quando lhe indicam tratamento psicoterápico”<sup>90</sup>.

Pelo contrário, tem orgulho de seu sexo psicológico<sup>91</sup>. Outra razão é o receio de que, caso se submeta a esse tipo de tratamento, a cirurgia de adequação sexual pode ser negada<sup>92</sup>. Diante disso, a única solução para a recuperação da saúde do

<sup>85</sup> ZIMERMAN, David E. *Vocabulário Contemporâneo de Psicanálise*. Porto Alegre: ARTMED, 2001, p. 410.

<sup>86</sup> Nesse sentido, ver: BENJAMIN, Harry. *The transsexual phenomenon*. Disponível em: <http://www.symposion.com/ijt/benjamin/index.htm>. Acesso em: 4 jan. 2007.

<sup>87</sup> ATHAYDE, Amanda V. Luna de. Transexualismo masculino. *Arquivos Brasileiros de Endocrinologia & Metabologia*. São Paulo, v. 45, n. 4, 2001. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0004-27302001000400014](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0004-27302001000400014). Acesso em: 10 jul. 2007, p. 411.

<sup>88</sup> BENJAMIN, op. cit.

<sup>89</sup> SUTTER, Matilde Josefina. *Determinação e mudança de sexo: aspectos médico-legais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, pág. 115.

<sup>90</sup> Ibidem, loc.cit.

<sup>91</sup> VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Mudança de sexo: aspectos médicos, psicológicos e jurídicos*. São Paulo: Santos, 1996, p.86.

<sup>92</sup> REID, Russel. Psychiatric and psychological aspects of transsexualism. In: COUNCIL OF EUROPE. *Transsexualism, medicine and law*. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 1995, p. 31-32.

transexual é a cirurgia, que nada mais é do que a correção de algo que, notadamente, está errado – o sexo genético – (e foi juridicamente registrado conforme o sexo genital), adaptando o corpo à mente do indivíduo, possibilitando-lhe a integração junto ao meio onde vive, até porque a intervenção cirúrgica não se apresenta como satisfação de uma fantasia, mas como uma forma de cura, uma necessidade terapêutica<sup>93</sup>. Assim, cabe salientar que, apesar de defendido por alguns, o tratamento da transexualidade, através de psicoterapia, onde se busca adequar o lado emocional do indivíduo ao seu sexo genético, não surte grandes efeitos, conforme já demonstrado, pois o próprio transexual não aceita o tratamento<sup>94</sup>, reforçando-se a necessidade da cirurgia como a única forma de cura para os transexuais<sup>95</sup>, até porque “não implicará em mudança de sexo, mas tão-somente adequação ao sexo psicológico, que se apresenta de forma mais acentuada, reajustando-se o indivíduo ao meio, abrandando-se, desse modo, seu estado psico-social”<sup>96</sup>.

E, além disso, os tratamentos psicológicos não oferecem resultados significativos, pois o indivíduo não admite a transformação de seu sexo psicológico. A única solução, repise-se, é a cirurgia de transgenitalização. Com a edição da

<sup>93</sup> Nesse sentido, merece ser destacado o fato de que o Código Civil estabelece, em seu artigo 13 que os atos de disposição do próprio corpo são vedados, quando importarem em diminuição permanente da integridade física, ou contrariarem os bons costumes. (Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em: 14 jan. 2008).

Todavia, o mesmo artigo possui uma ressalva, que é nos casos de exigência médica. Dessa maneira, considerando que as cirurgias de adequação sexual, nos casos de transexualidade, são realizadas com base em orientação e exigência médica, com o fim de restabelecer a saúde do indivíduo, entende-se que tal previsão não se aplica a estes casos. Deve-se ressaltar, também, o fato de que as cirurgias, dado seu caráter medicinal ou de cura, não são mais consideradas como mutiladoras, conforme se abordará a seguir.

<sup>94</sup> KLABIN, Aracy Augusta Leme. Transexualismo. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, v. 17, p. 27-49, 1981, p. 33; PERES, Ana Paula Barion. *Transexualismo*. O direito a uma nova identidade sexual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 164.

<sup>95</sup> Nesse sentido, manifestam-se: VIEIRA, Tereza Rodrigues. Direito à adequação de sexo do transexual. *UNOPAR Científica, ciências jurídicas e empresariais*. Londrina, v. 3, n. 1, mar. 2002. Disponível em: [http://www2.unopar.br/pesq\\_arq/revista/JURIDICA/00000408.pdf](http://www2.unopar.br/pesq_arq/revista/JURIDICA/00000408.pdf). Acesso em: 10 jul. 2007; ZIMERMANN, David E. *Vocabulário Contemporâneo de Psicanálise*. Porto Alegre: ARTMED, 2001, p. 411; LUCARELLI, Luiz Roberto. Aspectos Jurídicos da Mudança de Sexo. *Revista da PGE*, São Paulo, v. 35, p. 213-228, jun. 1981, p. 216; KLABIN, op. cit., p. 28 e 33; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Transexualismo – Cirurgia. Lesão corporal*. Disponível em: [www.fragoso.com.br/cgi-bin/heleno\\_artigos/arquivo27.pdf](http://www.fragoso.com.br/cgi-bin/heleno_artigos/arquivo27.pdf). Acesso em: 5 jan. 2007, p. 3; dentre outros.

<sup>96</sup> LUCARELLI, op. cit., p. 216. VERDE, J. B.; GRAZIOTTIN, A. *O enigma da identidade: o transexualismo*. São Paulo: Paulus, 1997, p. 50. No mesmo sentido, “a cirurgia não tem o condão de modificar o sexo do indivíduo, porque não há o implante de órgãos sexuais internos nem tampouco modificação do sexo genético, por ser este inalterável”. PERES, Ana Paula Barion. *Transexualismo*. In: BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: UNISINOS; Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 834.

Resolução n.º 1.482, de 1997, revogada pela Resolução n.º 1.652, de 2002<sup>97</sup>, do Conselho Federal de Medicina, houve a regulamentação das cirurgias de redesignação sexual<sup>98</sup>. A nova Resolução autorizou a realização de cirurgias para adequação nos transexuais homem-mulher, podendo ser realizadas tanto em hospitais públicos quanto em particulares. Já para os transexuais mulher-homem, a operação também foi autorizada, mas a título experimental, devendo ser realizada em hospitais públicos ou universitários adequados à pesquisa<sup>99</sup>.

Atualmente, os procedimentos também podem ser feitos pelo Sistema Único de Saúde, já que o Ministério Público, através de Ação Civil Pública, pugnou pela inclusão da cirurgia de transgenitalização, homem-mulher e mulher-homem, na tabela de procedimentos pagos pelo Sistema Único de Saúde. O pedido foi deferido pelo Tribunal Regional Federal da 4.ª Região, tendo sido a União condenada a possibilitar a realização do processo cirúrgico, em casos de transexualidade, conforme determina a Resolução n.º 1.652, de 2002, do Conselho Federal de Medicina, também, para que inclua na “Tabela de Procedimentos remunerados pelo Sistema Único de Saúde (Tabela SIH-SUS), de todos os procedimentos cirúrgicos necessários para a realização da cirurgia”, bem como para que “remunere os hospitais pelos procedimentos realizados em conformidade com a citada Resolução”<sup>100</sup>.

---

<sup>97</sup> As modificações foram nos seguintes termos: a) a cirurgia do tipo neocolpovulvoplastia (homem-mulher) deixou de ser experimental e a do tipo neofaloplastia (mulher-homem) permaneceu a título experimental; b) acrescentou, como integrante da equipe multidisciplinar, o endocrinologista; c) as cirurgias de transgenitalização feminino para masculino serão realizadas, exclusivamente em hospitais universitários ou públicos adequados para pesquisa e, nos casos de procedimento masculino para feminino, poderão ser feitas tanto em hospitais públicos, quanto privados, independentemente da atividade de pesquisa. BRASIL. Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 1.652, de 06 de novembro de 2002. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução do CFM n.º 1.482. Brasília, DF, 6 nov. 2002. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1652\\_2002.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1652_2002.htm)>. Acesso em: 15 maio 2007.

<sup>98</sup> CHOERI, Raul. Transexualismo e identidade pessoal: cirurgia de transgenitalização. In: BARBOZA, H. H.; BARRETTO, V. P. *Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 225-226.

<sup>99</sup> Conforme artigos 2.º e 5.º da Resolução n.º 1.652/2002. BRASIL. Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 1.652, de 06 de novembro de 2002. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução do CFM n.º 1.482. Brasília, DF, 6 nov. 2002. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1652\\_2002.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1652_2002.htm)>. Acesso em: 15 maio 2007.

<sup>100</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4.ª Região. *Apelação Cível n.º 2001.71.00.026279-9/RS*, julgada em 14 de Agosto de 2007. Juiz Federal Roger Raupp Rios (relator). Disponível em: <http://www.trf4.gov.br>. Acesso em: 23 ago. 2007.

Mas, para que tal procedimento possa ser realizado, devem estar presentes alguns requisitos, estipulados pela própria Resolução, no artigo 3.<sup>o</sup><sup>101</sup>: a) desconforto com o sexo anatômico natural; b) desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto; c) permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos; d) ausência de outros transtornos mentais. Assim, o transexual não pode obter qualquer tipo de vantagens sócio culturais com a adequação do sexo, assim como não pode possuir qualquer condição de intersexo, ou seja, não pode ser hermafrodita, possuir características sexuais de ambos os sexos.

Deve, também, o indivíduo ter sérios comprometimentos no convívio e no relacionamento sexual, avaliados pela equipe multidisciplinar, que venham a gerar transtornos, tais como a automutilação ou autocastração<sup>102</sup>. Após o diagnóstico da transexualidade, onde o paciente deve contar com mais de 21 anos<sup>103</sup>, necessário se faz um período de tratamento de aproximadamente dois anos<sup>104</sup>, com acompanhamento de uma equipe multidisciplinar formada por médico psiquiatra, cirurgião, psicólogo e assistente social<sup>105</sup>, para que o transexual se ajuste às

<sup>101</sup> BRASIL. Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 1.652, de 06 de novembro de 2002. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução do CFM n.º 1.482. Brasília, DF, 6 nov. 2002. Disponível em: < [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1652\\_2002.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1652_2002.htm)>. Acesso em: 15 maio 2007.

No mesmo sentido, ver: REID, Russel. Psychiatric and psychological aspects of transsexualism. In: COUNCIL OF EUROPE. *Transsexualism, medicine and law*. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 1995, p. 33-34; HAGE, J. Joris. Medical requirements and consequences of sex reassignment surgery. In: COUNCIL OF EUROPE. *Transsexualism, medicine and law*. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 1995, p. 104-105.

<sup>102</sup> PINTO, M. J. C.; BRUNS, M. A. de T. *Vivência transexual: o corpo desvela seu drama*. São Paulo: Átomo, [200-], p. 48-49.

<sup>103</sup> Na época essa idade era quando se adquiria a maioridade e a capacidade para os atos da vida civil. Como a Resolução é anterior ao Código Civil atual, que reduziu para 18 anos a maioridade, presume-se que será possível realizar a cirurgia a partir dos 18 anos, tendo em vista que a idade prevista na Resolução para autorizar a realização de cirurgia redesignadora se equiparava, à época, à maioridade civil.

<sup>104</sup> Nesse período são realizados testes para verificação da quantidade de hormônios masculinos e femininos presentes na constituição do indivíduo. Somente a partir da confirmação do resultado desses testes é que a cirurgia é indicada e autorizada. MILLOT, Catherine. *Extrasexo: ensaio sobre o transexualismo*. Tradução de Maria Celeste Marcondes, Nelson Luís Barbosa. São Paulo: Escuta, 1992, p. 14.

<sup>105</sup> Esse acompanhamento multidisciplinar é necessário para que seja possível, realmente o diagnóstico da transexualidade, com o descarte de quaisquer problemas biológicos, diferenciação da homossexualidade, travestismo, assim como identificar se o paciente trata-se do “verdadeiro transexual”, ou seja, o transexual primário, pois somente nesses casos é que o tratamento cirúrgico é indicado. Nesse sentido, ver: VENTURA, Miriam. Transexualidade: algumas reflexões jurídicas sobre a autonomia corporal e autodeterminação da identidade sexual. In: RIOS, Roger Raupp (Org.). *Em defesa dos direitos sexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 148-149; BENTO, Berenice. *A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual*. Rio de Janeiro: Garamond, 2006, p. 48. Sobre a equipe multidisciplinar, ver: VERDE, J. B.; GRAZIOTTIN, A. *O enigma da identidade: o transexualismo*. São Paulo: Paulus, 1997, p. 101-110.

modificações da cirurgia. É necessário, também, que o transexual, nesse período anterior à cirurgia, se vista e se comporte como o sexo oposto<sup>106</sup>.

Quanto ao processamento da cirurgia de adequação do transexual<sup>107</sup>, na transformação feminino para masculino, o transexual é submetido a cirurgia de laparotomia, para a retirada do útero, ovários e anexos. Após a plena recuperação (aproximadamente trinta dias), ocorre a segunda operação, na qual é retirada a vagina, utilizando a parede anterior para a reconstrução da uretra. O escroto é feito a partir da parede posterior da vagina, a qual é exteriorizada. A construção do pênis é feita com tecido que é retirado do antebraço. Após três meses, é introduzida uma prótese de silicone que é fixada no osso do púbis. Também a colocação de duas estruturas ovóides de silicone gel, para simular os testículos. Após noventa dias o paciente já pode manter relacionamento sexual. Já na transformação inversa, a cirurgia é bem mais simples, iniciando com a amputação do pênis, preservando a glândula, que será colocada no lugar do clitóris. É retirada também a uretra. Com uma incisão no escroto, são tirados os testículos, utilizando-se o tecido do escroto para a construção da vagina. Faz-se uma incisão em formato de cruz ou em V, no períneo, região situada entre o ânus e o escroto. É inserido no orifício um molde de metal ou silicone, revestido de gaze, para manter a abertura de forma a cicatrizar sem que haja o colamento da cavidade<sup>108</sup>.

É possível se perceber que este tipo de cirurgia está tão avançada que não se removem tecidos importantes, e sim, pelo contrário, aproveita-se a grande maioria para a construção da nova genitália. As intervenções cirúrgicas são sempre

<sup>106</sup> GOLDIM, J. R.; BORDAS, F. C.; RAYMUNDO, M. M. Aspectos bioéticos e jurídicos do transexualismo. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética e sexualidade*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2004, p. 101; BRASIL. Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 1.652, de 06 de novembro de 2002. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução do CFM n.º 1.482. Brasília, DF, 6 nov. 2002. Disponível em: [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1652\\_2002.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1652_2002.htm). Acesso em: 15 maio 2007.

<sup>107</sup> Maiores informações sobre as técnicas cirúrgicas, ver: BENJAMIN, Harry. *The transsexual phenomenon*. Disponível em: <http://www.symposion.com/ijt/benjamin/index.htm>. Acesso em: 4 jan. 2007; PINTO, M. J. C.; BRUNS, M. A. de T. *Vivência transexual: o corpo desvela seu drama*. São Paulo: Átomo, [200-], p. 53-61; HAGE, J. Joris. Medical requirements and consequences of sex reassignment surgery. In: COUNCIL OF EUROPE. *Transsexualism, medicine and law*. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 1995, p. 105-109; SAADEH, Alexandre. *Transtorno de identidade sexual: um estudo psicopatológico de transexualismo masculino e feminino*. 2004. 266 f. Tese (Faculdade de Medicina – Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5142/tde-09082005-115642/>. Acesso em: 2 jan. 2007, p. 126 et. seq..

<sup>108</sup> Cf. descrição da operação proposta por: SILVEIRA, José Francisco Oliosí. *O transexualismo na justiça*. Porto Alegre: Síntese, 1995, p. 138-140.

complementadas pela ingestão de hormônios sexuais, para que se ativem as características do “novo” sexo. Assim, para os transexuais homem-mulher, ministra-se estrógeno e, para os mulher-homem, testosterona, até mesmo porque, as cirurgias de transexualidade, por certo, não recriam, na sua integridade funcional, uma mulher ou um homem. Na verdade, “originam um ser mais próximo da integridade, do que aquele antes existente”<sup>109</sup>. Dessa forma, pode-se dizer que “a intervenção cirúrgica responde plenamente aos princípios éticos da beneficência, autonomia e justiça”<sup>110</sup>. Existe uma grande discussão quanto à problemática de ser ou não a cirurgia de adequação mutiladora<sup>111</sup>. Há que se considerar que essa cirurgia não é modificadora do sexo, mas sim, uma operação de adequação do sexo biológico ao sexo psicológico<sup>112</sup>, conforme já se referiu.

Ora, a função é que define o órgão; sem aquela, este órgão é inútil. Em Waldir Nogueira, os seus órgãos genitais externos eram inúteis. E, pior que inúteis, passaram a ser prejudiciais ao sentimento íntimo da personalidade de Waldir, desde que lhe apontaram um sexo que, psiquicamente, em todo o seu conjunto, só lhe causava repúdio, ao se sentir mulher, e ao sê-lo em diversos setores da sua morfologia e funcionalidade. Assim, Waldir Nogueira não foi castrado, em verdade, desde que não perdeu uma função que não possuía<sup>113</sup>.

A cirurgia de adequação sexual importa em ato de disposição de partes do corpo do indivíduo. Essa disponibilidade deve ser admitida desde que não atente contra a vida do paciente e que haja o consentimento deste. Além disso, o que torna lícito esse procedimento é o fato de que o objetivo é a garantia da saúde do transexual, entendida como bem-estar físico, psíquico e social<sup>114</sup>. Assim, para que seja realizada a cirurgia, há um ato de disposição do próprio corpo, ato esse que só é admitido se for com fins terapêuticos que, ao que se pode verificar pelo até então exposto, a cirurgia transexual realmente possui. Diante disso, é de se afirmar que a

<sup>109</sup> FERRAZ, Sérgio. *Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 67.

<sup>110</sup> PERES, Ana Paula Ariston Barion. Transexualismo. In: BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: UNISINOS; Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 834.

<sup>111</sup> O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro considerou, em decisão de pedido de retificação do Registro Civil, a cirurgia de adequação sexual mutiladora. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível n.º 1993.001.04425*, julgada em 10 de maio de 1994. Desembargador Luiz Carlos Guimarães (relator). Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br>. Acesso em: 03 jan. 2008.

<sup>112</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível n.º 2007.001.14071*, julgada em 05 de setembro de 2007. Desembargador Gilberto Dutra Moreira (relator). Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br>. Acesso em: 03 jan. 2008.

<sup>113</sup> CARVALHO, Hilário Veiga de. Transexualismo – Diagnóstico – Conduta médica a ser adotada. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 545, mar. 1981, p. 295.

<sup>114</sup> PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. *Direito à saúde: uma perspectiva constitucionalista*. Passo Fundo: UPF, 2003, p. 127-128.

regra é a indisponibilidade da integridade física, que só é admitida em casos que venham a atender um interesse digno de proteção – no caso, o bem-estar e a saúde mental do transexual.

A Carta Constitucional previu, também, em seus art. 6.º, caput, o direito à saúde como um dos direitos sociais assegurados e, o art. 196, caput, dispõe que é dever do Estado o direito à saúde, que deve ser proporcionado a todos. Com isso, o tratamento de adequação do transexual pode ser considerado como um direito à saúde, pois há um desajuste psicológico que é normalizado com a intervenção e, a partir daí, promover uma interligação mais harmônica entre o físico, o emocional, o comportamental, o sexual e o social, na busca de um todo maior que é o bem-estar do cidadão, uma vez que o que o transexual busca, na verdade, é a completude e a integridade de sua pessoa<sup>115</sup>. Preenchidos todos os requisitos, a cirurgia deve ser realizada, visando ao bem-estar físico, psíquico e social do indivíduo, ou seja, proteger a sua saúde<sup>116</sup>. Portanto, não se pode deixar de reconhecer ao indivíduo seu direito de viver dignamente como ser humano, permitindo-lhe, dessa maneira, que se ajuste à sociedade de que faz parte. O transexual busca nada mais do que parar de viver marginalizado; ele quer simplesmente viver como um cidadão comum e ser respeitado em sua individualidade. Superados estes aspectos, ainda há um problema: mesmo tendo sido realizada a cirurgia, o transexual precisa ter seus documentos alterados, ajustando o prenome e o sexo constantes em seu registro de nascimento à sua aparência física. Isso é necessário, pois, para que o indivíduo possa ser respeitado e para que não sofra humilhações, seus documentos devem ser ajustados, pois não é possível que ele tenha aparência de um sexo e documentos de outro. É por isso que o transexual busca, através de autorização judicial, a retificação no Registro Civil, conforme se verá a seguir.

### **1.3 Alterações de prenome e sexo dos transexuais no Registro Civil**

A cirurgia de redesignação do sexo não resolve todos os problemas do transexual, pois o Estado, mesmo após a adequação, muitas vezes nega o pedido

---

<sup>115</sup> Nesse sentido, Russel Reid apresenta resultados de estudos sobre a satisfação dos transexuais pós-operados. Ver: REID, Russel. Psychiatric and psychological aspects of transsexualism. In: COUNCIL OF EUROPE. *Transsexualism, medicine and law*. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 1995, p. 37-38.

<sup>116</sup> VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética e Direito*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999, p. 95.

de alteração do prenome e do sexo nos documentos do indivíduo<sup>117</sup>. Mas, como alguém pode “passar por um processo cirúrgico, em busca da sua melhor adaptação, tentando a junção do sexo psicológico com o biológico e, ao mesmo tempo, ser considerado, pelo Estado, como do sexo originário?”<sup>118</sup> Isto é, no mínimo, incoerente. O descompasso entre a identidade física e a jurídica espanta a todos e prejudica o transexual, que sofre constantes situações humilhantes, por portar documentos que o identifiquem como do sexo oposto ao aparente. Esta situação seria resolvida com a concessão da retificação do registro civil do transexual, fazendo a alteração do seu prenome e do seu sexo.

Entretanto, a lei brasileira ainda não prevê, expressamente, esta possibilidade, protegendo o nome do cidadão como um elemento inerente ao direito personalidade, permitindo-se a modificação, conforme a Lei de Registros Públicos, tão-somente nos casos de erro de grafia ou quando o prenome expuser seu portador ao ridículo<sup>119</sup>. Partindo-se desse pressuposto, a questão da retificação do prenome, nos documentos, estaria solucionada, pois se inclui neste fator. Ademais, a identidade “de la persona se expresa historicamente por medio del nombre, siendo tan trascendente en la vida social para el ser humano, que se le incluye entre los derechos de la personalidad figurando entre estos en lugar destacado”<sup>120</sup>. Todavia, o problema com relação à retificação do sexo no Registro Civil, permanece. Mas,

<sup>117</sup> Exemplo disso é a modelo Roberta Close que, somente após 15 anos conseguiu a retificação. Atualmente o TJ/RS tem se destacado nas decisões favoráveis a modificação. Nesse sentido, ver: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n.º 70018911594*, julgado em 25 de abril de 2007. Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves (relator). Disponível em: [www.tj.rs.gov.br](http://www.tj.rs.gov.br). Acesso em: 2 jul. 2007; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n.º 70014179477*, julgado em 24 de agosto de 2007. Desembargador Luiz Ari Azambuja Ramos (relator). Disponível em: [www.tj.rs.gov.br](http://www.tj.rs.gov.br). Acesso em: 2 jul. 2007; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n.º 70013580055*, julgado em 17 de agosto de 2007. Desembargador Claudir Fidelis Faccenda (relator). Disponível em: [www.tj.rs.gov.br](http://www.tj.rs.gov.br). Acesso em: 27 abr. 2007.

Nos Estados Unidos, por exemplo, depende do Estado no qual o transexual solicita a retificação do registro de nascimento: “In practice, and in the United States, much depends upon the state in which the applicant for a legal change of sex status had been born. In some states, it proved to be easy and merely required filling out some form and sending it to the respective Bureau of Vital Statistics, with a doctor's certificate”. BENJAMIN, Harry. *The transsexual phenomenon*. Disponível em: <http://www.symposion.com/ijt/benjamin/index.htm>. Acesso em: 4 jan. 2007.

<sup>118</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 134.

<sup>119</sup> Art. 55, parágrafo único e art. 58, *caput*, da Lei n.º 6.015, de 31 de dezembro de 1973. BRASIL. *Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973*. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6015.htm). Acesso em: 14 jan. 2008.

<sup>120</sup> CÁNOVAS, Diego Espín. Los derechos fundamentales de igualdad e identidad en la familia y la identidad del transexual. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. Caracas: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas da Universidad Central de Venezuela, n.º 126, jul. 2006, p. 147.

também não há, nestes casos, vedação expressa de nenhuma lei, restando em clara omissão legal, pois nenhuma norma jurídica afirma que é proibida a retificação.

Então, se a legislação não autoriza e também não veda essa possibilidade, é dever do juiz utilizar-se dos princípios constitucionais para solucionar a questão a ele apresentada, até mesmo porque ele não pode se omitir de decidir demandas postas em julgamento, pois “pode autorizar a intervenção cirúrgica e a posterior mudança de nome e sexo do transexual com base nos princípios constitucionais”<sup>121</sup>.

E a Constituição em vigor inclui, entre os direitos individuais, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (art. 5º, X). Reside aqui o fundamento legal autorizador da mudança do sexo jurídico, pois sem ela ofendida estará a intimidade do autor, bem como sua honra. O constrangimento, a cada vez que se identifica, afastou o autor de atos absolutamente corriqueiros em qualquer indivíduo, pelo medo da chacota. A busca da felicidade, que é direito de qualquer ser humano, acabou comprometida<sup>122</sup>.

Enfim, o que o transexual busca é a retificação do prenome e do sexo em seu registro civil, de forma a adequá-los a sua aparência física. O prenome nada mais é do que o nome pelo qual a pessoa é conhecida e particulariza cada indivíduo pertencente à mesma família, vindo antes do sobrenome<sup>123</sup>, sendo essencial para a identificação da pessoa na vida social e perante o Estado<sup>124</sup>. Pode ser escolhido de forma livre e indica, geralmente, o sexo a que pertence o indivíduo. Mas, se o nome expuser seu portador ao ridículo, o Oficial do Registro Civil poderá recusar o registro<sup>125</sup>, relativizando, portanto, o princípio de que é imutável. Assim, ocorrendo o registro de prenome capaz de causar constrangimentos, poderá haver a alteração, via ação judicial, pelo apelido público e notório que identifique a pessoa que solicitou a mudança, desde que não seja proibido por lei, pois, não “adianta ostentar um prenome pelo qual não é conhecido, que não o identifica, que não exprime a

<sup>121</sup> PERES, Ana Paula Ariston Barion. Transexualismo. In: BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: UNISINOS; Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 835.

<sup>122</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação cível n.º 165.157-4/5-00*, julgada em 22 de março de 2001. Desembargador Boris Kauffmann (relator). Disponível em: [www.tj.sp.gov.br](http://www.tj.sp.gov.br). Acesso em: 21 ago. 2003.

<sup>123</sup> BÜRIGO, Andrea M. Limongi Pasold. Análise político-jurídica do artigo 58 da Lei 6.015/73: o problema da retificação do prenome dos transexuais. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí: Univali, n.º 11, out. 2000, p. 249-250.

<sup>124</sup> CÁNOVAS, Diego Espín. Los derechos fundamentales de igualdad e identidad en la familia y la identidad del transexual. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. Caracas: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas da Universidad Central de Venezuela, n.º 126, jul. 2006, p. 147.

<sup>125</sup> Art. 55, parágrafo único, da Lei n.º 6.015, de 31 de dezembro de 1973. BRASIL. *Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973*. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6015.htm). Acesso em: 14 jan. 2008.

verdade. O registro deve retratar a realidade”<sup>126</sup>. Então, se o registro do indivíduo deve retratar a realidade, o que deve ser observado, no caso, é o prenome pelo qual a pessoa é conhecida no meio social, mesmo que não seja o constante no registro de nascimento.

Sin embargo la congruencia en la diferenciación externa del sexo a través del nombre y apariencia física de la persona puede faltar en la transexualidad, si ante la indefinición interna del sexo, el transexual acomoda su apariencia externa hacia el sexo con el que se siente internamente identificado.

[...]

Esta situación plantea un desajuste en relación el sexo al diferir el que consta oficialmente y el que aparenta en la vida social el transexual, que desde hace ya años originó la petición en diversos países, por quienes se encuentran en esta situación, de un derecho al cambio de nombre y de sexo en su inscripción de nacimiento en el Registro civil que les permitiera obtener una documentación identificadora, conforme a su realidad psíquica personal y contraer matrimonio basado en el cambio de sexo que conste en el Registro<sup>127</sup>.

Isto porque os transexuais que realizam a cirurgia de adequação de sexo e permaneceram com a inscrição, em seu registro civil, do seu sexo biológico, podem ter problemas de diversas ordens, pois o mesmo não retrata sua verdadeira identidade. Além disso, a negativa de alteração do registro civil fere os direitos da personalidade do transexual e causa-lhe um abalo psíquico. Nessa seara:

Assim, evidentemente que quando a pessoa fosse preencher formulários que exigissem qualificação completa, tendo em vista seu registro civil, não poderia colocar o sexo desejado e até certo ponto alcançado pela cirurgia, mas o que consta de sua identificação civil, bem como o nome constante da Certidão de Nascimento. Tais dados tornariam público o estado da pessoa, toda sua intimidade, toda a vergonha pelo sexo a que pertencia ficariam à mercê da sociedade por suas próprias palavras. O preconceito que a pessoa deseja ao máximo evitar viria facilmente à tona com a identificação. Além disso, uma pessoa alta, com aparência feminina, corpo com formas femininas, de cabelos longos, ao preencher um formulário qualquer com o nome Pedro, não estaria sendo identificada, pois sua aparência em nada indicaria o nome usado, e o objetivo do prenome nada mais é do que identificar a pessoa para a sociedade, para o meio em que vive, da melhor maneira possível, e não identificá-la falsamente<sup>128</sup>.

<sup>126</sup> VIEIRA, Tereza Rodrigues. Alteração do prenome em face da Lei 9.708/98. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí: Univali, n. 11, out. 2000, p. 74.

<sup>127</sup> CÁNOVAS, Diego Espín. Los derechos fundamentales de igualdad e identidad en la familia y la identidad del transexual. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. Caracas: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas da Universidad Central de Venezuela, n.º 126, jul. 2006, p. 150-151.

<sup>128</sup> BÚRIGO, Andrea M. Limongi Pasold. Análise político-jurídica do artigo 58 da Lei 6.015/73: o problema da retificação do prenome dos transexuais. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí: Univali, n. 11, out. 2000, p. 253.

Fica, pois, evidente a exposição do indivíduo ao ridículo. A escolha do novo nome adotado pelo transexual deve ser livre, de preferência aquele pelo qual já é reconhecido em sociedade<sup>129</sup> e para que não mais se envolva em situações constrangedoras, o que é um desrespeito ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, previsto na Constituição Federal. Além disso, ainda há de se considerar que a não coincidência da identidade física e documental do transexual, causa-lhe sérios desajustes psíquicos, ferindo, profundamente, o direito à saúde<sup>130</sup>, garantido nos artigos 6.º e 196 da Carta Magna.

Conforme já afirmado, a caminhada do transexual não termina na cirurgia de adequação do sexo; vai ainda mais adiante: ao Poder Judiciário, com o pedido de alteração do prenome e do sexo no Registro Civil. O descompasso entre a identidade física e a jurídica espanta a todos e prejudica o transexual, que sofre com constantes situações humilhantes, por portar documentos que o identifiquem como do sexo oposto ao aparente. Esta situação se resolveria com a concessão da retificação do registro civil do transexual, fazendo-se a alteração do seu prenome e do seu sexo, fato que, além de não mais expor o indivíduo ao ridículo, faz com que o registro do transexual passe a refletir a realidade<sup>131</sup>. É nesse sentido que se afirma que a retificação do prenome e do sexo é proveitosa e conveniente ao direito, apesar de opiniões contrárias:

[...] uma pessoa nascida e identificada como João, por exemplo, faz um negócio jurídico qualquer e depois adquire, através de uma cirurgia de transmutação de sexo, outra aparência. Caso João quisesse furtrar-se do cumprimento das obrigações assumidas e fosse procurado para cumpri-las, ele provavelmente poderia não ser mais encontrado, em razão de sua nova aparência e forma feminina. Isso significa, ao contrário do que se pensa, que a alteração do nome e identidade de um transexual é conveniente ao Direito, uma vez que isso poderá significar uma maior acurácia na identificação das pessoas, inclusive para dar maior segurança às relações

<sup>129</sup> VIEIRA, Tereza Rodrigues. Direito à adequação de sexo do transexual. *UNOPAR Científica, ciências jurídicas e empresariais*. Londrina, v. 3, n. 1, mar. 2002. Disponível em: [http://www2.unopar.br/pesq\\_arq/revista/JURIDICA/00000408.pdf](http://www2.unopar.br/pesq_arq/revista/JURIDICA/00000408.pdf). Acesso em: 10 jul. 2007.

<sup>130</sup> Conforme já demonstrado, o conceito de saúde utilizado modernamente, inclui o bem-estar físico, psíquico e social do cidadão.

<sup>131</sup> Nesse sentido, manifestam-se as decisões a seguir: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação cível n.º 165.157-4/5-00*, julgada em 22 de março de 2001. Desembargador Boris Kauffmann (relator). Disponível em: [www.tj.sp.gov.br](http://www.tj.sp.gov.br). Acesso em: 21 ago. 2003; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n.º 593110547*, julgada em 10 de março de 1994. Desembargador Luiz Gonzaga Pila Hofmeister (relator). Disponível em: [www.tj.rs.gov.br](http://www.tj.rs.gov.br). Acesso em: 17 set. 2003.

jurídicas e até mesmo evitar fraudes decorrentes de identificação da pessoa<sup>132</sup>.

Dessa forma, o registro civil do indivíduo deve conter informações verídicas sobre sua pessoa e, um registro que não contenha a verdade, pode levar a erros sobre a pessoa. Por outro lado, a não alteração do registro mais uma vez não espelharia a verdade, pois aparentemente o indivíduo é de um sexo e, no registro, de outro. Se já se submeteu à cirurgia de adequação do sexo, extirpando sua genitália originária e construindo “novos” órgãos sexuais, no sentido de adaptar o corpo à mente, como se negar, agora, a retificação deste estado no registro civil?<sup>133</sup> Em face de tudo que já foi apresentado, e, diante da inexistência de legislação sobre o tema, os tribunais têm, geralmente, deferido a retificação. Contudo, há discussões e controvérsias, pois alguns têm determinado que seja inscrito no registro civil da pessoa que se trata de transexual e que a retificação decorre de autorização judicial. As decisões que indeferem, por sua vez, têm sido cada vez mais raras<sup>134</sup>. Como exemplo de decisão indeferindo, tem-se:

Registro público. Alteração de registro de nascimento. Nome e sexo. Transexualismo. Sentença indeferitória do pedido. Embora sendo transexual e tendo se submetido a operação para mudança de suas características sexuais, com a extirpação dos órgãos genitais masculinos, biológica e somaticamente continua sendo do sexo masculino. Inviabilidade da alteração, face a inexistência de qualquer erro ou falsidade no registro e porque não se pode cogitar dessa retificação para solucionar eventual conflito psíquico com o somático. Apelação não provida. Voto vencido.<sup>135</sup>

Mas para que esse objetivo seja completo, além da realização das alterações documentais, as mesmas devem ser mantidas em sigilo, pois não há razão para que, depois de passar por cirurgia de redesignação com o intuito de sair da marginalidade, seja possibilitado que qualquer pessoa tenha acesso às informações,

<sup>132</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A Sexualidade vista pelos Tribunais*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 165.

<sup>133</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 134; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação cível n.º 209.101-4/0-00*, julgado em 09 de abril de 2002. Desembargador Elliot Akel (relator). Disponível em: [www.tj.sp.gov.br](http://www.tj.sp.gov.br). Acesso em: 21 ago. 2003.

<sup>134</sup> As decisões que indeferem baseiam-se no “determinismo biológico”, ou seja, tem como base o sexo genital; já as que deferem, baseiam-se no “determinismo anatômico”, ou seja, o sexo que o indivíduo aparenta ter, sua aparência física. VENTURA, Miriam. Transexualidade: algumas reflexões jurídicas sobre a autonomia corporal e autodeterminação da identidade sexual. In: RIOS, Roger Raupp (Org.). *Em defesa dos direitos sexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 159.

<sup>135</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação cível n.º 597134964*, julgado em 28 de agosto de 1997. Desembargador Tael João Selistre (relator). Disponível em: [www.tj.rs.gov.br](http://www.tj.rs.gov.br). Acesso em: 17 set. 2003.

no Registro Civil, que indicam que a alteração se deve a processo judicial<sup>136</sup>. Com relação a este aspecto, existe o Projeto de Lei n.º 70<sup>137</sup>, que tramita no Congresso Nacional, de autoria do Deputado José Coimbra, que prevê a legalização das operações de adequação de sexo, com a alteração do artigo 129, § 9.º, do Código Penal, não mais constando como crime a intervenção cirúrgica que vise à ablação de partes do corpo quando objetiva alterar o sexo do transexual. O Projeto de Lei também prevê a alteração do registro civil do operado, inserindo, no artigo 58 da Lei n.º 6.015/73, os parágrafos 2.º e 3.º, admitindo a alteração do prenome em casos de autorização judicial e, após intervenção cirúrgica, de adequação de sexo. Todavia, prevê que deverá constar, no registro de nascimento, a condição de transexual do indivíduo. Este Projeto atualmente encontra-se pronto para inclusão na pauta de votações e possui duas emendas da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara, assim como outros três projetos apensados (Projetos de Lei 3727/1997 – adição do § 7.º, ao artigo 57, da Lei 6.015/1973, permitindo a alteração do nome em decorrência de mudança de sexo via cirúrgica –, 5872/2005 – proibindo a retificação do prenome em casos de transexualidade – e 6655/2006 – alteração do artigo 58, da Lei 6.015/1973, permitindo a retificação do prenome e com a inscrição da condição de transexual)<sup>138</sup>.

Portanto, diante de decisões contraditórias – as quais serão discutidas no último capítulo do trabalho – e omissões na lei, cabe ao julgador aplicar, com base no artigo 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, os princípios da equidade e da justiça, já que não há disposição legal expressa sobre o caso concreto. Da mesma forma, na interpretação desses casos, deve-se levar em conta os ditames constitucionais, com a aplicação dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais. Desta forma, apesar das contradições existentes na doutrina, ante a questão da permissão ou não da retificação do registro civil do transexual, o juiz deve atentar para a aplicação das melhores soluções aos casos concretos,

---

<sup>136</sup> No último capítulo do trabalho será feita a análise de algumas decisões sobre a questão da transexualidade e da retificação de prenome e sexo no Registro Civil.

<sup>137</sup> Sobre o projeto, ver: CÂMARA DOS DEPUTADOS. Desenvolvido pela Câmara dos Deputados. Apresenta informações gerais sobre a instituição, projetos de lei, proposições, etc. Disponível em: [www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br). Acesso em: 28 maio 2007; PERES, Ana Paula Barion. *Transexualismo*. O direito a uma nova identidade sexual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 178-189; CHOERI, Raul. Transexualismo e identidade pessoal: cirurgia de transexualização. In: BARBOZA, H. H.; BARRETTO, V. P. *Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 243-244.

<sup>138</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS. Desenvolvido pela Câmara dos Deputados. Apresenta informações gerais sobre a instituição, projetos de lei, proposições, etc. Disponível em: [www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br). Acesso em: 28 maio 2007.

evitando a marginalização do ser humano. Nos capítulos seguintes essa questão será novamente discutida, a partir da perspectiva dos direitos fundamentais, da proporcionalidade e da jurisdição constitucional.

#### **1.4 Conseqüências jurídicas das alterações do Registro Civil**

Mesmo que haja concessão da retificação do registro civil do transexual, existem algumas conseqüências jurídicas advindas desse ato. Tais conseqüências dizem respeito aos filhos que o transexual possa ter, à possibilidade ou não de casamento posterior à retificação e ao direito de terceiros, que não pode ser abalado pela mudança no registro civil do indivíduo. Com relação a estas informações e questões ligadas à transexualidade, se deve referir que as mesmas são suscitadas, no trabalho, apenas para que se tenha uma melhor percepção e compreensão acerca da complexidade do problema. Todavia, o foco de análise que se pretende, em face da proporcionalidade, se restringirá, por questões metodológicas, ao problema da alteração do registro civil e das conseqüências desse ato nas relações jurídicas do transexual. Assim, na hipótese de ter havido a retificação do registro do transexual, e de esse possuir filhos antes de se submeter à operação de adequação sexual, quais reflexos adviriam à prole? Nesse sentido, há quem sustente que o registro de nascimento dos filhos continuará imutável e a “existência de redesignação de um dos pais não deverá aparecer jamais em qualquer documento do filho”<sup>139</sup>. Esses casos são bastante delicados e raros. Delicados, porque envolvem direitos de crianças, as quais devem, sempre que possível, ter seus interesses protegidos. Raros, porque é muito difícil um transexual ter filhos – difícil, mas não impossível, eis que, em princípio, não possui qualquer problema biológico.

No entanto, no caso de o genitor sofrer alteração de seu registro (nome e sexo), o assento de nascimento do filho não mais trará o vínculo parental, podendo lhe trazer sérios prejuízos. O genitor, que consta no registro, deixou de existir por causa da cirurgia, surgindo, em seu lugar, outra pessoa, de sexo e nome diferentes. E agora, quem será o pai/mãe desta criança? Ressalta-se que o registro de nascimento do menor deve permanecer inalterado. Assim, poderia a criança perder o direito de vindicar seus alimentos, seu direito sucessório, porque se estaria

---

<sup>139</sup> SZANIAWSKI, Elimar. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 206-207.

interrompendo uma relação familiar, de parentesco, que existia – e era, a princípio, bem formada – para se possibilitar a adequação sexual de um dos genitores<sup>140</sup>. Acredita-se, todavia, que não, pois a relação de filiação não resta modificada, independentemente do nome do pai/mãe. Dessa maneira, ainda seria possível requerer alimentos e/ou direito sucessório acionando-se o pai/mãe, com seu novo nome, explicando, na petição inicial do processo, toda a situação. Outra solução possível poderia ser através de um acordo de prestação de alimentos realizado entre o alimentante e o responsável pelo menor, constituído através de contrato. Também poderia ser a doação de parte do patrimônio do transexual, caso exista, para resolver o problema da sucessão<sup>141</sup>. Essas são algumas soluções possíveis, pois os direitos e deveres entre o transexual e seus filhos não sofrem alteração<sup>142</sup>.

Conforme afirmado, o interesse da criança deve prevalecer sobre os demais. No entanto, isso não significa que o menor estará mais protegido se seu genitor for proibido de realizar a cirurgia para mudança de sexo. Existem casos em que a realização da cirurgia apresenta “um resultado favorável para os filhos, à medida em que define socialmente a nebulosa sexualidade do seu pai/mãe transexual”<sup>143</sup>. Assim, deve-se analisar caso a caso, pois a proibição da intervenção cirúrgica pode ser mais nociva à personalidade da criança – e do genitor, também –, do que o seu deferimento. Além disso, a existência de filhos anteriores à operação não pode ser motivo capaz de ensejar o indeferimento da retificação dos documentos do transexual, pois o “fato de ter sido casado e de ter filhos não pode constituir obstáculo, por si, ao direito de felicidade do transexual” e, “a regra não pode ser proibitiva, devendo ser analisada dentro do contexto da realidade, com apoio psicológico para os filhos”<sup>144</sup>.

Todavia, em certos países, como Alemanha e Suécia, a autorização para cirurgia de adequação e posterior retificação dos documentos de transexuais, só é autorizada quando o indivíduo for solteiro, para que sejam evitados danos à família,

---

<sup>140</sup> SPENGLER, Fabiana Marion. *União homoafetiva: o fim do preconceito*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003, p. 193.

<sup>141</sup> *Ibidem*, p. 194.

<sup>142</sup> DINIZ, Maria Helena. *O Estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 240-241.

<sup>143</sup> PERES, Ana Paula Barion. *Transexualismo. O direito a uma nova identidade sexual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 221.

<sup>144</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 145.

especialmente, aos filhos do transexual<sup>145</sup>. Mas se a existência de prole for posterior à cirurgia de adequação de sexo do transexual? Esses casos podem ocorrer por meio de inseminação artificial, isto é, quando o transexual congela seus óvulos ou espermatozóides para buscar, posteriormente, a fertilização assistida. Além disso, pode, também, o transexual buscar a constituição de família através de processo de adoção. No entanto, grandes problemas surgem quando ocorre a inseminação artificial. Nesses casos, quando o transexual congela seus espermatozóides e fecunda uma mulher, ele seria o pai biológico do menor, mesmo tendo se transformado em mulher, através da cirurgia de adequação.

A criança teria duas mães e nenhum pai? Quem seria o pai? E a mãe, quem seria? A mãe biológica seria a doadora do ovócito que pode ser tanto a gestante ou, ainda, de outra mulher, a doadora do óvulo, já que poderia ocorrer gestação de substituição. Se, no entanto, o transexual for casado ou tiver uma união estável, o marido ou companheiro seria, somente, o pai social<sup>146</sup>.

Quando a opção de constituição de prole, após a cirurgia, se dá por adoção de menores, os problemas também existem, mas com a possibilidade da adoção por casais homossexuais, este problema de a criança possuir dois genitores homens ou mulheres ficou diminuído<sup>147</sup>. Nesses casos, há que se analisar quais os interesses da criança, ou seja, se a adoção, por uma família em que um dos possíveis pais seja

<sup>145</sup> Nesse sentido, ver: SESSAREGO, Carlos Fernández. *Derecho a la identidad personal*. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1992, p. 370-371.

<sup>146</sup> SZANIAWSKI, Elimar. Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 154.

<sup>147</sup> Nesse sentido, muitas decisões no Brasil têm sido no sentido de deferir a adoção por pessoas do mesmo sexo, visando à proteção da criança, já que existem estudos especializados que afirmam não haver qualquer inconveniente para a formação da criança que viva em companhia de casais homossexuais. Tal entendimento, portanto, também pode ser aplicado aos transexuais, pois para a criança não haverá qualquer prejuízo.

APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (SEGREDO DE JUSTIÇA). BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n.º 70013801592*, julgada em 05 de abril de 2006. Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos (relator). Disponível em: [www.tj.rs.gov.br](http://www.tj.rs.gov.br). Acesso em: 24 ago. 2007.

No mesmo sentido, ver: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Janeiro. *Apelação Cível n.º 1998.001.14332*, julgada em 23 de março de 1999. Desembargador Jorge Magalhães (relator). Disponível em: [www.tj.rj.gov.br](http://www.tj.rj.gov.br). Acesso em: 24 ago. 2007.

transexual, afetaria ou não sua personalidade, trazendo-lhe prejuízos ou não. Esses casos seriam semelhantes às adoções por homossexuais, onde o que prevalece é a idoneidade do indivíduo e sua capacidade para criar e educar uma criança. O fato de o adotante ser homossexual ou transexual não depõe contra sua índole, não é fato que o torne indigno de criar uma criança. Além disso, não é o fato do pretendente ser transexual que vai fazer com que uma criança permaneça sem família. Diante disso, cabe ressaltar que independentemente do tipo escolhido para a formação da família do transexual, seja por adoção, seja por inseminação artificial, ou mesmo que diga respeito a filhos anteriores à cirurgia, o que deve ser analisado é o interesse da criança.

Talvez uma das maiores conseqüências advindas da alteração do registro civil dos transexuais refira-se a possibilidade ou não do indivíduo poder contrair casamento<sup>148</sup>. Com a cirurgia, além de os genitais externos da pessoa serem alterados, em seu assento de nascimento constará o sexo a que pertence psicologicamente. O casamento é considerado o próximo passo do transexual que realizou a cirurgia e alterou seu registro, sendo que, agora, busca unir-se com uma pessoa de sexo oposto ao sexo constante de seu assento de nascimento. Assim, poderão ocorrer casos de o transexual contrair casamento? Caso isso ocorra, será válido? O Brasil não admite o casamento entre pessoas do mesmo sexo, considerando-o inexistente, pois o casamento pressupõe sexos diferentes<sup>149</sup> – sendo que essa análise ocorre na perspectiva do sexo biológico, apenas<sup>150</sup>. No entanto, já ficou estabelecido que o sexo não é definido apenas por fatores biológicos. Então, qual o conceito de sexo que se adotaria? Não é necessário, frente a vários outros conceitos, que se utilize unicamente o sexo biológico para esses casos. Não serão do mesmo sexo os nubentes, se se considerar o seu sexo

---

<sup>148</sup> Nestes casos, há também conflito de direitos fundamentais (os do transexual – dignidade, intimidade e vida privada – e os do terceiro – direito de saber com quem está contraindo matrimônio e direito à honra) que, todavia, não será objeto de estudo dessa dissertação, já que se trabalha com a questão dos conflitos entre direitos fundamentais de transexuais e terceiros, a partir de contratos não matrimoniais.

<sup>149</sup> DINIZ, Maria Helena. *O Estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 240; AZEVEDO, Álvaro Villaça. União entre pessoas do mesmo sexo. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre, n. 15, p. 68-86, nov./dez. 2006, p. 69.

<sup>150</sup> Artigo 1.515 do Código Civil Brasileiro: “O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados”. BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em: 14 jan. 2008.

psicológico<sup>151</sup>, por exemplo. Nesses casos, o casamento existiria, pois o sexo psicológico prevaleceria sobre o biológico<sup>152</sup>. Ademais, havendo a retificação dos documentos, o transexual passará a pertencer legalmente ao seu sexo psicológico e, portanto, não haverá impedimentos para o casamento, pois os nubentes serão de sexos diferentes<sup>153</sup>.

Outro argumento utilizado para não permitir o casamento do transexual, é o fato de que o operado não pode gerar filhos, motivo pelo qual a relação matrimonial estaria abalada. Não é mais possível considerar como obstáculo ao casamento dos transexuais, o fato de não poder gerar filhos, pois existem diversos casais que, apesar de possuírem todas as condições biológicas de terem suas crianças, optam por não tê-las. Por outro lado, existem também pessoas que possuem problemas biológicos ou idade avançada, não podendo, dessa forma, gerar filhos; mas tal fato não motivou que o ordenamento proibisse seu casamento. Existe, ainda, outro argumento utilizado pela doutrina para considerar que não é permitido ao transexual se casar: o terceiro que se casasse com o transexual poderia estar incorrendo em erro. Este argumento possui procedência, pois o Código Civil, em seu artigo 1.556<sup>154</sup> e artigo 1.557<sup>155</sup>, inciso I, estabelece, como causa de anulação do casamento, o erro quanto à pessoa. O casamento pode ser anulado com base no erro quanto à pessoa, mas não é um casamento inexistente. Entretanto, para que a anulação possa ocorrer, o conhecimento do fato de que o outro cônjuge é transexual deve acontecer depois do casamento e deve tornar insuportável a vida do matrimônio<sup>156</sup>. É causa de anulação do casamento, se o cônjuge enganado se sentir prejudicado

<sup>151</sup> Nesse sentido, Catherine D. Péquignot refere é que não se pode levar em conta, conforme vem se tentando demonstrar nesse trabalho, na definição de sexo, unicamente o caráter biológico e genético do indivíduo; deve-se considerar principalmente seu sexo psicológico, que é o qual realmente o indivíduo entende pertencer. DESPRATS-PÉQUIGNOT, Catherine. *A psicopatologia da vida sexual*. Tradução de Marina Appenzeller. Campinas, SP: Papyrus, 1994, p. 80.

<sup>152</sup> ZAMBRANO, Elizabeth. Mudança de nome no Registro Civil: a questão transexual. In: ÁVILA, M. B.; PORTELLA A. P.; FERREIRA, V. *Novas legalidades e democratização da vida social: família, sexualidade aborto*. Rio de Janeiro: Garamond, 2005, p. 107.

<sup>153</sup> Nesse sentido: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível n.º 4392574300*, julgada em 10 de maio de 2007. Desembargador Salles Rossi (relator). Disponível em: [www.tj.sp.gov.br](http://www.tj.sp.gov.br). Acesso em: 03 jan. 2008.

<sup>154</sup> Artigo 1.556. O casamento pode ser anulado por vício da vontade, se houve por parte de um dos nubentes, ao consentir, erro essencial quanto à pessoa do outro. BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em: 14 jan. 2008.

<sup>155</sup> Artigo 1.557. Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge: I – o que diz respeito à sua identidade, sua honra e boa-fama, sendo esse erro tal que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado. BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em: 14 jan. 2008.

<sup>156</sup> SPENGLER, Fabiana Marion. *União homoafetiva: o fim do preconceito*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003, p. 190.

por ter se casado com um transexual, a ponto de que esse fato torne impossível a vida do casal, podendo pedir sua anulação. Caso contrário, manterá a relação e o ato do casamento continuará perfeito, por conveniência das partes.

Mas se o transexual é casado e, depois de determinado tempo de matrimônio, resolve adequar seu sexo através da cirurgia e alterar seu registro civil? Se o cônjuge não concorda com a intervenção cirúrgica, a única solução é a dissolução da sociedade conjugal através da separação judicial e, posteriormente, extinção do vínculo, através do divórcio. O motivo que pode ser apresentado para tal fato é a conduta desonrosa do cônjuge ou a violação dos deveres do casamento por parte do mesmo. Há quem sustente que para que o cônjuge possa realizar a cirurgia de adequação sexual, o outro consorte deveria autorizar expressamente. Isso ocorreria pelo fato de que a posse do estado de casados estreita a possibilidade de disposição do próprio corpo. Entretanto, existem outros<sup>157</sup> que afirmam que não há necessidade de autorização do outro cônjuge, tanto que, se sentindo prejudicado pela operação, poderá recorrer ao Poder Judiciário, requerendo sua separação. Assim, o transexual que é casado só poderá se submeter à cirurgia de adequação sexual após a homologação do divórcio. Deve-se considerar que não se pode impor qualquer obstáculo a este ato, pois se a retificação é autorizada com base no livre desenvolvimento da personalidade, caso não se autorize o matrimônio, estar-se-ia deixando as coisas em um meio termo, ou seja, criando e reconhecendo a existência de um terceiro sexo. Então, havendo a autorização, esta deve ser completa e efetiva, em todos os âmbitos, incluindo, portanto, o casamento de transexuais<sup>158</sup>. E isso, porque,

Una vez reconocida judicialmente la transexualidad e inscrito en el Registro civil el nuevo sexo, hay que reconocer al transexual la capacidad jurídica de que antes disfrutara, salvo que la ley estableciera restricciones conforme a la consciencia social y teniendo en cuenta que la capacidad no puede ser objeto de interpretación restrictiva<sup>159</sup>.

---

<sup>157</sup> Nesse sentido, ver: DINIZ, Maria Helena. *O Estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 240; VIEIRA, Tereza Rodrigues. Direito à adequação de sexo do transexual. *UNOPAR Científica, ciências jurídicas e empresariais*. Londrina, v. 3, n. 1, mar. 2002. Disponível em: [http://www2.unopar.br/pesq\\_arq/revista/JURIDICA/00000408.pdf](http://www2.unopar.br/pesq_arq/revista/JURIDICA/00000408.pdf). Acesso em: 10 jul. 2007.

<sup>158</sup> CÁNOVAS, Diego Espín. Los derechos fundamentales de igualdad e identidad en la familia y la identidad del transexual. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. Caracas: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas da Universidad Central de Venezuela, n.º 126, jul. 2006, p. 157.

<sup>159</sup> *Ibidem*, p. 163-164.

Assim, talvez, nestes casos, a melhor solução para o matrimônio do transexual, seja a utilização do sexo legal para diferenciação dos sexos no momento do ato, ou seja, se a Justiça entende que pode haver a alteração dos documentos por um sexo legal, nada mais justo que isso seja plenamente aplicado, inclusive no caso de matrimônio. Neste sentido, utiliza-se como parâmetro, no momento do casamento, não apenas o elemento biológico, mas todos aqueles fatores que influenciam na fixação do sexo, reconhecendo-se, portanto, a existência de uma pluralidade de vetores sexuais, os quais são necessários e importantes na definição do sexo do indivíduo.

A discussão acerca das conseqüências jurídicas ainda não está encerrada. Nosso ordenamento jurídico não possui nenhuma lei que discipline sobre os casos de transexualidade. Assim, devido à omissão legal, para que os direitos de terceiros sejam assegurados frente à modificação do registro de nascimento dos transexuais, o que poderia ser feito? Não é necessário argumentar que o registro civil serve para provar a existência e a veracidade daquilo que nele está contido. Assim, se um terceiro desconhecer a situação de transexual do indivíduo, poderá vir a contrair matrimônio com ele. Nesse caso, teríamos uma terceira pessoa induzida a erro, por desconhecer o sexo biológico do parceiro. Mas isso pode ocorrer com qualquer tipo de contrato. O que se deve evitar é que uma pessoa antes conhecida como “Maria”, submeta-se a uma cirurgia de adequação de sexo e passe a se chamar “João” e suas obrigações anteriores desapareçam. Nesses casos, os terceiros que vieram a contratar com “Maria”, de que forma terão direito de exigir o cumprimento da obrigação? A solução é simples: o número do CPF<sup>160</sup> continua o mesmo, inexistindo qualquer possibilidade de insegurança jurídica ou possível prejuízo a terceiros.

E com relação ao Registro Imobiliário? Deve-se proceder da mesma forma, ou seja, efetuar a inscrição da alteração, devido à sentença judicial. Não pode ocorrer, no entanto, a indicação do motivo, para preservar a intimidade do transexual.

---

<sup>160</sup> O Cadastro de Pessoas Físicas é o documento pelo qual todo indivíduo é identificado perante a Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB). O documento contém informações cadastrais do indivíduo, fornecidas por ele próprio. Cada indivíduo só pode se inscrever nesse cadastro uma única vez, sendo que o número atribuído ao seu cadastro será único e definitivo. Dessa forma, toda e qualquer alteração que ocorrer na situação do indivíduo, tal como a retificação de prenome e de sexo, deverá ser informada neste cadastro, pedindo-se a alteração destes dados, mas não será emitido novo número e permanecerá o já existente, havendo, apenas as correções necessárias. RECEITA FEDERAL. Desenvolvido pela Secretaria da Receita Federal do Brasil. Apresenta informações gerais ao contribuinte sobre CPF, CNPJ, emissão de certidões, dentre outros serviços. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br>. Acesso em: 25 maio 2007.

Conforme já foi mencionado, existem decisões que determinam que haja inscrição de que a retificação ocorreu devido à cirurgia de adequação sexual e por determinação judicial, mas isso não resolve os problemas do transexual, pois qualquer pessoa pode ter acesso a tais informações. Assim, poderia, ainda, ser realizada a inscrição, porém de forma sigilosa. Nestes casos, quem tirasse uma certidão sobre aquela pessoa constaria “fulano de tal, sexo tal”. Para que o inteiro teor do registro fosse divulgado, deveria haver uma autorização judicial para que o Cartório de Registro informasse o sigilo. Acredita-se que talvez seja essa uma boa solução, pois se estaria preservando a vida privada do transexual, permitindo que ele viva de forma digna.

Não se chegou a um consenso sobre esse tema. Não se sabe, ainda, o que seria melhor: inscrever à margem do registro de nascimento do transexual sua condição ou omiti-la, o que poderia levar terceiros ao erro. O compromisso com relação a isso seria do Estado, que poderia ser responsabilizado por não ter no registro público a inscrição da verdade sobre aquela pessoa. Todavia, como o transexual é um indivíduo igual a qualquer outro, é sujeito de direitos previstos na Constituição Federal, como a dignidade da pessoa humana, por exemplo. Além da dignidade, todo e qualquer direito fundamental (assim como qualquer outro) protege o transexual, sendo os principais, além da dignidade, o direito à intimidade, à privacidade, à liberdade sexual, dentre outros, conforme se verá a seguir. Dessa maneira, após se apresentar a questão da transexualidade, seus conceitos, desdobramentos, conseqüências jurídicas – elementos esses que serão necessários no decorrer deste trabalho para uma melhor compreensão da discussão que se estabelecerá – é preciso, mais uma vez, que seja ressaltado que este não é o enfoque principal do trabalho, mas serve como limite para a discussão, já que o objeto não é debater polêmicas internas da transexualidade, e sim suas conseqüências jurídicas. Assim, partindo desses elementos, o que se trabalhará é a discussão acerca dos conflitos entre direitos fundamentais de transexuais frente aos direitos de terceiros, ou seja, debater sobre os conflitos da dignidade humana dos transexuais pós-operados, de terem sua condição anterior resguardada, frente aos direitos fundamentais à honra, à informação, ao respeito dos indivíduos que efetuarem contrato com os transexuais, como o estabelecimento de casamento ou de união estável, por exemplo.

Esses aspectos serão analisados, partindo-se da premissa de que os conflitos de direitos fundamentais são solucionados através da aplicação do princípio da proporcionalidade e das máximas da ponderação, levando-se em conta, também, as circunstâncias que advém do caso concreto (e, nesse momento, serão importantes os conceitos apresentados neste capítulo)<sup>161</sup>. Também será objeto de discussão a operacionalização destes conflitos pelo Tribunal Constitucional, com base na análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de verificar se o princípio da proporcionalidade está sendo utilizado como método para resolução, considerando-se os pressupostos democráticos e constitucionais que informam a ordem jurídica brasileira. No capítulo seguinte, portanto, será analisada a questão da dignidade humana, a partir da ótica do constitucionalismo democrático, assim como a proteção constitucional da transexualidade e a preocupação da Constituição Federal com as minorias.

---

<sup>161</sup> Nesse sentido, será observada, como obra de base: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

## **2 OS INDIVÍDUOS TRANSEXUAIS COMO SUJEITOS DE DIGNIDADE: A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA TRANSEXUALIDADE**

A partir da apresentação do tema da transexualidade, que, neste trabalho, serve como delineamento, como uma forma de se dar um recorte no objetivo que se pretende efetivamente discutir – o conflito entre direitos fundamentais e a visão da jurisdição constitucional – e da construção dos fundamentos necessários para a compreensão do fenômeno transexual, passar-se-á, agora, a adentrar no tema propriamente dito, ou seja, analisar os direitos fundamentais que protegem o transexual, bem como a preocupação do constitucionalismo democrático com a questão da dignidade para, então, se discutir a questão do conflito entre direitos fundamentais e a aplicação da proporcionalidade.

Assim, mais uma vez, é preciso que se destaque que a análise que se pretende, tem como mote as conseqüências jurídicas que a cirurgia de adequação sexual e a retificação de prenome e sexo no Registro Civil trazem ao ordenamento jurídico. Dessa maneira, neste capítulo, tratar-se-á da preocupação do constitucionalismo democrático com a dignidade humana e, por conseqüência, de sua preocupação para com as minorias, assim como os direitos fundamentais que protegem o transexual e que acabam por entrar em conflito com o direito de terceiros. Enfim, buscar-se-á trabalhar com a questão da proteção constitucional dos transexuais, sob o enfoque dos indivíduos transexuais como sujeitos de dignidade.

### **2.1 A preocupação e a vocação do constitucionalismo democrático em relação à dignidade humana**

Tendo como objetivo demonstrar que o constitucionalismo democrático possui uma especial preocupação com a dignidade da pessoa humana, a seguir se trará uma pequena evolução histórica do constitucionalismo, exatamente com a intenção de demonstrar e destacar de que forma o constitucionalismo chegou ao nível de preocupação com a noção de dignidade humana, categoria fundamental para o desenvolvimento do trabalho. Tem-se, então, que o constitucionalismo surgiu com o fim de romper com a insegurança e com as imposições dos governos absolutistas,

coincidindo com as revoluções burguesas que ocorreram nos séculos XVII e XVIII<sup>1</sup>, assim como com o começo do Estado Liberal<sup>2</sup>. Esse movimento, de característica político-constitucional, visava a esclarecer a sociedade acerca da necessidade de se elaborarem Constituições escritas<sup>3</sup>, para que houvesse a regulamentação do exercício do poder e da vida dos cidadãos em geral. As Constituições<sup>4</sup> surgem, então, como forma de “exigência burguesa de limitação e racionalização do poder real, até então absoluto, que passa a curvar-se aos interesses da nova classe dominante”<sup>5</sup>. Dessa forma, é a partir do Estado Liberal que surge a noção de constitucionalismo<sup>6</sup> – embora alguns doutrinadores afirmem que não é incorreto afirmar que a origem do constitucionalismo remonta à Antiguidade<sup>7</sup>, não com as características atuais, próprias da identidade do constitucionalismo moderno<sup>8</sup> – e de Constituição da maneira como se conhece atualmente<sup>9</sup>. É neste modelo de Estado – o Liberal – que têm início as primeiras lutas pelos direitos individuais de liberdade<sup>10</sup> e

---

<sup>1</sup> Com relação às revoluções burguesas, deve-se destacar a Revolução Gloriosa e a Revolução Francesa, como aquelas que maior destaque e maiores modificações trouxeram à teoria geral do Estado. Em breve síntese, a Revolução Gloriosa, na Inglaterra em 1688, instituiu a *Bill of rights*, limitou o poder real através da Constituição e estabeleceu a liberdade de culto. (MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad*. Historia del constitucionalismo moderno. Traducción de Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 1988, p. 143-151 passim; STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. *Ciência política e teoria do estado*. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 57). Da mesma forma, a Revolução Francesa de 1789 também teve como objetivo a limitação do poder real, instituindo a Assembléia Constituinte que tinha como finalidade a elaboração da Constituição, como forma de eliminar os privilégios até então existentes para o clero e a nobreza. (STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. op. cit., p. 51-54 passim).

<sup>2</sup> BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. Legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 15-16.

<sup>3</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 74-75 passim.

<sup>4</sup> Segundo Jorge Miranda, independentemente do tipo de Estado ou da época, sempre existem regras fundamentais, sejam escritas ou não, que respeitam a estrutura, a organização e a atividade do Estado, ou seja, a Constituição sempre existe para expressar a relação entre poder e comunidade política. MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 323.

<sup>5</sup> BINENBOJM, op. cit., p. 16.

<sup>6</sup> Sobre o constitucionalismo e as Constituições liberais, ver: MIRANDA, op. cit., p. 324-327; GORCZEWSKI, C.; BOTELHO, E.; LEAL, M. C. H. *Introdução ao estudo da ciência política, teoria do Estado e da Constituição*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007, p. 45-51.

<sup>7</sup> BINENBOJM, op. cit., p. 16.

<sup>8</sup> LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta*. Reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição Constitucional na ordem democrática. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 7.

<sup>9</sup> Idem. *A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 2; Idem. *Jurisdição Constitucional Aberta*. Reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição Constitucional na ordem democrática. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 7.

<sup>10</sup> Deve-se destacar, todavia, que existiram alguns “episódios” anteriores que promoveram a proteção das liberdades individuais, tendo como exemplo, a Magna Carta de João Sem Terra, na Inglaterra, em 1215. Nesse sentido, ver: LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 33-38.

pela democracia, como conseqüência da libertação das atrocidades do absolutismo, sendo, também, um marco da modernidade<sup>11</sup>.

É na passagem do absolutismo para o Estado Liberal, com as revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII<sup>12</sup>, especialmente a Revolução Francesa, que os homens, através de um “contrato social”<sup>13</sup> e pelo consenso, abrem mão de certos direitos em benefício de um ente superior, o Estado, que passará a regular a vida da sociedade<sup>14</sup>, em nome da paz social, sendo que a explicitação do contrato social se dá através da Constituição<sup>15</sup>. Nesse sentido, o Estado está a serviço dos indivíduos, e não ao contrário<sup>16</sup>, pois as partes (os indivíduos) são anteriores ao todo (o Estado)<sup>17</sup>, tendo como ponto de partida e referência obrigatória, a promoção e proteção da liberdade, igualdade e autodeterminação, fundamentos que o tornam legítimo<sup>18</sup>. E a liberdade do homem, no Estado Liberal, é, em princípio, ilimitada, desde que seu exercício esteja inserido naquilo que a lei não proíbe.

<sup>11</sup> LEAL, Rogério Gesta. *Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 89.

<sup>12</sup> O processo de transição entre o Estado Absolutista e o Estado Liberal foi deflagrado por três grandes revoluções: a Inglesa, a Americana e a Francesa, especialmente esta última. Nesse sentido, ver: BARROSO, Luís Roberto. *Constituição*. In: BARRETTO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: UNISINOS; Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 145.

<sup>13</sup> O pensamento contratualista era difundido através das idéias de Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau, pretendendo “estabelecer, ao mesmo tempo, a origem do Estado e o fundamento do poder político a partir de um acordo de vontades, tácito ou expresso, que ponha fim ao estágio pré-político (estado de natureza) e dê início à sociedade política (estado civil)”. STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. *Ciência política e teoria do estado*. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 29.

<sup>14</sup> PINHEIRO FILHO, José Muiños. Estado. In: BARRETTO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: UNISINOS; Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 287; BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. Legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 20; LEAL, op. cit., p. 85 et. seq.; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 3.

<sup>15</sup> STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B., op. cit., p. 55. Na verdade, a Constituição, no modelo atual, nasce a partir da Revolução Francesa de 1789, tendo como base a idéia do contrato social e de que o Estado está a serviço do homem.

Nesse sentido, sobre a evolução das Constituições, ver: GORCZEVSKI, C.; BOTELHO, E.; LEAL, M. C. H. *Introdução ao estudo da ciência política, teoria do Estado e da Constituição*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007, p. 169-173.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 169.

<sup>17</sup> BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*. Por uma teoria geral da política. 8. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 117.

<sup>18</sup> LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta*. Reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição Constitucional na ordem democrática. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 8.

A intervenção do Estado, nestes casos, é mínima<sup>19</sup>, pois se ele existe, é em razão dos indivíduos e, portanto, este é o fundamento da limitação da atuação do Estado<sup>20</sup>. Assim, a idéia central é que os indivíduos vivam em um mesmo patamar, todos iguais, com uma lógica de liberdade, em princípio, ilimitada. Todavia, essa igualdade e essa liberdade que é, *a priori*, ilimitada, gera conflitos. Nesse caso, a função do Direito é solucionar essas tensões através do regramento das condutas, de forma a dizer o que é permitido e o que é proibido. Para estabelecer as regras de conduta e solução de conflitos entre a sociedade, as soluções são encontradas no Código Civil<sup>21</sup>, onde a relação é contratual, baseada na autonomia da vontade, o que reforça o aspecto da liberdade. No entanto, no que diz respeito à forma de funcionamento e de organização do Estado, a lei que o disciplina é a Constituição<sup>22</sup>. Nos casos em que há relação de comunicação entre sociedade e Estado, a Constituição também serve de lei para a sociedade, ainda que de forma mínima, pois essa é a característica do Estado Liberal<sup>23</sup> – intervenção mínima do Estado<sup>24</sup> e, por consequência, da Constituição, na vida dos cidadãos –, isto é, deve intervir na sociedade somente dentro dos limites do estritamente necessário.

Esse modelo de restrição do poder estatal serviu de exemplo para uma proteção mais efetiva<sup>25</sup> dos direitos fundamentais, através da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. No entanto, como o referido documento possuía caráter apenas declaratório, a Constituição passou a ser a protetora desses direitos frente às ingerências do Estado. Dessa maneira, a Constituição é a estrutura

<sup>19</sup> Essa noção é própria do liberalismo, associada à noção de “vigia noturno”, pela qual o Estado não deve intervir na sociedade, especialmente na questão econômica, em que o mercado se auto-organiza e funciona por si próprio. STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. *Ciência política e teoria do estado*. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 56-61 passim.

<sup>20</sup> LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Estado de Direito. In: BARRETTO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: UNISINOS; Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 289.

<sup>21</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Ley, derechos, justicia. 4. ed. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2002, p. 53; UBILLOS, Juan Maria Bilbao. ¿Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? *Revista da AJURIS – Associação dos juízes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, n.º 98, p. 333-367, jun. 2005, p. 334.

<sup>22</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição. In: BARRETTO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: UNISINOS; Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 145.

<sup>23</sup> A Constituição liberal é um documento do Estado, que estabelecia a limitação do poder político e, como consequência, a garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos, através da própria noção de Estado Mínimo. STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B., op. cit., p. 59-61 passim.

<sup>24</sup> BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*. Por uma teoria geral da política. 8. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 129-131 passim.

<sup>25</sup> Utiliza-se a expressão “mais efetiva”, pois existem várias outras manifestações importantes à proteção dos direitos humanos fundamentais, tais como a Magna Carta de 1215, o Bill of Rights de 1689, dentre outros. GORCZEWSKI, Clovis. *Direitos humanos: dos primórdios da humanidade ao Brasil de hoje*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2005, p. 85.

adequada para, além de estabelecer limites ao poder político, conferir uma maior garantia aos direitos fundamentais dos indivíduos<sup>26</sup>, sendo que, para tanto, a Constituição do Estado Liberal, além do cunho “eminente jurídico”<sup>27</sup>, é escrita e rígida, sendo uma lei hierarquicamente superior às demais<sup>28</sup>. O Estado, pois, através da Constituição, atuava de forma mínima, apenas no sentido da segurança individual, de forma a proporcionar o livre exercício das liberdades<sup>29</sup>. Todavia, em meados do século XIX, iniciou-se um processo de transformação do Estado Liberal, que passou a assumir uma posição mais ativa<sup>30</sup>, garantindo certos direitos aos cidadãos, relacionados à democracia<sup>31</sup> e à cidadania<sup>32</sup>, até porque, Estado e sociedade são entes que se complementam, um não existindo sem o outro<sup>33</sup>.

Assim, a partir do surgimento do Estado Social, as Constituições, além de manterem as características e os conteúdos das Constituições Liberais<sup>34</sup>, passam a ter uma pluralidade de conteúdos<sup>35</sup>, um papel mais amplo: abarcam as relações entre Estado, sociedade e indivíduo. Isso se deve ao fato de que, a partir da Revolução Industrial e da expansão das cidades, surgiram desigualdades sociais, que passaram a exigir uma atuação mais positiva do Estado, de forma a garantir uma igualdade material e não somente formal, como ocorria no Estado Liberal<sup>36</sup>. Então, a Constituição, que no Estado Liberal era eminentemente jurídica, passa a ter

---

<sup>26</sup> MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad*. Historia del constitucionalismo moderno. Traducción de Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 1988, p. 25; STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. *Ciência política e teoria do estado*. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 59.

<sup>27</sup> LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta*. Reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição Constitucional na ordem democrática. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 29.

<sup>28</sup> MATTEUCCI, op. cit., p. 25.

<sup>29</sup> STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B., op. cit. p. 62.

<sup>30</sup> O Estado assumiu tarefas positivas a fim de assegurar aos indivíduos direitos sociais e prestacionais. GORCZEWSKI, C.; BOTELHO, E.; LEAL, M. C. H. *Introdução ao estudo da ciência política, teoria do Estado e da Constituição*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007, p. 52.

<sup>31</sup> O direito a voto foi universalizado, estendendo-se às mulheres; houve um aumento do número dos partidos políticos e uma ampliação da participação político eleitoral da sociedade. STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B., op. cit., p. 64-67 passim.

<sup>32</sup> No Estado Liberal, a noção de cidadania estava associada a universalização da liberdade de mercado, ou seja, a cidadania caracterizava-se pela igualdade básica e pela aquisição de direitos. A partir do momento em que há uma mudança no modelo de Estado, em que os direitos sociais são reconhecidos aos cidadãos, há também uma modificação na conceituação e na compreensão de cidadania, ou seja, esses direitos sociais passam a ter *status* de cidadania, a partir de uma participação mais ativa dos cidadãos, na sociedade. CORRÊA, Darcísio. *A construção da cidadania: reflexões histórico-políticas*. 4.ed. Ijuí: Unijuí, 2006, p. 211-215 passim.

<sup>33</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p. 16-26 passim.

<sup>34</sup> GORCZEWSKI, C.; BOTELHO, E.; LEAL, M. C. H. op.cit., p. 172.

<sup>35</sup> MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 327.

<sup>36</sup> LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Estado de Direito. In: BARRETTO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: UNISINOS; Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 291.

um caráter político<sup>37</sup>, ou seja, há a construção da idéia de que, mais do que um documento jurídico, ela não é só uma Constituição do Estado, mas também da sociedade, regendo, propondo-se a reger, também, o “econômico” e o “social”<sup>38</sup>, até porque a intervenção do Estado na sociedade, na lógica do constitucionalismo social, passa a ocorrer com maior freqüência, exigindo maior âmbito de proteção<sup>39</sup>.

Com essa concepção, conforme já se afirmou, o Estado passa a ter uma postura positiva, dá-se um alargamento dos seus fins<sup>40</sup>, tendo a noção de igualdade material<sup>41</sup> como condição para o exercício das liberdades<sup>42</sup>. Necessário, portanto, que o Estado assegure os direitos sociais, como forma de promoção dessa igualdade material e, como conseqüência, das liberdades individuais que, agora, todavia, não são tão amplas – embora continuem sendo reconhecidas, pois a liberdade deve ser exercida com igualdade –, frente aos direitos da coletividade e da justiça social<sup>43</sup>. E, com essa evolução do Estado Liberal para o Social, há a incorporação, pela Constituição, de inúmeros direitos econômicos, sociais e culturais, sendo, também, reconhecidos os direitos políticos ao proletariado<sup>44</sup>, como a expansão do direito de voto, por exemplo. A partir de então, os cidadãos têm o direito de exigir do Estado prestações no sentido de promover tais direitos, sendo este um dos grandes progressos desse modelo de Estado<sup>45</sup>, visando-se à realização de uma igualdade material.

As Constituições, nesse sentido, passam a ter uma função mais dirigente e política, pois incorporam esses direitos através de programas de ação que, todavia, não têm efetividade imediata, dependendo de ações políticas para tanto, o que justifica seu caráter eminentemente político<sup>46</sup>. O Estado desenvolve uma noção paternalista de ação, pois, quando requisitado, regula, ordena, o que não está bem

<sup>37</sup> MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 50.

<sup>38</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 86.

<sup>39</sup> LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta*. Reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição Constitucional na ordem democrática. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 31-33 passim.

<sup>40</sup> MIRANDA, op. cit., p. 328.

<sup>41</sup> Nesse sentido, ver: LEAL, op. cit., p. 31.

<sup>42</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p. 26.

<sup>43</sup> STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. *Ciência política e teoria do estado*. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 64-66 passim.

<sup>44</sup> MIRANDA, op.cit., p. 52.

<sup>45</sup> GARCÍA-PELAYO, op. cit., p. 28-30 passim.

<sup>46</sup> LEAL, op. cit., p. 34-38 passim.

na sociedade, tendo uma função corretiva e prestacional, pois seu principal objetivo é o bem comum<sup>47</sup>. É preciso, então, que essas normas contidas na Constituição passem a ser implementadas pelo Estado e, portanto, “a teoria constitucional evolui no sentido de conferir aos denominados princípios constitucionais valor igual ou superior às demais regras”, surgindo, então, como substituto do Estado Social, o Estado Democrático de Direito<sup>48</sup>.

Na verdade, não há uma grande ruptura ou grandes transformações na passagem do Estado Social para o Estado Democrático de Direito, mas sim, um “*plus normativo*”<sup>49</sup>. O que existe é uma grande valorização dos direitos fundamentais, que se constituem em alicerce do Estado de Direito<sup>50</sup>, especialmente, da igualdade e da dignidade da pessoa humana, assim como o aspecto democrático é incorporado à sociedade<sup>51</sup>, de forma mais ampla, de modo a possibilitar uma maior participação dos cidadãos, de forma ativa, nas decisões estatais<sup>52</sup>. Nesse sentido, no Estado Democrático de Direito, os poderes estão vinculados aos direitos fundamentais, de maneira que surge, além da perspectiva subjetiva – possibilidade de se exigir o respeito aos direitos fundamentais –, uma noção objetiva desses direitos, ou seja, sua realização deve ser assegurada independentemente da vontade do seu titular<sup>53</sup>. A Constituição não mais se fixa nos limites do poder estatal, passando a ser um instrumento de valorização, de garantia e de concretização dos

<sup>47</sup> STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. *Ciência política e teoria do estado*. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 80.

<sup>48</sup> LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 18-19.

<sup>49</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 18.

<sup>50</sup> PEIXINHO, Manoel Messias. Teoria democrática dos direitos fundamentais. In: VIEIRA, José Ribas. *Temas de constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 119.

<sup>51</sup> Sobre a questão da democracia na sociedade, ver: BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*. Por uma teoria geral da política. 8. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 135-158.

<sup>52</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p. 94-95; STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. op. cit., p. 103-104.

Ainda que neste período tenha havido um maior incremento e maior valoração da dignidade humana, existem precedentes, com relação à dignidade, desde a Antiguidade, tais como sua referência tanto no Antigo como no Novo Testamento, ou sua conceituação na antiguidade clássica onde a dignidade da pessoa era proporcional a sua posição e grau de reconhecimento social. Já nos séculos XVII e XVIII a dignidade humana passou por um processo de racionalização e de laicização, perdendo sua ligação com os ideais divinos e passando a ser tomada como a possibilidade do indivíduo de se autodeterminarem. Nesse sentido, ver: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 29 et seq.; MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*. 2.ed. Madrid: Dykinson, 2003, p. 21 et seq.; Idem. Dignidad Humana. In: TAMAYO, Juan José (Org.). *10 palabras clave sobre derechos humanos*. Estella: Verbo Divino, 2005, p. 62-63.

<sup>53</sup> Nesse sentido, ver: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 155 et. seq.

direitos fundamentais e da dignidade humana, expressão dos valores supremos eleitos pela sociedade<sup>54</sup>.

Neste modelo de Estado, a democracia pode ser medida, dentre outros fatores, pela eficácia dos direitos fundamentais e pela valorização da dignidade da pessoa humana. Aliás, assim como a democracia é condição indispensável para a efetivação dos direitos fundamentais, entende-se que esses são imprescindíveis para a subsistência da democracia<sup>55</sup>. Isso porque, tomando-se por base uma sociedade plural, através de uma perspectiva aberta de interpretação, entende-se que a participação de toda a sociedade, não apenas nos processos políticos, mas em nível jurídico, também é condição indispensável para a sobrevivência do Estado Democrático de Direito<sup>56</sup>. Assim, é preciso que a democracia esteja sempre em processo de reconstrução, devendo-se guiar pela realidade constitucional<sup>57</sup>, para que os direitos já conquistados possam ser garantidos<sup>58</sup>, assim como novos direitos possam ser implementados, de forma que “a sociedade democrática é aquela que não apenas garante os direitos individuais e coletivos historicamente conquistados, mas também e precipuamente os promove”<sup>59</sup>.

Então, devido às barbáries e atrocidades ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial, como forma de valorizar os direitos que foram violados<sup>60</sup>, houve uma

---

<sup>54</sup> LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 23-24. No mesmo sentido: STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. *Ciência política e teoria do estado*. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 98-99; GORCZEWSKI, C.; BOTELHO, E.; LEAL, M. C. H. *Introdução ao estudo da ciência política, teoria do Estado e da Constituição*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007, p. 173.

<sup>55</sup> AIETA, Vânia Siciliano. Democracia. In: BARRETTO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: UNISINOS; Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 195.

<sup>56</sup> Nesse sentido, ver: LEAL, Rogério Gesta. *Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 175-185.

<sup>57</sup> LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Jurisdição Constitucional: um problema da teoria da democracia política. In: BERCOVICI, Gilberto et al. *Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, p. 233.

<sup>58</sup> Essa reconstrução se dá na perspectiva de Peter Häberle, que também pode ser chamada de “cláusula de não-retrocesso”. Nesse sentido, ver: HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

<sup>59</sup> LEAL, R.G., op. cit., p. 185.

<sup>60</sup> SEGADO, Francisco Fernández. Constitución y valores. La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico. In: SCHÄFER, Jairo (Org.). *Temas polémicos do constitucionalismo contemporâneo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 86-87; HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 91; GORCZEWSKI, Clovis. Direitos humanos e cidadania. In: LEAL, R. G.; REIS, J. R. *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004, t. 4, p. 1093-1120.

grande movimentação no sentido de se fortalecer a democracia e os próprios direitos fundamentais, sendo que esses elementos, aliados à dignidade da pessoa humana, passaram a ter ainda mais destaque nas Constituições<sup>61</sup>, constituindo-se nos pilares dessa forma democrática de Estado<sup>62</sup>. Aliás, a dignidade da pessoa humana, no constitucionalismo democrático, é um instrumento para a criação e a interpretação de qualquer norma, servindo, também, como uma forma de limite ao poder do Estado frente aos direitos dos cidadãos e como fonte dos direitos fundamentais, ou seja, ela é o centro do sistema de proteção desses direitos<sup>63</sup>.

No constitucionalismo democrático brasileiro<sup>64</sup>, a inserção, como fundamentos do Estado, da cidadania, da dignidade humana e do pluralismo jurídico, além daqueles objetivos fundamentais dentre outros, de construção de uma sociedade que seja justa, livre e solidária, são fatores que demonstram que o sistema de direitos fundamentais, passou a ser o núcleo básico do sistema jurídico, com especial atenção à dignidade humana, que é o valor essencial e que dá sentido à Constituição<sup>65</sup>. Desse modo, como a dignidade é vista como valor essencial do Estado Democrático de Direito<sup>66</sup> e como materialização desse valor<sup>67</sup>, é preciso que se defina o que se entende por valor. Nessa perspectiva, como conceito tem-se:

<sup>61</sup> LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 2005, p. 291; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta*. Reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição Constitucional na ordem democrática. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 51; MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*. 2.ed. Madrid: Dykinson, 2003, p. 11.

<sup>62</sup> MARTÍNEZ, op. cit., p. 14; LANDA, César. Dignidad de la persona humana. *Cuestiones Constitucionales*, n. 7, p. 109-138, jul.-dez. 2002, p. 113.

<sup>63</sup> Nesse sentido, entendendo a dignidade tanto como tarefa quanto como limite dos poderes, ver: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 47; ROLLA, Giancarlo. *Derechos Fundamentales, Estado Democrático y Justicia Constitucional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 95; MARTÍNEZ, op. cit., p. 13; MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. Dignidad Humana. In: TAMAYO, Juan José (Org.). *10 palabras clave sobre derechos humanos*. Estella: Verbo Divino, 2005, p. 55.

<sup>64</sup> Segundo Gisele Cittadino, o constitucionalismo democrático, no Brasil, possui grande influência dos sistemas constitucionais português e espanhol. CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2003, p. 27.

<sup>65</sup> SEGADO, Francisco Fernández. Constitución y valores. La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico. In: SCHÄFER, Jairo (Org.). *Temas polémicos do constitucionalismo contemporâneo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 88; CITTADINO, op. cit., p. 25-26; CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Dignidade da pessoa humana: o princípio dos princípios constitucionais. IN: SARMENTO, D.; GALDINO, F. *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

<sup>66</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., 2004, p. 67; FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de Direitos*. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996, p. 46.

<sup>67</sup> SEGADO, op. cit., p. 92.

[...] los modos o métodos que los seres racionales aplican a las cosas o a los movimientos físicos para orientar y regular los comportamientos y atribuir orden y armonía a la vida humana. [...] Los valores son, por tanto, los criterios básicos para enjuiciar las acciones, ordenar la convivencia y establecer sus fines. De ahí que los valores constitucionales supongan el sistema de preferencias expresadas en el proceso constituyente como prioritarias y fundamentadoras de la convivencia colectiva. Se trata de las opciones ético-sociales básicas que deben presidir el orden político, jurídico, económico y cultural<sup>68</sup>.

Nesse sentido, tanto o Estado quanto os agentes da sociedade devem abster-se de intervir no livre desenvolvimento da pessoa. Assim, a partir da posição central da dignidade da pessoa humana na Constituição, a interpretação desta deve ser feita como sendo um mandamento jurídico fundamental do Estado a serviço da pessoa humana e de sua dignidade, e esse, por sua vez, passa a ser visto como um Estado Social e Democrático de Direito<sup>69</sup>, já que,

[...] o reconhecimento e proteção da dignidade da pessoa pelo Direito resulta justamente de toda uma evolução do pensamento humano e de respeito do que significa este ser humano e de que é a compreensão do que é a ser pessoa e quais os valores que lhe são inerentes que acaba por influenciar ou mesmo determinar o modo pelo qual o Direito reconhece e protege esta dignidade<sup>70</sup>.

Na verdade, nesse sistema democrático de direito, a Constituição envolve um conjunto de valores, onde há prioridade aos valores da igualdade e da dignidade humana, ou seja, “o objetivo primordial da Constituição é a realização dos valores<sup>71</sup> que apontam para o existir da comunidade”<sup>72</sup>. Esse objetivo se contrapõe a um sistema fechado de garantias da vida e da autonomia privadas do indivíduo, pois, a partir da noção objetiva dos direitos fundamentais, há uma ampliação do espaço público, o que não comporta um sistema fechado, necessitando-se, então, de uma

<sup>68</sup> LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 2005, p. 294.

<sup>69</sup> LANDA, César. Dignidad de la persona humana. *Cuestiones Constitucionales*, n. 7, p. 109-138, jul.-dez. 2002, p. 111.

<sup>70</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: \_\_\_\_\_. (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 14.

<sup>71</sup> Não se tem como objetivo, aqui, fazer uma diferenciação entre valores e princípios, conforme a perspectiva de Alexy, nem se discute a existência de valores universais. Todavia utiliza-se a idéia de que há determinados conteúdos materiais que são o próprio fundamento da Constituição.

<sup>72</sup> CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2003, p. 28-29.

noção aberta de Constituição<sup>73</sup>, que tenha no centro do sistema os direitos fundamentais e a dignidade humana.

A partir dessa perspectiva, como se pretende discutir a dignidade humana, referencial que norteia o sistema constitucional vigente, conforme já afirmado, é preciso, primeiramente, que se discorra sobre princípios, já que sua inserção no sistema constitucional se deu na forma desta espécie normativa. Também é preciso que se faça a distinção entre princípios e regras, pois tal discussão será importante quando se abordar a questão do conflito entre direitos fundamentais em face da dignidade da pessoa humana, pois, dependendo da perspectiva que se adotar, será tomada uma solução diferente. Nesse sentido, os direitos fundamentais tanto possuem caráter de regra, quando a Constituição afirma que a norma de direito fundamental deve ser tomada como lei, quanto de princípios, pois como resultado da ponderação pode formular-se uma norma de direito fundamental adscrita com caráter de regra em face da qual pode ser subsumido o caso concreto. Assim, ainda que as normas de direitos fundamentais possuam caráter exclusivamente de princípios, existem entre as normas de direitos fundamentais tanto normas que são princípios, quanto normas que são regras<sup>74</sup>. Nesse sentido, conforme a teoria apresentada por Robert Alexy, são inúmeros os critérios existentes para se distinguirem regras e princípios, sendo o da generalidade o mais utilizado, ainda que, conforme o entendimento do referido autor a diferença não é só de grau – generalidade –, mas sim qualitativa<sup>75</sup>. Para este critério, os princípios são normas com um grau de generalidade mais alto e as regras possuem um nível mais baixo de generalidade<sup>76</sup>.

---

<sup>73</sup> A abertura constitucional consiste no fato de que a Constituição, para poder constituir-se em espelho da realidade da sociedade, deve estar em permanente evolução e em permanente interpretação. Essa interpretação deve ser feita através de toda a sociedade e com a aplicação dos direitos fundamentais, que acabam por oxigenar a Constituição, mantendo-a sempre viva e atual. Para a teoria da abertura constitucional, a Constituição deve ser sempre analisada pela perspectiva cultural, como um produto vivo, sujeito as alterações constantes da sociedade, devendo, portanto, adaptar-se a ela para melhor regulá-la.

Para uma melhor compreensão da discussão sobre abertura constitucional, ver: HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta*. Reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição Constitucional na ordem democrática. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

<sup>74</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 98.

<sup>75</sup> Ibidem, p. 86; PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2003, p. 573-574.

<sup>76</sup> ALEXY, op. cit., p. 83.

Apesar do critério da generalidade ser o mais utilizado, existem outros<sup>77</sup>, que, no entanto, tomam por base as mesmas premissas de Alexy. O primeiro deles, critério do carácter hipotético-condicional, se baseia no fato de que, nas regras, existem uma hipótese e uma conseqüência que irão predeterminar a decisão, enquanto que os princípios indicam a base a ser usada para que se consiga encontrar a regra no caso concreto. Outro critério capaz de diferenciar regras e princípios é o do modo final de aplicação, pelo qual as regras são aplicadas na base do tudo ou nada, ou seja, ou se aplicam – sua hipótese de incidência foi preenchida – ou então a regra é inválida. Os princípios, ao contrário, são aplicados de forma gradual, mais ou menos, ou seja, determinam fundamentos para que, somados a outros fundamentos, possa-se chegar à decisão, a partir da interpretação.

Como se pode ver, a distinção entre princípios e regras é particularmente complexa. Esta complexidade deriva, muitas vezes, do facto de não se esclarecerem duas questões fundamentais: (1) saber qual a função dos princípios, ou seja, se têm uma função retórica-argumentativa ou são normas de conduta; (2) saber se entre princípios e regras existe um denominador comum, pertencendo à mesma “família” e havendo apenas uma diferença do grau (quanto à generalidade, conteúdo informativo, hierarquia das fontes, explicitação do conteúdo, conteúdo valorativo), ou se, pelo contrário, os princípios e as regras são susceptíveis de uma diferenciação quantitativa<sup>78</sup>.

Na realidade, porém, o entendimento de Alexy, para a diferenciação entre regras e princípios, é o de que os princípios são mandamentos de otimização<sup>79</sup>, isto é, são normas que prevêm que algo deve ser realizado da melhor maneira possível, sendo que esta determinação deve ser cumprida, em diferentes graus, de acordo com as possibilidades reais e jurídicas existentes<sup>80</sup>. Já as regras só podem ser cumpridas ou não, não possuindo grau maior ou menor de cumprimento, ou seja, se a regra é válida deve ser cumprida, sendo possível dizer que elas possuem

<sup>77</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 31-55 passim.

<sup>78</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1125.

<sup>79</sup> Sobre a distinção entre princípios e regras na teoria de Alexy, ver também: MÖLLER, Kai. Balancing and the structure of constitutional rights. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, n. 3, v. 5, p. 453-468, jul. 2007, p. 454-455.

<sup>80</sup> ALEXY, Robert. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Fundación Beneficentia et Peritia Iuris, 2004, p. 38; Idem. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 86; Idem. Balancing, constitutional review, and representation. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, n. 1, v. 3, p. 572-581, jan. 2005, p. 573.

determinações no âmbito fático e jurídico possível<sup>81</sup>. Então, os princípios, entendidos como mandamentos de otimização, “permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à ‘lógica do tudo ou nada’), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes” e, as regras, “não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra *vale* (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos”<sup>82</sup>. Nesse sentido:

La distinción entre reglas y principios constituye, además, el marco de una teoría normativo-material de los derechos fundamentales y, con ello, un punto de partida para responder a la pregunta acerca de la posibilidad y los límites de la racionalidad en el ámbito de los derechos fundamentales. Por todo esto, la distinción entre reglas y principios es uno de los pilares fundamentales del edificio de la teoría de los derechos fundamentales<sup>83</sup>.

Outra forma possível de se verificar a distinção entre regras e princípios é quando existe colisão de princípios ou conflito de regras. Assim, quando for o caso em que duas regras podem ser aplicadas ao mesmo caso concreto, a solução não é outra senão adicionar uma cláusula de exceção, que irá eliminar o conflito ou declarar inválida uma das regras (ou até mesmo ambas). Assim, se não há como introduzir uma cláusula de exceção, não há outra alternativa senão declarar inválida uma das regras, sendo que essa declaração não é gradual, ou seja, a regra é válida ou não é, não existindo meio termo. E essa eliminação pode ser feita tanto pelo critério de que a lei posterior derroga a lei anterior, quanto pelo critério pelo qual a lei especial derroga a lei geral. Tudo irá depender do caso concreto. Por outro lado, quando houver uma colisão entre princípios, um dos princípios tem de ceder ante o outro. Assim, são estabelecidos pesos aos princípios, onde o de maior peso irá prevalecer sobre o outro, mas sem significar que aquele que foi preterido não é válido, pois, em outro caso, a solução poderia ser inversa<sup>84</sup>. Esta perspectiva será mais bem analisada mais adiante, quando se abordar a questão dos direitos fundamentais que protegem os transexuais, bem como quando se tratar da ponderação.

<sup>81</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 87.

<sup>82</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1125.

<sup>83</sup> ALEXY, op. cit., p. 81-82.

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 87-89 passim.

De tudo o que já foi referido, é possível depreender que a dignidade da pessoa humana, assim como os demais direitos fundamentais, é um princípio constitucional, dotado de normatividade, pois representa um conteúdo formal<sup>85</sup>, possuindo vigência no sistema constitucional do país. Nesse sentido, o constitucionalismo democrático está promovendo uma inserção de valores e ética no Direito, numa perspectiva comunitarista, o que ocorre através dos princípios constitucionais. Os princípios espelham os valores da sociedade, sua ideologia, seus fins; são capazes de harmonizar o sistema, atenuando os conflitos normativos existentes<sup>86</sup>, sendo dotados de um caráter deontológico<sup>87</sup>. Princípio significa “verdade primeira”, ou seja, os princípios são o centro do sistema jurídico, representando os aspectos valorativos, os valores supremos eleitos pela comunidade<sup>88</sup>. Os princípios devem imperar sobre toda e qualquer apreciação do Direito, servindo como indicativo dos valores que devem fundamentar a decisão<sup>89</sup>. Possuem força vinculante, normatividade, sendo, também, segundo uma visão pós-positivista<sup>90</sup>, obrigatórios, pois, partindo-se da premissa de que a Constituição vale como lei, não há como entender que os princípios não sejam dotados de normatividade, até porque, se tal fato for considerado, estar-se-á retirando da Constituição o *status* de norma<sup>91</sup>.

[...] os princípios são os elementos que expressam os fins que devem ser perseguidos pelo Estado (em sua acepção mais ampla), vinculando a todos os entes e valendo como um impositivo para o presente e como um projeto para o futuro que se renova cotidianamente, constituindo-se numa eterna construção da humanidade<sup>92</sup>.

Nessa perspectiva, o Estado está passando por um processo de reestruturação, no sentido de que deixa de ser constituído por ramos estanques,

<sup>85</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 144-145. No mesmo sentido: LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 2005, p. 291.

<sup>86</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: \_\_\_\_\_. (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 28.

<sup>87</sup> ALEXY, op. cit., p. 141.

<sup>88</sup> GORCZEWSKI, C.; BOTELHO, E.; LEAL, M. C. H. *Introdução ao estudo da ciência política, teoria do Estado e da Constituição*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007, p. 212-213; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*. Barueri, São Paulo: Manole, 2003, p. 72.

<sup>89</sup> LEAL, op. cit., p. 84.

<sup>90</sup> Segundo Bonavides, a fase do pós-positivismo, no que se refere aos princípios, é a fase da hegemonia axiológica dos mesmos, que são “convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 237.

<sup>91</sup> GORCZEWSKI, C.; BOTELHO, E.; LEAL, M. C. H., op. cit., p. 217.

<sup>92</sup> LEAL, op. cit., p. 50.

sem ligação e interdependência, para passar a um direito em que todos os seus ramos (civil, penal, administrativo) devem ser interpretados de acordo com o direito constitucional<sup>93</sup>. Tal situação se deve ao fato de que o Direito não consegue acompanhar a evolução da sociedade. Assim, a melhor forma de fazer com que o Direito possa solucionar, da melhor maneira possível, as questões existentes, é fazer sua interpretação através dos ditames da Constituição, até mesmo porque os seus conteúdos fundamentais é que conferem sentido ao restante do ordenamento jurídico. Isto porque a Constituição é capaz de evoluir com a sociedade, devido à existência de princípios, os quais possuem condições de ser aplicados em qualquer momento histórico, ou seja, é a vinculação de tudo e de todos aos referenciais de conteúdo da Constituição e dos direitos fundamentais.

É possível afirmar que, no ordenamento jurídico nacional, está-se vivenciando uma espécie de “Estado principiológico”, pois não há mais um único sentido para as normas constitucionais, o que remonta a idéia de abertura constitucional proposta por Häberle. E, nessa mesma perspectiva, pode-se afirmar que não existe um conceito fechado, fixo, de dignidade humana. Tal fato associa-se à idéia de que o sistema constitucional passa por constantes oxigenações, idéia abarcada por Häberle, para quem se deve perceber a Constituição e, por conseqüência, todo o sistema constitucional, numa perspectiva viva, em constante transformação e evolução<sup>94</sup>. Assim, deve ser reconhecido que também o conceito de dignidade da pessoa humana necessita de constante concretização, interpretação e oxigenação, ou seja, é um conceito que está em permanente construção e desenvolvimento, com seu caráter histórico, de incorporação de novos direitos<sup>95</sup>.

Nesse sentido, a dignidade pode ser conceituada como o referencial que baliza a ação pública, no sentido de promover condições para que a pessoa possa se

---

<sup>93</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 20-21; UBILLOS, Juan Maria Bilbao. ¿Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? *Revista da AJURIS – Associação dos juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, n.º 98, p. 333-367, jun. 2005, p. 337.

<sup>94</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 24; Idem. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Tradução de Emilio Mikunda. Madrid, Tecnos, 2000, p. 34.

<sup>95</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 41.

desenvolver de forma digna<sup>96</sup>, abarcando, além do direito do ser humano de viver de maneira digna, também o de morrer dignamente<sup>97</sup>. Neste sentido, pode se dizer que na dignidade humana “se corporeizan los más altos valores espirituales y costumbres éticas, individuales y comunitarias, constituyendo un principio y un límite de la actuación de todas las personas, la sociedad y del Estado”<sup>98</sup>. E é de se destacar, também, que a dignidade da pessoa humana é um valor inerente, intrínseco ao ser humano<sup>99</sup>, sendo todos iguais em dignidade, tendo-se que seu elemento principal situa-se na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa<sup>100</sup>, considerada “como sendo a capacidade potencial que cada ser humano tem de autoderminar (sic) sua conduta, não dependendo da sua efetiva realização no caso da pessoa em concreto”<sup>101</sup>. Além disso, o princípio jurídico da dignidade da pessoa humana tem como “núcleo essencial a idéia de que a pessoa humana é um fim em si mesma”<sup>102</sup>, noção de inspiração kantiana<sup>103</sup>. Com isso, é possível compreender-se que o ser humano, devido à existência do princípio da dignidade da pessoa humana, não pode ser utilizado como um meio para a obtenção de qualquer fim e, por isso, não pode haver a separação entre o indivíduo e sua dignidade:

[...] a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é 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<sup>104</sup>.

<sup>96</sup> MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*. 2.ed. Madrid: Dykinson, 2003, p. 41.

<sup>97</sup> MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 61.

<sup>98</sup> LANDA, César. Dignidad de la persona humana. *Cuestiones Constitucionales*, n. 7, p. 109-138, jul.-dez. 2002, p. 118.

<sup>99</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 29.

<sup>100</sup> SEGADO, Francisco Fernández. Constitución y valores. La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico. In: SCHÄFER, Jairo (Org.). *Temas polémicos do constitucionalismo contemporâneo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 93; PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. *Discurso sobre a dignidade do homem*. Tradução de Maria de Lurdes Sirgado Ganho. Lisboa: Edições 70, 1986, p. 29.

<sup>101</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 112-113.

<sup>102</sup> RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado/Esmafe, 2000, p. 89; SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 32.

<sup>103</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de António Pinto de Carvalho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1964, p. 90-92, passim.

<sup>104</sup> SARLET, op. cit., p. 41.

Essa noção de que a dignidade é intrínseca, própria do ser humano, serve, por sua vez, como fundamento para afastar qualquer desrespeito aos direitos fundamentais do indivíduo, bem como serve de base para a interpretação de todo o sistema jurídico. A partir desta perspectiva, a dignidade, considerada como um valor supremo<sup>105</sup>, característica que acaba por atrair os conteúdos dos demais direitos fundamentais<sup>106</sup>, tem de ser sempre respeitada, constituindo-se em dever do Estado a sua promoção e a sua proteção<sup>107</sup>, assim como ocorre com os direitos fundamentais. Na realidade, sua inserção no corpo da Constituição Federal – artigo 1.º, inciso III –, tem o objetivo de embasar a busca pela efetividade dos direitos constitucionais, proporcionando aos cidadãos condições de serem pessoas dignas. Além disso, sua previsão no texto constitucional “reconheceu expressamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o homem constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal”<sup>108</sup>.

Dessa maneira, a dignidade humana tem como função reger todo o constitucionalismo democrático, de forma que a aplicação de qualquer princípio ou lei tenha que ser feita, considerando-a não como um valor supremo, mas como um norte, como uma forma de proteção da pessoa<sup>109</sup>. Então, não se pode desconsiderar a dignidade, pois ela é real, é vivenciada, de forma concreta, “por cada ser humano, já que não se verifica maior dificuldade em identificar claramente muitas das situações em que é espezinhada e agredida”<sup>110</sup>. Luís Roberto Barroso<sup>111</sup>, contudo, entendendo que a dignidade da pessoa humana não possui valor jurídico, faz crítica à sua inserção no corpo da Constituição Federal:

---

<sup>105</sup> HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 99.

<sup>106</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 105.

<sup>107</sup> LANDA, César. Dignidad de la persona humana. *Cuestiones Constitucionales*, n. 7, p. 109-138, jul.-dez. 2002, p. 122.

<sup>108</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 112-113.

<sup>109</sup> Daí surge o caráter normativo, deontológico da dignidade da pessoa humana, ou seja, seu caráter de princípio.

<sup>110</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: \_\_\_\_\_. (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 17.

<sup>111</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Limites e possibilidades da Constituição brasileira. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 298.

Dignidade da pessoa humana é uma locução tão vaga, tão metafísica, que embora carregue em si forte carga espiritual, não tem qualquer valia jurídica, passar fome, dormir ao relento, não conseguir emprego são, por certo, situações ofensivas à dignidade humana. O princípio, no entanto, não se presta à tutela de nenhuma dessas situações. Por ter significativo valor ético, mas não se prestar à apreensão jurídica, a dignidade da pessoa humana merece referência no preâmbulo, não no corpo da Constituição, onde desempenha papel decorativo, quando não mistificador.

Entende-se, entretanto, equivocada a posição acima, pois a dignidade, como valor intrínseco do ser humano, foi considerada, repise-se, como um princípio e valor fundamental da ordem constitucional brasileira, não por mero acaso, mas sim porque todos os direitos fundamentais encontram seu embasamento nela<sup>112</sup>. Ademais, a expressão dignidade da pessoa humana é um conceito jurídico aberto, que proporciona uma escala de interpretação diferenciada<sup>113</sup>, de forma que cabe ao aplicador do Direito construir interpretações possíveis e válidas constitucionalmente<sup>114</sup>. E, mais do que isso, porque é um elemento, uma qualidade, inerente ao ser humano, sendo que a dignidade “passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal”<sup>115</sup>. Com isso, Häberle afirma que existem cláusulas, com relação à dignidade humana nos “catálogos de direitos fundamentais, aqui não apenas no tradicional contexto dos clássicos direitos de liberdade, mas também na sua conexão com a ordem econômica”<sup>116</sup>.

<sup>112</sup> DOMINGO, Tomas de. *¿Conflictos entre derechos fundamentales? Un análisis desde las relaciones entre los derechos a la libre expresión e información y los derechos al honor y la intimidad*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 338-339; SEGADO, Francisco Fernández. *Constitución y valores. La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico*. In: SCHÄFER, Jairo (Org.). *Temas polémicos do constitucionalismo contemporâneo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 93; LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 2005, p. 324; PEIXINHO, Manoel Messias. *Teoria Democrática dos Direitos Fundamentais*. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). *Temas de constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 133.

<sup>113</sup> Nesse sentido, é preciso que se destaque que a positivação da dignidade da pessoa humana se deve a eficácia jurídica que lhe foi concedida na condição de norma fundamental, pois quando se fala em “direito à dignidade, se está, em verdade, a considerar o direito a reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade, podendo inclusive falar-se de um direito a uma existência digna”, pois a dignidade é inerente ao ser humano e, da mesma forma que não pode ser-lhe retirada, não pode ser concedida pelo ordenamento jurídico. Dessa maneira, a previsão da dignidade da pessoa humana no texto constitucional, mesmo que ela não se preste a uma tutela jurídica específica, muda o próprio sentido do Direito. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 66-75 passim.

<sup>114</sup> LANDA, César. *Dignidad de la persona humana*. *Cuestiones Constitucionales*, n. 7, p. 109-138, jul.-dez. 2002, p. 119.

<sup>115</sup> SARLET, op. cit., p. 40.

<sup>116</sup> HÄBERLE, Peter. *A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 93.

É nesse aspecto que se fala da dimensão objetiva da dignidade da pessoa humana, ou seja, a dignidade como um metavalor<sup>117</sup>, como base da ordem jurídica – o que não significa supremacia absoluta –, como fundamento, ponto de partida, para todos os poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário)<sup>118</sup> e todos os direitos, sendo, com isso, irradiada para todo o ordenamento infraconstitucional<sup>119</sup>. Ademais, essa noção objetiva da dignidade humana e dos demais direitos fundamentais – que teve um maior incremento a partir da Segunda Guerra Mundial, eis que foi necessária uma maior proteção e garantia desses direitos, devido aos horrores que a Guerra produziu – constitui um sistema coerente que inspira todas as demais normas (daí a noção de eficácia irradiante) e instituições do ordenamento e também prescreve as metas políticas a serem alcançadas<sup>120</sup>. Segundo a teoria da ordem objetiva, os direitos fundamentais

[...] constituyen normas axiológicas que pueden conocerse con gran seguridad intuitiva. De ahí que la interpretación jurídica de su contenido debe partir de ese deber ser ético objetivo, fiel trasunto de un orden de valores previo [...] que tiene la fuerza vinculante de hacer ilegítima y privar de validez jurídica a cualquier interpretación que lo desconozca<sup>121</sup>.

Com efeito, a dignidade humana é, além de um direito subjetivo, um “encargo constitucional endereçado ao Estado, no sentido de um dever de proteger o individuo em sua dignidade humana em face da sociedade”<sup>122</sup>. Dessa maneira, pode-se dizer que existe a dignidade como valor, intrínseco ao ser humano, dispersa na sociedade, sob a perspectiva axiológica, mas também existe a dignidade como princípio, sob a perspectiva deontológica, ou seja, após ser positivada, quando ela se encontra expressa no ordenamento jurídico<sup>123</sup>. O sistema constitucional protege e garante o exercício da dignidade e, sendo ela um direito intrínseco, não pode ser

<sup>117</sup> LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta*. Reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição Constitucional na ordem democrática. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 62.

<sup>118</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 157.

<sup>119</sup> Sobre a eficácia irradiante dos direitos fundamentar, ver: SARLET, op. cit., p. 162 et seq.

<sup>120</sup> LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 2005, p. 304.

<sup>121</sup> Ibidem, p. 305.

<sup>122</sup> HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 137.

<sup>123</sup> Ainda, Ingo Sarlet entende que afirma que a dignidade, tendo em vista ser intrínseca ao ser humano, não pode ser considerada um direito fundamental. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 69-70.

retirada de nenhum cidadão, podendo, contudo, haver alguma violação a sua proteção. Nestes casos, existe, então, o direito à proteção e ao reconhecimento da dignidade humana. Mais do que isso, no momento em que a dignidade foi inserida fora do catálogo de direitos fundamentais pela Constituição Federal, ela possui característica e função de valor jurídico fundamental da comunidade<sup>124</sup>, o que demonstra a conexão entre a dimensão objetiva da dignidade e sua “função fundante”<sup>125</sup>.

Nessa perspectiva, o enquadramento da dignidade humana, como valor fundamental e como princípio constitucional na ordem democrática brasileira, confere à dignidade eficácia e efetividade ainda maiores. Até porque, sendo a dignidade um princípio constitucional, partindo-se da premissa de Alexy, deverá ser realizada na maior medida possível, ante as possibilidades fáticas e jurídicas presentes<sup>126</sup>. Nesse sentido, o que normalmente ocorre é que a dignidade humana tem preferência com relação a outros princípios<sup>127</sup>. Todavia, tal fato não significa que a dignidade da pessoa humana seja absoluta, pois, muitas vezes, conflita com a vida ou com a dignidade de outros, podendo, dependendo das circunstâncias do caso concreto, ser preterida, em benefício de outros princípios. Nesse sentido,

El principio de la dignidad de la persona puede ser realizado em diferentes grados. El que bajo determinadas condiciones, con un alto grado de certeza, preceda a todos los otros principios no fundamenta ninguna absolutidad del principio sino que simplemente significa que casi no existen razones jurídico-constitucionales inmovibles para una relación de preferencia en favor de la dignidad de la persona bajo determinadas condiciones. [...] Por eso, puede decirse que la norma de la dignidad de la persona no es un principio absoluto. La impresión de absolutidad resulta del hecho de que existen dos normas de dignidad de la persona, es decir, una regla de la dignidad de la persona y un principio de la dignidad de la persona, como así también de hecho de que existe una serie de condiciones bajo las cuales el principio de la dignidad de la persona, con un alto grado de certeza, precede a todos los demás principios<sup>128</sup>.

<sup>124</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 69-70.

<sup>125</sup> HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 95.

<sup>126</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 86.

Aqui se deve destacar que não é a dignidade que implica numa exultação máxima, mas sim a norma jurídica que protege a dignidade da pessoa humana é que deve ser otimizada. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 135.

<sup>127</sup> Nesse sentido, ver: ALEXY, op. cit., p. 106.

<sup>128</sup> *Ibidem*, p. 108-109.

Na verdade, se se pensar que a dignidade da pessoa humana é absoluta, estar-se-á contrariando a noção de princípio constitucional que se atribui à dignidade, pois nenhum princípio constitucional, nenhum direito fundamental, é absoluto, sempre é relativo, pois, mesmo que exista um conteúdo mínimo ou um núcleo intangível<sup>129</sup>, o qual, este sim, não pode ser tocado, a dignidade – ou outro direito fundamental – pode ser relativizada com relação à proteção de outros princípios, outros bens jurídicos, igualmente tutelados e protegidos. Outro fator a comprovar que a dignidade humana não é absoluta, é que ela poderá ser relativizada em razão de igual dignidade de outros cidadãos<sup>130</sup>.

Com efeito, de tudo o que se discutiu, o que se verifica é que o constitucionalismo democrático possui uma preocupação imensa com a proteção da dignidade, até mesmo porque ela se constitui, tanto em tarefa quanto em limite da atuação do Estado e da ordem jurídica, como um todo. Diante disso, o que se irá discutir a seguir é o fato de que a dignidade, como valor supremo da Constituição Federal, possui uma preocupação, igualmente, com a proteção das minorias e, portanto, dos transexuais, que, repise-se, é a delimitação, o recorte dado à discussão no âmbito deste trabalho.

## **2.2 A Constituição brasileira como Constituição da dignidade e a proteção das minorias**

Conforme se buscou demonstrar ao longo do item anterior, o Estado Democrático de Direito e, em especial, no caso do Brasil, a Constituição Federal, possui uma grande preocupação com a dignidade da pessoa humana, tendo sido este princípio elevado à categoria de valor supremo do ordenamento jurídico brasileiro, possuindo, portanto, caráter axiológico<sup>131</sup>. Nessa perspectiva, uma das facetas da dignidade é a igualdade, ou seja, todos os cidadãos são iguais em dignidade, o que justifica, portanto, igual proteção, em termos de dignidade, tanto

---

<sup>129</sup> Sobre o núcleo essencial dos direitos fundamentais, ver: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 286-291.

<sup>130</sup> Nesse sentido, sobre a discussão do caráter absoluto da dignidade, ver: ALEXY, op.cit., p. 105-109; SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 124-141.

<sup>131</sup> SARLET, op. cit., p. 80.

das maiorias quanto das minorias<sup>132</sup>, de forma a se reprimir qualquer ato atentatório à dignidade dos indivíduos. A preocupação com as minorias decorre da própria noção de Estado Democrático de Direito, onde, ainda que deva prevalecer a vontade da maioria, isso não significa que as minorias sejam aniquiladas<sup>133</sup> ou desconsideradas em sua proteção e direitos, até porque, ainda que prevaleça a vontade da maioria, existe a possibilidade do debate e a necessidade de proteção dos direitos das minorias.

Un régimen democrático se caracteriza básicamente porque el pueblo es la instancia última de la que emanan los poderes del Estado, que los ejerce según su voluntad mayoritariamente expresada. Junto a ello, es necesario tener presente que una democracia dejaría de serlo si no se protegieran los derechos de las minorías, de tal forma que siempre debe quedar abierta la posibilidad de un cambio en el ejercicio del poder. Precisamente, ahí radica la importancia de los derechos fundamentales [...]<sup>134</sup>.

Nesse sentido, a Constituição Federal possui uma especial preocupação com as minorias e com os hipossuficientes, de maneira que prevê normas que visam a proteção da família, da criança, do adolescente, do idoso, dos índios, das raças, assim como também visa conter qualquer forma de discriminação que tenha como fundamento práticas ou orientação sexual<sup>135</sup>. Assim, no caso da legitimação dos governantes pela maioria, não significa que não exista espaço para as minorias, ou seja, não quer dizer que essas minorias fiquem abandonadas, sem qualquer proteção do domínio legitimado pela maioria<sup>136</sup>.

Até porque, em uma sociedade pluralista, existe exatamente uma potencialização da diferença, o desafio de se constituir a igualdade na diferença, e as minorias também são objeto de proteção pelo Estado e pela Constituição, de

<sup>132</sup> A utilização dos termos “minorias” ou “minorias sexuais” neste trabalho não possui intenção de estigmatizar os indivíduos. Pelo contrário, sua utilização visa a demonstrar que, ainda que exista previsão constitucional de proibição de discriminação em razão de sexo e de igualdade entre todos os cidadãos, os indivíduos que possuem identidade sexual diferente do “padrão” culturalmente aceito pela sociedade ainda sofrem sérias discriminações, já que a sociedade acredita que os homossexuais, travestis, transexuais, etc, fazem parte de uma minoria de pessoas.

<sup>133</sup> STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. *Ciência política e teoria do estado*. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

<sup>134</sup> DOMINGO, Tomas de. *¿Conflictos entre derechos fundamentales? Un análisis desde las relaciones entre los derechos a la libre expresión e información y los derechos al honor y la intimidad*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 330-331.

<sup>135</sup> Nesse sentido, ver: Constituição Federal de 1988, artigos 5.º, 226 e seguintes. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 14 jan. 2008.

<sup>136</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 134.

maneira que sejam oportunizadas iguais possibilidades de desenvolvimento digno. A partir do momento em que são assegurados iguais direitos às minorias, a questão da “ditadura da maioria”<sup>137</sup> se torna diminuída e as minorias passam a ter um mínimo de proteção, tendo seus direitos protegidos tanto frente ao Estado quanto frente a outros cidadãos. Ademais, na visão de Peter Häberle, a própria tutela dos direitos fundamentais é fundamento para a possibilidade de que a minoria possa se converter em maioria<sup>138</sup>, ou seja, para que a minoria tenha a possibilidade de ser, igualmente, protegida e também participe da sociedade de forma igualitária com a dita maioria. Além disso, com a elevação da dignidade humana à condição de valor supremo do ordenamento, existe a proteção de um mínimo a todos os cidadãos, do chamado mínimo existencial, ou seja, a prestação de serviços sociais mínimos que possibilitem a existência digna dos indivíduos<sup>139</sup>.

Com relação à orientação sexual, afirmar que o comportamento sexual “normal”<sup>140</sup> é aquele no qual existe identificação entre o sexo biológico e o sexo psicológico, ou seja, o heterossexual<sup>141</sup>, significa reconhecer que todas as outras tendências sexuais são anormais e, portanto, pertencem a uma minoria. Tal exemplo reforça a questão de que a dignidade é igual para todos os cidadãos, pois esse entendimento cultural de que existe um padrão sexual “normal”, nada mais é do que uma forma de discriminação dos demais tipos sexuais (transexuais, bissexuais, homossexuais), onde não há harmonia entre os sexos biológico e psicológico. Ademais, tal fato está, também, a infringir os direitos fundamentais à intimidade e à vida privada, igualmente previstos e protegidos pela Constituição Federal. Nesse sentido, independentemente da forma de diferença existente, seja em razão de orientação sexual ou outra, tais como religião, cultura e língua, a dignidade é igual

<sup>137</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 136.

<sup>138</sup> HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. San Miguel: Universidad Católica del Perú, 1997, p. 71.

<sup>139</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 118-119.

<sup>140</sup> A expressão “normal” é utilizada, neste trabalho, sempre entre aspas, pois o intuito não é discriminar. Pelo contrário, entende-se que a utilização dos termos “comportamento sexual normal” e “padrão sexual normal” é uma forma de diferenciar os indivíduos devido a sua orientação sexual. Dessa forma, procura-se apresentar o assunto da forma menos gravosa possível, o que só é possível com a utilização das aspas.

<sup>141</sup> PERES, Ana Paula Ariston Barion. Transexualismo. In: BARRETTO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: UNISINOS; Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 833.

para todos, de forma que o mais importante é a tolerância<sup>142</sup>, tanto a negativa quanto a positiva, de reconhecimento do outro, do diferente e de suas razões para poder se situar em igual dignidade<sup>143</sup>.

Dessa maneira, se a dignidade da pessoa humana tem por escopo possibilitar que os indivíduos vivam de forma digna, isto também vale e se aplica àqueles que possuem orientação sexual diferente da dos heterossexuais, que, repise-se, é o padrão sexual considerado “normal” e aceito cultural e moralmente pela sociedade; é preciso que exista a possibilidade para que as “minorias sexuais” possam viver, também elas, de forma digna. Então, é preciso que todas as diferenças sexuais sejam reconhecidas e protegidas, em todos os seus níveis e manifestações, já que tal fato se reveste de grande importância, uma vez que a sexualidade influi no trato das pessoas entre si, na personalidade, na identidade, na intimidade e na vida privada dos indivíduos<sup>144</sup>.

Isso quer dizer que, como a dignidade é igual para todos os cidadãos, como se afirmou acima, sendo dever do Estado a proteção e promoção da mesma, são necessárias medidas estatais capazes de promover às minorias formas de desenvolvimento digno, assim como a todas as demais pessoas da sociedade. Se tal atitude não é tomada, se a dignidade das minorias não é igualmente preservada, existe diferenciação de proteção, o que contraria não só o princípio da dignidade, como também o da igualdade, pois estão tratando, com relação a um mesmo direito, diversos indivíduos (em princípio, iguais) de forma desigual. Na verdade, no momento em que se afirma que todos os cidadãos são iguais em dignidade, já que não há previsão de qualquer diferenciação, está-se permitindo abordar a questão da diferença, ou seja, o reconhecimento de que existem desigualdades, que existem

---

<sup>142</sup> A tolerância é uma das formas de solucionar os conflitos entre os diferentes. Somos obrigados a ser tolerantes; é obrigatório aceitar que existem diferentes, tanto moralmente, como politicamente. Existe a tolerância passiva, que é a aceitação do diferente, assim como a ativa, no sentido de que devem existir atitudes no sentido de se diminuir as diferenças. Nesse sentido, ver: CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. Elementos de filosofia constitucional contemporânea. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000, p. 75 et. seq; OLIVEIRA, Alexandre Miceli Alcântara de. *Direito de autodeterminação sexual: dignidade, liberdade, felicidade e tolerância*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 111-124.

<sup>143</sup> MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*. 2.ed. Madrid: Dykinson, 2003, p. 75.

<sup>144</sup> PENTEADO, J. C.; DIP, R. H. M. *A Vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 195-196.

diferenças, mas que todos possuem igual dignidade<sup>145</sup>. Todavia, para que todos possam ser iguais em direitos, existe a possibilidade da chamada “discriminação positiva”, ou seja, havendo desigualdades, podem ser utilizadas medidas (políticas públicas) capazes de proporcionar igualdade às minorias<sup>146</sup>.

Assim, a diferença nada mais é do que uma desigualdade natural ou cultural, que, todavia, não afeta a dignidade humana, ou seja, são desigualdades irrelevantes para o princípio da igualdade, já que admite até mesmo favorecimentos, e da dignidade. As diferenças naturais, como o sexo, por exemplo, são tratadas pelo princípio da não-discriminação, pela igualdade como equiparação. Nesse sentido, os sujeitos que participam de uma ou outra posição diferente são iguais perante a lei e isto preserva sua igual dignidade. Não se faz necessária qualquer ação normativa complementar, pois a partir da igualdade em dignidade, o tratamento discriminatório da diferença tem de ser ultrapassado<sup>147</sup>.

A partir desse entendimento, se a dignidade é igual para todos e a questão da orientação sexual é um aspecto cultural da sociedade, conforme exposta, é preciso que exista, além da tolerância, o entendimento, por parte dos cidadãos, de que se vive em uma sociedade plural e multicultural<sup>148</sup>, ou seja, uma sociedade que possui diversidade de valores culturais, religiosos, morais, enfim, uma sociedade que não é homogênea em suas escolhas de vida. Nesse sentido, é necessário que se busque o consenso heterogêneo, o que significa dizer que é preciso reconhecer-se a diferença e, a partir dela, compatibilizar-se a liberdade e a igualdade de todos os cidadãos. Para isso, contudo, é preciso que se abduque de respostas prontas, definitivas e únicas, pois deve ser admitido o caráter parcial na resolução dos conflitos entre os diferentes, eis que a resolução das diferenças não produzirá, jamais, um resultado único e definitivo<sup>149</sup>. É nessa perspectiva que

<sup>145</sup> MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. Dignidad Humana. In: TAMAYO, Juan José (Org.). *10 palabras clave sobre derechos humanos*. Estella: Verbo Divino, 2005, p. 68.

<sup>146</sup> Nesse sentido, ver: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 384-388 passim.

<sup>147</sup> MARTÍNEZ, op. cit., p. 70-71.

<sup>148</sup> Multiculturalismo é a denominação dada ao movimento de grupos minoritários que visam ao reconhecimento de sua identidade e acomodação de suas diferenças culturais. Nesse sentido, ver: KYMLICKA, Will. *Ciudadanía multicultural*. Una teoría liberal de los derechos de las minorías. Tradução de Carme Castells Auleda. Barcelona: Paidós, 1996, p. 25 et. seq.

<sup>149</sup> CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. Elementos de filosofia constitucional contemporânea. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000, p. 75-87 passim.

El multiculturalismo de las razas y de los sexos es perfectamente compatible con la igual dignidad, y no choca con la ética pública ni con el universalismo de sus valores, principios y derechos. El multiculturalismo de las diferencias culturales, en principio, tampoco choca si respecta el límite de la igual dignidad<sup>150</sup>.

Tal argumento pode ser comprovado pelo fato de que o pluralismo não diminui ou extingue as diferenças, pelo contrário, estimula e potencializa, ainda mais, o seu surgimento, pois é caracterizado pela diversidade cultural e de perspectivas de vida, ou seja, cada indivíduo elabora seu projeto de vida e o desenvolve, o que gera conflitos na sociedade<sup>151</sup>. Assim, se não se chega a um consenso definitivo, a tolerância toma papel de destaque, pois se converte em uma atividade constante, obrigando os cidadãos a assumirem responsabilidades permanentes, a argumentarem e deliberarem<sup>152</sup>, porque os conflitos de interesses não chegam ao fim e são sempre renovados. Nesse sentido devem-se aceitar os indivíduos como eles realmente são, ou seja, não importa o comportamento sexual adotado, a religião, ou outro fator, pois todos são iguais e a tolerância é dever do Estado Democrático de Direito, que tem como fundamento a democracia e, acima de tudo, o respeito ao indivíduo<sup>153</sup>. Assim,

La identidad del ser humano, en tanto éste constituye una unidad, presupone un complejo de elementos, una multiplicidad de aspectos esencialmente vinculados entre sí, de los cuales unos son de carácter predominantemente espiritual, psicológico o somático, mientras que otros son de diversa índole, ya sea ésta cultural, ideológica, religiosa o política. Estos múltiples elementos son los que, en conjunto, globalmente, caracterizan y perfilan el ser “uno mismo”, el ser diferente a los “otros”, no obstante ser todos iguales en cuanto pertenecen a una misma especie animal<sup>154</sup>.

Dessa maneira, o respeito à diversidade de identidades e de culturas faz-se necessário, através da recusa de opressão, do exercício da tolerância e da aceitação do diferente, assim como do debate, da reflexão e da crítica, como forma

<sup>150</sup> MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. Dignidad Humana. In: TAMAYO, Juan José (Org.). *10 palabras clave sobre derechos humanos*. Estella: Verbo Divino, 2005, p. 72.

<sup>151</sup> Nesse sentido, ver: ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Ley, derechos, justicia. 4. ed. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2002, p. 13.

<sup>152</sup> É neste contexto que se inserem propostas como a teoria da ação comunicativa de Habermas, pois se não há uma convergência prévia (nem mesmo de valores), a construção dessa convivência/coexistência deve ser dar por meio do diálogo. Nesse sentido, ver: HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. v. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 297-354 passim.

<sup>153</sup> OLIVEIRA, Alexandre Miceli Alcântara de. *Direito de autodeterminação sexual: dignidade, liberdade, felicidade e tolerância*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 123.

<sup>154</sup> SESSAREGO, Carlos Fernández. *Derecho a la identidad personal*. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1992, p. 15; MARTÍNEZ, op. cit., p. 71.

de possibilitar o entendimento, a harmonia da heterogeneidade, objetivo central que a sociedade deve buscar<sup>155</sup>. Nesse sentido:

A melhor alternativa, portanto, seria o igualitarismo concreto. Ao mesmo tempo em que se distancia radicalmente do diferencialismo repressivo, ele parte da igualdade fundamental de todos e tem consciência das diferenças reais, sabendo que só a partir delas será viável um projeto de emancipação que transcenda a retórica. Reconhecer a diferença sem canonizá-la, admitir o conceito de identidade sem torná-la fixa e fechada pela reificação (sic.) do outro. Esta é a estratégia para lidar, de um modo emancipador, com a dialética da alteridade<sup>156</sup>.

Da mesma forma, a dignidade humana, como centro do sistema jurídico, está a proteger todos os cidadãos e tem uma preocupação especial com as minorias que, normalmente, sofrem maiores preconceitos. Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana faz com que a intolerância, a discriminação e a não-aceitação do diferente sejam superadas<sup>157</sup> e que o reconhecimento das liberdades passe a figurar na sociedade como um todo. No caso dos transexuais, a retificação do prenome e do sexo desses indivíduos, junto ao Registro Civil, tem sido concedida exatamente com base na dignidade humana.

En esa lógica argumentativa, la tutela de la dignidad de la identidad sexual de cualquier persona mediante una operación de “cambio de sexo”, también sería justiciable en función de su consentimiento para “readecuar su género”; pero, siempre que sea mayor de edad y de acuerdo con la legislación sobre la materia, en aras de la intangibilidad de la dignidad del ser humano<sup>158</sup>.

Além disso, como no caso do presente trabalho, em que o que se pretende discutir é o conflito entre direitos fundamentais nos casos de transexualidade em face da dignidade da pessoa humana, é preciso que seja salientado que um fator de igual importância nesta questão é a constitucionalização do direito privado<sup>159</sup>, pela qual há a irradiação dos efeitos dos valores constitucionais aos demais ramos do

<sup>155</sup> CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. Elementos de filosofia constitucional contemporânea. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000, 88-93 passim.

<sup>156</sup> RIOS, Roger Raupp. Orientação sexual e combate à discriminação: direito à igualdade ou direito à diferença? Distribuição ou reconhecimento? Universalismo ou particularismo? In: SCHÄFER, Jairo (Org.). *Temas polêmicos do constitucionalismo contemporâneo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 412.

<sup>157</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: \_\_\_\_\_. (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 39.

<sup>158</sup> LANDA, César. Dignidad de la persona humana. *Cuestiones Constitucionales*, n. 7, p. 109-138, jul.-dez. 2002, p. 121.

<sup>159</sup> Sobre a constitucionalização do Direito, ver: SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

direito (inclusive o privado). Assim, a partir do momento que a Constituição passa a ser o centro do ordenamento jurídico, toda a legislação deve a ela ser vinculada, ou seja, a Constituição irradia os seus princípios para o sistema jurídico como um todo, de forma a vinculá-lo constitucionalmente<sup>160</sup>. Através deste “fenômeno”, tem-se que a dignidade da pessoa humana passa a embasar todas as questões da sociedade, não somente do cidadão frente ao Estado, mas também dos cidadãos entre eles próprios, exatamente pelo fato de que este princípio se constitui como núcleo central e indissociável dos demais direitos, tanto constitucionais como infraconstitucionais<sup>161</sup>. Com as relações entre cidadãos isto não será diferente, isto é, elas devem estar pautadas e vinculadas aos direitos fundamentais, especialmente à dignidade da pessoa humana, como uma forma de estabelecer certo equilíbrio na relação jurídica<sup>162</sup>.

A partir daí, é possível afirmar que o constitucionalismo contemporâneo é constituído por um sistema aberto de valores, onde a Constituição, através de seus princípios, com especial destaque à dignidade da pessoa humana, faz a realização/normatização de tais valores. Dessa maneira, com a interpretação dos diversos ramos do direito em consonância com os princípios constitucionais, é possível que o direito acompanhe a evolução da sociedade, preenchendo as lacunas deixadas pelos ramos privados, por exemplo, através da aplicação dos direitos e princípios fundamentais. Assim, a seguir se discutirá acerca dos direitos fundamentais que são aplicáveis ao problema da transexualidade e quais os direitos que, eventualmente, podem entrar em conflito com iguais direitos fundamentais de terceiros que mantenham qualquer tipo de relação jurídica com o transexual, após a retificação de prenome e de sexo no Registro Civil.

### **2.3 Direitos Fundamentais aplicáveis ao problema dos transexuais**

A partir do momento em que se decide abordar a questão da proteção constitucional dos indivíduos transexuais, está-se adentrando no tema dos direitos

<sup>160</sup> UBILLOS, Juan Maria Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? *Revista da AJURIS – Associação dos juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, n.º 98, p. 333-367, jun. 2005, p. 337.

<sup>161</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Dignidade da pessoa humana: o princípio dos princípios constitucionais. IN: SARMENTO, D.; GALDINO, F. *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 158-159.

<sup>162</sup> UBILLOS, op. cit., p. 348.

fundamentais. Na Constituição Federal, aqueles direitos que visam a proteger o cidadão, garantindo-lhe uma vida digna, e que estão elencados especialmente no artigo quinto, são chamados de direitos fundamentais. São direitos essenciais à sobrevivência do ser humano e que, devido a sua fundamentalidade, merecem atenção e proteção especial. Nesse sentido, na sociedade plural e complexa em que se vive, que, por assim ser, necessita desses direitos para protegê-la e para que possa seguir se desenvolvendo, reconhece-se que existem direitos inerentes a todos os seus membros, tais como dignidade, liberdade, igualdade, honra, privacidade, dentre outros, de igual importância.

Com relação a esses direitos surge, inicialmente, a necessidade de proteção e de reconhecimento, já que, para que uma sociedade complexa possa se desenvolver de forma igualitária, é preciso que tais direitos sejam reconhecidos a todos os cidadãos<sup>163</sup>. Direitos esses que fazem com que os cidadãos dessa sociedade se considerem como iguais e, da mesma forma, livres. Iguais em direitos, deveres e condições de vida, em que os indivíduos reconhecem, uns aos outros, como pessoas iguais. Livres para que cada um possa ser, ao mesmo tempo, igual e diferente, para que possa ter sua individualidade e, no caso que se discute neste trabalho, sua identidade sexual. Nessa sociedade pluralista, a possibilidade de ser livre é para que se possa exercer a liberdade de ser diferente e, ainda assim, ser respeitado como igual a todos os outros membros da sociedade. É nesse sentido que se discutirão, aqui, os direitos fundamentais e a dignidade humana: como direitos de todos os cidadãos e, por consequência, direitos dos transexuais, que, como indivíduos que pertencem a esta sociedade pluralista<sup>164</sup> e complexa, possuem, como todos os demais, direitos a serem protegidos e de exercer seus direitos de forma livre e digna.

---

<sup>163</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 143.

<sup>164</sup> Pluralismo é entendido como a multiplicidade de valores culturais, religiosos e morais que convivem em uma mesma sociedade. Isso decorre do fato de que cada ser humano é “convertido em um *centro*, então cada um será responsável pela formulação de um projeto sobre o que seja a vida boa para si. [...] Não há mais lugar, nas sociedades modernas, para a homogeneidade, pois cada um estipula para si o que é a vida boa e como atingi-la”. A solução para o pluralismo é, então, a busca pelo consenso dessa heterogeneidade, pois o “pluralismo não é, de fato, uma mera coexistência de concepções divergentes, mas uma *convivência* desses projetos, realizados e atualizados da melhor forma exequível” (GALUPPO, Marcelo Campos. *Hermenêutica constitucional e pluralismo*. In: SAMPAIO, J. A. L.; SOUZA CRUZ, A. R. de. *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 51-53 *passim*).

Sobre pluralismo, ver: CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. Elementos de filosofia constitucional contemporânea. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

Para que se possa demonstrar a função de proteção aos cidadãos que os direitos fundamentais possuem, é preciso que se discorra, ainda que brevemente, já que esse não é o objetivo do trabalho, sobre seu histórico, suas características, enfim, que se apresentem os direitos fundamentais. Isso é necessário para que, mais adiante, se possa adentrar na questão central, que é o objetivo principal deste trabalho: a discussão sobre os conflitos de direitos fundamentais e a aplicação do princípio da proporcionalidade para a sua solução<sup>165</sup>. Contudo, de início é preciso que se esclareça quanto à terminologia e ao conceito que serão adotados neste trabalho, a que se referem esses direitos, eis que existem discussões doutrinárias no sentido de que há diferenças entre as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais”<sup>166</sup>.

Nesse sentido,

A expressão direitos fundamentais deve ser reservada para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional estatal, enquanto o termo direitos humanos guarda relação com os documentos de direito internacional, por se referir àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, aspirando, dessa forma, à validade universal, para todos os povos e tempos, revelando um inquestionável caráter supranacional (internacional)<sup>167</sup>.

Os direitos humanos sofrem alterações em seu significado, em decorrência das ideologias que deles se ocupam e do momento histórico<sup>168</sup>, sendo que “a tentativa de se obter um conceito de Direitos Humanos tem de levar em conta todos estes

<sup>165</sup> Esses aspectos serão trabalhados no capítulo que segue.

<sup>166</sup> Há discussão quanto ao conceito de “direitos humanos” e “direitos fundamentais”. Não existe consenso quanto ao conceito a ser utilizado, sendo que há alertas para a heterogeneidade e ambigüidade dos conceitos. Normalmente, ambas expressões são utilizadas como sinônimos, o que não está de toda forma errado, mas existem diferenças. Direitos humanos são aqueles direitos inatos ao ser humano; sem eles o homem não é homem; são direitos universais, sem vinculação com qualquer Constituição. Direitos fundamentais são direitos já positivados, constantes na Constituição. Devido a importância destes direitos, opta-se, a exemplo de Ingo Wolfgang Sarlet, pela utilização da expressão “direitos humanos fundamentais”.

Existem, ainda, outras expressões, também utilizadas para se referir a esses direitos, tais como, direitos do homem, direitos naturais, direitos individuais, liberdades públicas, dentre outras. Nesse sentido, ver: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 33-41; SCHÄFER, Jairo. *Direitos fundamentais: proteção e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 26; GORCZEVSKI, Clovis. *Direitos humanos: dos primórdios da humanidade ao Brasil de hoje*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2005, p. 18-21.

<sup>167</sup> SCHÄFER, op. cit., p. 26.

<sup>168</sup> PEIXINHO, Manoel Messias. Teoria democrática dos direitos fundamentais. In: VIEIRA, José Ribas. *Temas de constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 120.

movimentos teóricos e sociais verificados no campo da história e da realidade empírica dos povos”<sup>169</sup>. Quanto aos conflitos conceituais entre “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, é possível dizer-se que existe a expressão “direitos humanos fundamentais” e que não existe conflito entre esta forma e as expressões antes apresentadas, pois há uma estreita conexão entre os direitos humanos e os fundamentais<sup>170</sup>, embora eles não se confundam<sup>171</sup>, já que os últimos são considerados como “herdeiros históricos” dos direitos humanos<sup>172</sup>.

A utilização da expressão “direitos humanos fundamentais” possui a vantagem “de ressaltar, relativamente aos direitos humanos de matriz internacional, que também estes dizem com o reconhecimento e proteção de certos valores e reivindicações essenciais de todos os seres humanos” e que a fundamentalidade material “é comum aos direitos humanos e aos direitos fundamentais constitucionais [...]”<sup>173</sup>. Entretanto, o objetivo deste trabalho não é tratar sobre a conceituação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. Pelo contrário, pretende-se realizar uma investigação da real eficácia jurídica do princípio da dignidade da pessoa humana quando existem conflitos entre os direitos fundamentais previstos na Carta Magna no âmbito da proteção da personalidade dos transexuais, procurando uma forma de apurar qual dos direitos irá predominar em relação ao outro, no caso concreto. Dessa forma, adotar-se-á a expressão “direitos humanos fundamentais”. Os direitos do homem são variáveis e “o elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas”<sup>174</sup>.

Nesse sentido, considerar os direitos fundamentais como resposta aos interesses e exigências de cada momento histórico, é fato necessário para o pleno

<sup>169</sup> LEAL, Rogério Gesta. *Direitos Humanos no Brasil*. Desafios à Democracia. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 1997, p. 55.

<sup>170</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 38-39.

<sup>171</sup> Nesse sentido, quando há a diferenciação entre os termos direitos humanos e direitos fundamentais, ela geralmente refere-se que os primeiros possuem relação com documentos de direito internacional, positivados internacionalmente, reconhecendo o ser humano como tal e aspiram validade universal. Os segundos, por sua vez, referem-se aos direitos do ser humano que são reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional nacional. *Ibidem*, p. 35-36; GORCZEVSKI, Clovis. *Direitos humanos: dos primórdios da humanidade ao Brasil de hoje*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2005, p. 17-21; LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 44.

<sup>172</sup> BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 53.

<sup>173</sup> SARLET, op. cit., p. 39.

<sup>174</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.18.

desenvolvimento da personalidade humana, devendo haver uma interpretação evolutiva da Constituição<sup>175</sup>. Essa interpretação evolutiva, ou seja, a possibilidade de uma mesma Constituição permanecer atual em todos os momentos históricos pelos quais passa, é possível pela existência de direitos fundamentais e de princípios constitucionais que funcionam como “oxigenação” da Carta Constitucional, de forma a mantê-la moderna e capaz de solucionar as controvérsias que se apresentarem, apta para espelhar a realidade daquele momento histórico em que se encontra vigente<sup>176</sup>. Dessa maneira, o texto constitucional permanece inalterado, mas o conteúdo dos princípios constitucionais se modifica através da interpretação, realizado através de um processo aberto e permanente<sup>177</sup>.

A proteção dos direitos humanos fundamentais, apesar de parecer recente, não o é, pois a origem dos direitos individuais é marcada nos primórdios da civilização<sup>178</sup>, pois se encontram referências à proteção dos direitos humanos em normas de caráter religioso, tendo como exemplo, o Antigo Testamento, pelo qual o “ser humano representa o ponto culminante da criação divina, tendo sido feito à imagem e semelhança de Deus”<sup>179</sup>. Assim é que se pode dizer que, mesmo os povos antigos, através das doutrinas estóica e cristã, assim como através do pensamento tomista, já havia um despertar da consciência da dignidade humana, o que veio

<sup>175</sup> LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 2005, p. 331.

<sup>176</sup> Nesse sentido, ver: TRIBE, L.; DORF, M. *Hermenêutica Constitucional*. Tradução de Amarílis de Souza Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007; HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta*. Reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição Constitucional na ordem democrática. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

<sup>177</sup> LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 58.

<sup>178</sup> Todavia, neste caso, não se pode atribuir a esses direitos o status e a natureza que possuem no constitucionalismo contemporâneo, já que, na Antigüidade clássica o direito à igualdade possuía especial proteção, dada a natureza biológica dos homens, o que estabelecia uma igualdade natural. No período medieval o monarca, cujo poder é ilimitado, reconhece que existem certos limites ao exercício de seu poder em favor da Igreja, dos senhores feudais e das comunidades. Dentre os documentos medievais que reconhecem a existência de direitos, o que mais se destaca é a Carta Magna de 1215, que se tratava de um pacto entre o rei e os nobres, que reconheciam a consagração dos privilégios feudais. Dessa forma, conforme se verifica a formatação que os direitos individuais possuem hoje, de garantia de um rol bastante extenso de direitos difere da formatação da antigüidade. Nesse aspecto, ver: LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 33; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1199, p. 374-377 passim.

<sup>179</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 44; GORCZEVSKI, Clovis. *Direitos humanos: dos primórdios da humanidade ao Brasil de hoje*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2005, p. 32.

contribuir para a evolução histórica dos direitos humanos<sup>180</sup>. Entretanto, somente no século XVII é que se inicia a noção de direitos, pois “pela primeira vez os direitos naturais do homem foram acolhidos e positivados como direitos fundamentais constitucionais”<sup>181</sup>.

Conforme já se afirmou<sup>182</sup>, a proteção aos direitos fundamentais do homem teve uma maior concretização a partir da Declaração dos Direitos do Homem de 1789, sendo que, a partir de então, o homem passou a ter proteção de sua vida, honra, liberdade, integridade física e psíquica, igualdade, intimidade, dentre outros, reconhecida pela ordem jurídica – o que caracteriza a proteção dos direitos da personalidade<sup>183</sup> –, servindo como fator de limitação ao poder do Estado no contexto do Estado de Direito<sup>184</sup>.

Contudo, a importância internacional dos direitos humanos, bem como sua consolidação na esfera exterior, ocorreu somente com a Segunda Guerra Mundial, face às trágicas conseqüências advindas dela e com a elaboração de documentos internacionais que destacaram a importância da proteção desses direitos e transformaram o indivíduo em foco de atenção internacional, tais como: a Assembléia da Organização das Nações Unidas, em 1948, a Convenção Européia de 1950 e o Pacto Internacional das Nações Unidas<sup>185</sup>. Apesar disso, nem todos ainda se beneficiavam com os direitos humanos, devido ao fato de que a abolição da escravatura ocorreu em períodos distintos nos diversos países<sup>186</sup>. Já no Brasil, a primeira previsão de direitos e de garantias aos cidadãos foi na Constituição de

<sup>180</sup> Sobre a evolução histórica dos direitos humanos, ver: LUÑO, op. cit., p. 29-43; SARLET, op. cit., p. 53-54; GORCZEWSKI, op. cit., p.31-54.

<sup>181</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 51.

<sup>182</sup> Nesse sentido, ver o item 2.1 deste capítulo.

<sup>183</sup> Os direitos da personalidade compreendem os direitos que se relacionam a proteção da pessoa humana, especialmente a questão da dignidade da pessoa humana, os quais são indispensáveis à tutela da dignidade e da integridade das pessoas. Esses direitos são subjetivos, protegem o ser humano, de forma que a pessoa não existiria como tal sem a existência desses direitos. Nesse sentido, ver: SARLET, op. cit., p. 45; DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 1, p. 83.

<sup>184</sup> Nesse sentido, ver: MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad*. Historia del constitucionalismo moderno. Traducción de Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martinez Neira. Madrid: Trotta, 1988, p. 234-244 passim.

<sup>185</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 133 et seq.

<sup>186</sup> Clovis Gorczewski afirma que a abolição ocorreu, nos Estados Unidos, em 1863, no Brasil em 1888 e, na França, apesar de abolida em 1794, foi restabelecida em 1801. GORCZEWSKI, Clovis. Direitos humanos e cidadania. In: LEAL, R. G.; REIS, J. R. *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004, t. 4, p. 1093-1120.

1824<sup>187</sup>. A partir daí, as Constituições brasileiras previram, além dos direitos já antecipados na Carta anterior, um rol ainda maior<sup>188</sup>, que cada vez mais tinha o cunho de proteger o cidadão na sociedade e de prever a proteção de direitos sociais, os quais foram, progressivamente, sendo incorporados pelas Constituições brasileiras<sup>189</sup>.

Existem, entretanto, outros marcos históricos, com relação à proteção dos direitos humanos, tais como o movimento socialista e o Manifesto Comunista, elaborado por Marx e Engels em 1848, que exerceram forte influência em todo o mundo, trazendo uma crítica socialista ao regime liberal burguês, eis que, para eles, também deveriam ser considerados direitos humanos os chamados direitos econômicos, sociais e culturais, como uma forma de realização da democracia material. Em 1864, com a Convenção de Direito Humanitário, houve a primeira previsão do Direito Humanitário Internacional, assim como a Convenção da Liga das Nações, de 1920, onde se encontram previsões genéricas quanto à proteção dos direitos humanos<sup>190</sup>.

---

<sup>187</sup> Não obstante ser uma Constituição autoritária, outorgada, a Carta de 1824 foi liberal quanto ao reconhecimento de direitos, eis que reconheceu e previu a proteção dos direitos individuais, no seu artigo 179 (inviolabilidade dos direitos civis e políticos, liberdade, a segurança individual, a propriedade, a proibição de penas cruéis, separação dos réus), apesar de serem o último conteúdo da Constituição. GORCZEWSKI, C.; BOTELHO, E.; LEAL, M. C. H. *Introdução ao estudo da ciência política, teoria do Estado e da Constituição*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007, p. 174-182; BRASIL. Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brasil*. Rio de Janeiro, RJ: Secretaria de Estado dos Negócios do Império do Brasil, 1824. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constitui-cao/Constitui%C3%A7ao24.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constitui-cao/Constitui%C3%A7ao24.htm). Acesso em: 13 out. 2006; MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 146.

<sup>188</sup> “Os direitos aqui previstos são basicamente aqueles princípios expressos nas declarações e nos tratados internacionais e muitos já estabelecidos entre nós desde a Constituição de 1824.” (GORCZEWSKI, Clovis. *Direitos humanos: dos primórdios da humanidade ao Brasil de hoje*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2005, p. 111).

<sup>189</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 56.

Nesse sentido, ver: BRASIL. Constituição (1891). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, RJ: Congresso Nacional Constituinte, 1891. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm). Acesso em: 13 out 2006; BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, RJ: Assembléia Nacional Constituinte, 1934. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm). Acesso em: 13 out 2006; BRASIL. Constituição (1937). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, 1937. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm). Acesso em: 13 out 2006.

<sup>190</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 126.

No cenário internacional, foi criado o Direito Internacional dos Direitos Humanos<sup>191</sup>, devido à necessidade de se proteger e dar efetividade aos direitos fundamentais. O intuito era a garantia do exercício dos direitos dos seres humanos. A concretização desse amparo se deu, sobretudo, em decorrência das atrocidades que foram cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, como forma de reconstrução dos direitos humanos violados, na era de Hitler, pela guerra<sup>192</sup>. Nessa perspectiva, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, foi a mais importante conquista no âmbito desses direitos, pois a partir daí foi reconhecida a dignidade como inerente a todos os seres humanos. Essa declaração veio, por sua vez, “atestar o reconhecimento universal de direitos humanos fundamentais, consagrando um código comum a ser seguido por todos os Estados”<sup>193</sup>. A partir de então, o homem passou a ter uma maior proteção de sua honra, liberdade, integridade física e psíquica, igualdade, intimidade, dentre outros, sendo que, a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem, o conceito de “direitos humanos se vê ampliado, à medida que passa a incluir não apenas direitos previstos no plano nacional, mas também direitos internacionalmente anunciados”<sup>194</sup>. Assim,

os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua realização como direitos positivos universais. A Declaração universal contém em germe a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos e termina na universalidade não mais abstrata, mas também ela concreta dos direitos positivos universais<sup>195</sup>.

Na mesma acepção,

os direitos humanos, como conjuntos de valores históricos básicos e fundamentais, que dizem respeito à vida digna jurídico-político-psíquico-econômico-física e afetiva dos seres e de seu *habitat*, tanto daqueles do presente quanto daqueles do porvir, surgem sempre como condição fundante da vida, impondo aos agente político-jurídico-sociais a tarefa de agirem no sentido de permitir que a todos seja consignada a possibilidade

<sup>191</sup> A partir do Direito Humanitário, da criação da Liga das Nações e da Organização Internacional do Trabalho, iniciou-se o processo de internacionalização dos direitos humanos que se consolidou em meados do século XX, especialmente com a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Nesse sentido, ver: *Ibidem*, p. 123-161.

<sup>192</sup> GORCZEWSKI, Clovis. Direitos humanos e cidadania. In: LEAL, R. G.; REIS, J. R. *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004, t. 4, p. 1093-1120.

<sup>193</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 176.

<sup>194</sup> GORCZEWSKI, Clovis. *op. cit.*, p. 1115.

<sup>195</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 30.

de usufruí-los em benefício próprio e comum ao mesmo tempo. Assim como os direitos humanos se dirigem a todos, o compromisso com sua concretização caracteriza tarefa de todos, em um comprometimento comum com a dignidade comum<sup>196</sup>.

O ser humano deve ter proteção tanto para seu patrimônio quanto para sua pessoa, já que a previsão da proteção dos direitos da personalidade acaba por dignificar o homem<sup>197</sup>. Como direitos da personalidade entendem-se aqueles direitos relativos à tutela da pessoa humana, que são inerentes à individualidade e indispensáveis à proteção da dignidade das pessoas e, portanto, inalienáveis e imprescritíveis.<sup>198</sup> Assim, os direitos da personalidade são direitos subjetivos que protegem o homem, de forma que sem eles a pessoa não existiria como tal. A personalidade é um direito, é o primeiro bem da pessoa, servindo para que esta possa sobreviver e se adaptar ao ambiente em que vive.

Diante disso, é possível afirmar que o direito da personalidade encontra-se inserido no catálogo de direitos fundamentais. Então, o Estado possibilita ao homem que defenda esses direitos, impedindo, assim, qualquer ofensa a sua personalidade. Qualquer lesão que ocorra aos direitos da personalidade, gerará a obrigação de indenizar o dano, apesar de tais direitos não serem patrimoniais, o que, todavia, não lhes retira este caráter. Assim, verifica-se que a sexualidade e a identidade sexual se encaixam perfeitamente na idéia de personalidade, pois a sexualidade é componente inseparável da vida e sua negação acarretaria a retirada de um elemento essencial e vital. A identidade sexual encontra-se, por sua vez, inserida nos direitos intransmissíveis, indisponíveis e inalienáveis, isto é, ela é inerente à personalidade do ser humano<sup>199</sup>.

<sup>196</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de. Direitos humanos e Constituição: o “novo” da EC 45/04. In: LEAL, R. G.; REIS, J. R. *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, p. 1425-1478, 2004, t. 5, p. 1434.

<sup>197</sup> GAGLIANO, Pablo S.; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2002, v.1, p. 143.

<sup>198</sup> GORCZEVSKI, Clovis. *Direitos humanos: dos primórdios da humanidade ao Brasil de hoje*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2005, p. 74; PERES, Ana Paula Ariston Barion. *Transsexualismo. O direito a uma nova Identidade Sexual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 139.

<sup>199</sup> Sobre as características dos direitos humanos fundamentais, ver: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, p. G. G. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 118-137; GORCZEVSKI, Clovis. *Direitos humanos: dos primórdios da humanidade ao Brasil de hoje*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2005, p. 17-23.

Existem, em princípio, três dimensões<sup>200</sup> de direitos humanos fundamentais<sup>201</sup>, embora existam doutrinadores<sup>202</sup> que afirmam haver uma quarta e até de uma quinta dimensão de direitos. Os direitos fundamentais de primeira dimensão são os considerados de cunho individualista e negativo, pois “dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos”<sup>203</sup>, sendo oponíveis frente ao Estado. Como exemplos, têm-se os direitos à vida, à liberdade, à igualdade, dentre outros<sup>204</sup>. Com o surgimento de problemas sociais e econômicos, no decorrer do século XIX, surgiram movimentos reivindicando que o Estado assumisse comportamento ativo na realização da justiça social. Assim, os direitos de segunda dimensão são direitos positivos, que visam ao bem-estar social. Compreendem os direitos à igualdade material, a prestações sociais do Estado e às liberdades sociais, ou seja, direito de greve, dentre outros<sup>205</sup>. Na terceira dimensão de direitos humanos fundamentais, que são também chamados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, encontra-se como destinatário a coletividade, ou seja, onde a titularidade é coletiva ou difusa. Como exemplos, citam-se o direito à paz, ao meio ambiente, à qualidade de vida, dentre outros. São direitos que se confundem (ou se constituem) com o próprio princípio da dignidade da pessoa humana<sup>206</sup>.

A partir dessas informações preliminares e históricas acerca dos direitos humanos fundamentais, surge a necessidade de se abordar, em específico, sobre os direitos que conflitam nos casos de relações jurídicas entre terceiros e transexuais

<sup>200</sup> O aparecimento de novas dimensões de direitos fundamentais foi determinada pela mutação histórica que os direitos existentes sofreram, devido às modificações existentes na sociedade. Assim, os novos direitos que aparecem não substituem os já existentes; pelo contrário, somam-se a estes, para que o catálogo torne-se mais abrangente. Assim, existe a preferência pela utilização da expressão “dimensão” de direitos fundamentais, ao invés de “gerações” de direitos fundamentais, porque esta última passa a impressão de que os novos direitos suprimem os anteriores já existentes. Nesse sentido, ver: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 53-54.

<sup>201</sup> Ibidem, p. 53-60.

<sup>202</sup> Paulo Bonavides afirma que existe uma quarta dimensão de direitos fundamentais, que se refere aos direitos de globalização, incluindo-se os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 524-526 passim. Por sua vez, José Alcebiades de Oliveira Júnior, diz que já é possível se afirmar que existem direitos de uma quinta dimensão, que seriam considerados como os “novos direitos”, direitos cibernéticos, por exemplo. OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de. *Teoria Jurídica e Novos Direitos*. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2000, p. 100.

<sup>203</sup> SARLET, op. cit., p. 55.

<sup>204</sup> MARTINEZ, Gregório Peces-Barba. *Derecho y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 25.

<sup>205</sup> SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 30-31.

<sup>206</sup> SARLET, op.cit., p. 57-59.

pós-operados. Assim, no caso dos transexuais, os direitos que lhe protegem são, na verdade, todos aqueles que protegem os indivíduos. Todavia, no caso dos indivíduos que se submetem a cirurgia de adequação sexual, surge a necessidade de uma proteção específica para que, ao buscarem a retificação do prenome e do sexo em seus documentos, não sofram discriminações ante a sociedade. Tal fato ocorre porque, em certos casos, os Tribunais, ao permitirem a retificação do prenome e do sexo, determinam que seja inscrita, no registro do indivíduo, a sua condição de transexual<sup>207</sup>.

Conforme vem se buscando demonstrar desde o início do trabalho, essa questão acaba por gerar prejuízos ao transexual, que, ao buscar a retificação dos documentos, na tentativa de fazer a adequação destes a sua aparência física, acaba por ter sua identidade, intimidade, honra e vida privada expostos a todos os cidadãos que tenham acesso a seus documentos. Todavia, o conflito que se aborda surge, exatamente, dessa inscrição, já que a sua motivação é justamente a proteção de direitos de terceiros, conforme se verá mais adiante, quando se fizer a discussão de casos concretos<sup>208</sup>. Contudo, antes de se abordar a questão dos direitos fundamentais citados (intimidade, vida privada, honra), é preciso que se trate do direito à vida, que é aquele que condiciona todos os demais, já que nenhum outro direito existirá se não houver vida, sendo essencial ao ser humano e condicionante de todos os demais direitos. A Constituição Federal, em seu art. 5.º, *caput*, prevê a tutela da vida, sendo um direito personalíssimo e protegido contra todos. É um direito fundamental da pessoa humana que se relaciona com a preservação do corpo, não podendo ser considerado unicamente na acepção biológica, mas em uma definição mais abrangente, integrando, além de elementos físicos, os psíquicos e os espirituais<sup>209</sup>.

---

<sup>207</sup> Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 678933/RS*, julgado em 22 de março de 2007. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito (relator). Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 24 maio 2007.

<sup>208</sup> No último capítulo deste trabalho, abordar-se-ão casos concretos em que transexuais buscam a retificação do prenome e do sexo no Registro Civil, a fim de se analisar criticamente a postura da jurisdição constitucional brasileira em relação ao tema.

<sup>209</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 196-197; CHAVES, Antônio. (Coord.). Direitos à vida, ao próprio corpo e às partes do mesmo (transplantes). Esterelização e operações cirúrgicas para “mudança de sexo”. Direito ao cadáver e a partes do mesmo. In: \_\_\_\_\_. *Estudos de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 144-145. Em sentido contrário: KLOEPFER, Michael. Vida e dignidade da pessoa humana. Tradução de Rita Dostal Zanini. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 159.

O direito à vida, assim como a dignidade da pessoa humana, possui uma dimensão axiológica<sup>210</sup>, ou seja, uma concepção valorativa, sendo a fonte primária dos demais direitos, já que sem vida não há como qualquer direito existir. Aliás, o direito fundamental do ser humano à vida é apenas reconhecido e garantido pelo Estado, pois pelo simples fato de nascer, tal direito já lhe pertence<sup>211</sup>. Todavia, sendo o direito à vida essencial aos demais direitos, cabe ao Estado essa proteção<sup>212</sup>, em sentido muito amplo, especialmente nos casos daqueles que estejam em qualquer tipo de desvantagem, como o feto, o paciente terminal ou, no caso deste trabalho, os transexuais. Dessa maneira, para corroborar tal afirmação:

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

O respeito à vida humana é a um tempo uma das maiores idéias de nossa civilização e o primeiro princípio da moral médica. É nele que repousa a condenação do aborto, do erro ou da imprudência médica. É nele que repousa a condenação do aborto, do erro ou da imprudência terapêutica, a não-aceitação do suicídio. Ninguém terá o direito de dispor da própria vida, *a fortiori* da de outrem e, até o presente, o feto é considerado como um ser humano<sup>213</sup>.

A proteção à vida é óbvia, pois sendo um direito inato e fundamental, pode ser considerado o mais essencial de todos<sup>214</sup>, visto que os outros direitos decorrem da sua existência e nenhum outro pode ser compreendido em separado do direito à

<sup>210</sup> PENTEADO, J. C.; DIP, R. H. M. *A Vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 11.

<sup>211</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. O Direito Constitucional comparado e a inviolabilidade da vida humana. In: PENTEADO, J. C.; DIP, R. H. M. *A Vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 133.

<sup>212</sup> DINIZ, Maria Helena. *O Estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 24.

<sup>213</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 197.

<sup>214</sup> Todavia, tomando-se como base as premissas de Alexy, mesmo considerando-se que o direito à vida é o mais essencial de todos os direitos, não se pode desconsiderar que, em casos de ponderação, que o direito à vida pode sofrer restrições, já que nenhum direito fundamental é absoluto. Nesses casos, esse direito não deixa de ser essencial, mas cede lugar a outro direito, que, naquele caso concreto deva ter preferência. Um exemplo dessa situação ocorre nos casos de aborto eugênico, em que, após realizado o sopesamento entre o direito à vida do feto e a dignidade humana da gestante, verifica-se que a vida deve ser preterida, levando-se em conta as circunstâncias do caso, ou seja, de que o feto não sobreviverá por muito tempo. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 106-109 passim.

vida<sup>215</sup>. Aplicando-se isso ao caso dos transexuais, tem-se que, uma vez negada a cirurgia ao transexual, poderão ocorrer casos de automutilação ou, até mesmo, morte, conforme já referido no primeiro capítulo. Dessa maneira, se, no passado, a vida era tida como simples respirar, como garantia de “batida de coração”, considerando-se a quantidade de vida como importante, hoje a busca é pela qualidade de vida e pelo direito de vida digna<sup>216</sup>. Nessa perspectiva, o que pode ser considerado como vida digna? A solução a este questionamento só poderá ser encontrada no caso concreto<sup>217</sup>, pois mesmo que existam elementos que indicam conteúdos essenciais à dignidade, sua real extensão e significado somente se dão na ocorrência real. Contudo, considerando que a dignidade humana é o bem maior a ser protegido pelo Estado, esta deve ser proporcionada minimamente para que o exercício do direito à vida dos cidadãos possa ser pleno, sendo que nas situações nas quais este direito encontre-se em risco, deverá ser protegido. Essa proteção, todavia, não significa que o direito à vida seja absoluto e, tampouco, que seja hierarquicamente superior aos demais, já que, conforme afirmado, não existem direitos absolutos<sup>218</sup>.

O que ocorre, na verdade, é que o direito à vida, assim como a dignidade humana, conforme já afirmado, serve como parâmetro para a aplicação das leis, ou seja, devido ao caráter axiológico de que tal direito é dotado, constitui um valor que norteia o sistema jurídico. Nessa perspectiva, não há como se imaginar pessoas, sob o ponto de vista constitucional, que não tenham a proteção de sua vida ou de sua dignidade<sup>219</sup>. Da mesma forma, portanto, é a aplicação aos casos de transexuais, porque o direito à vida não é entendido somente no sentido biológico, mas também no sentido espiritual e psicológico, buscando-se a qualidade de vida e a dignidade.

---

<sup>215</sup> CALLEJÓN, Francisco Balaguer (Coord.). *Derecho constitucional*. Madrid: Tecnos, 1999. v. 2, p. 78; FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. *Los Derechos Humanos*. Ámbitos y desarrollo. Madrid: Edibesa, 2002, p. 68.

<sup>216</sup> KLOEPFER, Michael. Vida e dignidade da pessoa humana. Tradução de Rita Dostal Zanini. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 169.

<sup>217</sup> NAVES, B. T. O.; SÁ, M. F. F. Da relação jurídica médico-paciente: dignidade da pessoa humana e autonomia privada. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.) *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 102-103.

<sup>218</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 106.

<sup>219</sup> KLOEPFER, op. cit., p. 156.

Conforme se afirmou, a proteção ao direito à vida inclui, também, a garantia de uma existência digna, não ocorrendo apenas na concepção biológica, mas também nos elementos físicos, psíquicos e espirituais, o que acaba por se relacionar, diretamente, com o direito à saúde, que deve ser compreendida como bem-estar físico, psíquico e social<sup>220</sup>. Devido a essa proteção ampla, não há como existir uma vida digna, se não for proporcionado aos cidadãos seu direito à saúde<sup>221</sup>. Aliada a essa perspectiva, o direito à vida também se relaciona com o direito à integridade física, ou seja, o direito de preservação desta integridade, a não ser que exista razão para atentar contra a integridade em face de preservar a saúde e a vida de algum indivíduo. Assim, o ensejo de proteção do direito à vida é para proteger os indivíduos de agressões injustas que possam causar a morte, lesões ou mutilações do corpo humano, ou seja, para que não possa haver atentado contra a vida ou contra a integridade do corpo humano de uma pessoa, impunemente, a não ser que tal atitude seja necessária para conservar a saúde de todo o organismo.<sup>222</sup>

A partir desse entendimento, sempre que houver necessidade de cirurgia para a adequação do sexo biológico ao psicológico dos transexuais, tal procedimento deve ser visto como absolutamente legal e com o fim de encontrar a qualidade de vida e da saúde do indivíduo<sup>223</sup>. Igualmente, realizado esse procedimento, é com fundamento em uma vida digna e visando à proteção da saúde dos indivíduos que devem ser analisados os casos de alteração do Registro Civil dos transexuais, até mesmo porque, no caso de não-autorização dessa alteração ou de determinação de inscrição da condição de transexual no seu Registro, acabar-se-á por infringir os direitos à intimidade, à vida privada, à imagem e à honra daqueles indivíduos. Nessa mesma linha de pensamento, no momento em que a Constituição Federal estabeleceu proteção a esses direitos no artigo 5.º, inciso X, teve como objetivo salvaguardar as relações pessoais, evitando quaisquer intromissões de terceiros. De igual maneira, como expressões da dignidade humana, esses direitos também encontram amparo na proteção da dignidade da pessoa humana, pois não é lícito que ninguém exponha os relacionamentos pessoais dos indivíduos, sendo que, esse

---

<sup>220</sup> LUCARELLI, Luiz Roberto. Aspectos Jurídicos da Mudança de Sexo. *Revista da PGE*, São Paulo, v. 35, p. 213-228, jun. 1981, p. 218.

<sup>221</sup> CALLEJÓN, Francisco Balaguer (Coord.). *Derecho constitucional*. Madrid: Tecnos, 1999. v. 2, p. 85.

<sup>222</sup> FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. *Los Derechos Humanos*. Ámbitos y desarrollo. Madrid: Edibesa, 2002, p. 69.

<sup>223</sup> *Ibidem*, p. 115.

valor constitui não só a garantia de que a pessoa não sofra humilhações, como também a garantia de pleno e livre desenvolvimento da personalidade<sup>224</sup>. A intimidade, como atributo da personalidade, é a vida familiar, pessoal, a vida interior da pessoa; é aquela vivida entre quatro paredes, em sua residência, incluindo-se na esfera mais íntima<sup>225</sup>. A intimidade integra a vida privada, que se refere àquilo que a pessoa deseja excluir do conhecimento pelos outros. A Constituição, ao garantir tanto a intimidade quanto a vida privada, no artigo 5.º, pretendeu distingui-las<sup>226</sup>.

Dessa maneira, segundo a teoria alemã das esferas<sup>227</sup>, na esfera mais íntima incluem-se todas aquelas informações pessoais do indivíduo, as quais devem ser intangíveis<sup>228</sup>, ou seja, direito de dispor do próprio corpo (operações de mudança de sexo se incluem aqui), integridade física, saúde, identidade, imagem, honra, intimidade, dentre outros. Por sua vez, na esfera privada ampla situam-se as escolhas e vivências do indivíduo com seus amigos e familiares, as matérias que a pessoa deseja excluir do conhecimento de terceiros<sup>229</sup>, isto é, as liberdades, direito à informação adequada, igualdade (tratamento não discriminatório), dentre outros. A terceira esfera é a social, incluindo-se nela todas aquelas informações que não se incluam na esfera privada ampla, ou seja, aqueles atos que realiza o indivíduo situado na ação coletiva<sup>230</sup>, ou seja, o patrimônio cultural, o meio ambiente, etc. Na verdade, a importância da teoria das esferas é para que se verifique que o âmbito de

---

<sup>224</sup> LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 2005, p. 324; FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos*. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996, p. 104.

<sup>225</sup> MORAES, Guilherme Pena. *Direitos fundamentais: conflitos e soluções*. Niterói, RJ: Frater et Labor, 2000, p. 73.

<sup>226</sup> Há discussões acerca da distinção entre intimidade, vida privada e privacidade. Não há, contudo, uma distinção clara e precisa. Uns dizem que intimidade e vida privada são a mesma coisa, outros dizem que intimidade é mais restrita que vida privada e, ainda, outros dizem que vida privada é uma esfera da intimidade. Ver: FARIAS, op.cit., p. 111-119; SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1988, p. 121 et. seq; SESSAREGO, Carlos Fernández. *Derecho a la identidad personal*. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1992, p. 150-185 passim.

<sup>227</sup> A teoria das esferas foi aplicada pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha que, ao analisar o caso conhecido como “Elfes”, reconheceu expressamente a existência de um âmbito último e intangível da liberdade humana, não podendo, portanto, ser violado. A partir deste caso o Tribunal Constitucional alemão, em análise de outras situações semelhantes, ampliou a distinção das esferas de proteção da personalidade humana, surgindo três esferas: a esfera mais íntima, a privada ampla e a social. Nesse sentido, ver: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 349-353.

<sup>228</sup> LORENZETTI, Ricardo L. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 463.

<sup>229</sup> CACHAPUZ, Maria C. *Intimidade e vida privada no novo código civil brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006, p. 130 passim.

<sup>230</sup> ALEXY, op.cit., p. 352.

proteção dos diferentes direitos é diferente, sendo que, na social, a proteção é mínima, na privada ampla é um pouco maior e, na íntima, é muito mais rigorosa, pois os direitos que possam ser violados são mais graves e trazem maiores danos ao indivíduo.

Um dos direitos fundamentais que protege o transexual e que está inserido no âmbito de proteção da vida privada, é a liberdade sexual, ou seja, o direito que cada indivíduo possui e, neste caso, em especial os transexuais, de se autodeterminar sexualmente, a liberdade que cada indivíduo possui de viver a sua sexualidade da maneira que melhor lhe aprouver. Assim, integra a liberdade sexual, tanto a possibilidade de definir sua orientação sexual como também a de externar, a de tornar pública, tal decisão, através da aparência e do biotipo. Nesse sentido, se, através da liberdade sexual, o indivíduo possui o direito de externar sua identidade sexual e for negada a retificação do prenome e do sexo no Registro Civil ou, ainda for determinada a inscrição da condição de transexual, estará havendo violação da vida privada, assim como haverá ofensa à dignidade da pessoa humana<sup>231</sup>.

Contudo, é preciso que se ressalte, com relação aos direitos da personalidade que estão sendo aqui abordados, que eles em sua maioria, possuem como fundamento a dignidade da pessoa humana, assim como estão a este princípio vinculados. Nesse sentido, é com fundamento na dignidade da pessoa humana que a Constituição Federal consagra, ainda que de forma implícita, a proteção do direito ao livre desenvolvimento da personalidade<sup>232</sup>. A garantia desse direito encontra-se justamente na proteção do direito à privacidade, à intimidade, à honra e à imagem, dentre outros, os quais, repise-se, estão intimamente ligados à dignidade, até porque todos estes direitos possuem, como núcleo fundamental e intangível, a dignidade humana<sup>233</sup>. Nesse sentido:

El honor, la intimidad y la propia imagen han sido considerados por la teoría jurídica tradicional como manifestaciones de los derechos dela

---

<sup>231</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1988, p. 277-319 passim.

<sup>232</sup> LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 2005, p. 331.

<sup>233</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 86-87.

personalidad, y en el sistema actual de los derechos fundamentales como expresiones del valor de la dignidad humana<sup>234</sup>.

Nessa perspectiva, a proteção à imagem, prevista na Constituição Federal, em seu artigo 5.º, inciso X, não se restringe à reprodução dos traços físicos do indivíduo, mas também à faculdade das pessoas de dispor de sua aparência, autorizando ou não a captação dela, podendo ser tanto do semblante, como de qualquer outra parte do corpo humano. Dessa maneira, no caso dos transexuais, a proteção à sua imagem estará sendo violada no momento em que, possuindo aparência física de um sexo, seus documentos acusarem pertencer ao sexo oposto ao físico. Isso porque a imagem, não obstante ser um bem juridicamente autônomo, digno de proteção jurídica, se encontra, assim como outros direitos da pessoa, vinculado com a intimidade, a vida privada e a honra do indivíduo. A imagem, apesar de refletir os aspectos exteriores, físicos, do indivíduo, tem incidência sobre os aspectos internos, psicológicos, da personalidade humana, pois através da imagem não só se conhece a pessoa fisicamente, mas também se percebem seus estados emocionais, suas atitudes, enfim, o seu comportamento<sup>235</sup>.

Contudo, deve-se salientar que esse direito não se confunde com a intimidade ou com a honra, embora, muitas vezes, eles estejam todos aliados e conectados<sup>236</sup>. A proteção do direito à honra é necessária para que as qualidades e os valores morais da pessoa também possam ser garantidos, já que é uma necessidade existencial do ser humano<sup>237</sup>. Já que tal direito se refere à dignidade pessoal, o sentimento que o indivíduo possui de si próprio ou dos outros com relação à pessoa<sup>238</sup> possui uma dupla dimensão: subjetiva e objetiva<sup>239</sup>. Assim, tanto a violação do direito à imagem quanto a violação do direito à honra, especialmente nos casos dos transexuais, acabam por atingir também a esfera íntima do indivíduo,

---

<sup>234</sup> LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 2005, p. 323.

<sup>235</sup> SESSAREGO, Carlos Fernández. *Derecho a la identidad personal*. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1992, p. 140.

<sup>236</sup> Nesse sentido, ver: FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de Direitos*. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996, p. 119-122 *passim*.

<sup>237</sup> SESSAREGO, *op. cit.*, p. 186.

<sup>238</sup> CALLEJÓN, Francisco Balaguer (Coord.). *Derecho constitucional*. Madrid: Tecnos, 1999. v. 2, p. 101.

<sup>239</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1988, p. 377-378; FARIAS, *op. cit.*, p. 108-110; COLAUTTI, Carlos E. *Derechos Humanos*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2004, p. 134; SESSAREGO, *op. cit.*, p. 187.

pois esses direitos, incluídos na proteção da personalidade, quando atingidos, acabam por violar a intimidade do ofendido.

Ademais, aliada a toda essa proteção de direitos da personalidade e dignidade humana, há a previsão constitucional de igualdade, sem distinção de qualquer natureza, especialmente de sexo, base para a construção do direito à liberdade de orientação sexual. Nesse sentido, todo indivíduo tem o direito de não sofrer discriminações em razão de possuir esta ou aquela orientação sexual, ou seja, além da liberdade de ser homo, bi ou heterossexual, por exemplo, possui o direito à igualdade, que prevê a impossibilidade de qualquer tipo de discriminação que tenha por fundamento tal fato. Aliás, este mesmo direito à igualdade é a base da existência e da proteção do direito à diferença, ou seja, o reconhecimento de que existem diferentes orientações sexuais e que todas elas merecem igual proteção, já que se trata da “necessidade de pensar a universalidade, a igualdade e a liberdade associadas à diferença, à diversidade e à dignidade”<sup>240</sup>.

Nesse sentido, reforça-se a idéia de proteção às “minorias” e, neste caso, das “minorias sexuais”, já que, através do direito à igualdade e da não-discriminação por motivo de sexo, há a proteção jurídica desses indivíduos. Assim, no constitucionalismo contemporâneo, uma das condições para a permanência da vida democrática, é a preservação da liberdade, da igualdade e da vontade das minorias, já que a democracia não é um regime no qual somente a vontade das majorias prevalece e é garantida. É preciso, sobretudo, que exista, também com relação à sexualidade, já que os transexuais são o objeto de abordagem deste trabalho, um “direito democrático da sexualidade”<sup>241</sup>, e, para que os indivíduos possam, além de exercer sua sexualidade livremente, participar na tomada das decisões do Poder Público relativas à sexualidade, a fim de que as particularidades de determinados indivíduos, como, por exemplo, os transexuais, sejam observadas e reconhecidas e

---

<sup>240</sup> BUGLIONE, Samantha. Um direito da sexualidade na dogmática jurídica: um olhar sobre as disposições legislativas e políticas públicas da América Latina e Caribe. In: RIOS, Roger Raupp (Org.). *Em defesa dos direitos sexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 94.

<sup>241</sup> RIOS, Roger Raupp. Notas para o desenvolvimento de um direito democrático da sexualidade. In: \_\_\_\_\_. (Org.). *Em defesa dos direitos sexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 13-38.

sejam desenvolvidas políticas públicas para que esses indivíduos também tenham promoção e proteção de seus direitos<sup>242</sup>.

Considerando-se todos os aspectos expostos, há quem afirme a existência de um direito fundamental da sexualidade, ainda que se entenda que essa qualificação da sexualidade, como um direito fundamental, não seja tarefa fácil, pois, no momento em que se falar de um direito à sexualidade, estar-se-á aludindo aos direitos individuais e sociais<sup>243</sup>. Na realidade, tal direito estaria inserido na proteção da qualidade de vida, da liberdade e da igualdade, sendo considerado um desdobramento desses direitos.

A sexualidade como direito é uma excelente metáfora para compreender as tensões relacionadas à liberdade porque ora ocupa a esfera das políticas públicas, como um direito à saúde, e ora relaciona-se a não discriminação e aos direitos de autodeterminação, incluindo a garantia do livre desenvolvimento da personalidade através do respeito a diferentes práticas e identidades<sup>244</sup>.

A partir desse entendimento, também é preciso que se discorra sobre o direito fundamental à saúde, já que, nos casos de transexualidade, é com base, também nesse direito que as cirurgias de adequação sexual são realizadas. Dessa forma, a previsão de proteção da saúde na Constituição Brasileira de 1988, se dá como um direito fundamental, podendo sua proteção ser equiparada à proteção do direito à vida, na perspectiva de uma vida digna e com qualidade, o que só pode ser alcançado quando o indivíduo está bem de saúde. Nesse sentido, é preciso que se faça referência ao conceito atual de saúde, compreendida como bem-estar integral, ou seja, não só o físico do indivíduo, mas também o psíquico e o social<sup>245</sup>. Os transexuais, portanto, inserem-se na proteção do direito à saúde, em sua concepção ampla, no que se refere à garantia de saúde psíquica e social do indivíduo, já que, conforme já se referiu, a manutenção desses indivíduos pertencendo fisicamente a um sexo e psicologicamente a outro, acaba por causar-lhes uma série de

---

<sup>242</sup> VENTURA, Miriam. Transexualidade: algumas reflexões jurídicas sobre a autonomia corporal e autodeterminação da identidade sexual. In: RIOS, Roger Raupp (Org.). *Em defesa dos direitos sexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 146.

<sup>243</sup> BUGLIONE, Samantha. Um direito da sexualidade na dogmática jurídica: um olhar sobre as disposições legislativas e políticas públicas da América Latina e Caribe. In: RIOS, Roger Raupp (Org.). *Em defesa dos direitos sexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 91.

<sup>244</sup> BUGLIONE, op. cit., p. 92.

<sup>245</sup> SESSAREGO, Carlos Fernández. *Derecho a la identidad personal*. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1992, p. 350; LUCARELLI, Luiz Roberto. Aspectos Jurídicos da Mudança de Sexo. *Revista da PGE*, São Paulo, v. 35, p. 213-228, jun. 1981, p. 218.

transtornos, tanto de ordem psíquica quanto de ordem jurídica, conforme se buscou demonstrar ao longo do capítulo anterior.

Por fim, deve-se, mais uma vez, ressaltar o fato de que o sistema de direitos fundamentais, bem como o ordenamento jurídico como um todo, deve ser interpretado com base na dignidade da pessoa humana, valor supremo do sistema jurídico brasileiro. Da mesma maneira, com base em uma igual dignidade dos indivíduos, as diferenças – raciais, sexuais, culturais – existentes na sociedade, devem ser reconhecidas e igualmente protegidas, já que o estágio atual da sociedade é baseado no pluralismo e no multiculturalismo, conforme já se afirmou. Diante disso, é necessário salientar, também, que os direitos fundamentais, de um modo geral e não só os que foram citados acima, protegem a todo e qualquer indivíduo, possuindo, dessa maneira, uma dupla dimensão, uma subjetiva e outra objetiva<sup>246</sup>. A dimensão subjetiva corresponde à possibilidade de o indivíduo exigir a proteção de seus direitos, enquanto que a dimensão objetiva resulta da própria noção de Estado Democrático de Direito. Isto significa que os direitos fundamentais servem de base para todo o ordenamento jurídico, atuando como norte para todas as ações, filtrando os valores eleitos pela sociedade. E, nessa perspectiva, os direitos fundamentais não são considerados apenas numa concepção individualista, mas como valores em si próprios, que têm de ser preservados<sup>247</sup>, existindo, portanto, um núcleo intangível dos direitos fundamentais<sup>248</sup>, o qual não pode sofrer restrição, sob pena de tornar sem efeito a garantia outorgada pela Constituição<sup>249</sup>.

Dessa maneira, a partir da dimensão objetiva e da existência de um núcleo intangível, há a legitimação das restrições e limitações que os direitos fundamentais podem sofrer em face de direitos, também fundamentais, de outros indivíduos, quando ocorrem conflitos entre bens igualmente tutelados pela Constituição Federal. Portanto, ocorrendo conflito entre direitos fundamentais, deve-se fazer uma ponderação entre bens que se encontram em conflito, na tentativa de se obter uma

---

<sup>246</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 155.

<sup>247</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, p. G. G. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 152-153.

<sup>248</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 286-291.

<sup>249</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 31.

harmonia entre os direitos fundamentais constitucionalmente protegidos, ou seja, o princípio da concordância prática<sup>250</sup>. Então, dentro dessa noção objetiva, encontram-se justificadas as restrições aos direitos fundamentais em nome dessa harmonia entre os direitos fundamentais conflitantes<sup>251</sup>.

Assim, a seguir, abordar-se-á a temática da ponderação como forma de solução dos conflitos entre direitos fundamentais, através da aplicação do princípio da proporcionalidade – já que tais direitos não são absolutos, podendo sofrer restrições, as quais, todavia, devem ser restritas ao limite necessário à garantia do outro direito que se encontra em conflito, em razão da existência de um núcleo intangível e de serem elevados à categoria de princípios, o que impossibilita a exclusão de um dos direitos fundamentais para a concretização do outro –, assim como a análise de casos concretos.

---

<sup>250</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1199; SCHÄFER, Jairo. *Direitos fundamentais: proteção e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 61.

<sup>251</sup> SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 108.

### 3 O CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS CASOS DE RELAÇÕES JURÍDICAS ENTRE TRANSEXUAIS E TERCEIROS EM RAZÃO DA ALTERAÇÃO DE PRENOME E SEXO NO REGISTRO CIVIL: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA<sup>1</sup> EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Nos capítulos anteriores foram abordadas as questões relativas à transexualidade, com seus conceitos, classificações de sexo, cirurgia de adequação sexual, enfim, discussões que são necessárias para a compreensão do tema que se propõe abordar, o conflito entre direitos fundamentais em casos de relações jurídicas entre transexuais e terceiros. Em seguida, trouxe-se a temática da dignidade humana, onde se buscou demonstrar que o constitucionalismo moderno tem como um de seus referenciais fundamentais a dignidade humana, que deve permear todas as relações existentes, assim como serve de fundamento a todos os demais direitos dos cidadãos. Partindo-se dessas discussões, o que se pretende, neste capítulo, é apresentar a temática do conflito entre direitos fundamentais, bem como uma forma de solução, através da ponderação e da proporcionalidade, método<sup>2</sup> que, apesar de não se encontrar inscrito na Constituição Federal, tem sido bastante utilizado, inclusive pelos Tribunais<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Serão analisados casos julgados pelos Tribunais dos Estados do Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro e São Paulo, que são os Tribunais que possuem maior número de decisões sobre a transexualidade, já que não é possível analisar, de forma crítica, todos os casos referentes a esta questão existentes nos Tribunais de Justiça dos Estados. Também serão analisados os casos relativos a transexuais julgados pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal.

<sup>2</sup> Entende-se que a proporcionalidade é um método, pois é a forma, o “caminho pelo qual se atinge um objetivo”, não sendo empregada, aqui, portanto, no seu sentido positivista. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 1128. Nesse sentido, de considerar a proporcionalidade como método de solução para os conflitos entre direitos fundamentais, ver: SANCHÍS, Luis Prieto. *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Palestra, 2002, p. 129; BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 104-108; STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade: no Direito Constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 77; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Embargos de Declaração no Habeas Corpus n.º 90.138-7*, julgado em 27 de fevereiro de 2007. Ministro Ricardo Lewandowski (relator). Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em: 17 jan. 2008.

<sup>3</sup> Nesse sentido, ver: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n.º 87.827-RJ*, julgado em 25 de abril de 2006. Ministro Sepúlveda Pertence (relator). Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em: 28 jun. 2006; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n.º 82.354-PR*, julgado em 10 de agosto de 2004. Ministro Sepúlveda Pertence (relator). Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em: 28 jun. 2006; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Intervenção Federal n.º 2.915-SP*, julgada em 03 de fevereiro de 2003. Ministro Gilmar Mendes (relator). Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em: 28 jun. 2006; dentre outros.

### 3.1 A teoria da ponderação como instrumento de resolução de conflitos entre direitos fundamentais e sua relação com o Estado Democrático de Direito enquanto garantidor desses direitos

O Estado Democrático de Direito possui como característica a pluralidade de idéias e como um de seus objetivos a garantia e proteção dos direitos fundamentais, especialmente a dignidade da pessoa humana<sup>4</sup>, direitos estes que são os valores supremos eleitos pela sociedade, conforme foi abordado no capítulo antecedente<sup>5</sup>. Ocorre que, muitas vezes, essa multiplicidade de idéias e esses inúmeros direitos protegidos constitucionalmente entram em conflito. Nesse caso, pode-se dizer que a colisão entre direitos fundamentais ocorre quando o exercício de um direito, por seu titular, prejudica ou impede o exercício do direito fundamental de outro indivíduo, não importando que se trate do mesmo direito ou de outro diferente<sup>6</sup>.

Todavia, considerando-se que todo direito fundamental possui um núcleo intangível, em casos de conflito pode haver restrições, as quais não podem atingir o cerne do direito fundamental, sob pena de não serem toleradas<sup>7</sup>. Com relação à questão do núcleo essencial<sup>8</sup>, deve-se destacar que se trata de uma parte do direito que, mesmo havendo uma limitação ou uma restrição plenamente justificável e razoável, continua de pé (isto é, sem ele o direito deixa de ser protegido), sendo protegida, o que não significa, todavia, que a outra parte seja descartável. Pelo contrário, pois a preservação do direito é fundamental, sendo que somente será

---

<sup>4</sup> STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. *Ciência política e teoria do estado*. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 98-99.

<sup>5</sup> Deve-se, mais uma vez, conforme já referido no capítulo antecedente, destacar que a positivação da dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988 é devida a sua condição de norma fundamental no ordenamento jurídico e na sociedade brasileira, já que, no Brasil atua como base e fundamento dos demais direitos (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 66-75 passim). Na Alemanha, por outro lado, a dignidade humana, além de ser o princípio supremo da Constituição, é, também, um direito fundamental, previsto no primeiro artigo da Lei Fundamental (HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 244-245).

<sup>6</sup> GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos Fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 288.

<sup>7</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 406-407; FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 193.

<sup>8</sup> Existem duas teorias acerca da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais: a absoluta e a relativa. A teoria absoluta afirma que existe um núcleo de cada direito que em nenhuma hipótese poderá ser afetado, enquanto que a teoria relativa entende que o conteúdo essencial é aquele que fica após a ponderação. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 288.

justificável e razoável a restrição que se opere através da aplicação do princípio da proporcionalidade<sup>9</sup>. Assim, para que seja possível verificar o direito que será restringido e o limite dessa restrição, é necessário que sejam analisadas as circunstâncias que envolvem o caso concreto<sup>10</sup>, estabelecendo-se pesos<sup>11</sup> aos direitos em conflito, ponderando-os, para, então, fazer-se a harmonia desses bens em conflito, conforme se verá a seguir.

Antes que se aborde a temática da teoria da ponderação, contudo, é preciso que se explique como ocorre o conflito<sup>12</sup> entre direitos fundamentais, já que, no caso em análise, para que se aplique a teoria da ponderação, é preciso que exista a colisão entre direitos fundamentais. Também é necessário abordar a questão do conceito de conflito. Na verdade, todos os homens estão sujeitos a conflitos com seus iguais, já que um conceito geral dessa palavra é considerá-la como uma contrariedade de interesses, oposição de opiniões, ou seja, ocorre um conflito quando há a bipolarização de idéias, onde a posição de um dos envolvidos tende a colidir com a do outro.

---

<sup>9</sup> Nesse sentido, ver: SANCHÍS, Luis Prieto. *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Palestra, 2002, p. 56-61; STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade: no Direito Constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 139-142.

<sup>10</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 92.

<sup>11</sup> Nesse sentido, Alexy afirma que, havendo a colisão, deve-se verificar qual dos princípios possui peso maior com relação ao outro, quando presentes certas circunstâncias do caso concreto. *Ibidem*, p. 90-93 passim. O autor alerta, contudo, para as dificuldades em estabelecer pesos aos direitos conflitantes, afirmando que, com isso, se estaria colocando os direitos em uma escala hierárquica e que tal fato faria que em casos de conflitos entre a proteção da personalidade e a liberdade de informação, por exemplo, a personalidade sempre prevalecesse. Assim, o autor destaca o problema do estabelecimento de pesos aos direitos, que poderia fazer com que um direito fosse absoluto, o que, de fato não ocorre, já que todos os direitos são relativos. *Ibidem*, p. 154. No mesmo sentido: LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta*. Reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição Constitucional na ordem democrática. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 73.

<sup>12</sup> A definição de conflito pode ser apresentada por diversas concepções: psicológica, sociológica, sócio-psicológica, semântica e jurídica. Cada uma dessas concepções possui suas características e elementos próprios, contudo, todas elas se aproximam do conceito geral apresentado, de que o conflito é “oposição de interesses, sentimentos e idéias”. Nesse sentido e sobre os conceitos de conflito, ver: GÖRCZEWSKI, Clovis. *Jurisdição paraestatal: solução de conflitos com respeito à cidadania e aos Direitos Humanos na sociedade multicultural*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2007, p. 19-34; GARCIA, Emerson. *Conflito entre normas constitucionais: esboço de uma teoria geral*. Rio de Janeiro: lumen Júris, 2008, p. 3-4.

Também com relação aos termos conflito e colisão, deve-se ter em mente que não existem diferenças entre ambos, pelo contrário, são sinônimos, sendo que o Dicionário Aurélio apresenta as seguintes definições: **conflito**. [...] Colisão, choque [...] oposição e luta entre diferentes forças. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 451. **colisão**. [...] Oposição, discórdia, desarmonia, divergência [...] Dificuldade de opção; conflito. *Ibidem*, p. 431.

No caso de direitos fundamentais, há conflito quando o exercício de um direito se choca com outro, de terceiro, ou seja, quando o exercício de um direito fundamental por seu titular prejudica ou impede o exercício do direito de outro indivíduo, ou seja, “significa que cada uno de ellos limita la posibilidad jurídica de cumplimiento del outro”<sup>13</sup>, não importando que se trate do mesmo direito ou de outro diferente<sup>14</sup>. Assim, em uma determinada situação concreta, é impossível que ambos os direitos sejam realizados plenamente, ao mesmo tempo. Ademais, para que ocorra a colisão, o princípio deve ser válido e aceito no ordenamento jurídico<sup>15</sup> e, tanto pode ocorrer entre direitos fundamentais de vários titulares, caso em que se qualifica como colisão autêntica, quanto entre direitos fundamentais e bens jurídicos da comunidade e do Estado, configurando, portanto, colisão não autêntica<sup>16</sup>. Pode existir, portanto, colisão entre direitos fundamentais de mesma hierarquia e força constitucional. É necessária, então, uma decisão que atenda as exigências da Constituição Federal, qual seja, a da máxima efetividade dos direitos fundamentais. Para que possa haver uma justa solução à colisão de direitos fundamentais, não basta simplesmente que um dos direitos se sobreponha ao outro. É necessária, além da aplicação dos princípios constitucionais, a aplicação do princípio da proporcionalidade, através da ponderação de bens<sup>17</sup> ou, como afirma Alexy, através do *balancing*, pois

Values and principles tend to collide. A collision of principles can only be resolved by balancing. The lesson of the *Lüth* decision that is most important for everyday legal work runs, therefore, as follows: 'A 'balancing of interests' becomes necessary'<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 91.

<sup>14</sup> GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos Fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 288; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1229; SCHÄFER, Jairo G. *Direitos fundamentais: proteção e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 76-77; MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 13.

<sup>15</sup> ALEXY, op. cit., p. 105.

<sup>16</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 1230; MENDES, op.cit., p. 77-78.

<sup>17</sup> STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 69.

<sup>18</sup> Tradução livre: Os valores e os princípios tendem a colidir. Uma colisão dos princípios somente pode ser resolvida balançando. A lição da decisão de Lüth que é a mais importante para o trabalho legal diário funciona, conseqüentemente, como segue: “Um ‘balanceamento dos interesses’ torna-se necessário”. ALEXY, Robert. Constitutional rights, balancing, and rationality. *Ratio Juris*, Oxford, n. 2, v. 16, p. 131-140, jun. 2003, p.133.

Com relação à utilização das expressões “princípio da proporcionalidade” e “ponderação”, deve-se destacar que, ainda que muitas vezes sejam consideradas como sinônimos, não o são. Existe relação entre a ponderação e o princípio da proporcionalidade, pois enquanto a ponderação é um tipo de juízo pelo qual se estabelecem pesos aos direitos fundamentais conflitantes, a fim de se verificar qual deles deverá preponderar no caso concreto, o princípio da proporcionalidade é a forma pela qual a ponderação de bens é aplicada<sup>19</sup>, a partir de uma perspectiva alexyana, onde a proporcionalidade e seus subprincípios são instrumentos de operacionalização da ponderação.

Ponderar<sup>20</sup> significa atribuir um determinado valor ou peso a dois bens ou interesses que estejam em conflito em um caso concreto, a fim de decidir qual deles deve prevalecer e, portanto, solucionar um determinado problema constitucional<sup>21</sup>. Assim, a ponderação de bens, no caso do conflito entre direitos fundamentais, nada mais é do que uma declaração de intenções, no sentido de que todos os direitos devem ser levados em consideração, em razão de sua fundamentalidade e da necessidade de sua otimização, onde se atribuem valores aos direitos em conflito e, colocando-os na balança, aquele que for “mais pesado”<sup>22</sup> equivalerá ao direito fundamental que irá prevalecer naquele caso concreto<sup>23</sup>, pois em outro caso, a solução poderá ser diferente. Assim, se faz necessária, em face da necessidade de realização do direito contrário, a restrição de um dos direitos fundamentais que se encontram em conflito. A legalidade dessa restrição encontra seu fundamento no fato de que os direitos fundamentais, ainda que esteja presente sua noção de fundamentalidade, ou seja, de que desempenham um papel central e fundamental

---

<sup>19</sup> PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2003, p. 157 e 564.

<sup>20</sup> Neste trabalho o verbo “ponderar” está sendo utilizado em seu sentido técnico, entendendo-se como a busca da melhor solução para o caso concreto quando na argumentação existem razões conflitantes, pois, se utilizar-se o sentido mais coloquial, se tem a idéia de considerar todos os aspectos de determinada situação, ou seja, refletir sobre algo, considerando as circunstâncias do caso, aspectos estes que são importantes e fundamentais também para a operacionalização jurídica da ponderação. SANCHÍS, Luis Prieto. *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Palestra, 2002, p. 128-129.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 177.

<sup>22</sup> O problema é exatamente saber qual deles é o “mais pesado”, sendo importantes, portanto, as circunstâncias do caso concreto. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 90-93.

<sup>23</sup> BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 104-108.

no sistema jurídico<sup>24</sup>, não são absolutos, conforme já se referiu. Então, os direitos fundamentais admitem restrições, as quais, no entanto, apenas ocorrem em casos especiais. Isto significa dizer que a regra é a proteção dos direitos fundamentais, mas que, em certos casos, os mesmos precisam ser restringidos, como, por exemplo, quando houver conflito entre dois (ou mais) direitos fundamentais<sup>25</sup> e, nestes casos, a restrição só é admitida se, naquela determinada situação e em face daquelas circunstâncias, o direito fundamental oposto possuir uma importância ou um peso maior do que aquele que sofrer a restrição<sup>26</sup>.

Para tanto, existem duas possibilidades, dois pressupostos que devem ser preenchidos para que a restrição seja legítima: o primeiro deles é que a medida restritiva deve estar de acordo com o princípio da legalidade, ou seja, que a restrição deve estar legalmente prevista ou autorizada pela Constituição<sup>27</sup>, sendo tal princípio um pressuposto formal da restrição de direitos fundamentais. Isto significa que a restrição dos direitos fundamentais deve ter, igualmente, limites<sup>28</sup>, ou seja, o núcleo básico dos direitos fundamentais, aquele núcleo intangível e essencial, deve ser protegido, sem que se possa, contudo, determinar qual a amplitude dessa proteção, o que só pode ser verificado no caso concreto<sup>29</sup>. O segundo pressuposto a ser observado é a questão da justificação teleológica, ou seja, que as medidas restritivas devem ser dirigidas à realização de um fim constitucional legítimo, o que, no caso em que se analisa, é a proteção de outro direito fundamental.

---

<sup>24</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 506.

<sup>25</sup> FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 77.

<sup>26</sup> STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade: no Direito Constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 139.

<sup>27</sup> Neste caso, a própria noção de fundamentalidade e de relatividade é a autorização para restrição dos direitos fundamentais, além do dever de otimização desses direitos. Ademais, deve-se considerar, também, que os direitos fundamentais devem ser percebidos em sua relação com os demais direitos e conteúdos constitucionais. LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta*. Reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição Constitucional na ordem democrática. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 71.

<sup>28</sup> Nesse sentido é preciso que se destaque que a doutrina alemã criou a “Schranken-Schranken Theorie”, ou seja, uma teoria através da qual são impostos limites aos limites, ou seja, as restrições a direitos fundamentais esbarram em certos limites: o núcleo essencial desses direitos. *Ibidem*, loc. cit.; FREITAS, op. cit., p. 185.

<sup>29</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 406-407; STUMM, op. cit., p. 139.

Existem, todavia, outras teorias, tais como a teoria interna e a teoria externa, para explicar a questão dos limites e das restrições a direitos fundamentais<sup>30</sup>, mas, por uma opção metodológica, trabalhar-se-á essa questão a partir da proposição de Alexy, razão pela qual não se irá adentrar na análise aprofundada das demais teorias, apresentando-se, todavia, sucinta e objetivamente, uma visão acerca das mesmas. A teoria interna entende que os direitos fundamentais, desde o momento inicial, possuem um conteúdo determinado e que, portanto, não haveria a possibilidade de restrição aos direitos fundamentais<sup>31</sup>. Todo conteúdo que extrapole aquele pré-determinado, desde o princípio, não gozará de proteção judicial. Para esta teoria, a palavra restrição deveria ser substituída por limite, o que significaria um mecanismo de interpretação dos limites máximos, ou seja, da delimitação do conteúdo previsto, enquanto que restrição importaria em diminuição desse teor previsto<sup>32</sup>. Por sua vez, a teoria externa, em oposição à primeira, admite que os conceitos de direito e de restrição são diferentes. Na verdade a relação entre eles se estabelece através de uma necessidade externa ao direito de compatibilizar os direitos de diferentes indivíduos e os direitos individuais e coletivos<sup>33</sup>. Assim, existem restrições externas, que podem, em certos casos, como nos de conflito, por exemplo, diminuir aquele conteúdo inicialmente previsto, seja através de normas constitucionais ou infraconstitucionais com previsão de restrição<sup>34</sup>.

Entende-se, no entanto, que, para a solução dos conflitos entre direitos fundamentais, é necessária a imposição de limites ou de restrições. Adota-se a posição de que existindo conflito entre direitos fundamentais, será necessário haver restrições destes, as quais deverão se dar no estrito limite necessário à concretização do direito que se choca. Esse limite é alcançado através da ponderação e aplicação do princípio da proporcionalidade, o que torna legítima a

---

<sup>30</sup> Nesse sentido, para maiores informações sobre as teorias que abordam a questão dos limites e restrições dos direitos fundamentais, ver: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 268 et. seq.; FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 77 et. seq.

<sup>31</sup> BOROWSKI, Martin. La restricción de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, n.º 59, p. 29-56, maio-ago. 2000, p. 32.

<sup>32</sup> ALEXY, op. cit., p. 268-269; MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 25; FREITAS, op. cit., p. 79-82; SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 79.

<sup>33</sup> MENDES, op. cit., p. 25.

<sup>34</sup> ALEXY, op. cit., p. 268; FREITAS, op. cit., p. 138-140.

restrição de direitos fundamentais<sup>35</sup>. Existe, portanto, a necessidade de se construir uma harmonia entre os direitos em conflito e, caso seja necessário, de se estabelecer a prevalência de um dos direitos, através da ponderação de bens<sup>36</sup>, em razão de que, sendo os direitos fundamentais normas instituídas por princípios, são mandamentos de otimização, devendo ser garantidos na melhor e maior medida possível<sup>37</sup>, de forma que “quanto mais elevado for o grau de não realização ou de afetação desvantajosa de um princípio, maior precisa ser a importância da realização do princípio oposto”<sup>38</sup>, como forma de se justificar e de se legitimar a restrição imposta.

Dessa forma, como não é possível, simplesmente, aplicarem-se as normas, é preciso que se efetue uma interpretação dos princípios conflitantes, no sentido de atribuir-lhes pesos, para que, então, se verifique qual deles irá preponderar no caso concreto. Assim, existem como métodos<sup>39</sup> tradicionais para a interpretação, o gramatical, que se utiliza do significado básico das palavras; o histórico, que busca pelo sentido da norma, através dos precedentes normativos; o teleológico, que analisa a finalidade e a justificação da norma; e o sistemático que utiliza todo o ordenamento jurídico para a interpretação das normas<sup>40</sup>. Além dos métodos tradicionais de interpretação, existe também a teoria dos valores, pela qual a interpretação da colisão entre direitos fundamentais deveria guiar-se por um sistema de valores<sup>41</sup>.

Todavia, neste trabalho, adota-se a teoria proposta por Alexy<sup>42</sup>, para quem a solução para o conflito entre direitos fundamentais está na aplicação do princípio da

---

<sup>35</sup> BAJO, María José Cabezu. La restricción de los derechos fundamentales. *Revista de Derecho Político*. Madrid, n.º 62, p. 187-227, 2005, p. 193.

<sup>36</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1232.

<sup>37</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 86.

<sup>38</sup> FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 172.

<sup>39</sup> Esses são os métodos clássicos de interpretação. Mas não são os métodos aplicados para a interpretação da colisão entre direitos humanos fundamentais, onde deve haver um sopesamento de importância, uma ponderação desses direitos, para que não haja excessivas perdas para um direito, nem excessivos ganhos para o outro. BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 22.

<sup>40</sup> STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 91-93.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 110.

<sup>42</sup> ALEXY, op. cit., p. 86 et. seq.

proporcionalidade<sup>43</sup>. Ademais, o princípio da proporcionalidade acaba por adquirir uma função interpretativa, pois contribui para a busca de soluções para casos de conflitos entre direitos fundamentais, conforme vem se buscando defender. Assim, havendo conflito de interesses, a aplicação do princípio da proporcionalidade, através de seus elementos<sup>44</sup>, acaba por ser necessária, pois tal método<sup>45</sup> é capaz de trazer ao caso concreto uma solução conciliadora, que leva em conta não só as circunstâncias jurídicas, mas também as fáticas, para encontrar um resultado favorável para o conflito<sup>46</sup>.

Existe, então, a possibilidade de se considerar, para a solução dos conflitos, que haveria uma hierarquia entre direitos fundamentais? Como seria estabelecida esta hierarquia? Qual dos direitos fundamentais teria maior predominância sobre o outro? A questão é bastante complicada, pois, ainda que determinados autores entendam que a função do princípio da proporcionalidade seja a de hierarquizar quando ocorrem situações de conflito<sup>47</sup>, os direitos fundamentais são incomensuráveis e, dessa forma, não há como reduzi-los a uma medida comum, não havendo como compará-los e, portanto, colocá-los em uma escala hierárquica<sup>48</sup>. Assim,

Cuando dos principios entran en colisión – tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido – uno de los principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo

<sup>43</sup> Loammi Blaauw-Wolf entende que o princípio da proporcionalidade, através da ponderação de interesses, é um método de interpretação constitucional. Nesse sentido, ver: BLAAUW-WOLF, Loammi. The “balancing of interests” with reference to the principle of proportionality and the doctrine of *Güterabwägung* – a comparative analysis. *SA Publiekreg*, [s.l.], n. 1, v. 14, p. 178-214, 1999, p. 184-185.

<sup>44</sup> Os elementos que integram o princípio da proporcionalidade são: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Sobre tais elementos, em seguida traz-se algumas informações e discussões.

<sup>45</sup> SANCHÍS, Luis Prieto. *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Palestra, 2002, p. 129; BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 104-108; STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade: no Direito Constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 77.

<sup>46</sup> NETO, Chade Rezek. *O princípio da proporcionalidade no estado democrático de direito*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004, p. 56.

<sup>47</sup> Nesse sentido, manifesta-se: NETO, op. cit., p. 56.

No mesmo sentido, Loammi Blaauw-Wolf estabelece uma hierarquia de direitos fundamentais, tendo como base os direitos e liberdades fundamentais dos indivíduos. BLAAUW-WOLF, op. cit., p. 194.

<sup>48</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 153; GARCIA, Emerson. *Conflito entre normas constitucionais: esboço de uma teoria geral*. Rio de Janeiro: lumen Júris, 2008, p. 269.

otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios – como sólo pueden entrar en colisión principios válidos – tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso<sup>49</sup>.

Por esta razão, não há como se estabelecer uma hierarquização entre os direitos fundamentais em choque, senão o estabelecimento de pesos que, levando em consideração as circunstâncias de cada caso em concreto, chegaria à solução para o caso<sup>50</sup>, através da ponderação desses direitos, com a aplicação do princípio da proporcionalidade. Então, mesmo que haja um conflito, nenhum direito fundamental pode ser superior ao outro, pois não havendo a possibilidade de harmonizar os direitos em conflito, um deverá ceder ao outro<sup>51</sup>. O que pode haver é uma preponderância em um caso concreto, o que não significa que será em todas as ocasiões dessa maneira, com esse direito como dominante, pois deve-se, sempre, considerar as circunstâncias fáticas presentes no caso concreto. Nesse sentido,

Em nenhuma circunstância, um direito fundamental deve suprimir inteiramente outro na eventual colisão de exercícios. Apenas deve preponderar topicamente. A razão está em que os princípios nunca se eliminam [...]. O agente público, dito de outro modo, está obrigado a sacrificar o mínimo para preservar o máximo de direitos fundamentais<sup>52</sup>.

A partir daí, é possível afirmar-se que, para que seja possível solucionar um conflito de princípios e/ou de direitos humanos fundamentais, se deve atentar para a utilização da ponderação de bens. Isso significa que deve ser feito um juízo de peso, verificando-se qual bem jurídico tutelado será mais ferido na relação jurídica, se decidindo, então, pela predominância do bem jurídico que será mais lesado se for preterido em relação ao outro. Isso não significa dizer, entretanto, que o princípio que foi preterido não possui validade. Pelo contrário, ele possui, mas naquela relação jurídica houve a predominância do outro princípio/direito fundamental. Dessa

<sup>49</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 89.

<sup>50</sup> Ibidem, loc. cit.; MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 82-83.

<sup>51</sup> MENDES, op. cit., p. 87.

<sup>52</sup> FREITAS, Juarez. O Estado, a responsabilidade extracontratual e o princípio da proporcionalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Jurisdição e Direitos Fundamentais*. Anuário 2004/2005 da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura/Livraria do Advogado, 2006. v. 1, t.1, p. 183.

forma, está se utilizando, para a solução dos conflitos, o princípio da proporcionalidade através de seus elementos, da ponderação de bens jurídicos tutelados pelo sistema constitucional e considerando as circunstâncias fáticas e jurídicas que circundam o caso concreto. Assim,

Mesmo quando comprovadamente não afete o núcleo essencial, a restrição à parte do conteúdo considerada não essencial deve pautar-se pela diretriz hermenêutica do princípio da proporcionalidade. Somente, então, depois de examinada a restrição [...] a partir dos critérios estabelecidos nos subprincípios que constituem o princípio da proporcionalidade é que se poderá, com segurança, definir se a restrição está efetivamente autorizada pela Constituição e, como tal, é válida, ou se se produziu sem autorização constitucional<sup>53</sup>.

De tudo o que já foi referido, é possível se depreender que a dignidade da pessoa humana, além de ser um fundamento da ordem jurídica democrática brasileira, dada sua importância e necessidade de proteção, tornou-se um princípio constitucional que tem vigência no sistema constitucional do país. Nesse sentido, é necessário que se traga a conceituação de princípios, para que seja possível o entendimento, e, em seguida, de como solucionar os conflitos, em face do princípio da dignidade da pessoa humana dos transexuais, com os direitos fundamentais dos heterossexuais. Princípio significa “verdade primeira”, ou seja, os princípios são “o elemento central da ordem jurídica, por representarem aqueles valores supremos eleitos pela comunidade que os adota”<sup>54</sup>.

Para que seja possível o entendimento da questão dos conflitos entre os direitos fundamentais em face do princípio da dignidade da pessoa humana, utilizar-se-á de um exemplo que pode ser (ou tornar-se) bastante corriqueiro na sociedade brasileira. No caso, um homem passou por uma cirurgia de adequação sexual que extirpou a genitália masculina e “construiu” no local uma “neovagina”<sup>55</sup>. Após a cirurgia, os documentos foram adequados para sua nova aparência – a de mulher –, tendo sido alterados o prenome e o sexo no registro civil. Todavia, o transexual realizou negócio jurídico com um terceiro antes da retificação e, após, como este irá exigir o cumprimento do negócio, já que o homem com o qual contratou deixou de existir?

<sup>53</sup> FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 205.

<sup>54</sup> LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*. Barueri, São Paulo: Manole, 2003, p. 72.

<sup>55</sup> Estes aspectos já foram trabalhados no primeiro capítulo do trabalho.

Existe, no exemplo apresentado, um conflito entre o transexual e o terceiro. Ambos possuem direitos fundamentais em choque, pois, se é digno ao transexual manter em sigilo sua condição anterior à cirurgia, também é direito do terceiro saber a verdade sobre a vida da pessoa com a qual está contratando, inclusive para resguardar seu direito de que o negócio seja cumprido. Deve-se destacar, a partir dessa perspectiva, que tem de ser levado em conta que tais fatos (a readequação sexual e alteração do Registro) pertencem à intimidade do transexual. Nesse caso, deve-se considerar: é possível que o transexual seja compelido a revelar sua intimidade a terceiros? Em que circunstâncias? Diante do exposto, verifica-se que o caso apresentado não é de fácil solução, sendo, portanto, o que se pretende analisar neste trabalho. Existem alternativas e elas devem ser analisadas, frente ao caso concreto, no sentido de haver o menor prejuízo possível para as partes envolvidas. Assim, quando há conflito entre dois (ou mais) direitos, todos garantidos pela Constituição Federal,

[...] o que colidem são direitos fundamentais expressos por normas constitucionais, com idêntica hierarquia e força vinculativa, o que torna imperativa uma decisão, legislativa ou judicial, que satisfaça os postulados da unidade da Constituição, da máxima efetividade dos direitos fundamentais e da concordância prática. Na colisão, não se trata de pura e simplesmente sacrificar um dos direitos ou um dos bens em jogo. Como se verá, a solução da colisão é impensável com a mera subsunção a normas ou com a estrita aplicação dos cânones clássicos de interpretação; além da utilização dos princípios ou postulados específicos da interpretação constitucional, exige, sobretudo, a aplicação do princípio da proporcionalidade – de modo especial, o princípio parcial da proporcionalidade em sentido estrito (a ponderação de bens) – e argumentação jusfundamental<sup>56</sup>.

A partir daí, é possível afirmar-se que, para que seja possível solucionar-se um conflito de princípios e/ou de direitos humanos fundamentais, se deve atentar para a utilização da ponderação de bens<sup>57</sup>. Isso significa que deve ser feito um juízo de peso, verificando-se qual bem jurídico tutelado será mais ferido na relação jurídica, decidindo-se, então, pela predominância do bem jurídico que será mais lesado se for preterido em relação ao outro. Não significa dizer, entretanto, que o princípio que foi preterido não possui validade. Pelo contrário, ele possui, mas, naquela relação jurídica, houve a predominância do outro princípio/direito fundamental. Dessa forma,

<sup>56</sup> STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 69.

<sup>57</sup> HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. San Miguel: Universidad Católica del Perú, 1997, p. 86.

se está utilizando, para a solução dos conflitos, a ponderação de bens. Nesse sentido, tendo-se como fundamento as premissas de Robert Alexy, a solução da colisão consiste em estabelecer, entre os princípios, uma relação de precedência condicionada, o que consiste em indicar as condições segundo as quais um direito fundamental precede ao outro, sendo que, sob outras condições, solução para a precedência condicionada pode ser inversa<sup>58</sup>.

[...] En este sentido, si el carácter de principio implica un mandato de ponderación, tal principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios, adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, constituye asimismo un mandato de tal naturaleza. En consecuencia, es un principio de proporcionalidad, debido a que tal carácter lo ostenta la cláusula restrictiva en la que se incluye, que conlleva la realización del contenido de dicha cláusula, en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas. En la medida en que teniendo carácter de principio constituye un mandato de optimización implica que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento depende de las posibilidades señaladas. En particular, las posibilidades fácticas aluden al subprincipio de idoneidad y necesidad, mientras que las jurídicas se refieren al principio de proporcionalidad en sentido estricto. En consecuencia, el principio de proporcionalidad derivado del carácter de principio que ostenta la cláusula restrictiva implica que el contenido de tal cláusula sea realizado en la mayor medida posible<sup>59</sup>.

A partir dessa perspectiva, o autor afirma que a ponderação consiste exatamente em estabelecer, em face das circunstâncias fácticas e jurídicas, qual direito fundamental irá ter precedência em relação ao outro<sup>60</sup> e, em face disto, é possível se afirmar que não existe solução única, correta, mas tudo depende das circunstâncias envolvidas no caso concreto. Com isso, é de se destacar que não existe uma única resposta correta, pois para que a “solución sea apropiada después de la ponderación, depende de valoraciones que no son controlables por este mismo procedimiento”<sup>61</sup>. Neste sentido, deve-se destacar que o princípio da proporcionalidade acaba por legitimar a restrição a direitos fundamentais, desde que tal medida resulte conforme a Constituição<sup>62</sup>.

<sup>58</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 92.

<sup>59</sup> BAJO, María José Cabezudo. La restricción de los derechos fundamentales. *Revista de Derecho Político*. Madrid, n.º 62, p. 187-227, 2005, p. 216-217.

<sup>60</sup> Assim, Alexy apresenta fórmulas para expressar a precedência condicionada: (P1 **P** P2)C, em que o princípio 1 precede o princípio 2 ocorrendo certas circunstâncias e (P2 **P** P1)C, em que o princípio 2 precede o princípio 1 ocorrendo circunstâncias diversas das primeiras. Tais fórmulas representam, também o que a lei de colisão determina. ALEXY, op. cit., p. 93.

<sup>61</sup> PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2003, p. 171.

<sup>62</sup> BAJO, op. cit., p. 193.

A existência do princípio da proporcionalidade, apesar de sua aplicação sistemática ser bastante recente, não é de pouco tempo, pois a relação entre meio e fim, que é a noção central de proporcionalidade, já aparecia desde a Grécia Clássica, como uma forma de pensamento da filosofia prática<sup>63</sup>. Já na época do Estado Absolutista, o monarca possuía poder absoluto, “ilimitado quanto aos fins que poderia perseguir e quanto aos meios que poderia empregar”<sup>64</sup>, surgindo, este princípio, assim, como forma de controle do poder de polícia dos monarcas. Ao longo do século XIX, conforme já afirmado, o princípio da proporcionalidade era aplicado, na Alemanha, ao Direito Administrativo e ao Direito Penal<sup>65</sup>, como forma de limitação do poder e de garantia da liberdade individual em face das ingerências administrativas<sup>66</sup>. Sua idéia principal era a garantia da liberdade dos indivíduos com relação aos interesses da Administração<sup>67</sup>. Há quem entenda<sup>68</sup> que o incremento maior do princípio da proporcionalidade ocorreu na doutrina e jurisprudência alemãs, sendo que sua evolução se acelerou a partir de 1950, até mesmo porque é o período de consolidação do novo Tribunal Constitucional alemão, criado pela Lei Fundamental de Bonn e que foi fundado em 1951<sup>69</sup>, ou seja, no segundo pós-guerra,

<sup>63</sup> SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 117; PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2003, p. 37-38; NETO, Chade Rezek. *O princípio da proporcionalidade no estado democrático de direito*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004, p. 13; BARROS, W. P.; BARROS, W. G. Z. *A proporcionalidade como princípio de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 29.

<sup>64</sup> BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 35.

<sup>65</sup> Cesare Beccaria afirma que as penas devem ser proporcionais aos delitos que lhe deram origem. “O interesse geral não é apenas que se cometam poucos crimes, mas ainda que os crimes mais prejudiciais à sociedade sejam os menos comuns. Os meios de que se utiliza a legislação para impedir os crimes deve, portanto, ser mais fortes à proporção que o crime é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais freqüente. Deve, portanto, haver uma proporção entre os crimes e as penas. [...] Bastará, pois, que o legislador [...] não aplique os menores castigos aos maiores delitos”. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 68-70.

<sup>66</sup> CIANCIARDO, Juan. *El principio de razonabilidad*. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad. Ábaco: Buenos Aires, 2004, p. 46; PULIDO, op. cit., p. 41; STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade: no Direito Constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 78; NETO, op. cit., p. 17; ALVES, Eliana Calmon. *O princípio da proporcionalidade aplicado às resoluções dos conflitos com a administração pública*. Disponível em: [http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/376/1/O\\_Princ%C3%ADpio\\_da\\_Proporcionalidade\\_Aplicada.pdf](http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/376/1/O_Princ%C3%ADpio_da_Proporcionalidade_Aplicada.pdf). Acesso em: 3 jun. 2006, p. 6.

<sup>67</sup> STUMM, op. cit., p. 78.

<sup>68</sup> Nesse sentido, ver: SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio. O retorno às tradições: a razoabilidade como parâmetro constitucional. In: \_\_\_\_\_. (Coord). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 62; BARROS, op. cit., p. 44 et seq.; MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 47; SANTOS, op. cit., 2004, p. 118; dentre outros.

<sup>69</sup> BAJO, María José Cabezudo. La restricción de los derechos fundamentales. *Revista de Derecho Político*. Madrid, n.º 62, p. 187-227, 2005, p. 217.

ainda que sua primeira aparição na prática jurídica tenha ocorrido na Suíça, mas não nos moldes como hoje é conhecido e aplicado<sup>70</sup>.

La continuada aplicación del principio de proporcionalidad em la jurisprudência comunitária y em las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido uno de los factores más determinantes de su expansión hacia los más disímiles sectores de los ordenamientos jurídicos europeos. De esta forma, se ha generado un proceso de convergencia inducida entre los sistemas jurídicos de los países de Europa, no sólo en los ámbitos del Derecho administrativo y constitucional, sino también en áreas tales como las del Derecho del trabajo, el Derecho ambiental, el penal y procesal penal y el Derecho atómico<sup>71</sup>.

Com a evolução da sociedade, o princípio da proporcionalidade buscou conferir “constitucionalidade de leis interventivas na esfera de liberdade humana, porque o legislador, mesmo perseguindo fins estabelecidos na Constituição e agindo por autorização desta, poderá editar leis consideradas inconstitucionais”, sendo que para isso basta “que intervenha no âmbito dos direitos com a adoção de cargas coativas maiores do que as exigíveis à sua efetividade”<sup>72</sup>. Assim, o princípio da proporcionalidade evoluiu e se difundiu, de maneira a ser aplicado no âmbito constitucional, especialmente com relação à temática dos direitos fundamentais, tendo como precursores desse tipo de aplicação, o Tribunal Constitucional Alemão. Referido Tribunal inaugurou a aplicação do princípio da proporcionalidade como fundamento das decisões sobre intervenção em direitos fundamentais, através do chamado “caso das farmácias”<sup>73</sup>, onde o Tribunal Alemão tinha que decidir se a restrição estabelecida pela lei bávara ao “regulamentar as condições para a abertura de uma nova farmácia não vinha de encontro ao direito fundamental de liberdade de escolha de profissão”. A decisão foi no sentido de que a lei restritiva foi excessiva, chegando a tal conclusão através do método da ponderação entre o direito à livre escolha e o interesse da comunidade, seguindo o princípio da “restrição menor possível”<sup>74</sup>.

---

<sup>70</sup> SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 118.

<sup>71</sup> PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2003, p. 45-46.

<sup>72</sup> BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 25.

<sup>73</sup> PULIDO, op. cit., p. 47.

<sup>74</sup> STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade: no Direito Constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 86.

Atualmente, com o Estado Democrático de Direito, a “(re)valorização dos direitos fundamentais põe em destaque o princípio da proporcionalidade como seu protetor”<sup>75</sup>, tanto como forma a solucionar os conflitos entre esses direitos, quanto como forma de impor limites ao poder do Estado interferir nos direitos fundamentais<sup>76</sup>. Assim, através do princípio da proporcionalidade, existe a possibilidade de o juiz fazer o controle da constitucionalidade das leis editadas pelo Poder Legislativo. A sua larga aplicação no sistema jurídico brasileiro acabou por fazer com que esse princípio adquirisse *status* de princípio constitucional<sup>77</sup>, constituindo-se num mandamento de otimização, em virtude do qual não se alcança uma única solução ótima, pois não existe uma única medida proporcional, mas que permite excluir aquelas medidas que sejam contrárias a ele<sup>78</sup>. Nesse sentido, sua consagração constitucional deve-se à adoção do constituinte brasileiro por um Estado Democrático de Direito, no qual há a preservação e proteção dos direitos fundamentais, sendo que é daí que surge o reconhecimento do princípio da proporcionalidade no ordenamento jurídico brasileiro<sup>79</sup>.

Contudo, existem discussões quanto à terminologia a ser adotada, no tocante às relações entre razoabilidade e proporcionalidade<sup>80</sup>. O princípio da razoabilidade tem como ponto de partida de seu desenvolvimento, a garantia do devido processo legal<sup>81</sup>. Assim, desde o século XVIII, o Direito Público inglês esteve marcado por

---

<sup>75</sup> STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade: no Direito Constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 78.

<sup>76</sup> Nesse sentido, ver: SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 106 et seq.

<sup>77</sup> STUMM, op. cit., p. 109; STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 146.

<sup>78</sup> BAJO, María José Cabezedo. La restricción de los derechos fundamentales. *Revista de Derecho Político*. Madrid, n.º 62, p. 187-227, 2005, p. 217.

<sup>79</sup> NETO, Chade Rezek. *O princípio da proporcionalidade no estado democrático de direito*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004, p. 35.

<sup>80</sup> Existem correntes doutrinárias que, ou consideram a razoabilidade como parte da proporcionalidade, ou a proporcionalidade como elemento da razoabilidade. Nesse sentido, ver: SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio. O retorno às tradições: a razoabilidade como parâmetro constitucional. In: \_\_\_\_\_. (Coord). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 62-65. Também existem aqueles que fazem a distinção entre proporcionalidade e razoabilidade. Nesse sentido, ver: SANTOS, op. cit., p. 127-130; BERMANN, George A. The principle of proportionality. *Am. J. Comp. L. Sup.*, p. 415-432, 1977-1978. Disponível em: [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org). Acesso em: 19 nov. 2007, p. 418.

<sup>81</sup> SCHÄFER, Jairo. *Direitos fundamentais: proteção e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 104; SANTOS, op. cit., p. 122. O autor ainda afirma que “As suas origens estão na Inglaterra medieval, especialmente no capítulo 39, da Magna Carta, de João Sem-Terra, de 1215, [...] que consagra a *Law of the Land*, ou seja, o direito a um julgamento justo com base no direito da terra”. *Ibidem*, loc. cit.

prestações parlamentares contra as arbitrariedades do Conselho do Rei<sup>82</sup>. Todavia, a efetiva consolidação deste princípio se deu a partir da Segunda Guerra Mundial, embora haja referências de sua aplicação antes disso<sup>83</sup>, tendo sua maior aplicação pela doutrina e pela jurisdição americana e britânica, onde os juízes só podem anular decisões advindas do poder discricionário da administração pública, no caso de elas superarem certo limite de irracionalidade, que faça incompreensível suas finalidades e seu sentido e, dessa maneira, assemelha-se em apenas alguns aspectos com o princípio da proporcionalidade<sup>84</sup>. Assim, enquanto “[...] a razoabilidade trata da legitimidade da escolha dos fins em nome dos quais agirá o Estado, a proporcionalidade averigua se os meios são necessários, adequados e proporcionais aos fins já escolhidos”<sup>85</sup>.

O que importa, na verdade, é a significativa aplicação da proporcionalidade/razoabilidade pelos aplicadores do Direito, já que as diferenças existentes entre ambos pouco importam e são unicamente de ordem terminológica, já que, em alguns países, é utilizado o termo razoabilidade e, em outros, proporcionalidade<sup>86</sup>. Nessa perspectiva,

Nem parece contradizer as diferenças de origem ou eventual preferência pelo emprego de uma ou outra palavra. O regramento proporcional, tanto em sentido vulgar, quanto em sentido técnico, é elemento indispensável de todo legislador razoável. As distinções só valem pela sua utilidade e à medida que aperfeiçoam o sistema dogmático<sup>87</sup>.

Mas, no que se refere ao princípio da proporcionalidade, devido ao fato de ter maior aplicabilidade quanto aos direitos fundamentais, não significa, contudo, que não deva ser aplicável ao controle da atividade administrativa, por exemplo, ou a qualquer outro direito. Pelo contrário, pois

---

<sup>82</sup> CIANCIARDO, Juan. *El principio de razonabilidad*. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad. Ábaco: Buenos Aires, 2004, p. 32-33.

<sup>83</sup> PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2003, p. 46.

<sup>84</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>85</sup> SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 128. No mesmo sentido: BARROS, W. P.; BARROS, W. G. Z. *A proporcionalidade como princípio de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 49.

<sup>86</sup> Nesse sentido: [...] “razonabilidad” tiene su origen en el derecho anglosajón, y “proporcionalidad” en el derecho europeo continental. CIANCIARDO, op. cit., p. 23.

<sup>87</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio. O retorno às tradições: a razoabilidade como parâmetro constitucional. In: \_\_\_\_\_. (Coord). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 65.

Conquanto o *princípio da proporcionalidade* esteja em plena expansão de sentido pelos aportes científicos constantes que lhe são atribuídos, como princípio dirigido ao legislador encontra sua primordial função no âmbito dos direitos fundamentais, dado o regime diferenciado previsto para este tipo de direitos. Isto evidentemente não significa não possa ser utilizado em face de outros direitos, mas, sim, ser questionável a amplitude de sua aplicação<sup>88</sup>.

No Direito Administrativo, o princípio da proporcionalidade é consagrado como uma evolução e ampliação do princípio da legalidade. Dessa forma, exerce o controle da legalidade dos atos administrativos, como forma de coibir os excessos do administrador, nos casos de ilegalidade, impedindo e limitando os atos administrativos arbitrários, ou seja, controlar o poder discricionário da Administração<sup>89</sup>. Dessa maneira, deve haver uma relação harmônica entre o fato e a atuação da Administração Pública. Não importa se esse ato administrativo seja político – aqueles que possuem a razão essencial do Estado – ou seja administrativo – aqueles praticados pela Administração Pública, como Poder Público, fazendo valer sua autoridade e com a observância do interesse público –, independentemente disso, qualquer deles deve ser submetido aos ditames da Constituição Federal. O ato administrativo é o produto da vontade política, da vontade da lei e dos interesses do Estado. Então, é necessário que se aplique o princípio da proporcionalidade como forma de ajustar o ideal do Estado e os bens jurídicos que conflitem. Ou seja, é preciso que exista uma motivação do ato administrativo que justifique sua existência e que seja proporcional ao fato que lhe deu origem, exigências estas que são próprias do Estado Democrático de Direito, pelos seus próprios fundamentos<sup>90</sup>.

Isso ocorre porque os atos da Administração Pública podem afetar as liberdades individuais dos cidadãos. O Estado não pode exagerar, se exceder, na ingerência frente aos indivíduos. Por outro lado, o Estado também não pode ser omissivo, ou seja, não pode deixar de atuar, deixar de cumprir um dever legal. Dessa forma, deve existir uma proporcionalidade na intervenção do Estado nas liberdades dos indivíduos, pois este é o fim último do exercício do poder político. Há, obrigatoriamente, o justo equilíbrio entre os benefícios e sacrifícios trazidos como resultado da ação estatal.

---

<sup>88</sup> BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 92.

<sup>89</sup> FUEYO, Camino Vidal. El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez. *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, Montevideo, n. 11, tomo II, p. 427-447, 2005, p. 442.

<sup>90</sup> STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. *Ciência política e teoria do estado*. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 97-108.

Mas a grande maioria dos casos em que o princípio da proporcionalidade é aplicado, ocorre quando existe algum conflito entre direitos fundamentais. Dessa forma, deve haver uma ponderação entre esses interesses conflitantes, a fim de que se impeça o sacrifício demasiado de um com relação ao outro direito<sup>91</sup>. É necessário fazer-se um sopesamento entre as desvantagens do ferimento de um direito e as vantagens que serão obtidas com a prevalência de outro no caso concreto. Esse sopesamento que tem de acontecer entre os direitos fundamentais em conflito deve se dar no sentido de que a limitação de um dos direitos ocorra tanto quanto necessário. Assim, existe a imposição de limites, de forma que a restrição ocorra na medida necessária à concretização e preservação dos direitos que se encontram em conflito, isto é, seja proporcional e razoável. É a chamada teoria dos limites dos limites, que surgiu na doutrina alemã (*Scharnken-Schanken*<sup>92</sup>), pela qual as restrições impostas aos direitos fundamentais devem ser respeitadas, “sob pena de se as considerarem constitucionalmente inadequadas e, de conseguinte, não válidas porque inconstitucionais”<sup>93</sup>. Em outras palavras, “[...] the essential content of a fundamental right starts exactly where the possibilities of statutory restriction of a right ceases to exist”<sup>94</sup>. Estabelecida essa proporção, deve-se verificar em qual dos direitos existirão conseqüências menos gravosas, em caso de ser subjugado. Assim, deve haver um equilíbrio entre os bens em conflito<sup>95</sup>.

---

<sup>91</sup> Sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade na colisão entre direitos fundamentais, ver: BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000; STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001; PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2003; ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, v. I, n.º 4, jul. 2001. Disponível em: [www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br). Acesso em: 12 ago. 2005, p. 9; SCHÄFER, Jairo. *Direitos fundamentais: proteção e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

<sup>92</sup> Conforme já afirmado, a teoria dos *Schranken-Schranken* possui estreita vinculação com a proporcionalidade, pois certamente uma restrição aos direitos fundamentais que comprometa o seu conteúdo essencial será desproporcional. Assim, mesmo existindo uma restrição, ela também possui um limite, devendo, ainda, ser proporcional e razoável. LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta*. Reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição Constitucional na ordem democrática. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 71.

<sup>93</sup> FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 185; ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

<sup>94</sup> Tradução Livre: [...] o conteúdo essencial de um direito fundamental começa exatamente onde as possibilidades de limitação da restrição legal não mais existem. BLAAUW-WOLF, Loammi. The “balancing of interests” with reference to the principle of proportionality and the doctrine of *Güterabwägung* – a comparative analysis. *SA Publiekreg*, [s.l.], n. 1, v. 14, p. 178-214, 1999, p. 186.

<sup>95</sup> SCHÄFER, Jairo. *Direitos fundamentais: proteção e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 109-110.

Então, o princípio da proporcionalidade busca estabelecer limites às violações dos direitos humanos e fundamentais<sup>96</sup>, de forma razoável, constituindo-se na exigência de aplicação de uma justa medida. Nesse sentido, o princípio está ligado à própria noção de justiça, quando a atuação recai sobre o exercício de direitos fundamentais, “porque la proporcionalidad se consagra como critério ponderativo, [...] que se identifica com lo razonable”<sup>97</sup>. Na aplicação de diferentes bens jurídicos tutelados, deve-se utilizar a proporcionalidade, analisando-se o caso concreto através de seus elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito<sup>98</sup>, para que um deles prevaleça. Isto significa dizer que, quando há colisão de princípios, o de maior peso se sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade. Dessa maneira, pelo dever de proporcionalidade, o meio escolhido deve ser adequado. Deve-se optar pelo meio necessário e que não seja excessivo, ou que viole o mínimo possível o direito atingido. Entretanto, somente na aplicação do caso concreto, a partir da relevância dos direitos em conflito para o ordenamento jurídico, é que se poderá verificar a necessidade e se haverá ou não excesso na medida<sup>99</sup>. Para que se possa apresentar uma boa definição do princípio da proporcionalidade, é necessário estabelecer-se, portanto, uma relação com o princípio da justa medida, ou seja, deve haver o mínimo de sacrifício, apenas o necessário e suficiente para que possa ser atingido o fim desejado. Nesse sentido:

De acordo com o princípio da proporcionalidade, sempre que haja restrições que colidam com direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos, o intérprete deve atuar segundo o princípio da justa medida, vale dizer, escolhendo, dentre as medidas necessárias para atingir os fins legais, aquelas que impliquem o sacrifício mínimo dos direitos dos cidadãos. Ou seja: as restrições que afetem direitos e interesses dos cidadãos só devem ir até onde sejam imprescindíveis para assegurar o interesse público, não devendo utilizar-se medidas mais gravosas quando outras que o sejam menos forem suficientes para atingir os fins da lei<sup>100</sup>.

---

<sup>96</sup> Com relação à distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, ver a distinção feita no segundo capítulo deste trabalho.

<sup>97</sup> FUEYO, Camino Vidal. El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez. *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, Montevideo, n. 11, tomo II, p. 427-447, 2005, p. 442.

<sup>98</sup> PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2003, p. 35.

<sup>99</sup> ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, v. I, n.º 4, jul. 2001. Disponível em: [www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br). Acesso em: 12 ago. 2005, p. 24.

<sup>100</sup> SCHÄFER, Jairo. *Direitos fundamentais: proteção e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 106.

Assim, é necessário fazer-se, sempre, um sopesamento entre as desvantagens do ferimento de um direito e as vantagens que serão obtidas com a prevalência de outro no caso concreto. Estabelecida essa proporção, através da aplicação do princípio da proporcionalidade, deve-se verificar em qual dos direitos existirão conseqüências menos gravosas, em caso de ser subjugado. Isto significa que deve haver um equilíbrio entre os bens jurídicos em conflito<sup>101</sup>. Ademais, realizada essa fase, haverá a restrição de um dos direitos, na estrita medida necessária à realização do outro, conforme afirmado. Nesse sentido, a dignidade humana e o próprio princípio da proporcionalidade<sup>102</sup> atuam como limite dos limites aos direitos fundamentais. Dessa maneira, qualquer medida restritiva que seja utilizada não poderá retirar do direito fundamental seu conteúdo mínimo e essencial, que se identifica com a dignidade humana, princípio base do sistema jurídico<sup>103</sup>. Além disso, a restrição deverá se estender somente àquela medida estritamente necessária para a realização e a promoção do direito fundamental que se encontra em choque, garantindo-se, dessa maneira, o conteúdo essencial do direito fundamental<sup>104</sup>, sendo, portanto, considerada razoável<sup>105</sup> e proporcional.

Existem, entretanto, críticas à aplicação do princípio da proporcionalidade<sup>106</sup> nos conflitos entre direitos, sendo a principal aquela que entende que o princípio da proporcionalidade é uma forma aberta ao decisionismo e à subjetividade judicial, em

---

<sup>101</sup> SCHÄFER, Jairo. *Direitos fundamentais: proteção e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 109-110.

<sup>102</sup> Com relação ao entendimento de que o princípio da proporcionalidade é um limite dos limites dos direitos fundamentais, ver: PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2003, p. 517-533.

<sup>103</sup> FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 221.

<sup>104</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 291.

<sup>105</sup> É nesse sentido que Angel Carrasco Perera afirma que razoável é o que respeita o conteúdo essencial do direito fundamental. PERERA, Angel Carrasco. El "juicio de razonabilidad" em la justicia constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, n. 11, p. 39-106, mayo-agosto 1984. Disponível em: [http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC\\_011\\_039.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_011_039.pdf). Acesso em: 29 nov. 2007, p. 55.

Tal argumento acaba por reafirmar o que se discutiu anteriormente, com relação à proximidade dos conceitos de proporcionalidade e razoabilidade. Assim, o que importa é a efetiva aplicação da razoabilidade e da proporcionalidade em casos de conflitos entre direitos fundamentais e não a diferenciação dos termos, podendo, portanto, serem utilizados como sinônimos.

<sup>106</sup> Nesse sentido, ver: PULIDO, op. cit., p. 157-248; ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, n. 1, v. 3, p. 572-581, jan. 2005, p. 573; Idem. Constitutional rights, balancing, and rationality. *Ratio Juris*, Oxford, n. 2, v. 16, p. 131-140, jun. 2003, p. 134-135; SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 149-150.

detrimento das prerrogativas do legislador<sup>107</sup>, tendo-se como justificativa dessa crítica, a transmutação do princípio da proporcionalidade do Direito Administrativo – onde servia como controle jurisdicional das atuações do Poder de Polícia – para o Direito Constitucional – onde passou a ser um instrumento perigoso de intervenção e controle da Jurisdição Constitucional no âmbito legislativo, servindo como justificção para as intervenções judiciais no Poder Legislativo. Assim, quando houvesse a aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Judiciário, através da ponderação de bens, estaria harmonizando os interesses, o que, no Estado Democrático é atribuição do Legislativo, usurpando, portanto das competências desse Poder<sup>108</sup>. Entende-se, contudo, equivocada tal crítica, pois não há uma usurpação de poder, no momento em que o Judiciário soluciona um conflito existente em um caso concreto, através da aplicação da proporcionalidade. Ademais, o Poder Judiciário tem a função de garantir e guardar os direitos fundamentais, que são o fundamento do Estado Democrático de Direito. Dessa maneira, havendo um conflito entre esses direitos, não há como a solução ser diferente, a não ser pela aplicação da ponderação de bens, pois, conforme já afirmado, os direitos fundamentais devem ser garantidos na melhor e maior medida possível, o que somente se consegue através da ponderação de bens, onde há a restrição de um direito, na estrita medida necessária à concretização do outro.

Além disso, outra crítica é a de que o princípio da proporcionalidade não admite aplicação racional<sup>109</sup>, pois este princípio nada mais é do que um argumento formal e vazio, uma metáfora carente de todo ponto de referência objetivo, que mascara valorações subjetivas e irracionais dos aplicadores, as quais não podem ser controladas nem explicadas através de critérios jurídicos, tendo como consequência de sua aplicação, um resultado arbitrário e incontrolável<sup>110</sup>. Também existem objeções à aplicação do princípio da proporcionalidade que se fundam na falta de clareza conceitual do princípio. Esta crítica está relacionada com a anterior, ou seja, de que a aplicação da proporcionalidade é irracional, sendo que a explicação

---

<sup>107</sup> BAJO, María José Cabezudo. La restricción de los derechos fundamentales. *Revista de Derecho Político*. Madrid, n.º 62, p. 187-227, 2005, p. 217. No mesmo sentido: SCHÄFER, Jairo. *Direitos fundamentais: proteção e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 111; PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2003, p. 193.

<sup>108</sup> PULIDO, op. cit., p. 194-196, passim.

<sup>109</sup> ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, n. 1, v. 3, p. 572-581, jan. 2005, p. 573.

<sup>110</sup> PULIDO, op. cit., p. 158-159.

para tal afirmativa é a de que o conceito de proporcionalidade – e as expressões utilizadas como sinônimo, tais como razoabilidade, idôneo, proporcionado, adequado, necessário, dentre outras – não possuem significado unívoco e compreensível, ou seja, não possuem um sentido refinado no uso comum e, devido a isso, podem dar margem a confusões quando aplicadas como critérios decisivos para soluções de casos concretos<sup>111</sup>. No entanto, essas críticas são rebatidas de várias formas<sup>112</sup>, pois a aplicação do princípio da proporcionalidade na seara constitucional está plenamente justificada dado o caráter de abertura constitucional e de sua interpretação<sup>113</sup>. Isso porque a aplicação deste princípio nada mais é do que uma forma de se interpretar (e de realizar) a Constituição, pois a ponderação faz parte da aplicação da lei. Na verdade, no momento em que a Constituição faz a previsão de inúmeros direitos fundamentais e, conforme já afirmado<sup>114</sup>, conferindo-lhes um caráter de princípios e, portanto, de mandamentos de otimização, não há como solucionar um caso de conflito de maneira diversa, a não ser através da aplicação do princípio da proporcionalidade. Tal fato deve-se à questão de que, em razão da fundamentalidade e das demais características desses direitos (inalienabilidade, irrenunciabilidade, etc.), não podem ser excluídos ou retirados do sistema constitucional. E, mais do que isso, a aplicação deste princípio não constitui somente uma técnica legítima, senão indispensável de interpretação constitucional e que não implica, necessariamente (porque, se mal operacionalizada, isto pode acontecer), em usurpação indevida de poderes do Legislativo por parte do Judiciário<sup>115</sup>.

---

<sup>111</sup> ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, n. 1, v. 3, p. 572-581, jan. 2005, p. 573-574; Idem. Constitutional rights, balancing, and rationality. *Ratio Juris*, Oxford, n. 2, v. 16, p. 131-140, jun. 2003, p. 134; PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2003, p. 173.

<sup>112</sup> Nesse sentido, ver: BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000; PULIDO, op. cit., p. 157-248; MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

<sup>113</sup> Nesse sentido, ver: HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997; Idem. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Tradução de Emilio Mikunda. Madrid, Tecnos, 2000.

<sup>114</sup> Conforme capítulo anterior, onde se tratou da questão dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.

<sup>115</sup> PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2003, p. 206.

Assim, deve-se encontrar uma forma capaz de solucionar um conflito de direitos fundamentais, o que, a partir dos elementos e discussões já apresentadas, tem-se como possível através da aplicação do princípio da proporcionalidade. Ademais, se não se solucionarem tais conflitos através do princípio da proporcionalidade, de que outra forma poderá haver solução? Sempre um mesmo direito prevalecerá? Sabe-se que o princípio da proporcionalidade ainda precisa ser aperfeiçoado quanto ao seu âmbito de aplicação, mas “a idéia de que o Poder Público está obrigado a *sacrificar o mínimo para preservar o máximo da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais*”<sup>116</sup> está presente como uma forma de limitar a atuação do Estado e como forma de proteção dos direitos dos cidadãos, aspecto cuja relevância é inquestionável. Na verdade, a própria aplicação do princípio da proporcionalidade deve ser proporcional, isto é, não há dúvidas de que o seu fundamento é legítimo, mas a sua operacionalização deve se dar dentro dos limites da relação entre meios e fins, não devendo ser exagerada ou exacerbada.

Ademais, com a análise dos conflitos através dos elementos do princípio da proporcionalidade, as objeções de irracionalidade e de decisionismo acabam por ser ultrapassadas, já que na análise desses elementos as circunstâncias fáticas e jurídicas seriam levadas em conta<sup>117</sup>, assim como a própria questão da legitimidade da jurisdição constitucional para solucionar conflitos entre direitos fundamentais e de seu caráter aberto<sup>118</sup>. Dessa maneira, com relação aos elementos da proporcionalidade, ou seja, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, deve-se destacar que todos eles expressam a idéia de otimização<sup>119</sup>, sendo que os dois primeiros referem-se às possibilidades fáticas e o último, às

---

<sup>116</sup> FREITAS, Juarez. O Estado, a responsabilidade extracontratual e o princípio da proporcionalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Jurisdição e Direitos Fundamentais*. Anuário 2004/2005 da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura/Livraria do Advogado, 2006. v. 1, t.1, p. 185.

<sup>117</sup> PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2003, p. 182.

<sup>118</sup> Nesse sentido, ver: LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta*. Reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição Constitucional na ordem democrática. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

<sup>119</sup> ALEXY, Robert. Constitutional rights, balancing, and rationality. *Ratio Juris*, Oxford, n. 2, v. 16, p. 131-140, jun. 2003, p. 135; Idem. Balancing, constitutional review, and representation. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, n. 1, v. 3, p. 572-581, jan. 2005, p. 572; BLAAUW-WOLF, Loammi. The “balancing of interests” with reference to the principle of proportionality and the doctrine of *Güterabwägung* – a comparative analysis. *SA Publiekreg*, [s.l.], n. 1, v. 14, p. 178-214, 1999, p. 195. Em sentido contrário: MÖLLER, Kai. Balancing and the structure of constitutional rights. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, n. 3, v. 5, p. 453-468, jul. 2007, p. 459.

possibilidades jurídicas<sup>120</sup>, de forma que a relação desses elementos com a máxima da proporcionalidade e com a teoria dos princípios como mandamentos de otimização está a fundamentar logicamente o princípio da proporcionalidade<sup>121</sup>. Esses subprincípios formam o princípio da proporcionalidade, sendo imprescindíveis à sua aplicabilidade<sup>122</sup>, devendo os mesmos estar presentes conjuntamente, já que, se não estiverem, a restrição não será legal<sup>123</sup>.

Então, tomando-se por base um conflito entre direitos fundamentais no caso concreto, o meio é adequado quando, mediante ele, se pode alcançar o resultado desejado<sup>124</sup>, ou seja, “the principle of suitability excludes the adoption of means obstructing the realization of at least one principle without promoting any principle or goal for which they were adopted”<sup>125</sup>. Deve-se, portanto, prestar atenção na importância do direito afetado e a relação entre a medida e a finalidade<sup>126</sup>, pois a restrição que o direito fundamental sofre, tem de ser apropriada para se alcançar o fim a que se destina, o que acaba por justificar tal restrição<sup>127</sup>. Assim, a duração e a intensidade da medida não devem ser superiores ao estritamente necessário para

<sup>120</sup> “The legal possibilities are essentially defined by competing principles. Balancing consists in nothing other than optimization relative to competing principles”. Tradução livre: As possibilidades legais são definidas essencialmente pelos princípios colidentes. Balanceamento consiste em nada mais do que a relativa otimização dos princípios em conflito. ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, n. 1, v. 3, p. 572-581, jan. 2005, p. 573.

<sup>121</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 112-113; SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 110; STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade: no Direito Constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 173; CIANCIARDO, Juan. *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. Ábaco: Buenos Aires, 2004, p. 112-113.

<sup>122</sup> BARROS, W. P.; BARROS, W. G. Z. *A proporcionalidade como princípio de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 59.

<sup>123</sup> BLAAUW-WOLF, op. cit., p. 195; NETO, Chade Rezek. *O princípio da proporcionalidade no estado democrático de direito*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004, p. 37; SANTOS, op. cit., p. 109.

<sup>124</sup> PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2003, p. 36 e 687; CIANCIARDO, op. cit., p. 62; BLAAUW-WOLF, op. cit., p. 195; FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 208; NETO, op. cit., p. 38.

<sup>125</sup> Tradução livre: O princípio da adequação exclui a adoção de meios que obstruam a realização do outro princípio sem promoção alguma do princípio ou do fim para o qual ele foi adotado. ALEXY, Robert. Constitutional rights, balancing, and rationality. *Ratio Juris*, Oxford, n. 2, v. 16, p. 131-140, jun. 2003, p. 135. No mesmo sentido: MÖLLER, Kai. Balancing and the structure of constitutional rights. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, n. 3, v. 5, p. 453-468, jul. 2007, p. 456.

<sup>126</sup> CIANCIARDO, op. cit., p. 78.

<sup>127</sup> FUEYO, Camino Vidal. El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez. *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, Montevideo, n. 11, tomo II, p. 427-447, 2005, p. 443.

que o fim almejado seja alcançado<sup>128</sup>. Nesse sentido, tal definição está exemplificada abaixo:

Si *M1* no es adecuado para la promoción u obtención del fin *F* exigido por *P1* o idéntico con *P1*, entonces *M1* no es exigido por *P1*, es decir, para *P1* es igual si se utiliza *M1* o no. Si, bajo estas circunstancias, *M1* afecta la realización de *P2*, entonces, por lo que respecta al aspecto de la optimización con relación a las posibilidades fácticas, *M1* está prohibido por *P2*. esto vale para todos los principios, fines y medios. Por lo tanto, también la máxima de la adecuación se sigue del carácter de principio de las normas de derecho fundamental<sup>129</sup>.

Todavía, é preciso que se verifique, com relação à necessidade da medida adotada, se o meio é necessário ou se não se pode optar por outro que seja igualmente eficaz, porém que restrinja em menor grau o direito fundamental em choque<sup>130</sup>, ou seja, há uma proibição de utilização de meio excessivamente gravoso quando existente outro capaz de produzir o mesmo resultado com afetação menor ao direito fundamental que está sendo restringido<sup>131</sup>.

Su caracterización es la siguiente: el Estado fundamenta la prosecución del fin *F* con el principio *P1* o *F* es idéntico a *P1*. existen, por lo menos, dos medios, *M1* y *M2*, que son igualmente adecuados para lograr o promover *F*. *M2* afecta menos intensamente que *M1*, o no afecta en absoluto, la realización de aquello que exige una norma iusfundamental con carácter de principio, *P2*. bajo estos presupuestos, para *P1* es igual que se elija *M1* o *M2*. *P1* no exige que se elija *M1* en lugar de *M2* o *M2* em lugar de *M1*. para *P2* no es igual el que se elija *M1* o *M2*. En tanto principio, *P2* impone una optimización tanto por lo que respecta a las posibilidades fácticas como jurídicas. Con respecto a las posibilidades fácticas, *P2* puede ser realizado en una medida mayor si se elige *M2* y no *M1*. desde el punto de vista de la optimización con respecto a las posibilidades fácticas, bajo el presupuesto de la validez tanto de *P1* como de *P2*, sólo *M2* está permitido y *M1* está prohibido<sup>132</sup>.

É o que se denomina de juízo de indispensabilidade ou da intervenção mínima<sup>133</sup>, o que significa dizer que, dentre os meios existentes para a consecução de um mesmo fim, deve-se preferir aquele que menos prejuízos trazer ao outro

<sup>128</sup> BAJO, María José Cabezudo. La restricción de los derechos fundamentales. *Revista de Derecho Político*. Madrid, n.º 62, p. 187-227, 2005, p. 225.

<sup>129</sup> ALEX Y, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 114-115.

<sup>130</sup> BAJO, op. cit., p. 225; FUEYO, Camino Vidal. El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez. *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, Montevideo, n. 11, tomo II, p. 427-447, 2005, p. 443; NETO, Chade Rezek. *O princípio da proporcionalidade no estado democrático de direito*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004, p. 39.

<sup>131</sup> FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 209.

<sup>132</sup> ALEX Y, op. cit., p. 113-114.

<sup>133</sup> SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 112.

direito fundamental em conflito, ou seja, optar pelo meio que, causando menores danos, atingir o mesmo fim que o meio que causasse maiores prejuízos<sup>134</sup>. Então deve haver um juízo de eficiência, pelo qual se verifica, dentre os meios alternativos, aquele que, com menores prejuízos, tenha condições de atingir o fim almejado<sup>135</sup>. Do contrário, no caso de se excluir o exame de necessidade proposto, haverá uma incongruência com o dever de otimização dos direitos fundamentais proposto por Alexy, pois tais direitos devem ser preservados na maior e melhor medida possível, o que somente poderá ocorrer no caso de a medida escolhida ser necessária e indispensável, além de ser a menos gravosa<sup>136</sup>. Por fim, deve-se verificar se o meio utilizado é proporcional ao objetivo a ser atingido, ou seja, deve-se fazer um sopesamento entre o resultado alcançado e a medida empregada<sup>137</sup>, aspecto que se traduz na máxima da proporcionalidade em sentido estrito, o que implica que os meios eleitos devam se manter, no caso concreto, em uma relação razoável e proporcional com o resultado perseguido<sup>138</sup>, isto é, que as “ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general”<sup>139</sup>. Em outras palavras, trata-se de uma avaliação de custo-benefício.

En resumen, cualquier injerencia en el contenido de los derechos fundamentales ha de someterse al *test de proporcionalidad* que dimana del propio Estado de derecho y del principio de unidad de la Constitución y, en consecuencia, sólo es posible limitar el contenido de un derecho fundamental cuando sea necesario para la protección de otros derechos fundamentales, o de bienes constitucionalmente reconocidos<sup>140</sup>.

Além disso, tal limitação só pode ocorrer dentro do âmbito necessário para a consecução do fim, de forma que a garantia de um direito fundamental deve ser igual ou maior à restrição do outro direito, o que acaba por destacar que a proteção

<sup>134</sup> PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2003, p. 36.

<sup>135</sup> CIANCIARDO, Juan. *El principio de razonabilidad*. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad. Ábaco: Buenos Aires, 2004, p. 91.

<sup>136</sup> Ibidem, p. 85.

<sup>137</sup> ALEXY, Robert. Constitutional rights, balancing, and rationality. *Ratio Juris*, Oxford, n. 2, v. 16, p. 131-140, jun. 2003, p. 136; NETO, Chade Rezek. *O princípio da proporcionalidade no estado democrático de direito*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004, p. 40.

<sup>138</sup> BAJO, María José Cabezudo. La restricción de los derechos fundamentales. *Revista de Derecho Político*. Madrid, n.º 62, p. 187-227, 2005, p. 226; CIANCIARDO, op. cit., p. 93; FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 211.

<sup>139</sup> PULIDO, op. cit., p. 36.

<sup>140</sup> FUEYO, Camino Vidal. El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez. *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, Montevideo, n. 11, tomo II, p. 427-447, 2005, p. 443-444.

dos direitos fundamentais e de seu conteúdo essencial tem estreita relação com a máxima da proporcionalidade<sup>141</sup>. Com isso, a Lei de ponderação ou *law of balancing* pode ser demonstrada pela regra: “The greater the degree of non-satisfaction of, or detriment to, one principle, the greater the importance of satisfying the other”<sup>142</sup>, podendo ser dividida e expressa através de três estágios:

The first stage is a matter of establishing the degree of non-satisfaction of, or detriment to, the first principle. This is followed by a second stage, in which the importance of satisfying the competing principle is established. Finally, the third stage answers the question of whether or not the importance of satisfying the competing principle justifies the detriment to, or non-satisfaction of, the first<sup>143</sup>.

Nessa perspectiva, pode-se afirmar que o princípio da proporcionalidade utilizado na solução do conflito entre direitos fundamentais, atua como um meio de verificação da maneira que a restrição ocorreu, de forma a certificar-se se a mesma foi adequada à realização do direito concorrente<sup>144</sup>, já que, conforme afirmado, uma das características do Estado Democrático de Direito é a preservação dos direitos fundamentais. Com efeito, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é resultado de uma ponderação, ou seja, os limites que correspondem ao princípio da proporcionalidade não lesam a garantia do conteúdo essencial, pois a lesão a esse núcleo fundamental é que é desproporcional<sup>145</sup>. Ademais, se a intervenção nesses direitos não cumprir as exigências dos três elementos do princípio da

<sup>141</sup> CIANCIARDO, Juan. *El principio de razonabilidad*. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad. Ábaco: Buenos Aires, 2004, p. 94-98, passim; SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 113.

<sup>142</sup> Tradução livre: O maior grau de não satisfação, ou detrimento de um princípio, maior a importância de satisfação do outro. ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, n. 1, v. 3, p. 572-581, jan. 2005, p. 573.

<sup>143</sup> Tradução Livre: O primeiro estágio importa em estabelecer o grau de não satisfação ou detrimento, do primeiro princípio. Isto é seguido por um segundo estágio, no qual a importância de satisfação do princípio colidente é estabelecida. Finalmente, o terceiro estágio responde a questão de que se a importância de satisfação do princípio colidente justifica ou não o detrimento, ou não satisfação, do primeiro. Idem. Constitutional rights, balancing, and rationality. *Ratio Juris*, Oxford, n. 2, v. 16, p. 131-140, jun. 2003, p. 136; Idem. On balancing and subsumption. A structural comparison. *Ratio Juris*, Oxford, n. 4, v. 16, p. 433-449, dez. 2003, p. 436-437.

<sup>144</sup> NETO, Chade Rezek. *O princípio da proporcionalidade no estado democrático de direito*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004, p. 47.

<sup>145</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 291; PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2003, p. 560-561; BLAAUW-WOLF, Loammi. The “balancing of interests” with reference to the principle of proportionality and the doctrine of *Güterabwägung* – a comparative analysis. *SA Publiekreg*, [s.l.], n. 1, v. 14, p. 178-214, 1999, p. 191.

proporcionalidade, não será legítima, nem constitucional tal intervenção<sup>146</sup>. Assim, tendo como premissas todas as informações e conceitos apresentados até o momento, é preciso, agora, que se estabeleça uma análise teórica do conflito em questão, ou seja, fazer-se uma verificação de como está sendo operacionalizada a aplicação do princípio da proporcionalidade nos casos de conflitos entre direitos fundamentais de transexuais e de terceiros.

### **3.2 Enfrentamento teórico do conflito entre direitos fundamentais, em casos de relações jurídicas de transexuais e terceiros, em face da alteração de prenome e sexo no Registro Civil**

O Estado Democrático de Direito tem como fundamentos a dignidade da pessoa humana, o pluralismo político e a máxima proteção dos direitos fundamentais. A partir dessa perspectiva, dada a multiplicidade de idéias e de pensamentos, marca do pluralismo, havendo colisão entre direitos fundamentais<sup>147</sup>, como nos casos de transexuais e terceiros que mantenham com eles relação jurídica, a solução deve se dar através da aplicação do princípio da proporcionalidade e da ponderação de bens, pelo qual a restrição a esses direitos ocorre dentro dos limites estritamente necessários. Assim, o princípio da proporcionalidade decorre da própria noção de Estado Democrático de Direito<sup>148</sup>, já que a idéia de proporcionalidade tem relação com a máxima de otimização e com a própria preservação dos direitos fundamentais<sup>149</sup>. Então, o que se pretende desenvolver, a partir desse momento, é uma análise teórica da questão central do debate: o conflito entre direitos fundamentais de transexuais – privacidade, saúde e dignidade humana – e terceiros que mantenham qualquer relação jurídica com eles – direito à informação e à honra. Para que se possa melhor compreender o que se

---

<sup>146</sup> PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2003, p. 37.

<sup>147</sup> A relação entre pluralismo e direitos fundamentais se dá, exatamente, pelo fato de que, no momento em que cada ser humano passa a ser o centro orientador de sua própria ação, ou seja, cada ser humano estipula o que é bom para si, levando-se em conta que todos possuem igual proteção de seus direitos, pode, muitas vezes, haver conflito entre os interesses dos indivíduos, devendo haver uma forma de harmonizar esses conflitos, o que, entende-se, ocorre através do princípio da proporcionalidade. Nesse sentido, ver: GALUPPO, Marcelo Campos. *Hermenêutica constitucional e pluralismo*. In: SAMPAIO, J. A. L.; SOUZA CRUZ, A. R. de. *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 50-51.

<sup>148</sup> SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 115.

<sup>149</sup> NETO, Chade Rezek. *O princípio da proporcionalidade no estado democrático de direito*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004, p. 47.

pretende analisar, a seguir estabelece-se um exemplo. Levando-se em conta que um transexual, do sexo masculino, possua um contrato de compra e venda com um terceiro. Depois de realizado o contrato, que prevê que o cumprimento do mesmo pelo transexual se dará ao longo de um determinado tempo, o indivíduo efetua cirurgia de adequação sexual, retifica seus documentos e passa a pertencer ao sexo feminino, trocando, inclusive, seu prenome. Neste caso, como ficará o direito do terceiro de exigir o cumprimento de dito contrato, já que o indivíduo do sexo masculino com o qual contratou não mais existe perante o sistema jurídico brasileiro?

Após uma análise das decisões dos Tribunais brasileiros com relação à questão da transexualidade e dos pedidos de alteração dos documentos, verificou-se que não existe uma posição uníssona. Em outras palavras, assim como existem decisões que negam a retificação dos documentos<sup>150</sup>, existem outras que a autorizam sem qualquer restrição<sup>151</sup>, enquanto há outras que determinam que seja feita uma averbação, à margem do registro do indivíduo, de sua condição de transexual<sup>152</sup>; e, outras, ainda, determinam que exista averbação da determinação judicial para modificação do registro, mas sem que haja qualquer observação da razão ou do conteúdo das alterações, de forma a resguardar a intimidade do transexual<sup>153</sup>. Note-se, portanto, conforme já referido, que a posição dos Tribunais não tem sido uníssona. Em sua maioria, as decisões neste sentido têm sido para autorizar a retificação dos documentos, e, em alguns casos, é determinada a

---

<sup>150</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação cível n.º 597134964*, julgada em 28 de agosto de 1997. Desembargador Tael João Selistre (relator). Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 17 set. 2003.

<sup>151</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n.º 70006828321*, julgada em 11 de dezembro de 2003. Desembargadora Catarina Rita Krieger Martins (relatora). Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 24 abr. 2007; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n.º 593110547*, julgada em 10 de março de 1994. Desembargador Luiz Gonzaga Pila Hofmeister (relator). Disponível em: [www.tj.rs.gov.br](http://www.tj.rs.gov.br). Acesso em: 12 de jun. 2006; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação cível n.º 209.101-4/0-00*, julgada em 09 de abril de 2002. Desembargador Elliot Akel (relator). Disponível em: <http://juris.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 21 ago. 2003; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação cível n.º 593110547*, julgada em 10 de março de 1994. Desembargador Luiz Gonzaga Pila Hofmeister (relator). Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 17 set. 2003; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n.º 70021120522*, julgada em 11 de outubro de 2007. Desembargador Rui Portanova (relator). Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 02 jan. 2008.

<sup>152</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 678933/RS*, julgado em 22 de março de 2007. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito (relator). Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 24 maio 2007.

<sup>153</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n.º 70018911594*, julgada em 25 de abril de 2007. Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves (relator). Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 02 jan. 2008.

inscrição da condição de transexual do indivíduo para preservar possível direito de terceiros.

Nessas situações, o que se apresenta é o direito do indivíduo transexual pós-operado ter seu prenome e seu sexo alterados no seu registro civil, preservando-se, portanto, sua saúde e sua dignidade e que tal fato não se torne público frente o direito de terceiros que mantenham relacionamentos jurídicos com esse indivíduo de saberem a verdade (direito à informação) e de terem sua honra preservada. Existe no caso, conforme tem se demonstrado durante o desenvolvimento do trabalho, um caso de conflito entre direitos fundamentais que deve ser solucionado através da aplicação da ponderação. Deve-se, então, para que se encontre uma solução adequada a este caso concreto, considerando-se as circunstâncias fáticas e jurídicas que se encontram presentes, fazer uma análise através dos elementos da proporcionalidade, ou seja, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Iniciando-se a análise desses elementos pela questão da adequação, que determina que a medida adotada para a consecução do fim deve ser adequada, tem-se que, dentre os meios possíveis, existem quatro hipóteses: a) a negativa de retificação; b) a autorização sem qualquer restrição; c) a autorização com determinação de publicidade da condição de transexual e d) a autorização com determinação de inscrição da condição de transexual, mas vedando a publicidade de tal informação. Assim, a negativa de retificação do registro civil faria com que o indivíduo permanecesse à margem da sociedade, permanecesse em conflito consigo mesmo, afetando sua saúde<sup>154</sup> e sua dignidade. Por outro lado, se a autorização de retificação for sem qualquer restrição, terceiros que mantenham relação jurídica poderão ter seus direitos prejudicados. Há também a hipótese da inscrição, à margem do registro, da condição de transexual, o que não solucionaria a questão, mas causaria ainda outros transtornos como a exposição de sua privacidade e de sua vida privada. E, ainda, a autorização da retificação documental, mas com a observação da condição de transexual, contudo, vedando a extração de certidões que tornassem pública tal condição. Ademais, deve-se destacar, em

---

<sup>154</sup> O direito à saúde refere-se tanto ao bem-estar físico, psíquico e social, conforme referido no capítulo antecedente.

qualquer das hipóteses, que o número de registro dos documentos do indivíduo permanece inalterado, ou seja, mantém-se o mesmo número de CPF<sup>155</sup>.

Existe, então, o conflito entre o direito do transexual de ter sua vida privada, intimidade e dignidade preservadas *versus* os direitos de terceiros de igualmente terem preservado seu direito à informação, especialmente se tiverem relações jurídicas com o transexual. Por conseqüência, analisando-se os meios existentes para que se possa cumprir com a função do princípio da proporcionalidade, qual seja, a harmonização dos direitos fundamentais em choque, preservando-os na melhor medida possível, considerando-se, ainda, as circunstâncias presentes no caso concreto, têm-se que apenas a negativa de autorização da retificação não é medida adequada para a consecução do fim previsto.

Por outro lado, fazendo-se a análise da necessidade da medida, daquela que atingindo o fim almejado traga menores prejuízos ao direito preterido, verifica-se que a inscrição da condição de transexual com a vedação de extração de certidões com essa informação trará prejuízos ao transexual, já que ainda que não autorizada a emissão de certidões, existirá a possibilidade de se requerer judicialmente tal documento, o que restringirá o direito do transexual. Com relação à autorização com determinação de inscrição, fica claro que prejudica os direitos do transexual à intimidade, à vida privada, à honra e à dignidade. No entanto, havendo a autorização de retificação, mas com a vedação de qualquer inscrição da condição de transexual do indivíduo, terceiros não serão prejudicados, já que o número do registro do documento não é alterado.

Assim, fazendo-se o balanceamento entre os meios existentes, o fim almejado e as restrições aos direitos fundamentais, neste caso em concreto, verifica-se que o

---

<sup>155</sup> O Cadastro de Pessoas Físicas, conforme já afirmado é o documento pelo qual o indivíduo é identificado, contendo suas informações cadastrais. Nesse sentido, ver as informações trazidas sobre esse documento, constantes no capítulo primeiro. Dessa maneira manifestou-se o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: Apelação. Registro Civil. Transexual que se submeteu a cirurgia de mudança de sexo, postulando retificação de seu assentamento de nascimento (prenome e sexo). Adequação do registro à aparência do registrando que se impõe. Correção que evitará repetição dos inúmeros constrangimentos suportados pelo recorrente, além de contribuir para superar a perplexidade no meio social causada pelo registro atual. Precedentes do TJ/RJ. Inexistência de insegurança jurídica, pois o apelante manterá o mesmo número do CPF. Recurso provido para determinar a alteração do prenome do autor, bem como a retificação para o sexo feminino. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível n.º 2005.001.01910*, julgada em 13 de setembro de 2005. Desembargador Luis Felipe Salomão (relator). Disponível em: [www.tj.rj.gov.br](http://www.tj.rj.gov.br). Acesso em: 03 jan. 2008.

meio mais adequado, necessário e proporcional é a autorização de alteração do registro sem qualquer inscrição, tendo-se em vista que o terceiro poderá se valer do número do documento do indivíduo com o qual contratou para exigir o cumprimento de sua obrigação<sup>156</sup>. Dessa maneira, o que se observa é que a aplicação do princípio da proporcionalidade, nestes casos, serve para preservar os direitos fundamentais em conflito, além de possibilitar a solução mais adequada, através da ponderação dos interesses.

Assim, os direitos de personalidade têm o intuito de valorizar o indivíduo, a proteção dos atributos da personalidade humana, dirimindo-se os conflitos com outros direitos, através da aplicação do Princípio da Proporcionalidade, visto que, esta inserção de um rol de garantias fundamentais do indivíduo na Constituição tem a finalidade de evitar que o legislador, ao criar as leis, possa, de alguma forma, violar os direitos da pessoa humana<sup>157</sup>.

Então, tendo-se como fundamento as premissas de Alexy<sup>158</sup>, tem-se que, no conflito que se apresenta, seja qual for o direito que preponderar, o do transexual ou o do terceiro, em ambos os casos haverá prejuízo de algum direito fundamental. Todavia, fazendo-se uma análise através do princípio da proporcionalidade e dos meios possíveis a serem aplicados, verifica-se que o transexual será mais prejudicado do que o terceiro, pois o primeiro terá toda sua privacidade publicizada, enquanto que o último poderá sofrer prejuízos pela dificuldade de identificar o transexual através do nome, o que, todavia, pode ser suprido pela identificação do número do CPF, conforme já referido. A partir dessa perspectiva, deve-se ressaltar, mais uma vez, que o princípio da proporcionalidade visa à proteção e garantia dos direitos fundamentais e de seu núcleo essencial, através da máxima da otimização, tendo sua aplicação plenamente justificada e legitimada através da chamada abertura constitucional, pela qual, devido à multiplicidade de pensamentos, idéias e direitos, assim como com a evolução da sociedade, para que seja possível que a

---

<sup>156</sup> A maior preocupação que se tem é com relação ao rumo que as decisões que determinam a inscrição do termo transexual no Registro Civil do indivíduo possam tomar. Na verdade, entende-se que tal atitude não pode se tornar a regra nos casos de retificação de prenome e sexo no Registro Civil dos transexuais. O que se pretende é que os julgadores tenham uma atenção maior com esses casos e que levem em consideração, em suas decisões, o princípio da proporcionalidade.

<sup>157</sup> NETO, Chade Rezek. *O princípio da proporcionalidade no estado democrático de direito*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004, p. 49.

<sup>158</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 111-115

Constituição permaneça viva, sendo aplicada na solução dos casos conflituosos, é necessário que a sociedade faça parte do processo interpretativo<sup>159</sup>.

Nesse sentido, é possível afirmar-se, então, que a decisão encontrada para o exemplo, faz parte do que se chama de atividade criativa dos Tribunais? Essa noção de criação por parte dos Tribunais encontra-se, por sua vez, vinculada à questão da abertura constitucional, fato que decorre da própria noção de ordem democrática, caracterizadora do Estado Democrático de Direito<sup>160</sup>, onde a interpretação da Constituição e de suas normas deve ser feita por toda a sociedade. É esta abertura da interpretação que possibilita que a Constituição suporte as modificações da sociedade, estando, dessa maneira, em condições de expressar e de se integrar com a realidade, visto que “parte do pressuposto de que a diferenciação social e o pluralismo são as principais características da sociedade contemporânea [...], que inclui, todavia, formas democráticas de participação nos assuntos políticos”<sup>161</sup> e, com isso, a Constituição é vista sob uma perspectiva viva, como um produto cultural<sup>162</sup>. Na visão de Häberle, a partir da perspectiva cultural da Constituição, esta é vista como um sistema aberto, pelo qual a realidade acaba por condicionar a interpretação, ou seja, havendo uma modificação na realidade da sociedade, haverá uma modificação na interpretação da Constituição, o que funcionaria como um círculo de interpretação, no qual, havendo a modificação de um elemento, haveria a modificação dos outros também, pois cada elemento daquele círculo influencia na interpretação dos demais. Nesse sentido é que Häberle entende que a Constituição

---

<sup>159</sup> Nessa perspectiva, toma-se como base as idéias de Peter Häberle, com as noções de “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” e de “Constituição como produto cultural”. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997; Idem. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Tradução de Emilio Mikunda. Madrid, Tecnos, 2000.

<sup>160</sup> O Estado Democrático de Direito tem estreita ligação com a democracia, de forma que a sociedade participa do sistema tanto de forma passiva quanto de forma ativa. Nessa forma, o Estado deve primar pela supremacia da vontade popular, sendo que a sociedade integra-se ao Estado para a realização de suas atividades. Há, então, a imposição de limites à atividade Estatal, de acordo com os fins da ação do Estado. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 4. ed. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2002, p. 21-24, passim.

<sup>161</sup> LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Direitos fundamentais, jurisdição constitucional e democracia: origens, fundamentos e controvérsias. In: In: GORCZEWSKI, C.; REIS, J.R. *Constitucionalismo Contemporâneo: direitos fundamentais em debate*. Porto Alegre: Norton, p. 71-96, 2005, p. 80.

<sup>162</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 24; Idem. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Tradução de Emilio Mikunda. Madrid, Tecnos, 2000, p. 34.

é um produto cultural, um sistema de normas abertas, que interagem com a sociedade<sup>163</sup>.

Então, através da abertura do círculo de intérpretes da Constituição, dá-se uma ligação entre direitos fundamentais e democracia, de forma a dar garantia aos direitos fundamentais, inclusive através da aplicação do princípio da proporcionalidade, ou seja, a concretização do sistema de direitos constitucionais “pressupõe uma atividade interpretativa tanto mais intensa, efetiva e democrática quanto maior for o nível de abertura constitucional existente”<sup>164</sup>. E a interpretação/concretização dos direitos fundamentais ocorre através de um Tribunal Constitucional, mas este não deve agir de forma isolada e deve ter elos de ligação com a sociedade (e também com os demais poderes), de forma que suas decisões estejam democraticamente justificadas e legitimadas.

Ocorre que existe a discussão de que, com o processo de alargamento do círculo de intérpretes da Constituição e com a abertura das normas, a jurisdição constitucional assumiu, ao menos de forma aparente, o papel de legislador concorrente, pois está atuando de forma a corrigir o legislador ou antecipando-se a este, pois se estaria interpretando a Constituição de forma construtiva, através da jurisprudencialização, o que se convencionou chamar de ativismo judicial<sup>165</sup>, pois “as normas constitucionais deveriam ser ponderadas a cada aplicação, enquanto consagradoras de bens e de valores a serem otimizados em face dos casos concretos”<sup>166</sup>. Isso porque, em uma sociedade pluralista<sup>167</sup> como a em que vivemos, não há como ser diferente, isto é, não há como se proceder na aplicação das normas, conforme determinado pelo legislador, de forma indiscriminada, ou seja, sem serem verificadas as situações dos casos concretos.

---

<sup>163</sup> HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Tradução de Emilio Mikunda. Madrid, Tecnos, 2000.

<sup>164</sup> CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2003, p. 32.

<sup>165</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>166</sup> OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Uma justificação democrática da jurisdição constitucional brasileira e a inconstitucionalidade da Lei n.º 9.686/99. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 36, p. 177-207, 2001. Disponível em: <http://calvados.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/1790/1487>. Acesso em: 17 abr. 2007, p. 179.

<sup>167</sup> Sobre a questão do pluralismo, ver o capítulo anterior, nota 163.

Assim, a cada caso que se apresente, devem as normas ser, a partir dos elementos fáticos e jurídicos existentes, ajustadas de maneira a solucionar, da melhor maneira possível, o conflito que se impõe. Esse “ajuste” é no sentido de que não há como as normas jurídicas, especialmente as normas constitucionais, estarem prontas e acabadas, somente precisando ser subsumidas ao caso concreto<sup>168</sup>. Deve haver um diálogo, uma inter-relação entre o fato, seus elementos e a norma a ser aplicada, ponderando-se e ajustando-se, dessa maneira, a norma ao momento histórico e às condições nas quais o fato está sendo apresentado. Dessa maneira, tem-se que o sistema de interpretação, na atualidade, é aquele em que o pluralismo acaba por exigir “do aplicador um modo de raciocínio não propriamente sistemático, mas problemático, em que o contorno fático do caso interfere no próprio sentido das normas jurídicas”<sup>169</sup>. Por isso é que Häberle<sup>170</sup> entende que a Constituição é um produto vivo, sujeito às alterações constantes da sociedade, de sua cultura, do momento histórico, devendo, portanto, adaptar-se a ela para poder melhor regulá-la. Funciona como um círculo: a modificação cultural atinge a interpretação constitucional, justificando, dessa maneira, a existência de diferentes interpretações de um mesmo texto em diferentes épocas<sup>171</sup>. Mas, se se considera que a teoria da interpretação constitucional deve expressar a realidade constitucional, não basta que somente o juiz efetue a interpretação constitucional, ou seja, é preciso que outros agentes conformadores da realidade social estejam presentes no processo interpretativo (daí a noção de “sociedade aberta de intérpretes”). Deve-se reconhecer, dessa maneira, a influência da teoria democrática sobre a hermenêutica

---

<sup>168</sup> É preciso haver uma ruptura com o ideal positivista, que entende que os princípios são apenas “válvulas de segurança”, fonte normativa subsidiária, servindo apenas para suprir o vazio normativo. Deve-se entender que, mais do que isso, os princípios devem ser tratados como direitos, sem aplicação por subsunção, em casos de lacunas normativas, como ocorre na visão positivista. Os princípios devem ser vistos – como de fato já está ocorrendo – como capazes de solucionar conflitos, até porque, atualmente, os princípios são normas jurídicas, assim como as regras. É o que se chama de pós-positivismo. Nesse sentido, ver: BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 235-248 passim.

<sup>169</sup> GALUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica constitucional e pluralismo. In: SAMPAIO, J. A. L.; SOUZA CRUZ, A. R. de. *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 58.

<sup>170</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

<sup>171</sup> Dessa maneira, é preciso que se diferencie texto e norma. As normas não podem ser consideradas como sendo o texto ou o conjunto de vários textos, mas sim, como o sentido que é construído pela interpretação ordenada e metódica dos textos. Nesse sentido, dispositivo é o objeto da interpretação – o texto – e a norma é o resultado desta interpretação. O intérprete não constrói o sentido do texto, mas apresenta “exemplos do uso da linguagem ou versões de significado”, sendo que sempre que faz a interpretação, reconstrói o significado, com base em uma definição já existente. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 23). No mesmo sentido: HÄBERLE, op. cit, p. 13-14.

constitucional, de forma a conferir maior legitimidade às decisões dos Tribunais Constitucionais. Isso porque, se os juízes (intérpretes jurídicos, “oficiais”) não são os únicos a viver a norma, não podem monopolizar a atividade de interpretação. Assim é que Häberle diz que quem vive a norma acaba por interpretá-la<sup>172</sup>. Deve-se, portanto, migrar de uma sociedade fechada – na qual somente o juiz é quem participa do processo interpretativo – para uma sociedade aberta de intérpretes, onde, quanto maior for a abertura da interpretação à participação social, mais eficazes e mais próximas da realidade da sociedade (e, por conseguinte, legítimas) serão as decisões da jurisdição constitucional.

A legitimação dos vários intérpretes da Constituição encontra-se no fato de que tais pessoas representam um pedaço da publicidade e da realidade da Constituição. Isto porque, há de se reconhecer que essas forças são importantes para a interpretação constitucional, pois elas compõem a realidade constitucional, fazendo, dessa forma, parte na interpretação da realidade da Constituição. Limitar a interpretação constitucional àqueles autorizados jurídica ou funcionalmente pelo Estado, significa o empobrecimento da Constituição, ou seja, a falta de realidade. Isso quer dizer que a Constituição, sem a participação da coletividade na sua interpretação, acaba por não expressar a realidade dessa mesma sociedade, o que significa a sua morte, pois de nada adianta uma Constituição que não consiga expressar sua realidade. Essa mutação constitucional, de forma a se adaptar a realidade social, só é possível, por seu turno, através da abertura da interpretação constitucional. Dessa forma, a Constituição serve como um espelho da realidade, da sociedade. A participação dos cidadãos na interpretação constitucional é, também, uma forma de exercício da democracia, que é exercida tanto através da legitimação mediante as eleições (voto), ou seja, os representantes do povo que atuam no processo de interpretação, como através da mediação do processo público e pluralista da política, através da realização dos direitos fundamentais, por exemplo. Dessa maneira, no Estado Democrático de Direito, em que o pluralismo constitui a base de compreensão da sociedade, se “todos os projetos que compõem uma sociedade, inclusive os minoritários, são relevantes na composição de sua

---

<sup>172</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 13.

identidade”, deve-se buscar, conforme já afirmado, o consenso, de forma a tentar que todos os projetos possam ser minimamente garantidos e realizados<sup>173</sup>.

O princípio da proporcionalidade, portanto, especialmente nos casos objeto de análise desse trabalho, tem sua aplicação justificada, tanto como forma de busca do consenso na sociedade quanto com o objetivo de garantia e de realização dos direitos fundamentais, já que, através dele, ainda que existam posicionamentos em contrário, mesmo que não seja de forma absoluta, tem-se uma maior racionalidade<sup>174</sup> e objetividade na aplicação do Direito, já que durante o processo interpretativo não são levadas em conta apenas a lei, mas também as circunstâncias fáticas e jurídicas que circundam o caso<sup>175</sup>. É nesta perspectiva que se pretende, agora, fazer uma análise jurisprudencial do conflito em pauta, com o objetivo de se verificar se e como o princípio da proporcionalidade vem sendo aplicado na solução de casos de conflito entre direitos fundamentais de transexuais e de terceiros e, no caso de não estar sendo aplicado, verificar-se, então, criticamente, qual tem sido o fundamento para a solução desses casos.

### **3.3 Análise crítica da jurisprudência brasileira envolvendo o conflito entre direitos fundamentais de transexuais e de terceiros**

A discussão judicial de casos de transexualidade vem se tornando cada vez mais importante e corriqueira no Brasil, pois tem aumentado de uns anos para cá a realização de cirurgias de redesignação sexual de indivíduos transexuais. Isso porque, desde 1997, através da Resolução n.º 1.482, do Conselho Federal de Medicina, que foi, posteriormente, revogada pela Resolução n.º 1.652, de 2002, do mesmo Conselho, a cirurgia de transgenitalização tornou-se legal no Brasil, desde que preenchidos alguns requisitos (tratamento e acompanhamento de uma equipe multidisciplinar por, no mínimo, dois anos; paciente maior de 21 anos, dentre outros). Ademais, a partir de agosto de 2007, o Ministério Público Federal conseguiu, através

---

<sup>173</sup> GALUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica constitucional e pluralismo. In: SAMPAIO, J. A. L.; SOUZA CRUZ, A. R. de. *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 54.

<sup>174</sup> Conforme já afirmado, uma das críticas a aplicação do princípio da proporcionalidade é a irracionalidade. Contudo, Pulido entende que, com a aplicação deste princípio, através de seus elementos e, considerando as circunstâncias que circundam o caso concreto, há uma maior racionalidade na decisão, através da diferenciação da medida adotada, sua finalidade e o fim imediato. Nesse sentido, ver: PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2003, p. 611 et. seq.

<sup>175</sup> *Ibidem*, p. 248.

de Ação Civil Pública intentada contra a União Federal, perante a Justiça Federal do Rio Grande do Sul, incluir os procedimentos médicos de transexualização na tabela do Sistema Único de Saúde<sup>176</sup>. Assim, como o número de cirurgias de retificação sexual aumentou, como consequência, também a discussão judicial desses casos, objetivando o ajuste dos documentos do indivíduo, com a retificação do prenome e do sexo no Registro Civil, teve um considerável acréscimo<sup>177</sup>.

---

<sup>176</sup> Através desta ação, a União foi condenada a, no prazo de trinta dias, possibilitar aos transexuais a realização das cirurgias de adequação sexual do tipo neocolpovulvoplastia, neofaloplastia, bem como todos os procedimentos necessários para tanto, através do SUS. Neste mesmo prazo foi determinada a edição de nova tabela, onde constasse a inclusão de tais procedimentos como sendo remunerados pelo SUS. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4.ª Região. *Apelação Cível n.º 2001.71.00.026279-9/RS*, julgada em 14 de agosto de 2007. Juiz Federal Roger Raupp Rios (relator). Disponível em: [www.jfrs.gov.br](http://www.jfrs.gov.br). Acesso em: 23 ago. 2007.

<sup>177</sup> Exemplo claro desse acréscimo de cirurgias de adequação sexual, a partir de 1997, são os julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que detém a maioria das decisões acerca dessa temática. Antes de 1997 existem 5 decisões requerendo a retificação do Registro Civil (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n.º 597134964*, julgada em 28 de agosto de 1997. Desembargador Tael João Selistre (relator). Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 3 jan. 2008; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n.º 596103135*, julgada em 12 de setembro de 1996. Desembargador Tael João Selistre (relator). Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 3 jan. 2008; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n.º 595178963*, julgada em 28 de dezembro de 1995. Desembargador Tael João Selistre (relator). Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 3 jan. 2008; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n.º 593110547*, julgada em 10 de março de 1994. Desembargador Luiz Gonzaga Pila Hofmeister (relator). Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 3 jan. 2008; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n.º 585049927*, julgada em 19 de dezembro de 1985. Desembargador Mário Rocha Lopes (relator). Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 3 jan. 2008) e, após a edição da Resolução n.º 1.482, do Conselho Federal de Medicina, existem outras 11 decisões (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n.º 597156728*, julgada em 18 de dezembro de 1997. Desembargador Tael João Selistre (relator). Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 3 jan. 2008; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n.º 598404887*, julgada em 10 de março de 1999. Desembargador Eliseu Gomes Torres (relator). Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 27 abr. 2007; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n.º 70000585836* julgado em 31 de maio de 2000. Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves (relator). Disponível em: [www.tj.rs.gov.br](http://www.tj.rs.gov.br). Acesso em: 2 jul. 2007; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n.º 70006828321*, julgada em 11 de dezembro de 2003. Desembargadora Catarina Rita Krieger Martins (relatora). Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 24 abr. 2007; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n.º 70013909874*, julgada em 05 de abril de 2006. Desembargadora Maria Berenice Dias (relatora). Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 27 abr. 2007; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n.º 70013580055*, julgada em 17 de agosto de 2006. Desembargador Claudir Fidelis Faccenda (relator). Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 27 abr. 2007; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n.º 70014179477*, julgada em 24 de agosto de 2006. Desembargador Luiz Ari Azambuja Ramos (relator). Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 4 jan. 2008; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n.º 70018911594*, julgada em 25 de abril de 2007. Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves (relator). Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 4 jan. 2008; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n.º 70021120522*, julgada em 11 de outubro de 2007. Desembargador Rui Portanova (relator). Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 4 jan. 2008).

A seguir, busca-se, assim, apresentar discussões acerca de algumas decisões proferidas pelos Tribunais brasileiros, especialmente dos Tribunais Estaduais, já que contam com o maior número de julgados com relação à temática da transexualidade<sup>178</sup>, porém a partir de uma perspectiva constitucional. Nesse sentido, é preciso que se destaque que as decisões, em sua maioria, não discutem juridicamente a questão dos direitos fundamentais que se encontram em jogo ou a questão do conflito entre os direitos dos transexuais e de terceiros. Na verdade, em certos casos, até existe a menção ao fato da possibilidade do conflito, mas o mesmo é solucionado, conforme se verá, não pela aplicação do princípio da proporcionalidade e de suas máximas, mas através de argumentos fáticos, e não jurídicos. É o que se depreende do trecho abaixo, extraído de um acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul sobre o que se está analisando:

Já tive oportunidade de decidir caso análogo anteriormente, sendo que a minha primeira preocupação foi com relação a terceiros que, na hipótese de deferimento do pedido, poderiam vir a alegar, no futuro, a ocorrência de erro essencial e pleitear alguma indenização. Então, parti em busca de maiores informações sobre o caso e me convenci que pode acontecer de uma pessoa que se submeteu a uma cirurgia de transgenitalização, efetivamente, conseguir se fazer passar pelo sexo desejado. Todavia, posteriormente, percebi que apenas os operadores do direito se preocupam com as conseqüências que determinados atos podem causar a terceiros, esquecendo, muitas vezes, que, em certas situações, mais relevante é assegurar o direito que está sendo pleiteado pela parte interessada, de forma objetiva, ao invés de se ficar tergiversando sobre um direito subjetivo, que poderá, eventualmente, vir a ser argüido por um terceiro<sup>179</sup>.

Este caso, no entanto, considerou que seria mais benéfica a autorização da retificação de prenome e sexo nos documentos sem que fosse averbada qualquer indicação do motivo da retificação no Registro Civil, com o intuito de preservar a intimidade do indivíduo<sup>180</sup>. Aliás, a decisão considera que o benefício será maior com a autorização sem qualquer averbação, e, leva em conta que se algum terceiro

<sup>178</sup> Nesse sentido, realizou-se uma pesquisa jurisprudencial nos sites dos Tribunais estaduais, utilizando-se os termos “transexual” e “transgenitalização”. O Tribunal que possui o maior número de julgados sobre essa temática é o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, com 16 decisões. Em seguida, os Tribunais de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, com 13, do Estado de São Paulo, com 6, de Minas Gerais com 5, de Pernambuco com 2, seguidos dos Tribunais de Goiás, do Amapá, do Distrito Federal, da Bahia e do Paraná.

<sup>179</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n.º 70021120522*, julgada em 11 de outubro de 2007. Desembargador Rui Portanova (relator). Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 4 jan. 2008.

<sup>180</sup> No mesmo sentido: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n.º 70014179477*, julgada em 24 de agosto de 2006. Desembargador Luiz Ari Azambuja Ramos (relator). Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 4 jan. 2008; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n.º 70013580055*, julgada em 17 de agosto de 2006. Desembargador Claudir Fidelis Faccenda (relator). Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 27 abr. 2007.

se sentir prejudicado com o fato da retificação do prenome e do sexo do transexual, que busque judicialmente uma reparação para os danos, pois “não se pode priorizar eventuais direitos de terceiros, que talvez nunca venham a ser reclamados, em detrimento do autor”<sup>181</sup>. Em caso semelhante, julgado pelo mesmo Tribunal, a decisão foi diferente, resguardando direito de terceiros, determinando que houvesse a retificação, mas que fosse “averbado que houve determinação judicial modificando o registro, sem menção à razão ou ao conteúdo das alterações procedidas, resguardando-se, assim, a publicidade dos registros e a intimidade do requerente”<sup>182</sup>. Diferente decisão foi tomada no caso de um pedido de alteração de prenome e sexo no Registro Civil, sem que houvesse sido, ainda, realizada a cirurgia de transgenitalização. Neste caso, foi determinada a retificação do prenome, e, com relação ao sexo, deveria constar na certidão do registro de nascimento a condição de transexual, ao menos, até realizada a intervenção cirúrgica<sup>183</sup>.

A partir dos argumentos utilizados nas decisões acima, em sua maioria, deve-se considerar que não houve a discussão dos aspectos jurídicos relativos aos direitos fundamentais que conflitam nos casos concretos. Até mesmo na decisão que considera que a autorização não pode ser negada para priorizar possíveis direitos de terceiros, não há a discussão sobre a temática dos direitos fundamentais que estão em aparente conflito (já que não há um conflito propriamente dito). Também nas decisões em que foi determinada a inscrição da condição de transexual no Registro Civil, com o objetivo de preservar direitos de terceiros, os “direitos a serem preservados” não foram, sequer, citados, ou seja, não houve nem mesmo uma exemplificação de como poderia haver este prejuízo, nem mesmo foi considerada a razão da preponderância dos direitos de terceiro sobre os direitos do transexual. O que se vê, por fim, é que ainda que a aplicação do princípio da

---

<sup>181</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n.º 70021120522*, julgada em 11 de outubro de 2007. Desembargador Rui Portanova (relator). Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 4 jan. 2008.

<sup>182</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n.º 70018911594*, julgada em 25 de abril de 2007. Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves (relator). Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 4 jan. 2008.

No mesmo sentido: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n.º 598404887*, julgada em 10 de março de 1999. Desembargador Eliseu Gomes Torres (relator). Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 27 abr. 2007; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n.º 70017037078*, julgada em 28 de fevereiro de 2007. Desembargador Ricardo Raupp Ruschel (relator). Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 3 jan. 2007.

<sup>183</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n.º 70013909874*, julgada em 05 de abril de 2006. Desembargadora Maria Berenice Dias (relatora). Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 27 abr. 2007.

proporcionalidade esteja sendo aplicada pelos Tribunais, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal<sup>184</sup>, órgão máximo na jurisdição brasileira, tal forma de solução de conflitos ainda não está, ao menos explicitamente, sendo aplicada nos casos de transexualidade.

Deve-se destacar, com relação à jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, um caso em que foi analisada a questão do matrimônio do transexual. Na verdade, esse não era o objetivo central da decisão, que se tratava de pedido de adequação de prenome e sexo. Todavia, a questão foi discutida devido às alegações de que a autorização da retificação documental poderia fazer com que aquele que casasse com o transexual, incorresse em erro. No acórdão, foi considerado que tanto uma mulher, quanto um homem, que mantivesse relacionamento com o transexual poderia sentir-se enganado e que “não seria uma averbação à margem do direito civil, informando que o nome foi alterado em razão de se tratar de um transexual, que iria evitar este tipo de situação”, já que não é costumeiro que as pessoas, quando se relacionam, busquem o Registro Civil a fim de verificar se seu parceiro/parceira é do sexo masculino ou feminino. Além disso, a decisão ainda destaca que a única matéria que seria passível de argüição pelo terceiro que se sentisse prejudicado por se relacionar com um transexual, seria o fato de não poder ter filhos, já que as demais discussões não passam “de odioso preconceito que, infelizmente, ainda pauta muitas de nossas ações”<sup>185</sup>.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por sua vez, pelo que se depreende da pesquisa jurisprudencial realizada<sup>186</sup>, não possui um entendimento sedimentado com relação aos pedidos de retificação de prenome e de sexo no

---

<sup>184</sup> No geral, o Supremo Tribunal Federal aplica o princípio da proporcionalidade em matéria tributária (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 455.244-7*, julgado em 02 de agosto de 2005. Ministro Carlos Velloso (relator). Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em: 28 jun. 2006), mas há casos, também em que tal princípio é aplicado quando há colisão de direitos fundamentais (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Hábeas Corpus n.º 90.232-4*, julgado em 18 de dezembro de 2006. Ministro Sepúlveda Pertence (relator). Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em: 17 jan. 2008; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Embargos de Declaração no Hábeas Corpus n.º 90.138-7*, julgado em 27 de fevereiro de 2007. Ministro Ricardo Lewandowski (relator). Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em: 17 jan. 2008).

<sup>185</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n.º 70021120522*, julgada em 11 de outubro de 2007. Desembargador Rui Portanova (relator). Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 4 jan. 2008.

<sup>186</sup> A íntegra das decisões deste Tribunal, em sua maioria estão em segredo de justiça, não sendo possível o acesso às mesmas, mas tão somente às ementas.

Registro Civil de transexuais. Algumas das decisões negam a retificação<sup>187</sup>, umas entendendo que devem prevalecer os direitos de terceiros à honra e à intimidade, outras, que se foi uma opção do transexual a troca de sexo, deverá ele arcar com as conseqüências de seu ato; outras, ainda, que a cirurgia de adequação sexual não realiza a mudança do sexo, pois tal fato é determinado biologicamente, o que, por si só, justificaria a negativa da retificação. Com relação às decisões que concedem a retificação, igualmente não há harmonia, pois algumas concedem apenas a retificação do prenome<sup>188</sup>, enquanto que outras o fazem tanto em relação ao prenome quanto em relação ao sexo<sup>189</sup>.

Nesse sentido, as decisões do Tribunal carioca analisam a questão pela visão biológica<sup>190</sup>, afirmando que o que define o sexo é a natureza, a presença do cromossomo Y para diferenciar o sexo masculino do feminino, e que não há como mudá-lo através de decisão judicial ou cirurgia de adequação. Em uma das decisões negando a retificação, conforme já afirmado, entende que, se o indivíduo optou por se submeter a uma cirurgia plástica que lhe extirpou os órgãos sexuais masculinos e constituiu órgãos sexuais femininos, deve arcar com as conseqüências de seu livre

<sup>187</sup> Nesse sentido, ver: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível n.º 2007.001.14071*, julgada em 05 de setembro de 2007. Desembargador Gilberto Dutra Moreira (relator). Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br>. Acesso em: 03 jan. 2008; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível n.º 1993.01.06617*, julgada em 18 de março de 1997. Desembargador Geraldo Batista (relator). Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br>. Acesso em: 03 jan. 2008; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível n.º 1993.001.04425*, julgada em 10 de maio de 1994. Desembargador Luiz Carlos Guimarães (relator). Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br>. Acesso em: 03 jan. 2008; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível n.º 1992.001.06087*, julgada em 04 de março de 1993. Desembargador Marden Gomes (relator). Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br>. Acesso em: 03 jan. 2008.

<sup>188</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível n.º 2007.001.24198*, julgada em 07 de agosto de 2007. Desembargadora Mônica Costa Di Pietro (relatora). Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br>. Acesso em: 03 jan. 2008; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível n.º 2004.001.28817*, julgada em 02 de março de 2005. Desembargador Otavio Rodrigues (relator). Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br>. Acesso em: 03 jan. 2008.

<sup>189</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível n.º 2006.001.61104*, julgada em 15 de agosto de 2007. Desembargador Francisco de Assis Pessanha (relator). Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br>. Acesso em: 03 jan. 2008; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível n.º 2006.001.61108*, julgada em 06 de março de 2007. Desembargadora Vera Maria Soares Van Hombeeck (relatora). Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br>. Acesso em: 03 jan. 2008; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível n.º 2005.001.17926*, julgada em 22 de novembro de 2005. Desembargador Nascimento Povoas Vaz (relator). Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br>. Acesso em: 03 jan. 2008; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível n.º 2005.001.01910*, julgada em 13 de setembro de 2005. Desembargador Luis Felipe Salomão (relator). Disponível em: [www.tj.rj.gov.br](http://www.tj.rj.gov.br). Acesso em: 03 jan. 2008; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível n.º 2002.001.16591*, julgada em 25 de março de 2003. Desembargador Ronald Valladares (relator). Disponível em: [www.tj.rj.gov.br](http://www.tj.rj.gov.br). Acesso em: 03 jan. 2008.

<sup>190</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível n.º 2004.001.28817*, julgada em 02 de março de 2005. Desembargador Otavio Rodrigues (relator). Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br>. Acesso em: 03 jan. 2008.

arbítrio, pois se era homem e resolveu transformar-se em mulher, para satisfazer seu ego, sua escolha deve ser respeitada.

A decisão afirma que quem “nasce homem ou mulher, morre como nasceu” e, portanto, nega a retificação do prenome e do sexo<sup>191</sup>. Entende-se, todavia, que mais adequada – ainda que, igualmente não tenha discutido a questão dos direitos fundamentais envolvidos – foi a decisão diversa da apresentada acima, que concedeu a retificação pretendida, entendendo que o indivíduo “não optou pelo transexualismo, tratando-se de situação que o acompanha desde a infância” e que a retificação documental não se apresenta como atentatória à segurança jurídica, pois o “número do CPF do registrado permanecerá o mesmo”<sup>192</sup>.

Da mesma forma, o Tribunal de Justiça paulista não possui entendimento sedimentado, possuindo decisões negando<sup>193</sup>, as quais consideram que a regra da imutabilidade do prenome deve prevalecer e que o direito de terceiros de saber das características físicas do indivíduo com o qual se relacionam, se sobrepõe ao direito do transexual de ter seus documentos adequados a sua aparência física. Há decisões concedendo a alteração sem qualquer inscrição, destacando que em qualquer hipótese haverá interesses de terceiros que devem ser preservados, mas que é mais razoável fazer a adequação do registro com a realidade fática e física do indivíduo do que o contrário, já que a incongruência entre a aparência e os documentos exporia o transexual a constrangimentos imprevisíveis<sup>194</sup>. Também há casos em que a retificação é autorizada, mas determinando a inscrição desse fato

---

<sup>191</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível n.º 1993.01.06617*, julgada em 18 de março de 1997. Desembargador Geraldo Batista (relator). Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br>. Acesso em: 03 jan. 2008.

<sup>192</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível n.º 2005.001.01910*, julgada em 13 de setembro de 2005. Desembargador Luis Felipe Salomão (relator). Disponível em: [www.tj.rj.gov.br](http://www.tj.rj.gov.br). Acesso em: 03 jan. 2008.

<sup>193</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível n.º 4174134500*, julgada em 09 de outubro de 2007. Desembargador Carvalho Viana (relator). Disponível em: <http://www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 03 jan. 2008; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível n.º 4520364000*, julgada em 04 de dezembro de 2006. Desembargador Grava Brazil (relator). Disponível em: <http://www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 03 jan. 2008.

<sup>194</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível n.º 4378434300*, julgada em 09 de setembro de 2006. Desembargador Caetano Lagrasta (relator). Disponível em: <http://www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 03 jan. 2008; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível n.º 4925244000*, julgada em 03 de julho de 2007. Desembargador Ary José Bauer Júnior (relator). Disponível em: <http://www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 03 jan. 2008.

na certidão, a fim de preservar direitos de terceiros<sup>195</sup>. Merece destaque crítico, nesse sentido, uma decisão que afirma que “com a mesma veemência com que deve ser combatida a discriminação, não se pode obrigar ou impor às pessoas a aceitação do transexual como algo natural”<sup>196</sup>, já que no estágio atual da sociedade em que se vive não há como se viver de forma harmônica sem que exista um mínimo de tolerância e de aceitação das diferenças pelos indivíduos que compõem dita sociedade. Nessa perspectiva, retoma-se o que já foi afirmado com relação à questão do multiculturalismo, das diferenças de idéias, de crenças, de modos de vida, enfim, numa sociedade plural não há como se estabelecer que somente é aceitável o que for natural, até mesmo porque não há como se estabelecer um parâmetro para esta naturalidade.

Em recente caso na justiça paulista, uma transexual e seu companheiro buscam a adoção de um menino que já se encontra sob a guarda do casal. O Ministério Público do Estado de São Paulo requereu liminar de suspensão da guarda provisória ao Tribunal de Justiça daquele Estado, alegando que a criança não deve viver sob a guarda de um casal “anormal”, que foge a regra<sup>197</sup>. Ademais, outra alegação é a de que, em casos de adoção, a Justiça deve encaminhar o menor para a “família mais perfeita possível”, que seria, no entendimento do representante do Ministério Público de São José do Rio Preto, aquela família convencional, constituída por um pai e uma mãe. Nesse caso, a transexual já passou por avaliações psicossociais que foram favoráveis, possuindo casa própria, família estruturada – já que está com seu companheiro a mais de seis anos – e trabalho fixo, tendo condições de sustentar a criança e de criá-la com dignidade. Não obstante os laudos favoráveis, o Ministério Público conseguiu a liminar, sendo que o menor foi entregue a um abrigo<sup>198</sup>. Neste caso, o que se verifica é que, ainda que deva prevalecer o melhor interesse da criança, o Ministério Público entende que é

---

<sup>195</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível n.º 4392574300*, julgada em 19 de abril de 2007. Desembargador Salles Rossi (relator). Disponível em: <http://www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 03 jan. 2008.

<sup>196</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível n.º 4520364000*, julgada em 04 de dezembro de 2006. Desembargador Grava Brazil (relator). Disponível em: <http://www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 03 jan. 2008.

<sup>197</sup> O processo ainda não possui ainda decisão de mérito. Está aguardando julgamento de Agravo de Instrumento interposto pelo Ministério Público, não possuindo, portanto, decisão final em primeiro grau.

<sup>198</sup> PARAJARA, Fabiana. Promotor que pediu separação de bebê de transexual diz que ‘casal gay é anormal’. *O Globo on line*. Disponível em: [http://oglobo.globo.com/sp/mat/2008/01/09/promotor\\_que\\_pediu\\_separacao\\_de\\_bebe\\_de\\_transexual\\_diz\\_que\\_casal\\_gay\\_anormal\\_-327934459.asp](http://oglobo.globo.com/sp/mat/2008/01/09/promotor_que_pediu_separacao_de_bebe_de_transexual_diz_que_casal_gay_anormal_-327934459.asp). Acesso em: 9 jan. 2008.

melhor para o menor ser entregue a um abrigo, sujeito a permanecer no local, do que ser adotado e criado por um casal, no qual um dos companheiros é transexual.

No que se refere às decisões dos demais Tribunais Estaduais, as mesmas seguem as linhas de raciocínio já apresentadas. Dessa maneira, opta-se por não se fazer referência às decisões que foram encontradas na pesquisa realizada, para evitar a repetição dos argumentos. Destaca-se, contudo, que, como ocorre com as decisões analisadas acima, não há uma uniformidade com relação aos julgados, já que alguns concedem e outros negam o pedido. Todavia, o que se observou é a falta de discussão jurídica com relação à existência de conflito entre os interesses dos transexuais e de terceiros. Assim, conforme já afirmado, ainda que as decisões considerem a possibilidade de existência de choque de direitos, não fazem uma análise através da aplicação da proporcionalidade, optando, única e simplesmente, pela preservação de um ou de outro direito, sem sopesar as conseqüências e as circunstâncias envolvidas e, tampouco, observando os subprincípios da proporcionalidade.

O que se observa nas decisões em que há a procedência do pedido de retificação de prenome e sexo, é que o Ministério Público apresenta apelação das sentenças, alegando, na grande maioria das vezes, que a retificação permitirá a união entre pessoas do mesmo sexo e que tal fato não é aceito pelo ordenamento jurídico brasileiro<sup>199</sup>. Afirma, ainda, em suas alegações, que com a alteração do prenome e do sexo no Registro Civil de transexuais, a situação “está apta a atingir terceiros de boa-fé”. Com relação à união entre pessoas do mesmo sexo, deve-se considerar que, a partir do momento em que há a retificação do sexo no Registro, não há mais identidade de sexos para fins de matrimônio, conforme já referido. No que se refere ao fato de que poderá haver prejuízo de terceiros, tal fato não passa de hipótese, não havendo, nas decisões pesquisadas, qualquer indicação de real prejuízo, apenas suposições. É nesse sentido que se trabalha com a questão da aplicação da proporcionalidade, pois na análise dos elementos, verifica-se que não

---

<sup>199</sup> Como exemplo de decisão em que há recurso do Ministério Público, com base nos argumentos apresentados, ver: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível n.º 4392574300*, julgada em 19 de abril de 2007. Desembargador Salles Rossi (relator). Disponível em: <http://www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 03 jan. 2008; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n.º 70006828321*, julgada em 11 de dezembro de 2003. Desembargadora Catarina Rita Krieger Martins (relatora). Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 24 abr. 2007.

há como considerar que o direito de terceiros deve se sobrepor ao do transexual, sem que exista, de fato, um terceiro com reais possibilidades de ser prejudicado.

Da mesma forma, tem de ser analisada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal com relação à questão da transexualidade, especialmente por se tratar do órgão constitucionalmente incumbido da proteção da Constituição e, em última instância, da realização dos direitos fundamentais nela contidos. Em suas decisões, o referido Tribunal entende que a retificação deve ser negada, levando-se em consideração a regra da imutabilidade do estado da pessoa, já que tanto o prenome quanto o sexo fazem parte do estado da pessoa. Esse entendimento do Supremo Tribunal Federal de que a regra é a imutabilidade do nome e do sexo, se trata de uma noção um tanto privatista, já que toma a lei estritamente, ou seja, se a Lei de Registros Públicos<sup>200</sup> determina que o prenome é definitivo, podendo haver modificação unicamente nos casos previstos (expor o portador ao ridículo, por exemplo), se deve interpretar a lei de forma cega. Todavia, tal noção tem de ser superada, pois se deve considerar que a sociedade evolui e as leis não conseguem acompanhar a realidade social. Para isso o ordenamento jurídico é dotado de princípios e direitos fundamentais que suprem esse desgaste da legislação, de forma a oxigenar o sistema jurídico, solucionando os conflitos e tornando a legislação adequada a realidade<sup>201</sup>.

Dessa maneira, o entendimento do Supremo Tribunal Federal é o de que, mesmo que realizada a cirurgia de adequação sexual, dá-se apenas a extirpação dos órgãos sexuais originários, ou seja, há apenas uma modificação da genitália externa, e não uma alteração do sexo propriamente dita, sendo que, no que concerne à constituição interna do indivíduo, este permanece como pertencente ao sexo biológico. Dessa forma, a negativa baseia-se no argumento de que a cirurgia que extirpa a genitália originária e constitui nova, não tem o condão de modificar o sexo, o que impossibilita o deferimento da retificação documental de prenome e de

---

<sup>200</sup> BRASIL. *Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973*. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6015.htm). Acesso em: 14 jan. 2008.

<sup>201</sup> Nesse sentido, ver: HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

sexo<sup>202</sup>. Ou seja, justamente o Tribunal encarregado da realização dos direitos fundamentais, em última instância, sequer chega a compreender a questão da transexualidade como sendo um problema que envolve os direitos fundamentais.

Já em sentido contrário são as decisões provenientes do Superior Tribunal de Justiça, as quais entendem que a “jurisprudência brasileira vem admitindo a retificação do registro civil de transexual, a fim de adequar o assento de nascimento à situação decorrente da realização de cirurgia para mudança de sexo”. Ademais, as decisões referem-se à homologação de sentenças estrangeiras e o Tribunal toma como premissa e fundamentação para suas deliberações, os argumentos utilizados pelos Tribunais de Justiça Estaduais, conforme já apresentadas. Além disso, o maior argumento é o fato de que o fundamento que autoriza a retificação de prenome e de sexo no Registro Civil de transexuais é o de que, se tal fato não ocorrer, a intimidade, a honra e a dignidade do indivíduo serão ofendidas<sup>203</sup>.

Todavia, deve-se dedicar especial atenção, merecendo uma análise mais aprofundada, através de estudo de caso, um julgado do Superior Tribunal de Justiça<sup>204</sup>, que se refere a um pedido de retificação do Registro Civil de um transexual, já operado, no qual houve recurso do Ministério Público, objetivando a inscrição, no referido registro, da condição de transexual do mesmo, sob a alegação de prejuízo de terceiros. Neste caso, existe um aparente conflito entre direitos fundamentais do transexual e de terceiros, conforme se demonstrará na discussão.

O caso em análise teve origem na Comarca de Guaíba, no Rio Grande do Sul, onde um transexual, após a devida cirurgia, requereu à justiça a alteração do seu prenome e do seu sexo, de masculino para feminino, no Registro Civil. A Magistrada, em 1.º grau de jurisdição, autorizou a alteração do prenome e do sexo,

---

<sup>202</sup> Nesse sentido, ver: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento n.º 82.517-7*, julgado em 28 de abril de 1981. Ministro Cordeiro Guerra (relator). Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 25 out. 2006; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento n.º 171769/RJ*, julgado em 21 de fevereiro de 1997. Ministro Sydney Sanches (relator). Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 01 nov. 2007.

<sup>203</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Sentença Estrangeira n.º 002149*, julgada em 04 de dezembro de 2006. Ministro Barros Monteiro (relator). Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 25 abr. 2007; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Sentença Estrangeira n.º 001058*, julgada em 01 de agosto de 2006. Ministro Barros Monteiro (relator). Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 25 abr. 2007.

<sup>204</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 678933/RS*, julgado em 22 de março de 2007. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito (relator). Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 24 maio 2007.

conforme requerido, no Registro Civil, observando, contudo, que nenhuma referência da condição anterior ou dos motivos que ensejaram a retificação constassem no Ofício de Registro Civil, “sob pena de ser mantido o preconceito e a discriminação”<sup>205</sup>. O Ministério Público, então, recorreu da sentença proferida na Comarca de Guaíba, requerendo ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que houvesse a reforma da sentença, considerando que a mesma havia sido *extra petita*<sup>206</sup>, pois determinou que não fosse publicizada a condição de transexual do indivíduo, o que não havia sido requerido pelo mesmo, alegando, também, que tal fato poderia trazer prejuízos a terceiros que se envolvessem com aquele indivíduo.

O Tribunal gaúcho manteve a sentença de 1.º grau de jurisdição, afastando a preliminar de sentença *extra petita*, pois “quem gostaria de passar por uma cirurgia tão delicada de mudança de sexo, ingressar na justiça para ver seu nome e sexo modificados e não querer que isso seja omitido do resto da sociedade?”<sup>207</sup> Além disso, segundo consta da decisão, a suposição de eventual prejuízo que terceiros pudessem sofrer não passaria de hipótese, sem certeza de concretização. Dessa maneira, não poderia haver a exposição da condição anterior do indivíduo, sua condição de transexual, cuja alteração de prenome e sexo ocorrera por cirurgia de redesignação, por mera suposição de possíveis prejuízos de terceiros (este aspecto repercute, portanto, em sede de um juízo de ponderação, nas circunstâncias e nos elementos que precisam ser analisados, especialmente no que concerne ao prejuízo em relação à não-realização do direito contrário). Tal fato só poderia ser regulado se houvesse um caso concreto de prejuízo.

Na verdade, aquele que tenha sofrido prejuízo é que deveria ingressar em juízo, postulando a proteção para seus direitos. O que se apresenta, neste caso, é o conflito entre o direito à vida privada e à saúde do transexual *versus* o direito à honra e à informação de terceiros, conforme alegado pelo Ministério Público, desde o Recurso de Apelação contra a sentença de 1.º grau. Entende-se, contudo, que seja

---

<sup>205</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n.º 70006828321*, julgada em 11 de dezembro de 2003. Desembargadora Catarina Rita Krieger Martins (relatora). Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 24 abr. 2007.

<sup>206</sup> *Extra petita* é a sentença que decide fora do pedido, ou seja, decide sobre algo que não foi requerido no pedido inicial.

<sup>207</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n.º 70006828321*, julgada em 11 de dezembro de 2003. Desembargadora Catarina Rita Krieger Martins (relatora). Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 24 abr. 2007.

um suposto conflito, pois, se não ocorreu nenhum fato, nenhum caso de prejuízo a terceiro que tenha se relacionado (seja de forma afetiva ou juridicamente) com o transexual, não há, portanto, que se falar ou regular um conflito, pois este, sequer, existe ainda (e também porque, conforme desenvolvido em momento anterior do trabalho, o conflito e a ponderação se operam em concreto).

O Ministério Público, irresignado com a decisão do Tribunal de Justiça gaúcho que manteve a sentença de 1.º grau, não publicizando a condição de transexual do indivíduo, ingressou então com Recurso Especial, junto ao Superior Tribunal de Justiça<sup>208</sup>, com base em precedente jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, onde houve a determinação de averbação no registro da condição de transexual que foi “submetido à cirurgia de modificação de sexo”<sup>209</sup>. O Tribunal, então, deu provimento ao recurso, reformando a sentença de 1.º grau, pois, se o registro deve preservar a verdade, não é possível que se esconda, através do próprio registro, que a retificação foi em decorrência de ato judicial, requerido pelo indivíduo, após intervenção cirúrgica de retificação de sexo. Conforme se verifica da ementa do julgado em análise:

Mudança de sexo. Averbação no registro civil.

1. O recorrido quis seguir o seu destino, e agente de sua vontade livre procurou alterar no seu registro civil a sua opção, cercada do necessário acompanhamento médico e de intervenção que lhe provocou a alteração da natureza gerada. Há uma modificação de fato que se não pode comparar com qualquer outra circunstância que não tenha a mesma origem. O reconhecimento se deu pela necessidade de ferimento do corpo, a tanto, como se sabe, equivale o ato cirúrgico, para que seu caminho ficasse adequado ao seu pensar e permitisse que seu rumo fosse aquele que seu ato voluntário revelou para o mundo no convívio social. Esconder a vontade de quem a manifestou livremente é que seria preconceito, discriminação, opróbrio, desonra, indignidade com aquele que escolheu o seu caminhar no trânsito fugaz da vida e na permanente luz do espírito.
2. Recurso especial conhecido e provido.

A partir desta perspectiva, as informações trazidas no capítulo introdutório deste trabalho passam a ter importância, ou seja, para ser possível a discussão deste caso concreto, as informações conceituais e diferenciais trazidas na parte

---

<sup>208</sup> Neste caso, também o recurso do Ministério Público fugiu da conotação de direito fundamental presente no caso.

<sup>209</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 678933/RS*, julgado em 22 de março de 2007. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito (relator). Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 24 maio 2007.

Não foi informado, no teor do acórdão acima referido qual foi o processo, julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que deu origem ao dissídio jurisprudencial.

inicial são necessárias para a compreensão. Isto porque, depois de verificado se se trata, realmente, de um caso de transexualidade, preenchidos os requisitos e realizada a cirurgia de adequação sexual, o transexual, ingressando na justiça, busca a alteração de prenome e sexo nos seus documentos, a fim de ajustar sua situação jurídica. Mas, para que esse objetivo seja completo, além das alterações documentais, as mesmas devem ser mantidas em sigilo, pois não há razão para que, depois de passar por cirurgia de redesignação, seja possibilitado que qualquer pessoa tenha acesso às informações no Registro Civil que indicam que a alteração se deve a cirurgia de adequação sexual e processo judicial. Ocorre, todavia, que o Ministério Público, no uso de suas atribuições legais, como fiscal da lei, irresigna-se contra qualquer decisão que mantenha sigilo quanto à retificação do registro civil.

E o caso em análise<sup>210</sup> é exatamente esse. Depois de a sentença original ter deferido a retificação e vedado a publicização da condição de transexual, o Ministério Público, na tentativa de evitar danos a terceiros de boa-fé, apelou da sentença, requerendo que fosse averbado,

à margem do registro, que a retificação do nome e do sexo do apelado é oriunda de decisão judicial, em virtude de transgenitalização realizada, assegurando a publicidade do registro sem impedir que alguém possa tirar certidões ou informações a respeito<sup>211</sup>.

Então, a pretensão do Ministério Público é prevenir que aconteçam danos a terceiros que mantenham relações jurídicas com o transexual, tais como uma relação contratual qualquer, como compra e venda ou empréstimo, por exemplo. O preço para tal “prevenção” será a publicização da condição de transexual do indivíduo, de forma que sua intimidade e sua vida privada ficarão expostas à sociedade, atingindo, com tal ato, a dignidade do indivíduo. Tal fato é de simples verificação: com a inscrição, no registro civil do transexual, de sua condição de operado, o indivíduo permanecerá sem solução para sua situação, pois qualquer pessoa poderá ter acesso ao seu registro e verificar que se trata de transexual

---

<sup>210</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 678933/RS*, julgado em 22 de março de 2007. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito (relator). Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 24 maio 2007.

<sup>211</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n.º 70006828321*, julgada em 11 de dezembro de 2003. Desembargadora Catarina Rita Krieger Martins (relatora). Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 24 abr. 2007.

operado. Assim, entende-se que há, neste caso, apenas um aparente<sup>212</sup> conflito de direitos fundamentais: o direito à privacidade e à saúde do transexual *versus* o direito a publicidade e à honra de terceiros.

Deveria ter ocorrido, no julgamento do Superior Tribunal de Justiça, uma análise das conseqüências que a decisão traria às partes, para verificar qual delas seria menos prejudicada, no caso concreto. Deveria ter ocorrido uma ponderação de bens, ou seja, o Tribunal deveria ter levado em conta que haveria um prejuízo muito maior para o transexual com a publicização, no registro de nascimento, de sua condição, do que a não inscrição dessa situação<sup>213</sup>. Isso porque, pela aplicação do princípio da proporcionalidade, pelo qual os meios para atingir os fins pretendidos devem ser na exata medida necessária, verifica-se que a decisão extrapolou tal medida, pois ainda que não houvesse qualquer informação no registro civil do indivíduo, este manteria o mesmo número do CPF, inexistindo qualquer possibilidade de insegurança jurídica ou possível prejuízo a terceiros. Na verdade, com a decisão do Superior Tribunal de Justiça, o que ocorreu foi a repetição dos inúmeros constrangimentos pelos quais o transexual já havia passado.

No caso, conforme já referido, tem-se que o conflito é apenas aparente, pois não há, ao menos ainda, um conflito entre direitos fundamentais. Só existirá conflito se o fato de não haver a inscrição no registro civil da condição de transexual prejudicar, em um caso concreto, qualquer outro indivíduo, seja porque está mantendo relacionamento afetivo com o transexual, seja porque mantinha com este, antes da cirurgia, relação jurídica (compra e venda, aluguel, ou qualquer outra), que venha a ter conseqüências depois da cirurgia. Merece, nesse caso, haver um sopesamento, através da aplicação do princípio da proporcionalidade e de seus elementos constitutivos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), objeto principal deste trabalho, o que, todavia, não ocorre e não se percebe nas decisões envolvendo a temática.

---

<sup>212</sup> O conflito, neste caso, é aparente, pois não existe um caso concreto, de ocorrência, de um efetivo dano a terceiro. O que existe é a mera possibilidade de existência de dano, que pode, ou não, configurar-se. Por isso é que se entende que, para que exista restrição a um direito fundamental do transexual, o dano deve estar, no mínimo, na iminência de ocorrer, para que justifique a limitação ao exercício de um direito, em benefício de outro, com fundamento na máxima da proporcionalidade, através da adequação dos meios para a consecução do fim almejado, ou seja, somente a iminência do dano a terceiro seria adequada para a restrição do direito à privacidade, por exemplo. De outra forma, não há justificativa para tanto.

<sup>213</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 91-92.

Assim, deve-se analisar se a inscrição da condição de transexual do indivíduo em seu registro é uma medida adequada, se é o meio mais correto para que se chegue ao fim almejado, ou seja, a proteção do direito de terceiros. Em seguida, é preciso que se verifique se essa medida é necessária para a conservação do direito fundamental do terceiro ou se existem outras medidas que, adotadas, possam levar ao mesmo fim, ou seja, se há a utilização do meio mais suave, dentre os vários possíveis, para a consecução da mesma finalidade. Por fim, é preciso que exista o sopesamento entre o resultado alcançado e o meio empregado, ou seja, verificar-se se o resultado obtido com a inscrição da condição transexual foi proporcional a tal medida, isto é, ver se realmente houve a proteção do direito de terceiros e se essa proteção foi proporcional à restrição dos direitos do transexual<sup>214</sup>.

Dessa forma, como ficaria o caso em que um terceiro possuísse uma relação de empréstimo com um transexual antes da operação, sendo que, após esta, aquele indivíduo retificou seus documentos? Caso o transexual deixe de pagar o empréstimo, como o terceiro poderá cobrar daquele com quem ele contratou, se esta pessoa deixou de existir e não há nenhuma averbação em seu registro de nascimento, como óbito, por exemplo. Esse, sim, seria um caso de conflito real e existente, que não ocorre no caso que está sendo analisado, pois não há notícia de qualquer relação jurídica com o transexual que pleiteou a retificação de seu prenome e sexo. É nesse sentido que Alexy se manifesta, de que, em princípio, não pode haver um conflito entre direitos fundamentais de forma abstrata, ou seja, a existência de circunstâncias do caso concreto é importante para a configuração do conflito e para a solução deste. Para o autor, a solução do conflito está em se levarem em conta os elementos que circundam o caso, para, a partir deles, estabelecer-se qual princípio preponderará sobre o outro. Assim é que, em um determinado caso, o princípio X preponderará ante o princípio Y, devido às circunstâncias daquele caso; em um outro caso, poderá, incidindo outras circunstâncias, ocorrer o inverso, ou seja, a preponderância do princípio Y sobre o X. Isto porque, para que se chegue à melhor solução da colisão dos princípios, deve-se decidir com base nas circunstâncias do caso. A determinação de relação de precedência condicionada consiste em que “tomando en cuenta el caso, se indican las *condiciones* bajo las

---

<sup>214</sup> Nesse sentido, ver: PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2003, p. 757 et. seq.

cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente”<sup>215</sup>.

Nesse sentido, entende-se que a decisão do Superior Tribunal de Justiça que está sendo analisada, não trouxe a melhor solução ao caso concreto, pois, conforme já afirmado e, inclusive, como salientado pelo relator do processo, junto ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, não é possível que os direitos do transexual sejam limitados por um suposto conflito com terceiros ou, conforme fundamentação do Superior Tribunal de Justiça, de que, como o indivíduo agiu por sua vontade, deverá arcar com as conseqüências, expõe uma noção um tanto voluntarista, individualista e privatista desse órgão julgador, o que se revela, em certa medida, contraditório com todos os fundamentos do Estado Democrático de Direito e sua principiologia aqui elencados. Os direitos fundamentais devem ser minimamente garantidos. Ocorre que, se a dignidade do transexual sofreu restrição para que não houvesse prejuízos a terceiros, sendo que não há comprovação da existência de relações jurídicas com outros cidadãos, ou mesmo demonstração de algum fato que possa prejudicar esses mesmos terceiros, o direito do transexual de viver de forma digna e ser respeitado pela sociedade não deveria ter sido restringido, por falta de fundamento ou fim que justificasse a medida restritiva (proporcionalidade). E, mais do que isso: com a utilização de argumentos “ralos”, baseados no “amor pela humanidade”, o Tribunal se furtou de analisar os direitos que se encontravam em jogo, aplicando ao caso concreto uma decisão sem consistência normativa, que, ao menos, fosse pautada em uma teoria dos direitos fundamentais, sem analisar as conseqüências dessa decisão para a sociedade, que é um pressuposto democrático vinculado à abertura, conforme mencionado.

O Tribunal apenas considerou que, como o indivíduo “quis seguir o seu destino, e agente de sua vontade livre procurou alterar no seu registro civil a sua opção” e que tendo tal decisão ocorrido por ato voluntário revelado para “o mundo no convívio social”, não se poderia “esconder no registro, sob pena de validarmos agressão à verdade que ele deve preservar, que a mudança decorreu de ato judicial, nascida da

---

<sup>215</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 92.

vontade do autor e que tornou necessário ato cirúrgico complexo”<sup>216</sup>. O que ocorreu, na verdade, foi uma supervalorização da vontade por parte do Tribunal, o que vem a reafirmar o que se apontou mais acima: a utilização de argumentos ralos (e desconectados dos fundamentos democráticos que informam a ordem jurídica brasileira), sem base jurídica concreta, sem o enfrentamento da realidade do caso concreto e dos direitos fundamentais que estavam em jogo. Dessa maneira, não foi sequer minimamente garantido o princípio da dignidade humana (e de seus conteúdos, tais como intimidade e vida privada) do transexual, visto que não é digno que uma pessoa que já passou por inúmeros sofrimentos – viver em permanente conflito, pertencendo biologicamente a um sexo e psicologicamente a outro; enfrentar um período longo de tratamento por equipe multidisciplinar, procedimento cirúrgico; humilhações perante a sociedade por ter aparência física de um sexo e documentos pertencentes a outro – seja compelida a seguir vivendo dessa forma humilhante (ou seja, na verdade ela nunca conseguirá, nem mesmo com a cirurgia, ser uma pessoa “normal”), já que qualquer pessoa poderá ter acesso a sua condição de transexual.

Neste sentido, até que ponto o transexual tem direito de não divulgar as informações da sua condição anterior? Até que ponto o registro pode gerar constrangimentos ao seu portador? Até que ponto terceiros possuem o direito de conhecer a condição de transexualidade do indivíduo pós-operado? Para que se possa solucionar um conflito, o que normalmente ocorre é a aplicação, como já sustentado, do princípio da proporcionalidade<sup>217</sup>, pelo qual é realizada uma ponderação entre os bens que estão em conflito, de forma a encontrar a melhor solução ao caso concreto, sendo que deverá existir uma adequação entre os direitos em conflito.

O que deve haver, na verdade, é a análise do caso concreto, para a verificação, a partir do sopesamento, dos direitos envolvidos, através da proporcionalidade, de qual dos direitos envolvidos sairá menos lesado naquela relação jurídica. Assim, no caso em análise, ou seja, nos casos de conflito entre os

---

<sup>216</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 678933/RS*, julgado em 22 de março de 2007. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito (relator). Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 24 maio 2007.

<sup>217</sup> FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 185; ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

direitos dos transexuais e os direitos dos terceiros com eles relacionados, entende-se que o direito à intimidade e à dignidade dos transexuais deve prevalecer aos direitos dos demais indivíduos, relacionados à publicidade e à honra, até mesmo porque não houve prejuízo de ninguém no caso concreto, pois, conforme já afirmado anteriormente, a exposição da condição de operado do transexual ser-lhe-ia bem mais prejudicial do que o desconhecimento de sua condição por parte dos terceiros envolvidos em qualquer relação jurídica. Aqui, mais uma vez, deve ser destacada a análise dos elementos do princípio da proporcionalidade, ou seja, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Nesse sentido, com relação à adequação, e a utilidade da medida adotada, deve ser verificado se a inscrição da condição de transexual será adequada para proteger o direito de terceiro. A resposta para isso é: pode ser que sim, pois ele poderá ter acesso aos documentos do indivíduo e verificar que trata de uma pessoa que era de um sexo e passou a ser de outro. Já no que se refere à necessidade, ou seja, se a medida adotada é indispensável, se não há outra forma de preservar o direito de terceiros, é preciso que se diga que o meio utilizado (inscrição à margem do registro da condição de transexual) foi exagerado. Isso porque, se o indivíduo retificar seus documentos, sem que haja qualquer observação em seu registro, ainda assim qualquer terceiro que mantenha relação jurídica com o transexual não será prejudicado, pelo simples fato de que o que muda é o nome, e não o número do documento. Este é único. Funciona como em todos os casos de elaboração de segunda via de documentos: modifica-se o nome, o sexo ou o estado civil, mas o número do documento permanece o mesmo. Dessa forma, o segundo elemento da proporcionalidade, a necessidade, mostra-se excessiva, pois há outro meio menos gravoso do que a inscrição no registro civil – o número do CPF permanece inalterado. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito, girará em torno da análise da ponderação entre o fim alcançado e a medida utilizada, até o ponto de se verificar que o meio usado, no caso concreto, foi excessivo diante do fim a ser alcançado, pois existia outro meio menos gravoso, ao transexual, que atingiria o mesmo fim. Aliás, mais do que isso: não havia conflito para ser regulado, o que não justificaria a decisão tomada, no sentido de expor o transexual a situações constrangedoras, em benefício à proteção de supostos conflitos com direitos de terceiros.

Além disso, o fato de a decisão não ter analisado as questões constitucionais postas em jogo, ou seja, as conseqüências que a requisição do Ministério Público traria à vida do transexual, com o ferimento de seus direitos fundamentais, o Superior Tribunal de Justiça, utilizando-se de argumentos de fundo sentimental, religiosos e amorosos, não analisou a questão de forma constitucional e jurídica, como deveria ter ocorrido. A questão de não haver previsão normativa<sup>218</sup> com relação à retificação de nome e sexo em decorrência de cirurgia de redesignação sexual, nem dos procedimentos que devem ser adotados nesses casos, não foram discutidos. O Tribunal baseou-se apenas na vontade do transexual. Esperava-se da decisão muito mais do que ela apresentou.

No exercício da jurisdição, cabe aos juízes fundamentar suas decisões para que essas tenham legitimidade. É o que dispõe o inciso IX, do artigo 93 da Constituição Federal<sup>219</sup>, prevendo, também, que, caso não exista fundamentação da decisão, esta será nula. Dessa maneira, a fundamentação serve para que os destinatários da decisão possam compreender o raciocínio que o juiz efetuou para chegar àquela conclusão e, por fim, àquela sentença. Ocorre que, no caso do Recurso Especial em análise, não houve fundamentação, ou, no mínimo, a fundamentação utilizou-se de poucos argumentos, os quais não são, efetivamente, jurídicos, nem mesmo vinculados aos direitos fundamentais, de forma que não foi

---

<sup>218</sup> Existem projetos de lei, objetivando a inserção de parágrafo no artigo 58 da Lei dos Registros Públicos (lei n.º 6.015/1973), para disciplinar a retificação nos casos de transexualidade. O projeto de lei 70-B, de 1995, de autoria de José Coimbra, prevê a alteração do artigo 58 da Lei dos Registros Públicos. "Com a nova redação, o art. 58 passará a ter três parágrafos, sendo que o primeiro é uma reprodução do primitivo parágrafo único, com pequenas alterações, apenas de redação, que em nada comprometem o seu conteúdo, o qual permanece idêntico à disposição inicial. Os outros dois parágrafos são inovadores. O parágrafo segundo, por prever nova hipótese de mudança de prenome relacionada à cirurgia modificadora do sexo originário, faz com que, para tanto, a autorização judicial seja necessária, como já o é, na hipótese de mudança prevista no parágrafo antecedente. Por sua vez, o parágrafo terceiro, o qual se refere ao parágrafo anterior, dispõe sobre a averbação de ser pessoa transexual no registro de nascimento e documento de identidade". PERES, Ana Paula Barion. *Transexualismo. O direito a uma nova identidade sexual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 178-189, passim. Maiores informações sobre o projeto de lei 70-B, ver: CÂMARA DOS DEPUTADOS. Desenvolvido pelo Centro de informática da Câmara dos Deputados. Apresenta informações gerais sobre o órgão. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/internet/proposicoes>. Acesso em: 25 maio 2007.

<sup>219</sup> Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 14 jan. 2008.

possível se depreender o raciocínio utilizado pelo relator para chegar à sentença, conforme se verifica abaixo:

Julgamentos dessa natureza precisam ser postos sempre debaixo do amor pela humanidade, naquele sentido agostiniano da natureza criada, ou, na civilização moderna, na avalanche dos questionamentos entre os que crêem e os que não crêem, debaixo do critério da igualdade de direitos e da fecunda compaixão que deve unir todos os homens na realização plena de sua natureza pessoal e social.

[...]

Não se pode esconder no registro, sob pena de validarmos agressão à verdade que ele deve preservar, que a mudança decorreu de ato judicial, nascida da vontade do autor e que tornou necessário ato cirúrgico complexo. Trata-se de registro imperativo e com essa qualidade é que se não pode impedir que a modificação da natureza sexual fique assentada para o reconhecimento do direito do autor<sup>220</sup>.

Pelo que se vê nos argumentos utilizados, não há como se concluir, a partir da fundamentação dessa decisão, o raciocínio jurídico adequado do juiz, como deveria ocorrer. Não houve a análise aprofundada da questão, das suas conseqüências e dos elementos que estão relacionados a ela. Além disso, a fundamentação é elemento integrante do Estado Democrático de Direito, de forma que toda decisão tomada pelos órgãos judiciais deve ser fundada nos casos concretos e em argumentos racionais e consistentes, para, além de proporcionar aos cidadãos a compreensão do raciocínio do juiz, legitimar a própria decisão<sup>221</sup>:

En el modelo, hoy constitucional, se trata de que el deber de motivar preactúe – y buena parte de su eficacia radica en que lo haga de manera efectiva sobre el curso de la actividad propiamente decisoria, circunscribiéndolo dentro de un marco de racionalidad. Pero es claro que, en la elaboración de la sentencia, el momento de la justificación sigue y se abre, metodológicamente, una vez que la decisión ha sido adoptada. Por eso, lo que puede y debe hacer el juez no es describir o casi mejor *transcribir* el propio proceso decisonal, sino justificar con rigor y honestidad intelectual la corrección de la decisión adoptada<sup>222</sup>.

<sup>220</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 678933/RS*, julgado em 22 de março de 2007. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito (relator). Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 24 maio 2007.

<sup>221</sup> OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In: \_\_\_\_\_ (Coord). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 49.

<sup>222</sup> ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. La argumentación probatoria y su expresión en la sentencia. In: ANDRÉS IBÁÑEZ, P.; ALEX, R. *Jueces y ponderación argumentativa*. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 36.

Pelo que se procura demonstrar, as decisões devem ser racionalmente<sup>223</sup> fundamentadas para que a sentença possa ser legítima e válida. Além disso, com a participação dos intérpretes da Constituição, na visão häberleana do termo<sup>224</sup>, haveria, com a interpretação da questão que se põe, um Direito democraticamente produzido, que atuaria como uma forma de efetuar a integração social e a legitimação da decisão<sup>225</sup>. Além da falta de adequada argumentação racional do juiz, no caso em análise, falta também fundamentação normativa à decisão. Conforme já afirmado, não há nenhuma previsão legal sobre casos de transexualidade. Todavia, quando casos dessa natureza são postos à apreciação do Judiciário, os juízes podem (e devem) se valer de princípios constitucionais e de direitos fundamentais para solucionar a questão, até porque ninguém pode ser impedido de buscar a apreciação do Poder Judiciário de qualquer lesão ou ameaça a direito<sup>226</sup>.

Mais uma vez, resta demonstrado, portanto, que a decisão do Superior Tribunal de Justiça carece, em certa medida, de legitimidade, pelo fato de que quase não há fundamentação racional, nem mesmo normativa para tal sentença. O Tribunal necessitava ter utilizado uma argumentação no sentido de demonstrar que realmente a decisão era adequada ao caso concreto que estava sendo julgado. Utilizando-se de argumentos de fundo espiritual, como, por exemplo, que julgamentos “dessa natureza precisam ser postos sempre debaixo do amor pela humanidade” e que é a “fecunda compaixão que deve unir todos os homens na realização plena de sua natureza pessoal e social”, a decisão carece, conforme já dito, de legitimidade, pois não há argumentação no sentido de adequar os fatos a normas ou a princípios, pois a solução correta deve decorrer “do desenvolvimento de um senso de adequabilidade normativa, de uma interpretação racional e

---

<sup>223</sup> Essa racionalidade se dá pela utilização de argumentos juridicamente embasados, de acordo, também, com os pressupostos fáticos do caso concreto. Todavia, isso não ocorreu no caso que se analisa, pois os argumentos são de outra ordem, principalmente de fundo sentimental, não tendo, em momento algum da decisão, análise dos fatos a partir de bases jurídicas.

<sup>224</sup> Para Häberle todo aquele cidadão que faça a Constituição atuar, comunicando-se através e com a Constituição pode ser considerado seu intérprete. Funciona como uma atividade pré-interpretativa que é difusa na sociedade. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

<sup>225</sup> OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação*. In: \_\_\_\_\_ (Coord). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 59-60.

<sup>226</sup> Cf. artigo 5.º, XXXIV e XXXV, da Constituição Federal. BRASIL. *Constituição (1988)*. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 14 jan. 2008.

argumentativamente fundada em cada situação”<sup>227</sup>. De tudo que se buscou demonstrar, entende-se que a decisão adotada não foi a mais correta para o caso concreto – ou, se foi, deveria ter sido construída a partir de bases jurídicas e de efetiva análise através de teoria dos direitos fundamentais –, pois a inscrição da condição de transexual à margem do registro civil do indivíduo somente lhe trará mais situações de humilhação e de constrangimento, pois a sua condição será publicizada a toda a sociedade.

Por fim, do que se buscou demonstrar neste capítulo sobre a questão da proporcionalidade e sua aplicação na solução de conflito entre direitos fundamentais, tendo-se, também, como base a jurisprudência apresentada, tem-se que, ainda que os Tribunais considerem a existência de conflitos (ou de aparentes conflitos) entre direitos fundamentais de transexuais e de terceiros, na solução de tais problemas, não há a efetiva aplicação do princípio da proporcionalidade. Dessa forma, há que se considerar que existe a necessidade de uma análise jurídica das questões postas aos Tribunais, quando se tratam de casos de transexualidade e de pedidos de retificação de prenome e sexo no Registro Civil. É necessário, então, que, no momento de se decidirem tais questões, estabeleçam-se ponderações entre os direitos em choque, considerando-se as circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas para, então, se chegar à solução mais adequada ao caso, através da aplicação do princípio da proporcionalidade, conforme os argumentos utilizados neste trabalho.

---

<sup>227</sup> OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In: \_\_\_\_\_ (Coord). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 65.

## CONCLUSÃO

Conforme já se afirmou, o presente trabalho não possui intuito de exaurir o tema a que se propôs trabalhar, nem mesmo poderia ter, dados os inúmeros aspectos envolvidos e a grandeza do tema que se abordou. Sabe-se, portanto, que pode ter havido questões que ficaram sem uma discussão mais profunda. Todavia, o que se pretendeu foi verificar se, efetivamente, o princípio da proporcionalidade está (e, principalmente, como está) sendo aplicado na solução de conflitos entre direitos fundamentais e, em especial, em casos de conflito entre os direitos de transexuais e de terceiros. Diante desse quadro, deve-se reafirmar a importância do princípio da proporcionalidade na solução desses conflitos, de forma a garantir, na melhor e na maior medida possível, os direitos fundamentais em choque. Essa forma de solução dos conflitos utiliza-se da ponderação para harmonizar os direitos que se encontram em choque, de maneira que nenhum deles deixe de ser protegido, já que a restrição que é imposta, na aplicação da proporcionalidade, a um direito, deve se dar na medida em que há a garantia do direito oposto.

Dessa maneira, para que se pudesse tratar da questão dos conflitos entre direitos fundamentais entre transexuais e terceiros em razão da retificação de prenome e sexo no Registro Civil dos primeiros, era necessário que se apresentasse a questão da transexualidade e se abordassem os elementos conceituais pertinentes, de forma que fosse possível a construção dos elementos necessários à adequada compreensão da temática a ser discutida. Assim, a transexualidade é uma desordem na identidade de gênero que conduz o indivíduo a possuir a convicção inabalável de pertencer ao sexo oposto ao seu sexo biológico. Para que o indivíduo portador dessa desordem possa ser tratado, conforme se demonstrou, é necessária a intervenção cirúrgica que efetue a adequação do sexo biológico ao psicológico do transexual, já que a adequação do sexo psicológico ao biológico não possui resultados favoráveis, em razão, muitas vezes, de que o próprio indivíduo se nega a esse tipo de tratamento. Dessa forma, outra solução não há, a não ser a intervenção cirúrgica, conforme demonstrado.

A partir dessas intervenções, o transexual busca judicialmente realizar a alteração de prenome e de sexo no Registro Civil, já que nenhum indivíduo iria submeter-se a um tratamento cirúrgico de adequação de sexo biológico para seguir

portando documentos que não condizem com a realidade fática. Assim, o indivíduo almeja a alteração em seus documentos, de forma que nos mesmos passem a constar o prenome e o sexo ao qual pertence realmente, ou seja, ajustado ao seu sexo psicológico (e, depois da cirurgia, também físico). Ocorre que essas alterações também trazem conseqüências jurídicas, tais como a possibilidade de casamento do transexual e, especialmente, a possibilidade de danos a terceiros, aspecto que constitui o objeto de análise deste trabalho. Assim, analisou-se a questão dos conflitos entre os direitos dos transexuais e de terceiros quando operada a retificação documental do indivíduo portador de disforia de gênero.

Dessa maneira, pelo que se depreende do que foi tratado neste trabalho, o transexual tem sua proteção garantida constitucionalmente, assim como todos os demais indivíduos. A proteção do transexual inicia-se pela questão da dignidade da pessoa humana, valor fundamental da ordem jurídica brasileira, passando pelos direitos fundamentais que dela decorrem, tais como direito à intimidade, à vida privada, à saúde, à honra, dentre outros. Por outro lado e, de igual forma, os demais cidadãos também possuem proteção de seus direitos fundamentais, como por exemplo, direito à publicidade.

Na verdade, essa proteção da transexualidade decorre da própria noção protetiva das minorias que o constitucionalismo democrático possui, sendo que essa proteção deriva do Estado Democrático de Direito, que tem na dignidade da pessoa humana um de seus fundamentos. A dignidade humana, a partir do modelo democrático de Estado, passa a ser um instrumento de criação e de interpretação normativa, bem como forma de limite do poder estatal e, ainda, fonte dos direitos fundamentais. Dessa forma, passa a ser o centro do sistema jurídico e de proteção dos direitos fundamentais. Todavia, a dignidade humana, a partir de sua positivação pela Constituição Federal de 1988, constitui não só um fundamento do Estado e dos direitos fundamentais, mas, mais do que isso, um valor fundamental, já que a eficácia jurídica que lhe foi concedida lhe dá *status* de norma fundamental. Ademais, essa previsão constitucional da dignidade diz respeito ao direito a reconhecimento, respeito e proteção da dignidade, ao direito a uma existência digna, independentemente da condição de que se desfrute.

Dessa maneira, partindo-se do pressuposto de que no Estado Democrático de Direito vige, além da noção de dignidade humana, uma noção de igualdade material, entende-se que essa proteção da dignidade e dos direitos fundamentais em geral, se estende, de igual forma, aos transexuais. Daí dizer-se que os transexuais são sujeitos de dignidade. Todavia, conforme se verificou, a sociedade atual é pluralista, ou seja, convivem, em uma mesma sociedade, uma multiplicidade de valores culturais, morais, religiosos, sociais, enfim, cada indivíduo realiza seu projeto de vida como melhor lhe parecer, desde que seus atos não sejam contrários ao direito e ofensivos à sociedade, claro. Assim, dada essa multiplicidade de valores, as diferenças acabam por ser estimuladas e potencializadas, o que, por vezes, acaba por gerar conflitos, conflitos estes que se refletem, também, na esfera jurídica

Diante disso, nos casos em que há conflitos, mister é verificar-se qual a melhor solução ao caso concreto, ou seja, qual dos direitos irá preponderar, presentes certas circunstâncias. Partindo-se dessa perspectiva, é necessário que exista uma harmonização entre os direitos em conflito, já que a realização de um direito não deve significar o total sacrifício do direito contrário, ou seja, não pode comprometê-lo. O que deve haver, na verdade, é a análise do caso concreto, para verificação, a partir do sopesamento dos direitos envolvidos, através da proporcionalidade, de qual deles irá prevalecer naquela relação jurídica. Assim, nos casos em análise, ou seja, nos casos de conflitos entre os direitos de transexuais que realizaram a retificação de prenome e de sexo em seu registro de nascimento e de terceiros que com eles possuem relação jurídica, entende-se que o direito à intimidade e à dignidade dos transexuais deve prevalecer sobre os direitos dos demais indivíduos, pois a exposição da condição de operado do transexual ser-lhe-ia bem mais prejudicial se comparada ao desconhecimento de sua condição, por parte dos terceiros envolvidos em qualquer relação jurídica, já que os números dos documentos do indivíduo permaneceriam inalterados.

Dessa maneira, considerando-se que a dignidade é o eixo do ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se que, em casos de conflito, em que seja necessária a restrição de algum direito fundamental, inclusive da própria dignidade, a aplicação do princípio da proporcionalidade e de seus subprincípios – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – é a forma mais adequada de se solucionarem tais casos, já que, para tanto, são analisados os elementos fáticos

e jurídicos presentes no caso, assim como as demais circunstâncias presentes. Ademais, essa forma de solução de conflitos entre direitos fundamentais, através da aplicação do princípio da proporcionalidade, tendo como base a teoria de Robert Alexy, é utilizada e reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal quando surgem colisões entre esses direitos. Então, se a proporcionalidade é uma forma adequada de se solucionarem os casos de conflitos de direitos fundamentais, não há razão para que também seja aplicada nos casos de transexualidade.

No Estado Democrático de Direito, a jurisdição constitucional possui papel importante, pois analisa as demandas relativas à Constituição Federal, a partir de uma perspectiva democrática, onde a realização dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais, especialmente da dignidade da pessoa humana, deve ser ampla. Nesse sentido é que a jurisdição constitucional torna-se de grande relevância, pois tem como principal fundamento a concretização dos direitos fundamentais, assim como o dever de guardar a Constituição, atuando de forma que todos os atos e normas estejam de acordo com os ditames da Carta Constitucional. Esta função é, em princípio, do Supremo Tribunal Federal, o que não significa que os demais Tribunais também não tenham o dever de atuar na proteção dos direitos fundamentais e na interpretação constitucional (até mesmo porque o Brasil reconhece o controle difuso de constitucionalidade e a Constituição vincula todos os poderes e instâncias), aspecto que se funda na perspectiva aberta de suas normas e na própria noção de Estado Democrático de Direito.

Todavia, o que se verifica é que a jurisdição brasileira – apesar de seus aspectos retóricos – não tem se utilizado, de forma efetiva, do princípio da proporcionalidade como forma de solucionar conflitos entre direitos fundamentais em casos de transexualidade. Na verdade, as decisões dos Tribunais têm sido no sentido de solucionar os casos não a partir dos elementos jurídicos, constitucionais (com fundamento nos direitos fundamentais), mas sim a partir dos meros elementos fáticos. A partir dos argumentos utilizados neste trabalho e verificados nas discussões acerca das decisões dos Tribunais, deve-se destacar que, em sua maioria, não houve, sequer, a discussão dos aspectos jurídicos relativos aos direitos fundamentais que se encontram presentes nos casos concretos.

Significa dizer que os Tribunais, no Brasil, com relação aos casos de transexualidade, parecem mais preocupados com hipóteses do que com a discussão jurídica propriamente dita dos casos que lhe são apresentados, já que, em algumas situações, referem que poderá existir o conflito entre o direito do transexual e de terceiros, optando, assim, por restringir o direito do transexual, sem, contudo, analisar as circunstâncias que circundam o caso. Isto porque, quando a hipótese de possível prejuízo de terceiros é considerada, com relação à retificação de prenome e sexo dos transexuais no Registro Civil, as decisões direcionam-se em ambos os sentidos, sem posicionamento firmado, mas não adentram na discussão do conflito de interesses, através da análise dos direitos fundamentais envolvidos ou da aplicação do princípio da proporcionalidade como forma de solução. Na verdade, apenas consideram que a retificação deve ser procedida (ou não), com base em fatos e não em aspectos legais. Até mesmo o Supremo Tribunal Federal, que tem como uma de suas funções a de garantir os direitos fundamentais, ao analisar estes casos, sequer considera os direitos fundamentais que se fazem presentes. Decide, meramente, com base em elementos fáticos, como por exemplo, o de que o transexual deve arcar com as conseqüências de seus atos, ou em fundamento sentimental, ou de que os julgamentos devem ser postos debaixo do amor pela humanidade.

Com relação às decisões que determinam a inclusão do termo “transexual” à margem do Registro ou averbações que indiquem que a alteração procedida foi por decisão judicial, ao invés de solucionarem a questão proposta pelos transexuais, criam ainda mais problemas ao indivíduo, já que o mesmo seguirá vivendo de forma indigna, pois todos saberão de sua condição: bastará passar os olhos em sua certidão de nascimento. Assim, se o que o transexual buscava, com seu pedido judicial de alteração de prenome e sexo, era poder viver de forma normal na sociedade, ou seja, viver como um cidadão comum, que não passa por constantes humilhações por aparentar ser fisicamente de um sexo e possuir documentos que o identifiquem como pertencente ao sexo oposto, ou seja, unicamente poder exercer seu direito a igualdade e viver da mesma forma que todos os demais, mas as decisões, nesse sentido, acabam por publicizar ainda mais sua situação, lesando, portanto, os seus direitos fundamentais, ou seja, o que se tentou demonstrar no trabalho: que os transexuais são sujeitos de dignidade.

Acredita-se que as decisões dos Tribunais, em geral, com relação à transexualidade, não têm sido, sob a perspectiva que fundamenta o constitucionalismo democrático, as mais acertadas: não tanto pelas decisões tomadas, mas, principalmente, pelo “como” elas são tomadas, como se chegou até elas, ou seja, com argumentos fracos, sem uma suficiente – e adequada – sustentação jurídica, o que é inadmissível e inaceitável para um Tribunal como o Supremo Tribunal Federal, exatamente em face de sua função de guardião da Constituição, conforme já foi ressaltado. Mais do que isso, essas decisões ferem direito constitucionalmente protegido, especialmente a dignidade da pessoa humana, como se tentou demonstrar no presente trabalho. Dessa maneira, as sentenças determinando a averbação do motivo da alteração de prenome e de sexo não se afiguram proporcionais aos direitos que estão em jogo, nem conforme seus elementos, já que, no geral, se baseiam apenas em um suposto conflito entre o direito do transexual de manter sua condição em sua intimidade, sem ser exposta a toda a sociedade, frente o direito de terceiro de ter publicizada essa condição, a fim de não ter seus direitos, patrimoniais até, prejudicados pela falta de informação de tal condição.

Assim, entende-se que, com a falta de argumentos legais e objetivos, as decisões analisadas acabam por carecer, em certa medida, de legitimidade, por todos os fatos que foram expostos. E, além disso, se cabe à jurisdição primar pela garantia e concretização dos direitos fundamentais, os Tribunais têm agido exatamente na via contrária, ferindo direitos fundamentais do transexual no momento em que restringem direitos deste em benefício de direito de terceiros que, sequer, se sabe se existem. Na verdade, entende-se que, mais do que por ferir direitos fundamentais, as decisões não foram adequadas por não terem se utilizado, de forma determinante e consistente, de argumentos racionais e de elementos normativos, pois, usando de argumentos espirituais e fundamentando na vontade do indivíduo, por exemplo, essas decisões acabam se revestindo de um cunho mais moral (a moral do julgador, no caso) do que legal.

Dessa maneira, ainda que a dignidade da pessoa humana seja o eixo central do ordenamento jurídico e que todos os direitos fundamentais – e também a dignidade – possuam um núcleo fundamental e impenetrável, muitas vezes, nas decisões dos Tribunais, esta noção de dignidade acaba sendo abandonada, não

considerada e, por vezes, sequer, discutida. Assim, mesmo que sejam relativos os direitos fundamentais, admitindo restrições, ou seja, não existindo direitos absolutos, deve haver um mínimo de preservação desses direitos quando for necessária a sua restrição, o que, todavia, não tem sido observado nas decisões dos Tribunais. Os conflitos entre direitos fundamentais deveriam ser solucionados, conforme se viu, na maioria das vezes, através da aplicação do princípio da proporcionalidade e de suas máximas, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Tal fato é consubstanciado na necessidade de preservação do núcleo fundamental dos direitos. De tal modo, havendo necessidade de restrição para solução do caso concreto, com a aplicação deste princípio, após o sopesamento dos direitos em choque, verifica-se o quanto precisa – somente o necessário – ser limitado um dos direitos, para que seja preservado o exercício do outro. E esta limitação, baseando-se na teoria de Robert Alexy, deve se dar na medida da concretização do outro direito, nem a mais, nem a menos.

A partir daí, é possível aplicar-se essa forma de solução também aos casos de conflitos entre direitos fundamentais de transexuais e de terceiros, já que se trata, igualmente, de conflito entre direitos fundamentais. Todavia, o que se verifica é que essa forma de solução não tem sido aplicada nas decisões dos casos de transexualidade, mesmo sendo aplicada na solução de outros conflitos entre direitos fundamentais. Na verdade, o que deveria ocorrer, nos casos de transexualidade, é a aplicação do princípio da proporcionalidade para se verificar qual dos direitos em conflito preponderaria, em relação ao outro, no caso concreto. Contudo, como ele não tem sido efetivamente aplicado, o que se tem é a solução dos casos sem se considerarem, devidamente, os elementos jurídicos e constitucionais envolvidos, decidindo-se pela simples preponderância de um ou de outro direito, dependendo do caso. Contudo, entende-se que deveria haver, no mínimo, uma análise dos elementos jurídicos e uma discussão acerca dos direitos fundamentais em choque, já que as decisões, não considerando tais elementos, acabam por prejudicar e ferir, por vezes, os direitos fundamentais e a própria noção de dignidade humana dos transexuais. Assim, não existe um consenso (não se esperaria que existisse, pois, do contrário, estar-se-ia contradizendo a própria noção da ponderação de que, em outra circunstância, o resultado poderia ser outro) sobre qual dos direitos prepondera, se o do transexual ou o do terceiro. Os julgadores optam por um ou por outro apenas, sem fundamentação jurídica para tanto, conforme já afirmado.

Entende-se, no entanto, equivocado esse posicionamento, pois deveriam ser analisados os direitos fundamentais, os elementos fáticos e jurídicos, as circunstâncias presentes no caso, aplicar-se o princípio da proporcionalidade, para, então, verificar-se qual dos direitos preponderará. Em princípio, o que parece é que o direito do transexual de não ter sua intimidade exposta e sua dignidade ferida preponderaria sobre o direito dos terceiros de terem seus direitos patrimoniais, por exemplo, protegidos, já que, conforme afirmado, o número dos documentos permanece inalterado e, portanto, o terceiro poderia exigir o cumprimento da obrigação de igual forma, com base no número do CPF, por exemplo. Contudo, deve-se atentar que tal decisão é *a priori*, necessitando de análise do caso concreto, pois podem estar presentes outros elementos que modifiquem esse posicionamento.

É de se exigir do Poder Judiciário, no exercício da jurisdição, que tenha responsabilidade na sua atuação, ou seja, que aja de forma racional, que argumente e fundamente de forma adequada as suas decisões, que as baseie não somente em elementos fáticos, mas sim em aspectos legais (de cunho notadamente constitucional), com fundamento jurídico. Não se exige nada mais do que o comprometimento dos juízes com as normas legais, previstas na Constituição Federal. O que se vê é um fechamento institucional, já que as decisões são tomadas apenas pelos julgadores, sem a participação da sociedade democrática, ou abertura do caso concreto à realidade social. Os Tribunais devem, no mínimo, utilizar argumentos jurídicos para fundamentar as decisões tomadas, pois não é possível compreender que o Direito, que é fato social, é realidade, feche os olhos para a realidade enfrentada pela sociedade e use de poucos argumentos para solucionar os casos que necessitam ser decididos pelo Judiciário. Deve-se buscar a oxigenação do sistema jurídico, adequando-o aos tempos modernos, utilizando-se de normas que apresentem solução aos anseios atuais da sociedade, normas estas que se encontram previstas na própria Constituição, basta que sejam interpretadas de forma adequada à realidade vivida, evitando-se, dessa maneira, que situações constrangedoras, como a dos transexuais, estejam presentes na vida da comunidade, o que contribuiria, então, para a paz social.

Dessa maneira, diante das razões e das discussões apresentadas no presente trabalho, entende-se que, com base na teoria de Robert Alexy, a jurisdição

constitucional brasileira deveria aplicar o princípio da proporcionalidade como forma de solução dos conflitos entre direitos fundamentais de transexuais e de terceiros, assim como aplica em outros casos de choque entre direitos fundamentais. Isso porque, conforme já afirmado, a aplicação do princípio da proporcionalidade é forma capaz de preservar o cerne do direito fundamental que deve ser restringido para solucionar o conflito, já que tal restrição é na medida da preservação do direito oposto. Assim, espera-se que o presente trabalho sirva para incentivar o judiciário no sentido de também utilizar a aplicação do princípio da proporcionalidade como forma de solucionar os casos de transexualidade, de modo a minorar os prejuízos e preconceitos sofridos por esses indivíduos ao portarem documentos de um sexo e aparência física de outro. Dessa maneira, independentemente se o direito que deva prevalecer seja o do transexual ou o de terceiro, é necessária a aplicação do princípio da proporcionalidade, através de seus elementos, para que a decisão seja a mais adequada, razoável e proporcional possível.

## REFERÊNCIAS

- AIETA, Vânia Siciliano. Democracia. In: BARRETTO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: UNISINOS; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, n. 1, v. 3. p. 572-581, jan. 2005.
- \_\_\_\_\_. Constitutional rights, balancing, and rationality. *Ratio Juris*, Oxford, n. 2, v. 16, p. 131-140, jun. 2003.
- \_\_\_\_\_. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Fundación Beneficentia et Peritia Iuris, 2004.
- \_\_\_\_\_. On balancing and subsumption. A structural comparison. *Ratio Juris*, Oxford, n. 4, v. 16, p. 433-449, dez. 2003
- \_\_\_\_\_. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.
- ALVES, Eliana Calmon. *O princípio da proporcionalidade aplicado às resoluções dos conflitos com a administração pública*. Disponível em: [http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/376/1/O\\_Princ%C3%ADpio\\_da\\_Proporcionalidade\\_Aplicada.pdf](http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/376/1/O_Princ%C3%ADpio_da_Proporcionalidade_Aplicada.pdf). Acesso em: 3 jun. 2006.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. La argumentación probatoria y su expresión en la sentencia. In: ANDRÉS IBÁÑEZ, P.; ALEXY, R. *Jueces y ponderación argumentativa*. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.
- ARAN, Márcia. A transexualidade e a gramática normativa do sistema sexo-gênero. *Ágora: Estudos em Teoria Psicanalítica*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br>. Acesso em: 10 jul. 2007
- ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- ATHAYDE, Amanda V. Luna de. Transexualismo masculino. *Arquivos Brasileiros de Endocrinologia & Metabologia*. São Paulo, v. 45, n. 4, 2001. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0004-27302001000400014](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0004-27302001000400014). Acesso em: 10 jul. 2007.
- ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, v. I, n.º 4, jul. 2001. Disponível em: [www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br). Acesso em: 12 ago. 2005.
- \_\_\_\_\_. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. União entre pessoas do mesmo sexo. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre, n. 15. p. 68-86, nov./dez. 2006.

BAJO, María José Cabezudo. La restricción de los derechos fundamentales. *Revista de Derecho Político*. Madrid, n.º 62, p. 187-227, 2005.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROS, W. P.; BARROS, W. G. Z. *A proporcionalidade como princípio de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição. In: BARRETTO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: UNISINOS; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: \_\_\_\_\_. (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2004.

BENJAMIN, Harry. *The Transsexual Phenomenon*. Disponível em: <http://www.symposion.com/ijt/benjamin/preface.htm>. Acesso em: 25 jun. 2007.

BENTO, Berenice. *A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual*. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

BERMANN, George A. The principle of proportionality. *Am. J. Comp. L. Sup.*, p. 415-432, 1977-1978. Disponível em: [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org). Acesso em: 19 nov. 2007.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. Legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BLAAUW-WOLF, Loammi. The “balancing of interests” with reference to the principle of proportionality and the doctrine of *Güterabwägung* – a comparative analysis. *SA Publiekreg*, [s.l.], n. 1, v. 14, p. 178-214, 1999.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. *Estado, governo, sociedade*. Por uma teoria geral da política. 8. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BOROWSKI, Martin. La restricción de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, n.º 59, p. 29-56, maio-ago. 2000.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, p. G. G. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em: 14 jan. 2008.

\_\_\_\_\_. Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brasil*. Rio de Janeiro, RJ: Secretaria de Estado dos Negócios do Império do Brasil, 1824. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm). Acesso em: 13 out. 2006;

\_\_\_\_\_. Constituição (1891). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, RJ: Congresso Nacional Constituinte, 1891. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm). Acesso em: 13 out 2006.

\_\_\_\_\_. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, RJ: Assembléia Nacional Constituinte, 1934. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm). Acesso em: 13 out 2006.

\_\_\_\_\_. Constituição (1937). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, 1937. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm). Acesso em: 13 out 2006.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 14 jan. 2008.

\_\_\_\_\_. *Lei 4.374, de 17 de agosto de 1964*. Dispõe sobre o serviço militar. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L4375.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4375.htm). Acesso em: 14 jan. 2008.

\_\_\_\_\_. *Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973*. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6015.htm). Acesso em: 14 jan. 2008.

\_\_\_\_\_. Nona Vara de Família do Rio de Janeiro. *Sentença Cível n.º 2001.001.051229-0*, julgada em 04 de março de 2003. Juíza Leise Rodrigues de Lima Espírito Santo (proladora). Disponível em: [www.tj.rj.gov.br](http://www.tj.rj.gov.br). Acesso em 06 set. 2006.

\_\_\_\_\_. Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 1.652, de 06 de novembro de 2002. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução do CFM n.º 1.482. Brasília, DF, 6 nov. 2002. Disponível em: <

[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1652\\_2002.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1652_2002.htm)>. Acesso em: 15 maio 2007.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 678933/RS*, julgado em 22 de março de 2007. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito (relator). Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 24 maio 2007.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Sentença Estrangeira n.º 002149*, julgada em 04 de dezembro de 2006. Ministro Barros Monteiro (relator). Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 25 abr. 2007.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Sentença Estrangeira n.º 001058*, julgada em 01 de agosto de 2006. Ministro Barros Monteiro (relator). Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 25 abr. 2007.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento n.º 171769/RJ*, julgado em 21 de fevereiro de 1997. Ministro Sydney Sanches (relator). Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 01 nov. 2007.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento n.º 82.517-7*, julgado em 28 de abril de 1981. Ministro Cordeiro Guerra (relator). Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 25 out. 2006.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 455.244-7*, julgado em 02 de agosto de 2005. Ministro Carlos Velloso (relator). Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em: 28 jun. 2006.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Embargos de Declaração no Hábeas Corpus n.º 90.138-7*, julgado em 27 de fevereiro de 2007. Ministro Ricardo Lewandowski (relator). Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em: 17 jan. 2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Hábeas Corpus n.º 82.354-PR*, julgado em 10 de agosto de 2004. Ministro Sepúlveda Pertence (relator). Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em: 28 jun. 2006.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Hábeas Corpus n.º 87.827-RJ*, julgado em 25 de abril de 2006. Ministro Sepúlveda Pertence (relator). Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em: 28 jun. 2006.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Hábeas Corpus n.º 90.232-4*, julgado em 18 de dezembro de 2006. Ministro Sepúlveda Pertence (relator). Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em: 17 jan. 2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Intervenção Federal n.º 2.915-SP*, julgada em 03 de fevereiro de 2003. Ministro Gilmar Mendes (relator). Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em: 28 jun. 2006.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação cível n.º 165.157-4/5-00*, julgada em 22 de março de 2001. Desembargador Boris Kauffmann (relator). Disponível em: [www.tj.sp.gov.br](http://www.tj.sp.gov.br). Acesso em: 21 ago. 2003.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação cível n.º 209.101-4/0-00*, julgada em 09 de abril de 2002. Desembargador Elliot Akel (relator). Disponível em: [www.tj.sp.gov.br](http://www.tj.sp.gov.br). Acesso em: 21 ago. 2003.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível n.º 4174134500*, julgada em 09 de outubro de 2007. Desembargador Carvalho Viana (relator). Disponível em: <http://www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 03 jan. 2008.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível n.º 4378434300*, julgada em 09 26 de setembro de 2006. Desembargador Caetano Lagrasta (relator). Disponível em: <http://www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 03 jan. 2008.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível n.º 4392574300*, julgada em 10 de maio de 2007. Desembargador Salles Rossi (relator). Disponível em: [www.tj.sp.gov.br](http://www.tj.sp.gov.br). Acesso em: 03 jan. 2008.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível n.º 4520364000*, julgada em 04 de dezembro de 2006. Desembargador Grava Brazil (relator). Disponível em: <http://www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 03 jan. 2008.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível n.º 4925244000*, julgada em 03 de julho de 2007. Desembargador Ary José Bauer Júnior (relator). Disponível em: <http://www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 03 jan. 2008.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível n.º 1992.001.06087*, julgada em 04 de março de 1993. Desembargador Marden Gomes (relator). Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br>. Acesso em: 03 jan. 2008.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível n.º 1993.001.04425*, julgada em 10 de maio de 1994. Desembargador Luiz Carlos Guimarães (relator). Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br>. Acesso em: 03 jan. 2008.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível n.º 1993.01.06617*, julgada em 18 de março de 1997. Desembargador Geraldo Batista (relator). Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br>. Acesso em: 03 jan. 2008.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível n.º 1998.001.14332*, julgada em 23 de março de 1999. Desembargador Jorge Magalhães (relator). Disponível em: [www.tj.rj.gov.br](http://www.tj.rj.gov.br). Acesso em: 24 ago. 2007.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível n.º 2002.001.16591*, julgada em 25 de março de 2003. Desembargador Ronald Valladares (relator). Disponível em: [www.tj.rj.gov.br](http://www.tj.rj.gov.br). Acesso em: 03 jan. 2008.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível n.º 2004.001.28817*, julgada em 02 de março de 2005. Desembargador Otavio Rodrigues (relator). Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br>. Acesso em: 03 jan. 2008.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível n.º 2005.001.01910*, julgada em 13 de setembro de 2005. Desembargador Luis Felipe Salomão (relator). Disponível em: [www.tj.rj.gov.br](http://www.tj.rj.gov.br). Acesso em: 03 jan. 2008.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível n.º 2005.001.17926*, julgada em 22 de novembro de 2005. Desembargador Nascimento Povoas Vaz (relator). Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br>. Acesso em: 03 jan. 2008.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível n.º 2006.001.61104*, julgada em 15 de agosto de 2007. Desembargador Francisco de Assis Pessanha (relator). Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br>. Acesso em: 03 jan. 2008.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível n.º 2006.001.61108*, julgada em 06 de março de 2007. Desembargadora Vera Maria Soares Van Hombeeck (relatora). Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br>. Acesso em: 03 jan. 2008.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível n.º 2007.001.14071*, julgada em 05 de setembro de 2007. Desembargador Gilberto Dutra Moreira (relator). Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br>. Acesso em: 03 jan. 2008.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível n.º 2007.001.24198*, julgada em 07 de agosto de 2007. Desembargadora Mônica Costa Di Pietro (relatora). Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br>. Acesso em: 03 jan. 2008.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n.º 585049927*, julgada em 19 de dezembro de 1985. Desembargador Mário Rocha Lopes (relator). Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 3 jan. 2008.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n.º 593110547*, julgada em 10 de março de 1994. Desembargador Luiz Gonzaga Pila Hofmeister (relator). Disponível em: [www.tj.rs.gov.br](http://www.tj.rs.gov.br). Acesso em: 17 set. 2003.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n.º 595178963*, julgada em 28 de dezembro de 1995. Desembargador Tael João Selistre (relator). Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 3 jan. 2008.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n.º 596103135*, julgada em 12 de setembro de 1996. Desembargador Tael João Selistre (relator). Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 3 jan. 2008.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação cível n.º 597134964*, julgado em 28 de agosto de 1997. Desembargador Tael João Selistre (relator). Disponível em: [www.tj.rs.gov.br](http://www.tj.rs.gov.br). Acesso em: 17 set. 2003.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n.º 597156728*, julgada em 18 de dezembro de 1997. Desembargador Tael João Selistre (relator). Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 3 jan. 2008.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n.º 598404887*, julgada em 10 de março de 1999. Desembargador Eliseu Gomes Torres (relator). Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 27 abr. 2007.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n.º 70000585836* julgado em 31 de maio de 2000. Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves (relator). Disponível em: [www.tj.rs.gov.br](http://www.tj.rs.gov.br). Acesso em: 2 jul. 2007.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n.º 70006828321*, julgada em 11 de dezembro de 2003. Desembargadora Catarina Rita Krieger Martins (relatora). Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 24 abr. 2007.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n.º 70013580055*, julgada em 17 de agosto de 2006. Desembargador Claudir Fidelis Faccenda (relator). Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 27 abr. 2007.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n.º 70013801592*, julgada em 05 de abril de 2006. Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos (relator). Disponível em: [www.tj.rs.gov.br](http://www.tj.rs.gov.br). Acesso em: 24 ago. 2007.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n.º 70013909874*, julgada em 05 de abril de 2006. Desembargadora Maria Berenice Dias (relatora). Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 27 abr. 2007.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n.º 70014179477*, julgada em 24 de agosto de 2006. Desembargador Luiz Ari Azambuja Ramos (relator). Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 4 jan. 2008.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n.º 70017037078*, julgada em 28 de fevereiro de 2007. Desembargador Ricardo Raupp Ruschel (relator). Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 3 jan. 2007.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n.º 70018911594*, julgada em 25 de abril de 2007. Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves (relator). Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 02 jan. 2008.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n.º 70021120522*, julgada em 11 de outubro de 2007. Desembargador Rui Portanova (relator). Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 4 jan. 2008.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 4.<sup>a</sup> Região. *Apelação Cível n.º 2001.71.00.026279-9/RS*, julgada em 14 de Agosto de 2007. Juiz Federal Roger Raupp Rios (relator). Disponível em: <http://www.trf4.gov.br>. Acesso em: 23 ago. 2007.

BUGLIONE, Samantha. Um direito da sexualidade na dogmática jurídica: um olhar sobre as disposições legislativas e políticas públicas da América Latina e Caribe. In: RIOS, Roger Raupp (Org.). *Em defesa dos direitos sexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BÚRIGO, Andrea M. Limongi Pasold. Análise político-jurídica do artigo 58 da Lei 6.015/73: o problema da retificação do prenome dos transexuais. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí: Univali, n.º 11, out. 2000.

CACHAPUZ, Maria C. *Intimidade e vida privada no novo código civil brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer (Coord.). *Derecho constitucional*. Madrid: Tecnos, 1999. v. 2.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Desenvolvido pelo Centro de informática da Câmara dos Deputados. Apresenta informações gerais sobre o órgão. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/internet/proposicoes>. Acesso em: 25 maio 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CÁNOVAS, Diego Espín. Los derechos fundamentales de igualdad e identidad en la familia y la identidad del transexual. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. Caracas: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas da Universidad Central de Venezuela, n.º 126, jul. 2006.

CARDOSO, Fernando Luiz. Inversões do papel de gênero: “Drag Queens”, Travestismo e Transexualismo. *Psicologia: reflexão e crítica*. Porto Alegre, v. 18, n. 3, 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br>. Acesso em: 4 jan. 2007.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CARVALHO, Hilário Veiga de. Transexualismo – Diagnóstico – Conduta médica a ser adotada. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 545, mar. 1981.

CASTEL, Pierre-Henri. Algumas reflexões para estabelecer a cronologia do “fenômeno transexual” (1910-1995). *Revista Brasileira de História*. São Paulo, v. 21, n. 41, 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br>. Acesso em: 10 jul. 2007.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Dignidade da pessoa humana: o princípio dos princípios constitucionais. IN: SARMENTO, D.; GALDINO, F. *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CHAVES, Antônio. (Coord.). Direitos à vida, ao próprio corpo e às partes do mesmo (transplantes). Esterelização e operações cirúrgicas para “mudança de sexo”. Direito ao cadáver e a partes do mesmo. In: \_\_\_\_\_. *Estudos de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

\_\_\_\_\_. Castração. Esterilização. Mudança artificial de sexo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 276, 1981.

Christine Jorgensen. Disponível em: <http://www.transgenderzone.com/features/ChristineJorgensen.htm>. Acesso em: 02 jan. 2007.

CHOERI, Raul. Transexualismo e identidade pessoal: cirurgia de transgenitalização. In: BARBOZA, H. H.; BARRETTO, V. P. *Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CIANCIARDO, Juan. *El principio de razonabilidad*. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad. Ábaco: Buenos Aires, 2004.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2003.

\_\_\_\_\_. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. Elementos de filosofia constitucional contemporânea. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000.

CORRÊA, Darcísio. *A construção da cidadania: reflexões histórico-políticas*. 4.ed. Ijuí: Unijuí, 2006.

COUNCIL OF EUROPE. *Transsexualism, medicine and law*. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 1995.

DELVAUX, Henri. Legal consequences of sex reassignment in comparative law. In: COUNCIL OF EUROPE. *Transsexualism, medicine and law*. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 1995.

DESPRATS-PÉQUIGNOT, Catherine. *A psicopatologia da vida sexual*. Tradução de Marina Appenzeller. Campinas, SP: Papyrus, 1994.

DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito & a justiça*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 1.

\_\_\_\_\_. *O Estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

DOMINGO, Tomas de. *¿Conflictos entre derechos fundamentales? Un análisis desde las relaciones entre los derechos a la libre expresión e información y los derechos al honor y la intimidad*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

EKINS, R.; KING, D. Pioneers of Transgendering: The Popular Sexology of David O. Cauldwell. *The International Journal of Transgenderism*. v. 5, n. 5, abr./jun. 2001. Disponível em: [http://www.symposion.com/ijt/cauldwell/cauldwell\\_01.htm](http://www.symposion.com/ijt/cauldwell/cauldwell_01.htm). Acesso em: 25 jun. 2007.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de Direitos*. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996.

FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. *Los Derechos Humanos*. Ámbitos y desarrollo. Madrid: Edibesa, 2002.

FERRAZ, Sérgio. *Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Transexualismo – Cirurgia. Lesão corporal*. Disponível em: [www.fragoso.com.br/cgi-bin/heleno\\_artigos/arquivo27.pdf](http://www.fragoso.com.br/cgi-bin/heleno_artigos/arquivo27.pdf). Acesso em: 5 jan. 2007.

\_\_\_\_\_. Transexualismo – Conceito – Distinção do homossexualismo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 545, mar. 1981.

FREITAS, Juarez. O Estado, a responsabilidade extracontratual e o princípio da proporcionalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Jurisdição e Direitos Fundamentais*. Anuário 2004/2005 da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura/Livraria do Advogado, 2006. v. 1, t.1, p. 179-196.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 77.

FUEYO, Camino Vidal. El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez. *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, Montevideo, n. 11, tomo II, p. 427-447, 2005.

GAGLIANO, Pablo S.; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2002, v.1.

GALUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica constitucional e pluralismo. In: SAMPAIO, J. A. L.; SOUZA CRUZ, A. R. de. *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GARCIA, Emerson. *Conflito entre normas constitucionais: esboço de uma teoria geral*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos Fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

GOLDIM, J. R.; BORDAS, F. C.; RAYMUNDO, M. M. Aspectos bioéticos e jurídicos do transexualismo. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética e sexualidade*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2004.

GORCZEWSKI, C.; BOTELHO, E.; LEAL, M. C. H. *Introdução ao estudo da ciência política, teoria do Estado e da Constituição*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

GORCZEWSKI, Clovis. Direitos humanos e cidadania. In: LEAL, R. G.; REIS, J. R. *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004, t. 4, p. 1093-1120.

\_\_\_\_\_. *Direitos humanos: dos primórdios da humanidade ao Brasil de hoje*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2005.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição paraestatal: solução de conflitos com respeito à cidadania e aos Direitos Humanos na sociedade multicultural*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2007.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

\_\_\_\_\_. *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. San Miguel: Universidad Católica del Perú, 1997.

\_\_\_\_\_. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Tradução de Emilio Mikunda. Madrid, Tecnos, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. v. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HAGE, J. Joris. Medical requirements and consequences of sex reassignment surgery. In: COUNCIL OF EUROPE. *Transsexualism, medicine and law*. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 1995.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

\_\_\_\_\_. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HOOFT, Pedro Federico. Bioética, medicina y derechos humanos: um recente caso judicial de transexualidad. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética e sexualidade*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2004.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de António Pinto de Carvalho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1964.

KLABIN, Aracy Augusta Leme. Transexualismo. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, v. 17, p. 27-49, 1981.

KLOEPFER, Michael. Vida e dignidade da pessoa humana. Tradução de Rita Dostal Zanini. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

KYMLICKA, Will. *Ciudadanía multicultural*. Una teoría liberal de los derechos de las minorías. Tradução de Carme Castells Auleda. Barcelona: Paidós, 1996.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. A. *Fundamentos de metodologia científica*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

LANDA, César. Dignidad de la persona humana. *Cuestiones Constitucionales*, n. 7, jul.-dez. 2002.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*. Barueri, SP: Manole, 2003.

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais, jurisdição constitucional e democracia: origens, fundamentos e controvérsias. In: In: GORCZEWSKI, C.; REIS, J.R. *Constitucionalismo Contemporâneo: direitos fundamentais em debate*. Porto Alegre: Norton, p. 71-96, 2005.

\_\_\_\_\_. Estado de Direito. In: BARRETTO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: UNISINOS; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional Aberta*. Reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição Constitucional na ordem democrática. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

LEAL, Rogério Gesta. *Direitos Humanos no Brasil*. Desafios à Democracia. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 1997.

\_\_\_\_\_. *Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Jurisdição Constitucional: um problema da teoria da democracia política. In: BERCOVICI, Gilberto et al. *Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

LORENZETTI, Ricardo L. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LUCARELLI, Luiz Roberto. Aspectos Jurídicos da Mudança de Sexo. *Revista da PGE*, São Paulo, v. 35, p. 213-228, jun. 1981.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 2005.

\_\_\_\_\_. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

MARANHÃO, Odon Ramos. *Curso básico de medicina legal*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARTINEZ, Gregório Peces-Barba. *Derecho y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p

\_\_\_\_\_. Dignidad Humana. In: TAMAYO, Juan José (Org.). *10 palabras clave sobre derechos humanos*. Estella: Verbo Divino, 2005.

\_\_\_\_\_. *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*. 2.ed. Madrid: Dykinson, 2003.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O Direito Constitucional comparado e a inviolabilidade da vida humana. In: PENTEADO, J. C.; DIP, R. H. M. *A Vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad*. Historia del constitucionalismo moderno. Traducción de Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 1988.

MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MILLOT, Catherine. *Extrasexo: ensaio sobre o transexualismo*. Tradução de Maria Celeste Marcondes, Nelson Luís Barbosa. São Paulo: Escuta, 1992.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MÖLLER, Kai. Balancing and the structure of constitutional rights. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, n. 3, v. 5. p. 453-468, jul. 2007.

MORAES, Guilherme Pena. *Direitos fundamentais: conflitos e soluções*. Niterói, RJ: Frater et Labor, 2000.

MORAIS, José Luis Bolzan de. Direitos humanos e Constituição: o “novo” da EC 45/04. In: LEAL, R. G.; REIS, J. R. *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC. p. 1425-1478, 2004, t. 5.

NAVES, B. T. O.; SÁ, M. F. F. Da relação jurídica médico-paciente: dignidade da pessoa humana e autonomia privada. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.) *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

NETO, Chade Rezek. *O princípio da proporcionalidade no estado democrático de direito*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de. *Teoria Jurídica e Novos Direitos*. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2000.

OLIVEIRA, Alexandre Miceli Alcântara de. *Direito de autodeterminação sexual: dignidade, liberdade, felicidade e tolerância*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In: \_\_\_\_\_ (Coord). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

\_\_\_\_\_. Uma justificação democrática da jurisdição constitucional brasileira e a inconstitucionalidade da Lei n.º 9.686/99. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 36, p. 177-207, 2001. Disponível em: <http://calvados.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direi-to/article/view/1790/1487>. Acesso em: 17 abr. 2007.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. CID10 – Classificação Internacional de Doenças. Tradução Centro Colaborador da OMS para a Classificação de Doenças em português. 9.ed. São Paulo: USP, 2003.

PARAJARA, Fabiana. Promotor que pediu separação de bebê de transexual diz que ‘casal gay é anormal’. *O Globo on line*. Disponível em: [http://oglobo.globo.com/sp/mat/2008/01/09/promotor\\_que\\_pediu\\_separacao\\_de\\_beb\\_e\\_de\\_transexual\\_diz\\_que\\_casal\\_gay\\_anormal\\_-327934459.asp](http://oglobo.globo.com/sp/mat/2008/01/09/promotor_que_pediu_separacao_de_beb_e_de_transexual_diz_que_casal_gay_anormal_-327934459.asp). Acesso em: 9 jan. 2008.

PAULY, I. B. Adult manifestations of male transsexualism. In: MONEY, J.; GREEN, R. *Transsexualism and sex reassignment*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1969.

PEIXINHO, Manoel Messias. Teoria democrática dos direitos fundamentais. In: VIEIRA, José Ribas. *Temas de constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PENTEADO, J. C.; DIP, R. H. M. *A Vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A Sexualidade vista pelos Tribunais*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PEREIRA, Verbena Laranjeira. Gênero: dilemas de um conceito. In: STREY, M. N.; CABEDA, S. T. L.; PREHN, D. R. (Org.). *Gênero e cultura: questões contemporâneas*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

PERERA, Angel Carrasco. El “juicio de razonabilidad” em la justicia constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, n. 11, p. 39-106, mayo-agosto 1984. Disponível em: [http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC\\_011\\_039.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_011_039.pdf). Acesso em: 29 nov. 2007.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. Transexualismo. In: BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: UNISINOS; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. *Transexualismo*. O direito a uma nova identidade sexual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. *Discurso sobre a dignidade do homem*. Tradução de Maria de Lurdes Sirgado Ganho. Lisboa: Edições 70, 1986.

PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. *Direito à saúde: uma perspectiva constitucionalista*. Passo Fundo: UPF, 2003.

PINHEIRO FILHO, José Muiños. Estado. In: BARRETTO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: UNISINOS; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PINTO, M. J. C.; BRUNS, M. A. de T. *Vivência transexual: o corpo desvela seu drama*. São Paulo: Átomo, [200-].

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2003.

RAMSEY, Gerald. *Transexuais: perguntas e respostas*. Tradução de Rafael Azize. São Paulo: Summus, 1998.

RECEITA FEDERAL. Desenvolvido pela Secretaria da Receita Federal do Brasil. Apresenta informações gerais ao contribuinte sobre CPF, CNPJ, emissão de certidões, dentre outros serviços. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br>. Acesso em: 25 maio 2007.

REID, Russel. Psychiatric and psychological aspects of transsexualism. In: COUNCIL OF EUROPE. *Transsexualism, medicine and law*. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 1995.

RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no direito*. Porto alegre: Livraria do Advogado/Esmafe, 2000.

\_\_\_\_\_. Notas para o desenvolvimento de um direito democrático da sexualidade. In: \_\_\_\_\_. (Org.). *Em defesa dos direitos sexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. Orientação sexual e combate à discriminação: direito à igualdade ou direito à diferença? Distribuição ou reconhecimento? Universalismo ou particularismo? In: SCHÄFER, Jairo (Org.). *Temas polêmicos do constitucionalismo contemporâneo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

RITO, Lucia. *Muito Prazer, Roberta Close*. Rio de Janeiro: Rosa dos Ventos, 1998.

ROLLA, Giancarlo. *Derechos Fundamentales, Estado Democrático y Justicia Constitucional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

ROUGHGARDEN, Joan. *Evolução do Gênero e da Sexualidade*. Tradução de Maria Edna Tenório Nunes. Londrina: Planta, 2005.

SAADEH, Alexandre. *Transtorno de identidade sexual: um estudo psicopatológico de transexualismo masculino e feminino*. 2004. 266 f. Tese (Faculdade de Medicina – Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5142/tde-09082005-115642/>. Acesso em: 2 jan. 2007.

SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio. O retorno às tradições: a razoabilidade como parâmetro constitucional. In: \_\_\_\_\_. (Coord). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

\_\_\_\_\_. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1988.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Palestra, 2002.

SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: \_\_\_\_\_. (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais: proteção e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SEGADO, Francisco Fernández. Constitución y valores. La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico. In: SCHÄFER, Jairo (Org.). *Temas polémicos do constitucionalismo contemporâneo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

SESSAREGO, Carlos Fernández. *Derecho a la identidad personal*. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1992.

SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética – I – Fundamentos e ética biomédica*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p

SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVEIRA, José Francisco Oliosí. *O transexualismo na justiça*. Porto Alegre: Síntese, 1995.

SPENGLER, Fabiana Marion. *União homoafetiva: o fim do preconceito*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. *Ciência política e teoria do estado*. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade: no Direito Constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

SUTTER, Matilde Josefina. *Determinação e mudança de sexo: aspectos médico-legais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

SZANIAWSKI, Elimar. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

TRIBE, L.; DORF, M. *Hermenêutica Constitucional*. Tradução de Amarílis de Souza Birchall. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. ¿Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? *Revista da AJURIS – Associação dos juízes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, n.º 98. p. 333-367, jun. 2005.

VENTURA, Miriam. Transexualidade: algumas reflexões jurídicas sobre a autonomia corporal e autodeterminação da identidade sexual. In: RIOS, Roger Raupp (Org.). *Em defesa dos direitos sexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

VERDE, J. B.; GRAZIOTTIN, A. *O enigma da identidade: o transexualismo*. São Paulo: Paulus, 1997.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. A bioética e o direito à adequação de sexo do transexual. In: \_\_\_\_\_. *Bioética e sexualidade*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2004.

\_\_\_\_\_. *Adequação de Sexo do Transexual: Aspectos Psicológicos, Médicos e Jurídicos*. Psicologia: Teoria e Prática, São Paulo, v. 2, n. 2. p. 88-102, jul.-dez. 2000.

\_\_\_\_\_. Alteração do prenome em face da Lei 9.708/98. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí: Univali, n. 11, out. 2000.

\_\_\_\_\_. *Bioética e Direito*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999.

\_\_\_\_\_. Direito à adequação de sexo do transexual. *UNOPAR Científica, ciências jurídicas e empresariais*. Londrina, v. 3, n. 1, mar. 2002. Disponível em: [http://www2.unopar.br/pesq\\_arq/revista/JURIDICA/00000408.pdf](http://www2.unopar.br/pesq_arq/revista/JURIDICA/00000408.pdf). Acesso em: 10 jul. 2007.

\_\_\_\_\_. *Mudança de Sexo: aspectos médicos, psicológicos e jurídicos*. São Paulo: Santos, 1996.

WIKIPÉDIA. Desenvolvido pela Wikimedia Foundation. Apresenta conteúdo enciclopédico. Disponível em: [http://pt.wikipedia.org/wiki/Christine\\_Jorgensen](http://pt.wikipedia.org/wiki/Christine_Jorgensen). Acesso em: 25 Jun 2007.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Ley, derechos, justicia. 4. ed. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2002.

ZAMBRANO, Elizabeth. Mudança de nome no Registro Civil: a questão transexual. In: ÁVILA, M. B.; PORTELLA A. P.; FERREIRA, V. *Novas legalidades e democratização da vida social: família, sexualidade aborto*. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

ZIMERMAN, David E. *Vocabulário Contemporâneo de Psicanálise*. Porto Alegre: ARTMED, 2001.

**ANEXO A**

**RECURSO ESPECIAL N.º 678.933-RS – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA –  
CONCEDE A RETIFICAÇÃO DE PRENOME E SEXO DE TRANSEXUAL, MAS  
DETERMINA A AVERBAÇÃO, À MARGEM NO REGISTRO CIVIL, DE QUE A  
ALTERAÇÃO É ORIUNDA DE DECISÃO JUDICIAL**

**ANEXO B**

**SENTENÇA ESTRANGEIRA N.º 2.149-IT – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA –  
HOMOLOGA SENTENÇA ESTRANGEIRA QUE DETERMINOU A ALTERAÇÃO  
DE PRENOME E SEXO DE TRANSEXUAL NO REGISTRO CIVIL**

**ANEXO C**

**SENTENÇA ESTRANGEIRA N.º 1.058-EX – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
– HOMOLOGA SENTENÇA ESTRANGEIRA QUE DETERMINOU A ALTERAÇÃO  
DE PRENOME E SEXO DE TRANSEXUAL NO REGISTRO CIVIL**

**ANEXO D**

**AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 171769 – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL –  
NEGA SEGUIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO POR FALTA DE  
LEGITIMIDADE DO STF PARA REEXAMINAR RECURSO EXTRAORDINÁRIO  
CONTRA DECISÃO QUE NEGOU ALTERAÇÃO DE PRENOME E SEXO DE  
TRANSEXUAL**

**ANEXO E**

**AGRAVO DE INSTRUMENTO (REGIMENTAL) N.º 82.517-7 – SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL – NEGA PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL  
OBJETIVANDO A ALTERAÇÃO DE PRENOME E SEXO NO REGISTRO CIVIL DE  
TRANSEXUAL**

**ANEXO F**

**APELAÇÃO CÍVEL N.º 417.413-4/5-00 – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO  
DE SÃO PAULO – NEGA PROVIMENTO AO RECURSO QUE OBJETIVAVA A  
ALTERAÇÃO DE PRENOME E DE SEXO NO REGISTRO CIVIL DE  
TRANSEXUAL**

**ANEXO G**

**APELAÇÃO CÍVEL N.º 439.257-4/3-00 – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO  
DE SÃO PAULO – NEGA PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO,  
MANTENDO A SENTENÇA QUE CONCEDEU A ALTERAÇÃO DE PRENOME E  
DE SEXO NO REGISTRO CIVIL DE TRANSEXUAL**

**ANEXO H**

**APELAÇÃO CÍVEL N.º 452.036-4/0-00 – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO  
DE SÃO PAULO – DÁ PROCEDÊNCIA AO RECURSO DE APELAÇÃO,  
JULGANDO A AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL IMPROCEDENTE**

**ANEXO I**

**APELAÇÃO CÍVEL N.º 492.524-4/0-00 – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO  
DE SÃO PAULO – DÁ PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO,  
DETERMINANDO A ALTERAÇÃO DE PRENOME E DE SEXO NO REGISTRO  
CIVIL DE TRANSEXUAL**

**ANEXO J**

**APELAÇÃO CÍVEL N.º 6.617/93 – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO  
DE JANEIRO – NEGA PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO,  
MANTENDO A SENTENÇA DE IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DE  
PRENOME E DE SEXO NO REGISTRO CIVIL DE TRANSEXUAL**

**ANEXO L**

**APELAÇÃO CÍVEL N.º 2002.001.16591 – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – DÁ PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO, AUTORIZANDO A ALTERAÇÃO DE PRENOME E DE SEXO NO REGISTRO CIVIL DE TRANSEXUAL, DETERMINANDO A AVERBAÇÃO DE QUE A RETIFICAÇÃO SE DEU EM RAZÃO DE DECISÃO JUDICIAL, PELA CONDIÇÃO DE TRANSEXUAL DO INDIVÍDUO**

**ANEXO M**

**APELAÇÃO CÍVEL N.º 28.817/2004 – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – DÁ PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DE APELAÇÃO PARA ALTERAR UNICAMENTE O ALTERAÇÃO DO TRANSEXUAL**

**ANEXO N**

**APELAÇÃO CÍVEL N.º 2005.001.01910 – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO  
DO RIO DE JANEIRO – DÁ PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO PARA  
AUTORIZAR A ALTERAÇÃO DE PRENOME E DE SEXO NO REGISTRO CIVIL  
DE TRANSEXUAL**

**ANEXO O**

**APELAÇÃO CÍVEL N.º 70006828321 – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL – NEGA PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO, DETERMINANDO A ALTERAÇÃO DE PRENOME E DE SEXO NO REGISTRO CIVIL DE TRANSEXUAL E VEDANDO A EXTRAÇÃO DE CERTIDÕES REFERENTES À SITUAÇÃO ANTERIOR**

**ANEXO P**

**APELAÇÃO CÍVEL N.º 70013580055 – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL – DÁ PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO, DETERMINANDO A ALTERAÇÃO DE PRENOME E DE SEXO NO REGISTRO CIVIL DE TRANSEXUAL E VEDANDO A EXTRAÇÃO DE CERTIDÕES REFERENTES À SITUAÇÃO ANTERIOR**

**ANEXO Q**

**APELAÇÃO CÍVEL N.º 70013909874 – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL – DÁ PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DE APELAÇÃO, DETERMINANDO A ALTERAÇÃO DE PRENOME E INSCRIÇÃO DA CONDIÇÃO DE TRANSEXUAL NO REGISTRO CIVIL**

**ANEXO R**

**APELAÇÃO CÍVEL N.º 70014179477 – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL – DÁ PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO, DETERMINANDO A ALTERAÇÃO DE PRENOME E DE SEXO NO REGISTRO CIVIL DE TRANSEXUAL E VEDANDO A EXTRAÇÃO DE CERTIDÕES REFERENTES À SITUAÇÃO ANTERIOR**

**ANEXO S**

**APELAÇÃO CÍVEL N.º 70017037078 – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL – DÁ PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DE APELAÇÃO, DETERMINANDO A ALTERAÇÃO DE PRENOME E DE SEXO, A AVERBAÇÃO NO REGISTRO CIVIL DE TAL RETIFICAÇÃO É RELATIVA A CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO E VEDANDO A EXTRAÇÃO DE CERTIDÕES REFERENTES À SITUAÇÃO ANTERIOR**

**ANEXO T**

**APELAÇÃO CÍVEL N.º 70018911594 – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL – DÁ PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO, DETERMINANDO A ALTERAÇÃO DE PRENOME E DE SEXO, A AVERBAÇÃO NO REGISTRO CIVIL DE TAL RETIFICAÇÃO DEVE-SE A DETERMINAÇÃO JUDICIAL E VEDANDO A EXTRAÇÃO DE CERTIDÕES REFERENTES ÀS ALTERAÇÕES POR TERCEIROS**

**ANEXO U**

**APELAÇÃO CÍVEL N.º 70021120522 – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL – NEGA PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO, DETERMINANDO A ALTERAÇÃO DE PRENOME E DE SEXO E VEDANDO A REFERÊNCIA NO REGISTRO QUANTO A MUDANÇA**

# Livros Grátis

( <http://www.livrosgratis.com.br> )

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)  
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)  
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)  
[Baixar livros de Matemática](#)  
[Baixar livros de Medicina](#)  
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)  
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)  
[Baixar livros de Meteorologia](#)  
[Baixar Monografias e TCC](#)  
[Baixar livros Multidisciplinar](#)  
[Baixar livros de Música](#)  
[Baixar livros de Psicologia](#)  
[Baixar livros de Química](#)  
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)  
[Baixar livros de Serviço Social](#)  
[Baixar livros de Sociologia](#)  
[Baixar livros de Teologia](#)  
[Baixar livros de Trabalho](#)  
[Baixar livros de Turismo](#)