

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO - NÍVEL MESTRADO

ELISA SCHEIBE

**DIREITOS DE PERSONALIDADE E TRANSEXUALIDADE: A PROMOÇÃO DA
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA EM UMA PERSPECTIVA PLURAL**

SÃO LEOPOLDO

2008

ELISA SCHEIBE

DIREITOS DE PERSONALIDADE E TRANSEXUALIDADE: A PROMOÇÃO DA
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA EM UMA PERSPECTIVA PLURAL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós
Graduação em Direito da Área de Ciências
Jurídicas da Universidade do Vale do Rio Dos
Sinos, como Requisito Parcial para obtenção
do Título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. José Carlos Moreira da
Silva Filho

SÃO LEOPOLDO

2008

S543d Scheibe, Elisa

Direitos de personalidade e transexualidade; a promoção da dignidade da pessoa humana em uma perspectiva plural / Elisa Scheibe. 2008.

193 f. ; 30 cm.

Dissertação (Mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2008.

“Orientador: Prof. Dr. José Carlos Moreira da Silva Filho.”

1. Direitos de Personalidade - Transexualidade. 2. Direito Constitucional. 3. Registro Civil. 4. Direitos e Deveres do Cidadão I. Silva Filho, José Carlos Moreira da. II. UNISINOS. III. Título.

CDU:

342.726-055.3

Índice para o catálogo sistemático:

a)Direitos de Personalidade - Transexualidade	342.726-055.3
b) Direito Constitucional	342.4
c) Registro Civil	347.183
d) Direitos e Deveres do Cidadão	342.7

CATALOGAÇÃO NA FONTE ELABORADA PELA BIBLIOTECÁRIA
ANA GUIMARÃES PEREIRA – CRB 10/1460

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: **“DIREITOS DE PERSONALIDADE E TRANSEXUALIDADE: A PROMOÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA EM UMA PERSPECTIVA PLURAL”**, elaborada pela aluna Elisa Scheibe, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 31 de julho de 2008.



Prof. Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes,
Coordenador Executivo
do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. José Carlos Moreira da Silva Filho

Membro: Dr. Luiz Alberto David Araujo

Membro: Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha



À Ana Rosa e à Maria Laura,
porque esse amor não se explica

AGRADECIMENTOS

Algumas pessoas participaram intensamente deste caminho na busca (incessante) do aprendizado. A eles, obrigada!

Ao Professor Doutor José Carlos Moreira da Silva Filho, pela orientação comprometida, pela paciência e, especialmente, pelos contrapontos que instigaram um outro olhar.

Aos meus pais, João Carlos e Ivania Elisa, e a minha sobrinha Ana Rosa, que, desde sempre, têm me ensinado que “tudo bem ser diferente”.

A minha irmã Daniela, companhia e companheira constante na realização do mestrado e em minha vida.

Aos meus queridos irmãos e cunhadas, Rafael, Valeska, Gustavo e Sylvia, pelo incentivo e suporte constante.

Aos professores, colegas e amigos, Prof. Dr. Vicente de Paulo Barreto, Prof. Dr. Albano Marcos Pêpe, Prof. Dr. Ney Fayet Junior, Daniela Hidalgo, Bárbara Costa, Renata Fortes, Luiz Fernando Castilhos Silveira, Hélio dos Santos, Paulo Cezar Wisniewski Nunes, José Luiz Lasek, Carolina Neumann, Viviane Araújo, Bayard Schreiner, entre tantos, cuja contribuição também se reconhece.

Ao Diego, pela confiança, pelo apoio, pelo incentivo, enfim, por tudo.

"Um cara chegou para mim e falou assim:
Deixe eu te perguntar: você é travesti?
Eu falei: *Não, eu não sou travesti.*
Você é mulher então?
Eu fiquei pensando: *O que eu sou?*"
(Carla, transexual)

RESUMO

A partir do advento da Constituição de 1988 há uma reformulação do papel da pessoa, que passa a ocupar o centro do sistema. Esse movimento teve conseqüências que se alastraram por todo o sistema jurídico. Neste contexto, os transexuais, pessoas que não se identificam com seu sexo biológico, necessitam encontrar o seu lugar. Para tanto, é necessário compreender que o que se relaciona ao sexo e a sexualidade não pode ser reduzido a uma simplificada visão biológica. Entretanto, socialmente, quem não se enquadra no binômio masculino/feminino está fadado à rejeição, à discriminação, à exclusão, paradoxalmente contrário à diversidade sexual existente. Em uma sociedade que insiste em apostas duais, nas quais prevalece o preconceito e, conseqüentemente, a exclusão social, reconhecer a pluralidade e a diversidade é condição indispensável para a promoção da dignidade. A cirurgia e a possibilidade de retificação de registro são caminhos na busca pelo reconhecimento dessa dignidade. O princípio da dignidade da pessoa humana constitui valor unificador de todos os direitos fundamentais, os quais dizem respeito às exigências mais elementares da vida humana. A dignidade encontra fundamento na própria pessoa, não sendo, desta forma, somente atribuída pelo ordenamento. O conceito de pessoa, pós-constituição de 1988, adquire novo significado, com capacidade de suportar as demandas de um contexto diverso e plural. A emergência de princípios constitucionais originou a constitucionalização do direito civil que, por sua vez, está intimamente relacionado à repersonalização, fenômenos que implicam pensar a pessoa como centro do sistema jurídico. Do princípio da dignidade extrai-se a cláusula geral de tutela e promoção da pessoa, apontando para o reconhecimento de uma tutela geral. Para o presente estudo os direitos da personalidade pressupõem o sujeito de direitos como pessoa. Os direitos dela decorrentes representam condições da própria existência do homem enquanto pessoa. As pretensões do transexual, de assumir seu sexo psíquico, através da cirurgia de redesignação sexual, bem como de alterar seu nome e sexo no registro civil encontram guarida no sistema constitucional vigente. Conseqüentemente, os direitos decorrentes da personalidade passaram a ser imprescindíveis à própria convivência social, não podendo passar à margem do poder judiciário pela simples ausência de texto legal infraconstitucional.

Palavras-chave: Sexo. Transexualidade. Registro Civil. Dignidade. Constitucionalização. Direitos de Personalidade.

ABSTRACT

Since the advent of the Constitution of 1988, there has been a reformulation of the role of the person, who starts to occupy the center of the system. This movement had consequences which spread out through the entire juridical system. In this context, the transsexuals, people who do not identify with their own biological sex, need to find their space, and in order to do so, it is necessary to understand that what is related to sex and sexuality cannot be reduced to a simplified biological view. However, socially, who does not fit in with the binomial male/female is predestined to rejection, discrimination, exclusion, which is paradoxically contrary to the existing sexual diversity. In a society that insists on dual bets, in which prevails prejudice and consequently social exclusion, recognizing plurality and diversity is the indispensable condition to promote dignity. Surgery and the possibility of sex reassignment are ways to the recognition of this dignity. The principle of human dignity constitutes a value that unifies all fundamental rights concerning the most elementary demands of human life. Dignity finds its roots within the person, and consequently it is not attributed only through judicial ruling. The post-1988 constitution concept of person acquires a new meaning, capable of holding the demands of a diverse and plural context. The emergence of constitutional principles generated the constitutionalization of civil law which is closely related to re-personalization – phenomena that imply thinking the person as the center of the juridical system. The general clause of guardianship and promotion of the person is extracted from the principle of dignity, pointing to the recognition of a general guardianship. For the present study, the rights of personality presuppose the subject of rights as person. The resulting rights represent conditions of the very human existence as person. The transsexual's intentions of assuming their psychic sex, through sex reassignment surgery, and altering their name and sex in the civil registry as well, is based on the actual constitutional system. Consequently, the rights resulting from the personality turned out to be indispensable to social coexistence, and it cannot stay apart from the judiciary power simply because of lack of infra-constitutional legal text.

Keywords: Sex. Transsexuality. Civil Register. Dignity. Constitutionalization. Rights of Personality.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O TRANSEXUAL NUMA PERSPECTIVA PLURAL	16
2.1 SUPERANDO VELHOS PARADIGMAS SOBRE SEXO E SEXUALIDADE	17
2.1.1 O sexo biológico	21
2.1.2 O sexo psíquico	23
2.1.3 O sexo civil.....	25
2.2 A TRANSEXUALIDADE: DA CARACTERIZAÇÃO À CIRURGIA.....	26
2.2.1 Caracterização e particularidades	27
2.2.2 A cirurgia como terapia indicada	31
2.3 A POSSIBILIDADE DE ADEQUAÇÃO DO SEXO CIVIL DO TRANSEXUAL.....	35
2.3.1 Problemas decorrentes da inadequação entre o transexual e seu sexo civil	36
2.3.1.1 Estigmatização e preconceito	37
2.3.1.2 Exclusão	40
2.3.2 A adequação da realidade civil à aparência do transexual: considerações a partir dos registros públicos	43
2.3.2.1 Conceito, finalidade e efeitos do registro público	44
2.3.2.2 O registro civil (cidadão) e as possibilidades de alteração	46
2.3.2.3 Aspectos relevantes do direito comparado	49
3 A EMERGÊNCIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	55
3.1 OS FUNDAMENTOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	56
3.1.1 Os fundamentos filosóficos na antiguidade e o legado do cristianismo	57
3.1.2 A dignidade em e para além de Kant.....	62
3.1.3 A concretização da dignidade da pessoa humana	71
3.1.4 Das declarações de direitos ao estabelecimento da dignidade humana como fundamento das constituições ocidentais.....	75
3.1.5 A declaração universal da ONU e seus reflexos.....	79
3.2 O FUNDAMENTO DA DIGNIDADE NA PRÓPRIA PESSOA COMO GARANTIA AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE	89
3.2.1 Pessoa do ponto de vista biológico	91
3.2.2 Pessoa do ponto de vista filosófico	94

3.2.3 Pessoa sob o ponto de vista jurídico.....	99
3.3 A MUDANÇA PARADIGMÁTICA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: A PESSOA HUMANA EM NOVA PERSPECTIVA	102
3.3.1 O estado democrático de direito.....	103
3.3.2 Os fenômenos da constitucionalização e repersonalização e o (novo) sujeito de direitos	109
4 A CONSTITUIÇÃO, A REPERSONALIZAÇÃO E OS DIREITOS DE PERSONALIDADE: A EFETIVAÇÃO DA DIGNIDADE E A SITUAÇÃO JURÍDICA DOS TRANSEXUAIS	117
4.1 OS DIREITOS DE PERSONALIDADE E SUA TUTELA	118
4.1.1 Os direitos decorrentes da personalidade e sua recepção no direito	120
4.1.2 Aspectos relevantes(?) do novo código civil	123
4.1.3 Características dos direitos decorrentes da personalidade: superações e contrapontos.....	126
4.1.4 Classificação dos Direitos decorrentes da Personalidade	132
4.1.4.1 Direito à vida e à integridade física	133
4.1.4.2. Direito à vida privada e direito à honra	139
4.1.4.3 O direito à liberdade e à Autonomia: necessária ponderação sobre a sua (in)disponibilidade.....	143
4.1.4.4 O Direito ao nome (identidade pessoal)	146
4.2 O (NOVO) SUJEITO DE DIREITOS E A SITUAÇÃO JURÍDICA DOS TRANSEXUAIS: O RECONHECIMENTO DA PLURALIDADE.....	149
4.2.1 O enfrentamento da questão nos tribunais brasileiros: panorama jurisprudencial	157
4.2.2 Panorama crítico: convite à reflexão	165
5 CONCLUSÃO.....	170
REFERÊNCIAS	179

1 INTRODUÇÃO

Recentemente, num programa televisivo de entrevista, em um canal local, o apresentador, denominado “Bibo Nunes”, comentava com seus entrevistados sobre a trágica morte de Isabella Nardoni, menina de 5 anos que teria sido jogada do 6º andar da residência de seu pai, na cidade de São Paulo. O fato foi amplamente divulgado pela mídia e, na época, ensejou muitas entrevistas com pessoas que, de alguma forma, possuíam conhecimentos específicos sobre o caso, seja na área do direito criminal, da criminalística, da psicologia, etc.

Entre seus convidados, estava uma advogada criminalista militante que, casualmente, era transexual. Aproveitou-se essa especial condição para, durante o programa de entrevista, questioná-la sobre sua profissão, sobre sua vida pessoal, sobre seu nome e sobre outros aspectos. A convidada já havia realizado a operação de “mudança de sexo” e, posteriormente, retificado seu registro civil.

Ao final do programa, o apresentador questionou cada um dos convidados, instigando-os a revelarem sua opinião sobre a participação do pai e da madrasta de Isabella Nardoni na sua morte. À advogada, dirigiu o seguinte questionamento: “Como advogada, você acha que o pai e a madrasta são culpados pela morte da menina?” E a advogada respondeu, na sua condição de profissional da área penal, que tudo o que sabia sobre o caso era o que havia sido divulgado pela imprensa e, em vista disso, achava que a participação pelo menos do pai da menina parecia certa, ressalvado, por óbvio, que não havia tido acesso aos autos do então inquérito policial. Não obstante, assim que ela terminou de responder, o apresentador, de pronto, formulou novo questionamento: “E como transexual, qual a sua opinião sobre o caso?”

Esse exemplo revela como a transexualidade é, ainda hoje, tratada. Para a maioria, o transexual ainda é um ser estranho a tudo e a todos, quase como se não fosse humano, o que implica incontáveis desconfortos, levando-os, quase sempre, à margem da sociedade, o que se percebe pelas atividades informais que realizam para sustentar-se: cabeleireiros, prostitutas, empregadas domésticas diaristas; não casualmente, profissões que não necessitam de registros em documentos de identificação. Aliás, exatamente por conta disso, a maioria acaba não

estudando. E, quando estuda, ultrapassando barreiras sociais quase intransponíveis, enfrenta a espécie de preconceito vivida pela advogada transexual durante a entrevista.

A condição social imposta ao transexual, operado ou não, é de um ser atomizado, separado, estigmatizado e, portanto, excluído. Ora, a advogada transexual entrevistada, naquela oportunidade, não teria porque ter uma opinião diversa sobre o mesmo tema justamente por ser transexual. O transexual não é um alienígena, em que pese pareça ser dessa forma tratado pela sociedade, mesmo pelas camadas supostamente mais informadas.

A pergunta do entrevistador, nesse sentido, retrata uma sensação da sociedade atinente aos transexuais, aos diferentes. O diferente, ainda em 2008, ou seja, passados 20 anos da Constituição Federal, a partir da qual o Estado, como espaço democrático, deveria reconhecê-lo e valorizá-lo, ainda é relegado à margem, tanto da sociedade como do próprio Estado.

A consolidação do Estado Democrático de Direito, nessa linha, tem sido lenta e fatigosa. É o que sustenta Streck, quando analisa a (des)funcionalidade do Direito e das Instituições encarregadas de aplicar a lei.¹

Não são poucos os discriminados, estigmatizados e excluídos que representam o “ser diferente”, especialmente se considerarmos a sociedade plural e dinâmica na qual se vive. Aliás, a sociedade contemporânea tem apresentado inúmeros desafios aos sujeitos sociais nos mais diversos âmbitos e uma das discussões mais polêmicas é o universo da diversidade sexual. Entender pelo menos parte desse universo também é o objetivo desse estudo.

Na trilha da linha de pesquisa “Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização”, do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, pretende-se trazer à tona todo um necessário movimento que propõe a (re)discussão de legados que já não mais se prestam às demandas de uma sociedade complexa. Tal discussão envolve, especialmente, o tema da pessoa, de sua dignidade e do livre desenvolvimento de sua personalidade em uma perspectiva concreta, real e relacional, que ultrapassa a rígida e vetusta concepção que situava a pessoa em um plano individualista e abstrato.

¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 33-60.

A pessoa humana, a vida, sua dignidade e o livre desenvolvimento da personalidade são, pois, por um lado, categorias elementares, mas, por outro, envolvem toda uma complexidade, tornando impossível sua restrição a meros conceitos não-concretos. Optou-se, assim, por trazer algumas considerações e seus contrapontos, no sentido de despertar a reflexão e ultrapassar verdades pré-estabelecidas.

Dessa forma, a presente dissertação procura demonstrar, inicialmente, como a superação de algumas noções sobre o sexo pode colaborar no resgate das minorias sociais, especialmente dos transexuais. Seu reconhecimento na sociedade e a opção pela cirurgia de transgenitalização podem constituir o primeiro passo no processo de inclusão social.

Para tanto, não seria suficiente uma análise exclusiva do que o Direito entende por transexualidade. É também essencial uma breve análise que vise superar antigos paradigmas sobre sexo e sexualidade, através da qual se poderá identificar algumas manifestações de comportamento, o que conduzirá à caracterização dos próprios transexuais e à compreensão de que a cirúrgica de transgenitalização é a terapia indicada para a minimização de suas angústias.

Nesse contexto, indispensável é um panorama sobre os conflitos e sofrimentos que resultam da inadequação entre os sexos do transexual e de que forma, logo adiante, o registro civil pode se tornar um instrumento de cidadania.

Pretende-se demonstrar, ainda, que legalismo, orientações dogmáticas ultrapassadas e concepções vetustas não condizentes com a complexidade da sociedade contemporânea não podem ser sustentadas em detrimento da dignidade do ser humano, assegurada constitucionalmente.

Assim, no segundo capítulo, desponta o tema da pessoa humana e de sua dignidade. Através de uma análise diacrônica, buscar-se-á destacar alguns dos momentos considerados relevantes para a compreensão do sentido e do alcance da dignidade da pessoa humana. Para tanto, considera-se que o principal objetivo do direito é assegurar ao homem uma vida digna.

Diretamente relacionado ao tema da dignidade, está a temática dos Direitos Humanos e Fundamentais. As Declarações de Direitos representam, nesse quadro, a formalização de

uma real preocupação com o bem-estar da humanidade. Não obstante, também foram objeto de críticas, destinadas a contrapor posições absolutas acerca do tema. Alguns contrapontos, portanto, serão analisados no decorrer deste capítulo, fundamentalmente, a fim de demonstrar que as situações criticadas persistem até hoje, encerrando uma crise sobre o tema.

Por outro lado, restaurar a primazia da pessoa continua sendo a primeira condição da adequação do direito à realidade. Nesse sentido, o Estado Democrático de Direito é instituído, consagrando a dignidade da pessoa humana como valor fundamental do ordenamento jurídico. A emergência de princípios relacionados a um contínuo aperfeiçoamento e à promoção dos direitos humanos e fundamentais é essencial para a conformação de um direito mais humanista.

Contudo, a realidade jurídica é uma e a realidade social é outra. Enquanto o Estado Democrático de Direito propõe o estabelecimento do direito como instrumento de transformação social, sua promoção não ocorre com tanta facilidade. A superação do modelo dogmático é uma tarefa árdua, que, se realizada, será fruto de um processo lento. Para tanto, é imprescindível compreender que não existem respostas prontas e rápidas a todas as situações em uma sociedade complexa, na qual os conflitos surgem cada vez com maior intensidade, provenientes das relações entre seus componentes.²

A fim de demonstrar essa realidade dicotômica, uma análise, ainda que breve, sobre a mudança paradigmática operada a partir da carta constitucional de 1988, também integra este capítulo. Em especial, analisar-se-á o fenômeno da constitucionalização do direito civil, assim como da repersonalização, movimentos diretamente relacionados à concepção da Constituição Federal como formadora e informadora do direito ordinário.

Os reflexos desse processo são sentidos sensivelmente no direito privado, o que não corresponde necessariamente ao afastamento completo dos conceitos (pré)existentes, mas à necessidade de compreender que nem sempre os problemas podem ser resolvidos com a formulação de soluções abstratamente consideradas a partir de generalidades. Dessa forma, os

² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 35.

problemas da sociedade atual, enraizada em modelos e paradigmas que parecem só ter sido recebidos e não pensados, devem ser enfrentados.³

De fato, esses movimentos intensificaram a discussão sobre quais valores o sistema jurídico albergou em seu centro e/ou relegou à periferia. É que o Código Civil, na visão tradicional, tem o patrimônio como epicentro, enquanto a nova proposta, conhecida como repersonalização, realoca a pessoa e suas necessidades fundamentais ao centro do sistema.

A partir do momento em que a Constituição assume um lugar privilegiado de enunciação de direitos fundamentais, outra análise relacionada ao tema se anuncia. É necessário reconhecer que os Códigos Civis ocidentais não se ocuparam dos direitos de personalidade, já que foram insculpidos sob um viés patrimonialista. Assim, a preocupação com a dignidade da pessoa humana e com o livre desenvolvimento da personalidade também reivindica a superioridade da Constituição, pois nela representam um norte.⁴

No capítulo final, será analisado o tema dos direitos da personalidade, visceralmente relacionado à promoção da dignidade da pessoa humana, justificando-se a mencionada relevância que se deu ao tema da pessoa e de sua dignidade no capítulo anterior. O direito à vida, à integridade física e mental, à vida privada, à liberdade para dispor do próprio corpo, ao nome, entre outros, são direitos multifacetados⁵ que, na esteira da repersonalização, se prestam à inclusão das minorias.

Os transexuais, então, como autênticos sujeitos de direitos sob uma nova perspectiva, encontrarão a devida proteção. A personalidade, nesse contexto, não é somente um direito, mas um significativo valor do ordenamento jurídico. Os direitos que dela decorrem se prestam à própria promoção da dignidade. Não são meras categorias legais limitadas pelo ordenamento jurídico, mas condições da própria existência do homem enquanto pessoa dotada de dignidade.

³ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 72.

⁴ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Transformações Jurídicas nas Relações Privadas. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito Mestrado e Doutorado da Unisinos**. São Leopoldo: Unisinos, anual, 2003. p. 176-177.

⁵ Expressão utilizada por Luiz Alberto David Araujo. ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 68.

Com base no princípio da dignidade, firmar-se-á um direito geral de personalidade, que corresponde à condição ilimitada e ilimitável da personalidade humana. Será indispensável analisar, nesse contexto, que o Código Civil em vigor não representou um acontecer da Constituição, vez que nasceu retrógrado e demagógico.⁶

Nesse prisma, parte-se da idéia de que realmente a Constituição Federal é o ponto de partida à proteção aos direitos de personalidade. Esses direitos, por sua vez, embora digam respeito a categorias elementares da vida do homem, necessitam, por vezes, serem relativizados, sob pena de ferirem a própria dignidade da pessoa humana.

Reconhecida a existência de direitos indispensáveis ao desenvolvimento do indivíduo em toda sua plenitude, cumprirá esclarecer como são reconhecidos pela doutrina e pela legislação, embora não estejam condicionados a tais previsões expressas, já que destinados a proteger a pessoa na sua dimensão existencial.

Não se olvidou, por conseguinte, de referir algumas situações fáticas decorrentes da aceleração e do aperfeiçoamento de técnicas biomédicas e tecnológicas que, associadas às transformações da sociedade, implicam a rediscussão dos mesmos direitos.

Por fim, retomar-se-á a situação dos transexuais, especialmente no que respeita às suas pretensões em relação à troca de nome e sexo no registro civil, oportunidade em que se abrirá um panorama exemplificativo de como o tema foi e é tratado pelos Tribunais brasileiros. Com isso, pretende-se demonstrar que algumas situações da vida exigem uma análise pontual e diferenciada, haja vista que cada ser humano é um universo próprio.

⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 288.

2 O TRANSEXUAL NUMA PERSPECTIVA PLURAL

É um dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico o reconhecimento da pessoa e de seus direitos. A partir do advento da Constituição de 1988 há uma reformulação do papel da pessoa, que passa a ocupar agora, o centro do sistema. Esse movimento teve conseqüências que se alastraram por todo o sistema jurídico¹. No âmbito do Direito Civil, especialmente, houve a necessidade de uma releitura crítica de vários estatutos fundamentais, especialmente no que tange aos bens, coisas ou interesses, que cederam espaço à percepção da pessoa, concretamente.²

Nesse sentido, os direitos que decorrem da personalidade, amplamente reconhecidos como valor constitucional, devem ser concretizados, retomando o significado da Constituição exatamente naquilo que ela tem de norma diretiva fundamental.³

A partir dessa perspectiva legal, bem como diante do inexorável avanço científico-tecnológico (operado nas mais diversas áreas do conhecimento nas últimas décadas), estabeleceu-se uma gama de relações sociais e jurídicas que, além de sugerirem mudanças, atingiram os âmbitos religioso, cultural e político, trazendo à tona as vulnerabilidades da natureza, da mente e do corpo humano.⁴

E é nesse contexto que os transexuais, até então socialmente escondidos e, por conseguinte, excluídos, necessitam encontrar o seu espaço social.

¹ A restauração da primazia da pessoa humana nas relações civis é, por exemplo, um desafio aos civilistas, os quais devem enxergar a pessoa em toda sua dimensão ontológica, adequando-a à realidade e aos fundamentos constitucionais. Este movimento tem como ponto fundante a valorização da dignidade da pessoa humana, que é considerada o fim, enquanto o Estado é um meio para a garantia e promoção dos seus direitos fundamentais. Esses temas serão convenientemente tratados no próximo capítulo deste estudo e serão justificados na esteira das linhas de pesquisa do Programa de Pós Graduação em Direito da Unisinos. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 141, jan./mar. 1999. p. 103.

² FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 22.

³ STRECK, Lenio Luiz. Constitucionalismo, jurisdição constitucional e Estado Democrático de Direito: ainda é possível falar em Constituição dirigente e compromissária? **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS**. São Leopoldo: Unisinos, anual, 2001. p. 115.

⁴ BARRETO, Vicente de Paulo. As relações da Bioética como Biodireito. In: BARBOZA, Heloísa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo (Orgs.). **Temas de bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 42.

Vale dizer que os transexuais caracterizam-se por seu desejo de serem aceitos social e juridicamente enquanto do sexo oposto ao seu sexo morfológico, atribuído no momento do nascimento. Possuem, portanto, a aparência de um sexo, mas o desejo intenso de pertencerem a outro, o que, seguramente, contribuiu para, até então, numa sociedade excludente, tratá-los de forma periférica e discriminada.

O resgate, pois, dessa minoria social, em um Estado Democrático e Social de Direito, que se mostra como espaço preservador da convivência social, garantindo o direito de expressar-se em última análise, apontando a dignidade concreta como núcleo fundamental, é imprescindível e impositivo.

Não obstante, para que se verifiquem as condições sociais em que vivem os transexuais, é indispensável uma abordagem inicial sobre sexo, fundamentalmente, para demonstrar a discrepância entre o sexo psíquico e o sexo anatômico. Da mesma forma, é indispensável a análise sobre a concepção ocidental dualista de sexo, percebendo, em seguida, a forma como certas concepções fundadas nesses dualismos e categorias impostas de cima para baixo podem resultar em preconceito e exclusão social.

A terapia cirúrgica, pois, exsurdirá como meio para minimizar as profundas angústias do transexual, agindo como portal para a sua inclusão social. A aceitação e identificação de si são o início da sua jornada com a retomada de sua estima.

Por outro lado, e como consequência natural da alteração cirúrgica do sexo anatômico, surge a necessidade de readequação do nome e sexo no registro civil, complemento indispensável para que a pessoa assuma plenamente seu novo gênero.⁵

2.1 SUPERANDO VELHOS PARADIGMAS SOBRE SEXO E SEXUALIDADE

O conjunto de diferenças físicas entre um homem e uma mulher é fundamental, em princípio, para a compreensão e definição do sexo.⁶

⁵ GOLDIM, José Raymundo; BORDAS, Francis C.; RAYMUNDO, Márcia M. Aspectos bioéticos e jurídicos do transexualismo. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (Coord.) **Bioética e sexualidade**. São Paulo: Jurídico Brasileira, 2004. p. 101.

Todavia, a compreensão de sexo não está limitada a uma definição tão simplificada. Está relacionada, também, com a reprodução dos seres humanos, com a manifestação da libido e com o prazer⁷. Transcende, assim, os limites estreitos da biologia, trazendo implicações psíquicas, notadamente no que respeita às atitudes dos indivíduos.⁸ Dessa forma, há mais observações (necessárias) sobre um tema que envolve múltiplos (pré)conceitos.

Pode-se dizer, inicialmente, que o sexo (e o que está relacionado à sexualidade) sempre existiu e sempre existirá. Está relacionado com a procriação, função vital da própria humanidade. Porém, em que pese ter ficado tanto tempo adstrito à procriação, ultrapassou-a, na medida em que passou a se refletir na moral, na religião, na pureza e, mais tarde, também, na ciência, nas artes, no amor e no prazer.⁹

Independentemente dos diversos significados atribuídos ao sexo no decorrer da história, invariavelmente faz parte da dimensão da pessoa, ou seja, o que está relacionado ao sexo também está vinculado à explicação do que a pessoa é.¹⁰ Dessa forma, o que envolve o sexo, a sexualidade e o corpo¹¹ acaba por refletir no desenvolvimento da personalidade e na vida do homem.

Nos últimos tempos, tudo que está relacionado à sexualidade vem adquirindo espaço em diversos âmbitos de estudo. O que antes estava tão intimamente adstrito à biologia, às ciências médicas e à psicanálise ganhou força em outros setores, especialmente nos âmbitos político e social.

⁶ SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual**: estudo sobre o transexualismo – aspectos médico e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 34.

⁷ Adverte Araujo, que há muito o sexo deixou de estar relacionado somente à reprodução. É certo que o assunto remete às origens da humanidade, mas, com o passar do tempo, temas como o amor, desejo, prazer, proteção ao patrimônio, acúmulo de bens, descendência sadia, controle populacional, sacralidade, culto à arte, entre outros, se destacaram, alterando e superando, ao longo da história, a idéia inicial de que o sexo está estritamente ligado à procriação. ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 35.

⁸ SZANIAWSKI, Elimar. Op. Cit., 1998. p. 34.

⁹ ARAUJO, Luiz Alberto David. Op. Cit., 2000. p. 35-45.

¹⁰ HELBORN, Maria Luiza. Corpo, sexualidade e gênero. In: DORA, Denise Dourado (Org.). **Feminino, Masculino**: igualdade e diferença na justiça. Porto Alegre: Sulina, 1997. p. 54.

¹¹ Sobre o corpo, muito e desde sempre tem se falado. Das muitas análises, interessa, para o presente estudo, aquela que diz que o corpo não é só organicidade, nem somente suporte estrutural para todas as populações. O que sentimos no corpo (frio, calor, dor, gosto, emoção), também é efeito de um trabalho de elaboração cultural. Ibid., p. 48-49.

Todo esse movimento de atenção conferido à sexualidade pode ter iniciado com os levantes feministas.¹² Entretanto, refletiu-se também no âmbito internacional e hoje está atento aos vetores vinculados à saúde de uma forma global, tais como controle populacional, epidemia de AIDS, gravidez não-desejada, abuso sexual, educação, entre tantos¹³, todos imprescindíveis para alcançar-se a efetiva dignidade da pessoa humana.¹⁴

Dessa forma, as questões que envolvem sexualidade foram alcançando, aos poucos, projeção nos âmbitos social, político e da ética, espaços em que foram e têm sido intensamente debatidas.

Os debates alavancados pelos movimentos feministas ecoaram e, hoje em dia, ultrapassaram a rígida compreensão da concepção homem/mulher como balizadores sociais estanques, erigindo o homem/mulher como pessoa, considerado em si e nas relações que estabelece em sociedade, pautadas, sempre, pela dignidade da pessoa humana.

Por tudo isso, o sexo não está adstrito a uma única referência, mas a vários “estados de coisas e eventos que concordamos em chamar de sexo”,¹⁵ tais como o aparelho genital e as características femininas/masculinas desenvolvidas no decorrer da vida, mas, além disso, às sensações, sentimentos e condutas sentidas e experimentadas¹⁶ que, sem dúvida, ultrapassam a fronteira da biologia. Nesse sentido, destacaram Kuramoto e outras, *in verbis*:

A sexualidade da pessoa humana não está reduzida apenas à genitália. É mais ampla do que a materialidade do ato sexual em si. Podemos dizer que todos os fenômenos genitais são sexuais, mas nem todos os fenômenos da sexualidade humana se restringem aos genitais. Ela abrange toda a dimensão da pessoa, seus relacionamentos, suas crenças e a posição que ocupa no mundo.¹⁷

¹² PARKER, Richard. BARBOSA, Regina Maria (Orgs). **Sexualidades brasileiras**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1996. p. 8.

¹³ *Ibid.*, p. 8.

¹⁴ KIMBERLE, Crenshaw. A Construção jurídica da igualdade e da diferença. In: DORA, Denise Dourado (Org.). **Feminino, masculino: igualdade e diferença na justiça**. Porto Alegre: Sulina, 1997. p. 18.

¹⁵ COSTA, Jurandir Freire. O referente da identidade homossexual. In: PARKER, Richard; BARBOSA, Regina Maria (Orgs). *Op. Cit.*, 1996. p. 63.

¹⁶ *Ibid.*, p. 64.

¹⁷ KURAMOTO, Jaqueline Bergara; ZOLA, Regina Célia; MIRANDA, Juranda Maia. Pessoa Humana e sexualidade. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (Coord.). **Bioética e sexualidade**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2004. p. 155.

Pode-se concluir, nesse passo, que a sexualidade não é definida pelos órgãos sexuais, mas por um conjunto de fatores e elementos que acabam por identificar uma pessoa como homem ou mulher.

Todavia, essa enfática polaridade que insiste em habitar o senso comum precisa também ser compreendida. Domina nas sociedades ocidentais, mas não somente nelas¹⁸, a concepção da separação entre feminino e masculino. Convencionou-se, a partir dessa divisão e, ao longo da história ocidental, que as mulheres estão mais aptas à submissão e a determinadas tarefas, e o homem, ao comando. Eventuais variações desse comportamento seriam desvios da natureza.¹⁹

Contudo, tal categoria binária não reconhece quem está fora do contexto dual. A diversidade sexual ainda sofre com a falta de perspectivas em uma sociedade dominada pela heterossexualidade patriarcalmente estabelecida. A falta de políticas públicas que vão além do âmbito da saúde dificultam ainda mais a superação dessa “compreensão negativista” da diversidade.²⁰

Ora, o espaço democrático promovido pelo Estado Democrático e Social de Direito permitiu, também, a assunção de novas maneiras de viver e de se relacionar, deixando de lado a rigidez das formas fixas de comportamento anteriormente designadas a homens e mulheres, separadamente.²¹

¹⁸ Com a intenção de manter uma linha condutora, optou-se por uma análise que remete às sociedades ocidentais. Algumas informações específicas também colaboraram para esse entendimento. Em algumas tribos do oriente, é mais comum o sexo ser entendido de forma diferente. Para os “Sâmnia” da Nova Guiné, por exemplo, o elemento cujo valor determina a ordenação moral das práticas sexuais é o esperma. Considerado escasso pelos integrantes da tribo, o sêmen é distribuído de acordo com regras rígidas. Para eles, mais importante do que o sexo de homens e mulheres é a posição de quem possui esperma, quem dá esperma, quem consegue estocá-lo. Entretanto, é certo que essa dualidade não está adstrita às sociedades ocidentais, em que a diferença entre homens e mulheres nem sempre foi categoricamente dividida. COSTA, Jurandir Freire. O referente da identidade homossexual. In: PARKER, Richard; BARBOSA, Regina Maria (Orgs). **Sexualidades brasileiras**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1996. p. 65-67.

¹⁹ Chega-se a afirmar que as práticas de agressões verbais praticadas na infância, ou seja, trocas de rimas e ofensas, especialmente entre meninos, acabam por contribuir para a construção da identidade masculina, mas que, além disso, estabelece regras de segregação entre o feminino, o masculino. LEAL, Ondina Fachel; BOFF, Adriane de Mello. Insultos, queixas, sedução e sexualidade: fragmentos de identidade masculina em uma perspectiva relacional. In: *Ibid.*, p. 122.

²⁰ SOARES, Alessandro; BARBOSA, Renato. “Negar Direitos ao coletivo LGBT não é um ato de poder de traços patriarcais?” **Revista do Instituto Humanitas Unisinos**. São Leopoldo, ano 6, n 199, out., 2006, p. 8. Entrevista concedida ao IHU On-line.

²¹ Por oportuno, Ramires toma emprestada a idéia de modernidade líquida de Zygmunt Bauman: *a fixidez das identidades coletivas e individuais cede lugar a uma fluidez que se aloja dentro dos indivíduos e se espalha pela sociedade*. RAMIRES, Lula. A viagem como metáfora da busca de identidade. **Revista Educação: cultura e**

Apesar disso, para se conviver nessa mesma sociedade, há determinados casos em que o desejo da pessoa é enquadrar-se em um ou outro sexo, mesmo que não seja de forma integral. Isso porque também se passou a compreender que o sexo se constrói relacionalmente, e que, nas práticas cotidianas, o transexual quer ser “homem” ou “mulher”, o que não quer dizer, precisamente, ser heterossexual.²²

Por tudo isso, há que se perceber o sexo a partir de suas diferentes acepções, quais sejam: o sexo biológico, que compreende o morfológico, o genético e o endócrino; o sexo psíquico e o sexo civil²³, os quais serão analisados distintamente, a fim de que se possa perceber como se procede a identificação sexual do indivíduo.

2.1.1 O sexo biológico

O sexo biológico é aquele que compreende as características corporais do indivíduo. Divide-se em: sexo genético, endócrino e morfológico.

- a) Sexo genético, subdividido em sexo cromossômico e sexo cromatínico²⁴.

poder na educação, edição especial, São Paulo: Segmento, n. 02, mar., 2008. p. 69. Para Bauman, não se pode negar todas as significativas transformações que a “modernidade fluida” trouxe à condição humana. BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 15.

²² Em que pese ser esse o desejo da maioria, não se pode deixar de referir sobre o alerta que faz Bento, sobre o que ela chamou de “processo de desconstrução do transexual universal”. Após inúmeras entrevistas, a autora refere que os motivos que levam uma pessoa a se submeter a cirurgia não são sempre os mesmos e podem até estar desvinculados da prática sexual, como revelado por Andréia: *eu acreditava que poderia viver normalmente como uma senhora, sem problemas, que isso que eu tenho no meio das pernas não faria diferença. Eu não pensei que esse sexo anatômico fosse provocar transtornos para mim. Mas eu pensava uma coisa e a vida me mostrou outra. Quando eu fui para a escola, aos dez anos, comecei a me dar conta da diferença, e a notar que aquilo que não fazia diferença para mim fazia a diferença. Aí é que começaram os problemas. Eu não quero a vagina pelo sexo não. Eu quero para provar para as pessoas que eu posso tomar banho no banheiro com mulher e estou lá toda feliz. Elas não vão ficar duvidando se eu sou mulher, se eu sou homem.* BENTO, Berenice. **A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual**. Rio de Janeiro: Garamond, 2006. p. 156-157.

²³ SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual: estudo sobre o transexualismo – aspectos médico e jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 36. Araujo, por sua vez, traz na classificação dos sexos a seguinte divisão: genético, gonádico, fenotípico, psicológico e jurídico. Alerta, entretanto, que a identificação entre os vários aspectos da sexualidade é que vai determinar sobre a normalidade da situação, ressaltando, ainda, a importância e a predominância do aspecto psicológico. ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção Constitucional do Transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 35.

²⁴ SZANIAWSKI, Elimar. Op. Cit., 1998. p. 36.

O sexo cromossômico é aquele resultante da união do óvulo portador de um cromossomo sexual 'X' com um espermatozóide portador de um cromossomo sexual que pode ser 'X' ou 'Y'²⁵. Os seres humanos possuem o zigoto constituído por 46 cromossomos, 23 originários da mulher, e 23 do homem. No momento da fecundação, só dois cromossomos determinam a sexualidade. O cromossomo trazido pelo homem pode ser um cromossomo X ou Y. Já o da mulher será sempre X. Se a combinação for XX, o indivíduo que nascerá será mulher, se for XY, será homem²⁶.

O sexo cromatínico, por sua vez, refere-se a determinadas características dos cromossomos femininos, quase sempre ausentes nos cromossomos masculinos.

Assim, quando se deseja verificar se um indivíduo é cromossomicamente feminino, realiza-se determinado exame no seu tecido, que portará certas características encontradas somente nos cromossomos XX, localizadas próximas ao núcleo das células.

- b) O sexo endócrino é formado pelo sexo gonadal e extragonadal. O gonadal é identificado nas glândulas sexuais, especificamente nos testículos masculinos e nos ovários femininos. Seu objetivo é a produção de hormônios.

O sexo extragonadal é formado pelas glândulas tireóide e epífise, que tem como função determinar outros traços de feminilidade ou masculinidade ao indivíduo. Se em algum exame se determinar alteração no sexo extragonadal, que poderá possuir uma mistura de tecido ovariano e testicular, a pessoa poderá estar com o estado sexual alterado.

- c) O sexo morfológico, relacionado com a forma ou a aparência de uma pessoa, é aquele através do qual será atribuída a designação sexual. Primariamente, o homem, no aspecto genital — que corresponde ao que se chama de caracteres primários da sexualidade — possui testículos, escroto e pênis. A mulher, por sua vez, possui vagina, ovários, útero e trompas. No aspecto extragenital, diferenciam-

²⁵ SUTTER, Matilde Josefina. **Determinação e mudança de sexo:** aspectos médico-legais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 31.

²⁶ SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual:** estudo sobre o transexualismo – aspectos médico e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 37.

se, ainda, pelo timbre de voz, ausência ou presença de mamas e tipo de pilosidade, entre outros, denominados caracteres secundários.²⁷

Dessa forma, para a perfeita identificação sexual de uma pessoa, é imprescindível existir correspondência entre os caracteres primários e os secundários, bem como a presença de todos os caracteres de um sexo e a ausência dos do sexo oposto, além da conformação anatômica dos órgãos genitais.²⁸

No momento do nascimento, tendo em vista a identificação da pessoa em um ou outro sexo, procede-se, basicamente, ao exame da genitália externa do recém-nascido. É pelo sexo biológico, portanto, que a criança será identificada por gênero, registrando-se, conseqüentemente, a designação masculina ou feminina em seu assento de nascimento.

Todavia, a identidade sexual não diz respeito somente ao sexo morfológico, mas também está relacionada aos componentes psíquicos e comportamentais, importantes caracterizadores do estado sexual.

Assim, não é apenas o sexo morfológico que irá compor a sexualidade e determinar a identidade sexual do ser humano, mas uma variável de aspectos de sua sexualidade, como já se observou.²⁹

2.1.2 O sexo psíquico

Se o sexo não pode ser reduzido apenas a aspectos morfológicos e funcionais, é certo que fatores psíquicos também irão interferir na identificação de uma pessoa. Além disso, há conseqüentes reações psíquicas na pessoa relacionadas com a forma como é identificada, como sendo homem ou mulher.

²⁷ SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual**: estudo sobre o transexualismo – aspectos médico e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 37-38.

²⁸ SUTTER, Matilde Josefina. **Determinação e mudança de sexo**: aspectos médico-legais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 41.

²⁹ ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção Constitucional do Transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 22.

Segundo Farina, o sexo psíquico compreende o sexo educacional, ou de formação sexual, o papel do gênero e a identidade de gênero³⁰. O sexo educacional ou de formação pode ser entendido como aquele resultante das pressões impostas ao indivíduo em seu estágio infantil. O papel do gênero pode ser percebido pelas coisas que uma pessoa faz, fala ou sente e que, por conseguinte, revela seu estado sexual. A identidade de gênero é revelada desde quando uma criança afirma ser menino ou menina.³¹

O sexo psicológico, assim, conjuga “uma série de características que poderiam ser descritas como a reação psicológica do indivíduo frente a determinados estímulos”³². Indivíduos do mesmo sexo costumam apresentar, nesse andar, reações semelhantes e diferenciadas das do sexo oposto.

Nesse quadro, os transexuais são, por um lado, indivíduos biologicamente definidos em um sexo, mas que se identificam com o gênero do sexo contrário. Quando a manifestação dessa identificação com o gênero do sexo contrário ocorre precocemente, o transexual é denominado primário. Os transexuais secundários, por sua vez, caracterizam-se por manifestações tardias, geralmente não permanentes, revelando, muitas vezes, oscilações entre a homossexualidade e o travestismo.³³

O transexual primário, para Chaves, é o indivíduo que se considera verdadeiramente como do sexo oposto, sem qualquer identificação com a homossexualidade ou o travestismo. Seus órgãos genitais são permanentemente escondidos, o que culmina por atrofiá-los.³⁴

³⁰ FARINA, Roberto. **Transexualismo: do homem à mulher normal através dos estados de intersexualidade e das parafilias**. São Paulo: Novolunar, 1982. p. 22.

³¹ *Ibid.*, p. 22.

³² SUTTER, Matilde Josefina. **Determinação e mudança de sexo: aspectos médico-legais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 43.

³³ *Ibid.*, p. 44.

³⁴ CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo** (intersexualidade, transexualidade, transplantes). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 144. A transexualidade secundária é entendida por alguns autores como sendo falsa e transitória. É que, nesses casos, há uma alternância de fases, ora de atividade homossexual, ora de travestismo, apresentando, ainda, impulsos transitórios e ocasionais de transexualidade. FARINA, Roberto. Op. Cit., 1982. p. 141-142

2.1.3 O sexo civil

Também chamado de sexo jurídico ou sexo legal, o sexo civil consiste na determinação do sexo de uma pessoa em razão de sua vida civil, ou seja, nas suas relações com a sociedade.

É determinado no momento da lavratura do assento de nascimento, quando aposto o designativo masculino ou feminino, tendo como base o sexo morfológico externo.³⁵

O sexo civil é, em larga escala, determinante para a vida da pessoa, na medida em que acarreta inúmeras conseqüências no mundo do direito. Como acentua Sutter, nossa legislação apresenta farto material demonstrando tratamento diferenciado em razão do sexo,³⁶ sendo, pois, óbvias suas conseqüências.

Vale lembrar, por exemplo, que há interesse da pessoa em comprovar o seu sexo através de documento emitido pelo registro civil, pois, através desse registro, poderá praticar determinados atos da vida civil.³⁷ Existem dispositivos legais, por exemplo, que só podem ser praticados por um homem ou por uma mulher.³⁸

Os outros fatores determinantes da sexualidade, tanto de ordem psíquica como de ordem física, são desconsiderados, em um primeiro momento, para fins de registro civil. Em ambos os casos, pode-se prever o prejuízo quando houver a real necessidade de identificação do transexual.

Tanto no que é pertinente à dificuldade de identificação de gênero quanto no caso de anomalias decorrentes de má formação genital, há conseqüências jurídicas decorrentes para

³⁵ SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual**: estudo sobre o transexualismo – aspectos médico e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 39.

³⁶ SUTTER, Matilde Josefina. **Determinação e mudança de sexo**: aspectos médico-legais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 55.

³⁷ Ibid., p. 56.

³⁸ Por exemplo, os crimes de estupro e infanticídio. Além disso, no Código Civil de 1916, havia a previsão de alguns atos que só imprimiam garantia legal quando o homem ou a mulher atingissem determinada idade, comprovando-se com a apresentação do registro civil, que, presume-se, contém dados suficientes e corretos que permitam tal identificação. Cita-se como exemplo o art. 183, XII, que impedia as mulheres menores de 16 anos e os homens menores de 18 de se casar.

um indivíduo identificado e reconhecido como pertencente a um determinado sexo e que porta documentos nos quais consta estado sexual diverso daquele que se apresenta.

Em muitos casos, principalmente nos portadores de anomalias sexuais decorrentes de má formação congênita, é desnecessária a redesignação sexual cirúrgica e, conseqüentemente, não é necessária a adaptação do sexo civil.

Em outros, entretanto, a realização da cirurgia de reversão sexual, com a adequação do sexo biológico ao sexo psíquico, acarreta uma incompatibilidade com o sexo civil (como adiante se analisará).³⁹

Assim, tanto para aqueles que se submetem à intervenção cirúrgica como para aqueles que não se submetem, há a posterior preocupação com o momento da comprovação do sexo civil, em que se faz necessária a apresentação do assento de nascimento, no qual nome e estado sexual não condizem com a aparência do indivíduo.

Essas dificuldades fazem surgir uma instigante e importante questão, atinente à dicotomia entre o real e o aparente, à distância entre o ser e o parecer ser, o que repercute na alteração do assento de nascimento como meio para reafirmar a dignidade da pessoa.

2.2 A TRANSEXUALIDADE: DA CARACTERIZAÇÃO À CIRURGIA

O estudo da transexualidade será desenvolvido a seguir, a partir de sua definição e características, com o que se pretende esclarecer especificamente a situação do transexual, suas dificuldades e angústias e a necessidade de uma conseqüente alteração de sexo no campo do registro civil.

³⁹ Estabelece Matilde Josefina Sutter distinção entre o intersexual e o intersexuado, possuindo este último perfeita genitália externa e interna de um único sexo, respondendo, porém, psicologicamente aos estímulos do outro, enquanto que o intersexuado apresenta genitália ambígua, na qual existe dificuldade em se identificar o sexo da criança quando de seu nascimento, inclusive por parte do médico, quando não está habituado a lidar com intersexuados. Acrescenta que há casos em que os pais registram duas vezes a criança, declarando numa o sexo masculino e noutra, o sexo feminino. SUTTER, Matilde Josefina. **Determinação e mudança de sexo: aspectos médico-legais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 63.

Demais esclarecimentos, especialmente sobre a cirurgia de “mudança de sexo”, também se fazem necessários, a fim de que se compreenda perfeitamente a situação dos envolvidos e sua real necessidade de identificar-se como pertencente ao sexo oposto.

2.2.1 Caracterização e particularidades

O ponto pacífico entre as mais variadas afirmações sobre a caracterização da transexualidade é a certeza da incompatibilidade entre o sexo biológico e a identificação sexual do indivíduo.⁴⁰

Nesse caso, a pessoa não se identifica com a condição do sexo biológico, sentindo-se, pois, alheia ao meio social, já que tem disposição psíquica e afetiva do sexo oposto. É um indivíduo com genitália externa masculina e personalidade efetivamente feminina, ou vice-versa, que sofre de um “incontrolável anseio de total reversão sexual”.⁴¹

É considerada uma “pseudosíndrome psiquiátrica”, profundamente dramática e desconcertante, na qual o indivíduo se identifica com o gênero oposto, negando seu sexo biológico, o que ensejaria uma operação de reajustamento sexual, possibilitando que a pessoa assuma a identidade do seu verdadeiro gênero.⁴²

Portanto, o transexual é um indivíduo que recusa totalmente o sexo que lhe foi atribuído desde o nascimento e que não é portador de anomalia. É uma mulher, do ponto de vista psicológico, e homem, organicamente falando. Daí a perfeita aplicação da expressão latina “anima milieris in corpore virile inclusa”: uma alma de mulher enclausurada em um corpo de homem.⁴³

⁴⁰ SUTTER, Matilde Josefina. **Determinação e mudança de sexo: aspectos médico-legais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 105.

⁴¹ SILVEIRA, José Francisco Oliosi da. **O transexualismo na Justiça**. Porto Alegre: Síntese, 1995. p. 107.

⁴² FARINA, Roberto. **Transexualismo: do homem à mulher normal através dos estados de intersexualidade e das parafilias**. São Paulo: Novolunar, 1982. p. 117.

⁴³ SZNICK, Valdir. Aspectos jurídicos da operação de mudança de sexo. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 312, ano 86, 1990. p. 336. O autor cita a expressão latina como se só houvesse transexuais masculinos. Todavia, há uma tendência maior a referirmos dessa forma, já que existe uma considerável diferença entre o número de transexuais femininos e masculinos.

O transexual possui, assim, perfeita genitália (externa e interna) de um único sexo, mas psicologicamente responde a estímulos de outro. Rejeita seu sexo biológico, considerando-se um “erro da natureza”.⁴⁴

Diante disso, mesmo sabendo que são biologicamente de um determinado sexo, com ele não se conformam e desejam veementemente modificá-lo.⁴⁵

Nesse sentido, Desprats-Péquiot:

[...] embora o transexual não apresente nenhuma perturbação detectável (genética ou hormonal), nenhuma anomalia anatômica (hermafroditismo), ele está convencido e afirma o fato de que 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 “ser homem”, ao qual diz pertencer. Pede, conseqüentemente, a retificação de sua identidade civil e de seu corpo a fim de estar em adequação com o que não lhe provoca qualquer dúvida: ele sabe que é um homem ou mulher, sabe o que é ser mulher ou um homem. O problema está justamente nessa convicção absoluta.⁴⁶

Outrossim, oportuna é a contribuição de Araujo, ao indicar que toda essa busca pela integração do corpo, da mente e do espírito é no sentido de que a pessoa, que sofre com essas dificuldades, também possa integrar-se socialmente. O caminho, no entanto, é longo e árduo, e resultado de todo um processo de adequação, diverso de um “capricho passageiro”.⁴⁷

Percebe-se, pois, que a noção de inadequação do sexo psíquico ao sexo biológico, consubstanciado na repulsa ao segundo diante do desejo de pertencer ao primeiro, permeia o estudo de vários autores. Todos os estudos, entretanto, não desvendaram a causa do fenômeno, restando adstritos à compreensão de que a transexualidade pode ser o resultado de uma confluência de fatores, que, por sua vez, podem ser genéticos, sociais e psicológicos, variando consideravelmente em determinados casos.⁴⁸

⁴⁴ SZNICK, Valdir. Aspectos jurídicos da operação de mudança de sexo. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 312, ano 86, 1990. p. 336.

⁴⁵ SILVEIRA, José Francisco Oliosi da. **O transexualismo na Justiça**. Porto Alegre: Síntese, 1995. p. 10.

⁴⁶ PÉQUIGNOT, Catherine Desprats. **A psicopatologia da vida sexual**. Campinas: Papirus, 1994. p. 76.

⁴⁷ ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção Constitucional do Transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 31.

⁴⁸ VIERA, Tereza Rodrigues. Direito à adequação de sexo do transexual. **Revista Literária de Direito**. São Paulo: Jurídica Brasileira, set./out. 1999. p. 22. A revista só traz esses dados

Não obstante, o desenvolvimento de estudos científicos e o conseqüente aprimoramento de conceitos permitiram a caracterização do transexual, diferenciando-o do homossexual e do travesti, o que representa um grande avanço para a compreensão do tema, já que existem diversidades marcantes entre os mencionados comportamentos, principalmente no que diz respeito à necessidade de interferência médica e cirúrgica, bem como nas correlatas conseqüências que advirão nos diversos âmbitos.⁴⁹

Assim, o transexual caracteriza-se, como já foi posto, como alguém que repulsa seus órgãos genitais, desejando pertencer ao sexo oposto. Anatomicamente, são pessoas normais (não-portadoras de anomalias), porém, não se sentem satisfeitas com seu sexo morfológico, estando constantemente em estado emocional de ansiedade e depressão devido a uma desorganização da personalidade em virtude da dificuldade de identificação.⁵⁰ Essa dificuldade de identificação pode se manifestar em qualquer idade⁵¹ e é praticamente

⁴⁹ Os transexuais podem ser confundidos com outros portadores de condutas sexuais diferentes dos heterossexuais, como os homossexuais, os fetichistas, os hermafroditas, os intersexuais e até os travestis, sendo mais comumente confundidos com travestis ou homossexuais. Todavia, na homossexualidade não se discute o sexo anatômico, pois o homossexual se realiza através da relação com pessoas do mesmo sexo, ou seja, sua identidade sexual não é questionada. Para Roberto Farina, o homossexual não possui conflitos decorrentes dessa condição, pois seu sexo é, para ele, fonte de prazer. FARINA, Roberto. **Transexualismo: do homem à mulher normal através dos estudos e intersexualidade e das parafilias**. São Paulo: Novolunar, 1982. p. 56-57. A partir disso, tem-se a primeira distinção entre os homossexuais, que rejeitam a idéia que lhes parece absurda, de remover seus órgãos genitais, enquanto os transexuais não se identificam de forma nenhuma com seu sexo anatômico, rejeitando-o. Já os travestis são pessoas que possuem desvio de conduta sexual no sentido de que o prazer está ligado à idéia de usar roupas típicas do sexo oposto. Em muitas situações são caracterizados equivocadamente, uma vez que são confundidos com bailarinas ou prostitutas, quando, na verdade, os travestis abusam da “roupagem cruzada” (advinda da expressão *cross dressing*). Os travestis, por fetichismo ou por defesa, possuem certa dificuldade sexual ao se portarem de acordo com seu sexo originário. SUTTER, Matilde Josefina. **Determinação e mudança de sexo: aspectos médico-legais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 157. Ainda, pode-se afirmar que existem características detectáveis, capazes de demonstrar claramente as diferenças que se percebem entre os transexuais, os homossexuais e os travestis. A primeira diz respeito ao nível de libido verificado em relação ao transexual, que é mais baixo do que no homossexual. A seguinte diz respeito à conduta sexual, desejando, na maioria das vezes, os transexuais manterem relações heterossexuais, enquanto que os homossexuais só se satisfazem com pessoas do mesmo sexo. Em relação aos órgãos sexuais, como já foi salientado, para o homossexual é fonte de prazer, assim como para os travestis, enquanto para o transexual é fonte de repulsa e vergonha, desejando sua remoção. Em relação ao comportamento dos transexuais, evidencia-se que tem características próprias do sexo oposto, diferentemente do comportamento dos homossexuais e travestis. Assim, percebe-se que os travestis e homossexuais podem adaptar-se, enquanto que os transexuais não escondem que se sentem como se pertencessem ao sexo oposto, o que poderá fazer surgir inclusive um sentimento de maternidade, ao contrário dos homossexuais, no caso, os masculinos, que podem lamentar sua preferência sexual, caso exista um desejo de paternidade. SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual: estudo sobre o transexualismo – aspectos médico e jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 57.

⁵⁰ Ibid., p. 62.

⁵¹ Araujo, amparado na lição de Jurandir Freire Costa, corrobora essa afirmação, ensinando que a transexualidade pode manifestar-se na infância, adolescência ou na idade adulta. Apesar do comportamento poder surgir muito cedo, o que se percebe pelas brincadeiras e tendência ao vestir-se, a procura por “tratamento” acontece, normalmente, em idade escolar, já que várias de suas dificuldades compreendem problemas de vínculo, hostilidade em relação ao próprio corpo, tendência ao isolamento e, conseqüentemente, profunda baixa-

irreversível quando se trata de indivíduos adultos.⁵² Aliás, os pacientes adultos buscam a terapia, primeiramente, exatamente para lidar com o transtorno e com tudo que envolve essa desorganização.⁵³

Assim, qualquer tentativa no sentido de reverter psicologicamente o transexual adulto é inócua, especialmente em vista da falta de colaboração do paciente, que rejeita qualquer tratamento psicoterápico, já que está seguro de sua opção sexual.⁵⁴

Somam-se as dificuldades expostas àquela atinente ao próprio terapeuta. Se o profissional não acreditar que efetivamente pode ajudar o transexual, terá um impasse analítico, com o conseqüente fracasso no tratamento. Assim, em que pese estar reconhecido o nobre propósito da psicanálise no auxílio da busca de equilíbrio pelos seres humanos, a reversão da transexualidade em adolescentes ou adultos não tem sido satisfatória por meio de terapia.⁵⁵

Frente a tais dificuldades, especialmente no que diz respeito à aceitação de tratamento psicoterápico, buscam-se alternativas, no afã de adequar seu corpo ao seu sexo psíquico, o único que realmente importa.⁵⁶ Essas alternativas envolvem, além da cirurgia de reversão sexual, um acompanhamento rigoroso e contínuo em relação aos cuidados como dosagem de hormônios, aumento ou ablação de mamas, entre outros, a fim de que os caracteres secundários igualmente se manifestem.⁵⁷

Entretanto, em muitos casos, a falta de recursos financeiros e de conhecimento técnico traz graves conseqüências, principalmente para indivíduos aflitos e ansiosos, que buscam, através de recursos não autorizados e, dessa forma, desrecomendados, a solução para seu drama. A automutilação irreversível e até mesmo o suicídio são exemplos concretos que

estima. ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção Constitucional do Transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 52.

⁵² SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual**: estudo sobre o transexualismo – aspectos médico e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 62.

⁵³ VIERA, Tereza Rodrigues. Direito à adequação de sexo do transexual. **Revista Literária de Direito**, São Paulo: Jurídica Brasileira, set./out. 1999, p. 22.

⁵⁴ SUTTER, Matilde Josefina. **Determinação e mudança de sexo**: aspectos médico-legais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 115.

⁵⁵ VIERA, Tereza Rodrigues. Direito à adequação de sexo do transexual. **Revista Literária de Direito**, São Paulo: Jurídica Brasileira, set./out. 1999, p. 22..

⁵⁶ SUTTER, Matilde Josefina. Op. Cit., 1993. p. 116.

⁵⁷ SUTTER, Matilde Josefina. Op. Cit., 1993. p. 116.

devem ser considerados no momento em que um transexual busca auxílio terapêutico. A cirurgia para a adequação sexual somente será realizada após a análise minuciosa da situação de cada indivíduo.

2.2.2 A cirurgia como terapia indicada

O progresso da medicina já permite a adequação da genitália do indivíduo caracterizado como transexual⁵⁸ ao seu sexo psíquico.⁵⁹

O sucesso dessas novas técnicas cirúrgicas pode ser atribuído aos constantes estudos biomédicos, ao controle intensivo do paciente traumatizado e da microcirurgia. Além disso, os traumáticos ferimentos de guerra, acidentes automobilísticos, exérese por tumores malignos, entre outros, contribuíram significativamente para o desenvolvimento de novas técnicas e aceleraram os estudos para os procedimentos de reconstrução de genitália. Hodiernamente, a perda total peniana, do ponto de vista estrutural, é completamente resgatável, ensejando o sucesso, também, nas cirurgias de mudança de genitália.⁶⁰

Todavia, considerando que não se pode rejeitar nem conceder pacificamente a cirurgia de mudança de sexo, existem determinados requisitos a serem observados, dependendo, obviamente, da situação de cada pessoa, e seguindo-se uma análise sobre o procedimento cirúrgico e as particularidades da cirurgia.⁶¹

⁵⁸ No entendimento de alguns autores, o correto nome da operação pela qual se submete um transexual, na tentativa de adequar a sua identidade sexual, é transgenitalismo, pois o que se transforma é a genitália (fenótipo) e não o sexo. SZNICK, Valdir. Aspectos jurídicos da operação de mudança de sexo. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 312, ano 86, 1990. p. 336. Esse também é o entendimento do ponto de vista médico. Baseados no parecer do Conselheiro Clarimesso Machado Arcuri, o Conselho Federal de Medicina (parecer nº 28/75) concluiu tratar-se de cirurgia de mudança de genitália e não de sexo. CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio** corpo (intersexualidade, transexualidade, transplantes). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 149. Contudo, são empregadas comumente as expressões ‘mudança de sexo’, ‘redesignação de sexo’ ou transgenitalização, o que representa todo o processo de transformação pelo qual se submete um transexual. SUTTER, Matilde Josefina. **Determinação e mudança de sexo: aspectos médico-legais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 114.

⁵⁹ O primeiro médico a realizar a cirurgia de adequação sexual no Brasil foi Roberto Farina. Esse ato lhe custou um processo criminal e outro no Conselho de Medicina. Foi preso, teve seu registro cassado e somente há alguns anos as penalizações foram revogadas e ele pôde voltar a exercer a medicina. COUTO, Edvaldo Souza. **Transexualidade: o corpo em mutação**. Salvador: Grupo Gay da Bahia, 1999. p. 37.

⁶⁰ SILVEIRA, José Francisco Oliosi da. **O transexualismo na Justiça**. Porto Alegre: Síntese, 1995. p. 137.

⁶¹ O Rio Grande do Sul é um estado pioneiro na seleção de pacientes para a cirurgia de transgenitalização. Esclarece Tereza Rodrigues Vieira que existem, no mundo, mais de 50 centros dedicados a esse tratamento, 10 no Brasil, sendo os mais importantes o Hospital das Clínicas de São Paulo e Rio Grande do Sul e o Hospital de

Esse período de avaliação inclui um histórico completo do caso, testes psicológicos, sessões de terapia e diversas exigências a serem cumpridas pelo candidato.⁶²

No que respeita aos exames necessários à adequação sexual, o procedimento aplicável para a constatação e caracterização do transexualismo verdadeiro obedece a diversas etapas: em primeiro lugar, é necessário um exame morfológico do corpo do paciente, a fim de verificar se tratar realmente de um indivíduo com sexo morfológico bem definido ou se é um caso de hermafroditismo.⁶³ A seguir, realiza-se o exame de sua genitália interna, verificando-se se está de acordo com a externa, procedendo-se, após a determinação do sexo biológico, à averiguação da correspondência entre as genitálias interna e externa com o sexo psíquico do paciente.⁶⁴

Outros exames, como de urina, de verificação hormonal, de produção de espermatozóides, no caso de transexuais masculinos, e o hipostálgico, que verifica o material

Base, de São José do Rio Preto. VIEIRA, Tereza Rodrigues. A Bioética e o direito à adequação de sexo do transexual. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (Coord.) **Bioética e sexualidade**. São Paulo: Jurídico Brasileira, 2004. p. 114. Oportuno ressaltar, ainda que a Resolução nº 1.482/97, do Conselho Federal de Medicina, previa os critérios para a realização da cirurgia, que, inicialmente, tinham caráter experimental. A nova resolução, de número 1.652, promulgada em 2002, estabeleceu novos critérios e determinações, além de retirar o caráter experimental da cirurgia de readequação das características masculinas para as femininas. A cirurgia de readequação das características femininas para masculinas, no entanto, continua sendo em caráter experimental. Ressalta-se, contudo, que as cirurgias somente são realizadas em hospitais universitários ou públicos adequados à pesquisa. GOLDIM, José Raymundo; BORDAS, Francis C.; RAYMUNDO, Márcia M. Aspectos bioéticos e jurídicos do transexualismo. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (Coord.) *Ibid.*, p. 101.

⁶² A mistura de esperança e medo diante da possibilidade de ficarem “livres” de certas partes do corpo é assim relatada por Pedro: *“Agora, vou te falar, eu estava decidido a me suicidar. A doutora falou assim: ‘Tal dia você vem aqui, que eu quero te examinar’.* Era o dia da resposta sobre a operação. Isso foi no começo, quando eu entrei no projeto. *“Aí eu pensei muito sobre isso; aí eu decidi que, se a resposta fosse não, eu tinha meus planos; já tinha subido lá no terceiro andar (do hospital). Cheguei numa janela, olhei para baixo, pensei comigo: ‘Se eu cair aqui, se eu me jogar daqui de cabeça, eu acho que não sobra nada, acho que morro.’ Bom, é isso mesmo, se a resposta fosse não eu ia fazer isso, ia mesmo; tinha decidido, eu avisei aqui em casa. Falei assim: ‘Ó, se eu não chegar aqui...’ (a mãe interrompe a entrevista: ‘Isto é falta de Deus no coração e falta de fé. Bate na boca’).* Eu sei mãe, que eu não tinha que pensar assim, mas é que a revolta é demais. *Só uma pessoa que vive do meu jeito, com o corpo que eu tenho, com a cabeça que eu tenho... não dá, não tem condições de viver.* Kátia também já tinha pensado em uma solução, caso a resposta fosse negativa: *Dessa agonia toda, desses exames, dessas coisas todas e do medo deles falarem que não ia operar, amolei uma faca bem amolada, né? E vim para o hospital no dia que ela ia falar se eu ia fazer parte da equipe ou não. Aí amolei a faca bem amolada, pus na bolsa e trouxe. Pensei assim: Se ela falar que eu não posso operar, eu entro no banheiro e meto a faca nisso. Tiro essa porcaria de qualquer jeito. De qualquer jeito eu ia tirar.* BENTO, Berenice. **A reinvenção do corpo:** sexualidade e gênero na experiência transexual. Rio de Janeiro: Garamond, 2006. p. 52-53.

⁶³ Em que pese estar se tratando do exame feito por profissional habilitado, que irá diagnosticar o caso do paciente, para alguns transexuais é mais fácil explicar sua situação afirmando serem hermafroditas: é o caso de Kátia, que dizia ter nascido com os dois sexos, mesmo depois de se informar sobre a existência de transexuais, pois era mais fácil ser aceito com um “problema biológico”. Para Helena, explicar que era hermafrodita não causava tanto “impacto”, sendo essa a forma encontrada para explicar à “patroa” sua condição. Percebe-se, desses relatos, que se torna menos doloroso para alguns transexuais firmarem sua condição num problema biológico, que continua abarcando o discurso de determinação de condutas pré-estabelecido. *Ibid.*, p. 49.

⁶⁴ SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual:** estudo sobre o transexualismo – aspectos médico e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 65.

testicular ou do clitóris do paciente, deverão, também, ser realizados, com o que se poderá detectar qualquer anormalidade em relação ao sexo biológico do indivíduo.⁶⁵

A caracterização completa do transexual será através do exame psicológico, destinado a verificar se o candidato tem, predominantemente, uma personalidade masculina ou feminina, se a pessoa já manteve relações sexuais com pessoas do sexo oposto, e qual foi o grau de satisfação, procurando perceber se possui tendência homossexual, ou, diferentemente, costuma masturbar-se.⁶⁶

As respostas traçarão o perfil psíquico do paciente, demonstrando tratar-se de um indivíduo psiquicamente homem ou psiquicamente mulher, caracterizando-o como um transexual primário ou verdadeiro.⁶⁷

Além disso, o paciente deverá portar-se como pertencente ao sexo psíquico, ou seja, se ainda não se veste de acordo, passará a se vestir, a fim de experimentar apresentar-se ao mundo como uma pessoa do sexo oposto.

Nesse jaez, observa Ramsey, que a cirurgia deve ser evitada antes que o transexual esteja se vestindo continuamente com roupas características do sexo oposto: “o travestismo deve dar-se durante todo o período de trabalho, social, religioso, de lazer, educacional e outros. (É durante esta fase que muitos transexuais começam a expandir as suas vidas sociais)”.⁶⁸ Na perspectiva de Bento, o uso das roupas comuns do gênero identificado se constitui em um teste para a vida real.⁶⁹

A partir desse momento, tem início o tratamento hormonal, com a necessária supervisão médica.⁷⁰

⁶⁵ SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual:** estudo sobre o transexualismo – aspectos médico e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 65.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 65.

⁶⁷ VIERA, Tereza Rodrigues. Direito à adequação de sexo do transexual. **Revista Literária de Direito.** São Paulo: Jurídica Brasileira, set./out. 1999, p. 22.

⁶⁸ RAMSEY, Gerald. **Transexuais:** perguntas e respostas. São Paulo: GLS, 1998. p. 126.

⁶⁹ A autora atribui os termos gênero identificado àquele que o transexual reivindica, e gênero atribuído ao aposto no assento de nascimento. BENTO, Berenice. **A reinvenção do corpo:** sexualidade e gênero na experiência transexual. Rio de Janeiro: Garamond, 2006. p. 49.

⁷⁰ RAMSEY, Gerald. *Op. Cit.*, 1998. p. 128.

No que diz respeito aos aspectos cirúrgicos da intervenção, Silveira aduz que esse tipo de cirurgia não se identifica com a cirurgia plástica. Pode até haver identidade entre os procedimentos, mas é importante que se leve em consideração o núcleo do problema, ou seja, o processo angustioso pelo qual passa um transexual.⁷¹

A cirurgia para transformação do indivíduo biologicamente feminino é realizada em três momentos cirúrgicos. Inicialmente, o paciente será submetido à laparotomia, momento em que lhe são retirados o útero, os ovários e anexos. Passados pelo menos 30 dias, é retirada do paciente a vagina e construído o neopênis e o escroto. Essa construção é feita com enxerto retirado de tecido do antebraço, pronto para dar função a uretra e para receber a prótese peniana. O último passo, que só será procedido quando houver a perfeita cicatrização das intervenções anteriores, levando aproximadamente 90 dias, será introduzido, na base do neopênis um tubo siliconizado, que será fixado no osso do púbis. Tal prótese é suficientemente rígida, permitindo a prática da relação sexual e a maleabilidade quando não há interesse. O volume dos testículos será simulado através da introdução de duas estruturas ovóides, com silicone gel, colocados na mesma oportunidade. A sensibilidade cutânea será estabelecida em aproximadamente um ano após a realização da cirurgia, em pelo menos 2/3 do neopênis.⁷²

No que diz respeito à reversão do transexual masculino para feminino, a cirurgia é bem mais simples, podendo ser realizada em somente um tempo cirúrgico.⁷³ Primeiramente, realiza-se a amputação do pênis, preservando-se a glândula, que será colocada no lugar do clitóris, de forma que o paciente não perca a sensibilidade. A seguir, a uretra é implantada, cuidando para que sobre parte da mucosa, prevenindo sua utilização no caso de infecção pós-operatória. Em seguida, retiram-se os testículos e o funículo espermático, preservando-se o escroto que, posteriormente, será usado na construção da neovagina. No períneo, será criada uma fenda que será a nova vagina. Ao final, é inserido no orifício um molde metálico ou siliconizado, revestido com gaze, para que se mantenha a hemostasia, prevenindo, ainda, que as cavidades se colem. Esse molde deverá ser utilizado pelo paciente no período pós-operatório, até que as funções sejam estabilizadas.⁷⁴

⁷¹ SILVEIRA, José Francisco Oliosi da. **O transexualismo na Justiça**. Porto Alegre: Síntese, 1995. p. 108.

⁷² *Ibid.*, p. 138.

⁷³ *Ibid.*, p. 138.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 138.

Segundo Farina, os transexuais sentem-se melhor, sexual e psicologicamente, após a realização da cirurgia de conversão sexual, desaparecendo a ansiedade e a depressão eventualmente presentes anteriormente ao procedimento cirúrgico. Desses, por exemplo, destaca que muitos se casam e raramente se prostituem.⁷⁵

Daí porque, hodiernamente, a cirurgia de transgenitalização tem sido muito utilizada, buscando, ao final, com a adequação do sexo biológico ao sexo psíquico, a harmonia sexual do indivíduo operado e, com isso, a elevação de sua auto-estima.

2.3 A POSSIBILIDADE DE ADEQUAÇÃO DO SEXO CIVIL DO TRANSEXUAL

Vencidas as premissas de aceitação, caracterização e realização da cirurgia, o transexual, agora operado, anseia adaptar sua aparência ao seu sexo civil, de forma que seja aceito social e juridicamente como pertencente ao sexo oposto.

No entanto, essa pode ser considerada mais uma etapa no caminho para sua realização, já que as dificuldades que sofrem os transexuais não terminam com a realização da cirurgia, restando, ainda, o enfrentamento do preconceito e do estigma, ou seja, os problemas éticos, jurídicos, religiosos e sociais que advêm de sua nova condição.⁷⁶

O indivíduo operado quer viver e se relacionar socialmente como qualquer outro, ou seja, estudar, trabalhar, poder viajar pelo país e pelo mundo, assinar contratos, ter conta bancária, enfim, realizar-se dignamente como ser humano. Não é justo, portanto, que em nome de um sexo que não se enxerga, o transexual seja marginalizado como antes da cirurgia, mantendo seu sofrimento.⁷⁷

Trata-se de situação constrangedora uma pessoa ter a aparência característica de determinado sexo e ser identificada, através da análise de seus documentos, como pertencente

⁷⁵ FARINA, Roberto. **Transexualismo**: do homem à mulher normal através dos estudos e intersexualidade e das parafilias. São Paulo: Novolunar, 1982. p. 250.

⁷⁶ VIEIRA, Tereza Rodrigues. A Bioética e o direito à adequação de sexo do transexual. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (Coord.) **Bioética e sexualidade**. São Paulo: Jurídico Brasileira, 2004. p. 108.

⁷⁷ Ibid., p. 117.

ao sexo biológico oposto. Tal constatação, no entender de Szaniawski, “é a mais tormentosa das situações”.⁷⁸

2.3.1 Problemas decorrentes da inadequação entre o transexual e seu sexo civil

De nada adiantaria o presente estudo se não tivesse como pretensão, além da pesquisa, a defesa e o enfrentamento de uma questão que envolve, nos presentes dias, um considerável número de cidadãos. São pessoas fadadas à rejeição e que, como bem asseverou Araujo, não se enquadram nos papéis “claros e estabelecidos” de uma sociedade que insiste em buscar respostas através de apostas duais, nas quais prevalece o preconceito, ou seja, “os indivíduos não heterossexuais passam a representar o ‘ser diferente’”.⁷⁹

O pano de fundo desse estudo, ou seja, a situação dos transexuais (e não sua certeza de ser homem/mulher) e o “descompasso entre a realidade social e o sistema jurídico atuante”⁸⁰ revela ambigüidades e tabus, estigmas e preconceitos. É necessário, portanto, a par do que já se observou, considerar a realidade desse grupo de pessoas.

Nesse contexto de pluralidade e diversidade sexual, associado às transformações sociais e à interferência da técnica no campo das ciências biomédicas, as pessoas que se identificam como transexuais assumem seu espaço pelo menos no que diz respeito à possibilidade de adequarem a sua aparência ao seu sexo psíquico.

Contudo, se na maioria dos casos a adequação do sexo do transexual se dá com a já mencionada cirurgia e até com a redesignação no assento de nascimento, como se observará adiante, não é tão solúvel o processo de integração social.

⁷⁸ SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual**: estudo sobre o transexualismo – aspectos médico e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 116.

⁷⁹ ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 55.

⁸⁰ KURAMOTO, Jaqueline Bergara; ZOLA, Regina Célia; MIRANDA, Juranda Maia. Pessoa Humana e sexualidade. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (Coord.). **Bioética e Sexualidade**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2004. p. 152.

2.3.1.1 Estigmatização e preconceito

A angústia de um transexual não é minimizada por um carnaval permissivo (real ou ilusório), em que foliões se travestem momentaneamente em nome da fantasia, como acontece nas festas folclóricas no Brasil.⁸¹ Os transexuais sentem no dia-a-dia toda a dificuldade de se identificarem e serem reconhecidos de acordo com sua aparência, seja quando apresentam seu documento no caixa de uma loja, ou quando têm seu nome publicamente chamado em uma fila de espera.⁸²

Esses exemplos, no entanto, não refletem a infinidade de momentos em que o transexual sente o sofrimento pela insatisfação em relação ao seu sexo civil, já que, quase todo o dia, nas atividades comuns do cotidiano, necessita identificar-se de alguma forma, através de documentos que contrastam com a sua aparência.

Um grupo da Bahia, que por anos arquivou recortes de jornal, artigos acadêmicos, cartas e mensagens, compilou o material e publicou *Transexualidade: o corpo em mutação*⁸³. A proposta do livro é justamente apresentar o drama dos transexuais, especialmente, diante de tantas reclamações àquele grupo, resultados de odiosa e constante discriminação.

Paloma, por exemplo, na tentativa de abrir uma conta bancária, consultou o gerente e recebeu um ótimo atendimento. Vestia trajes discretos e seu porte era muito feminino. Ao apresentar o documento de identidade, em que constava ser do sexo masculino, “toda a gentileza se transformou em má vontade, uma porção de negativas e finalmente a recusa em abrir a tão desejada conta bancária”. Indignada com a discriminação, Paloma registrou queixa em uma delegacia de polícia do município de Salvador e, com o apoio do Grupo Gay da Bahia recorreu à mídia para denunciar o flagrante do que denominou “transexofobia”.⁸⁴

⁸¹ SILVA, Hélio R. **Certas Cariocas**: Travestis e vida de rua no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1996. p. 19.

⁸² GOLDIM, José Raymundo; BORDAS, Francis C.; RAYMUNDO, Márcia M. Aspectos bioéticos e jurídicos do transexualismo. In VIEIRA, Tereza Rodrigues (Coord.) **Bioética e sexualidade**. São Paulo: Jurídico Brasileira, 2004. p. 106.

⁸³ COUTO, Edvaldo Souza. **Transexualidade**: o corpo em mutação. Salvador: Grupo Gay da Bahia, 1999.

⁸⁴ A seqüência dos acontecimentos foi o chamamento do gerente para prestar declaração na delegacia e suas mil e uma desculpas no sentido de que a não abertura da conta não foi um ato preconceituoso e discriminatório. Paloma não aceitou as desculpas, levou uma testemunha e o caso foi encerrado com o arquivamento da denúncia, pois seriam necessárias duas testemunhas. Houve posterior retratação por parte do banco, que a convidou a abrir

O exemplo demonstra que, por mais necessária que seja a adequação de sexo, no sentido de alcançar o que Vieira considerou como “saúde global”⁸⁵, até o momento em que consegue adequar seus documentos, ou mesmo após, nas mais variadas instâncias onde ainda precisará identificar-se (já que o procedimento para alteração de toda sua vida pregressa não é automático, e nem poderia ser), a vida de um transexual é marcada por “atitudes de evitação”.⁸⁶

Dentre essas atitudes, algumas situações se destacam, especialmente aquela da pessoa que, na visão dos outros, não está habilitada para a aceitação social plena, o que Goffman denominou “estigmatizada”.⁸⁷

Nas relações sociais, o homem costuma, mesmo inconscientemente, categorizar a pessoa com quem está se relacionando, e esta categorização pode fazer surgir a evidência de que determinada pessoa tem um atributo que o torna diferente, inclusive num sentido negativo. Neste processo, deixa-se de considerá-lo uma pessoa comum e total para reduzi-lo a uma pessoa *estragada e diminuída*, estigmatizando-o.⁸⁸

Há diversos tipos de estigma, e em todos podemos, de alguma forma, identificar a situação do transexual. Inicialmente, há a estigmatização decorrente das deformidades do corpo. Exsurtem, também, as denominadas culpas de ordem individual, tais como, por exemplo, “os distúrbios mentais, prisão, vício, alcoolismo, homossexualismo, desemprego, tentativas de suicídio e comportamento político radical”.⁸⁹ Há, ainda, os estigmas referentes à raça, religião e nação, mas em todos, se encontra a mesma característica, qual seja, “um indivíduo que poderia ter sido facilmente recebido na relação social cotidiana possui um

conta. COUTO, Edvaldo Souza. **Transexualidade**: o corpo em mutação. Salvador: Grupo Gay da Bahia, 1999. p. 12.

⁸⁵ A autora também entende que o conceito e o entendimento de sexo não estão relacionados somente ao conjunto de caracteres físicos e genéticos, mas também psicológicos, que se agregam aos primeiros. VIEIRA, Tereza Rodrigues. A Bioética e o direito à adequação de sexo do transexual. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (Coord.) **Bioética e sexualidade**. São Paulo: Jurídico Brasileira, 2004. p. 109.

⁸⁶ SILVA, Hélio R. **Certas Cariocas**: travestis e vida de rua no rio de janeiro. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1996. p. 10.

⁸⁷ De acordo com o autor, o termo estigma foi criado pelos gregos e está relacionado aos sinais corporais através dos quais se procurava encontrar algo de diferente ou mau no status moral da pessoa que os apresentava. Sua concepção foi alterada com o advento da era cristã, e, atualmente, a palavra remete ao sentido original, porém, não no que diz respeito aos sinais corporais, mas mais especialmente à desgraça, àquela atribuída à sociedade que tende categorizar as pessoas. GOFFMAN, Erving. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Rio de Janeiro: LTC, 1988. p. 7.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 12.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 14.

traço que pode se impor à atenção e afastar aqueles que encontra, destruindo a possibilidade de atenção para outros atributos seus”.⁹⁰

A mais significativa contribuição para o presente estudo, no entanto, se dá quando Goffman sinaliza que as atitudes com uma pessoa estigmatizada são tão discriminatórias que, mesmo sem querer, podem agir como potenciais redutores das chances de vida do indivíduo a quem se estigmatiza.

Assim, em que pese parecer possível o estigmatizado permanecer relativamente indiferente ao “carregar um estigma”, o indivíduo estigmatizado, pelo menos na cultura ocidental, tende a acreditar nos mesmos padrões de quem o discrimina, confundindo, com isso, sua própria percepção de si mesmo. Assim salientou Goffman:

Ainda pode perceber de maneira bastante correta que, não importa o que os outros admitam, eles na verdade não o aceitam e não estão dispostos a manter com ele um contato em “bases iguais”. Ademais, os padrões que ele incorporou da sociedade maior tornam-no imediatamente suscetível ao que os outros vêem como seu defeito, levando-o inevitavelmente, mesmo que em alguns poucos momentos, a concordar que, na verdade, ele ficou abaixo do que realmente deveria ser. A vergonha se torna uma possibilidade central, que surge quando o indivíduo percebe que um de seus próprios atributos é impuro e pode imaginar-se como um não-portador dele.⁹¹

Dessa forma, não que um transexual não queira ver-se com o corpo não-identificado com o sexo psíquico, uma vez que isso já estaria superado pelas circunstâncias de sentir e agir como se fosse do sexo oposto, mas, sim, desvelar que há um sentimento que desperta em relação aos outros no que pertine à vergonha, e como isso pode interferir na sua própria maneira de se comportar perante a sociedade.

Pode-se dizer, portanto, que o sujeito que tenciona construir sua identidade como transexual também se coloca, em diversas oportunidades, na mesma posição de quem o está discriminando, não percebendo os dispositivos sociais, os insultos, os protocolos e os dogmas, que agem na produção dessa verdade estabelecida.⁹²

⁹⁰ GOFFMAN, Erving. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Rio de Janeiro: LTC, 1988. p. 14.

⁹¹ *Ibid.*, p. 16.

⁹² BENTO, Berenice. **A reinvenção do corpo**: sexualidade e gênero na experiência transexual. Rio de Janeiro: Garamond, 2006. p. 14.

Muito mais poderia se poderia dizer sobre os aspectos e a situação da pessoa estigmatizada, mas a idéia central é demonstrar algumas das faces do preconceito e da exclusão, e, entre elas, reafirmar a existência do sentimento de quem não consegue obter o respeito e a consideração convivendo no mesmo ambiente que outra pessoa, chegando a relatar, em alguns casos, que se sente *em exibição*, podendo até conviver e articular um diálogo, mas com a apreensão decorrente de não saber o que o outro está pensando sobre ele.⁹³

Contudo, é certo que o preconceito não é somente fruto da vontade de quem o pratica, mas resultado de (pré)concepções que, por sua vez, resultam de milênios de entendimento dual e hierárquico, impregnado pela dominação masculina. As histórias de Eva e de Maria, por exemplo, traduzem esses símbolos expressos nas mais variadas doutrinas, catalizadores dessa oposição binária, fixa e redutora que se convencionou utilizar categoricamente na sociedade ocidental.⁹⁴

Aquelas crenças, contudo, acabam por justificar e estimular “uma série de práticas preconceituosas e até perversas”⁹⁵ direcionadas a estes indivíduos que não se submetem às clássicas desigualdades entre homens e mulheres, supostamente baseadas em diferenças físicas e biológicas⁹⁶, como se poderá perceber nos relatos adiante realizados.

2.3.1.2 Exclusão

A par de todas as observações já feitas a respeito dos critérios de reconhecimento do transexual, da descoberta da transexualidade e dos procedimentos em caso de cirurgia, é demasiado o sofrimento pelo qual passa uma pessoa que não se identifica com seu sexo

⁹³ GOFFMAN, Erving. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Rio de Janeiro: LTC, 1988. p. 24.

⁹⁴ Vianna utilizou diversas citações em artigo que visa alertar para as visões dogmáticas ainda utilizadas na orientação sexual dada nas escolas, atualmente. A preocupação é justamente tentar evitar a exclusão ensinando que o padrão de gênero pré-estabelecido pela sociedade ocidental (da heterossexualidade) para o exercício da sexualidade não é único. Cita, neste sentido, Maria Luiza Heilborn, Joan Scott, Linda Nicholson, entre outros. VIANNA, Cláudia. Sexualidade, gênero e educação: um panorama temático. **Revista Educação**: Cultura e poder na educação. São Paulo: Segmento, 2008, n. 02, mar., p. 16-23.

⁹⁵ AQUINO, Julio Groppa, REGO, Teresa Cristina. **Revista Educação**: Cultura e poder na educação. São Paulo: Segmento, 2008, n. 02, mar., p. 4.

⁹⁶ RAMIRES, Lula. A viagem como metáfora da busca de identidade. **Revista Educação**: Cultura e poder na educação. São Paulo: Segmento, 2008, n. 02, mar., p. 69.

biológico. De acordo com Araujo, “sua capacidade de produção e inserção nos grupos sociais torna-se extremamente difícil”.⁹⁷

Nesse passo, o estigma e o preconceito inevitavelmente deságuam na exclusão. O transexual conhece e entende muito bem o que significa se esconder. Existe uma grande parcela que omite a vida inteira sua condição, submetendo-se a subempregos e fugindo de constrangimentos diversos. Assim, aceitar e nomear-se transexual não é suficiente.

A compilação de depoimentos feita pelo Grupo Gay da Bahia e, também, pela pesquisa sócio-antropológica de Bento, reflete sobremaneira os conflitos e angústias de quem vive esta realidade:

Na luta contra o preconceito, João Batista, que prefere ser chamada Ana Paula, relata:

[...] sempre fui uma pessoa frustrada, vivo em conflito (...). Desde os 10 anos que eu apanho, jogam pedra em mim, já chegaram a me amarrar, dizendo que era para eu virar homem. Já fui estuprada e espancada. Eu só estudei até a 4ª série, porque meus colegas da escola cuspiam na minha cara, quebravam o vidro da sala onde eu estava estudando. Era impossível estudar.

No auge do desespero em busca da cirurgia, Ana Paula confidenciou: quer vender um rim para pagar a operação, se for imprescindível.

Bárbara, por sua vez, ao pagar uma conta com um cheque seu, passou pelo constrangimento de pensarem que era roubado. Em outra ocasião, Bárbara foi aprovada em uma entrevista de emprego, mas dispensada na contratação. Tentou a auto-mutilação, cortando os testículos: “sei que estava em uma fase de desespero e pensei que poderia ter complicações. Mas eu não suportava a situação na qual vivia”. Trancou-se no quarto e com uma tesoura e uma ampola de xilocaína como anestésico cortou os testículos. Relata, ainda, que jogou o que chamou de “excesso” no vaso, e deu descarga, para “não correr o risco de que fizessem um reimplante”. No momento da entrevista, aguardava autorização para se submeter a cirurgia.

⁹⁷ ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 53.

Cristina obteve certa compreensão e tolerância em casa, quando, aos 15 anos, o rosto e as atitudes de mulher obrigaram os pais a enfrentar a questão. Na escola, porém, Cristina foi discriminada por professores e colegas que arrancaram suas roupas com atitudes e palavras agressivas, e relatou: “depois dessa humilhação, acho que sou capaz de enfrentar qualquer coisa”. Traumatizada, não voltou a estudar.

Brendha, ao responder ao questionamento de como é ser transexual, referiu:

Os nomes sempre confundem a maioria das pessoas. Homo, bi, trans, hetero, são muitos e, no entanto nunca definem de vez o que temos por dentro. Temos muito mais do que todos dizem. Temos sentimentos (...). Olha, nascer com a alma, o espírito, a cabeça de mulher totalmente aprisionados num corpo de homem é um tanto quanto doloroso. (...)Necessária também é nossa formação no mundo, somos mulheres, parecendo ou não. Então temos que tomar decisões e agir como elas, em todas as horas. Vulgaridade nunca! Respeito sempre! Não importa se ao passar na rua te chamam de viado, bicha. O que importa e sempre irá importar é o que você pensa, como se comporta. Quando a decisão de sofrer a cirurgia for acertada na sua cabeça, apesar de sempre estar em nossos pensamentos, é melhor fazê-la, é melhor ser agora, pois o tempo não pára e a vida é curta. (...) É importante salientar que nossas expectativas não devem ser muito altas, ou melhor, devem ser quase nenhuma quanto a mudança de opinião dos outros. (...) Mas para você muda tudo. (...) É muito diferente uma troca de uma adequação. Deus sabe o que faz, por isto deu a todas nós, masculinos e femininas, a possibilidade de se estabelecer como ser humano, com menos sofrimento.⁹⁸

Os depoimentos e experiências acima mencionados demonstram aquilo que vem sendo debatido desde o início, ou seja, trata-se de um significativo grupo de pessoas que, em razão de uma inadequação sexual (entre o sexo biológico e o sexo psíquico), são estigmatizadas, discriminadas e excluídas, sendo-lhes relegado, por conta disso, a periferia social.

Para estes, os direitos não são sentidos concretamente, senão não passam de meros dispositivos formais, completamente desconectados e distantes de sua realidade.

A cirurgia para alteração de sexo parece, assim, ser o início de um longo caminho de retorno, até ser reconhecido como ser humano dotado de dignidade.⁹⁹

⁹⁸ Os quatro relatos foram extraídos da seguinte obra: COUTO, Edvaldo Souza. **Transexualidade: o corpo em mutação**. Salvador: Grupo Gay da Bahia, 1999. p. 59; 77-80.

⁹⁹ Aliás, recentemente, o atual Ministro da Saúde, Dr. José Gomes Temporão, anunciou, na conferência nacional sobre gays, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais de 2008, realizada em Brasília, que assinará portaria, do Ministério da Saúde, para incluir, no Sistema Único de Saúde, as cirurgias de mudança de sexo.

Da mesma forma, os relatos revelam que há, mesmo depois da realização da intervenção cirúrgica, e a mudança do sexo morfológico, estigmatização, discriminação e, também, exclusão quando da identificação do transexual.

O registro civil, cujo mote é identificar e, conseqüentemente, incluir socialmente, serve aos transexuais muitas vezes, como instrumento de exclusão.

2.3.2 A adequação da realidade civil à aparência do transexual: considerações a partir dos registros públicos

O que foi analisado até agora já demonstra, de forma clara, que a cirurgia de redesignação sexual contribui significativamente na vida de uma pessoa que se identifica como transexual, pois aquele drama de ver-se de uma forma e sentir-se de outra está, pelo menos no que diz respeito ao corpo, superada. Mais que isso, a cirurgia é um grande passo no processo de inclusão do transexual.

Entretanto, a cirurgia não abarca a resolução de todos seus dilemas. Neste processo de busca pela integração em sua nova condição física, espera-se que haja, também, uma coerência entre os sistemas, ou nada adiantaria a medicina, a psiquiatria, a psicologia, a bioética colaborarem efetivamente no sentido de minimizar os problemas sentidos pelo transexual, e o Estado e o judiciário ignorarem essa realidade.¹⁰⁰

Nessa busca, enxerga-se que uma sensível, porém, pontual colaboração se dará através do registro civil do operado. Não são estereis as campanhas que incentivam ao registro, pois é através dele que, oficialmente, a pessoa passa a existir perante o Estado. Além disso, o nome apostado no registro civil de nascimento é um aspecto indispensável ao processo de individualização da pessoa, e está relacionado ao direito de identidade. É considerado, portanto, o primeiro instrumento de cidadania e, no caso dos transexuais, que buscam recomeçar a vida com oportunidades e, fundamentalmente, dignidade, deve ser visto como instrumento de inclusão social.

¹⁰⁰ ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 134.

2.3.2.1 Conceito, finalidade e efeitos do registro público

O Registro Civil das Pessoas Naturais é uma das espécies de Registro Público, instituído por lei, tendo em vista interesses individuais e de ordem pública e destinado a perpetuar os atos referentes à existência, capacidade e condições de estado das pessoas.¹⁰¹

Está inserido, portanto, dentro dos Registros Públicos, os quais têm efeitos e finalidades, possuindo características próprias, decorrentes, de alguma forma, de sua origem.

Uma das bases do Registro Público é a publicidade que lhe é imanente, e tem função específica, na medida em que se destina a provar a situação jurídica do registrado e torná-la conhecida de terceiros.¹⁰²

Os Registros Públicos se destinam ainda, à autenticidade, à segurança e à eficácia.¹⁰³

A autenticidade pode ser entendida como a qualidade do que é confirmado por ato de autoridade; de coisa, documento ou declaração verdadeiros. Através deste ato, o registro cria presunção relativa de verdade. É passível de retificação, modificação e, ainda, por ser o oficial um receptor de declaração de terceiros, que examina segundo critérios predominantemente formais, não alcança o registro o fim que lhe é determinado pela definição legal, ou seja, “não dá autenticidade ao negócio causal ou ao fato jurídico que se origina. Só o próprio registro tem autenticidade”.¹⁰⁴

Dessa forma, é autêntico o ato praticado pelo servidor público que tinha regularmente a função de lavrá-lo.¹⁰⁵

¹⁰¹ QUINTANILHA, Waldner Jorge. **Registro civil das pessoas naturais**. Rio de Janeiro: Forense. 1981. p. 13.

¹⁰² MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: parte geral**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 1. p. 81.

¹⁰³ CENEVIVA, Walter. **Lei dos registros públicos comentada**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 04.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 04.

¹⁰⁵ NALINI, José Renato. Registro Civil das Pessoas Naturais: usina de cidadania. In: NALINI, José Renato; DIP, Ricardo Henry Marques (Orgs.). **Registros Públicos e Segurança Jurídica**. Porto Alegre: Safe, 1998. p. 42.

A segurança, por sua vez, também é um dos objetivos dos Registros Públicos, e se destina a criar uma rede de anotações e remissões através da qual o direito e todos os interessados possam conhecer, de uma forma facilmente apurável, os dados ali inscritos.¹⁰⁶

E, finalmente, como terceira das finalidades dos Registros Públicos, a eficácia, que calcada na segurança dos registros, na autenticidade dos negócios e nas declarações para eles transpostos possa produzir efeitos jurídicos. Desta forma, o registro, através da publicidade, “produz o efeito de afirmar a boa fé dos que praticam atos jurídicos baseados na presunção de certeza daqueles assentamentos”.¹⁰⁷

Outrossim, pode se afirmar que são três os efeitos básicos decorrentes do registro público, quais sejam: o constitutivo, na medida em que, sem o registro, o direito não nasce; o comprobatório, servindo o registro como prova da existência e da veracidade do ato ao qual se apresenta; e o publicitário, na medida em que o ato registrado, com algumas exceções, é acessível ao conhecimento de todos, interessados e não interessados.¹⁰⁸

A questão da alteração de nome e sexo no Registro Público demanda que se comente, rapidamente, sobre a característica mais evidente dos registros públicos, qual seja, a publicidade.

Se os registros guardam relação com a autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos são, portanto, registros públicos, não privados. Neste sentido, indispensável o aspecto de sua publicidade.¹⁰⁹

Pode-se afirmar, inicialmente, que a publicidade tem o condão de tornar conhecidas certas situações jurídicas, precisamente quando se refletem nos interesses de terceiros. Por outro lado, a sua finalidade caracteriza-se por uma dupla face: “ao mesmo tempo em que realiza uma defesa; serve de elemento de garantia”.¹¹⁰

¹⁰⁶ RIOS, Arthur. O registro Público Civil. Importância e Jurisdição, Foro extrajudicial, Valor jurídico e exegeses. **Revista de Direito Imobiliário**. n. 26. p. 64.

¹⁰⁷ CENEVIVA, Walter. **Lei dos registros públicos comentada**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 04.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 05.

¹⁰⁹ NALINI, José Renato. Registro Civil das Pessoas Naturais: usina de cidadania. In: NALINI, José Renato; DIP, Ricardo Henry Marques (Orgs.). **Registros Públicos e Segurança Jurídica**. Porto Alegre: Safe, 1998. p. 41.

¹¹⁰ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Tratado dos registros públicos**. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. v. 1. p. 7-8.

Dentre os atos possíveis de serem submetidos aos Registros Públicos estão aqueles que dizem respeito ao Registro Civil das Pessoas Naturais.

2.3.2.2 O registro civil (cidadão) e as possibilidades de alteração

No Registro Civil das Pessoas Naturais¹¹¹ se registrarão os nascimentos, casamentos e óbitos. Em todas as localidades existem as instituições tradicionalmente chamadas cartórios, ao que todos têm democrático acesso, especialmente em vista da previsão sobre a dispensabilidade de cobrança de emolumentos a qualquer pessoa.¹¹²

Através do registro civil o cidadão encontra meios de comprovar seu estado, sua situação jurídica. Além disso, o registro civil inscreve, de maneira inapagável, os fatos relevantes da vida de uma pessoa, cuja documentação interessa ao estado, à pessoa, e a terceiros. Seu interesse reside na importância de tais fatos e, ainda, pela sua repercussão na vida da pessoa e nas suas relações familiares e sociais.¹¹³

Os atos que obrigatoriamente serão registrados encontram-se previstos no novo Código Civil e na Lei dos Registros Públicos.

¹¹¹ O Registro Civil, da forma como se apresenta atualmente, tem sua origem na Idade Média, quando os padres cristãos anotavam o batismo, o casamento e o óbito de seus fiéis, com a finalidade de controlar os frequentadores da Igreja, e, conseqüentemente, o dízimo e emolumentos devidos. Por algum tempo, as escriturações eclesiásticas foram aceitas universalmente como prova destes fatos específicos, e esteve, neste período, diretamente relacionado ao poder espiritual da Igreja e o poder temporal do Estado. Todavia, com o passar do tempo, os assentos eclesiásticos não mais se prestaram aos fins destinados, tendo em vista, principalmente, a predominância da data do batismo sobre a do nascimento e, ainda, a proliferação de outras crenças, que ficavam sem meios de comprovar tais atos da vida. A partir destas dificuldades, instituiu-se a Lei 1.144, e, depois de aproximadamente uma década, a Lei 1.829, de 9 de setembro de 1870 determinou a organização do Registro Civil, o que somente veio a se concretizar pelo Decreto 9.886, de 7 de março de 1888, vigente à época da elaboração do antigo Código Civil. Finalmente, tendo em vista a limitada determinação do antigo Código Civil, no que diz respeito aos fatos essenciais ligados aos estados da pessoa, a regulamentação casuística dos assentos foi implantada pelo Decreto nº 4.857 de 9 de novembro de 1939. Atualmente, a regulamentação no que diz respeito aos Registros Públicos é a Lei 6.015/73, alterada pelas Leis 6.140/74, 6.216/75 e 9.708/98. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 1, p. 151.

¹¹² Em que pese a previsão legal sobre a dispensa de cobrança de emolumentos para a inscrição de nascimento no Registro Civil, freqüentemente são veiculadas notícias nos mais diversos meios de comunicação sobre o não cumprimento do dispositivo em determinados locais de Estados Brasileiros, especialmente no interior. Além disso, o registro de uma criança que no prazo legal deveria ser feito em 15 (quinze) dias, pode levar até 5 (cinco) meses para ficar pronta, dependendo do local.

¹¹³ CENEVIVA, Walter. **Lei dos registros públicos comentada**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 65.

São, portanto, várias as situações e acontecimentos que deverão ser registrados. Contudo, os inúmeros atos lavrados, além de estarem sujeitos a falhas, tanto humanas como da tecnologia, podem ser alterados no decorrer da vida de uma pessoa.¹¹⁴

Diante disso, mais do que necessária é a previsibilidade de alteração, suprimento ou restauração dos assentos registrai. Através da retificação é possível estabelecer ou restabelecer o verdadeiro teor dos dados que constam no registro. Restaurar é reconstituir, reproduzir o que pode ter se deteriorado, extraviado ou deixado de existir por quaisquer motivos, como um incêndio, destruição mecânica indevida, etc. O suprimento é a inclusão de dado que deixou de constar no registro, a fim de que fique integralmente constituído. Estas possibilidades estão previstas em capítulo próprio na legislação específica.¹¹⁵

Contudo, os atos registrai nem sempre são lavrados de acordo com a verdade dos fatos. Antigamente, por exemplo, as datas de batismo e nascimento se confundiam. Além disso, pode ocorrer qualquer outro equívoco ou supressão, tornando os assentos não de todo inverídicos, mas, no mínimo, equivocados ou insuficientes no que diz respeito a certos dados ali inseridos. Neste sentido, a lei especial contém dispositivos com o propósito de que o registro se harmonize.

A lei n.º 6.015, de 31 de dezembro de 1973, regula todos os Registros Públicos, sendo introduzidas algumas alterações pelas Leis n. 6.140/74, 6.212/75 e 9.708/98. Contém a legislação específica capítulo especial sobre o assunto, denominado “Das retificações, restaurações e suprimentos”, no qual está explicitada a possibilidade de que sejam realizadas adequações nos assentos.

Antes disso, a lei expõe, de forma expressa, do artigo 50 até o 66, sobre o assento de nascimento, os prazos para sua lavratura, a quem cabe declará-lo, os dados que devem constar no assento e algumas determinações sobre o uso do nome. Nestes dispositivos estão inseridas

¹¹⁴ No entendimento de Waldner Jorge Quintanilha, o sistema registral, em algumas serventias, é falho, arcaico e defeituoso. Defeituoso, porque a própria lei admite a substituição de certos documentos para a prática de determinados atos; falho, em virtude das comunicações serem entregues pessoalmente aos interessados, ou colocadas no correio, sendo uma constante a negligência e o extravio em providenciar as respectivas anotações e remissões; e arcaico, porque o sistema está ligado a uma estrutura antiga, sem se aproveitar das facilidades e novidades da tecnologia. QUINTANILHA, Waldner Jorge. **Registro Civil das Pessoas Naturais**. Rio de Janeiro: Forense. 1981. p. 52.

¹¹⁵ QUINTANILHA, Waldner Jorge. **Registro Civil das Pessoas Naturais**. Rio de Janeiro: Forense. 1981. p. 52.

regras sobre o prenome suscetível de expor o portador ao ridículo, sobre a possibilidade de alteração no primeiro ano após o interessado atingir a maioridade e sobre as alterações posteriores, desde que por exceção e motivadamente, com audiência do Ministério Público e respeitado o princípio da publicidade.

No entanto, a mencionada lei sofreu alterações no que diz respeito ao uso do prenome público e notório, aquele que difere do constante no assento, usado reiteradamente pelo indivíduo, que é reconhecido e identificado desta forma.

O artigo 58 da Lei 6.015/83 foi substancialmente alterado pela Lei n.º 9.708/98, admitindo o prenome como definitivo, e não como imutável.¹¹⁶

Assim, a regra da imutabilidade, ainda que venha expressa em lei especial, já é entendida como uma forma de limitação, e não de imposição. A regra, portanto, deve ser abrandada, para se atender ao uso recorrente que se faz do nome que se porta, não apenas como meio de identificação ou sinal exterior distintivo da pessoa, mas também, e principalmente, considerando que é direito decorrente da personalidade.¹¹⁷

Os transexuais têm encontrado aqui um dos fundamentos para o pedido de alteração, já que desde que se caracterizam como pertencentes ao sexo que deverá constar em seu assento, se identificam com nome diverso, como será observado adiante. Em outro sentido, entretanto, Araujo entende não ser aplicável a hipótese do artigo 58, pois o transexual não pretende adotar um “apelido”, mas alterar seu sexo com todas as conseqüências jurídicas que isso representa, e, especialmente, fazer com que essa adequação possa possibilitar e facilitar o processo de integração social.¹¹⁸

O novo Código Civil também silencia em relação à redesignação do transexual, apenas mencionado, nos artigos 9 e 10, os atos que deverão ser inscritos e averbados no Registro Público. Nos artigos 13 e 15, o legislador se ateve a determinar sobre a disposição do próprio corpo, sem mencionar a questão da cirurgia de transgenitalismo. O artigo 16 é novamente

¹¹⁶ “O vocábulo definitivo, não tem, no caput, o significado de absoluto, final, como se colhe da leitura integral do artigo e das alternativas de mudança inseridas na própria lei nos arts. 56 e 57”. CENEVIVA, Walter. **Lei dos registros públicos comentada**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 137.

¹¹⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. Sobre o nome da pessoa humana. **Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais**. Belo Horizonte: IAMG, n. 02, 1996. p. 58.

¹¹⁸ ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 53.

omisso. Dispõe sobre o direito ao nome, que compreende o prenome e o patronímico, sem mencionar qualquer hipótese de alteração, mormente no que diz respeito aos transexuais.

Percebe-se, com isso, a dificuldade de uma pessoa que se identifica como transexual em se integrar em uma sociedade fundada em valores morais que separam o feminino e o masculino, e que condenam quem “escolhe” se situar no espaço entre eles.

É certo que o Estado tem o dever de preservar as informações referentes ao estado das pessoas, como já observado. Não pode, contudo, desconsiderar novas situações que fazem parte da condição existencial da pessoa, da sua vida, especialmente quando fere sua dignidade. Passaremos a examinar, então, como o direito comparado tem entendido as pretensões dos transexuais.

2.3.2.3 Aspectos relevantes do direito comparado

Amparados por aspectos da psiquiatria e da medicina, e, hodiernamente, da bioética, muitos países tem entendido que a sexualidade ultrapassa qualquer concepção rígida que esteja vinculada somente ao sexo biológico, encontrando, ainda, na dignidade da pessoa humana, o fundamento para admitir a alteração de sexo como forma de aliviar os transexuais de suas angústias e sofrimentos. Conseguem, desta forma, estar sensíveis às demandas das minorias e contribuir para o favorecimento de uma vida mais integrada, com igualdade de acessos e oportunidades.

Em grande parte da Europa, os transexuais têm sido mais ouvidos em suas reivindicações. Através de associações, conselhos e outras entidades, que muitas vezes até financiam a cirurgia, os transexuais saem da clandestinidade e, aos poucos, se adaptam à vida em sociedade, participando de competições esportivas, publicando suas biografias, ascendendo no âmbito profissional e, principalmente, despertando a consciência da maioria sobre suas dificuldades.¹¹⁹

¹¹⁹ VIEIRA, Tereza Rodrigues. A Bioética e o direito à adequação de sexo do transexual. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (Coord.) **Bioética e sexualidade**. São Paulo: Jurídico Brasileira, 2004. p. 119.

Já faz algum tempo que esses países vêm considerando a situação dos transexuais. Na Suécia, por exemplo, uma lei publicada do ano de 1972 autoriza a alteração de nome e sexo, desde que sejam obedecidos alguns requisitos, como maioridade e nacionalidade, assim como a Alemanha, que já entendia pela constitucionalidade da adequação do registro civil antes mesmo da publicação da lei de 1980.¹²⁰

A Itália, em 1982, promulgou lei para autorizar a redesignação dos registros, sem requisitos a serem obedecidos. Todavia, esta lei foi resultado de um longo processo que, inicialmente, considerava somente o sexo biológico como critério para determinação de sexo. Depois da cirurgia, se entendia que não havia correspondência entre as genitálias interna e externa, indeferindo-se as pretensões.¹²¹ Na Espanha, a proteção à dignidade e ao livre desenvolvimento da personalidade fundamenta a reivindicação dos transexuais. Já na Dinamarca, a alteração é feita administrativamente, através de pedido encaminhado à Diretoria de Assuntos Familiares do Ministério da Justiça e de um acompanhamento do serviço psiquiátrico de hospitais.¹²²

Na Turquia, uma lei de 1988 retificou o Código Civil do país, dando ao artigo 29 a seguinte redação:

Se após o nascimento se produzir uma mudança de sexo, será procedente a retificação necessária no registro do estado civil se a adequação de sexo for confirmada pelo ditame de uma comissão médica. Se a pessoa afetada pela mudança de sexo estiver casada, seu cônjuge deverá intervir nas instâncias judiciais relativas ao mesmo e participará diante do tribunal a fim de decidir quem assume o pátrio

¹²⁰ Em 1980 foi promulgada uma lei na Alemanha sobre a transexualidade e mudança de sexo, chamada comumente de “das Transsexuellengesetz”. Nesta lei constam duas alternativas: a primeira, chamada de “pequena solução” é para os transexuais que não desejam se submeter à cirurgia, realizando-se a alteração do nome no registro, sem se proceder a alteração do sexo, mediante o cumprimento de determinados requisitos. O segundo, chamado de “grande solução” se presta àqueles que já se submeteram à cirurgia, e visa alterar nome e estado sexual no registro, e, assim como a primeira, também exige o respeito de alguns pressupostos, como por exemplo não ser casado e não ter a capacidade de procriar, a fim de que a criança não tenha dois pais ou duas mães, por exemplo. A legislação determina, ainda, que após a cirurgia e o registro alterado, a pessoa pode se casar com outra do sexo contrário ao adquirido. Muitas das particularidades da lei, no entanto, tem sido refutadas e discutidas pelos operadores do direito, especialmente no que diz respeito à idade dos requerentes, que na pequena solução não deve ser menor de 25 anos, enquanto que para a grande solução não há limite de idade, o que fere o princípio da isonomia. SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual**: estudo sobre o transexualismo – aspectos médico e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 223-224.

¹²¹ SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual**: estudo sobre o transexualismo – aspectos médico e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 236.

¹²² VIEIRA, Tereza Rodrigues. A Bioética e o direito à adequação de sexo do transexual. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (Coord.) **Bioética e sexualidade**. São Paulo: Jurídico Brasileira, 2004. p. 119.

poder de seus filhos comuns; o matrimônio cessa de pleno direito desde o dia em que se inicie o juízo sobre adequação de sexo.¹²³

Além disso, o Conselho da Europa tem trabalhado com determinação no estabelecimento e concretização dos direitos dos transexuais, reunindo interessados na tentativa de encontrar algumas soluções no que diz respeito às questões controvertidas sobre o tema. Uma delas se refere à orientação da Inglaterra em não alterar o assento de nascimento, tampouco de contrair casamento, o que contraria a direção adotada por outros países europeus.¹²⁴

Ressalta-se, nesse contexto, a influência e até a contribuição da “Fundação Holandesa sobre Identidade Sexual”, que, entre outros aspectos, defende a supressão do sexo na certidão de nascimento, tanto em função da evolução no que diz respeito ao acesso de homens e mulheres a campos antigamente estritamente masculinos, quando para minimizar os prejuízos destas pessoas que sofrem com o sexo ambíguo, como os transexuais. Peres, no entanto, pondera sobre a dificuldade em se prever os efeitos sociais e até individuais desta ausência, com base nos critérios adotados pela sociedade ocidental no que diz respeito à já mencionada dualidade masculino/feminino.¹²⁵

Já nos Estados Unidos, em vista da larga competência dos estados confederados para legislar sobre determinados assuntos, entre eles, a transexualidade, reconhecem o direito à identidade sexual, seja por via administrativa ou judiciária. Em alguns, inclusive, o próprio médico que realiza a cirurgia já encaminha para o oficial do registro um atestado que comprova a modificação anatômica no paciente.¹²⁶

Não há, portanto, significativas controvérsias no que diz respeito à alteração de registro, ponderando-se, no entanto, que em alguns Estados o processo é feito por via administrativa, e noutros, por via judicial. As controvérsias surgem, contudo, quando um casamento é celebrado sem que o cônjuge saiba tratar-se de um transexual, alegando-se,

¹²³ VIEIRA, Tereza Rodrigues. A Bioética e o direito à adequação de sexo do transexual. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (Coord.) **Bioética e sexualidade**. São Paulo: Jurídico Brasileira, 2004. p. 120.

¹²⁴ PEREZ, Ana Paulo Barion. **Transexualismo: o direito a uma nova identidade sexual**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 249.

¹²⁵ Ibid., p. 255-256.

¹²⁶ SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual: estudo sobre o transexualismo – aspectos médico e jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 210.

posteriormente, fraude ou incapacidade para procriar. Há, ainda, disparidades em considerá-los ou não portadores de incapacidade psíquica, especificamente porque, por essa linha de inteligência, se poderia incluí-los em programas de aproveitamento de pessoas incapazes para contratação em diversos tipos de emprego.¹²⁷

No âmbito do Mercosul, a legislação argentina proíbe aos profissionais da área médica realizar intervenções cirúrgicas que impliquem mudança de sexo sem autorização judicial. Todavia, o silêncio legislativo sobre como, em que circunstâncias e sob quais elementos probatórios autorizar a cirurgia levaram o tema a evoluir no âmbito jurisprudencial, sobretudo nos últimos 10 anos.¹²⁸

No Brasil as intervenções são realizadas com aval do Conselho Federal de Medicina, através da Resolução CFM n.º 1.652/2002. A autorização para retificação de nome e sexo no Registro Civil, por sua vez, está sendo deferida na medida em que são feitos os pedidos. O resultado dos processos, contudo, não atende a pretensão dos transexuais na totalidade dos casos, pois já houve situações em que a decisão determinou que constasse a palavra “transexual” ou “operada” para designar o sexo do indivíduo, como se observará adiante, quando da análise da jurisprudência.

Contudo, em sentido inverso, a pretensão dos transexuais, atualmente, é cancelar, pelo menos num primeiro plano, seu passado.¹²⁹ Hodiernamente, da análise das decisões mais recentes, especialmente no contexto do Poder Judiciário gaúcho, tem-se sensivelmente procurado entender e solucionar os dramas da transexualidade. Este entendimento desperta a evolução, ainda, de outros ramos do Direito, como o Registro Civil, que bem tratado por Nalini como *registro cidadão*,¹³⁰ tem obrigação de acompanhar a transformação do mundo, e não agarrar-se a conceitos e preconceitos que os novos tempos já desmereceram, conferindo ao interessado a proteção jurídica que este procura num órgão público.

¹²⁷ SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual**: estudo sobre o transexualismo – aspectos médico e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 213.

¹²⁸ HOOFT, Pedro Federico. Bioética, Medicina e Derechos Humanos: Um recente caso judicial de transexualidad. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (Coord.) **Bioética e sexualidade**. São Paulo: Jurídico Brasileira, 2004. p. 124.

¹²⁹ ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 133.

¹³⁰ NALINI, José Renato. Registro Civil das Pessoas Naturais: usina de cidadania. In: NALINI, José Renato; DIP, Ricardo Henry Marques (Orgs.). **Registros Públicos e Segurança Jurídica**. Porto Alegre: Safe, 1998. p. 47.

Por outro lado, além do cuidado específico com o registro, há que se evitar a banalização neste tipo de assunto, mas de forma que seja excluído todo o preconceito, devendo-se, para tanto, ser realizada uma análise pontual, haja vista que cada ser humano é um universo próprio.

O que se pretende é demonstrar que não há como se ver a questão limitada ao legalismo, às orientações ultrapassadas da doutrina e a concepções vetustas que não condizem com a complexidade da sociedade contemporânea, em detrimento à dignidade do ser humano, assegurada na Constituição Federal, que, por sua vez, dá suporte aos direitos da personalidade.

Em um momento em que os avanços científicos trazem diversas conseqüências e no qual impera a dinamicidade nas relações sociais, mais do que necessário é o resgate do tema da dignidade da pessoa humana, entendida como vetor de uma sociedade democrática.

Respeito, autonomia, alteridade, e tudo que compreende a dignidade devem ser considerados no momento em que se pretende lutar pela inserção dos transexuais. Os direitos que emanam da dignidade da pessoa humana também serão indispensáveis nesse processo, especialmente se considerarmos que “a sexualidade é um componente inerente à vida, e como tal, pertence aos direitos da personalidade”.¹³¹

O tema da transexualidade e da identidade pessoal estão, pois, estreitamente vinculados aos direitos da personalidade, que, por sua vez, são direitos subjetivos cujo objeto são bens e valores essenciais da pessoa, resguardados pela dignidade da pessoa humana. Para o reconhecimento da dignidade como princípio basilar do ordenamento, atualmente, é indispensável uma passagem pelos principais acontecimentos que perpassaram a história, e que, bem ou mal, contribuíram para a efetivação dessa proteção.

Resgatando este caminho na busca pela proteção à pessoa parte-se para o estudo da dignidade da pessoa humana, através do qual se procurará demonstrar que os valores que o homem traz encerrados em si, e que na sua existencialidade também se relacionam ao outro

¹³¹ ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 15.

são indispensáveis para o reconhecimento da dignidade e para seu pleno desenvolvimento em sociedade.

Adverte-se, por fim, que uma análise crítica sobre o paradoxo que por ventura tenha se revelado neste primeiro momento, de que a idéia de que o sexo ultrapassa a limitação dual de homem e mulher e que, mesmo assim, o transexual deseja pertencer a um ou a outro sexo será, também, considerada adiante, especialmente em vista da perspectiva plural e real na qual se vive.

3 A EMERGÊNCIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A importância que se têm dado à pessoa, nos últimos tempos, poderia ser atribuída às ações desumanas decorrentes das duas grandes guerras mundiais travadas na primeira metade do século passado, caracterizadas, em larga medida, pelo desprezo à vida, à liberdade e à dignidade. O tema, pois, tornou-se premente no final dos novecentos.

Assim, à medida que a civilização ocidental foi se tornando mais humanista, procurou-se, através do direito, adotar um caráter protetivo à pessoa, o que representou, e representa, um grande e fundamental feito para o mundo ocidental.

Essa questão está ainda mais evidente em razão do advento do Estado Democrático de Direito, através do qual se buscou uma maior valorização da pessoa e dos direitos que decorrem de sua personalidade, fundados, essencialmente, na dignidade e nos valores que o homem traz encerrados em si.¹

Pode-se dizer, contudo, que em que pese a necessidade de proteção à pessoa ser antiga, encontrando reconhecimento desde a antiguidade, notadamente nas civilizações grega e romana, a dignidade da pessoa humana é uma construção tipicamente moderna, que deita raízes na idade média.

Ao ser instituída como fundamento do Estado, pontualmente no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal brasileira², a dignidade da pessoa humana incorporou-se ao direito material, destacando-se como fundamento em inúmeras decisões judiciais e norte de um sem-fim de situações sociais cotidianas.

¹ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.) **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Renovar: Rio de Janeiro, 1998. p. 32.

² Art. 1º, III da Constituição da República Federativa do Brasil: *Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana*. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 3. ed. Organização do texto: Nylson Paim de Abreu Filho. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2001.

Porém, o destaque conferido ao termo composto “dignidade da pessoa humana” é, muitas vezes, superficial e, em alguns casos, tangencia a vulgaridade, sendo referido apenas em sentido genérico, como palavra de ordem, não-raro no afã de assegurá-la indistintamente. A proposta, porém, é procurar demonstrar como o tema pode ser percebido e tratado, sem pretensão de esgotar questão tão abrangente, mas, principalmente, reiterar que não se trata de mais uma (comum) aproximação entre a dignidade da pessoa humana e o direito.

Daí porque se buscará, em grandes traços, conhecer seus fundamentos e principais dimensões. Esta tarefa é no sentido de ressaltar um objetivo (senão o principal) do direito, qual seja, o de ser um meio de assegurar ao homem uma vida digna.

3.1 OS FUNDAMENTOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Os fundamentos da dignidade da pessoa humana são complexos e multidisciplinares, razão pela qual vêm, ao longo da história, enfrentando significativas variações.

Deitam, pois, raízes na religião, na filosofia e na ciência.³ Nesse passo, não é possível, hodiernamente, tratar o tema em um único sentido, sob pena de obter-se um estudo míope e, mais além, fechado.

Nessa senda, optou-se por promover um resgate histórico dos pontos que, entende-se, são relevantes para a compreensão do sentido da dignidade da pessoa humana. Necessariamente passará desde a civilização greco-romana até os presentes dias, percorrendo, fundamentalmente, a idade média e o pensamento cristão,⁴ períodos cruciais ao processo de

³ COMPARATTO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 1.

⁴ De acordo com Sarlet, ressaltar o pensamento antigo e cristão não quer dizer que não houve reconhecimento da dignidade da pessoa humana em outras culturas. Aduz, por exemplo, que na China do século IV a. C. também se afirmava que cada pessoa nasce com uma dignidade que lhe é inerente, atribuída por Deus. Verbete Dignidade da Pessoa Humana. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 212.

secularização do Estado e do Direito.⁵

Interessa evidenciar, ainda, que a questão da dignidade perpassa por toda obra de Immanuel Kant, na qual, pode-se dizer, está consubstanciada a construção da contemporânea filosofia dos Direitos Humanos e da dignidade. Daí seu especial destaque.

Além disso, é imprescindível que se entenda o estreito vínculo existente entre a dignidade da pessoa humana e os direitos humanos, desde sua materialização nas primeiras declarações de direitos até o instante em que foi erigido a direito fundamental.

Assim, não é suficiente entender genericamente ou crer convictamente que o homem tem uma especial “dignidade”, mas saber como a dignidade se projeta na história e de que forma o homem poderá, dela, utilizar-se.

Tais pontos constituem questões que, como aduziu Cortês, se abrem à reflexão filosófica.⁶

3.1.1 Os fundamentos filosóficos na antiguidade e o legado do cristianismo

Buscando compreender de onde advém a idéia de dignidade, concebida fundamentalmente como a convergência da existência e do exercício das diversas capacidades humanas, o estudo que se propõe inclui uma breve análise diacrônica, para a qual se buscou referência nas idéias que perpassam os legados de Bartolomé de Las Casas e Kant. Para tanto, as exposições de Ingo Sarlet foram imprescindíveis, já que evidenciam tais marcos históricos.

Na formação da dignidade da pessoa humana enquanto valor próprio da pessoa, contribuíram, inicialmente, a reflexão humana operada a partir da racionalidade e a noção

⁵ O rompimento com o medievo promoveu uma mudança na cultura jurídica européia. Apenas para exemplificar, já disse Faria Costa, dissertando sobre a clássica obra de Beccaria e o direito penal, que este, ao ser sacudido pela força da diacronia originária do rompimento do medievo, passou a ser visto como realidade histórica, e daí para frente tudo passou a ser diferente no mundo das ciências penais. FARIA COSTA, José de. Ler Beccaria hoje. In: **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra: Universidade de Coimbra, v. LXXIV, 1998. p. 98.

⁶ CORTÊS, António. O princípio da dignidade humana em Kant. In: **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**. Coimbra: Universidade de Coimbra, v. LXXXI, 2005. p. 602.

cristã de igualdade originada da “semelhança de Deus”, além de, posteriormente, a concepção renascentista de livre arbítrio, na modernidade.

Assim, tomando-se por base a dignidade (*dignitas*) na antiguidade clássica, pode-se afirmar que estava relacionada à posição social ocupada pela pessoa, atrelando-se ao seu reconhecimento pelos demais membros da comunidade. Nesse período, a dignidade era, de certa forma, gradual, e diferente da concepção atual. Afinal, havia pessoas que, ante um maior reconhecimento das demais, eram, por conta disso, mais dignas. Ao revés, se menos reconhecidas, menos dignas.⁷

Essa concepção foi contestada pelo filósofo Cícero (106 a.C.). Dizia ele que não se poderia simplesmente aproximar a dignidade à posição social do indivíduo, na medida em que é, em verdade, intrínseca ao homem, vinculada, necessariamente, a um sentido moral. Exponente do pensamento romano, Cícero se torna uma referência fundamental na compreensão dos parâmetros humanistas que fundam a cultura filosófico-jurídica ocidental.⁸

Aliás, toda a filosofia clássica influenciou o pensamento ocidental, especialmente pelo estabelecimento do pensamento racional, em oposição ao denominado pensamento mítico. A partir da atitude filosófica iniciada na Grécia antiga, o ser humano, no afã de conhecer o mundo, formula perguntas e almeja respostas. Percebe, no entanto, que essas respostas dizem respeito ao próprio homem (notadamente ao seu desejo de conhecer-se e, também, conhecer o mundo). Conseqüentemente, volta-se à reflexão. Ao refletir, percebe que as respostas sobre o “conhecer-se e conhecer o mundo” sugerem, assim como toda a filosofia, a busca constante pelo conhecimento verdadeiro, pela justiça, pelo convívio harmônico e virtuoso, pela felicidade.⁹

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 30.

⁸ MENDONÇA, Paulo Roberto S. Verbete Marco Túlio Cícero. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.) **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 125.

⁹ CHAUI, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo: Ática, 2006. p. 19-22.

Nesse contexto, a dignidade da pessoa humana é percebida com mais amplitude, encontrando fundamento na própria natureza humana e na posição superior ocupada pelo indivíduo no universo.¹⁰

Por outro lado, há quem sustente que o fundamento da dignidade ocorreu com o pensamento cristão.¹¹ Há, na Bíblia, tanto no antigo como no novo testamento, referências à concepção de que o homem é digno porque fora criado à “imagem e semelhança de Deus”, não devendo ser transformado em objeto ou instrumento;¹² o que é corroborado por dois dogmas cristãos: a da reencarnação do verbo, que torna humano o filho de Deus, e a ressurreição do corpo, que divinizou a matéria humana.¹³

O reflexo dessa concepção cristã foi a busca, pelo homem, de uma igualdade. Afinal, todos os homens deveriam ser igualmente valorizados, independente de nobreza, posse e qualidades, pois criados à “imagem e semelhança de Deus”.¹⁴

Dentre os importantes pensadores cristãos, destacou-se Tomás de Aquino, para quem o termo *dignitas* humana se assentou no fato de que o homem foi feito à imagem e semelhança de Deus. Não foi, todavia, o único fundamento. É que, para Tomás de Aquino, o homem possuía a capacidade de se autodeterminar, ou seja, detinha liberdade e existia em função de sua própria vontade (livre arbítrio).¹⁵

O livre arbítrio é, pois, na época da retomada da cultura helênica (renascimento), o fundamento do termo dignidade humana (assim referido por Giovanni Pico della

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Verbete Dignidade da Pessoa Humana. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 212.

¹¹ MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana**: principio constitucional fundamental. Curitiba: Juruá, 2006. p. 22.

¹² Para Sarlet, embora não conste na Bíblia um conceito explícito de dignidade, consta uma noção de ser humano que contribui até hoje para o reconhecimento e construção de um conceito de dignidade da pessoa humana, ainda que tenha havido um processo de secularização. SARLET, Ingo Wolfgang. Verbete Dignidade da Pessoa Humana. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 212.

¹³ JUNGES, José Roque. O respeito à dignidade humana como fundamento de todo humanismo. In: OSOWSKI, Cecília. **Teologia e Humanismo social cristão**: traçando rotas. São Leopoldo: Unisinos, 2000. p. 154.

¹⁴ MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. Op. Cit., 2006. p. 22.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit., 2006. p. 213.

Mirandola¹⁶). O homem (passou-se a entender) teria se diferenciado dos demais seres vivos porque, como criatura de Deus, possuía natureza indefinida. Era, assim, seu próprio árbitro, soberano e artífice, pleno de capacidade de ser e obter aquilo que queria e desejava.¹⁷

O binômio igualdade/livre arbítrio conduziu, por exemplo, o frei dominicano Francisco de Vitória a reconhecer e advogar a dignidade da pessoa humana aos índios americanos, numa época em que estavam sendo dizimados pelos conquistadores espanhóis.¹⁸ É que, partindo-se da idéia de que o homem é a imagem e semelhança de Deus, Vitória entendia e reconhecia a capacidade racional do homem *lato sensu*, ou seja, de todos os homens.¹⁹ Por isso, argumentou, lastreado no pensamento estóico e cristão, que o Estado não poderia abrir guerra desenfreada contra os indígenas.

Neste contexto, há que se destacar o histórico debate de Valladolid, na Espanha, entre Juan Gines Sepúlveda e Bartolomé de Las Casas, no qual foi ressaltada a dignidade da pessoa, consubstanciada, na época, na discussão acerca dos índios americanos, defendidos, na oportunidade, por Bartolomé de Las Casas.²⁰

Sepúlveda, tencionando publicar um tratado favorável às guerras justas contra os índios, para o qual não obteve autorização, solicitou o parecer de uma junta que apreciasse seus motivos. Las Casas, que se opunha veementemente às práticas dos exércitos espanhóis, que vinham assolando os índios das mais terríveis e injustas formas, sustentou a tese oposta.²¹

Na realidade, a premissa básica para a compreensão dos reais motivos da conduta dos espanhóis contra os índios é “a inferioridade dos índios, como se estivessem a meio caminho,

¹⁶ RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. Verbete Giovanni Pico della Mirandola (1463-1494). In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 580-585.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 32.

¹⁸ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. A repersonalização do direito civil em uma sociedade de indivíduos: o exemplo da questão indígena no Brasil. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. et al. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. São Leopoldo: Unisinos, 2008. p. 257-259.

¹⁹ KUNTZ, Rolf. Verbete Francisco de Vitória. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.) **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 850-852.

²⁰ LAS CASAS, Bartolomé de. **O paraíso destruído**: A sangrenta história da conquista da América Espanhola. Brevíssima relação da destruição das índias. 6. ed. Porto Alegre: L&PM, 1996. p. 21.

²¹ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. A repersonalização do direito civil em uma sociedade de indivíduos: o exemplo da questão indígena no Brasil. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. et al. Op. Cit., 2008. p. 254-257.

entre os homens e os animais”.²² Essa condição de “selvagens” ou “bárbaros” foi enfatizada por Sepúlveda durante o debate de Valladolid, em discurso que justificava a dominação e a desigualdade dos índios.²³

Las Casas, por sua vez, argumentou com veemência contra o discurso de Sepúlveda. Sua defesa a favor dos índios durou cinco dias, e representa um marco na construção da concepção de pessoa. A injustificada guerra que tinha como objetivo acalmar os ânimos dos índios para que estes pudessem ser evangelizados representou muito mais do que a contenção das atitudes dos espanhóis.²⁴

A defesa do homem como tal foi o ponto central da defesa sustentada por Bartolomé de Las Casas, sempre com o intuito de que os índios fossem concretamente respeitados.²⁵

²² SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Da invasão da América aos sistemas penais de hoje: o discurso da “inferioridade” latino-americana. In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de História do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 180.

²³ Os motivos de Sepúlveda eram, inclusive, contrários ao entendimento dos próprios espanhóis, no que diz respeito à algumas alegações. A arquitetura dos urbana dos maias e astecas é um exemplo, pois era admirada pelos espanhóis. Alegava, ainda, sobre a forma não individual que os índios estabeleciam relação com os demais índios e com as coisas, além da prática de atos pagãos. *Ibid.*, p. 180.

²⁴ *Ibid.*, p. 182.

²⁵ As muitas descobertas e os novos caminhos abertos pela chegada dos europeus na América despertaram o interesse da igreja católica em divulgar e implantar a fé cristã no novo mundo, fazendo surgir, conseqüentemente, um exército de missionários dispostos a promover essa expansão. Não obstante, o que estava por trás de tudo era, na realidade, uma mescla de interesses materiais e pessoais, ao lado de atitudes nobres e dignas que também abundavam, diante das exigências dos autênticos princípios cristãos. Nesse contexto, o modo de vida e o sistema organizacional da vida dos espanhóis e dos índios eram fortemente contrastantes, sendo a escravidão imposta pelos conquistadores e colonizadores a primeira forma encontrada para forçá-los a trabalhar e a ceder, em que pese a inicial ordem da realeza católica de que fossem tratados como homens livres e iguais. Surgia, então, o *repartimiento*, sistema próprio das colônias espanholas da América, através do qual os índios eram distribuídos entre colonizadores e conquistadores. Entretanto, o que era para ser um regime contratual de livre assalariamento transformou-se em imposição estatal de trabalho forçado, devido à urgência de atendimento às necessidades de mão de obra na agricultura, nas minas e em diversos outros setores. Desde esta época, Bartolomé de Las Casas já se opunha a tais práticas, na medida em que: *em nome da cultura, da civilização e da religião os índios foram obrigados a se integrar a um contexto muito diferente daquele onde antes viveram, e, na realidade, tinham de iniciar uma nova etapa histórica sob o patrocínio do colonizador e do missionário, nem sempre coincidentes em seus pontos de vista, que esboçarão a fisionomia de uma realidade indiana, muito difícil de avaliar em seus impoderáveis resultados. Até que ponto tenham sido para o bem, constitui um dos grandes enigmas da história*. GALMÉS, Lorenzo. **Bartolomeu de las Casas**. São Paulo: Paulinas, 1991. p. 8-20. Todas essas *diabólicas e muito injustas* guerras e atitudes contra os índios foram descritas com detalhes por Bartolomé de Las Casas em “O paraíso destruído”, no qual compilou diversos relatos, com orientações geográficas e cronológicas da seqüência de atos, desde a tomada de provisões e alimentos dos índios até as mais cruéis formas de tortura para que dissessem onde poderia ser encontrado o cobiçado ouro. Ainda, os ataques noturnos nos quais as casas indígenas, comumente de palha, eram queimadas rapidamente, sem que nem mesmo os índios se dessem conta de que estavam morrendo cruelmente. Eis, pois, um trecho da sua obra: *Eu vi uma vez quatro ou cinco dos principais senhores torrando-se e queimando sobre esses gradis e penso que havia ainda mais dois ou três gradis assim aparelhados; e, pois que essas almas expirantes davam gritos que os impediam o capitão de dormir, este último ordenou que os estrangulassem; mas o sargento, que era pior que o carrasco que os queimava (eu sei seu nome e conheço seus parentes em Sevilha), não quis que fossem estrangulados e ele mesmo*

Pode-se concluir, então, que a luta pelos direitos do homem, de forma muito especial diante dos necessitados indígenas, é um marco da gênese da dignidade humana, pois se pôde observar que houve, naquele momento, uma busca pela percepção e concretização da dignidade.²⁶

Enfim, a idéia de dignidade humana é, parece-nos, inerente a todas as tradições religiosas que estabelecem uma relação entre Deus e o homem, criador e criatura, céu e terra, embora se reconheça, não seja suficiente para definir o sentido e o alcance que a dignidade compreende.²⁷

E nessa dimensão contribuirá, de forma decisiva, Immanuel Kant.

3.1.2 A dignidade em e para além de Kant.

Não se pode atribuir exclusivamente a Kant o nascimento do que se entende por dignidade da pessoa humana, até porque a expressão não aparece acentuadamente em sua obra. O tema, no entanto, é sustentado por muitos autores como o fundamental de sua filosofia. Cortês, por exemplo, pontifica que a maior intenção de Kant sempre foi a de tentar

*lhes atuchou pelotas na boca a fim de que não gritassem, e atiçava o fogo em pessoa até que ficassem torrados inteiramente e a seu bel prazer. Eu vi as cousas acima referidas em um número infinito de outras; e pois os que podiam fugir ocultavam-se nas montanhas a fim de escapar a esses homens desumanos, despojados de qualquer piedade, ensinavam cães a fazer em pedaços um índio à primeira vista. Esses cães faziam grandes matanças e como por vezes os índios matavam algum, os espanhóis fizeram uma lei entre eles, segundo a qual por um espanhol morto faziam morrer cem índios. LAS CASAS, Bartolomé de. **O paraíso destruído: A sangrenta história da conquista da América Espanhola. Brevíssima relação da destruição das índias.** 6. ed. Porto Alegre: L&PM, 1996. p. 30-31.*

²⁶ GALMÉS, Lorenzo. **Bartolomeu de las Casas.** São Paulo: Paulinas, 1991. p. 5.

²⁷ CORTÊS, António. O princípio da dignidade humana em Kant. In: **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra.** Coimbra: Universidade de Coimbra, v. LXXXI, 2005. p. 601.

compreender o que o homem deve fazer para ser o que deve ser.²⁸ Assim, em que pese algumas críticas direcionadas à sua obra, seu legado é extremamente atual, destacando-se no cenário do debate ético.²⁹

É necessário advertir, ainda, que o presente estudo se limita a observar o pensamento kantiano basicamente a partir da obra *Fundamentos da Metafísica dos Costumes*, com alguns aportes da *Metafísica dos Costumes*. A vasta e complexa obra de Kant, todavia, ultrapassa as restritas considerações, não permitindo simplificações no que diz respeito ao pensamento do filósofo sobre a possibilidade própria do homem de conhecer e pensar.³⁰

Junges, tencionando compreender quais os alicerces da dignidade e da valorização da pessoa humana na obra de Kant, relacionou o tema às categorias basilares da moral kantiana, especialmente a moralidade, a autonomia, o *homo noumenon* e o respeito, os quais estão intimamente inter-relacionados. A liberdade, nesse passo, estaria intimamente ligada à autonomia, o que não quer dizer haja equivalência entre liberdade e dignidade.³¹

²⁸ Refere o autor que era esta a questão que estava no cerne das preocupações de Kant quando ele declarava a sua intenção de revolucionar a metafísica, colocando o Homem no centro do processo gnosiológico. Esta pergunta, no entanto, não propõe pensarmos em um ser humano apenas na sua universalidade, mas também na sua autonomia plural, como se observará adiante. CORTÊS, António. O princípio da dignidade humana em Kant. **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra: Universidade de Coimbra, v. LXXXI, 2005. p. 601-606.

²⁹ Salienta Otfried Höffe que a filosofia kantiana é, por vezes, estudada e discutida de forma fragmentada, compartimentalizada, favorecendo os mal entendidos. Informa, ainda, que desde Hegel, diferentemente de Aristóteles, a obra de Kant tem como fundamento uma teoria em que existem dois mundos separados, ou seja, o moral e o empírico, o que impossibilitaria a unidade da ação do homem. Sustenta Hegel, ainda, que o dever moral proposto por Kant é simplesmente subjetivo e a-histórico. O mesmo autor, porém, revela que um olhar atento da obra de Kant permite encontrar fundamentos para o que antes foi criticado. HÖFFE, Otfried. **Immanuel Kant**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 161.

³⁰ Ao expor sobre as respostas filosóficas aos problemas do empirismo e ao inatismo oferecidas por Kant, Marilena Chauí ressalta a solução kantiana no século XVII, e explica a comparação entre a obra de Kant e a “revolução copernicana”: Copérnico provocou uma revolução no sentido astronômico da palavra quando em 1543 sugere que muito mais adequado para explicar os fenômenos astronômicos seria a compreensão de que é a Terra que se move, e não o sol ao redor da Terra. Essa percepção falsa da realidade, aceita até então, era considerada suficiente e baseada em nossa experiência sensorial, de percebermos o movimento do sol e dos demais astros, mas não perceber o da Terra e a considerarmos imóvel. CHAUI, Marilena. **Convite à Filosofia**. Ática: São Paulo, 2006, p. 75-76. Salienta-se, ainda, que existem muitas formas de se fazer uma análise da obra de Kant, o que não é o objeto do presente estudo, senão o de buscar a grande contribuição da filosofia de Kant aos fundamentos, sentido e alcance da dignidade da pessoa humana. Buscou-se, para isso, além das obras do próprio filósofo, o estudo de José Roque Junges sobre o tema. JUNGES, José Roque. O respeito à dignidade humana como fundamento de todo humanismo. In: OSOWSKI, Cecília. **Teologia e Humanismo social cristão: traçando rotas**. São Leopoldo: Unisinos, 2000.

³¹ Em uma exposição sobre os elementos de encontro e dissonância entre o humanismo moderno e o humanismo cristão, Roque Junges discorre sobre a dignidade e a enquadra como ponto de referência entre os humanismos a partir do momento em que se entende que o ser humano é um fim em si mesmo, enquanto ser racional, e que é filho de Deus, na crença cristã. Esse acento teológico dado à dignidade, porém, é negado por Kant, que não aceita qualquer fundamentação heterônoma da dignidade humana. JUNGES, José Roque. O respeito à dignidade

Em primeiro lugar, Kant destaca a moralidade, ressaltando sua identificação com a dignidade. Para ele, é na relação entre os seres racionais que desponta a necessidade de agir conforme o dever, e não por impulso e inclinações, *in verbis*:

No reino dos fins, tudo possui um preço ou uma dignidade. Aquilo que tem preço pode ser substituído por algo equivalente; por outro lado, o que se acha acima de todo preço e, portanto, não admite nada equivalente, encerra uma dignidade.

O que se refere às inclinações e necessidades do homem tem um preço comercial; o que, sem supor uma necessidade, se conforma a certo gosto, digamos, a uma satisfação produzida pelo simples jogo, sem fim algum, de nossas faculdades, tem um preço de afeto; mas o que constitui a condição para algo que seja fim em si mesmo, isso não tem meramente valor relativo ou preço, mas um valor interno, isto é, dignidade.

A moralidade é a condição debaixo da qual um ser racional pode ser um em si mesmo; porque só por ela é possível ser membro legislador do reino de fins. Assim, pois, a moralidade e a humanidade, enquanto esta é capaz de moralidade, são as únicas que possuem dignidade.³²

Veja-se, por exemplo, a questão do dever de ser verdadeiro. Para Kant, o dever de ser verdadeiro vai além do receio que as conseqüências de uma mentira podem causar, ou seja, é um conceito de ação em si mesmo (que a torna lei para si).³³

O elo entre a moralidade e a dignidade é, pois, o reino de fins, que também é a ligação, através de leis comuns, entre seres racionais. Concebe-se, então, o conjunto de seres racionais como um reino de fins, já que todos devem ser tratados como fins e nunca apenas como meios.³⁴

O homem é dotado de autonomia, no qual reside o segundo elemento fundante da dignidade. Para Kant, o homem é racional e autônomo porque é autolegislator num reino de fins. Por isso também é fim em si mesmo. Dessa forma, não pode ser trocado por algo equivalente, pelo simples fato de inexistir, em qualquer medida, equivalência. Por conseguinte, é dotado de dignidade e merece ser incondicionalmente respeitado. Nesta perspectiva, aludiu Kant:

humana como fundamento de todo humanismo. In: OSOWSKI, Cecília. **Teologia e humanismo social cristão: traçando rotas**. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2000. p. 158-159.

³² KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 1990. p. 86-87.

³³ *Ibid.*, 47.

³⁴ JUNGES, José Roque. O respeito à dignidade humana como fundamento de todo humanismo. In: OSOWSKI, Cecília. **Teologia e Humanismo social cristão: traçando rotas**. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2000. p. 151.

Os seres cuja existência não assenta em nossa vontade, mas na natureza, têm, contudo, se são seres irracionais, um valor meramente relativo, como meios, e por isso se denominam coisas; por outro lado, os seres racionais se denominam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, isto é, como algo que não pode ser usado meramente como meio, e, portanto, limita nesse sentido todo capricho (e é um objeto de respeito).³⁵

Para Sarlet, a teoria kantiana é a que melhor sustenta a noção de dignidade, centrada na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa (de cada pessoa).³⁶ “A autonomia moral das pessoas é”, ressaltou Cortês, “um factor a ponderar na aplicação do princípio da dignidade humana”. Exige, pois, haja respeito aos diversos modos de pensar, de sentir e de agir. É, prosseguiu Cortês “atributo do ser racional que é sujeito e não apenas objecto das leis a que obedece”. A autonomia, portanto, não significa arbítrio, senão a “decisão segundo leis que cada um possa reconhecer como sendo racionalmente exigidas por si próprio e para si próprio”. Assim, a autonomia é exigida a partir do exercício do direito de liberdade.³⁷

Está presente na matriz kantiana, portanto, a idéia de autonomia como liberdade em abstrato, ou seja, como a capacidade de cada ser humano de determinar sua conduta. Neste sentido, argumenta Sarlet que o absolutamente incapaz tem a mesma dignidade que qualquer outro ser humano, independentemente da efetiva realização dessa autonomia.³⁸

A partir da primeira concepção de Kant sobre o homem, a de *homo phaenomenon*, deriva a concepção de *homo noumenon*. Se por *homo phaenomenon* se entende que o homem tem um preço, exatamente como qualquer outro produto no puro sistema da natureza, por

³⁵ KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 1990. p. 78. Não se pode deixar de referir, neste momento, o alerta feito por Junges sobre os novos desafios que aparecem em um momento em que a humanidade se preocupa com o próprio poder (intenso e real) de interferência e manipulação do seres vivos pelo próprio ser humano, inclusive através da técnica. Cita, neste sentido, a obra de Peter Singer em defesa dos animais. JUNGES, José Roque. O respeito à dignidade humana como fundamento de todo humanismo. In: OSOWSKI, Cecília. **Teologia e Humanismo social cristão: traçando rotas**. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2000. p. 169. Registra-se, ainda, a obra de Hans Jonas intitulada *O Princípio Responsabilidade*, através da qual o autor alerta sobre a responsabilidade como um princípio capaz de sustentar o comprometimento de respeito pela vida em um momento em que há o surgimento de novos tipos de relações sociais no quadro cultural da tecno-civilização. JONAS, Hans. **O Princípio Responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006. p.22.

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 46.

³⁷ CORTÊS, António. O princípio da dignidade humana em Kant. **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra: Universidade de Coimbra, v. LXXXI, 2005. p. 610.

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit., 2007. p. 46.

homo noumenon se entende que como sujeito de uma razão está acima de todo o preço.³⁹

Nesse jaez, referiu Kant:

Todo ser humano tem um direito legítimo ao respeito de seus semelhantes e está, *por sua vez*, obrigado a respeitar todos os demais. A humanidade ela mesma é uma dignidade, pois um ser humano não pode ser usado meramente como um meio por qualquer ser humano (quer por outros quer, inclusive, por si mesmo), mas deve sempre ser usado ao mesmo tempo como um fim. É precisamente nisso que sai dignidade (personalidade) consiste, pelo que ele se eleva acima de todos os outros seres do mundo que não são seres humanos e, no entanto, podem ser usados e, assim, sobre todas as *coisas*.⁴⁰

Asseverou Cortês que, pensar o homem não apenas na sua dimensão fenomênica, mas, ao mesmo tempo, na sua dimensão numenal é pensar o homem na sua dignidade, na sua relação com a lei moral. Assim, “o imperativo categórico é a base da lei moral e a dignidade humana é a chave do imperativo categórico”.⁴¹

No que respeita à possibilidade da determinação da liberdade em relação aos outros, e não só ao próprio indivíduo,⁴² importante mencionar, de início, o direito que o ser humano tem de ser respeitado pelos outros seres humanos também o obriga ao respeito em relação aos demais.

Essa reciprocidade está clara no imperativo categórico: o homem não pode ser utilizado como meio por nenhum outro homem, nem mesmo por si próprio, mas sempre como um fim. Está, portanto, obrigado a reconhecer a dignidade da humanidade nele e em todos os demais seres humanos.⁴³

³⁹ JUNGES, José Roque. O respeito à dignidade humana como fundamento de todo humanismo. In OSOWSKI, Cecília. **Teologia e Humanismo social cristão: traçando rotas**. São Leopoldo: Unisinos, 2000. p. 151.

⁴⁰ KANT, Immanuel. **Metafísica dos Costumes**. São Paulo: Edipro, 2003. p. 306.

⁴¹ CORTÊS, António. O princípio da dignidade humana em Kant. In: **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**. Coimbra: Universidade de Coimbra, Vol. LXXXI, 2005. p. 603.

⁴² MILOVIC, Miroslav. Verbete Emmanuel Kant. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 500.

⁴³ JUNGES, José Roque. Op. Cit., 2000. p. 152.

Para Junges, a doutrina exposta na *Metafísica dos Costumes* tem como alicerce a pessoalidade ou a humanidade do homem e, conseqüentemente, a exigência de respeito, ou seja, só pode ser considerado sujeito de direito quem vive a moralidade.⁴⁴

Na realidade, a busca da moral autêntica em Kant tem como base a procura na “humanidade” de cada pessoa. No contexto da busca pela humanidade é que aparece o homem e sua dignidade como princípios de Direito. Para Cortês, o motivo do atual interesse pela obra de Kant é justamente no modo como ele pensou o Direito e na relação que estabeleceu entre o Direito e o princípio do respeito pela humanidade.⁴⁵

É certo que essa concepção ética antropocêntrica advém, sem dúvida, da obra de Kant, e tem como principal resultado a formulação do pensamento e a busca por um mundo concreto em que o homem seja um fim e não apenas um meio. Aliás, toda a filosofia de Kant residiu na defesa do homem e, por conseguinte, na humanidade em cada indivíduo. Para Cortês, no horizonte e no cerne das interrogações de Kant esteve sempre presente a dignidade humana como referência decisiva acima de todos os poderes e saberes historicamente vigentes.⁴⁶

Com Kant, portanto, ocorre a revolução copernicana no que respeita ao entendimento da filosofia como experiência do sujeito, e não somente a afirmação da contemplação do mundo.⁴⁷ Esta compreensão deflagra categorias que amparam e qualificam a dignidade. Esta mesma dignidade não é simplesmente outorgada a uma pessoa, mas faz parte dela enquanto pessoa, ou seja, é entendida como “um a priori ético comum a todos os seres humanos”.⁴⁸

Dessa forma, se a dignidade é qualidade intrínseca reconhecida em cada ser humano, requer também, pelas características antes mencionadas, seja reconhecida pela comunidade e pelo Estado, o que ocorre, como salientou Sarlet, através do estabelecimento de um complexo feixe de direitos e deveres fundamentais que assegurem “a pessoa tanto contra todo e qualquer

⁴⁴ JUNGES, José Roque. O respeito à dignidade humana como fundamento de todo humanismo. In: OSOWSKI, Cecília. **Teologia e Humanismo social cristão: traçando rotas**. São Leopoldo: Unisinos, 2000. p. 152-153.

⁴⁵ CORTÊS, António. O princípio da dignidade humana em Kant. **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra: Universidade de Coimbra, v. LXXXI, 2005. p. 604.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 630.

⁴⁷ MILOVIC, Miroslav. Verbete Emmanuel Kant. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 500-501.

⁴⁸ JUNGES, José Roque. Op. Cit., 2000. p. 164.

ato de cunho degradante e desumano”, bem como venham a lhe “garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável”, sempre com o objetivo de “propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos direitos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”.⁴⁹

Assim, considerando o vínculo indissociável da dignidade com a pessoa, desponta a análise sobre a operacionalização dessa dignidade através de direitos destinados à sua proteção, ou seja, os direitos humanos, os direitos fundamentais e os direitos de personalidade.⁵⁰

Esses direitos essenciais no processo de institucionalização do Estado moderno, reconhecidos como direitos fundamentais, necessitam ser viabilizados de forma a garantir sua plena realização. São, portanto, indispensáveis para a satisfação das necessidades humanas mínimas, cujo epicentro é a dignidade humana.⁵¹

Não se pode deixar de mencionar, contudo, a crítica heideggeriana de que Kant pára a “meio caminho” na sua tarefa, ou seja, na busca pela resposta à questão “o que é o homem?” Kant identifica na razão uma característica que reflete a existência de um esquema de moralidade decorrente da racionalidade, que é universalizada. Aliás, já havia sido criticada, antes de Heidegger, a categoria kantiana da radical finitude da razão, mas sem lançar-se uma

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.p. 37.

⁵⁰ Por oportuno, observa-se que os termos Direitos Humanos e Direitos Fundamentais aparecerão, algumas vezes, no decorrer deste trabalho. Na lição de Sarlet, em que pese sejam ambos os termos (‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira para a distinção é de que o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica àqueles direitos do ser humano, reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram, na visão do autor, à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). Além disso, importa considerar a relevante distinção quanto ao grau de efetiva aplicação e proteção das normas consagradoras dos direitos fundamentais (direito interno) e dos direitos humanos (direito internacional), sendo desnecessário aprofundar, aqui, a idéia de que os primeiros que – ao menos em regra – atingem (ou, pelo menos, estão em melhores condições para isto) o maior grau de efetivação, particularmente em face da existência de instâncias (especialmente as judiciárias) dotadas do poder de fazer respeitar e realizar estes direitos. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 35-40.

⁵¹ SANTIAGO, Marcus Firmino. **A defesa dos direitos da personalidade face à escassez de recursos**. Disponível em: <www.ihj.org.br>. Acesso em mar. 2008.

resposta satisfatória. Foi, portanto, como mencionou Fleig, apenas um tangenciamento da categoria, posteriormente contornada por Heidegger.⁵²

Heidegger, vislumbrando na fenomenologia de Husserl a possibilidade de uma retomada da filosofia desde que fossem superadas algumas questões, como, por exemplo, a construção de um sujeito supra empírico que fosse o fundamento do conhecimento, encontra na escola histórica alemã as possibilidades de uma nova maneira de pensar, afastada da metafísica e dedicada a pensar a situação concreta do ser humano. Para tanto, Heidegger preocupou-se, inicialmente, com a questão do ser, mas indo além do ser como simples presença, dado que, ao ser, conseqüentemente deveria ser analisada a questão da temporalidade.⁵³

Buscando entender e apresentar os argumentos críticos essenciais da obra de Heidegger, Vattimo esclarece que “a reivindicação da necessidade de ir mais além da lógica e a recusa de considerar as categorias não só como funções do pensamento são já elementos claríssimos de uma polêmica contra o neokantismo”.⁵⁴

Assim, contribuindo sobremaneira no alargamento do discurso neokantiano, e até na fenomenologia de Husserl, Heidegger iria repropor o problema do ser, que está diretamente relacionado ao fenômeno da historicidade e da “vida”.⁵⁵

Para Heidegger, a busca pelo conceito mais fundamental, ou seja, o entendimento de ser, dar-se-ia a partir da compreensão do próprio homem pelo ser. Essa compreensão, entretanto, não ocorre deslocadamente, mas a partir do modo concreto do homem existir, ou seja, devendo ser considerado, como ponto de partida, o homem em sua faticidade.⁵⁶

A constante busca pelo sentido do ser é, até Heidegger, fixa e fechada, ou *encoberta*, como preferiu chamar. O autor propôs, em contraponto, um modo concreto de compreender o

⁵² FLEIG, Mário. Heidegger com Kant: da imaginação transcendental à temporalidade originária. **Estudos Leopoldenses**, v. 27, n. 123, jun./ago., 1991. p. 86.

⁵³ STRECK, Lênio. Verbete Martin Heidegger. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 426.

⁵⁴ VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 12.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 16.

⁵⁶ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica Filosófica e Direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 113.

ser, e a hermenêutica se constitui no elo com o próprio preocupar-se do homem consigo mesmo.⁵⁷

Heidegger quer resgatar a questão do ser, não no sentido de que ele é abstrato e transcendental, mas “para uma temporalidade absoluta, para o a priori da própria existência humana em relação ao logos”.⁵⁸ Esse modo concreto do homem existir Heidegger denominou *Dasein*, ou seja, nós não apenas somos, mas percebemos que somos.⁵⁹ Compreender o ser dos entes dá ao *Dasein* o privilégio de ser ontológico, com o que Heidegger criou uma nova disciplina, a ontologia fundamental⁶⁰, relegando à metafísica um segundo plano.⁶¹

A compreensão respeita ao ser no mundo, o *Dasein*. O *Dasein* não se limita a estar entre outros entes, mas, diferentemente, é um ente “que se caracteriza onticamente pelo privilégio de, em seu ser — isto é, sendo —, estar em jogo seu próprio ser”.⁶²

Nesse sentido se pode perceber, com Heidegger, a insuficiência dos conceitos transcendentais e das estruturas prévias que integram a subjetividade do sujeito. Na metafísica tradicional tudo é fundado na eternidade, em esquemas atemporais. Diferentemente, na ontologia fundamental, que privilegia o *Dasein* como sendo já sempre na condição de ser-em, os esquemas existenciais são estáticos-horizontais, temporalizações da temporalidade:

O conhecimento dos objetos não se dá pelo lado das idéias, imagem e semelhança da eternidade, mas a partir do *Dasein*, onde a condição de ser-no-mundo nos dá a

⁵⁷ STRECK, Lênio. Verbete Martin Heidegger. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 426-427.

⁵⁸ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 35.

⁵⁹ STRECK, Lênio. Op. Cit., 2006. p. 428.

⁶⁰ Conforme Maman, *a ontologia fundamental tem como tarefa esclarecer a questão do ser, a questão mais geral e mais concreta — a mais concreta porque decide do ser do ente que a põe. A generalidade da pesquisa ontológica dá-lhe um sentido mais amplo do que as investigações ônticas das ciências positivas, pois propõe indagar da condição do ser e não do significado do ente*. MAMAN, Jeannette Antonios. **Fenomenologia existencial do direito: crítica do pensamento jurídico brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 71.

⁶¹ FLEIG, Mário. Heidegger com Kant: da imaginação transcendental à temporalidade originária. **Estudos Leopoldenses**, v. 27, n. 123, jun./ago., 1991. p. 95.

⁶² GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 93.

condição de inteligibilidade dos objetos. Essa condição originária é a temporalidade, que dá o sentido do próprio Dasein e o sentido dos objetos.⁶³

Kant permaneceu preso a uma ciência ôntica, segundo Heidegger, por dois motivos fundamentais, quais sejam, a insuficiência da problematização do sentido do ser e a insuficiente problematização da subjetividade do sujeito, as duas relacionadas à também insuficiente, tradicional e vulgar compreensão do tempo.⁶⁴

Não se pode esquecer, contudo, que para a compreensão da ontologia fundamental e do sentido do ser Heidegger encontra na hermenêutica o elemento de ligação e preocupação do homem consigo mesmo, o que pressupõe uma hermenêutica de si mesmo (autocompreensão).

Nesse viés, a dignidade, para que seja estabelecida como categoria, deve ultrapassar a razão como *a priori*, considerando-se a dimensão existencial do homem enquanto ser-no-mundo.

3.1.3 A concretização da dignidade da pessoa humana

Em que pese os legados da antiguidade e do Cristianismo, imprescindíveis para delimitar os parâmetros humanistas que fundam a cultura filosófico-jurídica ocidental, é no rompimento com o medievo que foram lançadas as bases para um novo entendimento de pessoa, especialmente no que diz respeito à proteção de sua dignidade.

A partir do século XVI a doutrina jusnaturalista desenvolve-se na Europa, culminando, nos setecentos, com mudanças lideradas por cientistas de diferentes áreas, ensejando o surgimento do que se denominou iluminismo.⁶⁵ Tais mudanças de caráter científico tiveram sensíveis reflexos no modelo então vigente, como, por exemplo, a teoria de Copérnico, que

⁶³ FLEIG, Mário. Heidegger com Kant: da imaginação transcendental à temporalidade originária. **Estudos Leopoldenses**, v. 27, n. 123, jun./ago., 1991. p. 96.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 88-94.

⁶⁵ DUSSEL, Enrique. **Caminhos para a libertação latino-americana**. São Paulo: Paulinas, 1984. v. 2. p. 212-214.

desacredita a idéia de que a terra é plana e de que o sol a circunda; o caráter mecanicista das leis físicas de Newton e as recentes descobertas da medicina. Aliás, o iluminismo, no campo científico, caracterizou-se pela sua fé na razão, outorgando ao homem (aptidão humana) a condição de transformador, quer quando, no século XVIII, a razão tornou-se absoluta, quer quando, no século XIX, idolatrou-se, num extremo, a ciência.⁶⁶

O homem passou a ser o reflexo dos seus atos. Tem-se, então, um indivíduo preocupado com o seu bem-estar, lutando no intuito de acumular bens. Gauer, aliás, vai além, creditando o desaparecimento da igreja como instituição holística à sua miscigenação com o Estado. Assim, a igreja passou a ser uma associação composta de indivíduos.⁶⁷

No âmbito da política, da mesma forma, a mudança de ângulo do contratualismo liberal, sob a inspiração de Rousseau⁶⁸ e Locke⁶⁹, transforma a gênese do Estado Absoluto, atribuindo o surgimento da sociedade e do Estado também por meio da cedência de uma parcela da liberdade de cada indivíduo, aceitando, estes, entretanto, um governante justo, liberal e dissociado do direito divino. Na mesma linha, reivindica-se, forte no contrato social,

⁶⁶ TAIPA DE CARVALHO, Américo A. Condicionalidade sócio-cultural do direito penal. **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra: Universidade de Coimbra, v. LVIII, 1982. p. 1079.

⁶⁷ GAUER, Ruth Maria Chittó. **A modernidade portuguesa e a reforma pombalina de 1772**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996. p. 38.

⁶⁸ Conforme Rousseau: *Imagino os homens naquele momento em que os obstáculos que a natureza lhes levanta à sua sobrevivência, levam a melhor em relação à força que cada homem pode empregar, para se manter no seu primitivo estado. O primitivo estado deixa de poder existir e o gênero humano de certo teria perecido se não modificasse a sua maneira de agir. Como os homens não podem criar novas forças, mas apenas unir e dirigir as que existem, não têm outro meio, para sobreviver, senão agregarem-se, unirem forças que possam derrubar os obstáculos, pô-las em jogo para um único objectivo, fazê-las actuar harmoniosamente. Este somatório de forças só pode nascer do concurso de muitos. Mas se a força e liberdade de cada homem são os primeiros instrumentos da sua sobrevivência, como poderá ele comprometê-los sem prejudicar e negligenciar os cuidados que a si mesmo deve? Esta dificuldade, introduzida no meu tema, pode enunciar-se nestes termos: Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja de toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado e em que cada um, ao unir-se a todos, só a si mesmo obedeça e continue tão livre como antes. Tal é o problema fundamental que no Contrato Social encontra solução.* ROUSSEAU, Jean Jacques. **Contrato social**. Lisboa: Presença, 1977. p. 20-21.

⁶⁹ O motivo fundamental para que se estabeleça o contrato social, segundo Locke, são os riscos em se aceitar um estado de natureza, que poderia se transformar muito tenuamente em um estado de guerra, na medida em que seriam inevitáveis os conflitos, que, por sua vez, não poderiam ser resolvidos por um juiz imparcial. O Estado de sociedade, assim, é instituído através de um pacto irrevogável, e exige a unanimidade. Além disso, é resultado da parcela de liberdade cedida por indivíduos que até então se encontravam no estado de natureza. Cedem, conseqüentemente, o poder de punir, que agora é transferido ao Estado, representado pela maioria. Ao governo, alçado a este posto através da confiança depositada pelos membros da sociedade, cabe o respeito às leis, a promoção do bem comum e, fundamentalmente, a tutela à propriedade. SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Verbete John Locke. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 544-555.

uma Constituição, ou seja, uma tentativa burguesa de substituição de um Estado de Polícia por um Estado de Direito.⁷⁰

A passagem do estado de natureza para o estado civil representaria a transferência do poder privado ao poder público, designando a saída da barbárie e a opção pela civilidade.⁷¹ Com isso, há a consolidação de conquistas liberais, tais como: liberdades, direitos humanos, ordem legal, governo representativo, legitimação da mobilidade social, etc.⁷²

Nesse quadro, o princípio fundamental era o bem deve ser feito e, portanto, o mal evitado. Impregnados por essas idéias iluministas, juízes passam a desferir decisões racionais e humanistas, almejando a busca da felicidade, liberdade de expressão e culto, igualdade perante a lei e defesa contra o arbítrio e a prepotência do Estado.⁷³ Assim, alteraram-se os paradigmas: do jusnaturalismo teológico para o jusnaturalismo antropológico.⁷⁴

Essa passagem do jusnaturalismo teológico para o jusnaturalismo antropológico refletiu no Estado e nas ciências, que acabaram dissociando-se da igreja. Tal processo foi denominado secularização.

No campo jurídico-político, a secularização redundou na racionalização de sistemas constitucionais, voltados agora para o ser humano (centro do sistema), de tal sorte que as declarações de direitos do período iluminista — com destaque para as Declarações Francesa, de 1789, e Americana, de 1776 — germinaram os direitos humanos liberais de primeira geração (direitos naturais); direitos estes de natural oposição à opressão estatal.⁷⁵

⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 3. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2003. p. 49.

⁷¹ CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p. 31.

⁷² *Ibid.*, p. 51.

⁷³ CARVALHO, Salo de. Da invasão da América aos sistemas penais de hoje: o discurso da “inferioridade” latino-americana. In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de História do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 151.

⁷⁴ CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno de. **Aplicação da pena e garantismo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.p. 7.

⁷⁵ Segundo Comparato o começo da história dos Direitos Humanos inicia na passagem do século XII ao século XIII, na chamada Baixa Idade Média. É o início do movimento que prevê limites ao poder dos governantes, o que representou uma grande novidade histórica. Foi o primeiro passo em direção a acolhimento generalizado da idéia de que havia direitos comuns a todos os indivíduos, não importando a classe social em que o se encontravam (clero, nobreza e povo). COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 33. Conforme Bonavides, *os direitos humanos de primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou*

Era o início de uma real preocupação com o bem estar da humanidade no que diz respeito aos seus interesses individuais, preconizada, fundamentalmente, pelas Declarações de Direitos, na qual estão inseridos os direitos da personalidade, considerados, por Bobbio, como direitos de primeira geração⁷⁶. Pode-se dizer, portanto, que esses documentos são frutos de movimentos sociais, de lutas históricas, e de uma tendência que evolui para outra maneira de sentir e pensar.⁷⁷

A partir dessas formais Declarações, a pessoa humana passou a ser objeto de preocupação. Havia, pois, a necessidade de proteger o indivíduo contra os abusos do estado absolutista. Assim, o que se tinha era uma proteção conferida pelo direito público, limitando-

atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 517. Hodiernamente, propôs Ferrajoli *una definición teórica puramente formal o estructural de derechos fundamentales: son 'derechos fundamentales' todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a 'todos' los seres humanos encuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por 'derecho subjetivo' cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por 'status' la condición de un sujeto, prevista a si mismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.* FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la Ley del más débil**. Madrid: Editorial Trotta S/A, 1999. p. 37

⁷⁶ A formulação de gerações de direitos, de acordo com Cançado Trindade, surge com Karel Vasak, que, refletindo sob inspiração das palavras contidas na bandeira francesa: liberdade, igualdade, fraternidade, formulou uma concepção de gerações de direitos, que, até hoje, constam nas teses de muitos autores, especialmente pelo caráter mutante e transformador dos direitos humanos no contexto histórico. Todavia, no entendimento de Trindade, a tese das gerações de direitos não tem qualquer fundamento jurídico. É uma teoria fragmentadora, atomista e toma os direitos de maneira absolutamente dividida, o que não corresponde à realidade. BOBBIO, Norberto. **Cançado Trindade questiona a Tese de "Gerações de Direitos Humanos"**. 2000. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm>. Acesso em mar. 2008. Para Sarlet, ainda, a preferência é pelo termo "dimensões" de direitos, pois esta palavra não daria o sentido equivocado de que o processo pelo reconhecimento dos Direitos Fundamentais se dá de forma alternada, e não cumulativa, de complementariedade. Aduz, ainda, amparado na lição de Cançado Trindade, que a expressão gerações de direitos conduz, erroneamente, à idéia de que *os direitos fundamentais se substituem ao longo do tempo, não se encontrando em permanente processo de expansão, cumulação e fortalecimento*. Em que pese haver dissenso sobre a terminologia, o certo é que o conteúdo das gerações e/ou dimensões é o mesmo, inclusive no que diz respeito a uma quarta geração. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 49. Interessa evidenciar, contudo que na ordem dos princípios basilares da Revolução Francesa, os direitos de primeira geração são os direitos de liberdade, os civis e políticos, escopo do constitucionalismo moderno. São eles os responsáveis pela oposição ao poder do Estado. De acordo com Bobbio, são direitos originários dos períodos em que tem destaque a luta pelas liberdades civis, religiosas ou políticas, somadas as guerras religiosas e demais embates nos quais há diminuição ou restrição ao poder do soberano. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 07. Salienta-se, nesta formulação, o direito à vida, à liberdade, à igualdade perante a lei e à propriedade, complementados, na seqüência, pelas liberdades de expressão coletiva e pelos direitos de participação política, revelando, desta forma, no entendimento de Celso Lafer, corroborado por Sarlet, a estreita correlação entre os direitos fundamentais e a democracia, seguidos pelo direito de igualdade, entendido como igualdade formal (perante a lei) e certas garantias processuais. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 50; **A reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.p. 126-127.

⁷⁷ MBAYA, Etienne-Richard. Gênese, evolução e universalidade dos direitos humanos frente à diversidade de culturas. **Revista Estudos Avançados**, São Paulo: USP, maio/ago., 1997. p. 20.

se, no direito privado, à proteção conferida pelo direito penal. Quando a pessoa passa a ser protegida também no âmbito privado, através dos direitos de personalidade, categorizam-se direitos privados como a vida, a liberdade, a honra, a integridade física, e outros, que são, na realidade, os mesmos que os direitos subjetivos públicos já protegidos, ou seja, os direitos humanos.⁷⁸

Desta forma, não há como negar as raízes filosófica e histórica da dignidade da pessoa humana e sua estreita ligação com a doutrina jusnaturalista na contenção do poder do Estado em favor da pessoa, culminando, em sentido positivo, num caminho sem volta para a humanidade, ou seja, um ponto de não-retorno. É certo, então, que o reconhecimento da dignidade humana encontra um caminho para a constitucionalização a partir das citadas declarações de direitos.

Contudo, essas declarações não deixaram de receber algumas críticas direcionadas, fundamentalmente, a contrapor certos entendimentos tidos como absolutos, e que, ainda, tentam apontar certos mal entendidos da história recente. Há, portanto, que se ter cuidado com consensos edificados como verdades incontestáveis.

Um desses pontos é a situação dos refugiados que Hannah Arendt se debruça ao analisar “O declínio do Estado-nação e o fim dos direitos do homem”.⁷⁹ Outro é o que suscita a discussão sobre a universalidade dos Direitos do homem em um contexto de interculturalidade e globalização, como se observará adiante.

3.1.4 Das declarações de direitos ao estabelecimento da dignidade humana como fundamento das constituições ocidentais

As Declarações de Direitos, tanto as Declarações dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa de 1789, e Americana, de 1776, como a Declaração

⁷⁸ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 32.

⁷⁹ ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**: anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo. São Paulo: Companhia das Letras, 1982. p. 300-330.

Universal dos Direitos do Homem das Nações Unidas, de 1948, são considerados documentos de extrema importância no cenário histórico e do Direito.

Essa “máxima importância”, contudo, está associada à auto-imagem da cultura ocidental. Não se pode deixar de mencionar, portanto, que sofreu algumas contestações, especialmente em função desta supervalorização do ser humano.

As primeiras declarações, anteriormente mencionadas, germinaram os direitos humanos liberais de primeira geração (direitos naturais), cujo objeto é a contenção dos abusos do então poder monárquico.⁸⁰ Interessa referir, no entanto, que ao mesmo tempo em que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 ganhou o mundo, também “dividiu” os direitos em humanos (igual para todos) e do cidadão (condição de alguns).

Não se pode negar que os direitos do homem são a expressão jurídica maior desta valorização do ser humano. Entretanto, também não se pode negar que os direitos humanos atravessaram uma crise, o que se confere a partir de determinadas situações sociais, políticas e econômicas que no decorrer da história contribuíram para tornar os homens supérfluos, sem lugar no mundo, e que ainda persistem, de diversas formas.⁸¹

Para Hannah Arendt, o totalitarismo é uma dessas situações.⁸² Até a Primeira Guerra Mundial ainda se tinha a distribuição dos indivíduos em escala mundial entre os Estados de

⁸⁰ Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão de 1789: “Preâmbulo: O Povo Francês, convencido de que o esquecimento e o desprezo dos direitos naturais do Homem são as únicas causas das infelicidades do mundo, resolveu expor numa declaração solene estes direitos sagrados e inalienáveis, a fim de que todos os cidadãos, podendo comparar sem cessar os atos do Governo com o fim de toda instituição social, não se deixem jamais oprimir e aviltar pela tirania; para que o Povo tenha sempre distante dos olhos as bases da sua liberdade e de sua felicidade, o Magistrado, a regra dos seus deveres, o Legislador, o objeto da sua missão. Em conseqüência, proclama, na presença do Ser Supremo, a Declaração seguinte dos Direitos do Homem e do Cidadão. I - O fim da sociedade é a felicidade comum. O governo é instituído para garantir ao homem o gozo destes direitos naturais e imprescritíveis. II - Estes direitos são a igualdade, a liberdade, a segurança e a propriedade. III - Todos os homens são iguais por natureza e diante da lei (...)”..

Art. 1º da Declaração de Virgínia: “Todos seres humanos nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, pôr nenhum contrato, privar ou despojar sua posteridade, tais são: o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança”.

⁸¹ LAFER, Celso. **A reconstrução dos Direitos Humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1991. p. 118.

⁸² Hannah Arendt não tenta fazer julgamentos sobre os horrores do holocausto, mas, antes disso, analisa sistematicamente como funciona o totalitarismo. Na ordem do “tudo é possível”, o totalitarismo é diferente do despotismo, pois o regime totalitário não tem inimigos, ele tem vítimas. Neste regime o terror é perpetrado contra uma “população totalmente subjugada”, e, acima de tudo, *ele assassina a pessoa moral e*

que eram nacionais. Após este evento o padrão muda radicalmente, já que aumentara consideravelmente a quantidade de pessoas que não eram bem-vindas em lugar algum e que não podiam ser assimiladas em parte alguma. Estas pessoas sem lugar se converteram no que Arendt chamou de “refugio da terra”, pois perderam seus lares, sua cidadania, seus direitos, e se viram excluídas da trindade Estado-Povo-Território, passando a serem pessoas deslocadas no âmbito de um sistema interestatal, baseado no princípio das nacionalidades.⁸³

Estes acontecimentos explicariam como foi possível a conversão de um grande número de indivíduos em seres explicitamente supérfluos e incômodos no plano mundial e resultou, segundo Arendt, no totalitarismo, quando explica suas origens.

Desta forma, não se pode deixar de ressaltar sobre a situação desses “sem-número” de indivíduos que não eram cidadãos e que, portanto, não estavam sujeitos aos “direitos humanos”. Justamente aqueles que deveriam *encarnar por excelência* “o homem dos direitos” são justamente a quem esses mesmos direitos não atingem, encerrando uma crise fundamental desses conceitos e categorias.⁸⁴

Todavia, Arendt não segue com sua análise de forma aprofundada sobre o nexo entre os direitos humanos e o estado nacional, tarefa a que se dedica Agamben. O autor, um dos atuais filósofos cujo projeto é a compreensão de que a política contemporânea é, necessariamente, uma biopolítica, busca em termos do antigo direito romano o caminho para uma análise hodierna sobre o tema.

Através do *homo sacer*, levanta a questão dos homens que estão no limite do animal, aqueles seres humanos cuja morte e cuja existência são descartáveis. Para esse estado de vida/morte, traz a tona o conceito de vida nua, muito própria dos seres humanos que ontem e hoje são vítimas da exclusão, mas cuja função essencial na política moderna pretende-se reivindicar, já que se constituem no “novo corpo biopolítico da humanidade”.⁸⁵

psicologicamente, de forma que a morte se torne anônima. LECHTE, John. **50 pensadores contemporâneos essenciais:** do estruturalismo à pós-modernidade. 2. ed. Rio de Janeiro: DIFEL, 2002. p. 206.

⁸³ ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo:** anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo. São Paulo: Companhia das Letras, 1982. p. 321-325.

⁸⁴ AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer:** o poder soberano e a vida nua. Belo Horizonte: UFMG, 2007. p. 133.

⁸⁵ AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer:** o poder soberano e a vida nua. Belo Horizonte: UFMG, 2007. p. 15-17.

Nesse sentido, a contribuição mais importante de Agamben no interior do debate sobre as estruturas do biopoder consiste em demonstrar como a vida nua vai progressivamente coincidindo com a integralidade do espaço político, no sentido de ela ser posta como a figura hegemônica da vida que pode aparecer no interior do espaço político. Agamben pensa, entre outras coisas, nas políticas de vitimização (baseadas na dissociação entre os direitos do homem e os direitos do cidadão) e em situações contemporâneas nas quais os sujeitos são, cada vez mais, jogados em zonas de anomia.

Agamben, ao tratar a situação dos refugiados no primeiro pós-guerra,⁸⁶ desmistifica a não aceitação da visão que se tem das Declarações de Direitos no sentido de que são “proclamações gratuitas de valores eternos metajurídicos”.⁸⁷

A falta de governos que protegesse e representasse quase um terço da população européia formada por minorias tornou, naquele momento, ineficazes os direitos do homem.⁸⁸ Isso porque no sistema de estados-nação, os direitos do homem eram, na realidade, os direitos do cidadão, e não se prestavam a quem não era cidadão de um estado.⁸⁹

No contexto geográfico do primeiro pós-guerra, a vida daqueles refugiados, para quem a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão não se aplica, na medida em que eram, em verdade, não-cidadãos, correspondia a *vida nua*, ou, como chamou Arendt, uma “abstrata nudez de ser unicamente humano”.⁹⁰

Além disso, Agamben refere que a situação que se vive atualmente, de separação entre humanitário e político, é a situação limite de descolamento entre os direitos do homem e do

⁸⁶ A partir da primeira guerra mundial juntou-se ao número de refugiados e apátridas (aproximadamente 1.500.000 russos brancos, 700.000 armênios, 500.000 búlgaros, 1.000.000 de gregos e centenas de milhares de alemães, húngaros e romenos) cidadãos que foram desnacionalizados e desnaturalizados em massa. As normas introduzidas no ordenamento de muitos Estados fez com que muitos cidadãos de origem “inimiga” ou que tivessem praticados atos “antinacionais” tivessem suas naturalizações revogadas. Essa prática foi impelida a partir das leis de Nuremberg, que dividiu os alemães em cidadãos a título pleno e cidadãos de segundo escalão, introduzindo, ainda, o princípio de que *a cidadania era algo de que é preciso mostrar-se digno e que podia, portanto, ser sempre colocada em questionamento*. Ibid., p. 138-139.

⁸⁷ Ibid., p. 133.

⁸⁸ ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**: anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo. São Paulo: Companhia das Letras, 1982. p. 303.

⁸⁹ AGAMBEN, Giorgio. Op. Cit., 2007. p. 133.

⁹⁰ ORTEGA, Francisco. Verbete Biopolítica/Biopoder. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo:Unisinos, 2006. p. 108.

cidadão. As organizações humanitárias e os organismos supranacionais, mesmo unidos, não fazem senão compreender a vida humana como a vida nua ou vida sacra, e por este motivo “mantêm uma secreta solidariedade com as forças que deveriam combater”.⁹¹

3.1.5 A declaração universal da ONU e seus reflexos

Partindo-se da mesma concepção filosófica dos direitos do homem que constavam nas primeiras declarações, aliado à situação histórica, social e política da Europa após a segunda guerra mundial, a Organização das Nações Unidas elaborou, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, documento que ensejou, posteriormente, o Tratado Internacional dos Direitos Civis e políticos e o Tratado Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Sua elaboração é considerada até hoje um marco na gênese dos direitos do homem, e têm-se que, pela primeira vez, houve a elaboração de uma declaração que trata dos princípios fundamentais da conduta humana.⁹²

Para tanto, foram diversos os momentos que transcorreram até chegar ao ponto culminante: o reconhecimento dos Direitos do Homem direcionados a uma comunidade não só de Estados, mas de indivíduos livres e iguais, titulares de proteção.⁹³

⁹¹ O autor exemplifica tal situação afirmando que as campanhas publicitárias para arrecadar fundos para os refugiados da Ruanda é a própria revelação da vida matável e sacrificável: *os “olhos suplicantes” do menino ruandês, cuja fotografia se desejaria exibir para obter dinheiro, mas que “agora está se tornando difícil encontrar vivo” são o índice talvez mais significativo da vida nua do nosso tempo, da qual as organizações humanitárias têm necessidade em proporção exatamente simétrica à do poder estatal.* AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua. Belo Horizonte: UFMG, 2007. p. 140.

⁹² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 47.

⁹³ A primeira fase da história da formação dos Direitos Humanos é aquela advinda da filosofia, como já se procurou demonstrar inicialmente. Neste sentido, Bobbio argumenta: *enquanto teorias filosóficas as primeiras afirmações dos direitos do homem são pura e simplesmente a expressão de um pensamento individual: são universais em relação ao conteúdo, na medida em que se dirigem a um homem racional fora do espaço e do tempo, mas são extremamente limitadas em relação à sua eficácia, na medida em que são (na melhor das hipóteses) propostas para um futuro legislador.* Mais significativo, ainda, é o que ocorre no momento em que são proclamadas as Declarações de Direitos dos Estados Norte Americanos e da Revolução Francesa, que se tornam verdadeiros pilares do Estado, que não é mais absoluto, mas limitado. Neste momento se invertem as forças, passando o Estado a servir ao indivíduo, e não o contrário. Outros momentos, segundo Bobbio, merecem ser destacados. Um deles é quando os Direitos do Homem passam da teoria à prática. Destaca-se, nesta, passagem, a concreticidade que ganham os Direitos do Homem. Perdem, porém, em universalidade, já que são reconhecidos somente no Estado que os protege. Para o autor, esses direitos são apenas direitos do cidadão, ou,

Indubitavelmente, essa declaração trata do tema do reconhecimento dos direitos do homem não só em seu preâmbulo, mas em seus diversos artigos⁹⁴, nos quais está formalmente consubstanciada a dignidade da pessoa humana, precursora da liberdade, da justiça e da paz; a busca pela democracia, através da promoção do progresso econômico, social e cultural, e o direito de resistência à opressão.⁹⁵

Dessa forma, pode-se afirmar que existem metas e ideais de dignidade e respeito que os homens compartilham, fundamentalmente por conta da humanidade traduzida na convivência em sociedade. Essas metas foram expressadas na Declaração Universal, que representou a tradução concreta das obrigações assumidas na Carta das Nações Unidas, de 1945. O caráter solene, quase unânime, da Declaração, transformou-a em referência sobre os valores essenciais que todos os Estados estão obrigados a respeitar. Com esta aprovação, as Nações Unidas proclamavam que os direitos humanos eram matéria de preocupação

no mínimo, *direitos do homem somente enquanto são direitos do cidadão deste ou daquele Estado particular*. A seguinte e última fase é aquela em que se dá a proclamação da já mencionada Declaração de 1948. Este é o momento, no entender do autor, no qual a afirmação de direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva: *universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém, efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado. A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 48-50.

⁹⁴ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Preâmbulo: Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do ser humano comum; Considerando essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o ser humano não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra tirania e a opressão; Considerando essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações; Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla; Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a desenvolver, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades; Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso; A Assembléia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição. Artigo I — Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade. (...)Artigo XXIII — (...) 3. Toda pessoa que trabalhe tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.

⁹⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. p. 162.

internacional, e, como tal, não podiam ser considerados matéria de exclusiva competência nacional, conforme previa o artigo 2º, § 7º, da Carta das Nações Unidas.⁹⁶

Contudo, em que pese esse “caráter solene”, são inúmeras as discussões em torno do valor atribuído à Declaração dos Direitos do Homem.⁹⁷ As mais significativas questões, entretanto, dizem respeito ao fundamento e à universalidade dos direitos nela contidos, bem como à sua efetivação, considerada indispensável no processo de afirmação de um regime democrático, ou seja, além da inscrição de direitos humanos, fundamental é sua realização eficaz.⁹⁸

Para Bobbio, os direitos humanos são desejáveis, ou seja, devem ser perseguidos. Porém, não foram ainda totalmente reconhecidos.⁹⁹ No entendimento do autor, a principal busca é de que sejam garantidos esses direitos, impedindo, mesmo a partir da existência das formais Declarações, que eles sejam reiteradamente violados. Trata-se de fazer com que haja uma maior realização desses direitos proclamados nas Declarações, inicialmente através das Constituições dos Estados-membros.¹⁰⁰

A discussão sobre os direitos humanos não pode estar, nesse andar, dissociada do estudo dos problemas sociais, históricos, econômicos e psicológicos, e que, ainda,

deve-se recordar o mais forte argumento adotado pelos reacionários de todos os países contra os direitos do homem, particularmente contra os direitos sociais, não é a sua falta de fundamento, mas a sua inexecutabilidade. Quando se trata de enunciá-los, o acordo é obtido com relativa facilidade, independente do maior ou menor poder de convicção de seu fundamento absoluto; quando se trata de passar à ação, ainda que o fundamento seja inquestionável, começam as reservas e as oposições. O

⁹⁶ SABÓIA, Gilberto. V. O Brasil e o Sistema Internacional de Proteção aos Direitos Humanos. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; PERRONE-MOISÉS, CLÁUDIA (Orgs.). **O cinquentenário da declaração universal dos direitos do homem**. São Paulo: EDUSP, 1999. p. 224.

⁹⁷ Neste sentido, extremamente detalhado é o texto de José Soder sobre *A Declaração Universal dos Direitos do Homem* no qual, além de expor sobre todas as etapas da elaboração do documento, desde a Carta das Nações Unidas de 1945 até a aprovação do projeto global da Declaração, discorre, ainda, sobre a discussão em torno dos aspectos jurídicos e morais do documento, salientando que, embora a Declaração não constitua um documento jurídico em sentido estrito, não se pode afirmar que ela não tenha nenhuma importância no cenário internacional. Muito antes pelo contrário, o autor chega à conclusão que o documento tem mais do que simples valor moral, pois suscitou inúmeras consequências para os Estados que a aprovaram. SODER, José. **Direitos do homem**. São Paulo: Cia Ed. Nacional, 1960. p. 197-220.

⁹⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 164.

⁹⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 35.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 43.

problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-lo, mas o de protegê-lo. Trata-se de um problema não filosófico, mas político.¹⁰¹

Não obstante, independentemente da absoluta necessidade de efetivação, exsurge o questionamento sobre o fundamento dos direitos do homem, muito bem recortado por De La Torre Rangel, “in verbis: ¿pueden ser protegidos y alcanzaran su eficacia real, sin un fundamento absoluto objetivo?”

Amparado em Gregório Robles, De La Torre Rangel responde que existem quatro razões que sustentam a necessidade de fundamentar os direitos do homem, que são de ordem ética, lógica, teórica e pragmática. A ética aponta que é absurdo defender valores e não saber porquê; à razão lógica não escapa o fato de que o fundamento delimita o conteúdo concreto dos direitos humanos; sob o ângulo teórico, é, na linha desenhada por Robles, absolutamente “ridículo e inaceitável” apresentar teorias sobre os direitos humanos sem fundamentá-los; e, por fim, sob o vértice pragmático, aduz não ser possível defender algo sem que se tenha idéias claras sobre o assunto.¹⁰²

De La Torre Rangel não nega que os direitos humanos podem ter vários fundamentos históricos, mas insiste na existência e na necessidade de um fundamento duro, absoluto e objetivo, como o valor do homem, a dignidade ou a sacralidade dos filhos de Deus, de forma que o ser humano, o homem e a mulher concretos possam funcionar efetivamente como fundamento da democracia.¹⁰³

Assim, inserido na análise de que em tempos de pós-modernidade se cultua um sistema (econômico) em que as próprias relações humanas se traduzem por relações entre objetos de consumo, há uma parcela dessa população que não se integra a este modelo social (os excluídos de todo lugar), o que põe em xeque, novamente, a universalidade dos direitos do homem e, conseqüentemente, a alteridade.

¹⁰¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 43.

¹⁰² RANGEL, Jesús Antonio de la Torre. **Jusnaturalismo, personalismo e filosofia de la libertación**. Sevilha: David Sanches Rúbio e Juan Carlos Suarez Villegas, 2005. p. 23-25, citando a obra *Los Derechos Fundamentales e la Ética em la Sociedad Actual* de Gregório Robles.

¹⁰³ RANGEL, Jesús Antonio de la Torre. **Derechos Humanos desde el jusnaturalismo**. Ciudad de Mexico: Porrúa, 2001. p. 6-7.

Sob a ótica de Calvo Garcia, a sociedade atual está numa encruzilhada no que diz respeito aos Direitos Humanos, tanto quanto à questão de sua efetivação como no que pertine às relações sociais em um contexto de globalização e mundialização. Sem estar restrito à análise dos problemas sem proposições, Calvo Garcia sugere que nenhuma ação isolada será suficiente. Não basta existirem normas impositivas, sendo necessário que haja normas promocionais, que efetivamente consigam equiparar os grupos coletivos às minorias, isso sim através de atitudes positivas.¹⁰⁴

Boaventura de Souza Santos percebe, dentro de uma análise sobre os diversos tipos de globalismo, e especialmente sobre a necessidade de ir além da atual política liberal hegemônica, as reais condições em que os direitos humanos podem ser colocados a serviço de uma política progressiva e emancipatória.¹⁰⁵

¹⁰⁴ GARCÍA, Manuel Calvo. **Transformações do estado e do direito:** do direito regulativo à luta contra a violência de gênero. Porto Alegre: Dom Quixote, 2007.

¹⁰⁵ Uma das tensões dialéticas que informam a sociedade ocidental é a que ocorre entre o Estado-nação e o que se convencionou chamar globalização. A necessidade de saber se a regulação social e a emancipação social deverão ser deslocadas para o âmbito mundial implica na também necessidade de se pensar em sociedade civil global. Neste contexto, o autor identifica uma gama de controvérsias no campo dos direitos humanos, e, além disso, um duplo contexto de globalizações conflitantes que enfrentam, ainda, a fragmentação cultural e da política de identidades, por outro lado. Assim, entende que existem distintas formas ou processos de globalização: o localismo globalizado, o globalismo localizado, o cosmopolitismo insurgente e subalterno e patrimônio comum da humanidade. Os dois primeiros são o principal modo de produção da globalização, o que o autor chama de globalização hegemônica, também chamada de neoliberal ou imposta de cima para baixo. Por localismo globalizado se entende aquele processo através do qual um conceito, fenômeno, entidade ou condição local é globalizado com sucesso, como por exemplo, a transformação da língua inglesa em língua franca. O que ocorre neste processo é *o reconhecimento hegemônico de uma dada diferença cultural, racial, sexual, étnica, religiosa ou regional, pela imposição de uma determinada (des) ordem internacional*. O globalismo localizado, por sua vez, é o resultante das práticas e imperativos transnacionais que emergem dos localismos globalizados, em um determinado local. As resistências a essas formas são a globalização contra-hegemônica, ainda chamada de alternativa ou de globalização “a partir de baixo”, e é composta por dois processos de globalização, o cosmopolitismo subalterno e insurgente e o patrimônio comum da humanidade. O cosmopolitismo subalterno insurgente é *a resistência transnacionalmente organizada contra os localismos globalizados e os globalismos localizados*, ou seja, são as diversas iniciativas e lutas que tem o auxílio das mais recentes tecnologias de informação e de comunicação contra a exclusão, a discriminação social e a destruição ambiental produzidas pela globalização neoliberal. Incluem, entre outras atividades, *diálogos e articulações Sul-Sul, redes transnacionais de movimentos anti-discriminação; pelos direitos interculturais, reprodutivos e sexuais; redes de movimentos e associações indígenas; ecológicas ou de desenvolvimento alternativo; redes transnacionais de assistência jurídica alternativa; organizações de desenvolvimento alternativo ou em luta contra o regime hegemônico de propriedade intelectual que desqualifica os saberes tradicionais e destrói a diversidade de recursos da terra; articulações entre sindicatos de países pertencentes ao mesmo bloco econômico regional; lutas transnacionais contra as sweatshops, práticas laborais discriminatórias e trabalho escravo, etc*, ou, em suma, *uma emergência global resultante das articulações/coligações transnacionais entre lutas locais pela dignidade, inclusão social autônoma, auto-determinação, com o objectivo de maximizar o seu potencial emancipatório*. A outra forma de globalização contra-hegemônica é a luta por recursos que, pela sua natureza, são tão globais como o próprio planeta, por isso chamados de patrimônio cultural da humanidade, como por exemplo, a sustentabilidade da vida

Segundo Boaventura de Souza Santos, é pacífico o reconhecimento de que os direitos humanos não são universais na sua aplicação, e a discussão, por sua vez, reside em saber se os direitos humanos são universais ou se são um conceito culturalmente ocidental.¹⁰⁶

Nesse quadro, a única certeza quando se trata sobre o tema universalidade e validade dos direitos humanos está relacionada à relatividade de todas as culturas, o que não quer dizer relativismo, mas algo que também denota sobre a incompletude e a diversidade cultural. Assim mencionou Boaventura de Souza Santos, *in litteris*:

Significa que todas as culturas tendem a definir como universal os valores que consideram fundamentais. O que é mais elevado ou importante é também o mais abrangentemente válido. Deste modo, a questão específica sobre as condições de universalidade numa dada cultura é, em si mesma, não universal. A questão da universalidade dos direitos humanos é uma questão cultural do ocidente. Logo, os direitos humanos são universais apenas quando olhados de um ponto de vista ocidental. Por isso mesmo, a questão da universalidade dos direitos humanos trai a universalidade do que questiona ao questioná-lo.¹⁰⁷

Buscando, então, propostas e condições para uma reconstrução intercultural dos direitos humanos, algumas premissas de uma política contra-hegemônica dos próprios direitos humanos devem ser observadas,¹⁰⁸ tais como a superação dos debates entre o universalismo e

humana sobre a Terra, a proteção da camada de ozônio, entre outros, que precisam ser conservados e protegidos. SANTOS, Boaventura de Souza. **A gramática do tempo**. São Paulo, Cortez, 2008. p. 436-441.

¹⁰⁶ Para o autor, esta discussão ainda acende a questão dos limites da validade. Mais adiante, esclarece que a origem ocidental dos Direitos Humanos está sim relacionada com a sua universalidade e que, em determinado período da história foram sim aceitos determinados padrões éticos e políticos morais que o fundamentaram. *Ibid.*, p. 442.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 442-443.

¹⁰⁸ A primeira premissa identificada pelo autor para que os direitos humanos façam parte efetivamente de um projeto cosmopolita insurgente é a superação do antigo e conservador debate sobre universalismo e particularismo. Na verdade, o que precisa acontecer é o diálogo intercultural sobre preocupações convergentes, *ainda que expressas em linguagens distintas e a partir de universos culturais diferentes*. A segunda premissa também pressupõe a superação de um entendimento, e diz respeito a idéia de que todas as culturas possuem concepções de dignidade humana, mas nem todas no âmbito dos direitos humanos. Desta forma, designações e conceitos diferentes podem transmitir preocupações ou anseios semelhantes ou que possam ser compreendidos mutuamente. A terceira premissa é aceitar e aumentar a consciência de incompletude cultural, inclusive no que diz respeito às suas concepções de dignidade humana. A quarta premissa sustentada pelo autor é que nenhuma cultura tem versões diferentes de dignidade humana, umas mais amplas, outras menos, umas mais abertas, outras não. Resta saber qual das concepções propõe um círculo de reciprocidade mais amplo. A próxima e última premissa é a tendência das culturas em distribuir as pessoas e os grupos sociais entre dois princípios competitivos e hierárquicos, ou seja, um é o princípio da igualdade e o outro da diferença. Entretanto, no entendimento do autor *os dois princípios não se sobrepõem necessariamente e, por esse motivo, nem todas as igualdades são idênticas e nem todas as diferenças são desiguais*. Assim, uma política emancipatória dos direitos humanos deve saber diferenciar entre *a luta pela igualdade e a luta pelo reconhecimento igualitário das*

o particularismo. A partir destas premissas se torna possível compreender uma determinada cultura de um ponto de vista da outra cultura (interculturalismo), impõe-se o diálogo intercultural e a hermenêutica diatópica, cujo objetivo, “não é atingir a completude – um objetivo inatingível – mas, pelo contrário, ampliar ao máximo a consciência de incompletude mútua através de um diálogo que se desenrola, por assim dizer, com um pé numa cultura e outro, noutra”.¹⁰⁹

Daí pode se dar o início de uma política de direitos humanos que vai além do capitalismo e da compreensão ocidental de que os direitos humanos (dos ocidentais) são universais.

Entretanto, todas essas questões não deixam de estar intimamente interseccionadas, pois ainda persiste o entendimento (talvez utópico) de que esses direitos têm como fundamento a manutenção da dignidade (aliada a idéia correlata de respeito), capaz de assegurar a realização integral da pessoa numa perspectiva real e relacional.¹¹⁰

Assim, o que não se pode deixar de reconhecer é a necessidade de resguardar e promover direitos que estão relacionados diretamente ao homem e à dignidade que lhe é inerente¹¹¹, especialmente em vista da preocupação em se eliminar discriminações e promover, de forma concreta, a democracia e a emancipação em um contexto de variedade de culturas.¹¹²

diferenças a fim de poder travar ambas as lutas eficazmente. SANTOS, Boaventura de Souza. **A Gramática do tempo.** São Paulo, Cortez, 2008. p. -446.

¹⁰⁹ Ibid., p. 448.

¹¹⁰ Estes argumentos levariam, na ótica de Barreto, à superação da pseudo dicotomia entre as correntes que tratam sobre o tema da universalidade dos Direitos Humanos, especialmente diante do contexto de uma sociedade multicultural: Os direitos humanos referem-se, portanto e antes de tudo, a uma categoria de direitos que têm o caráter de abrigar e proteger a existência e o exercício das diferentes capacidades do ser humano, e que irão encontrar na idéia de dignidade da pessoa humana o seu ponto convergente. É em função dessa idéia, resultante da concepção do ser humano como dotado de diferentes capacidades naturais, é que se pode procurar critérios comuns, que possam responder ao desafio do multiculturalismo. BARRETO, Vicente de Paulo. **Direitos Humanos e sociedades multiculturais. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito Mestrado e Doutorado da Unisinos.** São Leopoldo: Unisinos, anual, 2003. p. 475.

¹¹¹ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos um diálogo com o pensamento de Hanna Arendt.** 4. reimpr., São Paulo: Companhia das Letras, 2001. p. 118.

¹¹² MBAYA, Etienne-Richard. Gênese, evolução e universalidade dos direitos humanos frente à diversidade de culturas. **Revista Estudos Avançados,** São Paulo: USP, maio/ago., 1997. p. 18.

Tal tarefa não é simples, e compreende conquista, ação, e especialmente inconformismo,¹¹³ amparados fundamentalmente na compreensão de que a pessoa é um fim, e não um meio.¹¹⁴ Trata-se de proteção a direitos fundamentais inerentes à condição humana e ao desenvolvimento do homem na sociedade, independentes de outorga por parte do Estado, mas, por outro lado, carecedores de proteção e promoção estatal.

Neste sentido, as Declarações de Direitos representaram, na cultura ocidental, um inicial esforço encorajador na afirmação da dignidade, que tende a ser tratada não mais como um Direito Humano, mas como referência primeira no domínio dos Direitos Humanos ou Direitos Fundamentais.¹¹⁵

Não se pode negar, portanto, que este duplo sentido da dignidade, de proteção e promoção também é concretizado no momento em que essas Declarações forem recepcionadas pelos Estados, através das Constituições.¹¹⁶

No Brasil, o reconhecimento da Dignidade da Pessoa Humana como fundamento do Estado é recente, e integra uma das novidades da Constituição de 1988. De acordo com Sarlet,

a Constituição de 1988 foi a primeira na história do constitucionalismo pátrio a prever um título próprio destinado aos princípios fundamentais (...) deixando transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem

¹¹³ SANTOS, Boaventura de Souza. **A Gramática do tempo**. São Paulo, Cortez, 2008. p. 447.

¹¹⁴ MBAYA, Etienne-Richard. Op. Cit., 1997. p.38.

¹¹⁵ CORTÊS, António. O princípio da dignidade humana em Kant. **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra: Universidade de Coimbra, v. LXXXI, 2005. p. 604.

¹¹⁶ Ingo Wolfgang Sarlet faz, para fins ilustrativos, referência ao direito comparado, informando as Constituições dos países em que a dignidade está expressamente consagrada: “*Dentre os países da União Européia, colhem-se os exemplos das Constituições da Alemanha (art. 1º, inc. I), Espanha (preâmbulo e art. 10.1), Grécia (art. 2º, inc. I), Irlanda (Preâmbulo), e Portugal (art. 1º), que consagram expressamente o princípio. Também na Constituição da Itália (art. 3º), encontra-se referência expressa à dignidade na passagem em que se reconhece a todos os cidadãos a mesma dignidade social, inobstante não se tenha referido expressamente a dignidade da pessoa humana. A Constituição da Bélgica, quando da sua revisão em janeiro de 1994, passou a incluir dispositivo (art. 23) assegurando aos belgas e estrangeiros que se encontrem em território belga o direito de levar uma vida de acordo com a dignidade humana*”. Ainda, no MERCOSUL, refere o autor que apenas Brasil e Paraguai consagraram a dignidade como norma fundamental. Cuba, Venezuela, Peru, Bolívia, Chile, Guatemala, por sua vez, referem sobre o valor da dignidade e sobre a primazia da pessoa humana, além de países da Europa oriental. Procurou o autor, com isso, demonstrar a tendência de integração da dignidade às Constituições, alertando, todavia, que sua positivação não garante totalmente o impedimento de violações concretas da dignidade das pessoas. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 64-66.

constitucional, inclusive dos direitos fundamentais, que também integram aquilo que se pode denominar de núcleo essencial da Constituição material.¹¹⁷

Aduz Sarlet, também, que o princípio da dignidade da pessoa humana,

além de constituir valor unificador de todos os direitos fundamentais, que, na verdade, são uma concretização daquele princípio, também cumpre função legitimatória do reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, decorrentes ou previstos em tratados internacionais, revelando, de tal sorte, sua íntima relação com o art. 5º, § 2º, de nossa lei Fundamental. Cuida-se de posições exemplificativamente referidas e que expressam o pensamento de boa parte da melhor doutrina, de modo especial no que tange à íntima vinculação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais.¹¹⁸

Veja-se, nessa linha, a relação entre os Direitos Humanos e os princípios fundamentais na Constituição Federal de 1988, de forma que “não há como negar que os direitos à vida, bem como os direitos de liberdade e de igualdade correspondem diretamente às exigências mais elementares da dignidade da pessoa humana”.¹¹⁹

Desde então, houve a difusão da idéia de dignidade e valorização da pessoa humana, princípios básicos do constitucionalismo atual e orientadores de todo o ordenamento jurídico infra-constitucional.¹²⁰

A dignidade, nesse contexto, foi alçada a fundamento da ordem constitucional e se constitui em base e fundamento do que se entende, ocidentalmente, por Direitos Humanos, estreitamente relacionados aos direitos fundamentais estampados na Constituição Federal brasileira.¹²¹

¹¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 101.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 99-100.

¹¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 43.

¹²⁰ SANTIAGO, Marcus Firmino. **A defesa dos direitos da personalidade face à escassez de recursos**. Disponível em: <www.ihj.org.br>. Acesso em mar. 2008.

¹²¹ Estes não acontecem apenas onde são reconhecidos e recepcionados pelo Direito, pois são prévios e inerentes. Na realidade, a tarefa do Direito é, efetivamente, crucial no que diz respeito à proteção e promoção aos Direitos do Homem e à dignidade da pessoa. Neste sentido, Ingo Wolfgang Sarlet afirma que “*se sustentou até mesmo a desnecessidade de uma definição jurídica da dignidade da pessoa humana, uma vez que, em última análise, se cuida do valor próprio da natureza do ser humano como tal*”. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 43.

Assim, a dignidade da pessoa humana ocupa superior posição tópica no constitucionalismo moderno. Este caráter inovador, por sua vez, suscita grande debate em diversos âmbitos, pois a centralização da Constituição também implica uma redefinição do papel do Estado e sua função no processo de transformação social e promoção dos direitos fundamentais,¹²² condição necessária para a realização da democracia.¹²³

Entretanto, não se pode deixar de referir, novamente, que a própria história também demonstra um outro lado de todas estas questões. Esse liberalismo que pode ser entendido como uma defesa do próprio homem contra os atos arbitrários do Estado, em um determinado momento, levou por terra o encanto pela razão, entre outras desilusões que parecem ter iniciado a partir da primeira guerra mundial.¹²⁴

Assim, na tentativa de localizar e esclarecer sobre a complexidade dos Direitos Humanos e o estabelecimento da dignidade, dentro de um contexto de resgate de um pensamento alternativo de uma nova cultura política, Boaventura de Souza Santos propõe repensar o tema dos direitos humanos de uma forma em que eles não sejam violados pelos próprios, que a democracia não seja destruída para que seja salva, e que a vida não seja eliminada para que seja preservada.¹²⁵

Demanda, dessa forma, repensar os Direitos Humanos e enfrentar fatores como a interculturalidade, as relações de embate entre o oriente e o ocidente, e tantos outros dualismos sobre o qual se funda uma cultura e um entendimento imposto de cima para baixo. Sua proposta, então, é enfrentar o universalismo abstrato e imperial dos direitos humanos através de um universalismo concreto, cimentado de baixo para cima e respeitando os diálogos interculturais e as variadas concepções sobre a dignidade. O objetivo, pois, não é atingir a completude de todas as culturas, mas a formação de “uma consciência mais

¹²² BARROSO, Luís Roberto. Verbete Constituição. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.) **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 148.

¹²³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 113.

¹²⁴ MACEDO, Ubiratan Borges de. Verbete Liberalismo. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p.532.

¹²⁵ SANTOS, Boaventura de Souza. **A Gramática do tempo**. São Paulo, Cortez, 2008. p. 19.

aprofundada e recíproca das muitas incompletudes de que é feita a diversidade cultural, social e epistemológica do mundo. Nessa consciência reside a nova gramática do tempo”.¹²⁶

Assim, antes de se escolher entre o universalismo/particularismo, ocidente/oriente, talvez o mais emancipatório seria escolher o diálogo, a abertura, de forma que não seja abandonada a busca pela dignidade, até porque, de uma forma ou de outra, ela está presente nas mais distantes culturas. O encontro com o outro e a tolerância parecem vir antes de qualquer escolha.¹²⁷

3.2 O FUNDAMENTO DA DIGNIDADE NA PRÓPRIA PESSOA COMO GARANTIA AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE

A preocupação sobre o tema da dignidade, como já salientado, é resgatar uma noção concreta no que concerne à pessoa, a sua dignidade, ao respeito, à alteridade, ou seja, como sustentar a defesa desta idéia de valorização da pessoa não apenas em um sentido genérico e abstrato, mas, sim, num sentido concreto.

O fundamento e a busca da concretização destes direitos está vinculado ao reconhecimento de valores inerentes à pessoa humana, imprescindíveis ao desenvolvimento de suas potencialidades físicas, psíquicas e morais, tais como a vida, a incolumidade física e psíquica, o próprio corpo, o nome, a imagem, a honra, a privacidade, entre outros.

Neste sentido, importa esclarecer que o alcance da “dignidade da pessoa humana”, referida na Constituição de 1988, é muito amplo, na medida em que se tornou o próprio fundamento do Estado republicano instituído. Diz-se a dignidade da pessoa humana, e não, simplesmente, a dignidade humana, porque se está protegendo a pessoa, o indivíduo, e não a humanidade como um todo, o que torna impossível, portanto, o sacrifício do indivíduo em prol da humanidade.¹²⁸

¹²⁶ SANTOS, Boaventura de Souza. **A Gramática do tempo**. São Paulo, Cortez, 2008. p. 21.

¹²⁷ SOUZA, Ielbo Marcus Lobo de; KRETSCHMANN, Ângela. A universalidade dos direitos humanos no discurso internacional: o debate continua. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito Mestrado e Doutorado da Unisinos**. São Leopoldo: Unisinos, anual, 2003. p. 142.

¹²⁸ Apenas para que se esclareça um pouco mais a respeito de tema tão complexo, a lição de Antônio Cortês, amparado em Martin Buber, quando explica a redução das questões fundamentais de Kant “reduzidas” a uma

Conseqüentemente, merece ser analisado o fundamento da dignidade na própria pessoa, ou seja, a dignidade como qualidade intrínseca da pessoa humana, a qual não é atribuída pelo ordenamento jurídico, senão, como já foi dito, unicamente protegida e promovida.¹²⁹

Pode-se afirmar, portanto, que a dignidade humana é o objeto, afinal, tutelado pelos direitos da personalidade.

Ainda, é necessário mencionar que, aliada a essas concepções, não se admite o entendimento de que pessoa é só corpo ou somente titular de bens e direitos, tampouco que é estanque, pré-determinada, ou isolada. Necessário, como sustenta Silva Filho, entender que a idéia de pessoa ultrapassa a construção predominante no jusnaturalismo moderno, e que somente na sua dimensão concreta, histórica e relacional se poderá compreender o sentido do termo e do que ele significa em um contexto real e social.¹³⁰

Desta forma, a par da discussão prévia do que significou pessoa, interessa-nos, de perto, não somente o sentido biológico do vocábulo pessoa, mas também a construção cultural que a envolve (fundamentalmente seu sentido filosófico e jurídico).

pergunta: *A intenção de Kant, ao formular a pergunta “o que é o Homem” não é portanto, apenas remeter-nos para uma única grande idéia, para um fundamento último de todas as coisas. Neste ponto específico, nem Kant terá sido superado pela pós-modernidade nem a pós modernidade quererá superar Kant. As visões ontológico-substanciais do Homem estarão por certo, na era do pluralismo, da complexidade e da diferença definitivamente excluídas. Mas a pergunta de Kant não nos remete de modo nenhum para uma metafísica essencialista sobre o Homem. Bem pelo contrário. Ela não exige que pensemos o Homem apenas na sua universalidade, mas também na sua autonomia plural. Como bem explica Martin Buber, a respeito da pergunta de Kant (o que é o homem): não há apenas a espécie humana, mas também povos, não existe apenas uma alma humana, mas também tipos e características próprias, não existe apenas uma vida humana mas também diferentes níveis etários; só partindo duma compreensão destas e de todas as outras diferenças, do conhecimento da dinâmica dominante entre elas e dentro de cada uma em particular, só partindo das sempre novas manifestações do Uno no Múltiplo pode ela (a antropologia filosófica) ter uma visão de totalidade do Homem.* CORTÊS, António. O princípio da dignidade humana em Kant. **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra: Universidade de Coimbra, v. LXXXI, 2005. p. 606.

¹²⁹ Refere Sarlet, ainda, sobre o enquadramento da dignidade da pessoa humana na condição de princípio (e valor) fundamental “*é (são) também fundamento de posições jurídico-subjetivas, isto é, norma(s) definidora(s) de direitos e garantias, mas também de deveres fundamentais*”. Neste sentido, defende sobre a dupla função defensiva e prestacional da dignidade, ou seja, contém normas que compreendem direitos subjetivos de cunho negativo — a não violação da dignidade, e condutas positivas de proteção e promoção da dignidade. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 70.

¹³⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 141, jan./mar. 1999. p. 104.

Para tanto, adverte Silva Filho que, sinteticamente, se pode perceber exatamente estas três direções possíveis para o conceito de pessoa: a biológica, a filosófica e a jurídica, que, inevitavelmente, se fundem.¹³¹ Resgatamo-las:

3.2.1 Pessoa do ponto de vista biológico

Ainda hoje se discute sobre a noção de pessoa no sentido estritamente biológico, fundamentalmente por conta do grau de desenvolvimento dinâmico que possuem as ciências médico/biológicas. Dessa forma, não é incomum encontrarmos estudos que busquem creditar à biologia, ou à medicina, explicações que não lhes são afeitas em todos os sentidos.

Veja-se que a noção de pessoa utilizada pela biologia está mais ligada à idéia de indivíduo do que, propriamente, a de pessoa. Assim assinalou Seve: “o indivíduo faz parte dos conceitos da ciência biológica; a pessoa não”.¹³² Seve constrói e desconstrói um conceito de pessoa enfrentando o que ele denomina de círculo vicioso, trazendo, ao final, mais uma idéia do que propriamente um conceito que, entretanto, não se restringe a meras definições de caráter biológico. Por isso, *pessoa* não é algo que esteja adstrito ao âmbito biológico, em que pese necessitar deste como limitador¹³³.

Para Seve, pessoa é muito mais do que corpo, ou melhor, vai além dele. Na verdade é mais um conceito de ordem incorporeal, ou seja, vai além de dizer esta ou aquela pessoa para identificar alguém que está presente ou ausente. Resgata-se, pois, a idéia kantiana de que pessoa é um sujeito cujas ações são suscetíveis de imputação, ou seja, pode ser entendido como o autor de uma ação. Neste sentido, considerando que quem pratica uma ação só pode ser um agente livre, pessoa quer dizer, para Seve, sujeito e liberdade, ou seja, “a pessoa nada é senão a liberdade de um ser racional”.¹³⁴

¹³¹ SILVA FILHO, José Carlos da. Pessoa Humana e Boa-Fé Objetiva nas Relações Contratuais: a alteridade que emerge da ipseidade. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito Mestrado e Doutorado da Unisinos**. São Leopoldo: Unisinos, anual, 2005. p. 117.

¹³² SEVE, Lucien. **Para uma crítica da razão bioética**. Lisboa: Instituto Piaget, 1994. p. 19.

¹³³ *Ibid.*, p. 19.

¹³⁴ SEVE, Lucien. **Para uma crítica da razão bioética**. Lisboa: Instituto Piaget, 1994. p. 20.

Também não se confunde com a noção de ser humano. Ser humano é uma das espécies biológicas da humanidade. Pessoa, diferentemente, tem a humanidade representada como um valor e é esta representação que constitui a consciência moral. A consciência, por sua vez, concebe a um outro para além dela própria, o que também sugere que a pessoa não é só o que ela tem no corpo. Assim, o homem não se reduz a materialidade da coisa bioquímica e a vida humana é muito mais que a soma dos elementos genéticos.¹³⁵

O caso das crianças criadas por lobos, citados como exemplo por Seve, revela que as condições genéticas não são suficientes para que os homens se manifestem como homens, andando eretos e com a possibilidade de desenvolverem a linguagem e o raciocínio.¹³⁶ É bastante similar a idéia de que os homens nasceriam com certas características que lhe pudessem definir como homens, mas, na realidade, o que se percebe é que algumas características somente aparecem no decorrer de sua história¹³⁷.

Diante disso, há que se ter cuidado com esse enfoque biológico, porque os tantos avanços na área da biotecnologia favorecem uma visão biologicista da pessoa¹³⁸. Daí porque Seve não aceita que se continue a pedir à biologia o esclarecimento sobre o conceito de pessoa, sobre o seu começo, seu fim e até sobre seu próprio ser.¹³⁹

É claro que a biologia explica muita coisa relacionada à vida e ao homem, mas, adverte Silva Filho, o homem não pode ser definido apenas com base nos critérios da ciência

¹³⁵ Ibid., p. 21.

¹³⁶ Silva Filho, em relação ao caso de Amala e Kamala que foram encontradas vivendo com uma matilha, comenta o impressionante relato de um sacerdote que acompanhou as meninas desde que foram encontradas na Índia em 1920, e sustenta, então, que o fato de elas terem sido criadas fora da convivência com outros humanos fez com que não desenvolvessem as características através dos quais se costuma reconhecer um humano. De acordo com o autor, inicialmente nem era possível saber se aqueles seres eram humanos, tamanha sua identificação com o meio em que viviam, desde a aparência até a forma de se locomover e o gosto por alimentos cárneos. Refere, portanto, que o processo de hominização requer “*a assimilação de sentidos e noções que são transmitidos culturalmente, e a partir das quais os homens se tornam propriamente homens*”. SILVA FILHO, José Carlos da. Pessoa Humana e Boa-Fé Objetiva nas Relações Contratuais: a alteridade que emerge da ipseidade. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito Mestrado e Doutorado da Unisinos**. São Leopoldo: Unisinos, anual, 2005. p. 121.

¹³⁷ SEVE, Lucien. Op. Cit., 1994. p. 25.

¹³⁸ SILVA FILHO, José Carlos da. Pessoa Humana e Boa-Fé Objetiva nas Relações Contratuais: a alteridade que emerge da ipseidade. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito Mestrado e Doutorado da Unisinos**. São Leopoldo: Unisinos, anual, 2005. p. 117.

¹³⁹ Isso seria o mesmo que perguntar à química sobre a beleza das cores que se encontram, por exemplo, em uma obra de arte. SEVE, Lucien. **Para uma crítica da razão bioética**. Lisboa: Instituto Piaget, 1994. p. 24.

biológica, porque certamente as capacidades que ele tem por ser humano vão se manifestar culturalmente¹⁴⁰.

Logo, o que se percebe é que o termo pessoa é resultado de uma longa história, marcada por vários fatores consideráveis, principalmente pelo que Seve descreveu como hominização.¹⁴¹ Refere o autor que a humanidade saiu da animalidade e que, para isso, contribuíram como mediadores das relações do homem consigo mesmo e com a natureza, a ferramenta e o signo:

A medida que foi se firmando esta inovação capital, o passado evolutivo da espécie começou a armazenar-se, não tanto do organismo, sob a forma lenta e limitada de modificações genéticas, mas no exterior, sob a forma, cada vez mais rapidamente cumulativa, de um mundo social — objetos, linguagens, práticas, instituições — emancipado, no seu crescimento, dos limites do organismo individual. Esta disposição sem precedentes modificou, a pouco e pouco, todo o destino humano. Para se integrar na vida de seus congêneres, cada novo homem tem de se apropriar, através de uma longa formação, do domínio dos seus mediadores sociais, e através deles de uma parte, singular em cada um, do vasto mundo humano assim constituído. Tem de hominizar-se — metamorfose biográfica sem equivalente no mundo animal. Assim, a humanidade enquanto fato histórico é de maneira totalmente profana, transcendente ao mundo animal.¹⁴²

É importante ressaltar que o que acontece com os homens é, na realidade, um processo qualitativamente diferente do que acontece com os animais. O homem não se limita a adaptar capacidades hereditárias, mas se apropria, antes de tudo, das capacidades sociais, interiorizando-as na sua prática. Pode-se aceitar, então, o que resumidamente colocou Seve: “se a vida produz humanos, apenas numa comunidade instauradora de regras morais e jurídicas se produzem pessoas”¹⁴³.

¹⁴⁰ SILVA FILHO, José Carlos da. Op. Cit., 2005. p. 117.

¹⁴¹ Ibid., p. 44.

¹⁴² Ibid., p. 44.

¹⁴³ SEVE, Lucien. **Para uma crítica da razão bioética**. Lisboa: Instituto Piaget, 1994. p. 23.

3.2.2 Pessoa do ponto de vista filosófico

A filosofia, por seu turno, busca compreender o homem não somente o descrevendo como uma criatura da natureza, mas dentro da história da qual ele faz parte.

Para tanto, é necessário debruçar-se na fenomenologia, em busca da compreensão do homem sobre os entes e sobre si mesmo, plasmados num mundo pré-existente.

Sob o ângulo hermenêutico, o homem não escolhe a sua compreensão existencial, porque para isso já deve possuir uma compreensão prévia de um mundo que lhe é transmitido pelo sentido, pelo horizonte cultural do qual ele vem, e que lhe é transmitido através do contato com os outros também através da linguagem. Neste momento, então, se dá o reconhecimento do outro (alteridade) que é condição fundadora para que os homens se reconheçam como homens¹⁴⁴.

Diante da necessidade de se debater mais profundamente o tema da pessoa humana, e sua dignidade, é que Silva Filho propõe a intersecção com o enfoque hermenêutico, contrapondo a idéia de *self* pontual, ou seja, de um sujeito descolado de si mesmo e de tudo.
145

Esse processo, de acordo com Charles Taylor é resultado de um crescente processo de interiorização, originário, em Platão (que fazia o processo de interiorização através da introspecção para a busca da verdade), passando por Santo Agostinho, Descartes e, ao final, culminando em Locke, que propunha o descarte do conhecimento trazido pela tradição, substituindo-o por uma visão baseada em procedimentos sólidos e confiáveis de pensamento.
146

A perspectiva platônica de predominância da razão que perpassou a história e que se manifestou em diversas áreas do conhecimento colaborou para que o sentido da existência

¹⁴⁴ SILVA FILHO, José Carlos da. Pessoa Humana e Boa-Fé Objetiva nas Relações Contratuais: a alteridade que emerge da ipseidade. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito Mestrado e Doutorado da Unisinos**. São Leopoldo: Unisinos, anual, 2005. p. 117.

¹⁴⁵ Ibid., p. 124.

¹⁴⁶ TAYLOR, Charles. **As fontes do self: a construção da identidade moderna**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2005. p. 209-218.

fosse buscado no interior de cada um. Outros acontecimentos da história também colaboraram para que Descartes colocasse a realidade e seu fundamento em dúvida.¹⁴⁷ O filósofo, ao afirmar a autonomia do sujeito como coisa pensante, pela formulação do *cogito*, também se remete ao processo de interiorização que já vinha sendo sistematizado desde Platão e Santo Agostinho, no sentido de que cada pessoa pense por si mesma de forma responsável.¹⁴⁸

A idéia de que a pessoa e sua vontade autônoma são anteriores à obrigação social aparece em Locke, que nos remete à noção de *self* pontual. Para o autor, a mente humana possui idéias simples que fazem parte dela, e que devem ser conhecidas para que possam ser entendidas. A fim de construir a noção da realidade, os homens devem deixar de contemplá-la, e buscá-la na sua própria mente: “é uma razão eminentemente procedimental. Para haver uma ‘reforma’ do mundo pelo viés da razão, é necessário que o homem se distancie de si mesmo”.¹⁴⁹ Desta forma, acontece a intensificação da interiorização da verdade, e quem conhece a mente humana, para Locke, é quem possui dignidade.

Esta é, então, a noção de *self* pontual, ou seja, é o próprio sujeito desengajado, definido pela abstração de tudo que o constitui, exceto sua autoconsciência. Taylor o associa, conseqüentemente, à objetificação e à ausência de dimensão. Porém, um exame mais detalhado entre as conexões esboçadas pelo autor, que se tornaram tão fortes em determinados âmbitos da cultura moderna, especialmente no que se refere à relação entre o desprendimento e a objetificação de um lado, e uma espécie de poder ou controle que o contrapõe, entre isso e uma forma correta de construção de pensamento, que define a racionalidade, e, ainda, entre a

¹⁴⁷ As grandes navegações, o desenvolvimento técnico-científico, e a visão mecanicista do mundo colaboraram para que o ser humano questionasse o mundo fazendo surgir uma nova visão filosófica. SILVA FILHO, José Carlos da. Pessoa Humana e Boa-Fé Objetiva nas Relações Contratuais: a alteridade que emerge da ipseidade. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito Mestrado e Doutorado da Unisinos**. São Leopoldo: Unisinos, anual, 2005, p. 123.

¹⁴⁸ A dúvida de Descartes o aflige e a isso se chamou “pesadelos cartesianos”: ao duvidar de tudo, só não posso duvidar que duvido, ou seja, penso, logo existo. Existe um raciocínio em movimento, uma razão que pensa. Para o autor, a resposta à pergunta o que é o homem é: é um ser que pensa.

¹⁴⁹ No artigo apresentado por Silva Filho, desponta, ainda, a análise sobre o sentido da palavra *self* e o correspondente *si* de Ricoeur. Para contrapor a idéia individualista e abstrata, Ricoeur também contribui explicando como o “eu” se conhece e reconhece a si mesmo, desenvolvendo seus estudos com base na fenomenologia e na hermenêutica. O si de Ricoeur tem dois sentidos diferentes: o que aponta para o mesmo (*idem*) e o que aponta para o outro (*ipse*). Como representativo do mesmo, ou seja, do que indica estabilidade e durabilidade, o autor escolhe o caráter, definido por ele como um conjunto e marcas distintivas que permitem reidentificar um indivíduo humano como o mesmo. Contudo, é através da *ipseidade* que podemos encontrar a idéia de pessoa sob o ponto de vista filosófico, reconhecendo-se os sujeitos no mundo e, fundamentalmente, um sujeito integrado com os outros. A *ipseidade*, a inovação, coloca o caráter em movimento, e se dá uma dialética entre as duas formas de identidade do si. Ricoeur, então contribuiu com a idéia de que o sujeito tem as identidades *idem* e *ipse*, obrigatoriamente. SILVA FILHO, José Carlos da. Pessoa Humana e Boa-Fé Objetiva nas Relações Contratuais: a alteridade que emerge da ipseidade. Op. Cit., 2005. p. 125-127.

racionalidade e a aquisição de conhecimento devem mostrar que “não é sempre verdade que a estrada para um conhecimento mais certo passa pelo desprendimento e pela razão procedimental”.¹⁵⁰

Esse processo de interiorização, aliado à instrumentalização do mundo, ao domínio das relações de mercado nas sociedades e à burocracia, acabam por enfraquecer a iniciativa democrática e provoca o que Charles Taylor chamou de mal estar da humanidade.

O individualismo radical, exacerbado pelo pseudo entendimento de que somente assim o homem consegue deter o controle de sua própria vida é alçado a uma das “maiores realizações” da modernidade. Entretanto, é justamente um de seus “mal estares”. O desencantamento com o mundo é outro tema importante da era moderna, e está vinculado ao que o autor chamou de razão instrumental. A ausência ou descrédito de estruturas sagradas e a falta de amparo em Deus faz com que o homem perca a idéia de que correspondia a um lugar na cadeia do ser, e o torna suscetível de instrumentalização.

Estas práticas acabam refletindo no plano político, já que também não depende só dos indivíduos a superação desses mal-estares. Entretanto, esse desinteresse em atuar politicamente acaba por absorver ainda mais o indivíduo em seu próprio *self*, despontando a necessidade do governo preocupar-se em encontrar medidas para suprir essa falta de envolvimento, o que abre uma porta ao que o autor chama de despotismo brando, em que o governo é “suave e paternalista”, mascarado em uma democracia formal. Inicia-se, desta forma, o círculo vicioso do despotismo brando.¹⁵¹

Nesse já mencionado contexto de dúvidas, tensões, contradições e pluralidade é que o autor canadense anuncia um panorama desta modernidade, especialmente em relação a características essenciais do ser humano e ao reconhecimento, ou seja, estudo que associa identidade e autenticidade, e que, de alguma forma, contribuirá para a crítica à idéia de *self* pontual, e para o desenvolvimento deste estudo.¹⁵²

¹⁵⁰ TAYLOR, Charles. **As fontes do self**: a construção da identidade moderna. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2005. p. 214.

¹⁵¹ TAYLOR, Charles. **La ética de la autenticidad**. Barcelona: Paidós, 1994. p. 37-47.

¹⁵² NIGRO, Rachel. Verbete Charles Taylor. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 793-796.

Os ideais de autenticidade (identidade autêntica) e dignidade estão relacionados ao declínio das sociedades hierarquizadas, nos quais a noção de dignidade estava vinculada à posição social ocupada pelo indivíduo, como já se observou, e à idéia de igualdade de todos os cidadãos, ou seja, o reconhecimento da igualdade implica em dignidade. A superação desse entendimento de vinculação de honra à dignidade não é construída, de acordo com Taylor, isoladamente. Ao contrário, ela depende de uma relação dialógica.¹⁵³

No plano social nossa identidade é formada em um diálogo aberto, ou seja, não é pré-determinada em um script social. Por isso, a "luta" que um indivíduo trava ao requerer o reconhecimento entre iguais, se livrando de uma visão oprimida, aprisionada e reduzida de si, está intimamente ligada ao reconhecimento de sua dignidade.

A idéia de uma dignidade concebida num contexto dialógico e fundamentado no recíproco reconhecimento, é essencial para que se ultrapasse esse círculo vicioso que impede, conseqüentemente, a fruição da liberdade.

Taylor concebe, então, alternativas que se opõe tanto aos defensores como aos detratores da cultura contemporânea, e que está relacionada à recuperação da concepção da autenticidade como ideal moral. Para tanto, há que se dar crédito a três idéias, todas elas controvertidas: inicialmente, acreditar que a autenticidade é um ideal válido, em seguida, entender que é possível argumentar sobre esses ideais e que na prática eles podem ser efetivados e, por último, que esses argumentos podem sim ensejar uma diferença.¹⁵⁴

Desta forma o autor pretende oferecer alternativas àquela já mencionada concepção atomista, fragmentada e burocrática da sociedade moderna, na qual está inserido o indivíduo moderno. Acredita que a formação de um ideal democrático comum pode ser o início de uma atitude voltada à superação da sensação de impotência. Para tanto, não existem "receitas universais", e dependem de grande forma das situações em particular. O "círculo vicioso" caracterizado pela impotência política, cada vez mais voltado para o não envolvimento pode

¹⁵³ Ibid., p. 793-796.

¹⁵⁴ Taylor discorda dos defensores da cultura contemporânea porque descarta a idéia de que tudo deveria ser como é, discorda dos críticos porque acredita que a autenticidade pode ser concebida como um ideal moral, mas também não fica entre eles, porque discorda das posições que defendem haver diversas coisas boas nesta cultura, como por exemplo uma maior liberdade para o indivíduo, porque estas se conseguem mediante certos perigos, como a falta de atitudes e iniciativas que podem resultar em mais acesso à cidadania. TAYLOR, Charles. **La ética de la autenticidad**. Barcelona: Paidós, 1994. p. 58-59.

sim ser transformado em “círculo virtuoso”: “la acción en común con éxito puede proporcionar una sensación de poder recobrado y fortalecer también la identificación con la comunidad”.¹⁵⁵

Acena, ainda, para a necessidade de envolvimento em diversos planos, a fim de que os debates sobre a esfera pública se entrelacem e se façam ser percebidos nas mais variadas instituições, considerando o que a modernidade tem de mais certo, ou seja, a grandeza e a miséria.¹⁵⁶

Assim, não se pretende, de todo, rejeitar as compreensões até agora desenvolvidas na cultura ocidental que colaboraram para a compreensão do homem. A emancipação e a maioria as quais se chegou através de Kant, afirma Silva Filho, foram fundamentais neste processo. Entretanto, como tudo que está se propondo até agora, a idéia é ir além, e considerar o homem nos diversos papéis que ele exerce, especialmente considerando sua condição histórica, temporal e relacional.¹⁵⁷

Este retorno é possível através da hermenêutica, que permite desaprisionar a *pessoa* de um mero conceito metafísico, reconhecendo-a no mundo, com todas as suas capacidades. Ou seja, a pessoa só é no mundo em que vive e que reconhece, com as capacidades e, somente a partir desta percepção, é possível reconhecer o outro (alteridade) e a si.¹⁵⁸

Não se pode, portanto, desconsiderar a dimensão existencial do sujeito, aquela para a qual Heidegger colaborou efetivamente. Fundamental, neste sentido, foi o “deslocamento de foco do ponto de partida no sujeito racional para a existência do homem”.¹⁵⁹

¹⁵⁵ TAYLOR, Charles. **La ética de la autenticidad**. Barcelona: Paidós, 1994. p. 144.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 145-146.

¹⁵⁷ SILVA FILHO, José Carlos da. Pessoa Humana e Boa-Fé Objetiva nas Relações Contratuais: a alteridade que emerge da ipseidade. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito Mestrado e Doutorado da Unisinos**. São Leopoldo: Unisinos, anual, 2005. p. 135-136.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 131.

¹⁵⁹ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. A repersonalização do direito civil em uma sociedade de indivíduos: o exemplo da questão indígena no Brasil. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. et al. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. São Leopoldo: Unisinos, 2008. p. 262.

Todos esses conceitos, defende Silva Filho, são necessários para vislumbrar uma nova postura da pessoa do ponto de vista jurídico e, mais ainda, como já foi dito, para buscar uma base que suporte a defesa do respeito e da dignidade.

3.2.3 Pessoa sob o ponto de vista jurídico

Fundamental para a compreensão de pessoa sob o ponto de vista jurídico é a retomada da idéia de que o direito ocidental moderno organizou-se de forma que os indivíduos que compõe a sociedade aceitaram o pacto original (contrato social), através do qual abriram mão de parte de sua liberdade natural em favor da convivência organizada. Isso pressupõe, sem dúvida, o reconhecimento de qualidades especiais, as quais o homem é titular.¹⁶⁰

Além disso, a filosofia kantiana identificou a capacidade do homem de se responsabilizar pelos seus atos. Esta capacidade, entretanto, colaborou derradeiramente para a construção moderna da categoria de *sujeito de direitos*, como já observado.¹⁶¹

Sinteticamente, assim expôs Gediél:

Na construção jurídica da modernidade, o homem aparece, primeiro, separado da natureza e ligado a Deus; depois, individualizado, ligado aos demais seres humanos por um vínculo contratual; em seguida, dotado de qualidades jurídicas, para constituir núcleo de imputação individual de direitos e deveres jurídicos, em oposição aos demais e com poderes jurídicos sobre os bens da natureza; finalmente apartado de seu próprio corpo, pois o exercício da qualidade de pessoa exige capacidade jurídica. Esta, por sua vez, valoriza apenas o elemento intelectual, racional, que compõe o ser humano e que lhe permite compreender e responder pelos vínculos jurídicos que lhe estabelece.¹⁶²

¹⁶⁰ GEDIÉL, José Antônio Peres. Tecnociência, dissociação e patrimonialização jurídica do corpo humano. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 61.

¹⁶¹ SILVA FILHO, José Carlos da. Pessoa Humana e Boa-Fé Objetiva nas Relações Contratuais: a alteridade que emerge da ipseidade. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito Mestrado e Doutorado da Unisinos**. São Leopoldo: Unisinos, anual, 2005. p. 132.

¹⁶² GEDIÉL, José Antônio Peres. Tecnociência, dissociação e patrimonialização jurídica do corpo humano. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 63.

A noção de pessoa aparece sob o ponto de vista jurídico, então, quando se reconhece no homem qualidades jurídicas, ou seja, a capacidade de adquirir direitos e contrair obrigações. Desta forma, a pessoa estaria apta a responder pelos vínculos que estabelece no contato com os demais.

Para tanto, foi criada uma categoria abstrata de pessoa, na qual cada homem se encaixa, se tornando sujeito a direitos e obrigações.¹⁶³ Esse nexos que une direitos e obrigações, de acordo com Silva Filho, colaborou para que as palavras “pessoa, sujeito de direito e capacidade jurídica” fossem quase que utilizados indistintamente.¹⁶⁴

Invariavelmente, a concepção liberdade material/igualdade formal, dada a sua origem liberal, ou seja, partindo de uma postura antiestatal (Estado Mínimo) e antipolítica (Estado como esfera do político/público e sociedade civil como esfera do pessoal/privado), privilegia o privado ante o público, inferindo que somente a ação econômica privada conduziria ao bem-estar social. Da mesma forma, valoriza o indivíduo como categoria abstrata, isto é, “com autonomia referida a si e não à classe, grupo ou movimento social a que pertença, sendo concebido à margem das condições de existência e produção em que se insere”.¹⁶⁵ Não por outra razão, o modelo de cidadania decorrente deságua numa democracia indireta, mitigada, na qual a sociedade civil fica distante do fenômeno político.

Entretanto, assim como acontece com tudo que perpassa a história, o entendimento de pessoa sob o ponto de vista jurídico também foi sendo alterado, e se amoldando de forma que, atualmente, parece estar sendo compreendido para ser recebido pelo ordenamento jurídico, muito mais do que construído a partir dele.

¹⁶³ Considerando este apelo funcional à idéia de pessoa, com forte valorização do intelecto, concebe-se também a idéia de pessoa desligada do próprio corpo, tanto é que surge no direito moderno a existência da pessoa jurídica, ou seja, há a personificação do patrimônio. Esta idéia não será desenvolvida neste momento, mas contribui para entendermos todas as noções de pessoa. GEDIEL, José Antônio Peres. *Tecnociência, dissociação e patrimonialização jurídica do corpo humano*. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 63-64.

¹⁶⁴ SILVA FILHO, José Carlos da. *Pessoa Humana e Boa-Fé Objetiva nas Relações Contratuais: a alteridade que emerge da ipseidade*. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito Mestrado e Doutorado da Unisinos**. São Leopoldo: Unisinos, anual, 2005. p. 132.

¹⁶⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira. *A reconstrução do conceito liberal de cidadania: da cidadania moldada pela democracia à cidadania moldando a democracia*. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de (Org.). **O poder das metáforas: homenagem aos 35 anos de docência de Luis Alberto Warat**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 121.

Todas as práticas que atentavam à pessoa e a sua dignidade, expostas até agora, podem ser consideradas impulsos para este movimento que se viu na obrigação de proteger a pessoa, sob pena de outros interesses se sobreporem à vida e à dignidade do homem.

Demanda, portanto, conhecer este movimento e compreender que, atualmente, é um dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico o reconhecimento da pessoa e de seus direitos.

Contudo, também já se observou que as mais diversas formas e tentativas no sentido de firmar esta tendência de valorização da pessoa, em alguns campos, não obtiveram êxito. Em algumas pretensões, como no caso dos transexuais, objeto deste estudo, há uma tendência que evolui em sentido positivo, lentamente. É o caso da cirurgia de redesignação sexual, já autorizada, e não mais considerada como prática criminosa.

Todavia, a criação e a categorização de pessoa como *sujeito de direitos* em um sentido abstrato acaba por alongar o caminho que pode apontar alternativas a essa concepção padronizante. Aquelas categorias criadas e representadas por imagens morais do sujeito, que eram antes de tudo uma resposta a interesses sociais, políticos, jurídicos e econômicos de uma determinada época, que se imaginava pudesse estar ao alcance de todos, não abriga (nem nunca abrigou) as demandas provenientes de um contexto de pluralidade e diversidade.

No que diz respeito ao já invocado contexto de diversidade sexual, mais ainda agora em que se reconhece a superação do conceito biológico de pessoa e de sexo, analisar-se-á a questão dos transexuais e o direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade.¹⁶⁶

A mudança paradigmática operada a partir da Constituição de 1988 parece ser o movimento capaz de permitir o reconhecimento deste contexto plural, e será analisada a seguir, especialmente em função da sensível percepção de que a pessoa contém valores e atributos que a realocam no sistema jurídico.

¹⁶⁶ ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 57.

3.3 A MUDANÇA PARADIGMÁTICA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: A PESSOA HUMANA EM NOVA PERSPECTIVA

Já se observou, durante o desenvolvimento deste estudo, que há um verdadeiro problema sócio-jurídico a partir da mudança de sexo do transexual, ultrapassando os limites do direito ao registro civil, espaço insuficiente para agasalhar a discussão jurídica, consistindo, pois, em um tema constitucional, já que trata do problema da concretização de direitos, notadamente o atinente à proteção da dignidade e à realização da pessoa.

Ocorre que apesar dos esforços, ainda pequenos, no sentido de possibilitar a estas pessoas que portem um instrumento de integração social, o registro civil alterado e adequado à sua aparência não é suficiente, e a forma como o assunto é tratado revela a manutenção e o apego a ideais que conduzem à arbitrariedade e à já mencionada concepção de um sujeito de direitos isolado, que substitui a pessoa em sua concretude, o que não pode ser concebido.

Entretanto, a emergência de um novo modelo de Direito representado pelo Estado Democrático de Direito lançou sementes à essa proteção de direitos tidos como fundamentais. Essa proteção, por sua vez, também ocorre em função do fenômeno de “constitucionalização” dos direitos tidos como privados, oriundo, principalmente, da consagração dos princípios constitucionais destinados à defesa da pessoa humana.

Esse reconhecimento e proteção a valores extrapatrimoniais também deu origem a um novo fenômeno tratado hodiernamente, que se relaciona com a constitucionalização: o da repersonalização do Direito Privado; que propõe repensar a pessoa humana como centro do sistema jurídico, passando o patrimônio, antes centralizado, a mero coadjuvante, nem sempre necessário.¹⁶⁷

Esses fenômenos são resultado de um crescente processo de emancipação humana, e serão analisados a seguir, pois são vetores de uma paradigmática mudança que ensejou novas

¹⁶⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 141, jan./mar. 1999. p. 103.

perspectivas no modo de enxergar o Direito e, especialmente, na forma de proteger e promover o desenvolvimento da pessoa¹⁶⁸.

3.3.1 O estado democrático de direito

É certo que o Estado se colocou de maneira imprescindível para a organização da sociedade civil, cuja existência somente se pôde desenvolver por seu intermédio¹⁶⁹. Nessa senda, o Estado reflete, em suma, uma sociedade histórica e politicamente organizada, em face da qual reproduz as contradições que se encontram no plano de sua infraestrutura.

Invariavelmente, o Estado torna-se um ente concentrador de um poder político¹⁷⁰, o qual advém, segundo a visão liberal clássica, do próprio pacto que se encontra à base de sua formação¹⁷¹. O controle sobre esse poder (que se pode apresentar sob as mais diversificadas formas) caracterizará, essencial e inquestionavelmente, as espécies de Estado de direito e de Estado de não direito. Essa dicotomia, no seio da qual se insere uma análise simplesmente comparativa, não pode trazer qualquer traço de perplexidade, na medida em que se trata de um processo de redução de complexidade, como o revela Canotilho:

a história da fundação das comunidades humanas organizadas é muitas vezes uma história trágica assente num código binário de contradições, antinomias e exclusões: cidadão/estrangeiro, fé/heresia, temporal/espiritual, amigo/inimigo, público/privado, vontade geral/interesses particulares, direito/não direito¹⁷².

Dessas necessidades, alguns modelos de Estado se instauram. Rigorosamente, existiram formas pré-modernas de Estados¹⁷³ que, em determinado momento, com o advento

¹⁶⁸ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2006. p. 51.

¹⁶⁹ THADEU, Weber. O Estado ético. In: OLIVEIRA, Nythamar Fernandes de e SOUZA, Draiton Gonzaga de (Orgs.). **Justiça e Política: homenagem a Otfried Höffe**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p. 671.

¹⁷⁰ AGUIAR, Roberto A. R. De. **Direito, poder e opressão**. São Paulo: Alfa-omega, 1980. p. 45.

¹⁷¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Contrato social**. Lisboa: Presença, 1977. p. 27.

¹⁷² CANOTILHO, José J. G. **Estado de Direito**. Lisboa: Gradiva, 1999. p. 9.

¹⁷³ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 20-21. A par disso, deve-se considerar, ainda, que houve épocas nas quais não havia o Estado. Como descrevem Guy Besse e Maurice Caveing: “A primeira coisa a considerar é que o Estado não existiu sempre. Na época da comuna primitiva, quando os homens viviam em clãs, tribos,

de práticas democráticas e o estabelecimento de instituições públicas de poder colaboraram na gênese do estado moderno. Modernamente, o Estado absolutista — primeira forma de Estado centralizado e detentor de um poder institucionalizado —, o Estado liberal e o Estado Social também mereceriam uma análise, mas para não prejudicar o foco do presente estudo, ambos serão deixados à margem neste momento.

Assim, em um determinado momento dessa “evolução” social, um regime democrático se fazia extremamente necessário. Além disso, uma forma efetiva de proteção à pessoa, especialmente no âmbito de salvaguarda de sua igualdade material também se mostrava indispensável. No Brasil, o contexto pré-constitucional era de um estado-governo que não se subordinava ao Direito. A Constituição vigente, que abarcava um considerável rol de direitos individuais tinha pouca ou nenhuma importância. O período da ditadura caracterizou-se, ao contrário, por ser um período no qual se mantinha o anti-direito.

A situação vigente clamava por um regime democrático no qual houvesse a concretização dos direitos fundamentais, e tinha em seu cerne a pretensão de conduzir as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social à vetores da transformação social.¹⁷⁴ Além disso, não se pode deixar de esclarecer que o ideal democrático intenta para o envolvimento, para o ideal participativo e democrático amplo, que revela, neste sentido, “a manutenção de um espaço aberto pra a manifestação do outro”.¹⁷⁵

Essa abertura do espaço público, no qual público não significa apenas estatal, enseja, ainda, uma dimensão plural e coletiva, preconizada pelas mudanças conceituais que inscreveram os princípios fundamentais na Constituição, e não apenas pelas alterações legislativas naquele documento. Esses princípios fundamentais, afeitos tanto aos direitos tidos

famílias patriarcais ou matriarcais não havia organização especial para exercer sistematicamente a coação. Mas é precisamente a tal aparato que se dá o nome de Estado. Certamente, havia costumes, a autoridade do chefe, o respeito por sua pessoa e pelo seu poder, o respeito pela autoridade das mulheres, mas não havia homens ocupados *especial e exclusivamente* em governar outros, dispondo permanentemente de forças armadas para isso. (...) O organismo do Estado não aparece senão no momento em que surge na sociedade a divisão em classes antagônicas, a exploração de classe.” p. 322-324

¹⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz, MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 92-99.

¹⁷⁵ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Transformações Jurídicas nas Relações Privadas. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito Mestrado e Doutorado da Unisinos**. São Leopoldo: Unisinos, anual, 2003. p. 163.

como privados, até então centrados apenas nos Códigos, como aos públicos, fez surgir um movimento de unificação da ordem jurídica sob o viés constitucional.

O Estado Democrático de Direito nasce, então, exatamente, da tentativa de conjugar “o ideal democrático ao Estado de Direito, não como uma oposição de conceitos, mas sob um conteúdo próprio onde estão presentes as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social. Constitui-se um novo conjunto cuja preocupação básica é a transformação do *status quo*”.¹⁷⁶

Como modelo que conjuga o Estado liberal e o Estado social, no Estado democrático de direito o conteúdo da legalidade assume a forma efetiva da concretização da igualdade, ultrapassando o aspecto material de concretização de uma vida digna e irradiando os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado, inclusive sobre a ordem jurídica¹⁷⁷. Reconhece-se, assim, a diferença como valor jurídico, e, conseqüentemente, a implantação do direito de ser diferente¹⁷⁸. Como ressaltou Añon Roig, “las exigencias que ponen de relieve el conjunto de los derechos fundamentales como algo valioso, representan una razón fuerte a favor de la adopción de medidas de igualdad”¹⁷⁹.

Nessa linha, diz-se que uma sociedade é democrática quando, além de eleições, partidos políticos, divisão de poderes, respeito à vontade da maioria das minorias, institui algo mais profundo, que é condição do próprio regime político, ou seja, quando institui direitos¹⁸⁰, que passam a ser instrumentos de transformação social¹⁸¹. Não por outra razão referiu Streck:

¹⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 92.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 93. Ainda, conforme STRECK, é nesse contexto que se assenta a legitimidade do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, não somente na especificidade própria dos tribunais *ad hoc*, mas na existencialidade dos pilares que fundamentam essa mesma noção. Enquanto existencial, o Estado Democrático de Direito fundamenta, antecipadamente (círculo hermenêutico), a legitimidade de um órgão estatal que tem a função de resguardar os fundamentos (direitos sociais-fundamentais e democracia) desse modelo de Estado de Direito. STRECK, Lenio Luiz. Constitucionalismo, jurisdição constitucional e Estado Democrático de Direito: ainda é possível falar em Constituição dirigente e compromissária? **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos**. São Leopoldo: Unisinos, anual, 2001. p. 91.

¹⁷⁸ Segundo Maria José FARIÑAS DULCE Ciudadanía universal versus ciudadanía fragmentada. In: DE LUCAS, Javier et al. **El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

¹⁷⁹ AÑON ROIG, María José. La contribución de los derechos sociales al vínculo social. In: DE LUCAS, Javier et al. **El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo**. Valencia: Tirant lo blanch, 2002. p. 288.

¹⁸⁰ CHAUI, Marilena. **Convite à Filosofia**. 10. ed. São Paulo: Ática, 1998. p. 431.

¹⁸¹ Asseveram Lenio STRECK e José Luis BOLZAN DE MORAIS que, com essa postura, “há um sensível deslocamento da esfera de tensão do Poder Executivo e do Poder Legislativo para o Poder Judiciário”. STRECK,

O Estado Democrático de Direito se assenta em dois pilares fundamentais: a democracia e os direitos fundamentais. Não há democracia sem o respeito e a realização dos direitos fundamentais-sociais, e não há direitos fundamentais-sociais — no sentido que lhe é dado pela tradição — sem democracia¹⁸².

A efetividade da igualdade material ganha, assim, outra dimensão sob o prisma da cidadania, agora como categoria que engloba os direitos humanos (além dos direitos políticos alcançados pelo Estado liberal)¹⁸³, passando a ser uma cidadania fundante e instituinte da democracia possível¹⁸⁴.

Neste contexto, a constituição passou a ser o centro do sistema jurídico. Com efeito, a cultura constitucional desenvolvida, inicialmente, nos oitocentos¹⁸⁵, representou a parte essencial da organização política do Estado — que passou a ser constituído pela e na Constituição¹⁸⁶ —, estabelecendo, por meio de uma ordem jurídica¹⁸⁷, os limites do poder do próprio Estado.

Destaca-se que há, na origem do constitucionalismo, estreita vinculação com o surgimento e a positivação dos chamados direitos fundamentais, notadamente aqueles caracterizados como de primeira geração, que se constituíram direitos em face do Estado¹⁸⁸.

Os direitos econômicos, sociais e culturais de segunda geração, que dominaram o século XX foram, inicialmente, incorporados nas Constituições marxistas e no constitucionalismo da social-democracia¹⁸⁹. Pode-se dizer, então, que é,

Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 98

¹⁸² STRECK, Lenio Luiz. Constitucionalismo, jurisdição constitucional e Estado Democrático de Direito: ainda é possível falar em Constituição dirigente e compromissária? **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos**. São Leopoldo: Unisinos, anual, 2001. p. 88.

¹⁸³ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 349.

¹⁸⁴ Para Lenio Streck e José Luis Bolzan de Moraes, a democracia deve ser assumida como incerteza, “como invenção, como vir-a-ser.” STRECK, Lenio; MORAIS, José Luis Bolzan de. Op. Cit., 2003. p. 118/119

¹⁸⁵ MOREIRA, Vital. O Futuro da Constituição. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 314.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 314.

¹⁸⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e constituição**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 68-69.

¹⁸⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 515.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 518. Ainda, destacou SARLET, que estes direitos fundamentais foram embrionária e isoladamente contemplados nas *Constituições Francesas de 1793 e 1848, na Constituição Brasileira de 1824 e na Constituição Alemã de 1849*. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 49.

[...] contudo, no século XX, de modo especial nas Constituições do segundo pós-guerra, que estes novos direitos fundamentais acabaram sendo consagrados em um número significativo de Constituições, além de serem objeto de diversos pactos internacionais¹⁹⁰.

Com a incorporação destes direitos, “o Estado deixa de ser o único elemento referencial da Constituição, que incorpora agora também a economia e a sociedade”.¹⁹¹ Inicia-se, assim, “a fase do constitucionalismo conformador da ordem econômica e social, através de normas e princípios orientadores da acção estadual, de programas de acção e políticas públicas”.¹⁹²

Portanto, pode-se dizer, em suma, que além das normas estruturais do Estado, a Constituição de 1988 caracteriza-se por incluir normas e princípios que anteriormente estavam adstritos à esfera civil, o que se sustenta através dos princípios constitucionais, que a partir da Constituição são “lançados” a todas as áreas do direito, inclusive do direito civil.

Modernamente, em que pese a formulação de múltiplos conceitos de constituição, não restam mais dúvidas de que a Constituição é uma norma jurídica, programática e dirigente¹⁹³, e sua inserção, nos ordenamentos jurídicos, notadamente os ocidentais, constituiu o espaço apto a refletir a opção democrática, indicando a assunção de um compromisso pela sociedade civil, da qual não é permitido desvincular-se.

Nesse sentido, a Constituição, como expressão do pacto social, “nada mais é do que aquele acordo de vontades (pacto fundante) políticas desenvolvidas em um espaço democrático”.¹⁹⁴ É, pois, o espaço garantidor das relações democráticas entre o Estado e a

¹⁹⁰ Ibid., p. 49.

¹⁹¹ MOREIRA, Vital. O Futuro da Constituição. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 315.

¹⁹² Ibid., p. 315.

¹⁹³ Indica Lenio Streck que “uma teoria da Constituição dirigente adequada a Países de Modernidade tardia, que também pode ser entendida como uma teoria da Constituição dirigente-compromissária adequada a países periféricos, deve tratar, assim, da construção de condições de possibilidade para o resgate das promessas da modernidade incumpridas, as quais, como se sabe, colocam em xeque os dois pilares que sustentam o próprio Estado Democrático de Direito. A idéia de uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade tardia implica uma interligação com uma teoria de Estado, visando à construção de um espaço público, apto a implementar a Constituição em sua materialidade.” STRECK, Lenio. **Streck Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 135.

¹⁹⁴ MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 67.

Sociedade, bem como espaço de mediação ético-política da sociedade e, como tal, consagra aquelas diretrizes fundantes do Estado democrático de direito.¹⁹⁵ Daí possuir um conteúdo voltado, como destacou Streck, “para o resgate das promessas da modernidade”¹⁹⁶, ainda não cumpridas.

A partir da abordagem kelseniana, a Constituição está, para os países que adotam o sistema constitucionalista, no último degrau hierárquico, no ápice da pirâmide de normas, orientando todo o sistema jurídico. Na mesma medida, a Constituição, além de se sobrepor ao ordenamento jurídico, desenhou um modelo complexo de produção normativa, na medida em que reúne postulados diversos, de diferentes matizes¹⁹⁷ que, por vezes, podem parecer antagônicos, tais como os ideais de liberdade material e igualdade material, mas que refletem, na verdade, a própria aceitação e valoração do multiculturalismo existente na sociedade.¹⁹⁸

Os direitos garantidos na Constituição, por sua vez, operariam como fonte de deslegitimação de poder, na medida em que nenhuma maioria poderia decidir contra esses direitos, sob pena de afastamento da democracia substancial.¹⁹⁹ Pode-se perceber, então, que a constitucionalização estabelece “um referente indisponível de legitimidade para o exercício do poder político: a sua própria forma de exercício — submetida ao direito, democrática, de garantia — e os âmbitos de exclusão, como é o caso dos direitos fundamentais”.²⁰⁰

Assim, pode-se afirmar que no paradigma do estado liberal a Constituição não tinha ingerência sobre o âmbito das relações privadas, e, no estado social, apesar da intervenção do legislador no campo privado ter aumentado, especialmente através de normas que se delineavam a favor de interesses coletivos, a Constituição ainda era concebida como o

¹⁹⁵ Destacou Lenio STRECK que, “enquanto a Constituição é o fundamento de validade (superior) do ordenamento e consubstanciadora da própria atividade político-estatal, a jurisdição constitucional passa a ser a condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito.” STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 13.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 15.

¹⁹⁷ RUIZ SANZ, Mario. Principios y valores como limites sustanciales de la condición de ciudadano para el garante constitucional. In: DE LUCAS, Javier et al. **El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo**. Valencia: Tirant lo blanch, 2002. p. 183.

¹⁹⁸ RUIZ MIGUEL, Carlos. Multiculturalismo y constitución. **Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol**. Valência: Universidad de Valência, n. 36-37, 2001. p. 20.

¹⁹⁹ CADEMARTORI, Sérgio; XAVIER, Marcelo Coral. Apontamentos iniciais acerca do Garantismo. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, n. 1, mar./abr., 2001. p. 22.

²⁰⁰ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 29.

conjunto de normas cujo conteúdo eram meros programas políticos, sempre vinculados e dependentes da mediação do legislador para que produzissem efeitos.²⁰¹

Foi somente com o reconhecimento da força normativa da Constituição, especialmente através dos princípios constitucionais que o ordenamento vai ser concebido como uma unidade. Neste contexto a Constituição passa a representar não só o limite para o legislador, mas também o rumo para sua atuação e, especialmente, centro unificador de toda legislação infraconstitucional.²⁰²

Deste reconhecimento desponta um horizonte de renovação²⁰³ que se reflete em diversos âmbitos e que traz a tona, especialmente, que a realidade social e das relações interprivadas não mais se coaduna com um direito partido, que tem como objeto um indivíduo abstrato.²⁰⁴

3.3.2 Os fenômenos da constitucionalização e repersonalização e o (novo) sujeito de direitos

A Constituição Federal de 1988 elegeu a dignidade da pessoa humana e o pleno exercício da cidadania como fundamentos do ordenamento jurídico, gerando profundas mudanças na análise de certas situações jurídicas, antes tratadas exclusivamente no âmbito do Direito Civil, tradicionalmente concebido como privado. Este reconhecimento serve de base, então, à consolidação do Estado Democrático de Direito, proporcionando uma unidade e coerência ao conjunto de todos os outros princípios de direito nele indicados.²⁰⁵

Esta prevalência de proteção que corresponde à tutela dos direitos fundamentais também acabou por conceber a Constituição Federal como formadora e informadora do

²⁰¹ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 49.

²⁰² *Ibid.*, p. 50.

²⁰³ FACHIN, Luiz Edson. A “reconstitucionalização” do direito civil brasileiro: lei nova e velhos problemas à luz de dez desafios”. **Revista Jurídica**, ano 52, n. 324, out., 2004, p. 16.

²⁰⁴ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2006. p. 5.

²⁰⁵ PEZZELA, Maria Cristina Cereser. DA SILVA, Fernanda Pappen. Os Seres Sujeitos de Direito em Família. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito Mestrado e Doutorado da Unisinos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 208.

direito ordinário, afastando cada vez mais a clássica contraposição entre direito público e direito privado, que fixava rigidamente os espaços normativos.

Este processo, portanto, representa uma significativa mudança no direito, já que o direito civil, historicamente, sempre esteve relacionado às relações entre os indivíduos, não havendo, até então, nenhum ramo do direito mais distante do direito constitucional do que ele. Na realidade, o direito civil parecia estar, no decorrer de sua trajetória, perpassando pelos acontecimentos e transformações do mundo, sem importar o tipo de constituição política adotada pelos Estados.²⁰⁶

Entretanto, a concepção de um direito civil politicamente neutro, da sociedade separada do Estado e, especialmente, da Constituição indiferente às relações privadas é inadequado. Para a superação desta concepção, foram cruciais dois fatores: em primeiro lugar, a substituição do indivíduo contratante e proprietário pela pessoa ontologicamente considerada²⁰⁷; em segundo, a superação da liberdade individual pela força da solidariedade social, ou seja, o ser atomizado e no qual o direito civil tinha sido codificado foi substituído pela pessoa dotada de dignidade, o que demandaria, em um Estado Democrático de Direito, firmar compromisso pela erradicação da pobreza e das desigualdades.²⁰⁸

Todo esse processo proporcionado pela unidade hermenêutica, no qual a Constituição é o ápice da elaboração e da aplicação da legislação civil foi chamado de constitucionalização. Entretanto, não se trata somente de verificar a entrada do direito civil na Constituição jurídico-positiva, mas, fundamentalmente, extrair dela os fundamentos de sua validade jurídica. Neste sentido, Lôbo afirma que constitucionalização “é o processo de elevação ao

²⁰⁶ Para Lôbo, a mudança de atitude que redundaria na constitucionalização do direito civil dependeu, também, de uma “dose de humildade” epistemológica, ao se reconhecer que em sua base sempre estiveram categorias, conceitos e classificações que serviam, inclusive, ao direito constitucional. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 36, n. 141, jan./mar. 1999. p. 100. Negreiros, por sua vez, traz a contribuição de Ferdinand Lassalle para a questão: “*quando num país arreventa e triunfa a revolução, o direito privado continua valendo, mas as leis do direito público se desmoronam e se torna preciso fazer outras novas*”. NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2006. p. 48.

²⁰⁷ Expressão utilizada por Lôbo. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 141, jan./mar. 1999. p. 100.

²⁰⁸ NEGREIROS, Teresa. Op. Cit., 2006. p. 11-12.

plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional”.²⁰⁹

Assim, o Código Civil, há muito considerado a “Constituição da vida privada” perde este espaço, agora ocupado pela Constituição, já que matérias típicas do código civil passam a integrar a nova ordem pública constitucional. Ainda, é indispensável afirmar o que acaba acontecendo no âmbito do direito civil, já que, neste mesmo contexto, tal evento será o precursor de outro fenômeno a ser analisado em seguida. Através da legislação extracodificada, o direito civil desloca sua preocupação central, deixando de se voltar tanto para o indivíduo e considerando, mais especificamente, às atividades desenvolvidas por ele, assim como pelos riscos que daí poderia decorrer.²¹⁰

Ao analisar o fenômeno da Constitucionalização, Fachin pontifica que: “estudar o Direito Civil significa estudar (os seus) princípios a partir da Constituição. O Direito Constitucional penetra, hoje, em todas as disciplinas e, via de consequência, também no Direito Civil”.²¹¹

Este processo pelo qual a Constituição vai gerar a mudança que irá repercutir no direito civil faz com que a clássica dicotomia de público e privado vá perdendo espaço. Além disso, não se pode deixar de lembrar (mesmo que este alerta esteja sempre presente em todas as discussões que envolvem os fenômenos jurídicos, atualmente) que o Direito está, constantemente, sofrendo reflexos das mudanças de comportamento e de costume do ser humano, da rapidez com que se desenvolve uma nova tecnologia, das diferentes culturas, e, principalmente, do que a vida e os sentimentos apresentam. Precisa, portanto, estar sensível a estas situações fáticas, às situações do “mundo da vida”.

²⁰⁹ Adverte Lôbo, no entanto, que o processo de constitucionalização é diferente da publicização; A segunda diz respeito à crescente intervenção estatal, fundamentalmente no espaço legislativo, processo característico do Estado Social do século XX. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano. 36, n. 141, jan./mar. 1999. p. 100.

²¹⁰ Tepedino exemplifica tais acontecimentos: no Código Comercial a atenção antes direcionada ao comerciante cede espaço para a relação aos atos de comércio e à empresa. No âmbito do Código Civil, o legislador especial cede à preocupação com o sujeito de direitos para suas atividades, seus riscos e impacto social, visando assegurar os resultados sociais pretendidos pelo Estado. TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 7

²¹¹ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 22.

Assim adverte Silva Filho, quando analisa as Transformações jurídicas nas relações privadas:

[...] estamos vivendo um momento em que não apenas as clássicas categorias conceituais estão defasadas, mas como também o próprio modelo no qual as mesmas foram forjadas resta inadequado, logo não satisfaz simplesmente substituir esses conceitos por outros (assim como também não seria satisfatória a simples troca de um Código Civil por outro que persistisse no mesmo modelo de raciocínio subsuntivo – daí porque a insistência meritória da atual doutrina pátria nas virtualidades hermenêuticas do novo regramento, presentes nas cláusulas gerais, nos conceitos indeterminados e na remissão ao texto constitucional)²¹².

Percebe-se, portanto, que não é um ou outro fato isolado que fundamenta esta proposta, mas, na verdade, várias situações merecem um re-estudo, uma idéia que possa satisfazer esse atrito entre as mudanças do nosso tempo e o Direito.

Uma das propostas encontra guarida na proposta de unidade no ordenamento, conforme explica Perlingieri:

Alguns direitos civis não encontram tutela, reconhecimento ou disciplina no Código Civil, mas, por exemplo, no Texto Constitucional. Alguns direitos ou deveres, que no plano das relações sociais e civis se traduzem em situações existenciais mesmo de relevância civilística não encontram a sua disciplina no Código Civil, mas naquele Penal ou nas leis “especiais” do Direito Administrativo. Daí a confirmação da unidade do ordenamento²¹³.

Pode-se falar, portanto, não mais em proteção da pessoa humana pelo direito público ou pelo direito privado, mas simplesmente em proteção à pessoa pelo direito.²¹⁴

Este processo afasta a separação e clama pela unidade, estando, portanto, intimamente ligado a uma idéia hermenêutica, através da qual a Constituição é responsável pela formação e

²¹² SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Transformações Jurídicas nas Relações Privadas. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito Mestrado e Doutorado da Unisinos**. São Leopoldo: Unisinos, anual, 2003. p. 145.

²¹³ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 55.

²¹⁴ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 38.

aplicação da legislação civil. A Constituição, nesse contexto, é condição de possibilidade para a compreensão do Direito.

Alerta Fachin que essa nova proposta de se repensar o Direito Civil à luz da Constituição não quer dizer afastar os conceitos que existem, mas sim levantar a questão de que nem sempre os problemas podem ser resolvidos com a formulação de soluções abstratamente consideradas a partir de generalidades, levando-nos a discutir e analisar a aplicabilidade desses conceitos frente ao caso concreto, enfrentando, dessa forma, os problemas da sociedade atual, extremamente complexa e enraizada em modelos e paradigmas que parecem só ter sido recebidos e não pensados.²¹⁵

Para tanto, há que se pensar em uma reformulação do papel da pessoa. Se antes a propriedade era um valor necessário para a realização da pessoa, o que se observa pelos principais institutos jurídicos civis – propriedade e contrato – a partir da Constituição a realização da pessoa através da propriedade chocava-se com seus valores fundados na dignidade da pessoa humana. Esta prevalência da propriedade, na realidade, encobria a pessoa e a situava no pólo da relação jurídica, “como sujeito abstraído de sua dimensão real”.²¹⁶

Neste sentido, surge no âmbito do direito civil outro movimento, o da repersonalização. Este movimento propõe discutir quais os valores que o sistema jurídico colocou em seu centro e em sua periferia. É que o Código Civil, na visão tradicional, tem o patrimônio como idéia central, enquanto que essa nova proposta é no sentido de colocar as pessoas e suas necessidades fundamentais no centro da discussão²¹⁷.

No entender de Cortiano Junior, o direito se revolta contra as concepções que colocavam o sujeito como protetor do patrimônio, e se destina a proteger justamente a pessoa.

²¹⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 72. No mesmo sentido, Moraes destaca que tudo adquire significado se relacionado a determinado contexto. Os conceitos essenciais do direito civil vem se repetindo a exaustão, *embora tenham sido cunhados em contexto completamente diferente, talvez mesmo oposto, ao existente na atualidade*. Ressalta, ainda, que *se os códigos civis, com sua aspiração à perenidade e completude, foram frutos de uma época, a “época da segurança” na feliz locução adotada por N. Irti, parece impossível encontrar razões para sintetizar o momento atual como uma época de insegurança, uma época de incertezas*. MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e Direito Civil: tendências. **Revista dos Tribunais**, ano 89, v. 779, set., 2000, p. 48.

²¹⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 141, jan./mar. 1999. p. 103.

²¹⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 78.

Assim, “ao proteger (ou regular) o patrimônio, se deve fazê-lo apenas e de acordo com o que ele significa: suporte ao livre desenvolvimento da pessoa”.²¹⁸

Daí se dizer que, hodiernamente, se deve realocar a pessoa ao centro do direito civil, no lugar do patrimônio. Aliado a isso, e justamente contrapondo a situação de que os Códigos se ocuparam de proteger o patrimônio, coube à Constituição, portanto, a efetiva proteção à pessoa.

Ao se analisar o sujeito de direito em meio a estes fenômenos, pondera-se novamente a idéia de que quando o sistema de Direito Civil se organiza, ele é criado num determinado momento histórico para vigorar eternamente, sem levar em consideração a evolução da sociedade que, conseqüentemente, começa a se chocar com conceitos não mais aplicáveis.

Indica Fachin que, no momento em que se estuda o direito civil tradicional aprende-se a manejar conceitos e não a entender a realidade. Isto faz com que o direito se aproxime de uma falsa cientificidade, em que os conceitos buscam aprisionar os fatos da vida, como se fosse um aprisionamento do ser no conceito, algo metafísico²¹⁹.

Esta passagem do Direito Civil Tradicional para o Direito Civil contemporâneo nos conduz então, a retomar o que entendemos sobre sujeito de direito.

Segundo Fachin, o estudo tradicional do sujeito propõe que ele seja insular, abstrato, atemporal e despido de historicidade, ligado ao antropomorfismo virtual, sem conexão direta e imediata com a realidade histórica, transformado em noções genéricas e esquemáticas do sistema jurídico civil. Isso porque todo o Direito civil simplesmente apreendeu categorias abstratas, imprimindo forma jurídica e normatizando as relações entre as pessoas; descuidando, pois, do real.²²⁰

²¹⁸ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Renovar: Rio de Janeiro, 1998. p. 33.

²¹⁹ FACHIN, Luiz Edson. Op. Cit., 2000. p. 25.

²²⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 192.

Desta forma, o tradicional indicou que pessoa e relação jurídica eram categorias, e pressupôs a existência de sujeitos figurando simplesmente como *pólo ativo e passivo* de uma relação jurídica. Deu a entender a presença jurídica de pessoas, só que não este ou aquele sujeito, e sim pessoas abstratamente consideradas, com a pretensão de categorizar todos ao mesmo tempo e do mesmo modo²²¹.

Isto implica em um afastamento do mundo real, operando uma forma de *corte da realidade*. Essa abstração excessiva, esse aprisionamento metafísico que se deu sobre o conceito no modelo privado faz com que a pessoa seja menos um indivíduo e mais um “indivíduo patrimonial”, relegado a um segundo plano, a uma mera categoria abstrata.

Esta crítica, cumpre informar, é corroborada por alguns civilistas comprometidos com este desafio. Entre estes, Orlando de Carvalho julga, então, oportuna a repersonalização do Direito Civil, trazendo como titular de direitos o homem comum e fazendo com que o Direito Civil seja, efetivamente, o Direito dos Civis, ou, de uma forma figurada, a casa, o lar da pessoa.²²²

A tendência contemporânea, então, é o abandono dos entendimentos genéricos, levando-se em conta a situação concreta do sujeito e do objeto da relação jurídica, justamente por conta de tudo o que foi visto até aqui.²²³ Entretanto, nunca é demais advertir que a consciência social que se vislumbra teoricamente é diferente do comportamento que dela decorre, e, na prática, o grande esforço para a efetivação desses valores ainda está em fase de assimilação, incompleto, portanto.²²⁴

Este importante passo está condicionado, sim, à necessária transformação do direito civil, mas, fundamentalmente, à elevação da dignidade da pessoa humana como fundamento da República. Para tanto, é necessário compreender que, efetivamente, o mundo e a sociedade estão sujeitos às transformações, e que a pessoa e tudo que se refere ao seu desenvolvimento,

²²¹ Ibid., p. 192.

²²² CARVALHO, Orlando de. **A teoria geral da relação jurídica**: seu sentido e limites. Coimbra, Centelha, 1981. p. 92.

²²³ FACHIN, Luiz Edson. Op. Cit., 2000, p. 95.

²²⁴ De acordo com Moraes, para a adequada e coerente reconstrução do sistema é necessário que os civilistas compreendam o desafio que se impõe, e restabeleçam em cada elaboração dogmática, em cada interpretação e em cada aplicação o primado da pessoa e de sua dignidade. MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e Direito Civil: tendências. **Revista dos Tribunais**, ano 89, v. 779, set., 2000. p. 57.

assim como a humanidade, devem ser respeitados, e, sob hipótese alguma, ser tratados como instrumentos.

De certa forma, é isso que acontece quando se aceita a transformação da ordem civil. Por exemplo, enquanto o Código Civil tutela os bens dos menores, o Estatuto da Criança e do Adolescente protege a criança de modo integral; enquanto no Código a propriedade é o direito subjetivo maior, na Constituição se tutela a função social que ela cumpre, e, assim por diante. Para o presente estudo, interessa evidenciar que uma significativa consolidação dessa mudança de paradigma é o desenvolvimento dos direitos da personalidade, mesmo que timidamente, mas reconhecendo-se, dessa forma, que a prevalência deve ser atribuída às situações jurídicas não patrimoniais, porque à pessoa humana deve o ordenamento jurídico inteiro.²²⁵ Reconhece-se, dessa forma, que o desenvolvimento dos direitos da personalidade tende a representar o fenômeno da repersonalização do Direito Civil, especialmente no que diz respeito à proteção à pessoa e seus bens interiores.

A aceitação de que é a pessoa quem coloca em movimento os bens, coisas ou interesses, devendo ser o elemento central de uma relação que interessa para o mundo do Direito acaba por interligar, permanentemente, a teoria constitucional dos direitos fundamentais e institutos tradicionais do direito civil.²²⁶ Dessa forma, a proteção à personalidade não pode restar adstrita a um dos âmbitos: “a pessoa, à luz do sistema constitucional, requer proteção integrada, que supere a dicotomia direito público e direito privado e atenda à cláusula geral fixada pelo texto maior, de proteção da dignidade humana”.

227

²²⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e Direito Civil: tendências. **Revista dos Tribunais**, ano 89, v. 779, set., 2000. p. 58-59.

²²⁶ MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos Direitos da Personalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). O novo Código Civil e a Constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 84.

²²⁷ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no direito civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 50.

4 A CONSTITUIÇÃO, A REPERSONALIZAÇÃO E OS DIREITOS DE PERSONALIDADE: A EFETIVAÇÃO DA DIGNIDADE E A SITUAÇÃO JURÍDICA DOS TRANSEXUAIS

Desde o final do século passado o direito está marcado pela afirmação da absoluta necessidade de proteção aos valores da pessoa humana e ao livre desenvolvimento de sua personalidade. Já se observou, no âmbito do direito privado, um sensível deslocamento de matriz, abandonando-se aquela notadamente patrimonialista, que perdurou em muitas codificações por muito tempo.

Logo, ou foram estabelecidos direitos decorrentes dessa nova condição da pessoa humana, ou foram reinterpretados os direitos positivados, pré-existentes, a partir dessa nova condição.

Nesse andar, a moderna Constituição amoldada ao Estado Democrático de Direito, cuja destinação é fundamentalmente o povo e não mais o Estado em si, contribuiu significativamente para a denominada realocação da pessoa e de sua dignidade para o centro do sistema jurídico. Houve, pois, uma valorização da pessoa humana como fundamento último do direito.¹

Em decorrência, as situações jurídicas existenciais, ou seja, aquelas situações subjetivas não patrimoniais, merecedoras de tutela², passam a ter primazia sobre as patrimoniais. A propriedade, o contrato, o testamento e a família devem ser vistos como institutos que tem função e finalidade sociais. Assim, passam a ser suporte para o livre desenvolvimento da pessoa, o que também merece ser revisto à luz desses fenômenos, especialmente para que não se corra o risco dos mesmos direitos serem vistos sob um viés ultrapassado.³

¹ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 32-33.

² PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 90.

³ CHOERI, Raul. Transexualismo e identidade pessoal: cirurgia de transgenitalização. In: BARBOZA, Heloísa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo (Orgs.). **Temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 232.

4.1 OS DIREITOS DE PERSONALIDADE E SUA TUTELA

Todos os direitos, enquanto conferem conteúdo à personalidade, poderiam chamar-se direitos da personalidade. Todavia, na linguagem jurídica corrente, a designação é reservada àqueles direitos subjetivos cuja função, no que respeita à personalidade, é especial, constituindo o mínimo necessário e imprescindível ao seu conteúdo.⁴

A personalidade nem sempre foi reconhecida e inerente a todos os seres humanos, tendo variado conforme a evolução do homem, principalmente no que respeita à proteção indistinta de certos direitos que tutelam a personalidade. Assim, pode-se dizer que a construção da teoria dos direitos da personalidade é recente, já que seu surgimento no direito contemporâneo foi se dando gradativamente, inicialmente através dos Códigos editados após a segunda guerra mundial e, posteriormente, através do desenvolvimento de uma teoria geral dos direitos da personalidade.⁵ Contudo, não se pode negar, existiram formas de proteger a pessoa e sua personalidade desde a Antiguidade.

Interessa evidenciar que, no passado, determinados seres humanos não eram sujeitos de direitos e obrigações. No direito romano, por exemplo, os escravos e os estrangeiros eram considerados coisas. Despersonalizados, portanto. Os seres humanos poderiam, nesse passo, ser confundidos com coisas e animais. Aliás, os camponeses, por exemplo, chamavam seus animais pelo nome, os guerreiros falavam com suas espadas e os homens em geral confundiam seus criados com os utensílios da vida cotidiana.⁶

Para os romanos, a quem já se atribui, em determinado momento, a elaboração da teoria jurídica da personalidade, só era considerado pessoa quem reunisse três *status*: o *libertatis*, o *civitatis* e o *familiae*.⁷

⁴ DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Campinas: Romana, 2004. p. 17

⁵ MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos Direitos da Personalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 69.

⁶ HATTENHAUER, Hans. **Conceptos fundamentales del derecho civil**. Barcelona: Editorial Ariel S.A, 1987. p. 13-16.

⁷ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 15.

Os escravos ou os cidadãos que, por algum motivo, perdiam ou não nasciam sob a condição de livres — não possuindo, embora humanos, o *status libertatis* —, não eram dotados de personalidade.⁸ Semelhante condição era a dos estrangeiros, considerados inimigos no início da civilização romana, foram, aos poucos, adquirindo alguns direitos.⁹

Não havia, em Roma, a proteção individual que hoje é conferida aos direitos decorrentes da personalidade, mas havia, como aduziu Szaniawski:

A tutela de diversas manifestações da personalidade, apenas não apresentando o mesmo aspecto que hoje, principalmente devido à organização social daquele povo, distante e desprendido da visão individualista que possuímos de nossa pessoa, e da inexistência de tecnologia e aparelhos que viessem a atacar e violar as diversas manifestações da personalidade humana.¹⁰

Não havia, portanto, categorias que protegiam a pessoa, mas manifestações isoladas que oscilavam desde ações punitivas de caráter penal (que não permitiam, por exemplo, qualquer ofensa ou maus tratos contra a pessoa humana¹¹) até a proteção contra qualquer atitude injuriosa nos âmbitos físico e moral do cidadão.¹²

Não se pode deixar de considerar, também, especialmente em razão da noção cristã de igualdade originada da semelhança de Deus, e noutro momento histórico, a já explorada contribuição de Kant, bem como toda a trajetória que culminou na concretização da dignidade da pessoa humana na ordem constitucional vigente.

Pode-se dizer, portanto, que a evolução e a construção da teoria dos direitos da personalidade se confunde com a evolução dos direitos humanos e fundamentais, assim como da proteção à dignidade da pessoa humana.

⁸ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 15.

⁹ Ibid., p. 15.

¹⁰ Ibid., p. 22, referindo texto de sua autoria “Direitos da personalidade na antiga Roma”.

¹¹ Ibid., p. 24.

¹² TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 24.

Não obstante, muitas das verdades sobre as quais se mantinham alguns alicerces da vida deixaram de ser “marcos da certeza” na modernidade. Neste tempo não se pode afirmar com convicção que certa configuração é entendida da mesma forma por todos.¹³

Nesse contexto está inserido o indivíduo moderno, que, como já se observou, convive com os grandes impasses da contemporaneidade, inclusive na busca de respostas sobre aquela primeira e fundamental questão, atinente ao que vem a ser o homem, ou, ainda, sobre o que faz do homem um homem.

As diversas concepções existentes e que vem se desenvolvendo no sentido de que o homem atinja a autocompreensão não são satisfatórias para Charles Taylor, que busca na combinação de grandeza e perigo – *grandeur et misère* – algumas características da idade moderna para a avaliação do indivíduo e sobre a questão do Eu na modernidade, como já se observou.¹⁴

Atualmente, os movimentos de constitucionalização e repersonalização têm orientado o atual estudo sobre os direitos da personalidade, que hoje exerce uma função de grande importância na vida social da pessoa, tanto em relação ao Estado como nas relações entre particulares. A proposta, portanto, é efetuar um panorama sobre alguns pontos do tema, que contribuirá para o debate em torno da questão que ora se examina.

4.1.1 Os direitos decorrentes da personalidade e sua recepção no direito

A personalidade está indissolúvelmente associada à dignidade. No âmbito do direito privado, a dignidade é protegida e promovida pelos direitos de personalidade, destinados a resguardar à pessoa aquilo que ela tem de mais especial: a dignidade em todas as suas dimensões.

¹³ NIGRO, Rachel. Verbete Charles Taylor. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 793-796.

¹⁴ TAYLOR, Charles. **As fontes do self: a construção da identidade moderna**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2005, p. 10.

Segundo o Código Civil brasileiro, a personalidade começa no nascimento com vida.¹⁵ No entanto, o dispositivo legal é objeto de grandes e importantes discussões, pois, dada sua amplitude, albergou os direitos do nascituro, no entendimento de alguns, desde a concepção.¹⁶ Daí dizer-se que a tutela à personalidade tem um ponto de partida não pacífico.

Logo, a materialização da tutela à personalidade é passível de críticas. Uma delas, apontada por Fachin, sustenta que o Código Civil remeteu a pessoa — detentora dessa tutela — a uma mera categorização legal e abstrata, dissociada do real e do concreto. Para ele, “a hipótese do nascituro põe às claras os limites desse sistema conceitual e abstrato”.¹⁷

A par desta discussão, que se torna ainda mais latente a partir do momento em que se admitem possibilidades de interferência e manipulação da vida antes do próprio nascimento, é certo que os direitos de personalidade, assim como outras categorias do Direito, são de difícil conceituação, especialmente em vista da rapidez com que se modificam as perspectivas em torno da vida, notadamente ante o desenvolvimento de uma nova tecnologia e/ou da forma como o homem se relaciona em uma sociedade extremamente dinâmica e multicultural.¹⁸

Assim, em que pese haverem diversos pontos de vista por trás da delimitação da personalidade, os direitos de personalidade pressupõem o sujeito de direitos como pessoa. A personalidade, dessa forma, diz respeito aos atributos inatos e indispensáveis ao ser humano que, por conta disso, necessitam de proteção privilegiada.

A personalidade não é, nesse passo, apenas mais um direito, mas, sim, um valor importante do ordenamento jurídico. O direito tutelado “é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas”¹⁹. Daí dizer-se que os direitos decorrentes da personalidade (v.g, o direito à vida, à integridade física, à honra, à

¹⁵ Art. 2º da Lei nº 10.406/02: A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

¹⁶ Salienta Fachin que esta proteção já se preocupa em transformar uma situação concreta em uma categoria previamente estabelecida. Porém, pondera o autor, em seguida, que existe a preocupação do direito no sentido de proteger os seres que ainda não foram “personificados”, porque neles pode o direito também incidir, através do legado de um testamento, por exemplo. FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 57.

¹⁷ Idid., p. 39.

¹⁸ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 24.

¹⁹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 155.

liberdade, ao nome, para referir alguns) não são meras categorias legais estanques e limitadas pelo ordenamento jurídico, senão condições da própria existência do homem enquanto pessoa dotada de dignidade.²⁰

Para tanto, contribuiu sem dúvida, todo o já mencionado processo de valorização da pessoa humana, iniciado com o reconhecimento de sua dignidade existencial que permitiu traçar, hodiernamente, o perfil delineado pelos direitos da personalidade.

Seguindo-se a tendência mundial de valorização da pessoa²¹, no direito brasileiro a Constituição de 1988 não se furtou a erigir, como fundamento do próprio Estado Republicano, a dignidade da pessoa humana.

Reitera-se, portanto, que a tutela aos direitos de personalidade está relacionada à tutela dos direitos fundamentais, que tem como fundamento, e referência para todo o ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana. Esta nova percepção provocou a afirmação de um direito geral de personalidade, que não está relacionado nem exclusivamente ao direito privado, tampouco somente ao direito público, mas que diz respeito a preocupação, em si, com a promoção de uma forma geral do ser humano e seu desenvolvimento, adequado às novas realidades de uma sociedade complexa e globalizada.

Nesse sentido, não há que se falar em uma proteção limitada àqueles direitos constantes nas legislações (especialmente no Código Civil) e, inclusive, na Constituição, já que o protegido é o valor da pessoa humana sem limites. Não quer dizer não possam estar previstos alguns direitos, elegidos como mais importantes. Todavia, esta previsão legal não

²⁰ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 155.

²¹ De acordo com Szaniawski, *foi uma tendência do final do século XX, e torna-se realidade no século XXI a afirmação do direito geral de personalidade, mediante a inserção na Constituição e em normas infraconstitucionais, da cláusula geral de tutela da personalidade humana, uma vez que a estreita visão privatística dos direitos de personalidade, que não estejam vinculados à categoria ampla de direitos do homem se mostra insuficiente para a tutela da personalidade. A ordem jurídica deve ser entendida como um todo, onde, dentro de uma hierarquia de valores, tenha um local primacial a noção de que o homem é pessoa dotada de inalienável e inviolável dignidade. Somente a leitura da norma civil à luz da Constituição e de seus princípios superiores é que revelará, à noção de direito de personalidade, a sua verdadeira dimensão.* SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 62. Informa, ainda, Cortiano Junior, que as Constituições do pós-guerra assumem o compromisso político de proteção à pessoa humana, garantindo justamente alguns valores indispensáveis ao homem enquanto pessoa. CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade*. p. 36.

pode ser hermética pelo simples fato de que se está tutelando aspectos da existência humana, que, *per se*, não são estanques e, conseqüentemente, taxativos.²²

Nessa linha, destacou Mello:

A idéia de um direito geral de personalidade corresponde à percepção da natureza ilimitada e ilimitável da personalidade humana, não sendo possível prefigurar as inesgotáveis manifestações da subjetividade humana em um catálogo infenso à dinâmica temporal e espacial do contexto cultural geral. Basta examinar inúmeras implicações jurídicas decorrentes da evolução da biotecnologia nas últimas décadas, como as técnicas de inseminação artificial, de manipulação genética e de clonagem, que estão a provocar uma revolução intelectual na compreensão e na identidade genética, que eram impensáveis há alguns anos e, no entanto, afetam imediatamente um sem número de institutos jurídicos, inclusive os direitos de personalidade.²³

Dessa forma, reconhecem-se as diversas dimensões da personalidade, sempre referenciadas pela tutela da pessoa humana.

4.1.2 Aspectos relevantes(?) do novo código civil

A proteção conferida aos direitos da personalidade, antes da Constituição de 1988, era essencialmente jusnaturalista, dado que, o que se defendia era uma noção vinculada à dignidade da pessoa humana, que, por sua vez, decorria da natureza do homem. No entanto, já se observava uma tendência de proteção a um direito geral de personalidade, cujo mote era a proteção à pessoa e à sua dignidade.²⁴

²² PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 156.

²³ MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos Direitos da Personalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo código civil e a constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 86.

²⁴ Destacaram Oliveira e Muniz sobre *a impossibilidade de uma construção doutrinária que busque construir esta cláusula geral e se feche dentro do campo do Direito Civil, ignorando os fundamentais princípios que asseguram o respeito à dignidade da pessoa humana. No plano doutrinário, isso significa que só através do entendimento da ordem jurídica como um todo, que tem por base uma hierarquia de valores, dentro da qual ocupa lugar primacial a noção de que o ser humano é pessoa, dotado de inalienável e inviolável dignidade, é possível dar a noção de direitos da personalidade toda a sua real amplitude. Para tal, é necessário vincular a noção de direitos de personalidade à noção de direitos do homem*. OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os Direitos de Personalidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 532, fev., 1980. p. 14.

Veja-se que, no antigo Código Civil, os direitos de personalidade estavam dispostos de forma esparsa. Num cenário onde os códigos se destinavam à regulação das relações patrimoniais entre as pessoas, onde tudo que não se enquadrava na moldura do patrimônio desinteressava ao direito privado e onde o grande sonho burguês era reduzir o homem a proprietário-contratante, “conseqüência natural dos fundamentos ideológicos do direito privado liberal”, os direitos que se destinavam à proteção de aspectos extrapatrimoniais eram marginalizados e secundários.²⁵

Havia, naquele regramento, a previsão estática de direitos²⁶, mas não havia, por outro lado, nenhuma regra da qual se pudesse extrair uma fonte básica de proteção desses direitos, ou seja, uma tutela geral. As que existiam continuavam atreladas ao caráter patrimonialista das codificações liberais, pois as poucas hipóteses eram aquelas que previam reparação por dano.

Contudo, as mudanças ocorridas na sociedade e, especialmente, no âmbito jurídico foram, aos poucos, alterando esta concepção, ao final cristalizado na Constituição Federal de 1988. A partir daí, o direito, para o qual se reivindicava um status de imunidade no que diz respeito às incertezas e inseguranças da subjetividade humana foi sendo invadido por temas que estavam além do mercantilismo e do capital.²⁷

Essa tendência se confirmou quando da Constituição de 1988, que abarcou valores e princípios de maneira que implicou um repensar de todo o sistema jurídico. Elegeu a dignidade da pessoa humana como valor-fonte de todo o ordenamento, preenchendo, assim, as lacunas deixadas pelos Códigos de viés liberal, cuja preocupação maior estava centrada no patrimônio.

A valorização da pessoa permitiu destacar, ainda, a proteção aos direitos essenciais ao desenvolvimento do indivíduo, ou seja, os direitos fundamentais. Impôs-se,

²⁵ MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos Direitos da Personalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo código civil e a constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 70.

²⁶ O artigo 1538 do antigo Código Civil, por exemplo, previa indenização por lesão ao direito à integridade física e psicológica. Já o artigo 1547 previa a reparação do dano à honra, em caso de injúria ou calúnia, entre outros, que previam indenização por dano à honra da mulher e, ainda, outro que previa o direito à indenização por danos morais causados por crimes de violência sexual.

²⁷ MELLO, Cláudio Ari. Op. Cit., 2003, p. 72.

conseqüentemente, a releitura do conteúdo normativo civil à luz da Constituição, o que desaguou nos fenômenos de Constitucionalização do direito privado e da repersonalização.

Não obstante, essa evolução que parecia estar naturalmente acontecendo não se refletiu no Código Civil de 2002. Apesar de apresentar um capítulo destinado exclusivamente à tutela dos direitos de personalidade, os artigos ali contidos não contêm densidade normativa suficiente. Talvez porque, baseado no anteprojeto do Código Civil de 1975, o novo Código Civil já tenha nascido velho²⁸. Além disso, deixou de levar em conta a própria história constitucional brasileira que, àquela altura, já havia consagrado ditos direitos.²⁹

Neste sentido, Streck afirma que o Código nasceu retrógrado e demagógico:

Retrógrado porque nascerá velho principalmente por não levar em conta a história constitucional brasileira e a corajosa experiência jurisprudencial, que protegem a personalidade mais que a propriedade, o ser mais que o ter, os valores existenciais mais do que os patrimoniais, e demagógico porque engenheiro de obras feitas, pretende consagrar direitos que, na verdade, estão tutelados em nossa cultura jurídica pelo menos desde o pacto de outubro de 1988.³⁰

Pode-se dizer, assim, que a Constituição Federal é o ponto de partida da proteção aos direitos à personalidade. Essa proteção, por sua vez, também ocorre em função do fenômeno de “constitucionalização” dos direitos tidos como privados. O reconhecimento e a proteção de valores extrapatrimoniais descortinou a chamada repersonalização, cujo objeto é repensar o sujeito de direito num contexto real e relacional, através do qual “se possa superar as limitações abstratas que predominaram no direito a partir do Jusracionalismo moderno”.³¹

²⁸ A proteção aos direitos da personalidade, conseqüentemente, foi realizada com base na doutrina das décadas de sessenta e setenta, que desconheciam a cláusula geral de proteção à pessoa, consagrada somente com a Constituição de 1988. TEPEDINO, Gustavo. O Novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro, Renovar, 2006. t. 2. p. 358.

²⁹ TEPEDINO, Gustavo. O Novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro, Renovar, 2006. t. 2. p.358.

³⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 295.

³¹ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. A repersonalização do direito civil em uma sociedade de indivíduos: o exemplo da questão indígena no Brasil. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. et al. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado**. São Leopoldo: Unisinos, 2008. p. 265-267.

Tais questões vêm sendo enfrentadas ao longo deste estudo, e deverão ser aprofundadas no tocante aos transexuais. O debate passará, anteriormente, pela compreensão de alguns direitos decorrentes da personalidade, consubstanciados nos direitos à vida e à integridade física, no direito à vida privada, no direito à honra, no direito à liberdade e, por fim, no direito ao nome.³²

No entanto, embora tal proteção seja dedicada a toda e qualquer pessoa, nem sempre atinge os que realmente se sentem oprimidos pela violação dos direitos que decorrem de sua personalidade, como os transexuais. O caráter terapêutico da cirurgia, condição indispensável, quando possível, na busca pelo bem estar psíquico, revela um dos pilares que sustenta, por exemplo, a liberdade de dispor do próprio corpo. A questão da identificação pessoal, através do nome e gênero sexual também revela a especial ligação com os direitos da personalidade. Assim, a tutela da dignidade, sem dúvida, depende que seja observada a particular situação do transexual.

Referidos direitos têm características que reúnem pressupostos exclusivos da personalidade. Os pressupostos, vale dizer, são indicativos de uma manifestação psicofísica do ser humano, reconhecidamente indispensável ao seu pleno desenvolvimento.³³

4.1.3 Características dos direitos decorrentes da personalidade: superações e contrapontos

As características dos direitos decorrentes da personalidade são, em regra, apresentadas de forma estanque pela doutrina, sem que haja o enfrentamento de determinadas questões cruciais, tal como, exemplificadamente, a premissa de universalidade e o caráter absoluto muitas vezes atribuído aos direitos da personalidade, que acabam por afastar o

³² Em relação à classificação dos Direitos da Personalidade, só é unânime a afirmação de que há divergências entre os autores, em relação à quais direitos são os personalíssimos. Todavia, tal dificuldade não é causadora de grandes discussões, tendo em vista que a classificação oscila entre a denominação e localização de determinados direitos, por exemplo, divide os que considera direitos da personalidade em duas categorias, os relativos à integridade física e os relativos à integridade moral. Nesta mesma linha de pensamento caminham outros estudiosos da atualidade, alterando-se apenas a denominação.

³³ JABUR, Gilberto H. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada**: conflitos entre direitos da personalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 40.

caráter plural da humanidade no que diz respeito ao modo de vida, às necessidades e aos interesses dos seres humanos.³⁴

Por outro lado, já se comentou que os direitos da personalidade decorrem de um direito geral de tutela e promoção da personalidade, fundamentado na dignidade da pessoa humana, exatamente como os direitos humanos e fundamentais. Pode-se dizer, portanto, que os direitos da personalidade possuem características similares aos direitos fundamentais, mesmo porque no âmbito exclusivo do direito civil não se encontram elementos suficientes para a construção do direito geral de personalidade.³⁵

Há, portanto, algumas características incontestáveis, tais como a de que são inatos ou originários, fazendo frente à concepção jusnaturalista de que preexistem à ordem jurídica.³⁶

A generalidade é outra característica dos direitos da personalidade, pois concedidos a todos. Não estão, portanto, relacionados a determinada “categoria” de pessoas. São, sim, gerais, ligados à pessoa como gênero, não podendo, por conseguinte, serem negados a qualquer indivíduo.³⁷ Revestem-se de essencialidade, porque o homem precisa ver reconhecido o mínimo de direitos para que possa viver (por conta disso, essenciais), o que explica o reconhecimento de que também são fundamentais, no sentido de que imprescindíveis à própria personalidade.

Poderiam ser tratados como universais, a exemplo da controvertida característica dos direitos humanos, que não reconhece a pluralidade. É que, apesar de terem características comuns por serem humanas, as pessoas têm, também, muitas diferenças. Mais do que necessário, portanto é “aceitar e preservar esta pluralidade de necessidades, interesses e modos de vida”, respondendo os direitos de personalidade “justamente a aspectos da natureza

³⁴ MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos Direitos da Personalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 90.

³⁵ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 111.

³⁶ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 33.

³⁷ MELLO, Cláudio Ari. Op. Cit., 2003. p. 91.

humana que se caracterizam pela identidade na diferença e pela universalidade na variedade”.³⁸

Tais direitos também só podem ser vitalícios, uma vez que atrelados à vida humana,³⁹ inclusive transcendendo-a, já que desde antes do nascimento e até após a morte estão tutelados. Além disso, são necessários à plena afirmação do ser humano e de sua personalidade em uma comunidade de pessoas.

São, ainda, indisponíveis,⁴⁰ na medida em que intransferíveis, inalienáveis e imprescritíveis. Tais características garantem ao indivíduo o poder de autodeterminação e, desde que não ofendam a preservação do direito de onde emanam, podem ser, eventualmente, flexibilizados, como na hipótese de ceder-se a imagem, temporariamente, para a elaboração de uma propaganda comercial.⁴¹

São, igualmente, irrenunciáveis, na medida em que concretamente indisponíveis. Pode-se dizer, portanto, que “a ausência de poder pleno de disposição compreende a impossibilidade de renúncia, vista como disposição absoluta e irreversível, extintiva do direito”.⁴²

Nessa linha, são direitos que dizem respeito à pessoa, protegendo, juridicamente, a personalidade. Por isso são direitos pessoais ou, ainda, podem ser chamados extrapatrimoniais, dado que insuscetíveis de avaliação (em que pese esta característica não impeça que esses direitos produzam efeitos patrimoniais quando houver ofensa ilícita,

³⁸ MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos Direitos da Personalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo código civil e a constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 90-91.

³⁹ JABUR, Gilberto H. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 44.

⁴⁰ Relativamente porque se tornam disponíveis na medida que o sujeito permite e autoriza que os direitos que decorrem de sua personalidade tornem-se disponíveis, autorizando, por exemplo, a publicidade de sua imagem, ou voz, etc. Nesse passo, também se relacionam com o direito à liberdade. JABUR, Gilberto H. Op. Cit., 2000. p. 52.

⁴¹ CIFUENTES, Santos. **Derechos personalísimos**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1995. p. 185.

⁴² A estas características também estão ligadas a noção de que são intransferíveis, inalienáveis, inexecutáveis, impenhoráveis e inexpropriáveis, pois o que não é disponível não pode ser executado, o que é inalienável não pode ser penhorado, tampouco expropriado, mesmo que através de decisão judicial, em favor do Estado, senão não se estaria falando de direitos da personalidade, com todas suas características e peculiaridades. Ainda, considerando que a vitaliciedade é uma das características da personalidade, conseqüente o entendimento de que a imprescritibilidade também deve ser. Neste sentido, aduz Jabur: “a inação do titular não gera a extinção desta espécie de direitos.” JABUR, Gilberto H. Op. Cit. 2000. p. 57-64.

ensejando reflexos econômicos. Esta concessão de patrimonialidade, contudo, não altera o caráter extrapatrimonial dos direitos da personalidade).⁴³

Tais características reafirmam, sinteticamente, que a personalidade tem como fundamento o homem dotado de dignidade. Afinal, os direitos decorrentes da personalidade são “dotados de caracteres especiais para uma proteção eficaz à pessoa humana, em função de possuírem, como objeto, os bens mais elevados do homem”.⁴⁴

Não obstante, outras particularidades dos direitos da personalidade merecem atenção. Nessa trilha, os poderes atribuídos ao titular dos direitos da personalidade geram aos demais integrantes da sociedade, uma obrigação universal negativa. Pode-se afirmar, portanto, que os direitos de personalidade possuem eficácia *erga omnes*.⁴⁵ Simultaneamente, não gera somente um dever de abstenção, mas, além disso, um dever ao Estado, à comunidade e aos demais particulares de respeitá-los. Neste sentido, além do dever de não lesá-los, deve-se propiciar as condições para que a pessoa possa desenvolver-se em sua condição.⁴⁶ São, assim, absolutos no que respeita à oponibilidade *erga omnes*, mas não em relação ao seu conteúdo.

Noutro ângulo, deve-se considerar que esses direitos se entrelaçam a outros direitos, assim como se limitam, reciprocamente. Por vezes, podem colidir entre si, e como forma de garantir a todos uma mínima e necessária eficácia, a cedência de algum é, por vezes, indispensável.

Até porque não há nenhum direito absoluto. São todos limitados a própria dignidade da pessoa humana. Somente este “limite dos limites” é capaz de assegurar, *pari pasu*, a possibilidade de restrição e o núcleo essencial que pode evitar sejam suprimidos.⁴⁷

Essa “relativização” é permitida quando se compreende que o fundamento do Direito é a pessoa em todas as suas dimensões. Conseqüentemente, suas relações em sociedade também

⁴³ JABUR, Gilberto H. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 47.

⁴⁴ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 11.

⁴⁵ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 33.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 34.

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 118-124.

compreendem aspectos intersubjetivos e relacionais, que, sem dúvida, contribuem para a aceitação da possibilidade de restrição de direitos.⁴⁸

Não se pode olvidar, portanto, que esse caráter relacional está vinculado ao direito dos outros e a necessidade de se reconhecer que num Estado Democrático de Direito todos tem dignidade e liberdade. Ademais, “até mesmo o princípio da dignidade da pessoa humana acaba por sujeitar-se, em sendo contraposto à igual dignidade de terceiros, a uma necessária relativização”, sempre lembrando, com as devidas cautelas, que não está em discussão a essencial e inafastável preservação de um núcleo intangível, vedando-se, por conseguinte, qualquer conduta que importe em coisificação ou instrumentalização da pessoa.⁴⁹

Condena-se, assim, a equivocada conotação estritamente individualista que, eventualmente, possuem os direitos de personalidade. Os direitos à privacidade e à intimidade, por exemplo, não podem contrariar o desenvolvimento da pessoa, impedindo possa socializar-se.⁵⁰

Integra a própria condição humana o caráter comunitário da pessoa humana, relegado à margem na concepção oitocentista dos direitos do homem, assim como em algumas concepções dos direitos da personalidade que, ao cultivarem a *privacy*, acabam por excluir os demais. Na realidade, a pessoa também se realiza na integração social e, para tanto, o Direito deve ocupar um lugar de destaque. É certo que absorver todo o conteúdo da vertente comunitária do homem não é fácil, mas recusá-la também significa regresso ao

⁴⁸ Pressupondo que os direitos de personalidade tutelam a pessoa, e que no cerne desses direitos está a pessoa ontológica, várias conseqüências dessa proteção são identificadas por Ascensão: inicialmente, destaca a proteção *fortíssima* que recebem esses direitos, sem paralelo com outros; em segundo lugar, refere que só são objeto dos direitos de personalidade aspectos fundamentais da pessoa. Admite, neste sentido, três zonas que diferenciam certos direitos de personalidade de outros: o *núcleo*, que merece ser protegido em qualquer caso, a *periferia*, que abarca alguns aspectos que não estão relacionados com a personalidade ôntica, como por exemplo alguns aspectos banais da vida privada que escapam da esfera privada, e a *orla*, constituída por situações em que a personalidade está implicada mas com menor significado que nos aspectos nucleares. Em terceiro lugar refere o autor sobre a essencialidade dos direitos de personalidade, pois apelam para a noção substancial da pessoa humana. ASCENSÃO, José de Oliveira. Pessoa, Direitos Fundamentais e direitos da personalidade. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, n. 26, abr./jun., 2006. p. 56-57.

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 130-137.

⁵⁰ De acordo com José de Oliveira Ascensão, a *privacy* norte-americana pode ser traduzida como o direito de estar só, e, nesses termos, é considerado um direito associativo, que não estaria relacionado, de forma alguma, com o desenvolvimento da pessoa humana. ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. Cit., 2006, p. 55.

individualismo, o que redundaria “à lógica da totalidade e do olhar do mesmo perante o outro”.⁵¹

Clama-se, dessa forma, pela dimensão da solidariedade, na qual a indiferença, a falta de envolvimento e o arbítrio sejam perpassados pela conjugação, pela integração e, especialmente, pela superação de que os direitos da personalidade são meras categorias positivadas e estanques.⁵² Espera-se, ao contrário, que a tutela da personalidade seja a mais ampla possível, a fim de contemplar os mais diversos aspectos nos quais a personalidade se manifesta. Daí se dizer que os direitos de personalidade não se encontram em um grau definitivo e acabado.⁵³

Entretanto, no direito brasileiro, a exemplo do que ocorre em outras codificações, os direitos de personalidade estão elencados de forma taxativa no novo Código Civil, mesmo que tenha entrado em vigor muito tempo após a Constituição de 1988. Tais direitos serão observados no decorrer deste estudo, mas alerta-se, desde já, que não somente estes, mas vários outros elementos relacionados à complexidade natural e histórica, racional e emocional, e além de tudo, relacional do homem, irrompem como fundamentais à garantia de sua dignidade. Daí a se dizer que protegem o que a pessoa é, e não o que a pessoa tem:

A honra, a reputação, a imagem, o nome e os atributos humanos que determinam a positividade e a negatividade das relações da pessoa com outros indivíduos e a comunidade em geral; a afetividade, a sexualidade, a integridade física e psíquica, todos os fatores fisiológicos, psicológicos e emocionais que são decisivos para o bem-estar humano compõe, da mesma forma, um conjunto de elementos que, dada a sua fundamentalidade para a felicidade do homem, exigem a atenção incisiva do direito.⁵⁴

⁵¹ PEREIRA, Gustavo Oliveira de Lima; SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Direitos humanos, dignidade da pessoa humana e a questão dos apátridas**: da identidade à diferença. 'texto inédito'.

⁵² ASCENSÃO, José de Oliveira. Pessoa, Direitos Fundamentais e direitos da personalidade. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, n. 26, abr./jun., 2006. p. 55.

⁵³ FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos de Personalidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 567, jan., 1979. p. 11.

⁵⁴ MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos Direitos da Personalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo código civil e a constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 86.

Assim, a análise de alguns dos direitos decorrentes da personalidade perpassa pela compreensão de que todos estão relacionados à proteção da pessoa. Além disso, estão relacionados entre si, de forma que de um, pode decorrer outro.

4.1.4 Classificação dos Direitos decorrentes da Personalidade

Reconhecida a existência de direitos indispensáveis ao desenvolvimento do indivíduo em toda sua plenitude, amparados fundamentalmente na dignidade da pessoa humana, cumpre esclarecer como são reconhecidos pela doutrina e pela legislação, embora não estejam condicionados a tais previsões expressas, já que destinados a proteger a pessoa na sua dimensão existencial.

Já se referiu sobre a estreita vinculação entre os Direitos Humanos, os Direitos Fundamentais e os Direitos da Personalidade, na medida em que dizem respeito à tutela da pessoa humana, especialmente sobre a sua dignidade. Incluem, dessa forma, o direito à vida, à integridade física, à liberdade, à honra, à identidade pessoal, donde decorrem outros direitos.

É certo que a classificação dos Direitos da Personalidade sofre variações na doutrina.⁵⁵ É, ainda, contestada a cientificidade e a importância dessa fragmentação.⁵⁶ A par dessas críticas, optou-se por esboçar, em grandes traços, alguns direitos decorrentes da personalidade, pois fundamentais à proteção do homem nas suas mais variadas dimensões e situações.

⁵⁵ Milton Fernandes apresenta variadas classificações dos direitos da personalidade. Entretanto, o próprio autor refere sobre a ausência de bases sólidas de apoio, assim como de resultados úteis nas classificações encontradas. Para ele, todas as particularidades apresentadas existem nos diversos atributos da pessoa e separá-los nitidamente seria uma tarefa difícil. FERNANDES, Milton. Os direitos de personalidade. **Estudos Jurídicos em homenagem ao Professor Caio Mário**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 145-149.

⁵⁶ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 33.

4.1.4.1 Direito à vida e à integridade física

A vida se sobrepõe, naturalmente, aos demais bens do homem. Por ser tão fundamental, é contemporânea ao próprio viver social, estando estampada, desde sempre, nos ordenamentos jurídicos, desde sua lei fundamental.⁵⁷

Durante o desenvolvimento desse estudo, estiveram em pauta temas que envolvem a dignidade, o respeito à pessoa e o livre desenvolvimento de sua personalidade. Não se pode perpassar por esses assuntos sem mencionar a vida,⁵⁸ podendo-se afirmar, inclusive, que é uma das razões primeiras do Direito.⁵⁹

De tão indispensável, o legislador constituinte a inseriu no *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988, como condição ao exercício dos demais direitos lá dispostos (liberdade, igualdade, segurança, propriedade), os quais, sem a vida, são inócuos. Assim aduziu José Afonso da Silva:

A vida é intimidade conosco mesmo, saber-se e dar-se conta de si mesmo, um assistir a si mesmo e um tomar posição de si mesmo. Por isso é que ela constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos. De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos. No conteúdo de seu conceito, se envolvem o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à privacidade, o direito à integridade físico-corporal, o direito à integridade moral, e, especialmente, o direito à existência.⁶⁰

⁵⁷ DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Campinas: Romana, 2004. p. 72.

⁵⁸ Para Esteves, mencionar vida implica, ainda, mencionar a morte, que é consequência da primeira. Inevitavelmente, a autora se debruça sobre o recorrente tema do prolongamento da vida. Sua posição é de que esse prolongamento a qualquer custo não é mais legítimo, em que pese serem contrários à ética segundo muitos códigos deontológicos e declarações de associações médicas. Concebe, então, uma nova concepção sobre a *indisponibilidade* da vida, que, se aceito sob qualquer preço, entraria em choque com o mesmo princípio da dignidade sobre o qual se fundamenta o direito à vida. Assim, para a definição de vida é necessário algo mais que a vida biológica, como já se comentou em diversos momentos. Esse algo mais, para a autora, é justamente a dignidade. ESTEVES, Luciana Batista. (In)Disponibilidade da vida? **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 24, out./dez., 2005. p. 101-103.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 89-93.

⁶⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 195.

Além disso, há previsão, tanto nas legislações civil e penal, de proteção à vida. O homicídio, o infanticídio e a instigação ou auxílio ao suicídio são crimes contra a vida, previstos na legislação penal. Na seara civil, o direito à vida é protegido tanto antes do nascimento quanto depois da morte. Ainda, não se olvida inúmeros tratados e convenções internacionais tutelarem a vida.

Atualmente, diante da aceleração e do aperfeiçoamento de técnicas biomédicas e tecnológicas, associado às transformações da sociedade, mais uma vez se questiona sobre a compatibilidade entre essas transformações e a proteção ao direito à vida, na medida em que a pessoa humana dotada de dignidade é a finalidade ética do ordenamento jurídico.⁶¹

Assim, as questões sobre o prolongamento da vida ou do processo de morte não podem ser desconsideradas. Em que pese ser, a vida, direito inviolável e indisponível, o direito de morrer com dignidade diante de um sofrimento desumano alimenta as discussões em torno da eutanásia e da ortotanásia.⁶²

⁶¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Bioética e Biodireito: Revolução Biotecnológica, Perplexidade Humana e Prospectiva Jurídica Inquietante. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, n. 21, 2002. p. 109.

⁶² Neste sentido, Pereira questiona: *o direito à vida implica o dever de viver?* Quando diversos princípios são erigidos ao patamar constitucional, como o direito à vida, à saúde e à dignidade, não é tão simples resolver tal indagação. Neste contexto a autora lança mão do princípio da razoabilidade no sentido de que deve se aliar a noção de vida à de vida digna, com o que se concorda. Para a autora, *o entendimento acerca do viver que suspende-se e paraliza-se no plano da abstração, peca pelo reducionismo, ao ver a pessoa como mero dado biológico. (...) Nessa linha de idéias, parece-nos que nenhuma construção ou compreensão de um ou outro princípio constitucional pode ser objeto de leitura isolada.* PEREIRA, Karin Cristina Kramer. O Direito Privado e a Ortotanásia: um caminho para a repersonalização. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. PEZZELLA, Maria Cristina Cereser (Coords.). **Mitos e rupturas no direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 283-285. Sobre o mesmo tema, mas analisando a condição do homem como objeto da técnica, em *O Princípio Responsabilidade*, Hans Jonas ilustra a convicção que os novos tipos e limites do agir humano requerem uma ética de previsão e responsabilidade compatível com esses limites, tão nova como as situações que ela tem que lidar, o que desafia não só a ética, mas também o pensamento do homem em relação a isso. Quando trata sobre o prolongamento da vida, Jonas entende estar tratando de uma questão fundamental, qual seja, a mortalidade do homem. Nunca se perguntou sobre decidir ou não sobre a duração desejável e opcional de sua vida. Antigamente não havia escolha sobre o limite de idade, que seria de 70 ou 80 anos, em média. A mortalidade foi, por diversas vezes, motivo de queixa ou de discussão, e o autor cita algumas teorias e estudos sobre o assunto, porém, sempre sobre o pano de fundo do imutável, porque isso não estava em discussão. Hoje em dia, a morte pode ser prolongada, ou melhor, já é prolongada, e, diante de tamanho desenvolvimento de diversos estudos, poder vir a se tornar uma “falha orgânica evitável”, nas palavras de Jonas. O que poderia ser a concretização de um desejo eterno, no entanto, nos remete as seguintes questões: quanto isso é realmente desejável? Tanto para o homem, como para a espécie, como para o mundo? Essas são questões cruciais no que diz respeito a nossa finitude, sobre o viver, sobre o nascer e morrer, sobre a continuação da espécie. Em decorrência, quem deve se beneficiar com esse tipo de “bênção”? Os mais *vips*? Os mais destemidos? Os mais abonados? Todos? Na realidade, o mais justo seria que todos pudessem, mas o que pensar das conseqüências disso tudo? Menos pessoas nasceriam? Ou se diante disso menos pessoas deveriam nascer? Mais idosos e menos jovens? Isso seria bom ou ruim para a humanidade? Seria justo barrar a entrada da juventude? Isso faria a espécie se perder? Na realidade isso não era pensado até pouco tempo atrás, porque não era possível, mas diante

Porém, considerando que o direito à vida é pressuposto para os demais direitos fundamentais, desponta, nesse mesmo debate, o direito à integridade física. Esse direito pode ser considerado caudal em relação ao direito à vida, pois trata da incolumidade física, da matéria orgânica.⁶³ Relaciona-se com o direito ao corpo e, observados certos limites/requisitos, pode se tornar disponível.⁶⁴ A legislação ordinária, por exemplo, permite a disposição do próprio corpo para fins humanitários e solidários, desde que consentida e de forma gratuita.

Atualmente, porém, considerando as novas e diversas situações que envolvem a discussão ética do direito ao corpo e à integridade física, são cada vez maiores as conseqüentes e inevitáveis críticas e divergências doutrinárias que os acercam.⁶⁵

Transplante e doação de órgãos, aborto, doação de sangue, congelamento de embriões, utilização de hormônios capazes de prolongar a capacidade de procriação da mulher, esterilização, possibilidade de dispor sobre as partes separadas do corpo, cirurgias de reparação de órgãos genitais e de redesignação sexual são apenas alguns exemplos das possibilidades permitidas pelo avanço da ciência, relacionadas ao poder de dispor ou não sobre o próprio corpo, sua integridade e, em última análise, sobre a vida.⁶⁶

da atual “opção”, todas essas questões e todas suas conseqüências precisam ser consideradas. Isso porque se a morte fosse abolida, teria que se abolir também a procriação, porque uma acontece em função de outra. Assim, teríamos só pessoas velhas, mas velhas no sentido de já conhecidas, fazendo com que também deixasse de existir “a surpresa dos novos”. Questiona, ainda, se quem sabe não é isso a parte boa da mortalidade? A renovação que ela permite através do nascimento, essa “reposição”, a novidade continuamente renovada, e uma *permanente oferta de alteridade*? Nas palavras do autor *este eterno recomeçar, que só se pode obter ao preço do eterno terminar, pode muito bem ser a esperança da humanidade, que a protege de mergulhar no tédio e na rotina, sendo a sua chance de preservar a espontaneidade da vida*. JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006. p. 57-60.

⁶³ FONSECA, Antonio Cezar Lima da. Anotações aos direitos da personalidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 715, maio, 1995. p. 40.

⁶⁴ Sobre o direito ao corpo ou às partes separadas e não renováveis do corpo há antiga e tumultuada discussão, principalmente no que diz respeito à intervenção de normas jurídicas, o que não pode ser feito de forma taxativa, tendo em vista os constantes avanços permitidos pela medicina.

⁶⁵ Há defesas, quase que totalmente fora de cadência, no sentido de que o poder sobre o corpo é um direito de propriedade, possuindo o indivíduo o *jus utendi*, o *jus fruendi* e o *jus abutendi*. Todavia, a maioria dos doutrinadores reconhece o direito ao próprio corpo como de natureza pessoal, tendo um caráter especial, dentro dos limites fixados pela legislação. CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo** (intersexualidade, transexualidade, transplantes). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 86.

⁶⁶ As situações permitidas pelo avanço dos estudos biomédicos são tamanhas que tem sido uma constante a discussão sobre a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005), que permite o uso de células-tronco provenientes de embriões humanos para pesquisas e terapias, alegando-se que tal preceito legal fere a proteção constitucional do direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

Diante de todas essas possibilidades e contingências, são inúmeras as situações concretas que têm ensejado questionamentos éticos, originados, como referido, dos avanços da ciência biomédica e da tecnologia.

Hans Jonas as enfrentou. Para o autor, a submissão do homem aos experimentos médicos e científicos que envolvem seu corpo e/ou partes dele separadas é muito diferente das experiências realizadas com objetos e produtos inanimados. A experiência é, terminologicamente, própria das ciências naturais, e por estar classicamente associada aos objetos inanimados, é também moralmente neutra. Mas quando o objeto desses experimentos passa a ser a pessoa humana, especialmente como acontece com as ciências biológicas e principalmente nas pesquisas médicas, essa neutralidade desaparece, exurgindo as questões de consciência. Quando se trata de experimentos físicos, é possível utilizar em escala reduzida, subsídios artificiais, os quais ocupam o lugar das coisas reais. Porém, no campo biológico, na maioria das vezes isso não é possível, sendo necessário trabalhar com o ser vivo em todo seu sentido, provavelmente o afetando de alguma forma.⁶⁷

Nesse sentido, alerta-se sobre a necessidade de submeter-se o poder e o agir do homem à ética, na medida em que suas condutas têm, invariavelmente, um componente

⁶⁷ A obra *Técnica, Medicina e Ética*, é a parte aplicada de *O Princípio Responsabilidade*. O autor dá o exemplo de um experimento na área da educação, que pode afetar uma geração inteira de estudantes. As experiências com pessoas, seja para qual objetivo for, são um negócio responsável, não experimental, e nem no mais nobre dos fins está desvinculado com a responsabilidade que tem por eles. JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006. Não se pode deixar de referir, ainda, sobre o alerta feito por José Antônio Peres Gediel, no sentido de que em uma sociedade onde impera a desigualdade econômica, o corpo humano poderá ser transformado em um derradeiro objeto a ser comercializado. Em breve ensaio sobre o tema, Gediel refere que embora haja previsão constitucional expressa no § 4º do artigo 199 sobre a possibilidade de intervenções científicas e cirúrgicas em organismos vivos, as práticas podem se realizar desde que observados os princípios da tolerância condicionados ao respeito à vida, à integridade, à dignidade e à saúde, com base, ainda, nos princípios da bioética adotados desde a promulgação da Constituição (não maleficência, equidade, justiça, benefício ou gratuidade, autonomia e respeito à pessoa humana). Entretanto, a já mencionada situação de pobreza pode contribuir no aceleração para aprovação de leis para utilização de cadáveres com fins terapêuticos, o que poderá possibilitar, ainda, um mercado de reserva de órgãos, mas sem que haja, entretanto, pesquisa da demanda e condições estruturais de atendimento. Este problema, aliás, está atrelado a outros, como por exemplo, a ausência de reformas estruturais por parte do Estado na promoção de políticas de saúde. Além destes, menciona o silêncio legislativo sobre situações conflituosas que exurgem a cada descoberta da medicina, como a eutanásia, a concepção assistida, a manipulação de gametas. Outrossim, o fato de que no âmbito do Mercosul não se apontam iniciativas para tratar de assuntos relacionados à bioética também contribui para que os direitos de personalidade sejam regulados e tratados por normas destinadas ao tratamento de cunho patrimonial. Todas essas questões eminentes e relacionadas ao impacto da ciência, na posição do autor, deveriam despertar no judiciário e no Estado interesse para promover a ampliação da esfera pública (não necessariamente estatal) na busca de equilíbrio entre valores e necessidades em choque. GEDIEL, José Antônio Peres. *Direito e Bioética*. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, ano 29, n. 29, 1996.

moral, relacionando-se com a própria humanidade, que precisa ser conservada em todos os seus aspectos.⁶⁸

Essas possibilidades que tem envolvido a vida humana de uma forma integral têm sido objeto de estudo da bioética. Quando a técnica atinge quase tudo que diz respeito ao homem, mais do que necessário é um campo de estudo e pesquisa especializado. A preocupação maior é ultrapassar a compreensão de que essas conquistas científicas são benéficas à humanidade sob qualquer preço, e verificar qual o limite dos efeitos desse avanço da contemporaneidade.⁶⁹ Se os males do holocausto atômico foram tão evidentes, outras ameaças significativas, também apocalípticas, mas ainda não tão claras, podem destruir a humanidade, causando uma devastação ainda maior do que uma catástrofe natural repentina. A ameaça ao meio ambiente, a miséria da humanidade e a utilização do homem como um meio são os principais vetores dessa possível devastação.⁷⁰

Assim, cabe à bioética analisar como esse desenvolvimento científico pode afetar o núcleo da vida humana, qual seja, a dignidade. Através de exigências mínimas de respeito à humanidade, o direito intervêm como tutelador desses valores que envolvem não só a vida e a integridade física, mas o direito à privacidade, à saúde, à liberdade, a honra e outros tantos que se destinam a promover e tutelar a personalidade, e que não estão incluídos no rol de direitos subjetivos positivados.⁷¹

Quando se alude sobre esses temas relacionados à vida, à integridade e ao corpo e, especialmente, considerando a busca pelo equilíbrio, essencial destacar o artigo 13 do Código Civil, que prevê, expressamente: “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”. Relacionou, portanto, três parâmetros no que diz respeito à disposição do próprio corpo, que também estão relacionados com o poder de consentir.

⁶⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 197.

⁶⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Bioética e Biodireito: Revolução Biotecnológica, Perplexidade Humana e Prospectiva Jurídica Inquietante. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, n. 21, 2002. p. 109.

⁷⁰ JONAS, Hans. **Técnica, medicina e ética: la pratica del principio de responsabilidad**. Barcelona: Paidós, 1997. p. 11-16.

⁷¹ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no direito civil-constitucional brasileiro. In: _____. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 37.

Inicialmente, muitas práticas que poderiam colaborar para a diminuição permanente da integridade física, como a prática de esportes radicais ou lutas, são aceitas comumente pela sociedade, inseridas num contexto de adequação social. Outras, que em determinadas épocas ou lugares poderiam ser consideradas contrárias aos costumes sociais (denominados “bons costumes”), como, por exemplo, tatuar o corpo, e violá-lo com objetos (tais como brincos e *piercings*) também já se incorporaram, tornando-se práticas comuns.

Os próprios costumes, assim, numa sociedade democrática e plural, são variáveis, e devem ser analisados à luz dos preceitos constitucionais, em especial do princípio da dignidade, sob pena de inconstitucionalidade.⁷² Pode-se afirmar, portanto, que o próprio termo “bons costumes” é remanescente de fundamentos religiosos que atualmente não encontram mais guarida em um estado laico, plural e democrático.

Até porque tais práticas podem, e devem, ser consideradas manifestações do livre desenvolvimento da personalidade, e reprimi-las seria contrariar o princípio da dignidade da pessoa humana, desde que, obviamente, não importem em diminuição da integridade física.⁷³

Finalmente, cumpre salientar sobre o primeiro parâmetro, qual seja, a exigência médica. Quando se analisa, em especial, o caso dos transexuais, é imprescindível a compreensão de que sua pretensão em relação à intervenção cirúrgica é no sentido de harmonização de seu corpo e de sua mente. Difere, portanto, da cirurgia reparadora de órgãos — caso dos intersexuados, que sofrem de má-formação congênita ou, ainda, dos casos em que há diferenciação genital.⁷⁴

O direito à vida e à integridade física, além de intimamente relacionados, também dizem respeito ao direito à saúde, que está, por sua vez, associado ao direito à integridade

⁷² KONDER, Carlos Nelson. O consentimento no biodireito: os casos dos transexuais e dos wannabes. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, n. 15, jul./set., 2003. p. 63.

⁷³ Neste caso, Konder menciona a situação dos *wannabes*, pessoas que se identificam pelo desejo compulsivo de amputarem um membro específico de seu corpo. Até pouco tempo isolados com suas vontades, os *wannabes* encontraram na internet uma forma de compartilharem esse desejo, e a lista de pessoas que o expressam conta com três mil integrantes. *Ibid.*, p. 63-65.

⁷⁴ KLABIN, Aracy Augusta Leme. Transexualismo. In: **Revista de Direito Civil**, v. 17, p. 27-49, 1981, p. 32.

psíquica, envolvendo o bem estar do indivíduo, tanto em relação ao seu corpo físico como no que diz respeito à sua mente, com o quê devem ser observados.⁷⁵

A integridade psíquica é entendida por grande parte da doutrina como uma subdivisão da integridade física, sendo reconhecida, conseqüentemente, como um direito da personalidade. Existe, neste sentido, um dever geral da coletividade de respeitar a psique das pessoas, sendo defeso lhes causar dano. Assim, somente quando respeitadas a integridade física e psíquica do indivíduo estaria sendo respeitado o homem por inteiro, ou seja, a sua integridade psicofísica.⁷⁶

Portanto, além da adaptação do seu sexo biológico ao seu sexo psíquico, busca-se, principalmente, o direito à saúde, podendo o indivíduo exigir do poder público e da sociedade o seu provimento em direção ao bem estar, de forma a garantir-lhe o livre desenvolvimento de sua personalidade e assegurar-lhe a dignidade humana.⁷⁷ Nessa linha, a integridade física do transexual estaria garantida.

Assim, diante do caso concreto, quando, por exemplo, um paciente terminal busca o direito de morrer com um fim digno, não há que se falar em perda da dignidade. Da mesma forma, quando um transexual busca a harmonização do seu corpo e de sua mente, não há que falar-se em violação da integridade física mas, ao contrário, em proteção do direito à vida e à dignidade.

4.1.4.2. Direito à vida privada e direito à honra

O art. 5º, inciso X da Constituição Federal declarou invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. A doutrina também entende haver diferentes situações em que se deveria proteger, separadamente, a vida privada, o segredo, a

⁷⁵ CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo** (intersexualidade, transexualidade, transplantes). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 87.

⁷⁶ Ibid., p. 87.

⁷⁷ Ibid., p. 81.

intimidade⁷⁸, a imagem⁷⁹, a captação e divulgação da própria voz, etc. Neste estudo, contudo, serão todos tratados como “vida privada” de uma forma ampla.

O direito à vida privada advém, sem dúvida, do direito à vida. Pode ser entendido como a capacidade que cada pessoa tem de resguardar a paz e a tranqüilidade a uma parte de sua vida, exatamente aquela parte que não está relacionada com uma atividade pública.⁸⁰ É, assim, “o direito de viver a sua própria vida em isolamento, sem ser submetido a uma publicidade que não provocou e nem desejou”.⁸¹

Além disso, vida pública não quer dizer estritamente vida política, mas a parte social da vida do homem, aquela que o põe em contato com seus semelhantes, a vida relacional, vida profissional, vida exterior. Vida privada, ao contrário, é a vida familiar, pessoal e espiritual do homem, ou seja, “aquela que leva quando vê atrás de si a porta fechada”.⁸²

É possível afirmar que a esfera privada relaciona-se etimologicamente com privação. O privado está escondido da vista, além dos sentidos de vergonha e imperfeição, ou seja, implica excluir do público aspectos corporais e afetivos pessoais.⁸³ Entretanto, em tempos em que a tecnologia, a comunicação e até o próprio comportamento da sociedade flexibilizam a permissão e/ou violação da vida privada, não é impossível conceber uma certa amenização.

⁷⁸ A proteção à intimidade não quer dizer apenas proteger aquilo que é íntimo, especialmente para indivíduos que se relacionam em uma sociedade extremamente tecnológica. No que diz respeito a este tema, por exemplo, são diferentes os aspectos protegidos pelo direito estadunidense, que é bastante amplo, pelo direito alemão, que distingue as esferas privada, confidencial e do segredo, e pelo direito brasileiro, mais próximo do direito tedesco, em que a proteção a esses direitos estão assentados na recente Constituição. Ressalta-se, porém, que no direito americano, a “privacy” é acentuada e decorre da cultura e tradição daquele povo. Diferente é o que acontece no Brasil, onde as pessoas não têm a informação necessária dos direitos que possuem. FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1996. p.113.

⁷⁹ De acordo com David Araujo, a imagem passou a ter maior importância a partir do desenvolvimento tecnológico do século XX, podendo ser considerada, inicialmente, manifestação da intimidade, da honra, ou, ainda, da própria fisionomia (imagem-retrato). O constante desenvolvimento tecnológico, que popularizou avançados equipamentos de alta resolução e transmissão via satélite, aliado às transformações da sociedade fez surgir, segundo o autor, uma nova concepção de imagem (imagem-atributo), que não se vincula com a honra, mas que está ligado ao conceito social e que, fundamentalmente, exigiu maior proteção, não só na legislação infraconstitucional, mas especialmente no plano da Constituição. ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996., p. 22.

⁸⁰ SZANIAWSKI. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual: estudo sobre o transexualismo – aspectos médico e jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 120.

⁸¹ JABUR, Gilberto H. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 254.

⁸² FERNANDES, Milton. Proteção civil da intimidade. **Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais**. Belo Horizonte, v. 2, 1996.

⁸³ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 68.

Em relação à imagem, por exemplo, se antigamente só podia ser captada através de retrato, o que pressupunha o consentimento do retratado,⁸⁴ pode-se dizer que, atualmente, se vive numa sociedade vigiada. As câmeras de vigilância em edifícios comerciais, residenciais, empresas, aeroportos, além da exposição proposital na internet, em sites de relacionamentos ou diários eletrônicos revelam uma “aceitação” tácita e natural dessa exposição, ou seja, é uma prática amplamente aceita em todos os níveis.

Nesse sentido é que Araujo entende que a imagem não é parte integrante do direito à vida privada ou à intimidade. Para ele, uma pessoa pode ter sua imagem desprotegida sem que haja violação de sua intimidade ou de sua vida privada, de sua honra ou identidade. Dar à imagem a mesma proteção que se daria à intimidade seria tratar do tema de forma insuficiente, omissa, incompleta, e, conseqüentemente, injusta.⁸⁵

Entretanto, deve-se ressaltar que não se pode correr o risco de, por conta dos recursos da tecnologia, presumir que as pessoas são objeto constante de vigilância alheia. Isto seria renunciar a privacidade e o direito de conservar determinados assuntos e situações num âmbito mais restrito. Além disso, a constante criação de novos meios tecnológicos só colaboraria para a banalização da necessidade de proteger a personalidade do homem e para o conformismo proveniente do determinismo tecnológico, no qual valeria o aforismo: “tudo que é possível, será feito”.⁸⁶

Não obstante, embora o debate seja sempre interessante, especialmente em vista do já destacado desenvolvimento tecnológico — que permite a captação de imagens e sons com excelente definição, além dos meios que facilitam sobremaneira a comunicação *on-line* de dados —, a complexidade da vida vai além da discussão entre imagem e privacidade ou e sobre o papel da imprensa e dos meios de comunicação na vida das pessoas. Cabe, também, ao direito, atentar ao momento e à cultura no qual está inserido e, além da função

⁸⁴ ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 21.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 22.

⁸⁶ LEWICKI, Bruno. Realidade refletida: privacidade e imagem na sociedade vigiada. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, n. 27, p. 211-219, jul./set., 2006. p. 213.

apaziguadora, promover a transformação social de acordo com os objetivos constitucionalmente acertados pela comunidade.⁸⁷

Não existem, pois, fórmulas para a proteção da vida privada. É certo, porém, que a vida privada está relacionada a uma esfera íntima, que deve ser respeitada, resguardando-se a liberdade de realização da vida em todos os sentidos, sem perturbação de terceiros, em estreita relação com a honra.⁸⁸

Por sua vez, o direito à honra está intimamente relacionado às noções de dignidade, de moralidade, de auto-estima, de integridade, de auto-respeito e de respeito aos outros, todas também intrinsecamente ligadas ao dever e ao valor da moralidade, conforme já havia assinalado Kant.⁸⁹ Afinal, o sentimento ou consciência da dignidade pessoal, “representa uma fonte de elevada satisfação espiritual”.⁹⁰

Está relacionado ainda, com o direito que cada pessoa tem, se assim o desejar, de ser bem visto pela e na sociedade.⁹¹ A tutela jurídica, portanto, alcança a “reputação ou consideração social a cada pessoa devida”.⁹²

Essa “boa fama” da pessoa é, na realidade, condição imprescindível para que possa se relacionar socialmente. Daí porque está protegida materialmente tanto na esfera civil quanto na penal⁹³, já que ofensa à honra importa em diminuição do respeito devido a cada um.⁹⁴

Independentemente da proteção legal em si, não se pode olvidar que toda manifestação de ofensa à honra fere um direito de toda a pessoa, na medida em que arranha a dignidade pessoal. O ataque a honra é, assim, última análise, uma agressão à dignidade pessoal.

⁸⁷ Lewicki cita casos recentes e controvertidos sobre o direito à privacidade envolvendo principalmente pessoas famosas, como, por exemplo, a publicação de biografia sobre a vida do jogador de futebol Garrincha, que ia além das quadras, ultrapassando o “limite da confidencialidade”, e necessitando, neste caso, de autorização dos herdeiros, visto que o atleta já morreu. LEWICKI, Bruno. Realidade refletida: privacidade e imagem na sociedade vigiada. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, n. 27, jul./set., 2006. p. 211-219.

⁸⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1996. p.204.

⁸⁹ KANT, Immanuel. **Fundamentos da Metafísica dos Costumes**. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 1990. p. 43.

⁹⁰ DE CUPIS, Adriano. **Os Direitos da Personalidade**. Campinas: Romana, 2004. p. 122.

⁹¹ *Ibid.*, p. 122.

⁹² *Ibid.*, referindo Carlos Alberto Bittar. Tratado de Direito Privado. p. 125.

⁹³ A lei penal intervêm nos casos de ofensa a honra, através da punição aos crimes de injúria e difamação, arts. 594 e 595 do Código Penal Brasileiro.

⁹⁴ DE CUPIS, Adriano. *Op. Cit.*, 2004. p. 122.

Ressaltou De Cupis um interessante aspecto que, adiante, reflete-se nos transexuais, qual seja, a de que a honra pode ser ofendida em muitos aspectos, entre eles com a atribuição de ofensa às características físicas das pessoas, assim como de determinada posição que a pessoa ocupa na sociedade.⁹⁵ E as questões que envolvem temas como sexualidade, como é o caso dos transexuais, estão sempre passíveis de escrutínio moral. Atrelado a isso está o desinteresse na inclusão dessa parcela da população e a compreensão negativista da diversidade sexual, afastando-a ainda mais das oportunidades sociopolíticas de garantir uma vida digna.⁹⁶

4.1.4.3 O direito à liberdade e à autonomia: necessária ponderação sobre a sua (in)disponibilidade

A par das concepções filosóficas sobre a liberdade, notadamente em relação ao alcance da liberdade do homem (uma vez que também se relaciona com necessidade e contingência⁹⁷), pode-se afirmar que a liberdade é um dos primeiros atributos da vida humana, de modo que os demais daí são desenvolvidos e amoldados.⁹⁸ Assim, o bem da liberdade segue imediatamente os bens da vida e da integridade física, pois a liberdade sempre foi um dos mais altos fins dos esforços e das aspirações humanas.⁹⁹

O evidente, portanto, é a relação da liberdade com o agir humano, podendo ser entendida como o poder que tem o homem de tomar atitudes em busca de seu desenvolvimento e da realização de sua dignidade.¹⁰⁰

⁹⁵ DE CUPIS, Adriano. **Os Direitos da Personalidade**. Campinas: Romana, 2004. p. 122.

⁹⁶ Em ensaio sobre a diversidade sexual segundo o cotidiano de travestis, os pesquisadores Alessandro Soares e Renato Barboza aduzem que falar sobre esses temas significa romper com a lógica binária e homogeneizadora de homem/mulher, feio/bonito, homo/hetero que, além de tudo, é deslegitimadora da diferença. SOARES, Alessandro; BARBOZA, Renato. Negar direitos ao coletivo LGBT não é um ato de poder de traços patriarcais? **Revista do Instituto Humanitas Unisinos**. São Leopoldo: Unisinos, ano 6, n. 199, out., 2006.

⁹⁷ CHAÚÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. Ática: São Paulo, 2006. p. 331.

⁹⁸ JABUR, Gilberto H. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada**: conflitos entre direitos da personalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 139.

⁹⁹ DE CUPIS, Adriano. Op. Cit., 2004, p. 105.

¹⁰⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 227.

Interessa evidenciar que é com fundamento na dignidade da pessoa humana que se permite contemplar espaços de liberdade em meio à solidariedade social. Nessa linha, para Moraes, a medida de aplicação da dignidade é justamente,

a ponderação a ser feita em cada caso, entre liberdade e solidariedade, termos que *stricto sensu*, são considerados contrapostos. De fato, a imposição de solidariedade, se excessiva, anula a liberdade; a liberdade desmedida é incompatível com a solidariedade. Todavia, quando ponderados, seus conteúdos se tornam complementares: regulamenta-se a liberdade em prol da solidariedade social, isto é, da relação de cada um com o interesse geral, o que, reduzindo a desigualdade, possibilita o livre desenvolvimento da personalidade de cada um dos membros da comunidade.¹⁰¹

Além disso, relaciona-se, com a autonomia privada, sempre visando o livre desenvolvimento da personalidade.

Dessa forma, a autonomia privada não deixa de ser uma manifestação da liberdade. Em tempos de liberalismo, já foram considerados sinônimos, pois diante do patrimonialismo e do individualismo o homem gozava de amplo poder para dispor de seus bens da forma que bem lhe conviesse, mesmo que isso significasse o prejuízo de seus semelhantes. É que o indivíduo proprietário e contratante, individualmente considerado, “era completamente desvinculado do tecido social que o envolvia”.¹⁰²

Essa liberdade reflete-se, também, na autonomia como possibilidade de o ser humano determinar-se como ser racional, como sustentou Kant: autonomia é autolegislação pela razão.¹⁰³ Nessa quadra apoiou-se a construção da dignidade humana como valor inerente à condição humana.

¹⁰¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e Direito Civil: tendências. **Revista dos Tribunais**, ano 89, v. 779, set., 2000. p. 59.

¹⁰² MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro, Renovar, 2003. p. 102/103.

¹⁰³ NOUR, Soraya. Verbete autonomia. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 77.

Não obstante, a idéia de dignidade da pessoa humana perpassa pela concretização histórico-cultural, sob pena da tão necessária perspectiva relacional do ser com os demais membros da comunidade ser completamente desconsiderada.¹⁰⁴

Outrossim, o direito à liberdade, como direito de personalidade, também está associado ao direito de dispor do próprio corpo. Diante das possibilidades permitidas pelo avanço das ciências médicas reconhece-se, ao mesmo tempo, a possibilidade de disposição do próprio corpo, desde que tal prática não atente contra a dignidade do titular do direito.¹⁰⁵

Reconhece-se certa alteração na concepção de liberdade, especialmente em vista de que, em maior ou menor medida, nunca deixando de lado a regra sobre a “não-instrumentalização” do ser humano, poderá preponderar a liberdade quando se tratar da saúde, física e psíquica, ou de sua participação em qualquer experiência científica.¹⁰⁶

Na realidade, não se pretende mensurar diferentemente a liberdade individual ou a solidariedade, mas compreender que o princípio a ser alcançado é o da dignidade da pessoa humana. O “limite dos limites”, ou seja, a medida de ponderação que ora vai apontar para a liberdade individual; ora para a solidariedade, não é fácil de ser encontrada em caso de colisão, suscitando acaloradas discussões na doutrina. O que se acredita ser o último limite é a análise do caso concreto, sem descurar que quando há responsabilidade perante terceiros, a balança poderá pender para a solidariedade. Ao contrário, quando estiver em jogo a vida privada, a liberdade deve ser preservada. Ao fim e ao cabo, o respeito à pessoa e sua dignidade devem ser o mote de uma democracia pautada na valorização da pessoa.¹⁰⁷

¹⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 47.

¹⁰⁵ Quando trata das experiências com seres humanos, após toda a análise que o tema requer, como, por exemplo, o enfrentamento de questões sobre o sacrifício, sobre a questão da saúde como bem público, sobre a investigação médica como premissa do “progresso”, sobre o consentimento, entre outros correlatos, Hans Jonas ensina que o objetivo do progresso não pode ser erradicar a mortalidade. Cada pessoa morrerá desta ou aquela doença. Nossa condição mortal pesa sobre nós com sua dureza, mas também com sua sabedoria, porque sem ela não haveria a eterna nova promessa de frescor, originalidade e juventude; nenhum de nós sentiria o impulso de contar nossos dias e fazê-los contar. Com todo nosso esforço por arrancar a mortalidade, devemos saber levar seu peso com paciência e dignidade. JONAS, Hans. **Técnica, medicina e ética: La practica del principio de responsabilidad**. Barcelona: Paidós, 1997.

¹⁰⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e Direito Civil: tendências. **Revista dos Tribunais**, ano 89, v. 779, set., 2000. p. 59-60.

¹⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit., 2007, p. 90. Em um Estado Democrático de Direito o tema da colisão de direitos é sempre relevante. Um típico operador do direito não teria maiores problemas com tal questão, ao aplicar um tipo de raciocínio silogístico tradicional. Entretanto, a paradigmática mudança operada a partir do

Assim, em que pesem as restrições estabelecidas pela própria humanidade, que aceita o “contrato” para viver socialmente, para o presente estudo importa o fato de que o homem, além de destinatário de direitos subjetivos, também é livre para ter direito à participação, à expressão, à formação de opinião, à escolha e, fundamentalmente, a uma vida digna.

4.1.4.4 O Direito ao nome (identidade pessoal)

Pode-se dizer, sinteticamente, que a grande angústia de um transexual diz respeito a sua identidade. O transexual não identifica seu sexo psíquico com seu sexo biológico, não identifica o nome que passou a adotar com o nome que consta em seu registro que, conseqüentemente, não condiz com sua aparência. A necessidade de adaptação do nome, para sua correta identificação, portanto, é imperativa.

O nome é elemento designativo da pessoa e fator de sua identificação na sociedade, na medida em que individualiza a pessoa, contribuindo para a indicação de sua procedência familiar. É parte do direito à identidade pessoal, necessário justamente para que as pessoas se distingam umas das outras nas relações pessoais e, também, perante o Estado.¹⁰⁸

Para reafirmar direito tão essencial, Moraes lembrou a experiência de Primo Levi quando prisioneiro em Auschwitz, durante o Holocausto:

Meu nome é 174.517; fomos batizados e carregaremos até a morte a marca tatuada no braço. A operação foi levemente dolorosa e extraordinariamente rápida: fomos colocados todos numa fila, e um a um, segundo a ordem alfabética de nossos nomes, passávamos na frente de um hábil funcionário que tinha uma espécie de punção (ferramenta) com uma agulha muito curta. Parece que esta era a verdadeira iniciação: somente “mostrando o número” se recebia o pão e a sopa. Foram necessários vários dias e muitas bofetadas e socos para que nos acostumássemos a mostrar o número prontamente, de maneira a não dificultar as quotidianas operações de distribuição da comida; foram necessárias semanas e meses para aprender o

momento em que se compreendeu que as normas jurídicas em geral não são suficientes para todas as situações sobre as quais incidem, operada a partir da ascensão dos princípios, também descortinou o tema da colisão entre princípios ou direitos fundamentais, para o qual se lança mão da ponderação aliada aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista Trimestral de Direito Civil**, ano 4, v. 16, out/dez., 2003. p. 60-71.

¹⁰⁸ DE CUPIS, Adriano. **Os Direitos da Personalidade**. Campinas: Romana, 2004. p. 179.

relativo “som” em língua alemã. E por muitos dias, quando o costume adquirido nos tempos livres me levava a procurar a hora no relógio de pulso, aparecia ironicamente meu “novo nome”, o número recamado em marcas azuis sobre a epiderme.¹⁰⁹

O nome, pois, é uma das manifestações do direito à identidade pessoal, ao lado do direito ao pseudônimo, do direito ao título e do direito ao signo figurativo. Admite-se que, além do nome, a pessoa ainda pode se identificar por um apelido público e notório,¹¹⁰ por identificação proveniente de títulos científicos, militares, entre outros, e pelo uso de brasões.¹¹¹

O Estado, por seu turno, tem igual interesse na identificação dos indivíduos pelo nome, na medida em que passa a conhecer, com exatidão, os integrantes da sociedade. Não por outra razão, o ordenamento jurídico confere ao nome proteção especial, assegurando-lhe, por decorrente do direito da personalidade, a todos os indivíduos: “toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome”.¹¹²

No sistema registral adotado no Brasil, a composição do nome dá-se pela livre escolha do prenome — desde que não cause constrangimentos — seguido pelo último patronímico materno e pelo último paterno, a fim de possibilitar a perfeita identificação dos troncos familiares.¹¹³

Dessa forma, realiza-se o bem da identidade, que também é um modo de ser moral da pessoa. O nome e o sobrenome, ao tempo em que permitem a identificação da pessoa perante

¹⁰⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. A tutela do nome da pessoa humana. **Revista Forense**, n. 364, nov./dez., 2002. p. 217.

¹¹⁰ Expressão constante na Lei dos Registros Públicos, art. 58.

¹¹¹ FONSECA, Antonio Cezar Lima da. Anotações aos direitos da personalidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 715, maio, 1995. p. 51. Adverte De Cupis, outrossim, que a imagem também exerce a função de identificar, individualizar e distinguir a pessoa. Além disso, a voz e alguns acontecimentos da vida, no caso de algumas pessoas, também merecem proteção e resguardo, como visto anteriormente. DE CUPIS, Adriano. **Os Direitos da Personalidade**. Campinas: Romana, 2004. p. 180.

¹¹² Os artigos 17, 18 e 19 do Novo Código Civil também fazem referência ao nome.

¹¹³ Esta “ordem” no registro do nome não segue regra fixa, especialmente em vista do dinamismo nas relações pessoais, que admitiu a inclusão do nome da mãe após o do pai, fundamentados no princípio da igualdade. Ainda, separações e divórcios, situações de abandono dos pais, inclusão do patronímico materno suprimido quando do nascimento, registro de nascimento incompleto, entre outros, são motivos que permitem a retificação do registro civil, conforme comprovam as decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Apelações cíveis n.ºs 70021581574, 70020841466 e 70020347563). Moraes, entretanto, reconhece que o nome tem a condição de conferir a criança um “lugar” dentro de uma linhagem, permitindo, através do direito, o espaço necessário para que a criança construa sua identidade psíquica. MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. Cit., 2002, p. 219.

o Estado e a sociedade, são bens pessoais. Não se prestam, todavia, a uma imediata utilidade de ordem econômica, mas consistem numa importante manifestação da personalidade.¹¹⁴

O nome permite, ainda, a designação de gênero, ou seja, a escolha do nome seguramente obedecerá, além de critérios pessoais estabelecidos (usualmente dos pais), também o sexo físico da pessoa.¹¹⁵ Está atrelado, portanto, a todos os outros direitos acima destacados, já que possibilita seu exercício, especialmente considerando a necessidade de não se pairarem dúvidas a respeito da identidade de quem os pratica.

Resta referir, por fim, que a proteção a esses direitos, nos seus mais variados aspectos e dimensões, consiste na própria concretização da dignidade da pessoa humana. Para tanto, algumas características por vezes consideradas absolutas também foram, de certa forma, relativizadas, especialmente diante das circunstâncias concretas, a fim de resguardar justamente a dignidade. O reconhecimento legal desses direitos é estritamente a proteção ao indivíduo amplamente considerado, ou seja, na sua dignidade, com todas as suas potencialidades, inquietudes e dimensões.¹¹⁶ Esta tutela também representa um avanço e um compromisso da sociedade em erguer e estruturar o direito sobre a noção concreta de pessoa.¹¹⁷ Afinal, como produto cultural, o direito só pode ser na, da e para a pessoa.

Nessa proposta, a pessoa humana, deixada à margem pelas codificações do passado — nas quais predominavam os institutos clássicos hoje insuficientes às novas demandas da sociedade — passa a encontrar guarida a partir da nova ordem constitucional. Este movimento que, de certa forma, realoca a pessoa, segue uma proposta que envolve repensar as teorias e as ciências, mas, além disso,

[...] articula-se com o surgimento de um novo constitucionalismo, visceralmente comprometido, especialmente em países de capitalismo periférico como o Brasil,

¹¹⁴ DE CUPIS, Adriano. **Os Direitos da Personalidade**. Campinas: Romana, 2004. p. 184.

¹¹⁵ Ver item 2.1.3

¹¹⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. Recusa à realização do Exame de DNA na Investigação de Paternidade e Direitos de Personalidade. In: BARRETO, Vicente (Org.). **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 169-194.

¹¹⁷ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Renovar: Rio de Janeiro, 1998. p. 50-55.

com a transformação da sociedade e com o aprimoramento da dimensão republicana e comunitária.¹¹⁸

Essas concepções serão, a partir de agora, observadas concretamente, ou seja, levando-se em conta as demandas dessa sociedade plural, na qual estão presentes os transexuais, com todas as suas angústias e pretensões na busca por um espaço.

4.2 O (NOVO) SUJEITO DE DIREITOS E A SITUAÇÃO JURÍDICA DOS TRANSEXUAIS: O RECONHECIMENTO DA PLURALIDADE

Ao analisar-se o sujeito de direito em meio a estes fenômenos, pondera-se novamente que o Direito Civil é criado num determinado momento histórico para vigorar eternamente, sem considerar a evolução da sociedade que, ao avançar e se modificar, começa a se chocar com conceitos não mais aplicáveis.

No entanto, a passagem do Direito Civil tradicional para o Direito Civil contemporâneo conduziu a mudança nessa concepção de sujeito abstrato. Agora, é a pessoa quem movimenta os bens, coisas ou interesses. Por trás desse movimento figuraram e figuram correntes filosóficas e ideológicas que colaboraram na convergência da Constituição como centro unificador do ordenamento.¹¹⁹

De acordo com Silva Filho, no cenário contemporâneo são muitas as situações e aspectos reais que ficam de fora dos recortes funcionais e abstratos da teoria jurídica, e que só serão percebidos na dimensão concreta da existencialidade.¹²⁰ Nesse contexto, tomando-se como exemplo a situação dos transexuais, é constrangedor ter a aparência característica de um

¹¹⁸ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. A repersonalização do direito civil em uma sociedade de indivíduos: o exemplo da questão indígena no Brasil. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. et al. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. São Leopoldo: Unisinos, 2008.

¹¹⁹ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 75.

¹²⁰ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Op. Cit., 2008.

sexo e ser identificada, através da análise de seus documentos, como pertencente ao sexo contrário. Tal constatação, no entender de Szaniawski, “é a mais tormentosa das situações”.¹²¹

Para tanto, tem-se que a cirurgia consistiria no primeiro passo para o processo de inclusão do transexual. Em seguimento, virá a questão da alteração do nome.

A lei especial (Lei 6.015/73, com as alterações da Lei 9.708/98) limita a possibilidade de alteração no assento de nascimento. A lei não incluiu a pretensa alteração de nome e sexo em virtude da cirurgia de transgenitalização.¹²² Tampouco constou no novo código civil qualquer nota condizente ao tema da transexualidade, apenas mencionando, nos arts. 13 e 15, a disposição sobre o próprio corpo, sem mencionar a questão da cirurgia de transgenitalização.

Aliás, o novo código deixou a desejar no que diz respeito as demandas da sociedade atual. Em relação aos direitos da personalidade, deixou de aludir sobre a cláusula geral de proteção à pessoa consagrada na Constituição de 1988.

Não obstante, já houve projetos de leis sobre a redesignação sexual, tanto no que diz respeito à licitude das cirurgias como em relação à alteração de nome e sexo no assento de nascimento. Abre-se um parênteses, portanto, para que se demonstre, em grandes traços, quais foram as propostas até agora apresentadas:

O primeiro projeto de lei (número 1.909-A) foi de autoria do Deputado José Coimbra, e propunha a regulamentação da cirurgia do transexual, entendida como a única forma de minimizar seus problemas, incluindo-o na sociedade. Tal projeto foi vetado pelo Presidente da República João Batista Figueiredo, fundamentado em pareceres do Ministério da Saúde absolutamente equivocados no que diz respeito ao conhecimento científico do assunto.

¹²¹ SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual**: estudo sobre o transexualismo – aspectos médico e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 116.

¹²² Ibid., p. 117.

Houve, no ano de 1985, proposta de regulamentação de autoria do Deputado Bocayuva Cunha (de número 5.789), que propunha alteração no art. 129 do Código Penal, com o acréscimo de um parágrafo, que teria a seguinte redação:

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: (...) Parágrafo nono: Não constitui fato punível a ablação de órgãos e partes do corpo humano, quando considerada necessária em parecer unânime de junta médica e precedida de consentimento expresso do paciente maior e capaz.

De acordo com este projeto, a Lei 6.015/73 também sofreria alterações. No art. 29, haveria a inclusão de um inciso, determinando que fossem passíveis de registro as sentenças que decidissem acerca da mudança de sexo e alteração do prenome, dispondo, ainda, sobre a alteração do nome em virtude de cirurgia de mudança de sexo, com o que se alteraria o seu art. 59, parágrafo único.

Tal projeto representa, sob a ótica de Szaniawski, um significativo avanço no que diz respeito ao tratamento que merecem os transexuais na tentativa de solucionar seus problemas. Além de afastar as sanções penais em relação à cirurgia realizada em transexual, o projeto oferece a possibilidade de mudança do *status* sexual e do prenome do indivíduo no assento de nascimento, a fim de que o redesignado possa participar da sociedade à qual pertence sem qualquer constrangimento, pondo fim às controvérsias sobre a possibilidade de alteração de prenome, provocadas pela atual legislação.

No entanto, o projeto do Deputado Bocayuva foi arquivado em 1º de fevereiro de 1987, nos termos do art. 116 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, que reza: “Finda a legislatura, arquivar-se-ão todas as proposições que no seu decurso tenham sido submetidas à deliberação da Câmara e ainda se encontrem em tramitação, bem como as que abram crédito suplementar, com pareceres ou sem eles, salvo as: I – oferecidas pelo Poder Executivo ou Judiciário; II – com parecer favorável de todas as Comissões; III – já aprovadas em primeira discussão; IV – que tenham tramitado pelo Senado, ou dele originárias”.

O terceiro projeto foi apresentado pelo Deputado Antônio de Jesus em 17 de novembro de 1992 e, após tramitar pela Comissão de Constituição e Justiça, foi encaminhado

ao relator, o então Deputado Reditário Cassol, que, por seu turno, e diante da constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa do projeto, emitiu parecer favorável. Em 2 de fevereiro de 1995 foi, entretanto, arquivado, com fundamento no art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. O arquivamento foi positivo, já que vedava a alteração do prenome em casos de indivíduos que sofressem intervenção cirúrgica para mudança do sexo, o que representaria uma involução em relação à proteção dos direitos humanos e do exercício da cidadania.

O quarto projeto, também de autoria do Deputado José Coimbra (tombado sob o número 70-B de 1995), prevê alterações nos arts. 129 do Código Penal e no *caput* do art. 58 da Lei 6.015/73. O art. 129 do Código Penal determinaria a exclusão do crime de lesões corporais quando a cirurgia fosse realizada com a finalidade de alterar o sexo do indivíduo maior e capaz, desde que esta fosse precedida de todos os exames necessários e de parecer unânime de junta médica. O art. 58 da Lei dos Registros Públicos teria, por seu turno, a seguinte redação:

O prenome será imutável, salvo nos casos previstos neste artigo. Parágrafo primeiro. Quando for evidente o erro gráfico do prenome, admite-se a retificação, bem como a sua mudança mediante sentença do juiz, a requerimento do interessado, no caso do parágrafo único do art. 55, se o oficial não houver impugnado. Parágrafo segundo. Será admitida a mudança do prenome mediante autorização judicial, nos casos em que o requerente tenha se submetido à intervenção cirúrgica destinada a alterar o sexo originário. Parágrafo terceiro. No caso do parágrafo anterior, deverá ser averbado ao registro de nascimento e no respectivo documento de identidade ser a pessoa transexual.

O projeto foi encaminhado à Comissão de Constituição e Justiça, nomeando-se relator o Deputado Régis de Oliveira. Seu parecer foi aprovado por unanimidade. Entretanto, o relator insurgiu-se contra parte do projeto, no que diz respeito a determinação da averbação obrigatória nos documentos de um transexual operado, fazendo constar a palavra “transexual”, o que representaria, no seu entendimento, uma mácula, que seguiria a pessoa por toda a vida. Sugeriu, no entanto, a seguinte redação:

Art. 58. (...) parágrafo terceiro. No caso do parágrafo anterior, deverá ser averbado no assento de nascimento o novo prenome, bem como o sexo, lavrando-se novo registro” Foi acrescentado, ainda, pela Comissão, o parágrafo quarto ao art. 58 da

Lei 6.015/73. “Art. 4. É vedada a expedição de certidão, salvo a pedido do interessado ou mediante determinação judicial.

A esse projeto de lei e suas propostas de alteração foi apensado, ainda, o Projeto de Lei que levou o número 5.872/2005, de autoria do Deputado Elimar Máximo Damasceno, sugerindo a proibição da mudança de nome em casos de transexualismo, da seguinte forma:

Art. 1º Esta lei proíbe a mudança de prenome em casos de transexualismo, acrescentando parágrafo ao art. 58 da Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973 – Lei de Registros Públicos, e renumerando o atual Parágrafo único para § 1º. Art. 2º A Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973 – Lei de Registros Públicos, passa a vigorar com a seguinte redação: Art. 58, .§ 1º A substituição do prenome será ainda admitida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente da colaboração com a apuração de crime, por determinação, em sentença, de juiz competente, ouvido o Ministério Público. § 2º. Não se admitirá a mudança de prenome em casos de transexualismo. NR.

Tal proposta foi apresentada e justificada mas, não obstante, corre na contramão do que se pretende demonstrar, ou seja, de que a cirurgia de transgenitalização não é mutiladora e que a retificação de nome é imprescindível para a correta identificação do transexual operado.

Recentemente, em 18 de março de 2008, outro projeto foi apenso ao PL 70/95. Trata-se de proposição que prevê a criação da possibilidade das pessoas que possuem orientação de gênero travesti, masculino ou feminino, utilizarem ao lado do nome e prenome oficial, um nome social, o que seria acrescentado ao art. 58 da Lei dos Registros.

Os projetos, vale dizer, encontram-se na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados. Assim, não há, ainda, legislação específica possibilitando, limitando ou prevendo as hipóteses de alteração do estado sexual decorrentes da terapia cirúrgica.¹²³

Todavia, existem posições na doutrina e na jurisprudência no sentido de permitir a redesignação, tanto no que respeita ao nome quanto ao estado sexual, desde que respeitadas algumas observações.

¹²³ SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual**: estudo sobre o transexualismo – aspectos médico e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 193-207.

Assim, quanto aos transexuais, o pedido de retificação de assento registral comporta dupla análise: no que respeita à alteração do prenome, para que conste o apelido utilizado pelo transexual desde que assumiu a identidade do sexo oposto, e no tocante à retificação do sexo, em virtude do ato cirúrgico realizado.

Quanto à alteração do prenome, a Lei dos Registros Públicos, embora entenda como permanente, permite sua mudança, desde que por exceção e motivadamente, quando sujeita o titular a exposição ao ridículo, autorizando, ainda, de acordo com a novel redação do art. 58, a substituição por apelidos públicos e notórios.

Assim, tem-se que a interpretação em relação a esta regra não é absoluta, tanto que a jurisprudência tem entendido pela adequação do estado sexual e do nome do indivíduo no registro civil. Essa permissão de adequação encontra fundamento no próprio conceito e na finalidade jurídica do nome.¹²⁴

No caso dos transexuais, desde que assumiu identidade característica de seu sexo psíquico, é conhecido pelo prenome que pretende adotar, encontrando, portanto, o permissivo legal, baseado no art. 58 da Lei dos Registros Públicos, sob o fundamento de ser apelido público e notório.

No que diz respeito à alteração do sexo, todavia, não há qualquer suporte legal.

A doutrina, diante desse quadro, apresenta alguns fundamentos controversos acerca da alteração do estado sexual do indivíduo. De um lado há os que negam a admissibilidade de alteração de nome e sexo no Registro Civil, e, de outro, os que aprovam a alteração no sentido de que a mudança cirúrgica do sexo caracteriza-se um caso excepcional motivador da alteração.

Desse modo, devido à lacuna legal associado às divergências doutrinárias existentes sobre o tema, não raro em um debate centrado no mero legalismo, deve-se ir além. Afinal, com a Constituição Federal, instituiu-se uma nova concepção de Estado, de sociedade e,

¹²⁴ Recusa à realização do Exame de DNA na Investigação de Paternidade e Direitos de Personalidade. In: BARRETO, Vicente (Org.). **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 49.

também, uma redefinição do papel da jurisdição. Conseqüentemente, os direitos decorrentes da personalidade passaram a ser imprescindíveis à própria convivência social, não podendo passar à ilharga do poder judiciário pela simples ausência de texto legal infraconstitucional.¹²⁵

Mais do que nunca, então, no caso dos transexuais, não se pode, com base em (pré)conceitos, negá-los o direito de terem seu nome e sexo alterados no Registro Civil, tendo em vista o que isto representa para suas vidas, ou seja, uma imprescindível etapa no processo de inclusão social.

Importante lembrar que todos os dias, em alguma atividade do cotidiano, faz-se necessária a apresentação de documentos para comprovação de nome, profissão, endereço, etc. Negar a uma pessoa a possibilidade de que consiga apresentar-se de forma que seu documento esteja de acordo com sua aparência é negar-lhe qualquer tipo de participação, de envolvimento, de socialização e de todas as demais garantias inseridas no que se entende por cidadania.

Se por toda uma parte de sua vida o transexual se identificou como sendo do sexo oposto, tendo se submetido à realização da cirurgia e completa caracterização sexual, passa a ser permanente a necessidade de possuir um documento correto, sem que precise ser discriminado pelos demais integrantes da sociedade.

Dessa forma, a fim de que se amenize esses transtornos, há que se levar em consideração o caráter dúplice dos Registros públicos, qual seja, ao mesmo tempo que realizam uma defesa, servem de garantia.

Hodiernamente, o registro civil alterado pode ser eficaz e seguro tanto para quem o porta, como para terceiros, o que já vem sendo entendido na maioria das decisões exaradas pelo Poder Judiciário, especialmente o gaúcho.

Atualmente, tem-se entendido, na esfera judicial, que a alteração de nome e sexo no assento de nascimento do indivíduo operado é a única forma de reintegrá-lo socialmente, o

¹²⁵ GOLDIM, José Raymundo; BORDAS, Francis C.; RAYMUNDO, Márcia M. Aspectos bioéticos e jurídicos do transexualismo. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (Coord.) **Bioética e sexualidade**. São Paulo: Jurídico Brasileira, 2004. p. 103.

que culmina com a efetiva alteração, passando a se chamar pelo apelido público e notório que tem usado para se identificar como do sexo oposto, bem como constando na certidão emitida a partir das anotações do Livro de Registros somente as palavras *feminino* ou *masculino*, com a observação de que constam à margem do termo elementos de averbação.

No livro de registros consta a causa determinante da alteração, de que o sexo do registrado foi alterado em virtude de cirurgia de transgenitalização. O acesso, todavia, fica reservado ao registrado e a terceiros através de autorização judicial.

Sem entrar no mérito da questão, fica claro que tais alterações trarão, ainda, inúmeras conseqüências, como, por exemplo, no caso de uma pessoa já ter sido casada, já ter tido filhos, ou quando se pensa em comprovar tempo de serviço, o que denota cada vez mais a necessidade de se fazer uma análise da real situação do interessado¹²⁶. O desafio, portanto, é compreender o Direito para estar próximo dos fatos e das circunstâncias, pensando o sistema jurídico como um sistema que se reconstrói cotidianamente, que não é pronto e acabado e mais, que está à disposição dos indivíduos e da sociedade.¹²⁷

Somente dessa forma se reconhecerá concretamente a diferença como valor jurídico e, conseqüentemente, o direito de ser diferente.¹²⁸ Até porque a concepção de um direito geral de personalidade, fundado na dignidade da pessoa humana, corresponde à verdadeira condição

¹²⁶ ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 142. Choeri, por sua vez, apresenta um rol de questões sobre os aspectos jurídicos imediatos à cirurgia de transgenitalização: *poderiam os transexuais operados serem sujeitos passivos ou ativos de um crime de estupro? Uma vez operado, teria o transexual legitimidade de ocultar a informação de seu sexo originário, se incorrer em dano moral, quando se relaciona sexualmente? Estaria, nesse último caso nas mesmas condições das mulheres que implantam silicones e sofreram a cirurgia de histerectomia, não podendo procriar?(...) As leis trabalhistas e de seguridade deverão sofrer adaptações?(...) Até que ponto essa relação incidirá sobre a relação matrimonial e de pátrio poder?(...) Deverá haver autorização do cônjuge na hipótese de haver prole? A redesignação deverá aparecer no registro civil do filho?(...) Permitir-se-ia o direito à propriação para o redesignado, permitindo-se a fertilização in vitro, utilizando-se os gametas retirados antes da cirurgia? Em se tratando de uma patologia psíquica irreversível, porque não permitir também em menores, assistidos por seus tutores ou genitores?* Essas e outras questões são apenas exemplos de todas as situações nas quais o direito, inevitavelmente, deverá intervir. O respeito à pessoa, contudo, deverá estar presente em qualquer decisão que for tomada, possibilitando o acompanhamento da dinâmica dos fatos e a preservação da espécie humana, concomitantemente. CHOERI, Raul. Transexualismo e identidade pessoal: cirurgia de transgenitalização. In: BARBOZA, Heloísa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo (Orgs.). **Temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 250-252.

¹²⁷ FACHIN, Luiz Edson. Op. cit., p. 107.

¹²⁸ FARIÑAS DULCE, María José. Ciudadanía universal versus ciudadanía fragmentada. In: DE LUCAS, Javier et al. **El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

humana, com suas “ilimitadas e ilimitáveis dimensões”.¹²⁹ As inúmeras inovações da biotecnologia corroboram esta revolução que recai, a cada “descoberta”, sobre um incontável número de institutos jurídicos, inclusive os direitos da personalidade. Mas, muito além disso, recai, para o bem e para o mal, sobre a própria vida do homem, sua dignidade, e toda a humanidade, razão pela qual se clama pelo resgate das dimensões concreta, relacional e existencial da pessoa, noções decorrentes de um novo constitucionalismo pautado na democracia.

4.2.1 O enfrentamento da questão nos tribunais brasileiros: panorama jurisprudencial

O Registro Civil, dentre suas finalidades, serve como instrumento de identificação do cidadão. É do interesse do indivíduo portar um assento que revele corretamente os dados referentes à sua pessoa, a fim de que o próprio registrado possa comprovar sua idade, seu sexo, sua origem e sua capacidade na prática de determinados atos.

A pessoa que se submeteu a uma cirurgia de transgenitalização também tem o direito, decorrente da condição de ser humano, de portar um assento que o identifique plenamente.

Se por toda uma parte de sua vida, ele se identificou como sendo do sexo oposto, tendo se submetido à realização da cirurgia e completa caracterização sexual, passa a ser essencial possuir um documento correto.

Para tanto, se, inicialmente, a análise morfológica do sexo do nascituro é ideal para estabelecer-se uma diferenciação no momento da lavratura de seu registro de nascimento, não se presta à perfeita identificação quando se considera que o sexo de um indivíduo é determinado por fatores biológicos e psicológicos, indispensáveis à sua determinação.¹³⁰

¹²⁹ MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos Direitos da Personalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo código civil e a constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 86.

¹³⁰ SUTTER, Matilde Josefina. **Determinação e mudança de sexo: aspectos médico-legais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 163.

Por outro lado, é necessário reafirmar o desejo do transexual de portar um assento que o identifique plenamente, como forma de realização pessoal e material.

No Brasil, o exemplo do caso concreto envolvendo “Roberta Close” refletiu que não é fácil o caminho em direção a alteração de nome e sexo no Registro Civil. Roberta, que nascera Luiz Roberto Gambine Moreira, era pseudo-hermafrodita, mas viveu o drama da dualidade sexual pela falta de identificação entre o sexo biológico e o sexo civil.¹³¹

Paradoxalmente, por vezes as apreciações jurídicas não enfrentam o cerne da questão, concedendo o pedido com “mutilações absurdas”, que não se prestam àquilo que deveriam servir.¹³²

Foi o que aconteceu no já mencionado caso de Roberta Close, que recorreu ao Judiciário do Rio de Janeiro postulando a alteração de nome e sexo em seu assento de nascimento. Obteve decisão favorável com a ressalva, todavia, de que constasse em seus documentos o termo *operada*, o que significa um reconhecimento de direito pela metade,¹³³ que redundaria na mesma ou, quiçá, em pior situação do que a anterior, pois se estaria real e desnecessariamente utilizando um termo que revelaria um aspecto íntimo da pessoa.

Não satisfeito, o Ministério Público apelou da decisão para que fosse negada também a mudança de nome e, ao ser julgado perante a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, o recurso foi provido, negando-se a pretensão inicial do transexual, inclusive, à mudança do nome. Eis a ementa:

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Cível. Transexualismo – Cirurgia de ablação da genitália masculina – Retificação do nome no registro de nascimento – Impossibilidade. Mudança de sexo. Registro civil. Retificação de sexo. Prenome. Cirurgia de ablação da genitália masculina considerada mutiladora, não tem o condão de transformação do sexo natural sobre o psicológico. Sexo não é opção, mas determinismo biológico, estabelecido na fase da gestação. Apelo provido (JRC).

¹³¹ ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 62.

¹³² DA SILVEIRA, José Francisco Oliosí. Op. Cit. p. 34.

¹³³ SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual**: estudo sobre o transexualismo – aspectos médico e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 171.

Ac. Unânime. Apelação Cível nº 4.425/93 da 8ª Câmara Cível. Relator Desembargador Luiz Carlos Guimarães. j. 10.05.1994.¹³⁴

Houve, ainda, recurso extraordinário, negado por ausência de pressuposto de admissibilidade. Através de Agravo de Instrumento chegou ao Supremo Tribunal Federal, que improveu o recurso, entendendo não fora realizado o debate constitucional no juízo *a quo* (ausência de prequestionamento). Dessa forma, em virtude da falta de compreensão constitucional do tema pela jurisdição infraconstitucional, associado a emaranhados processuais, Roberta Close resultou, conforme Szaniawski, numa “pessoa excluída do Direito, ficando, outrossim, impedida de exercer o livre desenvolvimento de sua personalidade”.¹³⁵

Tal exemplo é suficiente para demonstrar que, efetivamente, o cidadão que não obtém a decisão judicial favorável fica numa situação atípica. Roberta Close, como se conhece publicamente, casou em outro país, no qual obteve as condições necessárias para que fosse identificada como uma pessoa do sexo feminino, de acordo com sua aparência.

Assim, há que ver a questão sob um novo ponto de vista, haja vista que a única forma de garantir o acesso deste indivíduo à sociedade é através da aceitação de sua condição real. E, nesse sentido tem caminhado o Poder Judiciário Gaúcho.¹³⁶

Alguns transexuais, contudo, não obtiveram êxito, mesmo no Rio Grande do Sul, nos pedidos formulados, especialmente quando o tema ainda era incipiente. Baseados nos mesmos

¹³⁴ SZANIAWSKI, Elimar. Op. Cit., 1998. p. 173.

¹³⁵ SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual:** estudo sobre o transexualismo – aspectos médico e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 193.

¹³⁶ Como já se observou, os pedidos são formulados no sentido de que se altere o nome e o sexo do requerente, e instruídos com documentos capazes de comprovar a efetiva redesignação. A parte, por sua própria iniciativa ou a requerimento do Ministério Público, apresenta, então, atestados médicos, fotografias, laudos, históricos, certidões negativas das Justiças Estadual e Federal das Comarcas onde residiu nos últimos cinco anos e, quando necessária, realiza-se a perícia, tanto física quanto psicológica, além da audiência. Atualmente, o juízo monocrático, baseado nas provas dos autos, tem entendido que a alteração de nome e sexo no assento de nascimento do indivíduo operado é a única forma de o reintegrar socialmente, e lhe confere essa possibilidade quando determina a alteração, passando o mesmo a se chamar pelo apelido público e notório que tem usado para se identificar como do sexo oposto, assim como a alteração de sexo, fazendo constar na certidão emitida a partir das anotações do Livro de Registros somente as palavras *feminino* ou *masculino*, com a observação de que à margem do termo constam elementos de averbação. No livro de registros consta a causa determinante da alteração, de que o sexo do registrado foi alterado em virtude de cirurgia de transgenitalização. O acesso permitido somente ao registrado, ou, a terceiros através de autorização judicial, é fator determinante e garantidor dos direitos da personalidade. A observação de que constam averbações, entretanto, tem ensejado discussões.

argumentos sustentados por doutrinadores contrários à redesignação, a decisão judicial foi contrária à pretensão, como evidencia a seguinte ementa:

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. REGISTRO PÚBLICO. ALTERAÇÃO DO REGISTRO DE NASCIMENTO. NOME E SEXO. TRANSEXUALISMO. SENTENÇA INDEFERITÓRIA DO PEDIDO. Embora sendo transexual e tendo se submetido à 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 à 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. Apelação Cível n. 597134964 da 3ª Câmara Cível. Relator Desembargador Tael João Selistre. 28 de agosto de 1997.

Em outro caso foram determinadas alterações e averbações com certos limites no que diz respeito à possibilidade de contrair matrimônio. A sentença determinava a alteração de nome e sexo, sem alteração nos demais dados que constavam no assento. Não obstante, determinava a averbação à margem do termo de que tais alterações não implicavam autorização para casamento, limitando à expedição de certidões à requerimento do interessado ou de terceiro, que responderia pelos abusos eventualmente cometidos. Irresignada, apelou a então autora, sustentando tratar-se de julgamento *ultra petita*. A decisão foi reformada em instância superior, como se observa na ementa que se transcreve:

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. MUDANÇA DE SEXO E DE PRENOME. RESTRIÇÃO IMPOSTA PELO JUIZ. Embora não constitua, a restrição imposta pelo Juiz, disposição *ultra petita* e nem afronte ao princípio constitucional da igualdade, provê-se, em parte, o apelo, para fazer constar apenas a causa determinante de ditas alterações. Fica, assim, resguardada a boa-fé de terceiros. Louvor à sentença. Unânime. Apelação Cível n. 598404887 da 7ª Câmara Cível. Relator Desembargador Eliseu Gomes Torres. 10 de março de 1999.

A reforma da decisão monocrática pela instância superior representa, sem dúvida, uma grande conquista para o transexual redesignado que, de posse de um documento que revela sua condição atual, pode praticar atividades comuns.

Entretanto, a possibilidade de livre acesso aos assentos representa, novamente, um direito pela metade. Se a publicidade, nestes casos, for garantida a qualquer terceiro,

independente da relevância do interesse, ao inteiro teor do registro de nascimento do indivíduo operado, se estaria violando, por outro lado, os mesmos direitos à intimidade, à vida privada, ao segredo e, fundamentalmente, à dignidade, que é aquela que informa e distingue os atributos do homem, a própria medida de toda e qualquer liberdade, servindo como termômetro do direito.¹³⁷

Nesse passo, a solução que determina a averbação à margem do registro preserva, por um lado, a verdade dos Registros Públicos, mas, por outro, permanece discriminando o transexual, quando determina conste a existência de averbações a margem do termo.

Noutro caso, que determinou a seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o requerente tinha mais de cinquenta anos de idade, razão pela qual o Ministério Público insurgiu-se contra parte da sentença que vedava referência à situação anterior no registro. Entendeu-se, por fim, que constar no registro a informação de averbação representaria, no caso, uma mácula na vida do requerente, ferindo sua intimidade:

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível. Registro Civil. Alteração. Prenome e gênero. Transexualismo. Proibição de referência quanto a mudança. Possibilidade. Determinada a alteração do registro civil de nascimento em casos de transexualidade, desde que demonstrada a existência da alopatia, é imperiosa a proibição de referência no registro civil quanto à mudança, a fim de preservar a intimidade do apelado. Negaram Provitimento. Apelação Cível nº 70021120522, da 8ª Câmara Cível. Desembargador Relator Rui Portanova. 11 de outubro de 2007.

Discutiu-se, também, no foro judicial, a questão da publicidade. No caso adiante transcrito, foi determinada a averbação de que se trata de um transexual operado, constando que o requerente é do sexo masculino e, no livro de assentos, que o registrado teve seu sexo alterado em virtude de cirurgia de transgenitalismo, vedando, todavia, qualquer limitação de acesso aos registros:

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Registro Público. Alteração do registro de nascimento. Nome e sexo. Transexualismo. Sentença acolhendo o pedido

¹³⁷ JABUR, Gilberto H. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada**: conflitos entre direitos da personalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 02.

de alteração do nome e do sexo, mas determinando segredo de justiça e vedando no fornecimento de certidões referência à situação anterior. Recurso do Ministério Público se insurgindo contra a mudança do sexo, pretendendo que seja consignado como transexual masculino, e contra a não publicidade do registro. Embora sendo transexual e tendo se submetido à operação para mudança de suas características sexuais, com a extirpação dos órgãos genitais femininos e a implantação de prótese peniana, biológica e somaticamente continua sendo do sexo masculino. Inviabilidade da alteração, sem que seja feita referência à situação anterior, ou para ser consignado como sendo transexual masculino, providência que não encontra embasamento mesmo nas legislações mais evoluídas. Solução alternativa para que, mediante averbação, seja anotado que o requerente modificou o seu prenome e passou a ser considerado como do sexo masculino em virtude de sua condição transexual, sem impedir que alguém possa tirar informações a respeito. Publicidade do registro preservada. Apelação provida, em parte. Voto vencido. Apelação Cível n. 597156728 da 3ª Câmara Cível. Relator Desembargador Tael João Selistre. 18 de dezembro de 1997.

Todavia, em que pesem as situações judiciais e as necessárias ponderações, algumas decisões contemplam o pedido dos requerentes já no juízo monocrático. São sentenças direcionadas à questão da problemática da identificação, do constrangimento e da valorização do indivíduo, limitando, inclusive, o acesso aos assentos, e garantindo o resguardo da intimidade, do segredo, da honra, da vida privada, e principalmente, da dignidade da pessoa humana. Tendem, todavia, a determinar que conste no registro a ser emitido a causa determinante das alterações.

É o que se evidencia no seguinte julgado:

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível. Transexualismo. Retificação de Registro Civil. Nome e sexo. Cerceamento do Direito de Defesa Reconhecido. Procedimento cirúrgico de transgenitalização realizado. É possível a alteração do registro de nascimento relativamente ao sexo e ao nome em virtude da realização da cirurgia de redesignação sexual. Vedação de extração de certidões referentes à situação anterior do requerente. Apelo provido. Apelação Cível nº 70013580055 da 8ª Câmara Cível. Relator Desembargador Claudir Fidelis Faccenda. 17 de agosto de 2006.

Os pedidos mais recentes foram deferidos já no juízo de primeiro grau, com a determinação de que as alterações de nome e sexo fossem anotadas no livro de registros, bem como a causa determinante da alteração. Estas decisões permitem a perfeita identificação do indivíduo, sem qualquer conteúdo discriminatório ou preconceituoso.

Contudo, algumas novidades desde que o tema chegou aos tribunais ainda contêm discussões e lapsos de preconceito. Considerando todo o programa que deve ser cumprido, de acordo com a Resolução nº CFM n.º 1.652/2002 do Conselho Federal de Medicina, o transexual passa por atendimento de uma equipe multidisciplinar, dos quais fazem parte médicos, assistentes sociais, psicólogos, enfermeiras, entre outros, pelo período de dois anos. Neste período o candidato à cirurgia já se traveste, se submete a alguns procedimentos cirúrgicos prévios à cirurgia de transgenitalização e passa a ostentar (se já não ostentava antes), a aparência que reflete o seu desejo de pertencer ao sexo oposto ao genital.

Nesta fase, percebe-se que os candidatos à cirurgia têm feito requerimentos de alteração de nome e sexo antes mesmo de se submeterem à cirurgia. É o que dá conta, por exemplo, a decisão proferida nos autos nº 70013909874 pela Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que, inclusive, reconhece a tutela ao direito geral de personalidade, com a alteração do nome, mas não reconhece a alteração do sexo:

Apelação cível. Alteração do nome e averbação no registro civil. Transexualidade. Cirurgia de transgenitalização. O fato de o apelante ainda não ter se submetido à cirurgia para a alteração de sexo não pode constituir óbice ao deferimento do pedido de alteração do nome. Enquanto fator determinante da identificação e da vinculação de alguém a um determinado grupo familiar, o nome assume fundamental importância individual e social. Paralelamente a essa conotação pública, não se pode olvidar que o nome encerra fatores outros, de ordem eminentemente pessoal, na qualidade de direito personalíssimo que constitui atributo da personalidade. Os direitos fundamentais visam à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual, atua como uma qualidade inerente, indissociável, de todo e qualquer ser humano, relacionando-se intrinsecamente com a autonomia, razão e autodeterminação de cada indivíduo. Fechar os olhos a esta realidade, que é reconhecida pela própria medicina, implicaria na infração de princípio da dignidade da pessoa humana, norma esculpida no inciso III do art. 1º da Constituição Federal, que deve prevalecer à regra da imutabilidade do prenome. Por maioria, proveram em parte.¹³⁸

¹³⁸ Relatório da decisão, revelando a admissão, pelo próprio interessado de, até o momento da cirurgia, constar que se trata de portador de transexualismo: *Trata-se de recurso de apelação interposto por A. A. M. contra a sentença que julgou improcedente o pedido de retificação de registro civil por ele formulado (fls. 79-84). O recorrente afirma ser transexual, esclarecendo que desde os 16 anos de idade utiliza o nome I. Em vista dessa situação, assevera a necessidade de alteração de seu nome, A. A. M., para I. A. M., bem como do sexo masculino para feminino, uma vez que passa por situações constrangedoras. Cita os princípios da dignidade da pessoa humana e da legalidade, bem como a possibilidade de alteração de registro civil pela legislação pátria. Salienta, ainda, que pode ser feita uma observação no registro de que se trata de pessoa portadora de transexualismo, a qual poderá ser suprimida quando da efetivação da cirurgia. Requer o provimento do apelo e a concessão do benefício da gratuidade judiciária (fls. 86-94). O Ministério Público lança parecer pela remessa*

O que se quis evidenciar, desta forma, é que a pessoa que sofre com esse transtorno, e que por diversos momentos da vida passou por todo o tipo de situação vexatória e preconceituosa¹³⁹, busca através de uma demanda judicial uma solução para que não seja mantida a situação discriminatória.

Por outro lado, admitindo-se a alteração de sexo e determinando a alteração para que conste “transexual feminino ou masculino” estar-se-ia, atualmente, diante de uma posição intermediária que, como salientado anteriormente, pode não corresponder a real necessidade do indivíduo que recorre ao Judiciário justamente na busca de uma solução que contemple sua dignidade.

Não se pode deixar de referir, mesmo que *an passant*, sobre a problemática dos reflexos desta redesignação no Registro Civil, pois é certo que estes efeitos existem e deverão ser abordados com a máxima cautela, não em razão do preconceito, mas no que diz respeito às suas particularidades, principalmente no que pertine ao casamento (tanto daquele realizado antes da cirurgia, como após a redesignação), às relações de filiação, ao direito de procriar, entre outros.

Por fim, já que se trata de assunto envolto em tabus, dogmas e preconceitos, questiona-se sobre a possibilidade em aceitar-se um novo sexo civil, já que a cirurgia não implica em uma reversão total do sexo, mas em uma adequação do sexo psíquico ao sexo biológico. Diante do que foi verificado anteriormente, especialmente em razão de o sexo e a sexualidade não estarem mais adstritos à procriação, impõe-se a superação da dual e restrita concepção de que só existem homens e mulheres heterossexuais, em que pese as dificuldades que o “diferente” enfrenta cotidianamente.

dos autos à Superior Instância (fls. 96-7). Subiram os autos a esta Corte, tendo a Procuradoria de Justiça opinado pelo conhecimento e provimento da inconformidade (fls. 100-3). Foi observado o disposto no art. 551, §2º, do CPC. É o relatório. Neste mesmo sentido, a decisão nº 70014179477 proferida pela Oitava Câmara Cível do Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul, em 24 de agosto de 2006.

¹³⁹ Nos próprios acórdãos e processos há relatos das mais variadas situações a que estas pessoas estão submetidas, desde as que são expulsas de casa, do trabalho, da família, até aquelas que tentaram a automutilação.

4.2.2 Panorama crítico: convite à reflexão

O estudo que ora se apresenta destinou-se a análise da situação jurídica dos transexuais, reconhecendo seus dramas, suas angústias, as conseqüentes demandas pós cirurgia de transgenitalização e o exemplo de como é possível conceber a diferença de uma forma que não signifique fraqueza e inferioridade, mas respeito visando a integração.¹⁴⁰

Não obstante, pretende-se, pelo menos a guisa de finalização, ir além das considerações realizadas, notadamente porque algumas (pré)concepções, além da operacionalidade do direito, precisam ser ponderadas.

Trata-se de analisar a questão da possível criação de um “terceiro sexo civil”. Algumas decisões analisadas determinaram a inscrição no registro das palavras “transexual masculino” e “transexual feminino” ou apenas, “transexual”.

Tais decisões representariam, sob a ótica de Silveira, uma posição contrária ao Direito, pois se estaria *etiquetando* os transexuais, quando, na verdade, a eles só interessa levar uma vida normal.¹⁴¹ Araujo também entende que autorizar a operação, mas manter a inscrição “transexual” não define sua situação, resolvendo apenas a questão da aparência ao seu sexo psicológico, mas não colaborando para o processo de integração social. Aduz, então, que “o grilhão amarrado ao pé do transexual será sempre exibido, como pena perpétua, impedindo sua integração social”.¹⁴²

Assim, não se pretende ir à contramão do que, atualmente, satisfaria, pelo menos inicialmente, as demandas dos transexuais, rejeitando o que até agora se expôs. Trata-se, na realidade, de não aceitar pacificamente que a discriminação tome proporções que atinja a própria realidade da pessoa, assim como sua identidade.

¹⁴⁰ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. A repersonalização do direito civil em uma sociedade de indivíduos: o exemplo da questão indígena no Brasil. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. et al. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. São Leopoldo: Unisinos, 2008.

¹⁴¹ Referindo passagem de notícia publicada na Folha de São Paulo, da autoria do Professor Antônio Chaves. SILVEIRA, José Francisco Oliosi da. **O transexualismo na justiça**. Porto Alegre: Síntese, 1995. p. 35.

¹⁴² ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 135.

É que não se pode negar que o transexual operado tem, por exemplo, o sexo psíquico e o sexo morfológico correspondente ao feminino, mas os demais componentes do sexo biológico, como o sexo genético e o sexo endócrino, correspondentes ao sexo masculino. Assim, se a concepção de sexo-procriação cedeu espaço para as mais diversas concepções em torno do sexo e da sexualidade, culminando na compreensão de que faz parte da dimensão da pessoa, e se o que está relacionado ao sexo e a sexualidade ultrapassou a rígida compreensão da concepção homem/mulher como balizadores sociais estanques, erigindo o homem/mulher como pessoa, quem sabe a aceitação de um terceiro sexo não minimizaria, mais ainda, as angústias de um transexual (isso sem falar nos andróginos ou dos assexuais, a partir dos quais se poderia falar em quarto sexo).¹⁴³

Parece, pois, que se por um lado o Estado reconhece a necessidade da cirurgia, amparada em fundamentos da medicina, da psicologia e da psiquiatria, assim como reconhece, *a priori*, a retificação de nome e sexo no registro civil, por outro não aceita suas conseqüências lógicas, na medida em que não se dissocia de uma dualidade biológica, formada por homem/mulher.

Essas observações, por si só, demandam uma reflexão sobre outras tantas. É inegável a superação do enfoque estritamente biologicista atribuído ao sexo e a sexualidade. O que hoje se denomina de sexo, por muito tempo esteve adstrito somente aos órgãos reprodutores. A mulher, não se pode olvidar, já foi considerada uma variação da forma masculina, apta a reproduzir.¹⁴⁴

No entanto, algumas situações permitiram a insurgência e a caracterização de determinados comportamentos que vão além do binômio homem/mulher, e muito além da heterossexualidade a eles relacionada/imposta. É o caso dos homossexuais, dos bissexuais, dos travestis, dos transexuais.

¹⁴³ Tais conceitos compreendem uma variedade de entendimentos que, sumariamente, podem ser divididos em dois: o vértice que compreende ser uma orientação sexual (opção), e o que entende ser uma disfunção psíquica.

¹⁴⁴ COSTA, Jurandir Freire. O referente da identidade homossexual. In: PARKER, Richard; BARBOSA, Regina Maria (Orgs). **Sexualidades Brasileiras**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1996. p. 71.

As características que distinguem e/ou aproximam tais comportamentos são suficientes para se chegar a um conceito de transexual, ou seja, um indivíduo cujo sexo psíquico não se identifica com o biológico.

Essa condição da pessoa, definida por inúmeros fatores (como o ambiente social, a educação, a família, a afetividade recebida) ou, ainda, por teorias que buscam as causas em excessos ou falta de determinadas substâncias orgânicas suscitam questões éticas e jurídicas, não podendo ser simplesmente ignoradas. Embora já venha sendo discutida e estudada há algum tempo e em diversos âmbitos, é impossível analisá-la de forma categórica a partir de formulações abstratamente consideradas.

Assim, cabe ao Direito, ao Estado e a sociedade reconhecer a existência dessas pessoas como efetivamente são, o que, de certa forma, vem acontecendo, especialmente diante do reconhecimento da necessidade de intervenção cirúrgica, e da possibilidade de alteração de nome e sexo no Registro Civil, condições indispensáveis ao processo de inclusão social do transexual.

Entretanto, mesmo após a cirurgia, ou até mesmo após a alteração do registro, os transexuais seguem sendo tratados como se fossem estranhos, verdadeiros alienígenas sociais, como revelaram os exemplos trazidos à baila até aqui.

Enfrentam, dessa forma, toda a forma de preconceito e discriminação, sendo estigmatizados e, conseqüentemente, excluídos, razão pela qual abandonam os estudos e, comumente, são “destinados” aos empregos informais. Não raro mentem ou inventam anomalias ao invés de admitirem sua condição. A automutilação e o suicídio, para alguns, é um caminho real.

Assim, os próprios transexuais se colocam em uma posição marginalizada, pois acreditam nos mesmos padrões de quem os discrimina, confundindo, com isso, sua própria percepção de si mesmo.¹⁴⁵

¹⁴⁵ GOFFMAN, Erving. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Rio de Janeiro: LTC, 1988. p. 16.

Essa constatação, assim como todos os exemplos que revelam discriminação e preconceito, enfatiza o paradoxo evidenciado no início desta pesquisa: de um lado a barreira que separava categoricamente as categorias sexuais (homem/mulher), e, de outro, os transexuais ansiosos por se enquadrarem em uma dessas duas categorias.

Percebe-se, portanto, que a questão dos transexuais não está sendo encarada com a necessária profundidade. A dicotomia antes mencionada retrata a não preocupação com o reforço da identidade, mas o apego com noções ultrapassadas e impostas por um sistema pré-determinado, no qual o ser humano precisa aderir a uma ou outra categoria, redundando no fato de que as próprias demandas dos transexuais são contraproducentes no resgate de sua identidade real.

O paradoxo evidenciado precisa ser enfrentado. É um assunto novo que, pela via dos direitos da personalidade lidos à luz da repersonalização, pode e deve ser (re)questionado.

O tema, então, é exemplar para se refletir sobre os direitos de personalidade, na medida em que esses direitos se prestam à própria concretização da dignidade. Nunca é demais lembrar que todos os fatores indispensáveis e decisivos ao bem-estar humanos (e que, portanto, fazem parte da condição da pessoa) exigem, também, a atenção incisiva do Direito.¹⁴⁶ Assim, essa variedade de aspectos e dimensões, que compreende um intercâmbio parte externo, parte interno, pode permitir a abertura para considerar a questão da identidade do transexual.

Afinal, como aduziu Taylor, deve-se desempenhar a tarefa de rastrear as diversas concepções modernas do que é ser um agente humano, uma pessoa ou um *self*.¹⁴⁷

A compreensão de *self*, para o autor, pode se dar a partir do reconhecimento, ou melhor, do estudo que associa identidade e autenticidade, através do qual se torna possível a

¹⁴⁶ MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos Direitos da Personalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo código civil e a constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 71.

¹⁴⁷ Somente através da história, que não possui apenas um sentido descritivo, Taylor acredita que é possível entender o que está implícito, mas ainda em atividade, na vida contemporânea. TAYLOR, Charles. **As fontes do self: a construção da identidade moderna**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2005. p. 15.

compreensão de si mesmo a partir das noções de alteridade, de diálogo, de intercâmbio, pressupostos indispensáveis para que se encontre o caminho mais adequado pelo sentido da existência e para se obter um horizonte de referência para julgar a dignidade da nossa vida.¹⁴⁸

Essa compreensão proporciona, nas palavras de Silva Filho,

um modo mais adequado de situar a alteridade, assim como uma ampliação substancial da noção de respeito e, conseqüentemente, uma perspectiva concreta, existencial e relacional da pessoa humana que promete trazer resultados proveitosos para um Direito Civil preocupado com sua “repersonalização”.¹⁴⁹

Nesse sentido, mais do que essencial é superar a idéia da dignidade como palavra de ordem, e compreendê-la de uma forma profunda, que abarque não só a condição de si, mas também a do outro, reconhecendo sua existência.¹⁵⁰ A condição de transexual, portanto, pode representar um resgate dessa autenticidade. Essa compreensão demanda que se visualize a situação como um todo mais amplo, e não somente os aspectos funcionais que uma alteração de registro pode representar.

Tendo nessa dignidade o seu foco, a moderna concepção dos direitos da personalidade esbarra, por vezes, em barreiras de sua própria teoria. Para superar estes entraves devem ser consideradas as diversas dimensões da dignidade da pessoa humana, especialmente diante das novidades que passam a ocupar um lugar central na vida da pessoa.

Assim, não se pretende defender situações contraditórias, mas provocar a reflexão contra dicotomias simplistas que opõe tradições e impedem o diálogo.

O pleno desenvolvimento da pessoa e a integral realização da dignidade estão condicionados, ainda, à compreensão de que as situações jurídicas existenciais requerem um tratamento diferenciado. Há, pois, que reconhecer-se o diferente e aceitar o (não tão) novo.

¹⁴⁸ NIGRO, Rachel. Verbete Charles Taylor. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p.794.

¹⁴⁹ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Pessoa Humana e Boa-Fé Objetiva nas Relações Contratuais: a alteridade que emerge da ipseidade. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito Mestrado e Doutorado da Unisinos**. São Leopoldo: Unisinos, anual, 2005. p. 131.

¹⁵⁰ PEREIRA, Gustavo Oliveira de Lima; SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Direitos humanos, dignidade da pessoa humana e a questão dos apátridas**: da identidade à diferença. 'texto inédito'.

5 CONCLUSÃO

No decorrer do desenvolvimento do presente estudo algumas posições quanto às questões examinadas foram tomadas. Ao final da exposição, resta reunir as respostas encontradas, destacando-se aquelas tidas como mais relevantes, sempre que possível, na ordem que foram expostas.

1. O que se relaciona ao sexo e a sexualidade não pode ser reduzido a uma visão simplificada, não se admitindo que o mero conjunto de diferenças físicas entre um homem e uma mulher seja suficiente para sua compreensão e definição. Se por um determinado período da história o sexo somente relacionou-se à procriação e à biologia, hodiernamente, manifesta-se também psiquicamente, especialmente em relação às atitudes dos indivíduos. O sexo, portanto, faz parte da dimensão da pessoa. A compreensão de que o sexo contém diversas acepções é ponto de partida e ponto de chegada que permeia todo o presente estudo.

2. Contudo, se por um lado houve uma espécie de evolução, o tema “sexo” ainda é cercado de preconceitos. Nesta análise, despontou o debate sobre a rígida separação entre os sexos estabelecidos biologicamente, quais sejam, de um lado a mulher (até pouco tempo, considerada sexualmente inferior), e do outro, o homem, vinculado à posição hierárquica e patriarcal de dominação masculina.

3. A multiplicidade, a variedade e a pluralidade social dão conta da existência de uma diversidade sexual. Não obstante, quem não se “enquadra” nos padrões pré-determinados homem/mulher acaba sofrendo com a falta de perspectivas em uma sociedade dominada pela heterossexualidade patriarcalmente estabelecida.

4. O sexo não está vinculado exclusivamente à esfera biológica. A transexualidade é um fenômeno caracterizado pela incompatibilidade entre o sexo biológico e o sexo psíquico, que não guardam relação. Diante disso, o sexo morfológico, aposto no momento do nascimento, nem sempre é suficiente para a determinação do sexo, uma vez que depende também de componentes psíquicos e comportamentais, importantes caracterizadores do estado sexual.

5. Os transexuais distinguem-se dos homossexuais, assim como dos travestis, pois sentem desconforto com seu sexo anatômico, desejando modificá-lo. Buscam a integração do corpo e da mente, não raro recorrendo a práticas desrecomendadas, como a automutilação. Não é incomum o suicídio entre os transexuais.

6. No entanto, os constantes estudos biomédicos, aliados a outros fatores, contribuíram sobremaneira no desenvolvimento de técnicas que permitiram a adequação da genitália do transexual ao seu sexo psíquico, desde que observados determinados requisitos. A prática é autorizada pelo Conselho Federal de Medicina, relacionando-se à garantia da saúde, tanto física quanto mental. A cirurgia de transgenitalização é imprescindível à harmonização entre os sexos psíquico e biológico do transexual. Representa o primeiro passo de um árduo processo de inclusão social.

7. Em uma sociedade que insiste em tratamentos duais, os transexuais estão sujeitos à rejeição, ao estigma, ao preconceito, conduzindo-os à margem social.

8. Admitir a pluralidade e a diversidade sexual é condição indispensável para a promoção da dignidade. Assim, conceder a retificação do registro civil de um transexual é o segundo passo no processo de inclusão social, não obstante tratar-se de questão não tão solúvel quanto a cirurgia, na medida em que, mesmo após a realização do procedimento cirúrgico, o preconceito e o estigma ainda cercam o transexual.

9. As demandas judiciais dos transexuais guardam relação com os registros públicos. Através do registro civil, especialmente da certidão de nascimento, a pessoa encontra meios de provar seu estado e sua situação jurídica perante o Estado e a sociedade.

10. Nem sempre, porém, os atos registrados revelam a verdade dos fatos, razão pela qual se admite a retificação, a restauração e o suprimento do registro. Assim, o uso recorrente de um apelido utilizado de forma pública e notória, que não expõe seu portador ao ridículo, é motivo que pode ensejar a retificação do registro civil.

11. O Estado tem o dever de garantir informações corretas no que diz respeito ao estado das pessoas, não podendo desconsiderar novas situações que fazem parte da condição existencial da pessoa, especialmente quando ferem sua dignidade.

12. A cirurgia e a possibilidade de retificação de registro são, assim, caminhos na busca pelo reconhecimento da dignidade do transexual.

13. A partir da Constituição de 1988, a dignidade da pessoa humana foi consagrada como valor fonte de toda ordem jurídica brasileira, especialmente no sentido de que todas as pessoas são dignas, tarefa a ser assegurada pelo Direito e mantida como principal objetivo.

14. Está relacionada aos valores que o homem traz encerrados em si e, ao longo da história, teve seu sentido e alcance, reconhecidos e alargados, especialmente a partir da concepção cristã de igualdade originada da “semelhança de Deus”, dos importantes argumentos de Bartolomé de Las Casas contra a então inferioridade dos índios, cuja defesa representa um marco na construção da moderna concepção de pessoa.

15. Destaca-se nesta análise o legado de Kant, que firma posicionamento no sentido de que a dignidade é inerente e inata a toda pessoa humana, especialmente em decorrência da razão e da autonomia de agir conforme seu entendimento e opção. Entretanto, o esquema de moralidade decorrente da racionalidade identificada e universalizada por Kant precisa ser ponderada, especialmente em função de que a dignidade, para que seja estabelecida como categoria, deve ultrapassar a razão como *a priori*, considerando-se a dimensão existencial do homem enquanto ser-no-mundo. Para tanto, fundamental foi a contribuição de Martin Heidegger, que, ao re-propor o problema do ser, relacionou-o conseqüentemente aos fenômenos da historicidade e da “vida”.

16. Um novo entendimento de pessoa percebido no período medieval, associado as mais diversas mudanças, em diferentes áreas, colaborou para o ingresso na modernidade. A opção pela civilidade despontou na conquista de direitos liberais, os quais foram consolidados nas primeiras Declarações de Direitos. A partir de tais documentos, guinou-se, definitivamente, ao antropocentrismo.

17. Esse antropocentrismo jurídico foi abalado após a primeira grande guerra mundial, ao perceber-se que havia grupos de pessoas não contemplados pelos direitos do homem (refugiados, apátridas, ou os *sem lugar no mundo*, como referiu Arendt). Essa crise, resultado de situações históricas, sociais, políticas e econômicas, de certa forma persiste até hoje, atingindo justamente os que deveriam ser protegidos pelos direitos do homem. Os atingidos são jogados, como definiu Agamben, em “zonas de anomia”.

18. Vive-se, na sociedade pós-moderna, uma situação limite de deslocamento entre os direitos do homem e do cidadão que convertem a compreensão (e não só a compreensão) da vida humana como a vida nua, referida por Agamben.

19. A elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, por sua vez, também partiu da mesma concepção filosófica que as declarações precedentes. Sua elaboração é considerada um marco na gênese dos direitos do homem, mas também enseja debates especialmente sobre seu valor e sua efetivação.

20. As discussões acerca da Declaração Universal dos Direitos Humanos levam em consideração, ainda, a presente sociedade pós-moderna pautada pelo culto a um sistema econômico em que as próprias relações humanas se traduzem por relações de consumo, distantes e estranhas a uma grande parcela da sociedade, justamente pela sua incapacidade de consumir.

21. Tais ponderações desconstroem, de certa forma, os direitos humanos, e instigam a discussão sobre a diversidade, sobre a alteridade e sobre a necessidade de uma reconstrução intercultural desses direitos, cujas premissas são a consciência da incompletude, o diálogo e a tolerância. Somente dessa forma e democracia, a emancipação e a dignidade poderiam ser mantidas em um contexto intercultural, real e relacional.

22. O princípio da dignidade da pessoa humana constitui valor unificador de todos os direitos fundamentais que são, em realidade, decorrentes da própria dignidade, e que dizem respeito às exigências mais elementares da vida humana: dignidade, liberdade, igualdade, livre desenvolvimento da personalidade, entre outros que não se enquadram em um limite fixo e estabelecido.

23. Assim, a posição ocupada pelo princípio da dignidade da pessoa humana é potencializada com a centralização da Constituição Federal, que também implica uma redefinição do papel do Estado e sua função no processo de transformação social e promoção dos direitos fundamentais.

24. A dignidade encontra fundamento na própria pessoa, não sendo, desta forma, somente atribuível pelo ordenamento jurídico, mas sua qualidade intrínseca.

25. A pessoa, neste caso, não é apenas titular de bens e direitos, tampouco é somente o corpo que ostenta, não sendo, menos ainda, estanque, pré-determinada ou isolada. O entendimento sobre a pessoa ultrapassa a construção jusnaturalista e ela é, então, alçada à concretude, à historicidade, à realidade, numa fusão entre suas acepções biológica, filosófica e jurídica. Essas acepções são necessárias para se estabelecer uma nova postura da *pessoa* do ponto de vista jurídico e, mais ainda, para buscar uma base que suporte a defesa do respeito e da dignidade.

26. Em um determinado período da história política brasileira, clamava-se por um Estado no qual estivesse consubstanciado direitos fundamentais. Emergiu, então, o Estado Democrático de Direito, caracterizado por conjugar democracia e direitos fundamentais.

27. Deste reconhecimento desponta um horizonte de renovação que se reflete em diversos âmbitos, relevando, especialmente, que a realidade social e das relações interprivadas não mais se coadunam com um direito partido, que tem como objeto um indivíduo abstrato.

28. O conceito de pessoa adquire novo significado, com capacidade de suportar as demandas de um contexto diverso e plural. A pessoa passa a valer pelo que é, e não pelo que tem.

29. A emergência de princípios constitucionais deu origem à denominada constitucionalização que, por sua vez, está intimamente relacionada à repersonalização, fenômenos que se refletiram sobremaneira no direito civil, o qual passou a ver a pessoa como centro do sistema jurídico em detrimento do patrimônio.

30. Nesse contexto a Constituição adquire força normativa e passa a representar não mais somente o limite para o legislador, mas um norte para sua atuação judicial e, especialmente, centro unificador de todo o sistema jurídico.

31. Assim, a concepção da Constituição Federal como formadora e informadora do direito ordinário acabou por afastar cada vez mais a clássica contraposição entre direito público e direito privado, que fixava rigidamente os espaços normativos.

32. Se aceita, portanto, que é a pessoa quem movimenta os bens, coisas ou interesses, devendo ser o epicentro de uma relação que interessa ao Direito, interligando, por conseguinte, e de forma permanente, a teoria constitucional dos direitos fundamentais aos institutos tradicionais do direito civil.

33. O princípio da dignidade da pessoa humana norteou todas essas mudanças. Com a sua inserção nas Constituições do século XX, do qual se pode extrair a cláusula geral de tutela e promoção da pessoa, aponta-se para o reconhecimento de uma tutela geral da personalidade.

34. Assim, embora se diga que a construção da teoria dos direitos da personalidade se confunde com a construção dos direitos fundamentais, os direitos da personalidade são reconhecidos atualmente em função da dignidade da pessoa humana como valor fonte dos sistemas jurídicos dos Estados.

35. As mudanças ocorridas na sociedade e, especialmente, no âmbito jurídico foram, aos poucos, alterando o viés patrimonialista do direito privado. Entretanto, a evolução que parecia estar naturalmente acontecendo não se refletiu no Código Civil de 2002 no que respeita aos direitos de personalidade, pois os dispositivos ali contidos não contêm densidade normativa suficiente. Além disso, deixou de levar em conta a própria história constitucional brasileira que, àquela altura, já havia consagrado ditos direitos.

36. Os direitos da personalidade pressupõem o sujeito de direitos como pessoa. A personalidade, dessa forma, diz respeito aos atributos inatos e indispensáveis ao ser humano que, por conta disso, necessitam de proteção privilegiada. A personalidade não é, nesse passo, apenas mais um direito, mas sim, um valor importante e singular do ordenamento jurídico.

37. Os direitos que daí decorrem não são meras categorias legais limitadas pelo ordenamento jurídico, senão condições da própria existência do homem enquanto pessoa dotada de dignidade.

38. Suas características, por vezes, não são tratadas a fundo pela doutrina. Questões cruciais, como a premissa de universalidade e o caráter absoluto muitas vezes atribuído aos direitos da personalidade acabam por afastar o caráter plural da humanidade no que diz respeito ao modo de vida, às necessidades e aos interesses dos seres humanos.

39. Ainda, é necessário considerar que os direitos da personalidade se entrelaçam a outros direitos, assim como se limitam, reciprocamente. Por vezes, podem colidir entre si, e como forma de garantir a todos uma mínima e necessária eficácia, a cedência de algum é, por vezes, indispensável. Até porque todos são limitados à própria dignidade da pessoa humana, que pode funcionar como “limite dos limites” quando há colisão de direitos.

40. Algumas situações ilustram essa necessidade de “relativização”. A eutanásia, por exemplo, pode ser uma solução que assegura a dignidade ao doente, em que pese ser uma prática que atenta contra a vida. Conseqüentemente, as relações em sociedade também compreendem aspectos intersubjetivos e relacionais que, sem dúvida, contribuem para eventual restrição de direitos. A dignidade da pessoa humana, entretanto, deve sempre ser preservada, não se admitindo concessões que importem em coisificação ou instrumentalização da pessoa.

41. A proteção aos direitos da personalidade, nos seus mais variados aspectos e dimensões, consiste na própria concretização da dignidade da pessoa humana. O reconhecimento legal desses direitos implica na proteção do indivíduo amplamente considerado, ou seja, na sua dignidade, com todas as suas potencialidades, inquietudes e dimensões.

42. A partir dos direitos de personalidade, lidos à luz da repersonalização, o transexual encontra as condições para se desenvolver como pessoa concreta e real, podendo se expressar

e ser reconhecido a partir de si mesmo. Tais direitos se destinam a proteger, desta forma, não só os transexuais, mas outras minorias que devem ser encaradas sem preconceitos.

43. As pretensões do transexual, de assumir seu sexo psíquico, através da cirurgia de redesignação sexual, bem como de alterar seu nome e sexo no registro civil encontram, pois, guarida no sistema constitucional vigente. Os direitos decorrentes da personalidade passaram a ser imprescindíveis à própria convivência social, não podendo passar à margem do poder judiciário pela simples ausência de texto legal infraconstitucional.

44. Superados os primeiros momentos, quando as decisões não contemplavam as demandas judiciais dos transexuais, percebe-se, hoje, uma sensível evolução, em que pese as resistências, especialmente quando se determina que se registre que constam averbações a margem do termo, quando da inscrição no registro alterado.

45. O transexual, embora ciente de que tenha alterado a genitália e não todos os órgãos sexuais, pretende a retificação para que conste, além do nome alterado, somente o designativo *feminino* ou *masculino*. Diferentemente, entende-se que, atualmente, se a determinação judicial fosse no sentido de que constasse *transexual feminino* ou *transexual masculino* estaria diante de uma interessante posição intermediária, mas que não corresponde à real necessidade do indivíduo, que recorre ao Judiciário justamente na busca de uma solução que contemple sua dignidade.

46. Não obstante, não se pode aceitar pacificamente que a discriminação e a necessidade de enquadramento em categorias duais estanques tomem proporções que atinjam a própria realidade da pessoa.

47. A problemática de fundo, ou seja, a compreensão de que o sexo contém diversas acepções, e que se comentou ser ponto de partida e ponto de chegada deste estudo acabou por revelar, no decorrer do trabalho, um paradoxo. Por trás das demandas dos transexuais a divisão entre masculino e feminino acaba reaparecendo, o que até é compreensível, considerando o contexto discriminatório no qual estão inseridos.

48. A necessidade de se refletir sobre tal realidade dicotômica pode ser, a partir daqui, a proposta para uma futura reflexão. Entende-se, portanto, que não se pode traçar nenhum perfil definitivo sobre o tema da transexualidade, haja vista que, por trás de tudo isso, ainda e sempre deve considerar-se o fato inquestionável de que o ser humano se realiza no contexto social e relacional da vida dinâmica vivida.

49. O fato das minorias sexuais, atualmente, se deixarem enxergar através de movimentos que projetam sua existência, não reflete sua verdadeira e total realidade. É necessário, assim, que sempre se esteja disposto a debater esses problemas, enfrentando as contradições existentes.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua**. Belo Horizonte: UFMG, 2007.

AGUIAR, Roberto A. R. de. **Direito, poder e opressão**. São Paulo: Alfa-Omega, 1980.

ANDRADE, Vera Regina Pereira. A reconstrução do conceito liberal de cidadania: da cidadania moldada pela democracia à cidadania moldando a democracia. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de (Org.). **O poder das metáforas: homenagem aos 35 anos de docência de Luis Alberto Warat**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

AÑON ROIG, María José. La contribución de los derechos sociales al vínculo social. In: DE LUCAS, Javier et al. **El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo**. Valencia: Tirant lo blanch, 2002.

AQUINO, Julio Groppa; REGO, Teresa Cristina. **Revista Educação: cultura e poder na educação**. São Paulo: Segmento, n. 02, mar., 2008.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

_____. **Origens do totalitarismo: anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1982.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Pessoa, Direitos Fundamentais e direitos da personalidade. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, n. 26, abr./jun., 2006.

BARRETO, Vicente de Paulo. As relações da Bioética como Biodireito. In: BARBOZA, Heloísa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo (Orgs.). **Temas de bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Direitos Humanos e sociedades multiculturais. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito Mestrado e Doutorado da Unisinos**. São Leopoldo: Unisinos, anual, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista Trimestral de Direito Civil**, ano 4, v. 16, out/dez., 2003.

_____. Verbete Constituição. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.) **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BENTO, Berenice. **A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual**. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

BESSE, Guy; CAVEING, Maurice. **Princípios fundamentais de filosofia**. Tradução de João Cunha Andrade. São Paulo : Hemus, [19--].

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Cançado Trindade questiona a Tese de “Gerações de Direitos Humanos”**. 2000. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm>. Acesso em mar. 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Teoria do Estado**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 3. ed. Organização do texto: Nylson Paim de Abreu Filho. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2001.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CADEMARTORI, Sérgio; XAVIER, Marcelo Coral. Apontamentos iniciais acerca do Garantismo. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, n. 1, mar./abr., 2001.

CANOTILHO, José J. G. **Estado de direito**. Lisboa: Gradiva, 1999.

CARVALHO, Orlando de. **A teoria geral da relação jurídica**: seu sentido e limites. Coimbra, Centelha, 1981.

CARVALHO, Salo de. Da desconstrução do modelo jurídico inquisitorial. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Fundamentos de história do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____. **Pena e Garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

_____; CARVALHO, Amilton Bueno de. **Aplicação da pena e garantismo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos registros públicos comentada**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. 10. ed. São Paulo: Ática, 1998.

_____. **Convite à Filosofia**. São Paulo: Ática, 2006.

CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo** (intersexualidade, transexualidade, transplantes). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CHOERI, Raul. Transexualismo e identidade pessoal: cirurgia de transgenitalização. In: BARBOZA, Heloísa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo (Orgs.). **Temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CIFUENTES, Santos. **Derechos personalísimos**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1995.

COMPARATTO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

CORTÊS, António. O princípio da dignidade humana em Kant. **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra: Universidade de Coimbra, v. LXXXI, 2005.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Renovar: Rio de Janeiro, 1998.

COSTA, Jurandir Freire. O referente da identidade homossexual. In: PARKER, Richard; BARBOSA, Regina Maria (Orgs). **Sexualidades Brasileiras**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1996.

COUTO, Edvaldo Souza. **Transexualidade: o corpo em mutação**. Salvador: Grupo Gay da Bahia, 1999.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Campinas: Romana, 2004.

DUSSEL, Enrique. **Caminhos para a libertação latino-americana**. São Paulo: Paulinas, 1984. v. 2.

ESTEVES, Luciana Batista. (In)Disponibilidade da vida? **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 24, out./dez., 2005.

FACHIN, Luiz Edson. A “reconstitucionalização” do direito civil brasileiro: lei nova e velhos problemas à luz de dez desafios”. **Revista Jurídica**, ano 52, n. 324, out., 2004.

_____. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FARIA COSTA, José de. Ler Beccaria hoje. **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra: Universidade de Coimbra, v. LXXIV, 1998.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de Direitos**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1996.

FARINA, Roberto. **Transexualismo:** do homem à mulher normal através dos estados de intersexualidade e das parafilias. São Paulo: Novolunar, 1982.

FARIÑAS DULCE, Maria José. Ciudadanía universal versus ciudadanía fragmentada. In: DE LUCAS, Javier et al. **El vínculo social:** ciudadanía y cosmopolitismo. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

FERNANDES, Milton. Os direitos de personalidade. **Estudos Jurídicos em homenagem ao Professor Caio Mário.** Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. Proteção civil da intimidade. **Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais.** Belo Horizonte: IAMG, v. 2, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías:** la Ley del más débil. Madrid: Editorial Trotta S/A, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e constituição.** São Paulo: Saraiva, 1988.

FLEIG, Mário. Heidegger com Kant: da imaginação transcendental à temporalidade originária. **Estudos Leopoldenses,** v. 27, n. 123, jun./ago., 1991.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. Anotações aos direitos da personalidade. **Revista dos Tribunais,** São Paulo, v. 715, maio, 1995.

FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos de Personalidade. **Revista dos Tribunais,** São Paulo, n. 567, jan., 1979.

GALMÉS, Lorenzo. **Bartolomeu de las casas.** São Paulo: Paulinas, 1991.

GARCÍA, Manuel Calvo. **Transformações do estado e do direito:** do direito regulativo à luta contra a violência de gênero. Porto Alegre: Dom Quixote, 2007.

GAUER, Ruth Maria Chittó. **A modernidade portuguesa e a reforma pombalina de 1772.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.

GEDIEL, José Antônio Peres. Direito e Bioética. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, ano 29, n. 29, 1996.

_____. Tecnociência, dissociação e patrimonialização jurídica do corpo humano. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

GOFFMAN, Erving. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Rio de Janeiro: LTC, 1988.

GOLDIM, José Raymundo; BORDAS, Francis C.; RAYMUNDO, Márcia M. Aspectos bioéticos e jurídicos do transexualismo. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (Coord.) **Bioética e sexualidade**. São Paulo: Jurídico Brasileira, 2004.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.

HATTENHAUER, Hans. **Conceptos fundamentales del derecho civil**. Barcelona: Editorial Ariel S.A, 1987.

HELBORN, Maria Luiza. Corpo, sexualidade e gênero. In: DORA, Denise Dourado (Org.). **Feminino, Masculino**: igualdade e diferença na justiça. Porto Alegre: Sulina, 1997.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Bioética e Biodireito: Revolução Biotecnológica, Perplexidade Humana e Prospectiva Jurídica Inquietante. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, n. 21, 2002.

HÖFFE, Otfried. **Immanuel Kant**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HOOFT, Pedro Federico. Bioética, Medicina e Derechos Humanos: Um recente caso judicial de transexualidad. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (Coord.) **Bioética e sexualidade**. São Paulo: Jurídico Brasileira, 2004.

JABUR, Gilberto H. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada**: conflitos entre direitos da personalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

_____. **Técnica, medicina e ética**: la pratica del principio de responsabilidad. Barcelona: Paidós, 1997.

JUNGES, José Roque. O respeito à dignidade humana como fundamento de todo humanismo. In: OSOWSKI, Cecília. **Teologia e Humanismo social cristão**: traçando rotas. São Leopoldo: Unisinos, 2000.

KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 1990.

_____. **Metafísica dos Costumes**. São Paulo: Edipro, 2003.

KIMBERLE, Crenshaw. A Construção jurídica da igualdade e da diferença. In: DORA, Denise Dourado (Org.). **Feminino, masculino: igualdade e diferença na justiça**. Porto Alegre: Sulina, 1997.

KLABIN, Aracy Augusta Leme. Transexualismo. **Revista de Direito Civil**, v. 17, 1981.

KONDER, Carlos Nelson. O consentimento no biodireito: os casos dos transexuais e dos wannabes. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, n. 15, jul./set., 2003.

KUNTZ, Rolf. Verbete Francisco de Vitória. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.) **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

KURAMOTO, Jaqueline Bergara; ZOLA, Regina Célia; MIRANDA, Juranda Maia. Pessoa Humana e sexualidade. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (Coord.). **Bioética e Sexualidade**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2004.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos um diálogo com o pensamento de Hanna Arendt**. 4. reimpr., São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

_____. **A reconstrução dos Direitos Humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

LAS CASAS, Bartolomé de. **O paraíso destruído**: a sangrenta história da conquista da América Espanhola. Brevíssima relação da destruição das índias. 6. ed. Porto Alegre: L&PM, 1996.

LEAL, Ondina Fachel; BOFF, Adriane de Mello. Insultos, queixas, sedução e sexualidade: fragmentos de identidade masculina em uma perspectiva relacional. In: PARKER, Richard; BARBOSA, Regina Maria (Orgs). **Sexualidades Brasileiras**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1996.

LECHTE, John. **50 pensadores contemporâneos essenciais**: do estruturalismo à pós-modernidade. 2. ed. Rio de Janeiro: DIFEL, 2002.

LEWICKI, Bruno. Realidade refletida: privacidade e imagem na sociedade vigiada. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, n. 27, jul./set., 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 141, jan./mar. 1999.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Tratado dos registros públicos**. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. v. 1.

MACEDO, Ubiratan Borges de. Verbete Liberalismo. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

MAMAN, Jeannette Antonios. **Fenomenologia existencial do direito**: crítica do pensamento jurídico brasileiro. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana**: princípio constitucional fundamental. Curitiba: Juruá, 2006.

MBAYA, Etienne-Richard. Gênese, evolução e universalidade dos direitos humanos frente à diversidade de culturas. **Revista Estudos Avançados**, São Paulo: USP, maio/ago., 1997.

MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos Direitos da Personalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo código civil e a constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MENDONÇA, Paulo Roberto S. Verbete Marco Túlio Cícero. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.) **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

MILOVIC, Miroslav. Verbete Emmanuel Kant. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: parte geral**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 1.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A tutela do nome da pessoa humana. **Revista Forense**, n. 364, nov./dez., 2002.

_____. Constituição e Direito Civil: tendências. **Revista dos Tribunais**, ano 89, v. 779, set., 2000.

_____. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

_____. Recusa à realização do Exame de DNA na Investigação de Paternidade e Direitos de Personalidade. In: BARRETO, Vicente (Org.). **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. Sobre o nome da pessoa humana. **Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais**. Belo Horizonte: IAMG, n. 02, 1996.

_____. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MOREIRA, Vital. O Futuro da Constituição. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2003.

NALINI, José Renato. Registro Civil das Pessoas Naturais: usina de cidadania. In: NALINI, José Renato; DIP, Ricardo Henry Marques (Orgs.). **Registros públicos e segurança jurídica**. Porto Alegre: Safe, 1998.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

NIGRO, Rachel. Verbete Charles Taylor. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

NOUR, Soraya. Verbete autonomia. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os Direitos de Personalidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 532, fev., 1980.

ORTEGA, Francisco. Verbete Biopolítica/Biopoder. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

PARKER, Richard. BARBOSA, Regina Maria (Orgs). **Sexualidades brasileiras**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1996.

PÉQUIGNOT, Catherine Desprats. **A psicopatologia da vida sexual**. Campinas: Papirus, 1994.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 1.

PEREIRA, Gustavo Oliveira de Lima; SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Direitos humanos, dignidade da pessoa humana e a questão dos apátridas**: da identidade à diferença. 'texto inédito'.

PEREIRA, Karin Cristina Kramer. O Direito Privado e a Ortotanásia: um caminho para a repersonalização. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. PEZZELLA, Maria Cristina Cereser (Coords.). **Mitos e rupturas no direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

PEREZ, Ana Paula Barion. **Transexualismo**: o direito a uma nova identidade sexual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. DA SILVA, Fernanda Pappen. Os Seres Sujeitos de Direito em Família. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito Mestrado e Doutorado da Unisinos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

QUINTANILHA, Waldner Jorge. **Registro civil das pessoas naturais**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

RAMIRES, Lula. A viagem como metáfora da busca de identidade. **Revista Educação: cultura e poder na educação**, edição especial, São Paulo: Segmento, n. 02, mar., 2008.

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

RAMSEY, Gerald. **Transexuais: perguntas e respostas**. Tradução Rafael Azize. São Paulo: GLS, 1998.

RANGEL, Jesús Antonio de la Torre. **Derechos humanos desde el jusnaturalismo**. Ciudad de Mexico: Porruá, 2001.

_____. **Jusnaturalismo, personalismo e filosofia de la libertación**. Sevilha: David Sanches Rúbio e Juan Carlos Suarez Villegas, 2005.

RIOS, Arthur. O registro Público Civil. Importância e Jurisdição, Foro extrajudicial., Valor jurídico e exegeses. In: **Revista de Direito Imobiliário**, n. 26.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Contrato social**. Lisboa: Presença, 1977.

RUIZ MIGUEL, Carlos. Multiculturalismo y constitución. **Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol**. Valência: Universidad de Valência, n. 36-37, 2001.

RUIZ SANZ, Mario. Principios y valores como limites sustanciales de la condición de ciudadano para el garante constitucional. In: DE LUCAS, Javier et al. **El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. Verbete Giovanni Pico della Mirandola (1463-1494). In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

SABÓIA, Gilberto. V. O Brasil e o Sistema Internacional de Proteção aos Direitos Humanos. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; PERRONE-MOISÉS, CLÁUDIA (Orgs.). **O cinquentenário da declaração universal dos direitos do homem**. São Paulo: EDUSP, 1999.

SANTIAGO, Marcus Firmino. **A defesa dos direitos da personalidade face à escassez de recursos**. Disponível em: <www.ihj.org.br>. Acesso em mar. 2008.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A gramática do tempo**. São Paulo, Cortez, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. Verbete Dignidade da Pessoa Humana. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SEVE, Lucien. **Para uma crítica da razão bioética**. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

SILVA FILHO, José Carlos da. Pessoa Humana e Boa-Fé Objetiva nas Relações Contratuais: a alteridade que emerge da ipseidade. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito Mestrado e Doutorado da Unisinos**. São Leopoldo: Unisinos, anual, 2005.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. A repersonalização do direito civil em uma sociedade de indivíduos: o exemplo da questão indígena no Brasil. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de; SILVA, Ovídio Araujo Baptista da. et al. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado**. São Leopoldo: Unisinos, 2008.

_____. Da invasão da América aos sistemas penais de hoje: o discurso da “inferioridade” latino-americana. In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de História do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

_____. **Hermenêutica filosófica e direito:** o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. Pessoa Humana e Boa-Fé Objetiva nas Relações Contratuais: a alteridade que emerge da ipseidade. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito Mestrado e Doutorado da Unisinos.** São Leopoldo: Unisinos, anual, 2005.

_____. Transformações Jurídicas nas Relações Privadas. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito Mestrado e Doutorado da Unisinos.** São Leopoldo: Unisinos, anual, 2003.

_____. Verbetes John Locke. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito.** São Leopoldo: Unisinos, 2006.

SILVA, Hélio R. **Certas Cariocas:** travestis e vida de rua no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1996.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** São Paulo: Malheiros, 1996.

SILVEIRA, José Francisco Olios da. **O transexualismo na justiça.** Porto Alegre: Síntese, 1995.

SOARES, Alessandro; BARBOZA, Renato. Negar direitos ao coletivo LGBT não é um ato de poder de traços patriarcais? **Revista do Instituto Humanitas Unisinos,** São Leopoldo: Unisinos, ano 6, n. 199, out., 2006. Entrevista concedida ao IHU On-line.

SODER, José. **Direitos do homem.** São Paulo: Cia Ed. Nacional, 1960.

SOUZA, Ielbo Marcus Lobo de; KRETSCHMANN, Ângela. A universalidade dos direitos humanos no discurso internacional: o debate continua. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito Mestrado e Doutorado da Unisinos.** São Leopoldo: Unisinos, anual, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. Constitucionalismo, jurisdição constitucional e Estado Democrático de Direito: ainda é possível falar em Constituição dirigente e compromissária? **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS.** São Leopoldo: Unisinos, anual, 2001.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica:** uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado.** 3. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2003.

STRECK, Lênio. Verbetes Martin Heidegger. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito.** São Leopoldo: Unisinos, 2006.

SUTTER, Matilde Josefina. **Determinação e mudança de sexo:** aspectos médico-legais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual:** estudo sobre o transexualismo – aspectos médico e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SZNICK, Valdir. Aspectos jurídicos da operação de mudança de sexo. **Revista Forense,** Rio de Janeiro, v. 312, ano 86, 1990.

TAIPA DE CARVALHO, Américo A. Condicionalidade sócio-cultural do direito penal. **Boletim da Faculdade de Direito.** Coimbra: Universidade de Coimbra, v. LVIII, 1982.

TAYLOR, Charles. **As fontes do self:** a construção da identidade moderna. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2005.

_____. **La ética de la autenticidad.** Barcelona: Paidós, 1994.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. A tutela da personalidade no direito civil-constitucional brasileiro. In: _____. **Temas de direito civil.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

THADEU, Weber. O Estado ético. In: OLIVEIRA, Nythamar Fernandes de; SOUZA, Draiton Gonzaga de (Orgs.). **Justiça e política**: homenagem a Otfried Höffe. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

VIANNA, Cláudia. Sexualidade, gênero e educação: um panorama temático. **Revista Educação**: cultura e poder na educação. São Paulo: Segmento, n. 02, mar., 2008.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. A Bioética e o direito à adequação de sexo do transexual. In: _____ (Coord.). **Bioética e sexualidade**. São Paulo: Jurídico Brasileira, 2004.

_____. Direito à adequação de sexo do transexual. **Revista Literária de Direito**, São Paulo: Jurídica Brasileira, set./out. 1999.