



**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO DISTRITO FEDERAL
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO E JURISDIÇÃO**

CAMILA MACHADO BRAZ TOTTI

**O CONFLITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES JURÍDICAS
ENTRE TRANSEXUAIS E TERCEIROS: a ponderação do princípio da dignidade
humana**

Brasília, setembro de 2014

CAMILA MACHADO BRAZ TOTTI

**O CONFLITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES JURÍDICAS
ENTRE TRANSEXUAIS E TERCEIROS:** a ponderação do princípio da dignidade
humana

Monografia apresentada como requisito para a conclusão
do curso de Especialização em Direito e Jurisdição da
Escola da Magistratura do Distrito Federal.

Orientador: Prof. Mestre Carlos Eduardo da Silva Galante

Brasília, setembro de 2014

Ao meu marido, companheiro, amigo e incentivador, Fernando Totti; aos meus pais, Rhea e Elmiro, e meus irmãos, Juliana e Rafael, pelo amor e carinho que me dedicaram durante toda a vida; aos meus cunhados pela convivência; ao pequeno Zeca; aos meus amigos de coração e, principalmente, a Deus, pelo dom da vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu marido, grande incentivador dos meus estudos e empreitadas. Sempre ao meu lado me apoiando e ajudando.

Agradeço ainda os meus pais e irmãos pelo incentivo ao estudo.

Por fim, agradeço ao Professor Carlos Galante que, mesmo situações desfavoráveis, auxiliou-me nas lições imprescindíveis para a realização deste trabalho.

RESUMO

A questão da transexualidade tem sido, cada vez mais, objeto de discussões jurídicas, em especial no que tange aos conflitos entre os direitos do transexual e do terceiro. Busca-se analisar a existência de conflitos entre direitos fundamentais diante da existência de relação jurídica entre transexuais e terceiros, partindo-se da análise da dignidade da pessoa humana. Pretende-se analisar, com base na ponderação dos direitos, as formas de resolução dos conflitos de direitos fundamentais existentes nas relações jurídicas existentes entre os transexuais e os terceiros.

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

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	7
2 TRANSEXUALIDADE E SEUS ASPECTOS ESSENCIAIS.....	10
2.1 TRANSEXUALIDADE: ASPECTOS GERAIS.....	10
2.2 DA CIRURGIA DE READEQUAÇÃO SEXUAL.....	13
2.3 ALTERAÇÕES DE PRENOME E SEXO DOS TRANSEXUAIS NOS ASSENTAMENTOS CIVIS.....	16
2.4 CONSEQUENCIAS JURÍDICAS DAS RETIFICAÇÕES NOS ASSENTAMENTOS CIVIS.....	19
3 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA TRANSEXUALIDADE: OS TRANSEXUAIS COMO SUJEITOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	21
3.1 CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO E A PROTEÇÃO DAS MINORIAS.....	21
3.2 A DIGNIDADE HUMANA COMO BASE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O DIREITO DAS MINORIAS.....	28
3.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRANSEXUAIS.....	31
4 CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES JURÍDICAS ENTRE TRANSEXUAIS E TERCEIROS.....	39
4.1 TEORIA DA PONDERAÇÃO E RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	39
4.2 O CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS EM RELAÇÕES JURÍDICAS DE TRANSEXUAIS E TERCEIROS.....	43
5 CONCLUSÃO.....	55
REFERÊNCIAS.....	59

1 INTRODUÇÃO

A questão da transexualidade tem adquirido um espaço mais amplo nas discussões constitucionais.

No presente trabalho, busca-se trabalhar o conflito envolvendo os direitos fundamentais de transexuais e de terceiros.

O fundamento do atual Estado Democrático de Direito é a dignidade humana, de forma que todas as ações devem ser pautadas por este princípio. A partir do referencial da dignidade humana, busca-se estabelecer uma igualdade material entre os indivíduos.

A igualdade material entre os indivíduos gera conflitos entre os direitos fundamentais, de forma que o exercício de um direito por um indivíduo pode vir a restringir ou a impedir o exercício do direito de outro. Nesse sentido, mostra-se essencial o estudo de formas de soluções de conflitos, que não pode ocorrer pela mera substituição de um direito pelo outro, em razão de ambos serem direitos fundamentais.

A problemática reside na análise dos conflitos entre direitos fundamentais diante de relações jurídicas que envolvam transexuais e terceiros, buscando-se verificar como o assunto tem sido tratado a partir da noção e da operacionalização do conflito entre direitos fundamentais, baseada na perspectiva da aplicação do princípio da proporcionalidade.

Busca-se analisar as conseqüências jurídicas advindas da alteração de prenome e de sexo no Registro Civil dos transexuais frente ao direito à informação de terceiros, nos casos em que há relação jurídica entre esses indivíduos.

Considerando que a dignidade da pessoa humana é o eixo central de nosso ordenamento jurídico, deve-se analisar quais são os limitadores da incidência de tal princípio.

Diante dos conflitos entre direitos fundamentais, a partir do balanceamento dos princípios, verifica-se que a solução deve ser a aplicação do princípio da proporcionalidade. Da mesma forma, essa solução pode ser aplicada à questão da transexualidade, pois se trata de um conflito entre o direito fundamental à informação

do terceiro em contraposição ao direito à saúde, à intimidade e à honra dos transexuais.

A fim de se verificar qual o direito deverá preponderar, deverão ser analisadas as circunstâncias de cada caso em concreto, porquanto se tanto o transexual quanto o terceiro possuem direitos fundamentais em conflito, deve ser garantido que as obrigações decorrentes de uma relação jurídica sejam absolutamente cumpridas.

A temática do conflito entre direitos fundamentais de terceiros e dos transexuais demanda, inicialmente, estabelecer aspectos básicos e conceitos fundamentais à compreensão do transexualismo, abordando-se a realização da cirurgia de adequação sexual e a retificação do prenome e do sexo nos assentamentos civis. Mostra-se relevante também realizar a análise dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais que protegem os transexuais, bem como relacionar os possíveis conflitos existentes entre os direitos fundamentais constitucionais dos transexuais e de terceiros. Procurar-se-á analisar as posições doutrinárias acerca dos conflitos entre direitos fundamentais e a aplicação do princípio da proporcionalidade.

A presente pesquisa constitui-se de grande relevância, eis que, a despeito da crescente discussão acerca do transexualismo, ainda há poucos precedentes jurisprudenciais relativos ao tema. Ademais, mostra-se relevante a tentativa de encontrar um ponto de equilíbrio entre os direitos dos transexuais e os direitos de terceiros, ou seja, é a própria discussão acerca dos conflitos entre direitos fundamentais.

Cumprir ainda destacar que diante da sociedade pluralista em que se está inserido, os casos de transexualidade e, conseqüentemente, de conflito de direitos fundamentais, precisam ser solucionados de forma a acarretar os menores prejuízos possíveis aos envolvidos, de modo a se restringir o mínimo possível o direito preterido.

O trabalho utiliza-se da lógica dedutiva, partindo-se da análise de aspectos gerais ao desenvolvimento do tema para, depois, se analisar a temática. Utiliza-se ainda da pesquisa bibliográfica, por meio do levantamento de dados e informações junto à legislação, à doutrina e à jurisprudência.

O primeiro capítulo trata da transexualidade e seus aspectos essenciais, a partir de informações técnicas, apresentando conceitos básicos e classificações.

Apresentada a transexualidade, analisa-se a proteção constitucional dos transexuais, em especial a dignidade humana, e os direitos fundamentais aplicáveis

aos transexuais, analisando-se os direitos que conflitam em casos de relações jurídicas entre transexuais e terceiros.

No último capítulo, discute-se a ponderação e o princípio da proporcionalidade, pois se aborda a temática do conflito entre direitos fundamentais nos casos de transexualidade. Assim, partindo-se da teoria da ponderação, verifica-se que, em caso de conflitos entre direitos fundamentais, devem ser estabelecidos pesos aos direitos, para que, em determinado caso concreto, um direito se sobreponha ao outro.

2 TRANSEXUALIDADE E SEUS ASPECTOS ESSENCIAIS

2.1 TRANSEXUALIDADE: ASPECTOS GERAIS

Em princípio, a fim de se garantir uma correta compreensão dos aspectos que circundam a transexualidade, bem como a cirurgia de readequação sexual, faz-se necessário estabelecer os conceitos e informações da psiquiatria e da psicologia, porquanto se mostram essenciais à compreensão do tema e ao entendimento do problema jurídico apresentado.

Há de se ressaltar que o termo transexualidade é utilizado para descrever indivíduos que sentem como se fossem pertencentes a outro gênero, diverso do sexo biológico. A expressão transexualismo não é mais utilizada por considerar a alteração psíquica como se doença fosse¹.

Cumprе esclarecer que a pretensão é analisar os casos de conflitos de direitos fundamentais entre transexuais e homossexuais e discutir acerca da aplicação do princípio da proporcionalidade como meio de resolução destes conflitos.

Destarte, para tanto se mostra primordial uma melhor compreensão acerca da transexualidade, em especial sobre a sua evolução conceitual e os aspectos relacionados à temática.

Historicamente, a transexualidade se mostra como um anseio do indivíduo em pertencer ao sexo oposto, ou seja, é o desejo de mudar de sexo, de fazer um ajuste de modo a viver como indivíduo do sexo oposto ao seu biológico.

No Brasil, a primeira ocorrência de cirurgia de readequação social ocorreu em 1971, tendo o médico cirurgião Roberto Farina sido, inclusive, denunciado como incurso no artigo 129, § 2º, III, do Código Pena, sob a acusação de ter causado lesões corporais de natureza grave ao paciente, com a perda e inutilização de membro².

A transexualidade ganhou mais destaque nas mídias nacionais após a modelo Roberta Close, registrada inicialmente como Roberto Gambine Moreira, tornar público o seu transexualismo. A cirurgia de readequação sexual da modelo ocorreu no ano de

¹ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

² DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito & a justiça**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001

1989, na Inglaterra. Contudo, somente após mais de 15 (quinze) anos de batalhas judiciais, tornou-se possível a alteração de seus assentamentos civis³.

Assim, a transexualidade pode ser definida como uma inversão da identidade sexual, ou seja, um transtorno sexual relativo à divergência de gênero. É um transtorno psicológico caracterizado pela inconformidade do indivíduo de possuir determinado sexo biológico e psicologicamente ao outro. Consoante Alexandre Saadeh⁴ é como se o transexual sentisse que tivesse nascido com o corpo errado, recusando o seu sexo, e se identificando com o sexo oposto ao constante em sua certidão de nascimento, sendo que o inconformismo vem acompanhado do desejo de se submeter a uma intervenção cirúrgica ou tratamento hormonal com o fito de se ajustar ao sexo desejado.

A divergência entre os sexos biológicos e psicológico ocasiona ao transexual um desconforto perante a sociedade.

Os indivíduos, desde criança, fazem a distinção entre masculino e feminino, por influência das atitudes e palavras dos pais e demais conviventes, ou seja, antes mesmo de compreender os órgãos sexuais, o infante se identifica como menino ou menina, percebendo que há dois gêneros sexuais diversos⁵.

Considerando que a transexualidade depende não somente do aspecto físico, mas também da percepção psicológica, entende-se que a transexualidade somente surge na adolescência, quando o indivíduo terá a percepção dos sexos.

A transexualidade pode ser classificada em primária ou secundária. A primária é representada pelo transexual na verdadeira acepção a palavra, eis que representa aquele repudio ao sexo biológico, com tendência à realização de cirurgia de readequação. Há de se ressaltar que esse indivíduo não apresenta tendências homossexuais. A transexualidade secundária é conhecida como transexuais flutuantes e temporárias, com oscilações de comportamentos sexuais. Em regra a

³ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Nona Vara de Família do Rio de Janeiro. **Sentença Cível n.º 2001.001.051229-0**, julgada em 04 de março de 2003. Juíza Leise Rodrigues de Lima Espírito Santo. Disponível em: www.tj.rj.gov.br. Acesso em 02 ago. 2014

⁴ SAADEH, Alexandre. **Transtorno de identidade sexual**: um estudo psicopatológico de transexualismo masculino e feminino. 2004. 266 f. Tese (Faculdade de Medicina – Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5142/tde-09082005-115642/>. Acesso em: 1 ago. 2014, p. 50-55.

⁵ PERES, Ana Paula Ariston Barion. Transexualismo. In: BARRETO, Vicente de Paulo. **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: UNISINOS; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

cirurgia de adequação sexual somente é realizada em transexual primário, em razão de seu caráter imutável e irreversível.⁶

O transexual, após a realização de tratamento hormonal e psicológico, busca realizar a cirurgia de adequação sexual. Destarte, realizada a cirurgia, surgem outras complicações, principalmente quanto a classificação do sexo perante a sociedade. Nesse pórtico, surgem demandas judiciais que visam regularizar a situação do transexual, com a modificação de seu nome e prenome.

O sexo gonádico surge ainda na vida intrauterina do feto, por volta dos quarenta dias de gestação, definindo o sexo, por meio dos testículos ou ovários.

O sexo morfológico resulta da soma das características genitais e extragenitais (características secundárias, tais como mamas, pelos pubianos). Em regra, os assentamentos civis utilizam-se do sexo morfológico para definição do sexo civil do indivíduo, baseando-se unicamente no aspecto visual.

A grande problemática reside na questão do indivíduo transexual. Em casos de intersexualidade, ou seja, dubiedade sexual, a recomendação é de que a criança somente seja registrada após a realização de exames mais aprofundados para verificação do sexo biológico. Contudo, no transexual o sexo jurídico é idêntico ao sexo biológico, existindo a diferença somente no aspecto psicológico, que não seria percebido quanto da lavra da certidão de nascimento.

No caso dos transexuais, merece ainda destaque o sexo psicossocial. Em regra os sexos biológico e legal são idênticos ao sexo de criação. Há de se ressaltar que a educação familiar ocorre de forma que o sexo de criação, ou seja, aquele definido pelo modo e pelo meio em que a criança foi criada e educada, seja igual ao sexo legal. Nesse contexto, destaca-se:

A consciência que se tem de ser do gênero masculino ou feminino é, portanto, adquirida e induzida pelo comportamento e pelas atitudes dos pais, dos familiares e do meio social a que se pertence, além da percepção e interiorização das experiências vividas.⁷

No caso dos transexuais, o indivíduo é biologicamente normal, coincidindo-se o sexo legal com o biológico. Contudo, a análise psicossocial deste indivíduo demonstra a sua identificação psicológica com o sexo oposto ao seu sexo biológico.

⁶ SUTTER, Matilde Josefina. **Determinação e mudança de sexo: aspectos médico-legais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

⁷ ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 48.

Há de se ressaltar que o transexual em nada coincide com os demais tipos sexuais, como a homossexualidade, travestismo, hermafroditismo, bissexualidade.⁸

O transexual busca apenas a felicidade de poder viver de acordo com o seu sexo psicológico, sendo o corpo físico incompatível e incongruente com o sexo psicológico. Em verdade, o transexual almeja que o corpo e a sua aparência sejam modificados, para que possam exprimir a sua vontade psicológica de pertencer ao outro sexo.

2.2 DA CIRURGIA DE READEQUAÇÃO SEXUAL

Diante da transexualidade, busca-se uma forma terapêutica de minorar os sofrimentos e angústias do transexual. Nesse sentido, o indivíduo busca viver de maneira harmônica na sociedade. Para tanto, pode-se utilizar o procedimento psicoterapêutico, em que se busca uma adequação do sexo psicológico ao biológico ou o procedimento cirúrgico, com a adequação do sexo biológico ao psicológico.

Há de ressaltar que parte da doutrina, entre as quais se destaca Maria Helena Diniz⁹, que trabalha com a linha do procedimento psicoterápico como forma de curar o transexual. Destarte, o entendimento majoritário é no sentido de que a terapia não teria o condão de reverter o sexo psicológico do transexual¹⁰, inclusive porque o próprio indivíduo aceita a terapia apenas como forma de compreender melhor a sua condição de transexual e de se desenvolver nesta condição.

Diante dessa hipótese a única solução é a cirurgia de readequação sexual ou de transgenitalização.

As cirurgias de redesignação sexual foram regulamentadas por meio da Resolução nº 1.482/1997, revogada pela Resolução nº 1.652/2002 e, posteriormente, revogada pela Resolução nº 1.955/2010 do Conselho Federal de Medicina. A resolução permite a realização de cirurgias para adequação sexual nos transexuais homens (cirurgia de neocolpovulvoplastia) e transexuais mulher (cirurgia de neofaloplastia), mas esta somente a título experimental, podendo ser realizada em

⁸ PERES, Ana Paula Ariston Barion. **Transexualismo**: o direito a uma nova identidade sexual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 105-136.

⁹ DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 228-229.

¹⁰ SUTTER, Matilde Josefina. **Determinação e mudança de sexo**: aspectos médico-legais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999

estabelecimentos públicos ou privados, desde que preenchidos os pré-requisitos estabelecidos na Resolução.¹¹

Há de se ressaltar que, atualmente, os procedimentos de redesignação sexual podem também ser realizados pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Considerando a decisão, já transitada em julgado, proferida nos autos da Ação Civil Pública nº 2001.71.00.026279-9/RS, que versa sobre a implantação no SUS de cirurgias de readequação sexual e, ainda, a decisão judicial proferida no dia 13 de setembro de 2013 em sede de execução na referida Ação Civil Pública, que determinou ao Ministério da Saúde o cumprimento integral, no prazo de 30 (trinta) dias, das medidas necessárias para possibilitar a realização no SUS de todos os procedimentos médicos para garantir a cirurgia de transgenitalização e a readequação sexual no Processo Transexualizado, foi editada a Portaria nº 2.803/13, que redefiniu e ampliou o processo transexualizador no SUS¹².

Cumprir destacar que a cirurgia de redesignação somente pode ser realizada quando presentes os requisitos estabelecidos na Resolução nº 1955/2010 do CFM¹³: a) desconforto com o sexo anatômico natural; b) desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto; c) permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos; d) ausência de transtornos mentais.

Após o diagnóstico da transexualidade, faz-se necessário um período de tratamento de, ao menos, dois anos, com acompanhamento de equipe multidisciplinar formada por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, sendo que a idade mínima para a cirurgia é de 21 anos.

O acompanhamento multidisciplinar é essencial para que seja, de modo efetivo, diagnosticada a transexualidade, com a exclusão de quaisquer outros problemas biológicos, estabelecendo-se as diferenças do homossexualismo e travestismo, bem

¹¹ BRASIL. Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 1.955, de 03 de setembro de 2010. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a [Resolução CFM nº 1.652/02](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1652_2002.htm). Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1652_2002.htm>. Acesso em: 12 ago 2014.

¹² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4.ª Região. Apelação Cível n.º 2001.71.00.026279-9/RS, julgada em 14 de Agosto de 2007. Juiz Federal Roger Raupp Rios (relator). Disponível em: <http://www.trf4.gov.br>. Acesso em: 12 ago. 2014.

¹³ BRASIL. Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 1.955, de 03 de setembro de 2010. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a [Resolução CFM nº 1.652/02](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1652_2002.htm). Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1652_2002.htm>. Acesso em: 12 ago 2014.

como identificando-se o transexual primário, porquanto somente neste caso é possível a realização de cirurgia.¹⁴

A cirurgia de adequação sexual resulta em ato de disposição do próprio corpo, sendo admitida desde que não atente contra a vida do indivíduo e haja o consentimento deste. Ademais, a cirurgia visa garantir a saúde do transexual, englobando o bem estar físico e a saúde mental do transexual.

O artigo 6º da Constituição Federal inclui no rol de direitos sociais, o direito à saúde. Ainda, o artigo 196, caput, do referido diploma, dispõe que¹⁵:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Nesse pórtico, o tratamento de readequação sexual do indivíduo transexual deve ser considerado como resultado do direito à saúde, porquanto no transexualismo há um descompasso psicológico, de modo que a intervenção cirúrgica e terapêutica podem proporcionar uma maior harmonia entre o físico, o emocional, o social, o sexual e comportamental do transexual. Desta feita, preenchidos todos os requisitos, deve a cirurgia ser realizada, de modo a permitir que o transexual se reconheça dignamente como indivíduo, respeitando-se a sua individualidade¹⁶.

Destarte, mesmo após a realização da cirurgia de adequação sexual, verifica-se que persistem outras querelas, porquanto há necessidade de que o transexual tenha os seus documentos alterados, com o ajustamento do prenome e a retificação do sexo constantes em seus assentamentos civis, de modo adequá-los à nova aparência física do indivíduo.

¹⁴ VENTURA, Miriam. Transexualidade: algumas reflexões jurídicas sobre a autonomia corporal e autodeterminação da identidade sexual. In: RIOS, Roger Raupp (Org.). **Em defesa dos direitos sexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 148-149.

¹⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm >. Acesso em: 12 ago 2014.

¹⁶ VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e Direito**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999.

2.3 ALTERAÇÕES DE PRENOME E SEXO DOS TRANSEXUAIS NOS ASSENTAMENTOS CIVIS

Diante da complexidade que envolve a questão do indivíduo transexual, cumpre esclarecer que a realização da cirurgia de redesignação sexual não é capaz de garantir o pleno bem estar físico e psicológico do indivíduo, mostrando-se absolutamente necessário alterar o prenome e sexo nos seus documentos.

O descompasso da identidade física/psicológica e a jurídica, estampada nos documentos, prejudica sobremaneira o transexual, que sofre preconceito e se vê diante de situações humilhantes por portar documentos que o identifiquem como do sexo oposto ao da aparência ou psicológico. Tal situação poderia ser resolvida pela autorização para retificação dos assentamentos civis do transexual, especificamente quanto a alteração de seu prenome e sexo.

A despeito de inexistir regramento expresso quanto a possibilidade de alteração do prenome para os transexuais, eis que o regramento legal busca proteger o nome do cidadão como elemento inerente ao direito de personalidade, somente sendo admitida a sua modificação, consoante disposto na Lei de Registros Públicos¹⁷, em caso de erro de grafia ou quando o prenome expuser o indivíduo a situações vexatórias, atualmente se admite a mudança do prenome do indivíduo transexual em razão da suposta situação vexatória a que ele se encontra submetido.

No que tange à autorização para mudança de sexo no registro civil, verifica-se que não há qualquer vedação expressa, tampouco autorização, o que resulta e, omissão legislativa, eis que nenhuma norma proíbe a retificação.

Nessa hipótese, diante da ausência de disposição legislativa quanto à sua possibilidade ou negativa, incumbe ao Poder Judiciário apreciar a questão, devendo o Magistrado se valer dos princípios constitucionais para solucionar o problema jurídico apresentado, até mesmo porque “pode autorizar a intervenção cirúrgica e a posterior mudança de nome e do sexo do transexual com base nos princípios constitucionais”¹⁸

¹⁷ BRASIL. Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Art. 55, parágrafo único e art. 58, *caput*, da Lei n.º 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6015.htm. Acesso em: 20 ago. 2014.

¹⁸ PERES, Ana Paula Ariston Barion. Transexualismo. In: BARRETO, Vicente de Paulo. **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: UNISINOS; Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 835.

Consoante explicitado, observa-se que o transexual busca tão somente retificar o seu prenome e o sexo em seus assentamentos civis, de forma a adequá-los a sua aparência física.

Visto que o prenome é o nome pelo qual a pessoa é conhecida no mundo exterior e distingue os indivíduos pertencentes ao mesmo núcleo familiar, vindo antes do sobrenome, aquele se mostra essencial para a identificação da pessoa na sociedade, tanto em sua vida social quanto perante o Estado.

O prenome, em regra, é escolhido livremente e indica o sexo ao qual o indivíduo pertence. Ressalta-se que se o prenome o expuser à situação vexatória, poderá o oficial do cartório de registros civis recusar o seu registro¹⁹. Desta feita, na hipótese de prenome que possa vir a causar constrangimentos ao seu detentor, aquele poderá ser alterado, mediante ação específica, desde que o prenome seja substituído pelo apelido público pelo qual o indivíduo é reconhecido publicamente na sociedade. Nesse pórtico é possível afirmar que o prenome deve ser um espelho da realidade²⁰. Em sendo assim, os registros civis do indivíduo devem retratar a realidade, observando-se, inclusive, o prenome pelo qual a pessoa é conhecida no meio social, independente da informação que consta em seu registro de nascimento.

No caso dos transexuais que realizam a cirurgia de readequação do sexo antes da mudança do nome e do sexo nos assentamentos civis, ou seja, permanecem com a inscrição, em seu registro civil, do sexo biológico e do nome diversos de sua aparência física, podem ter problemas das mais diversas ordens, pois o registro não espelha a sua verdadeira identidade. Ademais, a negativa de alteração dos assentamentos civis ofende os direitos da personalidade dos indivíduos transexuais, o que lhe causa transtornos psíquicos.

Resta evidente pois a situação vexatória a que o transexual é submetido.

A escolha do nome do transexual é livre, devendo recair preferencialmente sobre aquele pelo qual é reconhecido na sociedade, de modo a garantir que o transexual não tenha sofrido mais situação constrangedoras, em obediência ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

¹⁹ BRASIL. Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Art. 55, parágrafo único. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6015.htm. Acesso em: 20 ago. 2014.

²⁰ VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Alteração do prenome em face da Lei 9.708/98**: novos estudos jurídicos. Itajaí: Univali, n. 11, out. 2000, p. 74.

O descompasso entre a identidade física e a jurídica causa estranheza a todos e prejudica o transexual, que sofre com constantes situações humilhantes e que o expõem ao ridículo, por portar documentos que o identificam como do sexo oposto ao de sua aparência física. Por isso se afirma que a retificação do prenome e do sexo é conveniente ao direito:

Uma pessoa nascida e identificada como João, por exemplo, faz um negócio jurídico qualquer e depois adquire, através de uma cirurgia de tramutação de sexo, outra aparência. Caso Joao quisesse furtar-se do cumprimento das obrigações assumidas e fosse procurado para cumpri-las, ele provavelmente poderia não mais ser encontrado, em razão de sua nova aparência a forma feminina. Isso significa, ao contrário do que se pensa, que a alteração do nome e identidade de um transexual é conveniente ao Direito, uma vez que isso poderá significar uma maior assertividade na identificação das pessoas, inclusive para dar maior segurança às relações jurídicas e até mesmo para evitar fraudes decorrentes de identificação da pessoa²¹.

Desta feita, os registros civis do cidadão devem conter informações verídicas sobre a pessoa sob o risco, de não o fazendo, levar a erros sobre a pessoa. Em face de todos os argumentos, o Poder Judiciário tem admitido a retificação nos assentamentos civis do transexual, antes mesmo da realização da cirurgia de readequação sexual.

Há de se ressaltar, contudo, que para que se tenha uma efetiva prestação jurisdicional é essencial que as retificações nos assentamentos civis sejam mantidas em sigilo, impossibilitando que terceiros tenham acesso à informação.

Assim, diante das omissões legislativas, caberá ao julgador aplicar com base na analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.²² A hermenêutica deverá ser realizada de modo a se aplicar as melhores soluções aos casos concretos, de modo a se garantir a efetividade dos direitos fundamentais, mediante a aplicação dos princípios constitucionais.

²¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A Sexualidade vista pelos Tribunais**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 165.

²² BRASIL. Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De14657compilado.htm. Acesso em: 20 ago. 2014

2.4 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DAS RETIFICAÇÕES NOS ASSENTAMENTOS CIVIS

A retificação dos assentamentos civis do transexual traz consequências jurídicas aos terceiros, em especial quanto aos possíveis filhos que o transexual possa vir a ter ou já tenha, à possibilidade de casamento posterior à retificação e ao próprio direito de terceiro, que não pode ser afetado pela mudança no registro civil do indivíduo.

Na hipótese dos filhos, a questão cinge-se aos reflexos que a retificação dos registros civis do genitor transexual teria nos registros de nascimento da prole. Assim, embora rara a situação de filhos anteriores à retificação, esta é possível, porquanto o transexual não possui, em regra, qualquer impedimento biológico para procriar. A doutrina ainda é divergente, de modo que há quem sustente a imutabilidade do registro de nascimentos dos filhos e outros que admitem a mudança nos registros da prole.

Entretanto, em caso de alteração dos registros civis do genitor transexual, o assentamento civil do filho não mais espelhará o vínculo parental, pois o genitor que constava no registro não mais existiria perante o mundo jurídico, surgindo outra pessoa, com nome e sexo diferentes. Assim, isso poderia resultar em prejuízos ao filho que poderia perder ou dificultar o direito de pleitear alimentos, o direito sucessório.

A despeito da mudança nos assentamentos civis do genitor transexual, a relação de filiação não resta modificada, permanecendo as obrigações decorrentes do parentesco e também os assentamentos civis dos filhos. Assim, poderia o filho pleitear alimentos ou garantir o seu direito sucessório, independentemente do novo nome do pai ou da mãe, devendo estes serem acionados judicialmente com o seu novo nome, narrando na peça exordial a situação ao Magistrado. Desta feita, pode-se afirmar que os direitos e deveres inerentes à relação familiar não sofrem alteração, independente da retificação nos assentamentos civis de um dos genitores.

Desta feita, em atenção, inclusive, ao princípio do melhor interesse da criança²³, é patente que o interesse da criança deve prevalecer. Isso não implica que a cirurgia de redesignação possa ser proibida em razão da existência de um filho do

²³ ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2014, p. 2-4.

indivíduo transexual, até porque há casos em que a cirurgia gera um resultado favorável aos filhos, na medida em que define a sexualidade do genitor transexual²⁴.

Uma das maiores consequências advindas da retificação dos assentamentos civis dos transexuais de refere a possibilidade ou negativa de o indivíduo poder contrair matrimônio. Realizada a cirurgia, além da alteração física, e também retificados os assentamentos civis quanto ao nome e ao sexo, é plenamente admissível que o transexual procure constituir família com um indivíduo de sexo oposto ao que consta em sua certidão de nascimento. Contudo, existe a possibilidade de o terceiro que se case com o transexual estar incorrendo em erro. Consoante disposto nos artigos 1.556 e 1.557, inciso I, do Código Civil, é causa de anulação do casamento o erro quanto à pessoa. O casamento pode ser anulado com base em erro quanto à pessoa, mas é um casamento existente e válido. Destaca-se que a anulação pode ocorrer, mas desde que o conhecimento da situação de transexualidade do outro cônjuge seja conhecida após o matrimônio e que torne a situação de convivência comum insustentável.

Há de se destacar que nestes casos há conflito de interesses fundamentais, sendo confrontados a dignidade da pessoa humana, a intimidade e a vida privada, relativos ao transexual, e o direito à honra e à informação do terceiro.

Outro ponto interessante é na hipótese de o transexual já ser casado e, depois do matrimônio, realiza a cirurgia de redesignação sexual e altera os assentamentos civis. Por corolário lógico, caso o outro cônjuge não concorde com a intervenção e a alteração civil, deverá extinguir o vínculo matrimonial pelo divórcio. Assim, o transexual casado, em caso de discordância de seu cônjuge, somente poderá realizar a cirurgia e alterar os assentamentos civis, após o divórcio, inclusive porque não há de se impor ao outro cônjuge um casamento homossexual.

²⁴ PERES, Ana Paula Barion. **Transexualismo**: o direito a uma nova identidade sexual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 221.

3 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA TRANSEXUALIDADE: OS TRANSEXUAIS COMO SUJEITOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

3.1 CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO E A PROTEÇÃO DAS MINORIAS

Considerando-se a análise acerca do fenômeno transexual, faz-se necessário ressaltar que o objeto de análise do presente trabalho reside nas consequências jurídicas advindas da realização da cirurgia de readequação sexual e a retificação do prenome e sexo nos assentamentos civis. Assim, diante da visão do constitucionalismo democrático, no sentido de enaltecer e privilegiar a dignidade da pessoa humana, e conseqüentemente, preservar os direitos das minorias, além de todos os outros direitos fundamentais inerentes ao próprio indivíduo, é patente o conflito com o direito fundamental dos terceiros.

O constitucionalismo surgiu com o objetivo de romper com as inseguranças e com as imposições dos governos absolutistas, coincidindo com as revoluções burguesas ocorridas nos séculos XVII e XVIII, bem como com o início do estado Liberal.²⁵ O movimento, de natureza político-constitucional, almejava esclarecer a sociedade acerca da necessidade de se elaborar constituições escritas, a fim de que houvesse a regulamentação do exercício do poder e da vida em sociedade²⁶.

Segundo Barroso²⁷ “constitucionalismo significa, em essência, limitação de poder e supremacia da lei”. Assim, as constituições surgem como forma de exigência da burguesia de limitar o poder real, até então absoluto, adequando-se aos interesses de uma nova classe dominante. Nesse pórtico, é possível afirmar que o constitucionalismo liberal/moderno iniciou-se com o Estado Liberal.

No modelo de Estado Liberal iniciaram-se os entraves para garantir os direitos individuais de liberdade, a consagração econômica da livre iniciativa, o surgimento da opinião pública, de modo a transformar o modelo liberal no cenário ideal para o renascimento da esfera pública, sem ofensa ao âmbito privado, ou seja, representando um grande avanço à democracia.

²⁵ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência política e teoria do estado**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 57

²⁶ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 15-16.

²⁷ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 27.

Na passagem do absolutismo para o Estado Liberal, com as revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII (inglesa, francesa e americana)²⁸, em especial a Revolução Francesa, que se tem a ideia de contrato social, por meio do qual os indivíduos dispõem de certos direitos em benefício do Estado, ente superior, a fim de se garantir a paz social. A ideia contratualista foi difundida por meio dos pensamentos de Bodin²⁹, Hobbes³⁰, Locke³¹ e Rousseau³². Nesse pórtico, o Estado age em nome dos indivíduos, porquanto estes são anteriores à própria entidade estatal, tendo como início e referência a promoção da liberdade igualdade e autodeterminação, de modo tornar o poder estatal absolutamente legítimo.

A intervenção do Estado é mínima, eis que, se ele existe, o faz em razão dos indivíduos e, portanto, é este o fundamento da limitação do Estado. Essa noção é típica do liberalismo, porquanto o estado o não deveria intervir na sociedade, em especial na questão econômica, em que o mercado é dotado de auto-organização e funcionamento.³³ Desta feita, os indivíduos devem viver num mesmo patamar de igualdade, com uma liberdade, em tese, ilimitada. Contudo, a igualdade e a ausência de limite da liberdade geram conflitos, de tal sorte que a solução dessas tensões deve ocorrer por meio do regramento das condutas, estabelecendo-se o que é permitido e o que é proibido.

O Código Civil reforça a ideia de liberdade, eis que se baseia na autonomia da vontade. No que tange à forma de organização e funcionamento do Estado, a disciplina da matéria ocorrerá na própria Constituição Federal.

O modelo da intervenção mínima do Estado, característica do modelo liberal, serviu de base para a elaboração da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), garantindo uma proteção mais efetiva aos direitos fundamentais.

²⁸ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2013, p. 25-64

²⁹ Jean Bodin foi o autor da primeira obra a tratar de soberania, a definindo como absoluta, permanente e indivisível. BODIN, Jean. Traduzido por: José Ignacio Coelho Mendes Neto. **Os seis livros da República.** São Paulo: Ícone, 2011.

³⁰ Hobbes foi um dos teóricos do absolutismo inglês e precursor da teoria contratual de origem de Estado. Tratava a soberania como absoluta. Nesse sentido, ver: HOBBS, Thomas. **O leviatã.** São Paulo: Martins, 2008.

³¹ Locke foi um dos precursores da ideia liberal, tendo seus pensamentos repercutido na Inglaterra, França e nos Estados Unidos. Segundo o pensador, a soberania se transporta para o Parlamento. Nesse sentido, ver: LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil.** São Paulo: Edipro, 2014.

³² Segundo Rousseau, o poder soberano passa nominalmente para o povo. Adota como premissas teóricas que os homens nascem bons e são pervertidos pela sociedade; defende a ideia de vontade geral e defesa da soberania popular, como fundamento da democracia. Nesse sentido, ver: ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social.** São Paulo: Martin Claret, 2000.

³³ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência política e teoria do estado.** 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

Assim, a constituição é a maneira mais adequada e eficaz para estabelecer os limites do poder político e conferir maior garantia e exequibilidade aos direitos fundamentais dos indivíduos.

Destarte, no início do século XIX, iniciou-se o processo de transformação do Estado Liberal, que passou a assumir uma posição mais ativa, garantindo certos direitos aos indivíduos, relativos à democracia e à cidadania.

A partir do Estado Social, as constituições passaram a possuir uma pluralidade de matérias, ampliando o seu papel, eis que trataram também das relações entre Estado, sociedade e indivíduo. Nesse pórtico, a constituição, que no modelo liberal era essencialmente jurídica, passa a ter caráter também político.

Desta feita, considerando-se que o Estado passa a ter uma postura mais positiva e ativa, tem-se a ideia de igualdade material como condição para o exercício das liberdades. Assim, deve o Estado garantir os direitos sociais, como forma de promoção dessa igualdade material e, por consequência, das liberdades individuais. Com a evolução do estado Liberal para o Social ocorre a integração de direitos econômicos, sociais e culturais, com o reconhecimento de direitos políticos e a expansão do direito ao voto. É, portanto, o marco determinante para que os cidadãos possam exigir do Estado prestações no sentido de promover tais direitos, mostrando-se como um dos avanços do modelo de Estado, visando a garantir uma igualdade material entre os indivíduos.

As Cartas Políticas passam a ter uma função mais dirigente e política, porquanto incorporam esses direitos por meio de programas de ação que, entretanto, não possuem efetividade imediata, dependente de ações políticas e afirmativas para isso, o que ratifica o seu caráter eminentemente político. Assim, o Estado assume uma função corretiva e prestacional, almejando o bem comum.

Inexiste uma grande ruptura na passagem do Estado Social para o Estado Democrático de Direito. Há sim uma valorização dos direitos fundamentais, que se constituem como base do Estado de Direito, em especial, dos direitos à igualdade e da dignidade da pessoa humana, bem como uma ascensão da ideia democrática, que amplia a participação dos cidadãos nas decisões estatais. Assim, os poderes estatais estariam diretamente relacionados aos direitos fundamentais, de modo que a proteção

e efetivação desses direitos deva ocorrer independentemente da vontade de seu titular³⁴.

O poder constitucional não está mais adstrito aos limites do poder estatal, transmutando-se em um instrumento de valorização, concretização e garantia dos próprios direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana. No Estado Democrático de Direito, a democracia é medida, entre outros elementos, pela eficácia dos direitos fundamentais.

Cumprir destacar que os direitos fundamentais consagram princípios que incidem em todo o ordenamento jurídico, repercutindo na estrutura do Estado e da sociedade. Assim, a norma fundamental, ao instituir valores, passou a regular as relações entre os particulares e o Estado (eficácia vertical dos direitos fundamentais), bem como as relações entre os próprios indivíduos (eficácia horizontal dos direitos fundamentais), visando estruturar os poderes estatais e assegurar a efetivação dos direitos.

O Estado, ao proibir a defesa de direitos pela autotutela, adquiriu o poder e dever de tutelar todas as espécies de situações conflitivas, ou seja, “assumiu para com todos e cada um de nós o grave compromisso de tornar realidade a disciplina das relações intersubjetivas previstas nas normas por ele mesmo editadas”³⁵.

A dignidade da pessoa humana representa um instrumento para a criação e a interpretação de qualquer direito, mostrando-se ainda apta limitar o poder do Estado frente aos direitos dos cidadãos e como base dos direitos fundamentais, ou seja, a dignidade se mostra como valor essencial ao próprio Estado Democrático de Direito³⁶. Nesse sentido, destaca-se o conceito formulado por Sarlet:

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além e propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 155

³⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela sancionatória e tutela preventiva. **Temas de Direito Processual**, Segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980, p.21.

³⁶ FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996, p. 46.

com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.³⁷

Pode-se afirmar, portanto, que nesse novo modelo de Estado Democrático, a Constituição prioriza os valores da igualdade e da dignidade humana, em contraposição ao sistema fechado de garantias da vida e da autonomia provada do indivíduo.

Partindo-se da perspectiva apresentada, mostra-se primordial a distinção entre princípios e regras, eis que a diferenciação é essencial para a resolução de conflitos de direitos fundamentais. Nesse sentido, consoante a teoria apresentada por Robert Alexy demonstra que a diferenciação entre princípio e regras vai além da questão da generalidade, em especial por delinear método de resolução de conflitos.

Destarte, a fim de melhor compreender o método defendido por Alexy, faz-se necessário analisar, ainda que de maneira resumida, a teoria dos princípios de Dworkin³⁸.

Segundo Dworkin, o direito deve ser compreendido como um complexo de normas que possui como característica essencial o poder de apresentar soluções jurídicas a qualquer situação e fato apresentados, ainda que tais fatos pareçam não estar abarcados pelo ordenamento jurídico, exigindo-se, portanto, a visão do direito como um sistema complexo e completo.

Dworkin, assim, se contrapõe à ideia do positivismo, que somente considerava o direito como um sistema composto de regras, sem atenção aos princípios. Desta feita, entende que as normas jurídicas se compõem de regras e princípios, que servem de base à própria integridade do Direito.

Sob essa ótica, as regras não possuem a dimensão e importância dos princípios. Em caso de colisão de princípios, deve-se levar em consideração a força relativa de cada um e a supremacia daquele que irá solucionar o conflito.

Alexy, por sua vez, elabora a sua teoria, partindo daquela apresentada por Dworkin. Estabelece que regras e princípios são espécies de normas. Sobre o assunto, merece destaque o esclarecimento de Virgílio Afonso da Silva:

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 73.

³⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

O elemento central da teoria dos princípios de Alexy é a definição de princípios como mandados de otimização. Para ele, princípios são normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Isso significa, entre outras coisas que, ao contrário do que ocorre com as regras jurídicas, os princípios podem ser realizados em diversos graus. A ideia regulativa é a realização máxima, mas esse grau de realização somente pode ocorrer se as condições fáticas e jurídicas forem ideais, o que dificilmente ocorre em casos difíceis.³⁹

Assim, segundo Alexy, são vários os critérios utilizados para que se faça a distinção entre regras e princípios, sendo o da generalidade o mais utilizado, ainda que as diferenças sejam não apenas de generalidade, mas também qualitativa. Os princípios, portanto, seriam normas com um grau de generalidade mais alto e as regras, mais baixo.

Há ainda outra maneira de se verificar a distinção entre princípios e regras, em especial quando há conflito de regras ou colisão de princípios.

Visto que as regras garantem direitos, se duas regras apresentam duas consequências diferentes para o mesmo ato, é certo que uma delas será inválida no todo, ou ao menos em parte. Na hipótese de incompatibilidade parcial, a solução é a instituição de uma cláusula de exceção em uma delas, de modo a declarar a invalidade de uma das regras. Nesse pórtico, “sempre que há um conflito de regras, há alguma forma de declaração de invalidade”.⁴⁰

Em caso de colisões entre princípios, por sua vez, um dos princípios deverá ceder lugar ao outro, ou seja, são estabelecidos pesos aos princípios, de modo que um se sobreponha ao outro em determinado caso concreto. É a chamada lei da colisão apresentada por Alexy⁴¹.

Diante destas premissas, pode-se afirmar que a dignidade da pessoa humana, bem como os demais direitos fundamentais, são princípios constitucionais dotados de normatividade, em razão de seu conteúdo formal. Assim a condição de princípio conferida à dignidade da pessoa humana se mostra perfeitamente compatível com o

³⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais:** conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2.ed. São Paulo,: Malheiros, 2010, p. 46.

⁴⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais:** conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2.ed. São Paulo,: Malheiros, 2010, p. 49.

⁴¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

reconhecimento de sua plena eficácia e efetividade e, conseqüentemente, se sua plena vinculação.

Os princípios representam os valores da sociedade, se mostrando aptos a promover a harmonização dos sistemas constitucional e infraconstitucional brasileiros, atenuando os conflitos normativos. Nesse contexto, os princípios se ligam de modo mais direito ao ideal de justiça, representando os valores de uma sociedade e, portanto, servem como lastro das decisões judiciais.

Diante de tal perspectiva, e partindo-se do pressuposto de que os princípios são dotados de normatividade e se prestam a tutelar de forma direta e imediata as mais diversas situações jurídicas a eles expostas, é notório que, independente do ramo, as questões apostas ao Judiciário devem ser analisadas com base nos ditames constitucionais e seus princípios.

Sob essa vertente, inexistente um conceito definitivo e fixo acerca da dignidade da pessoa humana, até mesmo porque o sistema constitucional é mutável, objeto de constantes transformações derivadas, inclusive, pela própria mudança e evolução da sociedade⁴².

A noção de dignidade é intrínseca ao próprio indivíduo sendo, portanto, irrenunciável, e inalienável, não podendo ser daquele desmembrada, constituindo no próprio fundamento para se afastar qualquer violação dos direitos fundamentais, além de servir como meio de integração e interpretação das normas.

Nesse sentido, diante do caráter irrenunciável da dignidade, a sua inclusão na Constituição Federal, visa garantir a plena efetividade dos direitos constitucionais, servindo como uma forma de proteção da própria pessoa.

O sistema constitucional atual ao mesmo tempo protege e garante o exercício da dignidade, ou seja, a partir do momento em que esta foi incluída no rol de direitos fundamentais, passou a representar um valor jurídico fundamental da sociedade.⁴³ Nesse diapasão, cumpre mencionar os ensinamentos de Paulo Bonavides ao prefaciar a obra de Sarlet:

A dignidade da pessoa humana, desde muito, deixou de ser exclusiva manifestação conceitual daquele direito natural metapositivo, cuja essência se buscava ora na razão divina, ora na razão humana, consoante

⁴² HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 24.

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

professavam em suas lições de teologia e filosofia os pensados dos períodos clássico e medievo, para se converter, de último, numa proposição autônoma do mais súbito teor axiológico, irremissivelmente presa à concretização constitucional dos direitos fundamentais (...). Introduzir, de conseguinte, o princípio da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental na consciência, na vida e na práxis dos que exercitam a governação e dos quem enquanto estes entes de cidadania, são do mesmo passo titulares e destinatários da ação e governo, representa uma exigência e imperativo de elevação constitucional e de melhoria qualitativa das bases do regime.⁴⁴

Todavia, cumpre esclarecer que a dignidade humana não é absoluta, até mesmo por sua condição principiológica, inclusive porque pode ser relativizada quando comparada a questão da dignidade de dois indivíduos.

Nesse sentido, é que se busca discutir a questão da dignidade, como princípio máximo, em contraposição ao próprio direito de outrem, em especial, dos indivíduos transexuais.

3.2 A DIGNIDADE HUMANA COMO BASE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O DIREITO DAS MINORIAS

Consoante explicitado, a Constituição Federal elevou a dignidade da pessoa humana à categoria e valor supremo do ordenamento jurídico, demonstrando o caráter eminentemente axiológico⁴⁵.

Sob essa ótica, tem-se como corolário da dignidade a própria igualdade, no sentido de que todos os cidadãos possuem dignidade, devendo lhes ser proporcionada idêntica proteção, de forma a se reprimir e obstaculizar qualquer ato ofensivo à dignidade.

A despeito do caráter igualitário e como decorrência do próprio Estado Democrático de Direito, em que se deve prevalecer os anseios da maioria, há uma forte tendência de proteção das minorias que até a implementação desse novo modelo estatal tinham seus direitos e garantias menosprezados.

O legislador constitucional demonstrou especial preocupação com o direito das minorias e com os hipossuficientes (material, intelectual), tanto que editou normas que visam a proteção da família, da criança, do adolescente, do idoso, dos índios, bem

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 73.

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 85.

como prevê como ofensivo ao próprio texto constitucional qualquer forma de discriminação fundada em raça, credo, cor e orientação sexual⁴⁶.

Ao se analisar a sociedade brasileira observa-se que esta é, de fato, pluralista. Assim, o desafio de se constituir a igualdade quando presente a diversidade social, inclusive com a presença de minorias, que também devem ser objeto de proteção pelo Estado, se mostra em verdade, uma maneira de se possibilitar o próprio desenvolvimento signo da sociedade como um todo.

A partir do momento em que são assegurados direitos às minorias é que se garante que esta minoria possa participar de forma igualitária com os demais integrantes da sociedade pluralista. A supremacia da dignidade da pessoa humana à condição de valor e princípio supremo garante o mínimo existencial à todos os indivíduos.

Nesse sentido, considerando-se que a dignidade da pessoa humana visa garantir aos indivíduos o mínimo existencial, de fato tal princípio também se aplica àqueles que possuem orientação sexual diversa da heterossexual. Desta feita, é essencial que todas as diferenças sexuais sejam reconhecidas e protegidas, em todos os seus níveis e manifestações, porquanto a questão da sexualidade afeta sobremaneira a personalidade, a identidade, a intimidade e a vida privada dos indivíduos.

A dignidade humana é idêntica para todos os cidadãos, sendo incumbência estatal a proteção e promoção de sua defesa, independente de se tratar de maiorias ou das ditas minorias. Caso o Estado não adote as medidas necessárias à proteção da dignidade da pessoa humana, em especial das minorias, haverá uma diferenciação dos indivíduos, que contraria, notoriamente, o princípio da igualdade. Assim, ainda que, em tese, a referida proteção constitucional demonstre uma forma de desigualdade, de fato, o que se busca é reconhecer tais desigualdades, a fim de que se possa utilizar de medidas ou políticas públicas capazes de proporcionar igualdade às minorias⁴⁷.

⁴⁶ Nesse sentido, ver: Constituição Federal de 1988, artigos 5.º, 226 e seguintes. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11. Set. 2014.

⁴⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

Sob essa ótica, a diversidade nada mais é que uma desigualdade cultural ou natural que não afeta a dignidade humana, ou seja, são desigualdades irrelevantes ao princípio da igualdade, porquanto admite, inclusive, favorecimentos.

As diferenças naturais quanto ao sexo são tratadas pelo princípio da não discriminação. Assim, os indivíduos são iguais perante a lei e isto garante a preservação da dignidade de modo igualitário, não se mostrando necessária a realização de qualquer outra ação complementar.

Desta feita, considerando-se que a dignidade é igual para todos e a orientação sexual se constitui como um fator cultural da própria sociedade que, inclusive, edita padrões de normalidade, faz-se necessário que exista certo entendimento por parte da sociedade, no sentido de que reconheça que a esta é pluricultural, além da própria diversidade de valores religiosos e morais, ou seja, é preciso que se busque um consenso homogêneo, reconhecendo-se a diferença e compatibilizando-se a liberdade e a igualdade.

O pluralismo (cultural, moral e religioso) estimula e potencializa as diferenças, de tal sorte que não há um consenso definitivo, mas sim um constante exercício de tolerância. Desta feita, é necessária a aceitação dos indivíduos como eles são, não importando o comportamento sexual, a religião, de modo a se respeitar a integridade do outro, em respeito ao próprio indivíduo.

Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana, como alicerce do Estado Democrático de Direito, visa proteger os cidadãos e tem maior preocupação com as chamadas minorias que, em regra, são os maiores alvos de discriminação e preconceito. Assim, em tese, a dignidade obriga que a intolerância, a discriminação e a não aceitação do diferente sejam superadas e que o reconhecimento das liberdades seja realizado na sociedade, sendo este, inclusive o argumento preponderante para a concessão judicial de retificação do nome e do sexo dos indivíduos transexuais.

Ademais, considerando-se o conflito de direitos fundamentais nos casos de transexualidade em contraposição à dignidade humana, fator relevante é a constitucionalização do direito privado, por meio da qual ocorre a disseminação dos efeitos dos valores constitucionais aos demais ramos do Direito. Assim, visto que a Constituição passa a ser o alicerce do ordenamento jurídico, toda a legislação infraconstitucional passa a ser sujeita a ela, vinculando todo o arcabouço jurídico à

norma constitucional⁴⁸ de modo que a dignidade da pessoa humana se torne a base de todas as questões da sociedade, não somente na relação indivíduo/ Estado, mas também nas relações entre o próprios indivíduos. A dignidade da pessoa humana assume contornos de núcleo central e indissociável a todos os ramos do Direitos.

Os direitos fundamentais consagram princípios que incidem em todo o ordenamento jurídico, repercutindo na estrutura do Estado e da sociedade. Assim, a norma fundamental, ao instituir valores, passou a regular as relações entre os particulares e o Estado (eficácia vertical dos direitos fundamentais), bem como as relações entre os próprios indivíduos (eficácia horizontal dos direitos fundamentais), visando estruturar os poderes estatais e assegurar a efetivação dos direitos.

A relação do direito constitucional com os demais ramos do direito pode ser explicada pelos ensinamentos de Rothemburg:

Se os princípios têm suas propriedades, diferenciando-se por sua natureza (qualitativamente) dos demais preceitos jurídicos, a distinção está em que constituem eles expressão primeira dos valores fundamentais expressos pelo ordenamento jurídico, informando materialmente as demais normas (fornecendo-lhes a inspiração para o recheio).⁴⁹

Diante disso, é possível afirmar que o constitucionalismo contemporâneo, relativo ao Estado Democrático de Direito, é um sistema aberto de valores, em que a Constituição, por meio de seus princípios, em principalmente a dignidade da pessoa humana, implica a normatização de tais valores. Desse modo, considerando-se que a interpretação dos ramos do Direito deve se basear nos princípios constitucionais, é possível que o Direito acompanhe a própria evolução da sociedade.

3.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRANSEXUAIS

Na Constituição Federal, em especial, no art. 5º, estão dispostos os direitos que visam proteger o cidadão, garantindo-lhe uma vida digna e justa, elencando-se os chamados direito fundamentais. Nesse pórtico, é que deve ser analisada a proteção dos indivíduos transexuais, porquanto na sociedade plural e complexa faz-se

⁴⁸ SILVA, Virgilio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.

⁴⁹ ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999, p.16.

necessário o estabelecimento de garantias mínimas a fim de que a referida sociedade possa continuar se desenvolvendo, reconhecendo-se direitos a todos os envolvidos, como a dignidade, liberdade, igualdade e a privacidade.

Inicialmente surge a necessidade de proteção e reconhecimento desses direitos a fim de que a sociedade complexa possa se desenvolver de forma igualitária. O reconhecimento desses direitos faz com que os cidadãos se considerem como iguais em direitos, deveres e condições, a fim de que cada um possa garantir, ao mesmo tempo, a sua individualidade e a sua identidade sexual. Assim, essencial que se discuta a própria questão dos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana como direitos de todos os indivíduos e, também, dos transexuais, que integram a sociedade pluralista e possuem direitos a serem protegidos, a fim de que se garanta o mínimo existencial, por meio de uma vida digna.

Nesse sentido, considerar os direitos fundamentais como resposta aos interesses de cada momento histórico é essencial para que se possa garantir o desenvolvimento dos conceitos, de modo que se possa, de modo eficaz, realizar uma interpretação constitucional de forma evolutiva, em atenção às constantes mutações da sociedade. Isso permite que a Constituição seja constantemente reavivada, de modo que a mantê-la moderna e efetivamente capaz de solucionar as controvérsias apresentadas, ou seja, aptas a espelhar a realidade de determinado momento da sociedade⁵⁰.

O indivíduo deve ter resguardada a proteção ao patrimônio e à própria pessoa. Assim, considerando-se que os direitos da personalidade são aqueles inerentes à tutela da pessoa humana, ou seja, indissociáveis da individualidade e indispensáveis à proteção da dignidade das pessoas, se mostram absolutamente inalienáveis e imprescritíveis. Desse modo, o direito da personalidade está incluído no rol de direitos fundamentais.

Visto que o Estado possibilita ao indivíduo a defesa e a proteção dos direitos fundamentais, de modo a impedir qualquer ofensa a sua personalidade, a lesão aos direitos da personalidade ocasionarão a obrigação de indenizar. Desta feita, considerando que a sexualidade e a própria identidade sexual se coadunam com a ideia de personalidade, em razão de seu caráter indissociável da própria existência humana, a identidade sexual pode ser inserida no rol de direitos intransmissíveis,

⁵⁰ HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997

irrenunciáveis e inalienáveis, ou seja, pode ser considerada como inerente a personalidade do indivíduo.

Os direitos fundamentais passaram por diversas transformações, tanto no que tange ao conteúdo, quanto à titularidade, eficácia e efetividade. Trata-se de mutação constitucional vivenciada pelos direitos fundamentais.

Pode-se falar, em princípio, da existência de três gerações de direitos fundamentais, havendo doutrinadores que defendem a existência de uma quarta, quinta e até sexta geração de direitos fundamentais⁵¹.

Os direitos fundamentais de primeira geração são considerados os de cunho individualista, surgindo como direitos do indivíduo frente ao Estado, consubstanciado como um direito próprio de defesa, de modo a delimitar uma área de não-intervenção estatal e uma esfera de autonomia do indivíduo. Possuem cunho eminentemente negativo, porquanto se referem a uma abstenção. Assumem a característica de direitos fundamentais os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade⁵².

Como decorrência do fenômeno industrial e dos graves problemas sociais e econômicos que o seguiram, surgiam movimentos reivindicatórios para que o Estado assumisse um comportamento mais ativo na realização da justiça social. Os direitos de segunda dimensão são, essencialmente, positivos, vez que se trata de garantir a própria liberdade por meio do Estado, de modo a se garantir o bem-estar social. Destarte, há também as chamadas liberdades sociais, relativas à liberdade de sindicalização, do direito de greve, além do reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores⁵³.

A terceira dimensão dos direitos fundamentais, denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, se destina à proteção de grupos humanos, como a família, povo e nação, sendo caracterizados como direitos de titularidade coletiva ou difusa. Compreende-se como direitos fundamentais de terceira dimensão o direito à paz, ao meio ambiente, à qualidade de vida. Ainda, segundo Sarlet:

[...] costumam ser feitas referências às garantias contra manipulações genéticas, ao direito de morrer com dignidade, ao direito à mudança de sexo, igualmente considerados, por parte da doutrina de direitos da terceira

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 54.

⁵² Idem, p. 55-56.

⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 56-58

dimensão, ressaltando-se que, para alguns, já se cuida de direitos da quarta dimensão.⁵⁴

Cumpra ainda ressaltar os direitos de quarta geração, defendido por Paulo Bonavides. Segundo o constitucionalista os direitos fundamentais de quarta geração são o resultado da globalização dos direitos fundamentais. Seriam exemplos os direitos à democracia, ao pluralismo e à informação⁵⁵.

A partir de tais considerações acerca das dimensões (ou gerações) de direitos fundamentais, surge a necessidade de se tratar, em específico, acerca do conflito de direitos fundamentais nas relações jurídicas entre os transexuais e os terceiros. Ao se falar em transexuais pós-operados, ou seja, após a realização de cirurgia de redesignação sexual, há a necessidade de se garantir uma proteção específica a fim de que sejam minimizadas ou extirpadas as discriminações da sociedade em caso de retificação dos assentamentos civis ou alteração do sexo em documentos.

A retificação dos assentamentos civis e a mudança do prenome, ao não se anotar a condição de transexualidade, resulta em evidente conflito entre os direitos do transexual de ter a sua intimidade, identidade, honra e vida privada expostos e os direitos de terceiros que, em tese, não teriam conhecimento da situação do indivíduo transexual.

A fim de se elucidar melhor a questão, tratar-se-á, em princípio, do direito à vida, base dos demais direitos, eis que essencial “à condição de pessoa e de sujeito de direitos”⁵⁶. A Constituição Cidadã de 1988, em seu art. 5º, *caput*, traz a previsão do direito à vida, garantindo-lhe a sua inviolabilidade. É um direito personalíssimo e protegido contra todos. É um direito fundamental relacionado ao próprio direito de existência, à integridade física e à integridade moral, ou seja, além do aspecto do próprio corpo físico, ligado ao conceito biológico, envolve ainda aspectos psíquicos e morais⁵⁷.

O direito à vida possui uma dimensão axiológica (carga valorativa), constituindo a fonte primária dos demais direitos. Assim, tratando-se de direito essencial à

⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 59

⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 570-571.

⁵⁶ FERNANDES, Bernardo Guimarães. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 358.

⁵⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 197-205

existência dos demais direitos, incumbe ao Estado a sua proteção, inclusive no caso dos transexuais. Nesse sentido:

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 envolver o direito à dignidade da pessoa humana (de que já tratamos), o direito à privacidade (de que cuidaremos no capítulo seguinte), o direito à integridade físico-corporal, o direito à integridade moral e, especialmente, o direito à existência.⁵⁸

O direito à vida é, portanto, essencial. Contudo, segundo Alexy, mesmo que o direito à vida seja considerado o mais essencial de todos os direitos, não se pode desconsiderar que, em casos de ponderação, que este direito possa vir a sofrer restrições, porquanto nenhum direito fundamental possui caráter absoluto. E tais situações, o direito à vida não perde o seu caráter de essencialidade, mas cede lugar a outro direito, que, no caso concreto deve ter preferência⁵⁹.

Considerando-se, pois, o papel essencial do direito à vida, observa-se que, no caso dos transexuais, uma vez negada a cirurgia de readequação sexual, poderão ocorrer casos de automutilação e até morte. Nessa perspectiva, atualmente se pretende garantir a existência de vida digna, que somente poderá ser delineada no caso concreto, porquanto mesmo que existam elementos e conteúdos essenciais à dignidade da pessoa humana, esta somente pode ser definida no caso concreto, ou seja, diante da ocorrência real.

Em verdade, o direito à vida e à dignidade da pessoa humana funcionam como parâmetros para a aplicação da lei. Neste sentido, é possível analisar a incidência destes princípios aos casos dos transexuais, posto que o direito à vida compreende tanto o aspecto biológico, quanto o espiritual e o psicológico. Ainda, somente poderá se assegurar a existência de uma vida digna se for garantido aos indivíduos a preservação da saúde e da própria integridade.

Assim, a cirurgia de readequação sexual, necessária à adequação do sexo biológico ao psicológico dos transexuais, visa proporcionar a existência de uma vida digna, com saúde, ao indivíduo, ou seja, a cirurgia se mostra absolutamente legal. Realizado o procedimento cirúrgico, e ainda com fundamento na própria dignidade e

⁵⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 198

⁵⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

visando a proteção da saúde, é que devem ser analisados os casos de alteração dos assentamentos civis dos transexuais.

A não autorização para alteração dos registros civis acabaria por violar os direitos à intimidade, à vida privada, à imagem e a honra dos transexuais. Contudo, do mesmo modo que a Carta magna visa resguardar os direitos destes indivíduos. A intimidade, como atributo da personalidade, é a própria vida familiar, pessoal, vivida pelo indivíduo em sua esfera mais íntima. Considerando que a intimidade integra a vida privada, pode ser definida como o direito do indivíduo de se preservar do conhecimento alheio, reservando-o ao seu próprio e exclusivo conhecimento.

Segundo a teoria das esferas é possível separar três esferas com decrescente intensidade de proteção⁶⁰.

A esfera mais interna, mais íntima, na qual se incluem todas as informações pessoais do indivíduo, constituída de uma esfera íntima intangível, compreenderia os assuntos mais secretos que não devem chegar ao conhecimento de terceiros devido à sua natureza extremamente reservada. Na esfera mais íntima poderiam ser incluídos o direito à cirurgia de readequação sexual (ato de disposição do próprio corpo), integridade física, saúde, identidade, imagem, honra, intimidade.

A esfera privada ampla, por sua vez, abarca o âmbito privado na medida em que não integra a esfera mais interna, incluindo assuntos que o indivíduo leva ao conhecimento de pessoa de sua confiança, ficando excluído o resto da comunidade, ou seja, tem um destinatário específico. Pode-se incluir nesta esfera privada ampla as liberdades, o direito de informação e a igualdade de tratamento.

A terceira esfera apontada por Alexy é a social, que engloba tudo o que não for incluído na esfera privada ampla. É constituída por todas as matérias relativas às notícias que o indivíduo deseja excluir do conhecimento de terceiros.

A teoria das esferas se mostra relevante para aferir o âmbito de proteção dos diferentes direitos. Sob esta perspectiva, na esfera social a proteção é mínima, na esfera privada ampla é um pouco maior e na esfera íntima a mais rigorosa, ante a importância dos direitos envolvidos.

Com o objetivo de se encontrar esse âmbito mais íntimo e interno do indivíduo, basta indagar se existe um comportamento de uma pessoa que em nenhum aspecto refira-se ou afete a esfera de outras ou os interesses da vida em comunidade. Assim,

⁶⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

determinadas situações e formas de comportamento do indivíduo conduziriam a uma prioridade absoluta do princípio da liberdade negativa em conjunto com o princípio da dignidade da pessoa frente a quaisquer princípios opostos concebíveis.

Um dos principais direitos fundamentais dos transexuais e que se encontra inserido na esfera de proteção da vida privada, é a liberdade sexual, ou seja, o direito de o indivíduo se autodeterminar sexualmente, de modo a definir tanto a orientação sexual, quando a de exteriorizar a sua decisão, por meio da aparência. Seguindo tal raciocínio, a negativa ao transexual de retificação do prenome e do sexo nos assentamentos civis poderia ser considerada uma ofensa à dignidade da pessoa humana.

Neste contexto, não se pode olvidar que a dignidade da pessoa humana, na qualidade de princípio fundamental e na sua relação com o demais direitos e deveres fundamentais consagra a proteção ao próprio direito de personalidade, que representaria a proteção ao direito à privacidade, à intimidade, à honra e à imagem⁶¹.

Assim, a proteção à imagem (art. 5º, inciso X, da Constituição Federal) não se restringe à reprodução da própria imagem física do indivíduo, mas também a própria aparência. Especificamente no caso dos transexuais, a violação ao direito de imagem poderá ser violado quando a aparência física se mostrar de um sexo e os documentos representarem outro sexo, oposto ao físico.

A imagem reflete os aspectos físicos, psicológico, social, porquanto incide na própria personalidade do indivíduo, de modo a repercutir, inclusive, em seu comportamento.

Há de se esclarecer que no caso dos transexuais a violação do direito à imagem e a violação à honra atingem, sobremaneira, a esfera mais íntima do indivíduo.

Pelo exposto, pode-se compreender que os direitos fundamentais e o próprio ordenamento jurídico devem ser interpretados com base na dignidade da pessoa humana. No mesmo sentido, com lastro também na dignidade dos indivíduos, as diferenças (morais, físicas e culturais) devem ser reconhecidas e protegidas.

Ressalta-se que os direitos fundamentais possuem uma dimensão objetiva e outra subjetiva⁶². A dimensão subjetiva representa a possibilidade de o indivíduo exigir

⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 155.

a proteção dos seus direitos. Por sua vez, a dimensão objetiva é resultado do próprio Estado Democrático de Direito. Como consequência, os direitos fundamentais passam a servir de base para todo o ordenamento jurídico. Nessa perspectiva, os direitos fundamentais passam a representar valores, que precisam ser preservados⁶³. Há, portanto, um núcleo intangível dos direitos fundamentais, o qual não pode sofrer restrição.

A partir da dimensão objetiva e da existência de um núcleo intangível dos direitos fundamentais se tem a legitimação das restrições e limitações que tais direitos podem sofrer em relação a outros direitos também tidos como fundamentais, ou seja, em caso de conflitos de direitos fundamentais. Assim, em caso de conflito deve-se fazer uma ponderação entre os direitos que se encontram em conflito, na tentativa de se obter um ponto de convergência, de modo a se harmonizar os direitos fundamentais em conflito.

Neste sentido, tem-se a ponderação como forma de solução de conflitos dos direitos fundamentais.

⁶³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo G. G. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 152-153.

4 CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES JURÍDICAS ENTRE TRANSEXUAIS E TERCEIROS

Nos capítulos anteriores, buscou-se esclarecer as questões relativas à transexualidade, conceitos, classificações, cirurgia de adequação sexual, que são conceitos necessários para a compreensão do tema, ou seja, essenciais para entender o conflito entre direitos fundamentais em casos de relações jurídicas entre transexuais e terceiros. Após, passou-se à temática da dignidade humana, de modo demonstrar que o constitucionalismo moderno tem como um de seus referenciais fundamentais a dignidade humana. A partir de tais conceitos, torna-se possível apresentar a temática da aplicação da proporcionalidade e da ponderação como forma de solução de conflitos entre direitos fundamentais.

4.1 TEORIA DA PONDERAÇÃO E RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Estado Democrático de Direito tem como um de seus objetivos a garantia e proteção dos direitos fundamentais, em especial a da dignidade da pessoa humana⁶⁴. Entretanto, diante da complexidade e quantidade de direitos constitucionalmente protegidos, surge o conflito de tais direitos.

A colisão entre direitos fundamentais ocorre quando o exercício de um direito por seu titular prejudica ou impede o exercício do direito fundamental de outro indivíduo, independente de se tratar ou não do mesmo direito.

Destarte, visto que todo direito fundamental possui um núcleo intangível, em casos de conflito pode haver restrições⁶⁵. No que tange à questão do núcleo essencial, deve-se destacar que se trata de uma parte do direito que, mesmo havendo uma limitação ou uma restrição plenamente justificável e razoável, permanece protegida. A preservação do direito é fundamental, sendo que somente será razoável a restrição que se opere por meio da incidência do princípio da proporcionalidade, analisando-se as circunstâncias do caso concreto, com o estabelecimento de pesos⁶⁶ aos direitos em conflito, de modo a se efetivar a ponderação.

⁶⁴ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência política e teoria do estado**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 98-99.

⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 406-407

⁶⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

Os conflitos de direitos fundamentais ocorrem quando o exercício de um direito se contrapõe ao de terceiro, ou seja, quando o exercício de um direito fundamental por seu titular prejudica ou impede o exercício do direito de outro. Desta feita, em uma determinada situação concreta, é impossível que ambos os direitos sejam realizados plenamente, ao mesmo tempo.

A solução justa à colisão de direitos fundamentais implica não somente que um direito se sobreponha ao outro, mas também exige a aplicação dos princípios constitucionais e a aplicação do princípio da proporcionalidade, por meio da ponderação de bens.

Cumpra esclarecer que a ponderação é a maneira pela qual se estabelecem pesos aos direitos fundamentais em conflito, a fim de se verificar qual irá prevalecer no caso concreto. O princípio da proporcionalidade, por sua vez, é a forma pela qual se aplica a ponderação de bens, de modo que a proporcionalidade se tornem instrumentos de operacionalização da ponderação.

Na ponderação se atribuem valores aos direitos em conflito, de modo a prevalecer aquele que se mostrar mais “pesado” no determinado caso concreto⁶⁷. Assim, consoante já explicitado, em caso de conflitos, são admitidas as restrições aos direitos fundamentais. A regra é a proteção dos direitos fundamentais, somente sendo admitida a sua restrição em situações excepcionais⁶⁸.

A fim de se garantir a legitimidade da restrição dos direitos fundamentais devem ser preenchidos dois requisitos: a restrição deve estar legalmente prevista ou autorizada pela Constituição⁶⁹ e as medidas restritivas devem ser dirigidas à realização de um fim constitucionalmente legítimo, ou seja, deve garantir a proteção de outro direito fundamental.

A despeito da existência de outras teorias que visam explicar a questão dos limites e das restrições dos direitos fundamentais⁷⁰, adota-se a teoria proposta por Alexy. Segundo estudioso a solução para o conflito entre direitos fundamentais está na aplicação do princípio da proporcionalidade. Assim, o princípio da proporcionalidade passa a ter uma função interpretativa, porquanto contribui para a

⁶⁷ Idem.

⁶⁸ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 77.

⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006., p. 406-407;

⁷⁰ FREITAS, op. cit., p. 77.

busca de soluções para casos de conflitos entre direitos fundamentais. Por conseguinte, em caso de conflito, a aplicação do princípio da proporcionalidade se torna necessária, ante a capacidade de trazer ao caso concreto uma solução conciliadora⁷¹.

Considerando que não há como reduzir os direitos fundamentais a uma medida comum⁷², não há como se estabelecer a hierarquização entre os direitos fundamentais em conflito, senão pelo estabelecimento de pesos que, em consideração às circunstâncias do caso concreto, a por meio da ponderação dos direitos, com a aplicação do princípio da proporcionalidade, de alcançaria a solução para o conflito apresentado⁷³.

Partindo-se de tal premissa, é possível afirmar que para a solução de conflito de princípios ou de direitos fundamentais, deve-se utilizar a técnica da ponderação de bens, de modo a se verificar, por meio de um juízo de peso, qual o bem jurídico tutelado será mais ofendido em determinada relação jurídica, a fim de que se decida pela preponderância do bem jurídico que será mais lesado em relação ao outro. Assim, em caso de conflito de direitos fundamentais:

[...] o que colidem são direitos fundamentais expressos por normas constitucionais, com idênticas hierarquia e força vinculativa, o que torna imperativa uma decisão, legislativa ou judicial, que satisfaça os postulados da unidade da Constituição, da máxima efetividade dos direitos fundamentais e da concordância prática. Na colisão, não se trata de pura e simplesmente sacrificar um dos direitos ou um dos bens em jogo. Como se verá, a solução da colisão é impensável com a mera subsunção a normas ou com a estrita aplicação dos cânones clássicos de interpretação; além da utilização dos princípios ou postulados específicos da interpretação constitucional, exige, sobretudo, a aplicação do princípio da proporcionalidade – de modo especial, o princípio parcial da proporcionalidade em sentido estrito (a ponderação de bens) – e argumentação jusfundamental.⁷⁴

Assim, partindo-se das premissas de Alexy, a solução da colisão consiste em estabelecer entre os princípios uma relação de precedência condicionada, de forma a

⁷¹ BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 104-108

⁷² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

⁷³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de Direito Constitucional. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 82-83.

⁷⁴ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 69.

apontar as condições em que um direito fundamental precede ao outro, observando-se que, sob outras condições, a solução para a precedência pode ser inversa⁷⁵.

Deve haver, portanto, a ponderação dos interesses em conflito, por meio do sopesamento entre as desvantagens da ofensa de um direito e as vantagens e a serem obtidas com a prevalência do outro em determinado caso concreto.

O sopesamento deve ocorrer de modo a se garantir que a limitação do direito ocorra somente o tanto quanto necessário. Há, portanto, uma certa imposição de limites. Assim, a limitação dos direitos somente poderá ocorrer na proporção necessária à concretização e preservação dos direitos, de modo que se tenha um equilíbrio entre os bens em conflito⁷⁶.

Neste sentido, considerando que o princípio da proporcionalidade visa estabelecer limites às restrições dos direitos postos em conflito, observa-se que este princípio está ligado à própria noção de justiça⁷⁷.

Contudo, há críticas à aplicação do princípio da proporcionalidade nos conflitos entre direitos⁷⁸, em especial como a representação do princípio da proporcionalidade como forma aberta ao decisionismo e à subjetividade judicial, em detrimento das prerrogativas do legislador.

O Poder Judiciário tem a função de garantir e guardar os direitos fundamentais, que são o fundamento do Estado Democrático de Direito, devendo, ao solucionar um conflito de um caso concreto, aplicar a proporcionalidade. Assim, em caso de conflito entre esses direitos, a única solução admitida é a ponderação de bens, eis que os direitos fundamentais devem ser garantidos na melhor e maior medida possível, o que somente se consegue através da ponderação de bens, em que há a restrição de um direito, na medida necessária à concretização do outro.

Em verdade, a aplicação do princípio da proporcionalidade deve ser, de fato, proporcional, ou seja, a sua operacionalização deve ocorrer nos limites da relação entre meios e fins. Assim, na análise de conflito entre direitos fundamentais no caso concreto, o meio é adequado quando, mediante ele, se pode alcançar o resultado

⁷⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2011

⁷⁶ SCHÄFER, Jairo. **Direitos fundamentais: proteção e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 109-110

⁷⁷ Idem, p. 106

⁷⁸ SANTOS, Gustavo Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 149-150.

desejado⁷⁹. Deve-se, portanto, prestar atenção na relevância do direito e a relação entre a medida e a finalidade, pois a restrição que o direito fundamental sofre tem de ser apropriada para se alcançar o fim a que se destina. Desta feita, a duração e a intensidade da medida não devem ser superiores ao estritamente necessário para que o fim almejado seja alcançado.

Destarte, faz-se necessário observar se não há outro meio, menos gravoso ao direito fundamental, apto a produzir o mesmo resultado, ou seja, se não há outro meio capaz de produzir o mesmo resultado com afetação menor ao direito fundamental que está sendo restringido⁸⁰. É o que se denomina de juízo de indispensabilidade ou da intervenção mínima⁸¹, pelo qual, dentre os meios existentes para a consecução de um mesmo fim, se deve preferir aquele trazer menos prejuízo ao outro direito fundamental em conflito, ou seja, optar pelo meio que, causando menores danos, atinja o mesmo fim que o meio que causasse maiores prejuízos.

Desta feita, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é resultado de uma ponderação, ou seja, os limites que correspondem ao princípio da proporcionalidade não lesam a garantia do conteúdo essencial, pois a lesão a esse núcleo fundamental é que é desproporcional.⁸²

Partindo-se de tais premissas, faz-se necessário compreender a operacionalização da aplicação do princípio da proporcionalidade nos casos de conflitos entre direitos fundamentais de transexuais e de terceiros.

4.2 O CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS EM RELAÇÕES JURÍDICAS DE TRANSEXUAIS E TERCEIROS

São fundamentos do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana, o pluralismo político e a máxima proteção dos direitos fundamentais⁸³. Dada essa ótica, havendo colisão entre direitos fundamentais, como nos casos de transexuais e terceiros que mantenham com eles relação jurídica, a solução deve se

⁷⁹ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 208;

⁸⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2011

⁸¹ SANTOS, Gustavo Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 112

⁸² ALEXY, op. cit..

⁸³ NETO, Chade Rezek. **O princípio da proporcionalidade no estado democrático de direito**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004, p. 47.

dar através da aplicação do princípio da proporcionalidade e da ponderação de bens, de modo que a restrição a esses direitos da forma menos gravosa.

Assim, busca-se desenvolver a forma de solução entre o conflito entre direitos fundamentais de transexuais (privacidade, saúde e dignidade humana) e os direitos de terceiros (informação) que venham a estabelecer relações jurídicas com os transexuais. Exemplo claro do conflito entre esses direitos ocorre quando um transexual do sexo masculino entabula contrato de compra e venda com um terceiro. Após a realização do contrato, o indivíduo transexual efetua a cirurgia de redesignação, retifica os documentos e os assentamentos civis com a troca, inclusive, do prenome.

Após uma análise das decisões dos Tribunais brasileiros com relação aos pedidos de retificação dos assentamentos civis e alteração do prenome de indivíduos transexuais, e considerando que não há uma legislação que determine expressamente qual o posicionamento a ser adotado pelo julgador quando requeridas tais alterações, observa-se que não há uma posição uníssona, ou seja, há decisões que negam a retificação do documento, outras que a autorizam sem qualquer restrição, enquanto há outras que determinam que seja feita uma averbação à margem do registro do indivíduo, de sua condição de transexual. Há ainda aquelas que determinam que exista averbação da determinação judicial para modificação do registro, mas sem que haja qualquer observação da razão ou do conteúdo das alterações, de forma a resguardar a intimidade do transexual.

As decisões, em sua maioria, admitem a retificação dos assentamentos civis e do prenome. Contudo, em alguns casos é determinada inscrição da condição de transexual do indivíduo para preservar possível direito de terceiros. Nessas situações, tem-se o direito do indivíduo transexual pós-operado de ter seu prenome e seu sexo alterados no seu registro civil, garantindo-lhe a preservação da saúde e dignidade e que tal fato não se torne público frente ao direito de terceiros.

É o caso de caso de conflito entre direitos fundamentais, que deve ser solucionado através da ponderação. Assim, a fim de se buscar a solução adequada ao caso concreto, deve-se fazer uma análise dos elementos da proporcionalidade.

Iniciando-se a análise desses elementos pela questão da adequação, no sentido se que a medida a ser adotada deve ser adequada a consecução do fim almejado, surgem quatro hipóteses: a negativa de retificação; a autorização sem restrição; a autorização com determinação de inclusão da condição de transexual,

com publicidade, e a autorização com determinação de inscrição da condição de transexual, mas sem publicidade.

É notório que a negativa de retificação do registro civil implica na manutenção do conflito íntimo do indivíduo, afetando a sua saúde e dignidade⁸⁴. Noutra pórtico, a autorização de retificação sem qualquer restrição possibilita que terceiros possam vir a ter seus direitos prejudicados. Há também a hipótese da inscrição nos assentamentos civis da condição de transexual, que somente causaria mais transtornos ao indivíduo. E, ainda, a autorização da retificação dos assentamentos civis, mas com a anotação da condição de transexual, mas sendo vedada a publicação de tal situação.

Há de ressaltar, entretanto, que em qualquer das hipóteses, será mantido o número do Cadastro de Pessoa Física do indivíduo.

Surge, portanto, o conflito entre o direito do transexual de ter sua vida privada, a intimidade e a dignidade preservadas em contraposição aos direitos de terceiros de terem garantidos o direito à informação, especialmente se mantiverem relações jurídicas com o transexual.

Analisando-se os meios existentes para que se efetive a harmonização dos direitos fundamentais em conflito, de modo a preservá-los na maior medida possível e, ainda, considerando-se as circunstâncias do caso concreto, verifica-se que apenas a negativa de autorização da retificação não é medida adequada.

Destarte, fazendo-se a análise da necessidade da medida e a busca pela solução que traga menores prejuízos ao titular do direito preterido, observa-se que a inscrição da condição de transexual, mas com a proibição de publicidade, traz prejuízos ao transexual, porquanto ainda que não autorizada a emissão de certidões que constem a situação de transexual, haverá a possibilidade de se requerer judicialmente o documento.

Desta feita, fazendo-se o balanceamento entre os meios existentes, o fim almejado e as restrições aos direitos fundamentais, verifica-se que o meio mais adequado, necessário e proporcional é a autorização de alteração do registro sem qualquer inscrição, tendo-se em vista que o terceiro poderá se valer do número do documento do indivíduo com o qual contratou para exigir o cumprimento de sua obrigação.

⁸⁴ PERES, Ana Paula Ariston Barion. **Transexualismo**: o direito a uma nova identidade sexual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Assim, na solução de tais conflitos deve o Poder Judiciário observar o princípio da proporcionalidade, a fim de preservar os direitos fundamentais em conflito, por meio da ponderação de interesses.⁸⁵

Assim, partindo-se da teoria de Alexy⁸⁶, em caso de conflito, independente do direito que deve preponderar no caso concreto, seja o do transexual ou o do terceiro, em ambos os casos haverá preponderância de um direito fundamental.

Contudo, a análise baseada no princípio da proporcionalidade e dos meios possíveis a serem aplicados, permite concluir que o transexual será mais prejudicado do que o terceiro, em razão da publicidade de sua privacidade, de sua condição de transexual, enquanto que o terceiro poderá sofrer prejuízos pela dificuldade de identificar o transexual através do nome, o que, todavia, pode ser suprido pela identificação do número do CPF.

Considerando que o princípio da proporcionalidade visa à proteção e garantia dos direitos fundamentais, sendo a sua aplicação devidamente legitimada por meio da abertura constitucional, torna-se possível a manutenção da Constituição, de modo que esta possa ser aplicada aos casos de conflito.

A abertura constitucional decorre da própria ideia de ordem democrática, no sentido de que a interpretação da Constituição deve ser feita por toda a sociedade. Esta abertura possibilita que a Constituição suporte as mudanças da sociedade, possibilitando o enfrentamento de novos conflitos e a integração com a realidade⁸⁷.

Assim, por meio da abertura do círculo de intérpretes da Constituição, faz-se a interligação entre direitos fundamentais e a democracia.

A interpretação dos direitos fundamentais se dá por meio de um Tribunal Constitucional, mas este não pode agir de forma isolada e deve manter ligação com a sociedade (e também com os demais poderes), de forma que suas decisões sejam justificadas e legitimadas.

Há discussões acerca do chamado ativismo judicial, que é a interpretação constitucional construtiva, por meio da jurisprudência, porquanto “as normas constitucionais deveriam ser ponderadas a cada aplicação, enquanto consagradoras

⁸⁵ NETO, Chade Rezek. **O princípio da proporcionalidade no estado democrático de direito**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004, p. 49.

⁸⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2011

⁸⁷ CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2003, p. 32.

de bens e de valores a serem otimizados em face dos casos concretos”⁸⁸ Contudo, em uma sociedade pluralista as normas devem ser aplicadas de acordo com os elementos fáticos e jurídicos postos em análise.

Não há como se admitir que as normas jurídicas estejam prontas e acabadas. Consoante Paulo Bonavides, é necessária uma ruptura com os ideais positivistas. Deve-se entender que os princípios devem ser tratados como direitos, sem aplicação por subsunção em casos de lacunas. Os princípios devem servir de base para a solução de conflitos.⁸⁹

Assim, deve haver a inter-relação entre o fato, seus elementos e a norma a ser aplicada ao caso concreto, ponderando-se e ajustando-se, a norma ao momento histórico. Nessa perspectiva, Peter Häberle entende que a Constituição é um produto vivo, sujeito às constantes mudanças da sociedade, de sua cultura e do momento histórico, devendo, portanto, adaptar-se a ela para poder melhor regulá-la.⁹⁰

As normas não podem ser consideradas como um texto ou o conjunto de vários textos, mas sim, como o sentido que é construído pela interpretação ordenada e metódica dos textos. Nesse sentido, dispositivo é o objeto da interpretação – o texto – e a norma é o resultado desta interpretação. O intérprete não constrói o sentido do texto, mas apresenta “exemplos do uso da linguagem ou versões de significado”, sendo que sempre que faz a interpretação, reconstrói o significado, com base em uma definição já existente⁹¹.

Em razão do crescente número de cirurgias de adequação sexual, inclusive porque agora podem ser realizadas pelo SUS, houve também um aumento das discussões judiciais, objetivando a retificação dos assentamentos civis quanto ao sexo e ao prenome. Há de ressaltar, entretanto, que não há uniformidade nos entendimentos jurisprudenciais, havendo alguns que concedem e outros que negam o pedido.

⁸⁸ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Uma justificação democrática da jurisdição constitucional brasileira e a inconstitucionalidade da Lei n.º 9.686/99. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 36, p. 177-207, 2001. Disponível em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/viewFile/1790/1487>. Acesso em: 12 set. 2014.

⁸⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 570-571, p. 235-248

⁹⁰ HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

⁹¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 23

O que se observa, em verdade, é a ausência de discussão jurídica com relação à existência de conflito entre os interesses dos transexuais e de terceiros. Assim, conforme já afirmado, ainda que as decisões considerem a possibilidade de existência de choque de direitos, não fazem uma análise através da aplicação da proporcionalidade, optando, única e simplesmente, pela preservação de um ou de outro direito, sem sopesar as consequências e as circunstâncias envolvidas e, tampouco, observando os subprincípios da proporcionalidade.

Neste pórtico, há de se ressaltar precedentes remotos do Supremo Tribunal Federal com relação à questão da transexualidade, em especial por se tratar do órgão constitucionalmente incumbido da proteção da Constituição e, em última instância, da realização dos direitos fundamentais. Em suas decisões, o STF entendia que a retificação devia ser negada, levando-se em consideração a regra da imutabilidade do estado da pessoa, já que tanto o prenome quanto o sexo fazem parte do estado da pessoa. Tratava-se de uma solução privatista⁹².

A despeito de inexistirem precedentes mais recentes que tratem da questão da retificação dos assentamentos civis do transexual na Corte Constitucional, deve-se considerar que a sociedade evolui. A fim de acompanhar tal evolução, o ordenamento jurídico, repleto de direitos fundamentais e princípios, permitem a oxigenação do ordenamento jurídico, tornando a legislação adequada à realidade. Dessa maneira, observa-se que a tendência natural é no sentido de que seja admitida a alteração do prenome e retificação dos assentamentos civis do transexual, sendo vedada a sua publicidade de tal condição.

Uma das ações mais importantes na busca pela satisfação dos direitos dos transexuais foi a ADI 4275⁹³ que pleiteou o reconhecimento do direito à troca de prenome e sexo, sob o fundamento de que não fazê-lo implicaria em lesão aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da vedação à discriminação odiosa da igualdade da liberdade e da privacidade. O principal pedido da ADI foi a interpretação do art.58 da lei nº6015/73 em conformidade com a CF/88, para que o nome social dos transexuais fossem equiparados aos apelidos públicos e notórios, mesmo aqueles que não realizaram a cirurgia.

⁹² Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento n.º 171769/RJ**, julgado em 21 de fevereiro de 1997. Ministro Sydney Sanches (relator). Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 11 set.. 2014.

⁹³ Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4275**. Ministro Marco Aurélio (relator). Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 11 set.. 2014.

Inclusive, no que se refere aos transexuais que não tenha se submetido à cirurgia de redesignação sexual há julgados que permitem a alteração no registro civil, mesmo quando o indivíduo ainda não tenha se submetido à cirurgia de redesignação sexual, sob o fundamento do exercício pleno da sua condição de ser humano, reconhecendo os direitos à liberdade, dignidade humana, sobretudo com fundamento no direito à identidade pessoal. Neste sentido:

APELAÇÃO. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. TRANSEXUALISMO. TRAVESTISMO. ALTERAÇÃO DE PRENOME INDEPENDENTEMENTE DA REALIZAÇÃO DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL E À DIGNIDADE. A demonstração de que as características físicas e psíquicas do indivíduo, que se apresenta como mulher, não estão em conformidade com as características que o seu nome masculino representa coletiva e individualmente são suficientes para determinar a sua alteração. A distinção entre transexualidade e travestismo não é requisito para a efetivação do direito à dignidade. Tais fatos autorizam, mesmo sem a realização da cirurgia de transgenitalização, a retificação do nome da requerente para conformá-lo com a sua identidade social. DERAM PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70030504070, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator Rui Portanova)⁹⁴

Retificação de assento de nascimento. Alteração do prenome e do sexo. Transexual. Interessado não submetido à cirurgia de transgenitalização. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Condições da ação. Presença. Instrução probatória. Ausência. Sentença cassada. O reconhecimento judicial do direito dos transexuais à alteração de seu prenome conforme o sentimento que eles têm de si mesmos, ainda que não tenham se submetido à cirurgia de transgenitalização, é medida que se revela possível em consonância com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Presentes as condições da ação e afigurando-se indispensável o regular processamento do feito, com instrução probatória exauriente, para a correta solução da presente controvérsia, impõe-se a cassação da sentença. (TJMG, AC 1.0231.11.012679-5/001, 6ª C. Cív., Rel. Des. Edilson Fernandes, p. 23/08/2013).⁹⁵

Constitucional. Civil. Processual Civil e Registro Público. Alteração de nome e sexo em assento civil de nascimento sem a realização de cirurgia de redesignação sexual. Requerente portadora de transexualismo (CID-10 F 64.0), devidamente comprovado nos autos mediante atestado médico e fotografias. Desnecessidade e inviabilidade de realização de procedimento cirúrgico. Pedido com precedente no artigo 109 da Lei nº 6.015/73 e na Jurisprudência. Feito de jurisdição voluntária. Prova material incontroversa. Caráter social da ação. Adequação da realidade psicossocial da requerente à realidade jurídica. Efetivação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Novo prenome proposto que se adequa a identificar a requerente sem dificuldade, ante a semelhança com o anterior. Utilização do

⁹⁴ Rio Grande do Sul. TJRS. Apelação Cível Nº 70030504070, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator Rui Portanova. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 11 set. 2014.

⁹⁵ Minas Gerais. TJMG. Apelação Cível 1.0231.11.012679-5/001, 6ª Câmara Cível, Relator Edilson Fernandes. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 11 set. 2014.

nome anterior apenas para fins de nome de fantasia profissional, nos termos do art. 57, § 1º, da Lei 6.015/73. Parecer favorável do Ministério Público. Procedência dos pedidos deduzidos na exordial. (TJPE, Proc. nº 0180-59.13, Rel. Juiz de Direito José Adelmo Barbosa da Costa, j. 08/04/2013).⁹⁶

Considerando que atualmente para a realização da cirurgia faz-se necessário o preenchimento de diversos requisitos, entende-se cabível que, estando devidamente comprovada a condição de transexual e a inclusão do indivíduo na fila para realização de cirurgia, é possível a retificação dos assentamentos civis e do prenome.

Os acórdãos do Superior Tribunal de Justiça vem admitindo a retificação do registro civil de transexual, a fim de adequar o assento de nascimento à situação decorrente da realização de cirurgia para mudança de sexo.

Destarte, há de se ressaltar o julgamento do Recurso Especial nº 737-993/MG, de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha. Da leitura do acórdão depreende-se que, originariamente, o pedido de retificação do registro civil havia sido indeferido porquanto “a falta de lei que disponha sobre a pleiteada ficção jurídica à identidade biológica impede ao juiz alterar o estado individual, que é imutável, inalienável e imprescritível”. Consoante asseverado pelo ilustre Relator, não entender como juridicamente possível o pedido formulado na exordial, significa postergar o exercício do direito à identidade pessoal e subtrair a prerrogativa de adequar o registro civil à nova realidade física do indivíduo.

Os argumentos comumente utilizados para admitir a retificação de prenome e de sexo no Registro Civil de transexuais são o de que, se tal fato não ocorrer, a intimidade, a honra e a dignidade do indivíduo serão ofendidas.

Em verdade, a situação do indivíduo transexual operado ou não, implicará na mesma situação. Trata-se, em verdade, de um suposto conflito, pois, se não ocorreu nenhum fato, nenhum caso de prejuízo a terceiro, não há que se falar ou regular um conflito, pois este, sequer, existe ainda, inclusive porque a ponderação deve operar no caso em concreto.

A partir desta perspectiva, as informações capítulo introdutório passam a ter relevância, ou seja, para ser possível a discussão deste caso concreto, as informações conceituais e diferenciais trazidas na parte inicial são necessárias para a

⁹⁶ PERNAMBUCO.TJPE. Proc. nº 0180-59.13, Rel. Juiz de Direito José Adelmo Barbosa da Costa, julgado em 08.04.2013. Disponível em: <http://www.tjpe.jus.br>. Acesso em: 11 set.. 2014

compreensão. Isto porque, depois de verificado que se trata, realmente, de um caso de transexualidade e preenchidos os requisitos, ainda que não realizada a cirurgia de adequação sexual, o transexual, ingressando com a ação própria, poderá buscar a alteração de prenome e sexo nos seus documentos, a fim de ajustar sua situação psicológica. Destarte, a fim de garantir o atingimento do objetivo, as alterações documentais devem ser mantidas em sigilo. Em regra, não há razão para que qualquer pessoa tenha acesso às informações. Assim, deve haver apenas a averbação no livro cartorário e à margem do registro civil de que as modificações são decorrentes de decisão judicial, sendo vedada qualquer menção nas certidões de registros públicos, sob o risco de serem mantidas as situações de constrangimento e discriminatórias.

Deve-se ressaltar, entretanto que, é preciso que exista o sopesamento entre o resultado alcançado e o meio empregado, ou seja, verificar-se se a não inscrição da condição transexual é necessária e proporcional, ver se realmente houve a proteção do direito de terceiros e se essa proteção foi proporcional à restrição dos direitos do transexual.

É nesse sentido que, segundo Alexy, em princípio não pode haver um conflito entre direitos fundamentais de forma abstrata, ou seja, a existência de circunstâncias do caso concreto é importante para a configuração do conflito e para a solução deste. A solução do conflito está em se considerar os elementos que circundam o caso, para, a partir deles, estabelecer qual princípio preponderará sobre o outro. Assim é que, em um determinado caso, o princípio X preponderará ante o princípio Y, devido às circunstâncias daquele caso. Em um outro caso, poderá, incidindo outras circunstâncias, ocorrer o inverso, ou seja, a preponderância do princípio Y sobre o X. Isto porque, para que se chegue à melhor solução da colisão dos princípios, deve-se decidir com base nas circunstâncias do caso. Sob tal perspectiva é que surgem os questionamentos acerca do direito de o transexual não divulgar a sua anterior condição e o limite do direito do terceiro de conhecer a situação de transexualidade do outro.

A solução de um conflito se dá a aplicação do princípio da proporcionalidade, pelo qual é realizada uma ponderação entre os bens que estão em conflito, de forma a encontrar a melhor solução ao caso concreto, sendo que deverá existir uma adequação entre os direitos em conflito.

Assim, deve haver a análise do caso concreto, para a verificação, a partir do sopesamento, dos direitos envolvidos, através da proporcionalidade, de qual dos

direitos envolvidos sairá menos lesado naquela relação jurídica. Assim, no caso em análise, ou seja, nos casos de conflito entre os direitos dos transexuais e os direitos dos terceiros com eles relacionados.

Em tese, entende-se que o direito à intimidade e à dignidade dos transexuais deve prevalecer frente aos direitos dos demais indivíduos, relacionados à publicidade e à honra, até mesmo porque não houve prejuízo de ninguém no caso concreto. Nesse ponto, faz-se necessário ressaltar os elementos do princípio da proporcionalidade, ou seja, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. No que tange à adequação e a utilidade da medida adotada deve ser verificado se a inscrição ou a omissão da condição de transexual será adequada para proteger o direito de terceiro. A resposta dependerá. Pode ser que positiva, pois o terceiro poderá ter acesso aos documentos do indivíduo e verificar que trata de uma pessoa que era de um sexo e passou a ser de outro. Já no que se refere à necessidade, ou seja, se a medida adotada é indispensável, se não há outra forma de preservar o direito de terceiros, é preciso que se diga que o meio utilizado (inscrição à margem do registro da condição de transexual) foi exacerbado. Isso porque, se o indivíduo retificar seus documentos, sem que haja qualquer observação em seu registro, ainda assim qualquer terceiro que mantenha relação jurídica com o transexual não será prejudicado, pelo simples fato de que o que muda é o nome, e não o número do documento (CPF). Este é único. Funciona como em todos os casos de elaboração de segunda via de documentos: modifica-se o nome, o sexo ou o estado civil, mas o número do documento permanece o mesmo. Dessa forma, o segundo elemento da proporcionalidade, a necessidade, mostra-se excessiva, pois há outro meio menos gravosos do que a inscrição no registro civil inalterado. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito, girará em torno da análise da ponderação entre o fim alcançado e a medida utilizada, até o ponto de se verificar que o meio usado, no caso concreto, foi excessivo diante do fim a ser alcançado, pois existia outro meio menos gravoso, ao transexual, que atingiria o mesmo fim.

No exercício da jurisdição, cabe aos juízes fundamentar suas decisões para que essas tenham legitimidade. É o que dispõe o inciso IX, do artigo 93 da Constituição Federal, prevendo, também, que, caso não exista fundamentação da decisão, esta será nula. Dessa maneira, a fundamentação serve para que os destinatários da decisão possam compreender o raciocínio que o juiz efetuou para

chegar àquela conclusão e, por fim, àquela sentença. Neste sentido, ressalta-se o julgado da desembargadora do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

ALTERAÇÃO DE REGISTRO CIVIL - TRANSEXUAL – REDESIGNAÇÃO DO GÊNERO NO REGISTRO CIVIL - INEXISTÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO DE UMA PREVISÃO QUE TORNE O PEDIDO INVIÁVEL - ART. 1º, III, ART. 3º, IV E ART. 5º, X DA CF/88 -PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE. - Se não existe no ordenamento jurídico qualquer vedação à alteração de registro de pessoa TRANSEXUAL, não há que se falar em impossibilidade jurídica do pedido, que é encontrada nos princípios e valores que a Constituição da República sobreleva. Seguindo-se os preceitos constitucionais, a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio fundamental da República Federativa do Brasil, constitui diretriz que deve nortear a alteração de registro civil de TRANSEXUAL. A Carta Magna objetiva em seu art. 3º promover o bem de todos sem qualquer preconceito de sexo e salienta no inc. X de seu art. 5º ser inviolável a intimidade, a honra e a vida privada de uma pessoa. Deve-se, desta forma, adaptar a designação sexual e o prenome à nova situação do cidadão. - O princípio da veracidade que norteia o registro público impõe que seja feita a anotação à sua margem de que se trata de averbação feita por ordem judicial.(APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0647.07.081676-2/001 - COMARCA DE SÃO SEBASTIÃO DO PARAÍSO - APELANTE(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS - APELADO(A)(S): M.A.C. - RELATORA: EXMª.SRª. DESª. VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE)⁹⁷

As decisões devem ser racionalmente fundamentadas para que a sentença possa ser legítima e válida. Além disso, com a participação dos intérpretes da Constituição, na visão Häbermas, haveria, com a interpretação da questão que se põe, um Direito democraticamente produzido, que atuaria como uma forma de efetuar a integração social e a legitimação da decisão.

Quando os casos de transexualidade são postos à apreciação do Judiciário, os juízes devem se valer de princípios constitucionais e de direitos fundamentais para solucionar a questão, até porque ninguém pode ser impedido de buscar a apreciação do Poder Judiciário de qualquer lesão ou ameaça a direito. Dessa forma, há que se considerar que existe a necessidade de uma análise jurídica das questões postas aos

⁹⁷ MINAS GERAIS. TJMG. AP. CÍVEL Nº 1.0647.07.081676-2/001. RELATORA: VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 11 set.. 2014.

Tribunais, quando se tratam de casos de transexualidade e de pedidos de retificação de prenome e sexo no Registro Civil. É necessário, então, que, no momento de se decidirem tais questões, estabeleçam-se ponderações entre os direitos em choque, considerando-se as circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas para, então, se chegar à solução mais adequada ao caso, através da aplicação do princípio da proporcionalidade.

5 CONCLUSÃO

No presente trabalho, pretendeu-se verificar se o princípio da proporcionalidade aplicável na solução de conflitos entre direitos fundamentais e, em especial, em casos de conflito entre os direitos de transexuais e de terceiros. Nessa perspectiva, cumpre ressaltar a importância do princípio da proporcionalidade na solução desses conflitos, de forma a se garantir a máxima preservação dos direitos fundamentais envolvidos. Utiliza-se da ponderação para harmonizar os direitos que se encontram em choque, de maneira que nenhum deles deixe de ser protegido.

Com o fito de se tratar dos conflitos entre direitos fundamentais entre transexuais e terceiros em razão da retificação do sexo e prenome nos assentamentos civis, fez-se necessário apresentar a transexualidade e seus aspectos conceituais.

A transexualidade é uma desordem na identidade de gênero que conduz o indivíduo a possuir a convicção de pertencer ao sexo oposto ao seu sexo biológico. Por meio de intervenções cirúrgicas e alteração dos registros civis, o indivíduo transexual busca a solução deste conflito íntimo.

Contudo, tais alterações também trazem consequências jurídicas, em especial, a possibilidade de danos a terceiros.

Buscou-se assim analisar a questão dos conflitos entre os direitos dos transexuais e de terceiros quando operada a retificação documental do indivíduo portador de disforia de gênero.

Dessa maneira, pelo que se depreende do que foi tratado neste trabalho, o transexual tem sua proteção garantida constitucionalmente, assim como todos os demais indivíduos.

A proteção do transexual inicia-se pela questão da dignidade da pessoa humana, valor fundamental da ordem jurídica brasileira, passando pelos direitos fundamentais que dela decorrem, tais como direito à intimidade, à vida privada, à saúde, à honra, dentre outros. Por outro lado e, de igual forma, os demais cidadãos, tido como terceiros, também possuem proteção de seus direitos fundamentais, como por exemplo, direito à publicidade.

Diante do reconhecimento de direitos aos transexuais, surgem os conflitos. Partindo-se dessa perspectiva, é necessário que exista uma harmonização entre os direitos em conflito, já que a realização de um direito não deve significar o total sacrifício do direito contrário.

O que deve haver, na verdade, é a análise do caso concreto, para verificação, a partir do sopesamento dos direitos envolvidos, através da proporcionalidade, de qual deles irá prevalecer naquela relação jurídica. Assim, nos casos em análise, ou seja, nos casos de conflitos entre os direitos de transexuais que realizaram a retificação de prenome e de sexo em seu registro de nascimento e de terceiros que com eles possuam relação jurídica, entende-se que o direito à intimidade e à dignidade dos transexuais deve prevalecer sobre os direitos dos demais indivíduos, pois a exposição da condição de operado do transexual ser-lhe-ia bem mais prejudicial se comparada ao desconhecimento de sua condição, por parte dos terceiros envolvidos em qualquer relação jurídica, já que os números dos documentos do indivíduo permaneceriam inalterados.

Dessa maneira, em casos de conflito, em que seja necessária a restrição de algum direito fundamental, inclusive da própria dignidade, a aplicação do princípio da proporcionalidade é a forma mais adequada de solução das controvérsias.

A solução de conflitos entre direitos fundamentais, através da aplicação do princípio da proporcionalidade, é baseada na teoria de Robert Alexy. Todavia, o que se verifica é que a jurisdição brasileira não tem se utilizado, de forma efetiva, do princípio da proporcionalidade como forma de solucionar conflitos entre direitos fundamentais em casos de transexualidade. Na verdade, as decisões dos Tribunais têm sido no sentido de solucionar os casos não a partir dos elementos jurídicos, constitucionais, mas sim a partir dos meros elementos fáticos. A partir dos argumentos utilizados neste trabalho, entende-se que, com a falta de argumentos legais e objetivos, as decisões acabam por carecer, em certa medida, de legitimidade, por todos os fatos que foram expostos.

Dessa maneira, ainda que a dignidade da pessoa humana seja o eixo central do ordenamento jurídico e que todos os direitos fundamentais – e também a dignidade – possuam um núcleo fundamental e impenetrável, muitas vezes, nas decisões dos Tribunais, esta noção de dignidade acaba sendo abandonada, não considerada e, por vezes, sequer, discutida. Assim, mesmo que sejam relativos os direitos fundamentais, admitindo restrições, ou seja, não existindo direitos absolutos, deve haver um mínimo de preservação desses direitos quando for necessária a sua restrição, o que, todavia, não tem sido observado nas decisões dos Tribunais. Os conflitos entre direitos fundamentais deveriam ser solucionados, conforme se viu, na maioria das vezes,

através da aplicação do princípio da proporcionalidade e de suas máximas, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Assim, não existe um consenso sobre qual dos direitos prepondera, se o do transexual ou o do terceiro. Os julgadores optam por um ou por outro apenas, sem fundamentação jurídica para tanto, conforme já afirmado.

É de se exigir do Poder Judiciário, no exercício da jurisdição, que tenha responsabilidade na sua atuação, ou seja, que aja de forma racional, que argumente e fundamente de forma adequada as suas decisões, que as baseie não somente em elementos fáticos, mas sim em aspectos legais (de cunho notadamente constitucional), com fundamento jurídico. Não se exige nada mais do que o comprometimento dos juízes com as normas legais, previstas na Constituição Federal. O que se vê é um fechamento institucional, já que as decisões são tomadas apenas pelos julgadores, sem a participação da sociedade democrática, ou abertura do caso concreto à realidade social. Os Tribunais devem, no mínimo, utilizar argumentos jurídicos para fundamentar as decisões tomadas, pois não é possível compreender que o Direito, que é fato social, é realidade, feche os olhos para a realidade enfrentada pela sociedade e use de poucos argumentos para solucionar os casos que necessitam ser decididos pelo Judiciário.

Deve-se buscar a oxigenação do sistema jurídico, adequando-o aos tempos modernos, utilizando-se de normas que apresentem solução aos anseios atuais da sociedade, normas estas que se encontram previstas na própria Constituição, basta que sejam interpretadas de forma adequada à realidade vivida.

Dessa maneira, diante das razões e das discussões apresentadas no presente trabalho, entende-se que, com base na teoria de Robert Alexy, a jurisdição constitucional brasileira deveria aplicar o princípio da proporcionalidade como forma de solução dos conflitos entre direitos fundamentais de transexuais e de terceiros. Espera-se que o presente trabalho sirva para incentivar o judiciário no sentido de também utilizar a aplicação do princípio da proporcionalidade como forma de solucionar os casos de transexualidade, de modo a minorar os prejuízos e preconceitos sofridos por esses indivíduos ao portarem documentos de um sexo e aparência física de outro. Dessa maneira, independentemente se o direito que deva prevalecer seja o do transexual ou o de terceiro, é necessária a aplicação do princípio da proporcionalidade, através de seus elementos, para que a decisão seja a mais adequada, razoável e proporcional possível.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALVES, Rogério Pacheco. Dignidade humana como restrição. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 47, jan./mar., p. 239-255, 2013.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo, SP: Saraiva, 2000.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARION, Ana Paula Ariston. **Transexualismo: o direito a uma nova identidade sexual**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Transexualismo. In: BARRETO, Vicente de Paulo. **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: UNISINOS; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

BODIN, Jean. Traduzido por: José Ignacio Coelho Mendes Neto. **Os seis livros da República**. São Paulo: Ícone, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo G. G. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 ago 2014.

BRASIL. Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 20 ago. 2014

BRASIL. Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.955, de 03 de setembro de 2010. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a [Resolução CFM nº 1.652/02](#). Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1652_2002.htm>. Acesso em: 12 ago 2014.

BRASIL. Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Art. 55, parágrafo único e art. 58, *caput*, da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6015.htm>. Acesso em: 20 ago. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4.^a Região. Apelação Cível nº 2001.71.00.026279-9/RS, julgada em 14 de Agosto de 2007. Juiz Federal Roger Raupp Rios (relator). Disponível em: <<http://www.trf4.gov.br>>. Acesso em: 12 ago. 2014.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Uma justificação democrática da jurisdição constitucional brasileira e a inconstitucionalidade da Lei nº 9.686/99. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 36, p. 177-207, 2001. Disponível em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/viewFile/1790/1487>. Acesso em: 12 set. 2014.

CHAVES, Antonio. **Direito à Vida e ao Próprio Corpo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

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

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 2 ed. Saraiva, 2001.

DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito & a justiça**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FALCÃO, Valdirene Ribeiro de Souza. Os direitos fundamentais e o princípio da dignidade humana. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v.20, n. 38, p. 227-239, 2013.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de Direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 5.ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

FREITAS, Juarez. O Estado, a responsabilidade extracontratual e o princípio da proporcionalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Jurisdição e Direitos Fundamentais**. Anuário 2004\2005 da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura, 2006, v. 1, t. 1, p. 185.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais**: limites e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GRAÑA, Roberto. **Além do desvio sexual**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.

GURGEL, Patricia da Cunha. A mudança de nome e sexo do transexual e os seus reflexos na Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/73). **Consulex**, n. 43, p. 11-18, 2010.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HAMMERSCHMIDT, Denise. **Intimidade Genética & Direito da Personalidade**. Curitiba: Juruá, 2007.

HAMSEY, Gerald. **Transexuais: perguntas e respostas**. Tradução de Rafael Azize. São Paulo: Summus, 1998.

HOBBS, Thomas. **O leviatã**. São Paulo: Martins, 2008.

IRIBURE JUNIOR, Hamilton da Cunha. **Os direitos fundamentais na ordem constitucional**. Salvador: JusPODIVM, 2012.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2014.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. São Paulo: Edipro, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de Direito Constitucional. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Mendes; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela sancionatória e tutela preventiva. **Temas de Direito Processual**, Segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980.

MOTA, Julia Cláudia Rodrigues da Cunha. O registro civil de pessoas naturais e o transexual. **Revista Forense**, v. 1, n. 411, p. 133-156, 2010.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A Sexualidade vista pelos Tribunais**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Nona Vara de Família do Rio de Janeiro. **Sentença Cível n.º 2001.001.051229-0**, julgada em 04 de março de 2003. Juíza Leise Rodrigues de Lima Espírito Santo. Disponível em: www.tj.rj.gov.br. Acesso em 02 ago. 2014.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Martin Claret, 2000.

SAADEH, Alexandre. **Transtorno de identidade sexual: um estudo psicopatológico de transexualismo masculino e feminino**. 2004. 266 f. Tese (Faculdade de Medicina – Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5142/tde-09082005-115642/>. Acesso em: 1 ago. 2014.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SCHÄFER, Jairo. **Direitos fundamentais: proteção e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2.ed. São Paulo,: Malheiros, 2010.

_____. **A Constitucionalização do Direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

SGRECCIA, Elio. **Manual de Bioética: fundamentos e ética biomédica**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência política e teoria do estado**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

STEINMETZ, Wilson. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

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

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (Org.). **Dos hospitais aos tribunais**. Belo Horizonte : Del Rey, 2013.

VENTURA, Miriam. **A transexualidade no tribunal: saúde e cidadania**. Rio de Janeiro: Eduerj, 2010.

_____. Transexualidade: algumas reflexões jurídicas sobre a autonomia corporal e autodeterminação da identidade sexual. In: RIOS, Roger Raupp (Org.). **Em defesa dos direitos sexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Mudança de sexo: aspectos médicos, psicológicos e jurídicos**. São Paulo: Santos, 1996.

_____. **Bioética e Direito**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999.

_____. **Alteração do prenome em face da Lei 9.708/98**: novos estudos jurídicos. Itajaí: Univali, n. 11, out. 2000.