



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA

“LUÍS DE CAMÕES”

**O DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO DA IDENTIDADE DE
GÉNERO: A MUDANÇA DE SEXO E ALTERAÇÃO DE NOME NO
REGISTRO CIVIL**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Autora: Marcielly Garcia Gibin

Orientador: Professor Doutor António Pedro de Azevedo Ferreira

Número da candidata: 20161163

Dezembro de 2020

Lisboa



Universidade Autônoma de Lisboa

Luís de Camões

DEPARTAMENTO DE DIREITO

**O direito à autodeterminação da identidade de gênero: a mudança de
sexo e alteração de nome no Registro Civil**

Marcielly Garcia Gibin

**Dissertação de Mestrado em Direito, especialização em
Ciências Jurídicas apresentada à Universidade Autônoma
de Lisboa, para obtenção do grau de Mestre em Direito,
elaborada sob a orientação do Professor Doutor António
Pedro de Azevedo Ferreira.**

LISBOA 2020

MODELO – FICHA CATALOGRÁFICA

Cxxxx GIBIN, Marcielly Garcia.
O direito à autodeterminação da identidade de gênero: a
Mudança de sexo e alteração de nome no Registro Civil/Marcielly
Garcia Gibin – Universidade Autônoma de Lisboa “Luís de Camões”,
2021.
xxxf.

Dissertação (Mestrado) – Departamento de Direito
Curso de Mestrado da Universidade de Universidade Autônoma de
Lisboa “Luís de Camões”

Orientador: Professor Doutor António Pedro de Azevedo Ferreira

1. Autodeterminação. 2. Identidade de Gênero. 3. Mudança de
Sexo. 4. Alteração de Nome 5. Registro Civil.
I. Título.

CDU xxxxxxxx

O direito à autodeterminação da identidade de gênero: a mudança de sexo e alteração de nome no Registro Civil

Marcielly Garcia Gibin

Data da qualificação:

Membros componentes da Banca Examinadora:

Presidente e Orientador: Professor Doutor António Pedro de Azevedo Ferreira.

Membro Titular:

Membro Titular:

Local: Universidade Autónoma de Lisboa “Luís de Camões”

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus, que me proporcionou realizar um sonho de cursar este mestrado em Lisboa.

Em segundo lugar, ao meu esposo Cléber Gonçalves Gibin, que sem o seu incentivo e parceria seria impossível trilhar esta trajetória.

Em terceiro lugar, aos meus amigos e colegas da Turma 12. Cada um foi fundamental para a conclusão deste curso. Em especial, às minhas queridas amigas Marcielly Rosa, Tatiane Dória e Márcia, com quem compartilhei as angústias e as inseguranças de cada apresentação de discurso ensaiado; a paciência em escutar cada artigo escrito; a amizade fiel e o apoio; o companheirismo no dia a dia em sala de aula e na vida que se estabeleceu em quinze dias em Lisboa. Por este período, vocês foram a minha família, meu muito obrigado!

Por fim, mas não menos importante, agradeço ao meu orientador Professor Doutor António Pedro Ferreira, que aceitou me orientar e que me forneceu a diretriz que eu precisava para finalizar este trabalho.

RESUMO

O presente trabalho aborda o direito de escolha da pessoa em autodeterminar sua identidade de gênero com reflexos no registro civil, que enseja a modificação de nome ou/e sexo diretamente no seu assento de nascimento ou casamento, quando o caso, sendo suficiente sua declaração de vontade, dispensando assim, manifestação judicial. Tal abordagem é enquadrada como um Direito Humano Fundamental e advém de outros princípios basilares do Direito Luso-Brasileiro. Assim, este trabalho tem como objetivo analisar os fundamentos jurídicos que permitem essa abordagem.

PALAVRAS-CHAVE: Autodeterminação. Identidade de gênero. Mudança de sexo. Alteração de nome. Registro Civil.

ABSTRACT

The present work addresses the person's right to choose to self-determine their gender identity with reflections on the civil registry, which entails the change of name or/and sex directly in their birth or marriage record, when appropriate, their declaration of will, thus dispensing with judicial manifestation. Such an approach is framed as a Fundamental Human Right and comes from other basic principles of Luso-Brazilian Law. Thus, this work aims to analyze the legal foundations that allow this approach.

KEYWORDS: Self-determination. Gender identity. Sex change. Name change.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
METODOLOGIA	9
1. IDENTIDADE DE GÊNERO	11
1.1 Do corpo ao gênero: preconceito, alienação e violência.....	12
1.2. Análise histórica da construção do conceito de gênero.....	16
1.3. Conceito de gênero, identidade de gênero e diversidade sexual	25
2. DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO DA IDENTIDADE DE GÊNERO	32
2.1. A autodeterminação de gênero como um Direito Humano Fundamental	32
2.1.1. Noções gerais de Direito Fundamental	33
2.1.2. Direito à igualdade sem discriminação	39
2.2. Direitos da personalidade e autodeterminação	43
2.2.1. Direito ao livre desenvolvimento da personalidade	45
2.2.2. Direito ao nome, à privacidade e à imagem	55
3. PROCEDIMENTO DE ALTERAÇÃO DO SEXO E NOME NO REGISTRO CIVIL: DIREITO COMPARADO LUSO-BRASILEIRO	68
3.1. Legislação portuguesa	70
3.2. Legislação brasileira.....	74
3.3. Procedimento da mudança de sexo e alteração do nome no registro civil	78
CONCLUSÃO	83
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	86

INTRODUÇÃO

O problema que deu origem a este estudo foi o interesse em pesquisar quais são os fundamentos jurídicos para se permitir a mudança de sexo e alteração do nome diretamente no registro civil no Brasil e em Portugal. A partir disso, formula-se como objetivo geral a verificação dos fundamentos jurídicos que permeiam a admissão de mudança de sexo e alteração do nome formulada pelo próprio interessado, diretamente no Registro Civil, tanto no Brasil como em Portugal. Os objetivos específicos se desenvolvem nos capítulos que apresentam a fundamentação teórica deste estudo, consistindo de: abordar os discursos sobre o gênero nas diferentes concepções teóricas sobre o tema, o conceito de gênero, identidade de gênero e diversidade sexual; constatar se a mudança de sexo e alteração do nome é um procedimento recente ou se ele é aderido há longo tempo na história pela sociedade, o aspecto constitucional, analisando se o aludido procedimento é regido pelos princípios e ditames previstos constitucionalmente; demonstrar a possibilidade da mudança de sexo e alteração de nome diretamente no Cartório de Registro Civil e/ou Conservatórias do Registro Civil, as exigências legais, os direitos e deveres do solicitante, e análise legislativa frente ao Direito comparado Português e Brasileiro.

Esta pesquisa se justifica pela constatação de que a mudança de sexo e alteração do nome no registro civil tem recebido atenção da doutrina e proteção do ordenamento jurídico, sendo defendido por muitos como um direito fundamental. Diante do grande impacto que tal reconhecimento traz, faz-se necessária uma abordagem mais profunda sobre o tema, em especial, no que se refere à possibilidade de alteração de sexo e prenome no Registro Civil. A possibilidade do reconhecimento da mudança de sexo e alteração do nome diretamente na esfera extrajudicial, ou seja, nos Cartórios de Registro Civil, sem a necessidade de apresentação de provas, traz incontestável benefício para as pessoas que se encontram nessa situação, viabilizando a formalização da realidade fática que vivenciam.

Após os conceitos acima expostos, discorreremos sobre as evoluções teóricas dos discursos acerca de gênero e analisaremos as diversas teorias que embasam o assunto, sem a pretensão de esgotar o tema, com o objetivo de se chegar ao ápice deste trabalho com os conceitos definidos e pela apresentação da legislação vigente no Brasil e em Portugal sobre o tema.

Assim, traremos questões como o preconceito, a violência e a intolerância que permeiam a rotina dos transexuais, em especial, dos que integram as populações de baixa renda. Também serão apresentadas as formas de alienação e dominação do corpo humano,

que precede e sustenta a discriminação às minorias não binárias. Abordaremos um pouco da base histórica que influenciou e construiu o conceito de identidade de gênero como fator determinante para a mudança de sexo e nome no Registro Civil, como forma de proteção e promoção dos Direitos Humanos.

Após, será feita uma análise comparativa entre o ordenamento jurídico português e brasileiro de como ocorre essa alteração no registro civil, e um esboço do histórico legislativo até se chegar à norma vigente.

Por fim, explanaremos o reconhecimento jurídico do Direito à autodeterminação da identidade e expressão de gênero como um direito humano fundamental e os argumentos jurídicos que legitimam o procedimento de mudança de sexo e de nome próprio diretamente no Registro Civil.

METODOLOGIA

O método se concretiza nas diversas etapas ou passos que devem ser dados para solucionar um problema. Esses passos são as técnicas ou processos. Os objetos de investigação determinam o tipo de método a ser empregado, a saber: o experimental ou o racional. Um e outro emprega técnicas específicas como também técnicas comuns a ambos.

No processo de produção do conhecimento, é preciso eleger o método que parece mais apropriado à natureza do assunto estudado. O método é, pois o modo de utilização dos expedientes racionais necessários à execução de determinada tarefa. Método e conteúdo estão necessariamente relacionados, uma vez que tão importante quanto o conhecimento é a maneira como se chegou a ele. A metodologia é então, o estudo dos métodos, técnicas e procedimentos empregados na pesquisa científica ou acadêmica.

O método de abordagem a ser utilizado na pesquisa e investigação foi o dedutivo. O método dedutivo: é aquele pelo qual, a partir de um princípio geral, chega-se a conclusões particulares. Como nestes exemplos: Todo mamífero é vertebrado; todo homem é mamífero; todo homem é vertebrado.

A dedução é a argumentação que torna explícitas verdades particulares contidas em verdades universais. O ponto de partida é o antecedente que afirma uma verdade universal, e o ponto de chegada é o consequente, que afirma uma verdade menos geral ou particular, contida implicitamente no primeiro. A técnica desta argumentação consiste em construir estruturas lógicas, através do relacionamento entre antecedente e consequente, entre hipótese e tese, entre premissas e conclusão. O cerne da dedução é a relação lógica que se estabelece entre proposições, dependendo o seu vigor do fato de a conclusão ser sempre verdadeira, desde que as premissas também sejam. Assim, admitindo as premissas, deve-se admitir também a conclusão, isto porque toda a afirmação ou conteúdo fático da conclusão já estava, pelo menos implicitamente, nas premissas. Assim, partindo dos Direitos Humanos Fundamentais e Universais pretende-se chegar ao direito de mudança de prenome e gênero, realizada pelo próprio interessado, diretamente no Cartório de Registro Civil, no Brasil e em Portugal. A principal premissa é que este direito individual e de minorias está contido nos Direitos Fundamentais e Constitucionais.

Utiliza-se neste trabalho uma abordagem descritiva e qualitativa, com base em pesquisa bibliográfica. A pesquisa bibliográfica oferece sustentação ao processo de investigação, através de leituras orientadas, constitutivas do *corpus* teórico sobre o tema abordado.

A pesquisa bibliográfica pode ser realizada independentemente ou como parte da pesquisa de campo e de laboratório. Em ambos os casos, busca conhecer as contribuições culturais ou científicas do passado. É realizada independentemente, por vezes, isto é, percorre todos os passos formais do trabalho científico, em particular nas chamadas ciências humanas. Constitui parte da pesquisa de campo ou de laboratório, enquanto é feita com o intuito de recolher informações e conhecimentos prévios acerca de um problema para o qual se procura resposta, acerca de uma hipótese que se quer experimentar. A pesquisa bibliográfica é o meio de formação por excelência. Como trabalho científico original constitui a pesquisa propriamente dita na área das ciências humanas. Como resumo de assunto constitui geralmente o primeiro passo de qualquer pesquisa científica.

A descrição tem como objetivo central conhecer os aspectos gerais e amplos de um determinado assunto ou contexto, procurando explicar as relações de causa e efeito dos fenômenos ocorridos através da análise da correlação entre as variáveis. A análise qualitativa descreve a complexidade de uma determinada hipótese ou problema, analisando a interação de certas variáveis, compreendendo e classificando processos dinâmicos experimentados por exemplo, por grupos sociais, como é o caso deste estudo.

Como técnica de pesquisa para o desenvolvimento da dissertação foram, portanto, utilizadas a pesquisa bibliográfica de obras literárias no ramo de Direito e Psicologia, monografias, teses, dissertações, artigos, acórdãos de Tribunais, leis, atos normativos, dentre outros. O tema a ser tratado possui algumas considerações no Direito Comparado que também foram utilizadas como fonte bibliográfica.

1. IDENTIDADE DE GÊNERO

A fim de combater discursos hegemônicos que resultam em dominação e exclusão daqueles que não se enquadram no biótipo biológico sexual, masculino e feminino, com sua identidade, observaremos os principais pontos referentes às relações existentes entre sexo, sexualidade e gênero.

Para tanto, em um primeiro momento, será apresentada as condições de discriminação, preconceito e violência que afetam as vidas das pessoas não binárias, em especial, as de baixa renda, que se encontram em circunstâncias de dupla vulnerabilidade. Também será mencionada a intolerância religiosa, que muitas vezes se manifesta como uma estratégia de acolhimento, mas somente para tentar transformar o sujeito, que é visto como um doente, que precisa ser curado.

Em seguida se discorrerá sobre os corpos e suas amarras sociais, construídas ao longo de toda história humana. Fonte de alienação, manipulação, domesticação, o corpo humano sempre esteve submetido a alguma forma de poder que lhe é exterior e que tenta submeter seus desejos para dominá-lo. Será estudada a sexualidade como um elemento oriundo das relações de poder, que nos servirá de embasamento para a compreensão das formas pelas quais são consideradas as relações entre sexo e identidade de gênero.

A partir dessas considerações, será realizada uma incursão no avanço dos estudos das teorias sobre gênero; desde as concepções biológicas até as abordagens *queer*¹, na tentativa de demonstrar o modo como a identidade de gênero se constrói e a partir de que ponto é considerada como um fator patológico pelo tecido social.

Por fim, buscaremos demonstrar as diferenças existentes nas concepções do conceito de gênero, identidade de gênero e diversidade sexual.

¹“A teoria queer começou a ser desenvolvida a partir do final dos anos 80 por uma série de pesquisadores e ativistas bastante diversificados, especialmente nos Estados Unidos. Um dos primeiros problemas é como traduzir o termo queer para a Língua Portuguesa. “Queer pode ser traduzido por estranho, talvez ridículo, excêntrico, raro, extraordinário”, diz Louro (2004, p. 38). A ideia dos teóricos foi a de positivar esta conhecida forma pejorativa de insultar os homossexuais. Segundo Butler, apontada como uma das precursoras de teoria queer, o termo tem operado uma prática linguística com o propósito de degradar os sujeitos aos quais se refere. “Queer adquire todo o seu poder precisamente através da invocação reiterada que o relaciona com acusações, patologias e insultos” (Butler, 2002, p. 58).” COLLING, Leandro – **Teoria Queer** [Em linha]. Bahia: Universidade Federal da Bahia. [Consult. 17 abr. 2019]. Disponível em: <http://www.cult.ufba.br/maisdefinicoes/TEORIAQUEER.pdf>

1.1 Do corpo ao gênero: preconceito, alienação e violência

A sexualidade humana é uma complexa teia de regulações construídas ao longo da história, com repressões, exacerbações e manipulações de todo tipo. Entretanto, durante quase todo o tempo e na maioria das sociedades, a sexualidade que ultrapassa os limites da relação binária homem/mulher é vista como inadequada, imoral e muitas vezes associada ao adoecimento psíquico.

Hoje, em várias nações, a homossexualidade ainda é criminalizada e pode levar à pena de morte. Mesmo em países em que os direitos civis da comunidade dessas minorias são assegurados pela legislação vigente e a homofobia e transfobia são consideradas crimes, a violência permanece e ocupa os noticiários diariamente. É o caso do Brasil, onde em 2020, ocorreram a média de quatro crimes de homofobia por dia, considerando lesões corporais e 237 assassinatos, de acordo com dados apresentados pelo Grupo Gay da Bahia (GGB)².

A construção cultural da heterossexualidade como única forma legítima do exercício do desejo, estruturado na materialidade do sexo biológico, impôs a desqualificação das vivências sexuais dissidentes. As religiões, sejam ocidentais ou orientais, condenam como pecado toda e qualquer forma de relação sexual fora do âmbito binário para procriação. A discriminação e a homofobia são recorrentes nos discursos religiosos, mesmo os voltados para o acolhimento, que adotam uma estratégia de reestruturação da subjetividade do sujeito, ou seja, acolhe para transformá-los em pessoas “normais”. Em religiões como as vertentes radicais do islamismo, a prática sexual homossexual é condenável à sentença de morte, como acontece em alguns países mulçumanos na África e Oriente Médio. A mesma classificação ocorre em países de regimes ditatoriais, onde essas minorias são perseguidas e penalizadas.

No Brasil, a acolhida para essas pessoas, se faz como uma estratégia para a reestruturação da subjetividade do sujeito, que é visto como alguém que foi vítima de fatores como desestruturação familiar, violência ou assédio, que o conduziram a formar o sintoma da distorção sexual. A homossexualidade não é entendida como uma identidade, mas sempre associada a uma trajetória pessoal traumatizante.

Outro aspecto de tais discursos está associado à figura do homossexual e transexual como uma personalidade ameaçadora, perigosa, que representa a impureza e a maldade, alguém doente e que, não quer ou não busca ajuda para ser curado, para tornar-se saudável. Se a religiosidade apresenta uma versão opressora da sexualidade, associando-a ao pecado,

² Ver mais em: <https://grupogaydabahia.files.wordpress.com/2021/05/observatorio-de-mortes-violentas-de-lgbti-no-brasil-relatorio-2020.-acontece-lgbti-e-ggb.pdf>

quando praticada fora do casamento ou da procriação, o discurso fica ainda mais duro e, quase sempre associado à presença demoníaca, quando se trata da sexualidade dessas minorias. As palavras mais associadas são anormais, anômalos, obscenos, antibíblicos, antinaturais, pervertidos, mórbidos, entre outros vocábulos pejorativos. Tais discursos, mesmo sendo excludentes e ilícitos perante a legislação vigente, ainda são prevalentes na sociedade brasileira.³

Para Butler⁴, as práticas de naturalização do heterossexismo se entrelaçam às formas de perpetuação das assimetrias de gênero e fornecem os paradigmas de sustentação para discursos homofóbicos, uma vez que a homofobia corresponderia a um efeito constitutivo da norma da heterossexualidade compulsória. Todos esses discursos não caminham sozinhos na trajetória histórica da humanidade; são antecidos por uma visão igualmente distorcida do corpo humano. Biologicamente a vida humana começa no ato da concepção. Aí são definidas algumas "marcas registradas" do indivíduo: cada um é marcado, "carimbado" pelo que é a mãe e o pai; que por sua vez são marcados pelo próprio trajeto que a humanidade traçou e destinou aos dois, enquanto seres culturais e produtos de uma evolução biológica, histórica e (mais ou menos) humana.

As marcas sociais já se fazem sentir desde o processo de gestação. Durante e após o parto, e durante o desenvolvimento inicial do corpo, o cultural começa a conspirar contra o biológico. Com o nascimento o que existe é o elo, mais ou menos saudável e prazeroso, entre o seio e a boca. Depois vêm as manifestações ainda tênues dos dedos, das mãos, dos braços, das pernas, dos olhos, dos ouvidos etc., todos integrados na ânsia de expressar mais vida (fato que nem sempre se concretiza por absoluta falta de condições). Na sequência, novas etapas são cumpridas: as pernas promovem uma certa independência corporal. A boca e a língua começam sua articulação, agora num outro estágio. Os gritos das dores e desconfortos e os risos das alegrias e prazeres, são acompanhados de um novo elemento: a palavra. É a materialização do esforço para se tornar "gente".⁵

A dependência biológica vai se tornando cultural. O corpo é apropriado pela cultura. Vai sendo cada vez mais um suporte de signos sociais. E modelado como projeção do social. As instituições assumem seu papel. Como dizem, é necessária a preparação (do corpo) para o

³ BUTLER, Judith - **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Trad.: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. ISBN: 85-200-061 1-6. p. 38-48.

⁴ *Idem* - **Ibidem**.

⁵CORREA, Sônia - Cruzando a linha vermelha: questões não respondidas no debate sobre direitos sexuais. **Horizontes antropológicos**. [Em linha]. Porto Alegre. Ano 12. N. 26. (Jul/Dez 2006). p. 101-121. [Consult. 10 ago. 2021]. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ha/a/MtjZdCQZBzfBYQzPm6NPxhp/?format=pdf&lang=pt>

convívio em sociedade. É preciso aprender as regras sociais. Começa a divisão. Começa a educação. O corpo da criança vai sendo violado por um conjunto de regra socioeconômicas que sufoca, domestica, oprime, reprime, "educa".⁶

É assim que, culturalmente, se faz o nosso corpo. É assim que a sociedade o modela. É como alguém já disse, "o que o corpo fala é o que o social está falando através do corpo" "tenho inscrito no meu corpo a cosmologia da própria sociedade"⁷. Esta influência do social no pessoal é um fator existencial determinante. Por trás dele está o inconformismo e a revolta das pessoas, dos grupos, das classes que, quando conseguem acordos e entendimentos com o poder que controla toda a sociedade, promovem a sua evolução. Quando essa negociação não é possível, a luta se materializa em revoltas.

Há uma revolução entre o corpo e o poder institucional que precisa ser revelada. Neste sentido parece que Michel Foucault⁸ encontrou o caminho para a explicação desta dialética poder-corpo:

Como sempre, nas relações de poder, nos deparamos com fenômenos complexos que não obedecem à forma hegeliana da dialética. O domínio, a consciência de seu próprio corpo só puderam ser adquiridos pelo efeito do investimento no corpo pelo poder: a ginástica, os exercícios, o desenvolvimento muscular, a nudez, a exaltação do belo corpo... tudo isto conduz ao desejo de seu próprio corpo através de um trabalho insistente, obstinado, meticuloso, que o poder exerceu sobre o corpo das crianças, dos soldados, sobre o corpo sadio. Mas, a partir do momento em que o poder produziu este efeito como consequência direta de suas conquistas, emerge inevitavelmente a reivindicação de seu próprio corpo contra o poder, a saúde contra a economia, o prazer contra as normas morais da sexualidade, do casamento, do pudor. E, assim o que tornava forte o poder passa a ser aquilo por que ele é atacado... O poder penetrou no corpo, encontra-se exposto no próprio corpo... Lembrem-se do pânico das instituições do corpo social (médicos, políticos) com a ideia da união livre ou do aborto... Na realidade, a impressão de que o poder vacila é falsa, porque ele pode recuar, se deslocar, investir em outros lugares... e a batalha continua.

Se é certo que a história de nosso povo está inscrita no nosso corpo, é preciso começar a avançar na decodificação crítica dos seus signos, fundamentando-se, assim, uma política voltada para a sua liberação, que é, em última análise, a liberação do desejo. A este respeito há uma certa identificação do pensamento de Michel Foucault, há pouco citado, e o que diz a socióloga Rose Marie Muraro⁹ em sua obra de pesquisa sobre a "Sexualidade da Mulher Brasileira":

⁶ CORREA, Sônia - *Op. cit.* p. 101-121.

⁷ *Idem -Ibidem.*

⁸ FOUCAULT, M - **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1991. ISBN 85-77-53296-8. p. 146.

⁹ MURARO, Rose Marie - **Sexualidade da mulher brasileira: Corpo e Classe Social no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Rosa dos Tempos. 5 ed. 1996. ISBN 85-01-04420-2. p. 198.

Desejo é a pulsão, premida pela falta, tendendo sempre à sua satisfação (...) O desejo seria a condensação de energia que está por baixo do econômico. Se a relação da criança com o "*socius*" é uma relação direta, não sublimada, o desejo, por sua vez, reflete também e vai moldar o "*socius*". Evidentemente são as leis econômicas que soldam as classes. Mas (...) elas apresentam e vivem continuamente de brechas, de contradições. O econômico não é monolítico, mas contraditório, instável; e usa o desejo de dominantes e dominados a seu favor. Mas o desejo, em sua radicalidade, lhe escapa sempre e penetra sempre por suas linhas de fuga, nestas brechas. Por isso, paradoxalmente essa dialética entre desejo e econômico tem sempre uma dupla ação: ou o econômico subjuga o desejo ou desejo o transforma.

Scott¹⁰ menciona Sulamith Firestone, para quem a reprodução também é uma “amarga armadilha” para a mulher. Porém, em sua análise materialista, a libertação vem das transformações tecnológicas ligadas à reprodução, que além de criar a opção pela maternidade, poderá vir a dispensar o corpo feminino do processo reprodutivo da espécie. Já Catherine Mackinnon, também mencionada por Scott, defende que a submissão e o patriarcado estão na própria sexualidade, e afirma “a sexualidade está para o feminismo assim como trabalho está para o marxismo: é aquilo que mais nos pertence e o que todavia nos é mais subtraído”.

Assim, o processo primário de sujeição das mulheres está na sua objetificação sexual. Ao compartilhar a experiência de objetificação, as mulheres podem compreender sua identidade comum e contestar a fonte das relações desiguais entre os sexos, que tem início no corpo e se estende pelas relações sociais.¹¹ É, portanto, no corpo que está depositada toda a potencialidade revolucionária dos dominados e oprimidos.

A ausência de contextualização do tema que será tratado, assim como a origem e o significado das expressões sexualidade, sexo, diversidade sexual e as questões relativas à identidade de gênero apresentam, em sua grande maioria, “um senso comum que ignora as origens históricas e sociais de seus conceitos, levando a conclusões que, por vezes, não se mostram adequadas”.¹² Diante dessa narrativa, é imprescindível a análise histórica da construção dos conceitos.

O poder que é dado pelo Estado e sociedade a uma pessoa, em relação ao seu sexo, é a raiz para entendermos a razão da discussão sobre a identidade de gênero. Em um primeiro momento, é importante destacar que

a distinção entre o sexo masculino e o feminino representou durante longo tempo uma fonte de discriminação em relação à mulher. A tutela da mulher, no período

¹⁰ SCOTT, Joan - Gênero: uma categoria útil de análise histórica. **Educação e Realidade: Gênero e Educação**. [Em linha]. V. 20, n. 2, p. 71-99 (jul/dez 1995). ISSN 0100-3143 (impresso) e 2175-6236 (online). [Consult. 15 dez. 2019]. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/educacaoerealidade/article/view/71721/40667>.

¹¹ *Idem - Ibidem*.

¹² NUNES, Janaína F. – **Gênero e diversidade sexual na escola: entre programas educacionais e convicções religiosas**. [Em linha] Uberaba: Universidade de Uberaba, 2018. Tese de mestrado em Educação. p. 20.

romano, encetada pela *manus* não perdurou em todas as fases. Na época clássica, essa tutela desapareceu, reconhecendo-se maior autonomia para a mulher. Savatier sustentava que, nesse mesmo período, inicia-se um movimento de revolta contra as mulheres pela decadência dos costumes, originando o nascimento da expressão *imbecillitassexus*. Com a invasão bárbara e a queda de Roma ocidental, introduziu-se, com os germanos outra modalidade de poder marital, denominado *médium*. No período medieval, por influência da Igreja, reconheceu-se a dignidade da mulher, mas o período do renascimento fez florescer nova discriminação (*infirmitassexus*). O Código de Napoleão, que deveria apresentar o marco inicial da igualdade entre o homem e a mulher provocou efeito reverso, como aponta Spota em fina ironia ao diploma francês.¹³

Essa distinção entre sexos que decorre de uma discriminação e leva ao preconceito é fator determinante para o resguardo do Estado em relação às fragilidades expostas pelas categorizações por um sexo determinado, o que acontece com o feminino.

Caso não houvesse em nenhum momento histórico essa distinção discriminatória que leva às restrições de certas liberdades individuais, seria apócrifo o presente debate. Isso porque a necessidade de alteração de sexo e nome somente se faz necessária em razão da sociedade e o Estado diferenciarem o sexo feminino e masculino, o que será demonstrado a seguir.

O recente e contemporâneo cultivo pelos direitos fundamentais da pessoa tem lutado pela promoção da equidade em termos de gênero, raça e etnia. Apesar das resistências culturais e religiosas, a inclusão da orientação sexual na pauta de convenções internacionais tem alcançado conquistas significativas de direitos civis a esses grupos minoritários.

1.2. Análise histórica da construção do conceito de gênero

Não podemos pensar em identidade de gênero sem entender o que é sexo. Sexo é o que classifica os seres humanos devido às suas questões anatômicas, fisiológicas e morfológicas, por exemplo, o que separa os seres humanos de macho e fêmea.

Para Nunes, o sexo se define como a diferença biológica, isto é, a distinção entre o macho e a fêmea, enquanto a sexualidade se caracteriza como a realização do ato de cópula. Mas essa visão mudou a partir das considerações freudianas sobre o tema.¹⁴

Segundo Tílio, “dos sexos biológicos (macho/fêmea) decorreriam os gêneros (masculino/feminino) e seus papéis, numa relação de complementaridade sustentada pela

¹³ RIBEIRO, Daniel Nilson – Título II – Do Registro Civil de Pessoas Naturais: Arts. 29 a 49. **In Lei de Registros Públicos Comentada: Lei 6.015/1973**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019. ISBN 978-85-309-6249-4, p. 122.

¹⁴ NUNES, Janaína F. – *Op. cit.* p. 20

necessidade de perpetuação da espécie humana. O imperativo reprodutivo impõe um modelo de relação de e entre os indivíduos, no qual coexistiriam harmoniosamente dois sexos e dois gêneros”.¹⁵

Nunes afirma também que a partir dessas definições restritas à dimensão biológica, foi possível demonstrar que as teorias clássicas tratavam o tema com naturalidade, apesar de omitirem os processos históricos e sociais.¹⁶

A crítica que se faz a teórica clássica é que ela acaba por restringir o gênero apenas em seu aspecto binário, ou seja, masculino e feminino, deixando de lado outra categoria, como o sem sexo ou o neutro, chamado também de não binário.

Já o conceito de sexualidade, para Salles e Ceccarelli, “[...] é uma construção, uma invenção, inseparável do discurso e do jogo de poder dentro dos quais ela é constituída e, ao mesmo tempo, se constitui”.¹⁷

Explicam os autores, “a regulamentação do sexo sempre foi um assunto do Estado, das elites dominantes e da religião (FOUCAULT, 1984, 1985, 1985b), [...] a “moral” de cada uma destas instâncias cria tanto o discurso sobre a regulamentação da sexualidade quanto os dispositivos que visam regulá-la, controlá-la ou mesmo curar as manifestações da sexualidade “desviantes”. Isto é, aquelas que não respondiam aos critérios estabelecidos e que ameaçam a ordem vigente”.¹⁸

Ainda segundo Nunes, os códigos normatizantes das instâncias já mencionadas definem os comportamentos sexuais protegidos ou tolerados, assim como aqueles considerados desviantes e que são objeto de coerção por parte do aparato institucional.¹⁹

Assim, os conceitos a serem perquiridos na presente pesquisa não podem evadir-se das épocas em que vivenciados, uma vez que sua concepção advém dos momentos históricos, e é a partir dessa análise que os conceitos que queremos buscar são definidos e sintetizados. Tal contexto histórico é indispensável para se conceituar sexualidade, assim como as palavras derivadas dela.

Para Sales, a sexualidade como é percebida, vivida e teorizada na nossa cultura, é decorrente dos paradigmas ocidentais, assim como outras culturas também são interpeladas pelos enigmas da sexualidade e criam dispositivos para controlar os desejos pulsionais.

¹⁵TÍLIO, Rafael de. Teorias de gênero: principais contribuições teóricas oferecidas pelas perspectivas contemporâneas. **Revista Gênero**. [Em linha]. Niterói. ISSN: 2316-1108. Vol. 14, n. 2. (1 semestre 2014), p. 129. [Consult. 01 nov. 2019]. Disponível em: <http://periodicos.uff.br/revistagenero/article/view/31193/18282>

¹⁶NUNES, Janaína F. – *Op. cit.* p. 20.

¹⁷SALLES, Ana C. T. C.; CECCARELLI, Paulo. R. – *Op. cit.* p. 16.

¹⁸*Idem– Ibidem.*

¹⁹NUNES, Janaína F. – *Op. cit.* p. 21.

Entretanto, não se pode negar que nossa cultura criou uma dimensão para a sexualidade que tem proporcionado uma infinidade de possíveis leituras desta condição humana.²⁰

“Por sua vez, essa teorização não é apenas oriunda de um desejo puramente científico. Isto é, a criação de discursos teóricos sobre a sexualidade encobre intenções voltadas à normatização e controle das práticas sexuais, conforme o momento histórico pelo qual se passa.”²¹

Tílio argumenta que a sexualidade é um modelo construído socialmente que designa o modo como o indivíduo deve expressar seus desejos, emoções, motivações e fantasias; como deve realizar suas condutas e práticas corporais para atender suas singularidades físicas e psicológicas. Porém, o modelo atende às normatizações voltadas à manutenção da família, como estruturadora da sociedade através do parentesco, casamento, gênero e divisão sexual do trabalho, e da ordem social, confirmados pelo discurso médico-científico do século XIX.²²

Assim, afirma-se que “os discursos sobre sexualidade aparecem em momentos sócio-históricos precisos como tentativas de normatizar as práticas sexuais de acordo com os padrões da época, visando ao controle da vida social e política através do controle do corpo e da sexualidade”.²³

Isso porque, os padrões de conduta sexual variam de acordo com a época, o momento histórico vivido, e a sociedade, assim como as normas vigentes da ocasião, que procuram enquadrar tais condutas como “normais” por serem práticas corriqueiras e por “transparecerem normalidade”, aceitáveis àquele momento histórico.²⁴

Por essa razão, Nunes²⁵ defende que a sexualidade está intimamente ligada às relações de poder da sociedade, em especial, quando se considera o modo como o tema passa a ser tratado a partir do século XIX, ou seja, quando deixa de ser enfrentado de forma aberta e se impõe sobre ele o que Foucault denomina como “tríplice decreto de interdição, inexistência e mutismo”.²⁶

Isso porque, o sexo somente era reconhecido dentro do casamento e com o único objetivo de reprodução. O que viesse fora dessa ocasião era manifestamente imoral e, por vez,

²⁰SALLES, Ana C. T. C.; CECCARELLI, Paulo. R. – *Op. cit.* p. 15.

²¹NUNES, Janaína F. – *Op. cit.* p. 21.

²²TÍLIO, Rafael de – *Op. cit.* p. 136.

²³SALLES, Ana C. T. C.; CECCARELLI, Paulo. R. – *Op. cit.* p. 15.

²⁴ Ver mais em SALLES, Ana C. T. C.; CECCARELLI, Paulo. R. - A invenção da sexualidade. **Reverso**. [Em linha]. Belo Horizonte. Vol. 32, n. 60, (2010). p. 15. ISSN 0102-7395. [Consult. 01 nov. 2019]. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-73952010000300002

²⁵ NUNES, Janaína F. – *Op. cit.* p. 21.

²⁶FOUCAULT, Michel - **História da sexualidade 1 – a vontade de saber**. Tradução de Maria Thereza das Costa Albuquerque e J.A. Guilhon Albuquerque. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1988. ISBN 8577534502. p. 10.

ilegal, como constituição de culpa para o divórcio. Assim, essas práticas caracterizadas em seu contexto histórico como ilegais e imorais eram silenciadas pela sociedade, pelo valor de vergonha e descrédito à honra que causavam.

“Ao interditar certas práticas, emudecer desejos e tachar como inexistentes certos comportamentos, a intenção não fora de meramente reprimi-los, mas sim de suscitar a ideia e vontade de transgressão. É o que Foucault chama de “benefício do locutor”²⁷, e explica: “Se o sexo é reprimido, isto é, fadado à proibição, à inexistência e ao mutismo, o simples fato de falar dele e de sua repressão, possui como que um ar de transgressão deliberada”.²⁸

Para Foucault é próprio das sociedades modernas não condenarem o sexo à obscuridade, mas, ao contrário, terem-se dedicado a sempre estarem falando dele e o valorizando como o segredo.²⁹

Ribeiro corrobora com esse pensamento quando afirma que o sexo, nas sociedades cristãs torna-se algo que precisa ser examinado, vigiado, confessado e transformado em discurso, podendo-se falar de sexo, mas para proibi-lo.³⁰

Segundo Nunes, “a repressão, além de condenar ao desaparecimento, acaba por afirmar uma inexistência, como se não houvesse nada para saber, ser dito ou visto. [...]”³¹

Ainda, completa a autora, que é claramente perceptível que as relações de poder estão associadas às formas de repressão sexual estabelecidas, em especial, a partir do cristianismo, e que a abordagem ocorre de modo que não se chega à conclusão de que o objetivo primordial dessas relações é proibir discursos e práticas sexuais.³²

Dessa forma, essa questão sobre sexualidade não era formalmente proibida, assim como também não era positivada. Tal conduta é própria da repressão e a distingue das outras interdições expressas lei penal; assim, a repressão atua como condenação ao desaparecimento, mas também como exigência ao silêncio; como afirmação de inexistência e constatação de que não há nada para dizer, ver ou saber.³³

Para Nunes, o modo como a sexualidade é vista a partir do século XIX se estabelece como fruto das relações de poder vigentes: não se podendo afirmar que existe um claro controle da sexualidade pelo Estado ou qualquer outra instituição, mas que aparecem como

²⁷ FOUCAULT, Michel - *Op. cit.* p. 11.

²⁸ NUNES, Janaína F. – *Op. cit.* p. 22.

²⁹ FOUCAULT, Michel - *Op. cit.* p. 36.

³⁰ RIBEIRO, Moneda O. - A sexualidade segundo Michael Foucault: uma contribuição para a enfermagem. **Revista da Escola de Enfermagem da USP.** [Em linha]. V. 33, n. 4, (dez. 1999). p. 359. [Consult. 01 nov. 2019]. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/reeusp/v33n4/v33n4a06>.

³¹ NUNES, Janaína F. – *Op. cit.* p. 23.

³² *Idem.* – *Op. cit.* p. 22.

³³ FOUCAULT, Michel – *Op. cit.* p. 10.

formas terminais do poder, que embora possuam influência sobre os discursos, não o configuram diretamente.³⁴

Para Foucault, o poder é

[...] primeiro, como a multiplicidade de correlações de forças imanentes ao domínio onde se exercem e constituem sua organização; o jogo que, através de lutas e confrontamentos incessantes, as transforma, reforça, inverte; os apoios que tais correlações e forças encontram umas nas outras, formando cadeias ou sistemas, ou ao contrário, as defasagens e contradições que as isolam entre si; enfim, as estratégias em que se originam e cujo esboço geral ou cristalização institucional toma corpo nos aparelhos estatais, na formulação da lei, nas hegemonias sociais³⁵.

É por isso que para Tílio, o gênero não é a diferença sexual, mas as representações e as relações de poder geradas a partir das diferenças sexuais evidenciadas e passíveis de alteração. Portanto, mesmo sendo constatável na realidade, não são as diferenças sexuais que produzem as relações entre homens e mulheres, mas sim as relações de poder é que definem como os sexos mantêm suas interações.³⁶

É o que afirma Scott, quando diz que o

gênero também é utilizado para designar as relações sociais entre os sexos. Seu uso rejeita explicitamente explicações biológicas, como aquelas que encontram um denominador comum, para diversas formas de subordinação feminina, nos fatos de que as mulheres têm a capacidade para dar à luz e de que os homens têm uma força muscular superior. Em vez disso, o termo "gênero" torna-se uma forma de indicar "construções culturais" - a criação inteiramente social de idéias sobre os papéis adequados aos homens e às mulheres. Trata-se de uma forma de se referir às origens exclusivamente sociais das identidades subjetivas de homens e de mulheres. "Gênero" é, segundo esta definição, uma categoria social imposta sobre um corpo sexuado. Com a proliferação dos estudos sobre sexo e sexualidade, "gênero" tornou-se uma palavra particularmente útil, pois oferece um meio de distinguir a prática sexual dos papéis sexuais atribuídos às mulheres e aos homens.³⁷

Esses conceitos sobre sexo e sexualidade elencados acima, ocasionam o surgimento de novas utilizações do termo gênero, uma vez que o gênero não é mais determinado conforme o conceito binário de sexo, surgindo assim novas concepções do seu uso.

Cortez, Gaudenzi e Maksud³⁸ explicam que foi John Money o primeiro a difundir o termo gênero na literatura científica, já para adentrar no problema da intersexualidade, que até então era denominada de hermafroditismo. A intersexualidade é apresentada como uma

³⁴ NUNES, Janaína F. – *Op. cit.* p. 23.

³⁵ FOUCAULT, Michel - *Op. cit.* p. 88-89.

³⁶ TÍLIO, Rafael de - *Op. cit.* p. 134.

³⁷ SCOTT, Joan - Gênero: uma categoria útil de análise histórica. **Educação e Realidade: Gênero e Educação.** [Em linha]. V. 20, n. 2, p. 75. (jul/dez 1995). ISSN 0100-3143 (impresso) e 2175-6236 (online). [Consult. 15 dez. 2019]. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/educacaoerealidade/article/view/71721/40667>.

³⁸ CORTEZ, Marina; GAUDENZI, Paula; MAKSUD, Ivya - **Gênero: percursos e diálogos entre os estudos feministas e biomédicos nas décadas de 1950 e 1970.** *Physis: Revista de Saúde Coletiva*. Rio de Janeiro, v. 29 (1), e290103, 2019. p. 27.

condição em que determinadas características corporais que por produzirem dúvidas acerca do sexo do indivíduo, podem ensejar intervenções cirúrgicas, medicamentosas ou psicoterápicas para a adequação do corpo. Entravam nas condições de intersexualidade os seguintes casos: “pênis pequenos demais ou ausentes, clitóris grandes demais, presença de ovários e útero em corpos com pênis, presença de testículos em corpos com vaginas, cariótipo XY em corpos femininos, cariótipo XX em corpos masculinos etc.”

As autoras³⁹ afirmam que embora a medicina tenha se voltado para os aspectos da biologia e anatomia da condição intersexual, foi através de seus pesquisadores, em especial Money, que surgiu a ideia de sexo subjetivo, esclarecendo que nem sempre é fácil classificar o feminino e o masculino dentro da esfera humana. Money, Joan e John Hampson chamaram de variáveis do sexo e incongruências sexuais as alterações que observavam em pacientes com características anatômicas, hormonais e cromossômicas contraditórias ao seu sexo de nascimento. Para esses pacientes defendiam que o papel de gênero e orientação feminino ou masculino seria estabelecido durante o processo de crescimento.

Foi a partir da necessidade de se classificar para poder abordar as questões das variáveis do sexo e do comportamento de homem ou mulher que se manifestava independente de sua biologia que se utilizou a palavra gênero e se associou a ela o papel de gênero. Em sua primeira definição afirmou-se:

[...] todas as coisas que uma pessoa diz ou faz para revelar-se com o status de menino ou homem, menina ou mulher. Ele inclui, mas não está restrito à sexualidade no sentido de erotismo. O papel de gênero é avaliado em relação aos maneirismos gerais, comportamentos e atitudes; preferência em jogos e brincadeiras e interesses recreativos; temas espontâneos de conversas, conteúdos de sonhos, divagações e fantasias; resposta a inquéritos oblíquos e testes projetivos; evidências de práticas eróticas e, finalmente, as respostas da própria pessoa quando perguntada.⁴⁰

Por fim, Money afirmou que o comportamento sexual e orientação como homem ou mulher não está na base inata ou instintiva, mas é diferenciada como masculina ou feminina no desenrolar das vivências do sujeito ao longo de seu processo de crescimento e desenvolvimento como pessoa. Portanto, os pesquisadores passam a considerar o psiquismo e o social na constituição da feminilidade ou masculinidade, que são características comportamentais adquiridas após o nascimento.

No que se refere às ciências sociais, a palavra gênero foi manifesta a partir da II Guerra Mundial por causa dos movimentos feministas, que apresentavam as distinções sociais relacionadas ao sexo biológico desde o nascimento. Tais movimentos expandiram e ganharam

³⁹ CORTEZ, Marina; GAUDENZI, Paula; MAKSDUD, Ivia - *Op. cit.* p. 27.

⁴⁰ *Idem - Ibidem.*

força na década de 1960, denunciando a desigualdade de poder entre o masculino e o feminino e preconizando a mudança da condição da mulher como sexo frágil, oprimido, submisso e excluído da vida social.⁴¹

Para Carloto, a utilização do conceito de gênero advém do poder político, no que se refere às origens e propósitos. Afirmar que esse conceito ganhou evidência com o movimento feminista, cujas propostas primordiais estão voltadas à mudança nas relações de poder, quer seja no âmbito público como no privado, propondo a abolição de quaisquer formas de dominação e exploração nas relações sociais.⁴²

Scott completa ao afirmar que o termo “[...] parece ter feito sua aparição inicial entre as feministas americanas, que queriam enfatizar o caráter fundamentalmente social das distinções baseadas no sexo. A palavra indicava uma rejeição do determinismo biológico implícito no uso de termos como ‘sexo’ ou ‘diferença sexual’. O termo ‘gênero’ enfatizava igualmente o aspecto relacional das definições normativas da feminilidade”.⁴³

“Recentemente, essa concepção dominante da relação entre teoria feminista e política passou a ser questionada a partir do interior do discurso feminista.”⁴⁴ Uma vez que para a autora, é necessário que “as qualificações do ser sujeito têm que ser atendidas para que a representação possa ser expandida”.⁴⁵

Scott é bastante crítica ao afirmar que os historiadores que tentaram teorizar o gênero, em sua maioria permaneceram presos às referências tradicionais das ciências sociais, baseadas nas explicações causais universais, conseguindo apenas expressar um conjunto limitado de explicações genéricas, redutivas e simplistas. Tais historiadores podem ter suas abordagens divididas em duas categorias: uma descritiva, tratando da existência de fenômenos, sem interpretá-los ou explicá-los e a segunda, que buscou uma ordem causal e teorizou sobre a natureza dos fenômenos, tentando compreender como e porque eles são como são. Assim, todos os livros que tratavam da história da mulher e tinham em seus títulos a palavra mulher, trataram, recentemente, de substituir pela palavra gênero; e, então, mulher e gênero passaram a ser sinônimos. É uma tentativa de obter a anuência das ciências sociais e ao mesmo tempo se dissociar do movimento feminista.⁴⁶

⁴¹SPIZZIRRI, Giancarlo; PEREIRA, Carla Maria de Abreu; ABDO, Carmita Helena Najjar - **O termo gênero e suas contextualizações**. [Em linha]. São Paulo. Diagn Tratamento. 2014;19(1):42-4. [Consult. 13 ago. 2021]. Disponível em: <http://files.bvs.br/upload/S/1413-9979/2014/v19n1/a3969.pdf>

⁴²CARLOTO, Cássia Maria – *Op. cit.* 211.

⁴³SCOTT, Joan - *Op. cit.* p. 72.

⁴⁴BUTLER, Judith – *Op. cit.* p. 18.

⁴⁵*Idem – Ibidem.*

⁴⁶SCOTT, Joan - *Op. cit.* p. 75.

Scott prossegue afirmando que gênero além de substituir mulheres, também passou a sugerir que todas as informações sobre as mulheres significam também informações sobre os homens, e que o estudo de um é o estudo também do outro. Isso se deve à ideia de que o mundo das mulheres faz parte do mundo dos homens, pois ele é criado e existe no mundo masculino. Outro aspecto é que o termo gênero também é usado como para designar as relações sociais entre os sexos, rejeitando as explicações biológicas como as que consagram a subordinação feminina aos fatos de as mulheres darem à luz e os homens terem maior força muscular. Então, o termo gênero passa a considerar somente as construções culturais, a criação exclusivamente social dos papéis adequados aos homens e mulheres, tornando-se uma categoria social imposta sobre os corpos biológicos.⁴⁷

Para Scott, gênero significa um sistema de relações que pode incluir sexo, embora não seja diretamente estabelecido pelo sexo biológico e não está diretamente ligado à sexualidade. “Gênero é um novo tema, um novo domínio da pesquisa histórica, mas não tem poder analítico suficiente para questionar (e mudar) os paradigmas históricos existentes.” E a autora prossegue:

De fato, o desafio consistia em reconciliar a teoria, que estava concebida em termos universais e gerais, com a história, que estava comprometida com o estudo da especificidade contextual e da mudança fundamental. O resultado foi muito eclético: empréstimos parciais que enfraquecem o poder analítico de uma teoria particular ou, pior, que empregam seus preceitos sem ter consciência de suas implicações; ou tentativas para dar conta da mudança que, por terem como inspiração teorias universais, apenas ilustram temas invariantes; ou, ainda, estudos extremamente imaginativos, nos quais a teoria está, entretanto, tão escondida que esses estudos não podem servir de modelos para outras pesquisas.⁴⁸

Na conjuntura científica, no campo biomédico, o conceito da palavra gênero foi utilizado pelo americano psiquiatra e psicanalista, Robert Stoller, o primeiro grande teórico nos anos 60, a saber diferenciar sexo e gênero. Em 1968, lançou o livro “Sex and Gender”, no qual o autor define que o sexo se refere tanto a masculino quanto a feminino, relacionando-se com os aspectos biológicos e reprodutivos da nossa espécie; enquanto gênero é uma designação do papel social: menino ou menina, homem ou mulher e na maioria das pessoas está relacionado ao sexo de nascimento.⁴⁹

Por essa mesma análise, Tílio menciona que os gêneros masculino e feminino decorrem do sexo biológico macho e fêmea, cujos papéis são complementares e sustentam a necessidade de perpetuação da espécie humana. A questão reprodutiva, que é imperativa em si

⁴⁷ SCOTT, Joan - *Op. cit.* p. 77.

⁴⁸ *Idem - Ibidem.*

⁴⁹ SPIZZIRRI, Giancarlo; PEREIRAI, Carla Maria de Abreu; ABDO, Carmita Helena Najjar – *Op. Cit.* p. 42.

mesma, impõe um modelo de relação entre os indivíduos, em que os dois sexos e gêneros coexistem em harmonia.⁵⁰

Para Nunes, as concepções binárias não foram defendidas apenas por posições religiosas, mas também por afirmações científicas e médicas, que preconizaram que as diferenças biológicas, evidentes em suas anatomias, determinariam a existência de características psicológicas, sociais e comportamentais diferentes entre homens e mulheres, determinantes dos papéis dos gêneros e da vivência da sexualidade.⁵¹

Contudo, a crítica desse conceito no atual momento histórico, é em razão de não mais condisser o gênero em apenas duas categorias, isso porque há novas percepções do indivíduo que não se enquadram a elas.

Segundo Louro, “Não é o momento do nascimento e da nomeação de um corpo como macho ou fêmea que faz deste um sujeito masculino ou feminino. A construção do gênero e da sexualidade dá-se ao longo de toda a vida, continuamente, infundavelmente.”⁵²

É por essa razão que Bento menciona que “quando se diz ‘é um menino!’, não se está descrevendo um menino, mas criando um conjunto de expectativas para aquele corpo que será construído como menino”⁵³.

Na mesma narrativa, Butler faz crítica ao conceito de gênero com o binarismo, assim também ao conceito definido pelo movimento feminista e inova ao defender que o gênero é uma complexidade em que a totalidade está sempre sendo protelada e nunca é exibida em sua plenitude seja em que conjuntura for. Trata-se de uma colisão aberta, que afirma identidades alternativas instituídas e abandonadas, de acordo com as propostas em curso; tratando-se de uma assembleia que “permite múltiplas convergências e divergências, sem obediência a um *telos* normativo e definidor.”⁵⁴

Para Alós, o binarismo é uma forma de limitar o indivíduo quando afirma na perspectiva de que “Uma criança, mesmo antes de nascer, já começa a ser gendrada a partir do momento em que a ecografia (ao desnudar sua genitália) abre espaço para que os discursos

⁵⁰TÍLIO, Rafael de – *Op. cit.* p. 129.

⁵¹NUNES, Janaína – *Op. Cit.* p. 28 e 29.

⁵²LOURO, Guacira Lopes - **Gênero e sexualidade: pedagogias contemporâneas. Pro-Posições.** [Em linha] Campinas. ISSN 1980-6248. Vol. 19, n. 2. (Ago. 2008), p. 18. [Consult. 25 nov. 2019]. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73072008000200003&lng=en&nrm=iso.

⁵³BENTO, Berenice - Na escola se aprende que a diferença faz a diferença. Dossiê gênero e sexualidade no Espaço Escolar. **Revista Estudos Feministas.** [Em linha]. Florianópolis. Vol. 19, nº.2. (maio/ago. 2011), p. 551. ISSN 0104-026X. [Consult. 25 nov. 2019]. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2011000200016.

⁵⁴BUTLER, Judith –*Op. Cit.* p. 36.

e expectativas dos pais iniciem a interpelação desse sujeito dentro de uma matriz que só compreende o humano dentro de esquema binário de gêneros e de sexos”⁵⁵.

Assim, na visão do autor, estereótipos de gênero se apoiam em determinismos biológicos e se legitimam a partir disso, não sendo possível determinar os interesses que uma criança terá baseando-se apenas em seu órgão sexual.⁵⁶

Nessa narrativa, Nunes menciona que “quando se diz “menino/menina”, automaticamente se reproduz masculinidades e feminilidades condicionadas ao órgão genital; acompanhadas de um discurso de normalidades e anormalidades predeterminadas.”⁵⁷ A autora ainda completa que “todas essas considerações acerca da construção ‘natural’ do gênero, isto é, de que o gênero é naturalmente derivado do sexo biológico, ou melhor dizendo, da diferença biológica entre os sexos, gera efeitos diretos nas relações sociais.”⁵⁸

Com base nesses conceitos extraídos da ciência social e biológica, Scott traz uma abordagem do conceito de gênero, ao afirmar que

na sua maioria, as tentativas dos/as historiadores/as para teorizar o gênero permaneceram presas aos quadros de referência tradicionais das ciências sociais, utilizando formulações há muito estabelecidas e baseadas em explicações causais universais. Estas teorias tiveram, no melhor dos casos um caráter limitado, porque elas têm tendência a incluir generalizações redutivas ou demasiadamente simples, que se opõem não apenas à compreensão que a história como disciplina tem sobre a complexidade do processo de causação social, mas também aos compromissos feministas com análises que levem à mudança. Um exame crítico destas teorias exporá seus limites e permitirá propor uma abordagem alternativa.⁵⁹

Dessa forma, surgem novas teorias a fim de afastar os conceitos inicialmente trazidos de gênero, que na visão contemporânea, são limitativas ao indivíduo.

1.3. Conceito de gênero, identidade de gênero e diversidade sexual

Como visto, as considerações acerca do gênero e do avanço de seu tratamento desde o seu surgimento alteraram-se bastante. Uma incursão mais específica a respeito dos avanços teóricos sobre o entendimento do gênero é necessária para se chegar às conclusões extraídas dos estudos mais modernos referentes à temática.⁶⁰

⁵⁵ALÓS, Anselmo Peres - Gênero, epistemologia e performatividade: estratégias pedagógicas de subversão. **Revista Estudos Feministas**. [Em linha]. Florianópolis. Vol. 19, n.º 2, (maio/ago. 2011) p. 433. ISSN 0104-026X. [Consult. 05 dez. 2019]. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-026X2011000200007>.

⁵⁶GIBIN, Marcielly Garcia – **A mudança de sexo e alteração de nome no registro civil como um Direito Humano Fundamental**. Lisboa, 2018. p. 7

⁵⁷NUNES, Janina – *Op. Cit.* p. 26.

⁵⁸*Idem - Ibidem*.

⁵⁹SCOTT, Joan – *Op. Cit.* p. 74.

⁶⁰GIBIN, Marcielly G. – *Op. Cit.* p. 10

Os termos gênero, identidade de gênero e diversidade sexual estão afetados por muitas denominações que carecem do atual contexto social, confundindo a sociedade e se afastando da realidade correspondida.

Para Jesus, já em uma visão moderna sobre o assunto, apresenta o conceito de gênero como uma “Classificação pessoal e social das pessoas como homens ou mulheres. Orienta papéis e expressões de gênero. Independe do sexo”.⁶¹

Ao contrário do sexo propriamente dito, que é extraído das características biológicas, ou seja, homem e mulher, para Alós, o gênero seria algo social e pessoal, e que a diferença sexual se situa na esfera da biologia, quando passa para o âmbito da linguagem e da cultura, com todos os seus simbolismos impõem as diferenças produzidas entre os gêneros. Então, para o autor, pode-se deduzir que o gênero é construído pela cultura, conforme afirma:

A distinção entre sexo e gênero foi estabelecida pelo discurso feminista com a intenção de questionar a premissa ‘biologia é destino’, pois, mesmo que a diferença sexual esteja situada no âmbito da biologia, é apenas quando é simbolizada, isto é, quando passa para os domínios da linguagem e da cultura, que essa diferença produziria a diferença entre gêneros. Resulta daí que o gênero é culturalmente construído.⁶²

Nesse contexto, Jesus afirma que “sexo é biológico, gênero é social, construído pelas diferentes culturas. E o gênero vai além do sexo: O que importa, na definição do que é ser homem ou mulher, não são os cromossomos ou a conformação genital, mas a autopercepção e a forma como a pessoa se expressa socialmente.”⁶³

Louro ensina que

os corpos ganham sentido socialmente. A inscrição dos gêneros – feminino ou masculino – nos corpos é feita, sempre, no contexto de uma determinada cultura e, portanto, com as marcas dessa cultura. As possibilidades da sexualidade – das formas de expressar os desejos e prazeres – também são sempre socialmente estabelecidas e codificadas. As identidades de gênero e sexuais são, portanto, compostas e definidas por relações sociais, elas são moldadas pelas redes de poder de uma sociedade.⁶⁴

Para Scott, o conceito de gênero possui duas vertentes, no entanto, elas não estão dissociadas, ao contrário, há uma conexão integral entre elas, e a partir delas surgem suas ramificações. Para a autora

⁶¹JESUS, Jaqueline Gomes de - **Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos – guia técnico sobre pessoas transexuais, travestis e demais transgêneros, para formadores de opinião.** [Em linha] Brasília, 2ª edição – revista e ampliada. (dez. 2012), p. 24. [Consult. 01 dez. 2019]. Disponível em: https://files.cercomp.ufg.br/webby/up/16/o/ORIENTA%C3%87%C3%95ES_SOBRE_IDENTIDADE_DE_G%C3%84NERO__CONCEITOS_E_TERMOS_-_2%C2%AA_Edi%C3%A7%C3%A3o.pdf?1355331649

⁶²ALÓS, Anselmo Peres – *Op. cit.* p. 429 e 430.

⁶³JESUS, Jaqueline Gomes de – *Op. cit.* p. 8.

⁶⁴LOURO, Guacira Lopes – *Op. cit.* p. 11.

(1) o gênero é um elemento constitutivo de relações sociais baseadas nas diferenças percebidas entre os sexos e (2) o gênero é uma forma primária de dar significado às relações de poder. As mudanças na organização das relações sociais correspondem sempre a mudanças nas representações do poder, mas a mudança não é unidirecional. Como um elemento constitutivo das relações sociais baseadas nas diferenças percebidas, o gênero implica quatro elementos interrelacionados: em primeiro lugar, os símbolos culturalmente disponíveis que evocam representações simbólicas (e com frequências contraditórias) [...]. Em segundo lugar, conceitos normativos que expressam interpretações dos significados dos símbolos, que tentam limitar e conter suas possibilidades metafóricas. Esses conceitos estão expressos nas doutrinas religiosas, educativas, científicas, políticas ou jurídicas e tomam a forma típica de uma oposição binária fixa, que afirma de maneira categórica e inequívoca o significado do homem e da mulher, do masculino e do feminino. [...] O desafio da nova pesquisa histórica consiste em fazer explodir essa noção de fixidez, em descobrir a natureza do debate ou da repressão que leva à aparência de uma permanência in temporal na representação binária do gênero. Esse tipo de análise deve incluir uma concepção de política bem como uma referência às instituições e à organização social – este é o terceiro aspecto das relações de gênero. [...] O quarto aspecto do gênero é a identidade subjetiva.⁶⁵

Nessa perspectiva, a autora reconhece que o conceito de gênero pode estar relacionado com a definição de sexo, no entanto, não é determinado diretamente por ele, assim como também a sexualidade não é por ele direcionado. Essa aceção trazida pela autora revela um ajuntamento do uso do conceito de gênero definido pela ciência biológica e social.

Para Nunes, essa teorização sobre a sexualidade que acontece hoje é decisiva na formação dos conceitos de gênero; embora seja uma criação da cultura ocidental é inegável que sua influência já afeta os valores e as relações sociais que agora se formam.⁶⁶

É por isso que para Tílio, mesmo com a vigilância da sexualidade sendo imposta a todos, os mecanismos ideológicos e efetivos que a incentivam ou desestimulam sua contenção são vários e interligados, uma vez que o entendimento que se faz do conceito e das relações de e entre gêneros apresentam relevantes desdobramentos práticos. Portanto, todas as pessoas, em todas as faixas etárias, são induzidas a agir de modos específicos para serem aceitos como normais e saudáveis, enquanto aqueles que apresentam condutas desviantes são alvos de “estudo e intervenções.”⁶⁷

Neste ponto, uma observação sobre o aprofundamento nas discussões sobre gênero se faz necessária. Segundo Nunes, “A naturalidade da relação sexo/gênero pretendida pelas perspectivas biológicas que possuíam, inclusive, pretensões de cientificidade e a rigidez na definição dos papéis a serem exercidos por homens e mulheres no tecido social fazem surgir

⁶⁵SCOTT, Joan – *Op. Cit.* p. 86 e 87.

⁶⁶NUNES, Janaína – *Op. Cit.* p. 28

⁶⁷TÍLIO, Rafael de – *Op. cit.* p. 128.

novas proposições que contestam essa naturalidade e, principalmente, as revelações de poder daí originadas.”⁶⁸

A autora observa que foi a partir da identificação nos discursos sobre a naturalidade da relação entre sexo e gênero como modos de controle social e manutenção de poder, que a discussão sobre a existência dos gêneros e as suas implicações ganhou força.⁶⁹

Na visão de Tílio,

Apesar das inúmeras elucidações e avanços advindos das teorias psicanalíticas e antropológicas acerca das consequências sociais, culturais e subjetivas/psicológicas das diversas mudanças sociais referentes à sexualidade ocorridas nas últimas quatro décadas do Século XX [...], algumas dessas proposições ainda consideram que a estrutura sócio-simbólica que organiza as relações sociais e as de gênero não foi abalada. Ou seja, permanece a interdependência e complementaridade entre homens e mulheres.⁷⁰

Nessa perspectiva, Carloto acrescenta que a sociedade determina uma distribuição de deveres que independem das vontades individuais e que tem como critério, entre outros, o sexo, a classe social e a raça. Então, a existência de gêneros é mais uma manifestação dessa distribuição desigual que recai sobre a existência humana.⁷¹

Para Tílio, “nesse conjunto de perspectivas, a definição e as relações entre os gêneros estão calcadas num rígido binarismo (macho/homem; fêmea/mulher), enfatizando que as características sociais, psicológicas e subjetivas decorrem de características biológicas/evolutivas, cujas exceções ou desvios só podem ser compreendidos como corrupções do corpo e da moral ou como doenças”⁷².

“Cumpre ressaltar que, mesmo após a proposição de elementos que superassem os conceitos iniciais de sexo e sexualidade e as suas relações com o gênero, o binarismo ainda permanece presente.”⁷³

Portanto, o fato de promoverem consideráveis avanços no que se refere às questões de gênero; a psicanálise e a antropologia estrutural não conseguem abandonar o binarismo e os seus principais efeitos, quais sejam, a dominação masculina e a formação da subjetividade contemporânea.

Esta afirmação está fundamentalmente baseada no fato de que para essas teorias, principalmente para a psicologia de Freud e Lacan, segundo Tílio, “[...] tanto Freud como Lacan partem do pressuposto de que o pênis/falo é a norma orientadora da vida psíquica e que

⁶⁸NUNES, Janaína – *Op. Cit.* p. 29.

⁶⁹ *Idem* – *Op. Cit.* p. 29.

⁷⁰ *Idem* – *Op. cit.* p. 130.

⁷¹ *Idem* – *Op. cit.* p. 212.

⁷²TÍLIO, Rafael de – *Op. cit.* p. 129.

⁷³GIBIN, Marcielly G. – *Op. Cit.* p. 10.

os homens, por possuírem pênis, possuiriam certas vantagens sobre as mulheres (invejosas do pênis e necessitadas de se ligarem a alguém que o possuía) e que as identificações, para serem normais e salutaras, devem seguir um padrão suplementar calcado na heterossexualidade.”⁷⁴

Nunes observa que o binarismo permanece apesar das teorias mencionadas; entretanto, passa a sofrer um questionamento acerca do determinismo biológico e da identidade de gênero. As teorias lacanianas sobre a sexualidade e o desejo são consideradas frutos da cultura e dos fenômenos linguísticos e, portanto, as identidades sexuais são vistas como construções sociais e não determinadas pelo sexo biológico. Com isso, pode-se afirmar que aquele que possui o pênis pode não ser detentor do falo, ou seja, do poder.⁷⁵

Tílio pondera que

Em termos teóricos, isso significa afirmar que a diferença anatômica e sexual entre homens e mulheres sempre se expressa em efetivas diferenças e desigualdades, mas que, por serem moduladas cultural e historicamente, podem assumir diversificadas manifestações. Para vertentes da antropologia estrutural, a diferença real dos corpos de homens e mulheres é uma verdade universalmente constatada (similar ao essencialismo biológico), mas suas representações podem variar na história e nas sociedades, sendo o trabalho do antropólogo compreender e desvelar as manifestações destas representações – desembocando num essencialismo sociológico.⁷⁶

Contudo, para essas correntes antropológicas estruturais, a dominação é fruto de uma estrutura simbólica social que acaba por oprimir da mesma forma os homens e as mulheres indo de encontro aos discursos feministas.

Nunes ainda afirma que Scott foi uma das autoras que contribuiu para a sistematização das teorizações, a partir da criação de uma organização dos estudos sobre gênero, que englobaram ciências como a filosofia, economia e sociologia, entre outras.⁷⁷

Freitas defende uma “visão ampliada de gênero, incluindo não apenas a noção de parentesco, mas a sua relação com as dimensões discursivas, políticas, históricas e de poder, distante da ideia binária do sistema sexo-gênero.”⁷⁸

Para Scott,

O gênero é uma das referências recorrentes pelas quais o poder político tem sido concebido, legitimado e criticado. Ele não apenas faz referência ao significado da oposição homem/mulher; ele também o estabelece. Para proteger o poder político, a referência deve parecer certa e fixa, fora de toda construção humana, parte da ordem natural ou divina. Desta maneira, a oposição binária e o processo social das relações

⁷⁴TÍLIO, Rafael de – *Op. cit.* p. 131.

⁷⁵NUNES, Janaina – *Op. Cit.* p. 31.

⁷⁶TÍLIO, Rafael de – *Op. cit.* p. 132.

⁷⁷NUNES, Janaina – *Op. Cit.* p. 31.

⁷⁸FREITAS, James D. A. - Continuidade e ruptura nos estudos de gênero – historiografia de um conceito. **OPSIS -Dossiê Estudos de Gênero: história, historiografia e pesquisa.** [Em linha]. Catalão. V. 11, n. 1, (jan-jun 2011). p. 22. ISSN: 1519-3276 - ISSN Eletrônico: 2177-5648. [Consult. 15 dez. 2019]. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/Opsis/article/view/14529/9495>.

de gênero tornam-se parte do próprio significado de poder; pôr em questão ou alterar qualquer de seus aspectos ameaça o sistema inteiro.⁷⁹

Scott cita a adaptação que Mary O'Brien fez de Hegel, em que apresentou a dominação masculina como efeito do desejo do homem em transcender sua alienação no processo de reprodução. Então, a primazia da paternidade através do patriarcado, impõe o princípio da continuidade geracional e obscurece o esforço das mulheres no ato reprodutivo. Com isso, para a autora, a fonte da libertação da mulher está na “compreensão adequada do processo de reprodução”, ou seja, na avaliação da contradição entre a natureza do seu trabalho reprodutivo e a mistificação do papel masculino.⁸⁰

Assim, conhecer o conceito de gênero, identidade de gênero e diversidade sexual torna-se necessário para questionar se as normas em vigor colidem ou são consentâneas para superação da discriminação; bem como para que se fomente relações democráticas, conferindo uma proteção jurídica maior para esta minoria que é hostilizada.

Diante desse cenário, a transcrição do artigo 2 da Proposta de Lei nº 75/XIII se mostra oportuna, por trazer definições que remetem a construção histórica e social. Dessa forma, temos os seguintes conceitos:

- a) Sexo, o conjunto de características biológicas e fisiológicas que distinguem os homens e as mulheres;
- b) Gênero, os atributos sociais, papéis, atividades, responsabilidades, poderes e necessidades decorrentes do entendimento social sobre masculinidade e feminilidade, que determinam a forma como as pessoas são percebidas e como se espera que pensem e ajam, aprendidos ou adquiridos durante a socialização enquanto membros de uma comunidade específica dentro de uma sociedade;
- c) Identidade de gênero, a vivência interna e individual de cada pessoa relativamente ao seu gênero, independentemente do sexo atribuído à nascença, que inclui a relação pessoal com o corpo e a expressão de gênero, designadamente através da forma de vestir, falar e de estar, envolvendo ou não a modificação da aparência ou das funções do corpo por meios cirúrgicos, farmacológicos ou de outra natureza, podendo ocorrer quer com pessoas transgênero, quer com pessoas intersexuais;
- d) Expressão de gênero, o modo como cada pessoa expressa e comunica o seu gênero e ou a forma como é percebida pelas outras pessoas;
- e) Características sexuais, o conjunto de atributos de natureza anatômica de uma pessoa, compreendendo as características sexuais primárias, como os órgãos genitais internos e externos, e as características sexuais secundárias, que incluem, mas não se limitam, a massa muscular, distribuição capilar, peito e estatura;
- f) Transgênero, as pessoas que têm uma identidade de gênero ou expressão de gênero diferente do sexo que lhe foi atribuído à nascença;
- g) Intersexuais, as pessoas cujas características sexuais incorporam ambos ou certos aspetos da fisiologia masculina, como da feminina.⁸¹

⁷⁹SCOTT, Joan - *Op. cit.* p. 92.

⁸⁰ Idem -*Ibidem*.

⁸¹ Esse projeto de lei estabelece o direito à autodeterminação da identidade de género e expressão de género e o direito à proteção das características sexuais de cada pessoa, no entanto não chegou a ser sancionado. PROPOSTA de Lei n.º 75/XIII. [Em linha]. [sl]: PARLAMENTO. [16 abr. 2017]. Proposta da Lei 75/. [Consult. 04 ago. 2019]. Disponível em: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a6376>

“Em que pese o artigo mencionado não ter logrado êxito na conversão em lei, as definições acima propostas trazem esclarecimentos sobre as expressões atualmente utilizadas, que vai do sexo àquele que precisa da mudança de sexo e nome no registro civil.”⁸²

As definições, nesse sentido, seguiram o que se encontra estabelecido nos Princípios de Yogyakarta que, em seu preâmbulo, afirma que a orientação ou diversidade sexual refere-se “[...] à capacidade de cada pessoa de experimentar uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como de ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas”.⁸³

Já a identidade de gênero é entendida “[...] como estando referida à experiência interna, individual e profundamente sentida que cada pessoa tem em relação ao gênero, que pode, ou não, corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo-se aí o sentimento pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive o modo de vestir-se, o modo de falar e maneirismos.”⁸⁴

Assim, uma vez definidos os conceitos tratados no presente tópico, vislumbra-se que sejam adotadas medidas em que o constitua a proteção dessa minoria, pessoas que se encontram em estado de vulnerabilidade, a fim de se cumprir o princípio da dignidade da pessoa humana, coibindo a discriminação e por consequente a violência em que essas pessoas são atingidas por sua opção de escolha. Por isso, muito se busca que as normas jurídicas sejam pautadas na promoção das relações democráticas, no intuito de superar a descriminalização existente.

Por isso mesmo, o conhecimento das referidas denominações ajuda a identificar as pessoas que precisam de maior proteção, como a possibilidade de se alterar no registro civil o nome e o sexo, para que haja o cumprimento finalístico da lei, ou seja, a proteção ao bem maior, a dignidade da pessoa humana seja respeitada.

64326c756157357059326c6864476c3259584d7657456c4a535339305a58683062334d76634842734e7a557457456c4a5353356b62324d3d&fich=ppl75-XIII.doc&Inline=true

⁸² GIBIN, Marcielly G. – **Op. Cit.** p. 11.

⁸³ “[...] la ‘orientación sexual’ se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de sumismo género, o de más de un género.” In **Preámbulo a los Principios de Yogyakarta**. [Em linha]. Indonésia, (nov. 2006). [Consult. 04 ago. 2019]. Disponível em: <http://yogyakartaprinciples.org/preamble-sp/>.

⁸⁴ “[...] la ‘identidad de género’ se refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales.” In **Preámbulo a los Principios de Yogyakarta**. [Em linha]. Indonésia, (nov. 2006). [Consult. 04 ago. 2019]. Disponível em: <http://yogyakartaprinciples.org/preamble-sp/>.

Por fim, estudaremos no capítulo seguinte os fundamentos jurídicos que embasam a alteração do sexo e nome diretamente no registro civil das pessoas naturais.

2. DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO DA IDENTIDADE DE GÊNERO

Tecidas as considerações sobre a Identidade de Gênero e realizada a análise a partir da sexualidade e acerca do avanço no entendimento dos conceitos de sexo, gênero e identidade sexual, faz-se necessário analisar o direito de autodeterminar-se e livremente desenvolver a própria personalidade como um Direito Humano Fundamental, bem como demonstrar os fundamentos jurídicos que albergam a possibilidade de alteração do nome e sexo no registro civil daqueles que não se identificam com o gênero imputado no momento do registro de seu nascimento.

Para tanto, será imperioso ponderar a própria configuração dos Direitos Humanos Fundamentais, suas principais características e aspectos essenciais, com a finalidade de averiguar a possibilidade de enquadramento do direito à mudança de sexo e à alteração do nome como um verdadeiro direito fundamental.

Ainda, serão estudadas e descritas as legislações relativas ao assunto, abordando a realidade do Brasil e de Portugal, bem como os entendimentos jurisprudenciais que se sedimentaram em torno da questão.

É exatamente o que se pretende com o presente capítulo, que busca afirmar a configuração da alteração de sexo e do nome como relativos ao desenvolvimento da personalidade e, conseqüentemente, como institutos que merecem proteção e não restrição e condicionamento por parte do Estado.

2.1. A autodeterminação de gênero como um Direito Humano Fundamental

Como dito anteriormente, para que seja possível entender o direito à mudança de sexo e de nome como um Direito Humano Fundamental é necessário, primeiro, definir o que seriam esses direitos, bem como traçar o conceito de autodeterminação como um direito fundamental da personalidade que seria corolário dos demais que aqui se analisa mais detidamente.

O volume de material escrito acerca do conceito e definição dos Direitos Humanos Fundamentais poderia levar à conclusão sobre a desnecessidade de fazer as considerações

aqui pretendidas. Contudo, esse enquadramento teórico e a fixação dessas premissas são essenciais exatamente com a finalidade de demonstrar que o direito à autodeterminação é fundamental para a própria configuração do direito da personalidade que é, inegavelmente, um Direito Humano de todos os indivíduos.

2.1.1. Noções gerais de Direito Fundamental

Antes de explorarmos o conceito de Direito Fundamental, é necessário apontar primeiramente que os direitos fundamentais também se vislumbram em outros ramos do direito, como bem citado por Oliveira Ascensão, quando afirma que “Vários ramos do Direito estão implicados, sem haver grande coordenação entre os sectores respectivos, e assim:

- o Direito Civil apresenta-nos os direitos de personalidade,
- o Direito Constitucional, os direitos fundamentais e
- o Direito Internacional, os direitos humanos.”⁸⁵

Todos esses ramos do direito trazem as premissas necessárias que embasam o direito aqui manifesto, que serão decorridos a seguir.

Corroborando com a afirmação do autor acima, Cordeiro, para quem tais direitos se desdobram em uma série de figuras que desfrutam de proteção noutros níveis, uma vez que sua natureza os divide em várias disciplinas, que vão desde o Direito de Personalidade ao Direito Processual Penal, do Direito Público ao Direito do Trabalho.

Uma explicação acerca das funções dos Direitos Fundamentais indica um caminho seguro para a definição que se busca. Os Direitos Fundamentais cumprem, segundo Canotilho, “ [...] a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).”⁸⁶

Tomando como base as funções estabelecidas pelo autor aos Direitos Fundamentais, a extração de seu conceito fica facilitada. Levando em consideração, portanto, as funções

⁸⁵ ASCENSÃO, José O. - A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos. **Revista Da Faculdade De Direito**. [Em linha]. [s.l.]: Universidade De São Paulo, v. 103 p. 277 - 278 (jan./dez. 2008). [Consult. 30 jan. 2020]. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67806/70414>

⁸⁶CANOTILHO, J. J. Gomes - **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 541.

acima expostas, os Direitos Fundamentais seriam aqueles direitos que garantem a autonomia dos indivíduos na construção daquilo que diz respeito à sua esfera estritamente individual, bem como aqueles que garantem a impossibilidade de violação por parte do Estado e de suas autoridades sobre certos direitos.

Para João Baptista Herkenhoff, os Direitos Humanos ou Direitos do Homem, na esfera internacional, "[...] são, modernamente, entendidos aqueles direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua própria natureza humana, pela dignidade que a ela é inerente. São direitos que não resultam de uma concessão da sociedade política, pelo contrário, são direitos que a sociedade política tem o dever de consagrar e de garantir".⁸⁷

Dessa forma, é importante perceber a relação direta que existe entre os direitos humanos fundamentais que decorrem do próprio ser (existir) e da condição de ser humano com o mínimo para lhe assegurar dignidade enquanto pessoa, sendo esta a liberdade de ser reconhecida no mundo jurídico como o sujeito se vê.

Miranda ainda complementa que os Direitos do Homem têm como finalidade a

[...] promoção, por meios jurídico-internacionais, da garantia dos direitos fundamentais relativamente ao próprio Estado de que cada um é cidadão. Tem por causas a tendência para a humanização do Direito internacional e o alargamento da noção de sujeito de Direito internacional, mas, sobretudo, o repúdio da opressão feita por regimes políticos de vários sinais ideológicos e a consciência universal da dignidade da pessoa humana que se vai formando. E devem ser conhecidos os principais instrumentos em que se tem traduzido: a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, «como ideal comum a atingir por todos os povos e todas as nações», os Pactos Internacionais de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e de Direitos Cíveis e Políticos, de 1966, a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 1950, e a Convenção Interamericana dos Direitos do Homem, de 1969.⁸⁸

No decorrer dos capítulos, veremos a utilização de normas internacionais que embasam, como fundamentos jurídicos a constitucionalidade dos Estados a autorizar a mudança de sexo e a alteração do nome.

Moraes, nesse compasso, define os Direitos Humanos Fundamentais como “O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito à sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal,

⁸⁷HERKENHOFF, João Baptista - **Curso de direitos humanos: gênese dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Acadêmica, 1994. p. 30.

⁸⁸MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional: Tomo I**. 6. ed. revista actualizada. Coimbra: Coimbra editora. 1997. ISBN 972-32-0793-1. p. 93.

e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana [...].”⁸⁹

Nesse ponto, um esclarecimento se faz necessário: não é possível igualar o conceito de Direitos Humanos ao de Direitos Fundamentais. Moraes e Santos, tratando da impossibilidade da equivalência dos conceitos, afirmam que “[...] em sua natureza, os direitos humanos antecedem o Estado, bem como possuem característica universal e extrapositiva (mesmo em caso de eventual escrituração legal). Diferentemente, quando se fala de direitos fundamentais, deve-se partir da premissa de que o Estado é condição para a existência desses direitos.”⁹⁰

Isso implica dizer, portanto, que os Direitos Fundamentais se ligam às liberdades reconhecidas institucionalmente pelo ordenamento jurídico interno de cada Estado, mais especificamente pela ordem Constitucional de cada um. A partir desta consideração, não se pode negar que “[...] os direitos fundamentais, de certa forma, são também sempre direitos humanos”⁹¹, mas o contrário não é necessariamente verdadeiro, o que impede a equiparação dos conceitos.

Complementando a diferenciação tratada sobre os institutos, Moraes e Santos afirmam que “[...] os direitos fundamentais (sentido lato) dizem respeito àqueles direitos do homem positivamente reconhecido pelo direito constitucional, ao passo que os direitos humanos fazem referência a posições jurídicas de direito internacional (leia-se: aquelas posições jurídicas destinadas a todos os povos e em todos os períodos).”⁹²

Levando em consideração a diferenciação acima tratada, será adotada aqui a terminologia Direito Humano Fundamental para se referir ao direito à autodeterminação, uma vez que este se relaciona diretamente ao direito de igualdade, instituto jurídico inerente aos Direitos Humanos e tratado constitucionalmente como Direito Fundamental. Ou seja, a autodeterminação é, ao mesmo tempo, um Direito Humano e Fundamental, razão da junção dos termos para fins de aproximação do objetivo aqui pretendido.

⁸⁹ MORAES, Alexandre de - **Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral**. 9ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011. ISBN: 9788522462520. p. 20.

⁹⁰ MORAIS, Fabio Santos de; SANTOS, José Paulo Schneider dos - Direitos Fundamentais: características histórico-conceituais. **Revista Direitos Humanos Fundamentais**. [Em linha]. Osasco, jul-dez/2015, ano 15, n. 2, p. 70. [Consult. 19 fev. 2020]. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/fieo03.pdf.

⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang - **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. ISBN 978-85-7348-789-3. p. 35.

⁹² MORAIS, Fabio Santos de; SANTOS, José Paulo Schneider dos – **Op. cit.** p. 70.

Realizado o recorte teórico e conceitual que guiará o presente estudo, não se pode olvidar que o conceito e a própria ideia dos Direitos Humanos, que se configuram como Direitos Fundamentais após a institucionalização, surgiu a partir da fusão de várias fontes, todas elas enxergando “[...] a necessidade de limitação e controle dos abusos do próprio Estado e de suas autoridades constituídas e a consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado moderno e contemporâneo”⁹³.

Certo é que a gênese dos Direitos Fundamentais não se dissocia do contexto histórico no qual foi concebido, motivo pelo qual se fala, inclusive, na divisão desses direitos em dimensões ou gerações, como preferem alguns autores. A ideia fundamental de limitação do poder estatal relaciona-se diretamente com contextos históricos de rupturas de modelos de atribuição e exercício do poder. Sarlet, tratando sobre o tema, afirma que “É necessário frisar que a perspectiva histórica ou genética assume relevo não apenas como mecanismo hermenêutico, mas, principalmente, pela circunstância de que a história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem. Neste contexto, há que dar razão aos que ponderam ser a história dos direitos fundamentais, de certa forma (e, em parte, poderíamos acrescentar), também a história da limitação do poder.”⁹⁴

A ideia da adoção dos direitos humanos nasce, portanto, necessariamente da ideia de proteger os indivíduos em face das investidas estatais limitadoras de liberdades básicas e, no primeiro momento, principalmente no que se relaciona às liberdades individuais.

Ocorre que o percurso do processo histórico de formação dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais é minucioso e não há consenso acerca do momento e local em que tais direitos foram inicialmente concebidos e efetivamente implementados. Assim, importará aqui apenas a consideração específica acerca do que se entende por dimensões dos Direitos Fundamentais e quais direitos se enquadram em cada uma dessas dimensões.

Portanto, apesar de considerar o contexto histórico de criação, bem como o processo evolutivo de implementação e criação de novos direitos, como extremamente relevante até mesmo para a conquista do Direito Humano Fundamental de autodeterminação e igualdade, este estudo aborda apenas a configuração de cada uma das dimensões. O recorte se justifica, pois “somente a partir do reconhecimento e da consagração dos direitos fundamentais pelas primeiras Constituições é que assume relevo a problemática das assim denominadas

⁹³MORAES, Alexandre de. *Op. cit.* p. 1.

⁹⁴SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.* – p. 42.

“gerações” (ou dimensões) dos direitos fundamentais, visto que umbilicalmente vinculada às transformações geradas pelo reconhecimento de novas necessidades básicas, de modo especial em virtude da evolução do Estado Liberal (Estado formal de Direito) para o moderno Estado de Direito (Estado social e democrático [material] de Direito), bem como pelas mutações decorrentes do processo de industrialização e seus reflexos, pelo impacto tecnológico e científico, pelo processo de descolonização e tantos outros fatores direta ou indiretamente relevantes neste contexto e que poderiam ser considerados.”⁹⁵

As dimensões dos Direitos Fundamentais referem-se, portanto, às próprias características estatais configuradas a partir das ordens constitucionais vigentes com a consagração de certos direitos específicos e diferentes entre si, mas que compõem o que se entende pela ordem dos Direitos Fundamentais vigentes naquele Estado.

Ligados que são à própria noção histórica de limitação do Poder do Estado, principalmente o poder de ingerência na esfera individual, a primeira dimensão dos Direitos Fundamentais refere-se exatamente às denominadas liberdades negativas, calcadas no pensamento liberal clássico. Assim, surgem e se afirmam “[...] como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho “negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, ‘direitos de resistência ou de oposição perante o Estado’”.⁹⁶

Tais Direitos Fundamentais de primeira dimensão ligam-se diretamente à noção de liberdade trazida pelo direito à autodeterminação e à igualdade, razão pela qual o Direito Humano Fundamental, objeto deste estudo, deve ser entendido como inserido nesta dimensão, apesar de seu surgimento não coincidir com o momento histórico de concepção das primeiras liberdades negativas.

Nesse ponto, aliás, uma consideração é relevante: alguns autores se utilizam da terminologia “geração” em lugar de “dimensão”⁹⁷. Contudo, este estudo levará em consideração o termo dimensão exatamente em razão do fato de que muitas vezes não se verifica propriamente uma evolução linear na conquista dos Direitos Fundamentais, divididos nas dimensões tratadas. Assim, direitos considerados como de primeira dimensão apenas

⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang - *Op. cit.* – p. 42.

⁹⁶ *Idem* – *Op. cit.* p. 49.

⁹⁷ “[...] o vocábulo “dimensão” substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo “geração”, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade.” BONAVIDES, Paulo – **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. ISBN 85-7420-621-0. p. 571-572.

ganharam relevo em momentos históricos seguintes aos das primeiras conquistas, o que de plano afasta a ideia de linearidade trazida pelo termo “geração”.

Feita esta consideração, é necessário aduzir que a concepção dos denominados direitos de segunda dimensão surgiu a partir dos impactos da industrialização e dos graves problemas sociais que a acompanharam. Segundo Sarlet, “A nota distintiva destes direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual [...]”⁹⁸, mas sim de garantir “[...]ao indivíduo direito a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, utilizando-se a formulação preferida na doutrina francesa”⁹⁹.

Do mesmo modo, as liberdades sociais se enquadram no que se entende por Direitos Fundamentais de segunda dimensão, figurando como liberdades ligadas ao exercício coletivo de direito, como o direito de greve e a liberdade de associação e sindicalização.

Já os Direitos Fundamentais de terceira dimensão “[...] também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa.”¹⁰⁰

Tal dimensão assume papel fundamental no que se refere à nova configuração das relações sociais e, principalmente, na relação global entre todos os indivíduos e dos efeitos daí decorrentes, principalmente quando se leva em consideração os acontecimentos do pós-segunda guerra.

Ainda, tem-se a discussão a respeito da existência da quarta¹⁰¹ e quinta¹⁰² dimensões dos Direitos Fundamentais. Contudo, não havendo sedimentação do estudo a respeito das noções de cada uma destas dimensões, a sua abordagem não será realizada neste momento. No mais, mesmo nas concepções gerais, o Direito Fundamental à autodeterminação, que se

⁹⁸SARLET, Ingo Wolfgang - *Op. cit.* – p. 50.

⁹⁹*Idem* – *Ibidem*.

¹⁰⁰SARLET, Ingo Wolfgang - *Op. cit.* – p. 50.

¹⁰¹ Há correntes doutrinárias que consideram a existência de uma quarta geração de direitos humanos relacionada com os aspectos da bioética e biodireito, como pesquisa biológica e científica, defesa do patrimônio genético, tecnológico, entre outras. Ver mais em: BOBBIO, Norberto - **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Apresentação Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. ISBN 88-06-12174-X. p. 9.

¹⁰² Paulo Bonavides cita como direito de quinta geração o direito à paz. Ver mais em: BONAVIDES, Paulo – A quinta geração de direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**. [Em linha]. V. 2, n. 3 (abr./jun. 2008), p. 82-93. [Consul. 20 jan. 2020]. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/534/127>

liga ao direito de personalidade, não se relaciona diretamente a tais dimensões, o que não torna relevante o seu aprofundamento.

Traçadas as configurações gerais acerca das dimensões dos Direitos Fundamentais, faz-se necessário, a partir de agora, analisar a própria configuração do direito à personalidade como um Direito Fundamental, estreitamente ligado à igualdade e a autodeterminação, noções diretamente relacionadas à primeira dimensão dos Direitos Fundamentais, bem como à terceira dimensão de forma indireta.

2.1.2. Direito à igualdade sem discriminação

Tecidas as considerações acerca dos Direitos Fundamentais, passe-se à análise da configuração do direito à personalidade como um Direito Humano Fundamental, estreitamente ligado à igualdade e que figura como condição para autodeterminação, significando a construção pessoal pelo próprio indivíduo, a ser protegida pelo aparato estatal e não por ele condicionada.

Para tanto, necessário se faz analisar o próprio direito à igualdade, um dos primados básicos dos Estados garantidores dos Direitos Fundamentais. A igualdade, ao fim e ao cabo, torna-se condição para o exercício pleno desses mesmos Direitos Fundamentais. É o que se verá neste item específico.

A proteção dos indivíduos em um Estado garantidor de Direitos Fundamentais apenas faz sentido se a todos forem garantidos o exercício desses direitos. Assim, o direito à igualdade se manifesta não a partir da exigência de que todos sejam iguais para usufruir de direitos. Pelo contrário, o direito à igualdade garante que, mesmo sendo diferentes, não haverá diferença na implementação dos Direitos previstos pelo ordenamento jurídico.

No parágrafo 61 da Opinião Consultiva nº 24, de 2017, emitida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, é possível ler exatamente o que se disse acima. Segundo o documento, “O Tribunal indicou que a noção de igualdade decorre diretamente da unidade da natureza da raça humana e é inseparável da dignidade essencial da pessoa, contra a qual qualquer situação que, considerando-a superior a um determinado grupo, conduza tratá-lo com privilégio; ou que, inversamente, considerando-o inferior, trate-o com hostilidade ou de qualquer forma descreva o gozo de direitos que são reconhecidos àqueles que não se consideram envolvidos em tal situação. Os Estados devem abster-se de realizar ações que, de

qualquer forma, sejam direcionadas, direta ou indiretamente, a criar situações de discriminação *de jure* ou de fato.”¹⁰³

O direito à igualdade acaba sendo, portanto, um corolário dos demais Direitos Fundamentais, na medida em que não havendo igualdade, o seu exercício não será efetivado por todos aqueles inseridos no âmbito do Estado. Assim, a condição para a garantia e exercício pleno dos Direitos Fundamentais de forma universal por todos os indivíduos é a igualdade.

Nesse sentido, o documento que elenca os Princípios de Yogyakarta, que se configura como os princípios sobre a aplicação da legislação internacional dos Direitos Humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero, afirma que “Todas as pessoas têm o direito de desfrutar de todos os direitos humanos livres de discriminação por sua orientação sexual ou identidade de gênero. Todos e todas têm direito à igualdade perante a lei e à proteção da lei sem qualquer discriminação, seja ou não também afetado o gozo de outro direito humano. A lei deve proibir qualquer dessas discriminações e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer uma dessas discriminações.”¹⁰⁴

O direito à igualdade afirma, portanto, que a todos deve ser garantido o direito de desfrutar dos Direitos Fundamentais e de quaisquer outros previstos pelo ordenamento jurídico, independentemente de qualquer circunstância pessoal, garantindo-se ao indivíduo a sua autodeterminação.

Isso porque, caso não fosse garantido a cada indivíduo a autodeterminação de sua personalidade, não se estaria diante do direito à igualdade. Nesse caso, o Estado determinaria quem seria considerado apto a ser protegido e a exercer os Direitos Humanos Fundamentais e aqueles que deveriam conformar-se ao conceito de iguais para, aí sim, usufruir de tais direitos. Disso deflui que ao Estado incumbe a proteção da personalidade dos indivíduos sem, contudo, influenciá-la. Isto é, a igualdade não pressupõe que todos sejam iguais para serem

¹⁰³ Tradução livre. No original: “La Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación. Los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto”

¹⁰⁴ “Todas las personas tienen derecho al disfrute de todos los derechos humanos, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. Todas las personas tienen derecho a ser iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley, ya sea que el disfrute de otro derecho humano también esté afectado o no. La ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación.. In **Principio 2: Los derechos a la igualdad y a la no discriminación**. [Em linha]. Yogyakarta, Indonésia, (nov. 2006). [Consult. 04 ago. 2019]. Disponível em: <http://yogyakartaprinciples.org/principle-2-sp/>

respeitados, mas sim que todos devem ser respeitados da mesma forma, independente das diferenças pessoais.

A igualdade, portanto, sendo condição para o exercício de todos os direitos por parte do indivíduo, vem insculpida em todos os documentos jurídicos básicos de cada Estado e que tratam dos Direitos Fundamentais, bem como é previsto por documentos internacionais que tratam desses mesmos Direitos. No caso da Declaração dos Direitos do Homem, proclamada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), ela está prevista no inciso I, do artigo 2, nos seguintes termos: “Todo o homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição”¹⁰⁵.

A redação do documento é praticamente repetida por Convenções Internacionais menos abrangentes em termos geográficos como a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, que editou o denominado Pacto de San José da Costa Rica, que em seu artigo 1º afirma que “Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social”¹⁰⁶.

Ainda, as Constituições dos Estados modernos têm previsto o direito à igualdade em seu texto, institucionalizando-o como Direito Fundamental, além de Direito Humano. A Constituição Federal Brasileira o faz em seu art. 5º, ao afirmar que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”, bem como em seu art. 3º, IV, onde estabelece a igualdade plena como objetivo do Estado brasileiro para implementação do bem de todos¹⁰⁷. Já a Constituição da República Portuguesa o fez em seu artigo 13º, item I, aduzindo que “Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.”, e no item 2

¹⁰⁵ “Article 2. Everyone is entitled to all the rights and freedoms set forth in this Declaration, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status. Furthermore, no distinction shall be made on the basis of the political, jurisdictional or international status of the country or territory to which a person belongs, whether it be independent, trust, non-self-governing or under any other limitation of sovereignty.”. Assembleia Geral da ONU. (1948). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. [Em linha]. (2 [I]). Paris. [Consult. 20 fev. 2020]. Disponível em: <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>.

¹⁰⁶ Convenção Americana de Direitos Humanos. (1969). **Pacto de San José da Costa Rica**. (1º). [Em linha] San José da Costa Rica, em 22.11.1969. [Consult. 20 fev. 2020]. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>.

¹⁰⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. [Em linha]. Brasília, 1988. [Consult. 21 fev. 2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

“Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual”¹⁰⁸.

Assim, a igualdade se torna pressuposto básico para o exercício de qualquer Direito Fundamental e proíbe a adoção de tratamento discriminatório em razão de qualquer motivo que seja.

Esta vedação, principalmente no que se refere às características personalíssimas como raça, cor e sexo, acaba por preservar o próprio direito à personalidade de cada indivíduo, que pode moldá-la da forma como bem entender, sem qualquer interferência do ente Estatal. Ao Estado, portanto, não é dado o direito de intervir em questões estritamente pessoais e que digam respeito à personalidade de cada sujeito de direito.

O Pacto de San José da Costa Rica, de forma mais explícita, prevê que a todos é dado o direito de proteção à sua personalidade jurídica, afirmando que “Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica”¹⁰⁹.

Nesse ponto, uma observação acerca da eficácia dos Direitos Fundamentais se faz necessária, mormente no que diz respeito à análise da teoria da eficácia horizontal. A importância da análise que pretende fazer se relaciona ao fato de que na democracia, grande parte das decisões são tomadas pela maioria representativa do povo. Ocorre que, por fatores diversos e que não estão afetos diretamente a este trabalho, a representatividade de grupos minoritários é defasada em alguns Estados modernos. Assim, a discussão da eficácia irradiante dos Direitos Fundamentais nas relações privadas também é fundamental para entender a proteção que se deve conferir à autodeterminação da personalidade, que implicará diretamente no direito à mudança de sexo e à alteração do nome, objeto principal deste estudo.

Tratando do tema, Sarlet afirma que o

Ponto de partida para o reconhecimento de uma eficácia dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas é a constatação de que, ao contrário do Estado clássico e liberal de Direito, no qual os direitos fundamentais, na condição de direitos de defesa, tinham por escopo proteger o indivíduo de ingerências por parte dos poderes públicos na sua esfera pessoal e no qual, em virtude de uma preconizada separação entre Estado e sociedade, entre o público e o privado, os direitos fundamentais alcançavam sentido apenas nas relações entre os indivíduos e o Estado, no Estado social de Direito não apenas o Estado ampliou suas atividades e funções, mas também a sociedade cada vez mais participa ativamente do exercício

¹⁰⁸PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. [Em linha]. Lisboa, 1966. [Consult. 21 fev. 2020]. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicaorepublikaportuguesa.aspx..>

¹⁰⁹ Convenção Americana de Direitos Humanos - *Op. cit.* (3º)

do poder, de tal sorte que a liberdade individual não apenas carece de proteção contra os Poderes públicos, mas também contra os mais fortes no âmbito da sociedade.¹¹⁰

Nesses casos, o Estado não figura apenas como ente respeitador dos Direitos Fundamentais insculpidos em seu ordenamento jurídico, mas também como devedor geral de proteção de tais direitos em face de ameaças promovidas por quem que seja. Assim, a proteção da igualdade e da identidade dos indivíduos deve ser respeitada independente de qualquer condição e em face de qualquer violação iminente.

Ou seja, a identidade do indivíduo deve ser preservada em face de qualquer violação, seja ela oriunda dos poderes estatais, seja ela oriunda das relações privadas, travadas entre os particulares. No que se refere ao estudo aqui empreendido, a principal violação diz respeito à própria formação da identidade. A identidade se traduz na manifestação da personalidade individual e, como tal, deve ser apenas reconhecida e protegida pelo Estado e pelos indivíduos, nunca por eles condicionada ou construída.

Nesse ponto, passa a ganhar destaque a análise relativa aos direitos da personalidade de cada indivíduo, mormente no que se refere à identidade de gênero e de seu nome, aspectos fundamentais da individualidade como Direitos Humanos Fundamentais, merecedores de proteção e respeito por parte do Estado e de todos os indivíduos.

Como já visto, o direito à personalidade, mesmo que não constando de forma expressa nos ordenamentos de cada Estado como Direito Fundamental, é traduzido na própria previsão do direito à igualdade e já se encontra estabelecido em documentos internacionais como o Pacto de San José da Costa Rica. É esta análise que será empreendida no próximo item deste capítulo.

2.2. Direitos da personalidade e autodeterminação

Diante do que se viu até aqui, o direito à autodeterminação e tudo o que se refere à própria personalidade é uma decorrência lógica do Direito Fundamental à igualdade, consagrado como essencial ao exercício de todo e qualquer Direito Fundamental. Isso porque, ao vedar qualquer discriminação por parte do Estado ou mesmo de particulares (teoria da eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais)¹¹¹, garante-se que o indivíduo possa ser quem

¹¹⁰SARLET. Ingo Wolfgang -*Op. cit.* p. 381.

¹¹¹ Ver mais em: ALEXY, Roberto – **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008. ISBN 978-85-7420-872-5. p. 523 e ss.

é, sem qualquer necessidade de produzir prova sobre isso ou sofrer qualquer interferência na formação de sua personalidade.

Para Cordeiro “Os direitos de personalidade apenas traduzem em termos descritivos, um núcleo basilar de bens pessoais juridicamente reconhecido. Mas a pessoa humana é bem mais rica, promovendo novos e variados meios dogmáticos para a sua defesa e requerendo círculos alargados de influência para a sua realização. Todo Direito privado se ordena nessa linha. Certas figuras acusam, no entanto, a sua presença nos moldes mais directos, havendo, pois, que lhe fazer uma particular referência, São eles: - os direitos fundamentais; -a responsabilidade patrimonial; -os danos morais; -a família.”¹¹²

É nesse sentido, da impossibilidade de a norma jurídica prever todos os tipos de proteção à pessoa humana, que os direitos de personalidade no ordenamento jurídico português e brasileiro não são taxativos; sendo possível assim, a aplicação de princípios constitucionais e de direito civil para a sua efetiva tutela.

Os Direitos da personalidade, conforme Canotilho, estão inseridos dentro dos direitos fundamentais. Para o autor:

Muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade. Os direitos de personalidade abarcam certamente os direitos de estado (por ex.: direito de cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida, à integridade moral e física, direito à privacidade), os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoal, direito à informática) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão). Tradicionalmente, afastavam-se dos direitos de personalidade os direitos fundamentais políticos e os direitos a prestações, por não serem atinentes ao ser como pessoa. Contudo, hoje em dia, dada a interdependência entre o estatuto positivo e o estatuto negativo do cidadão, e em face da concepção de um direito geral de personalidade como «direito à pessoa ser e à pessoa devir», cada vez mais os direitos fundamentais tendem a ser direitos de personalidade e vice-versa.¹¹³

O Direito da Personalidade como Direito Fundamental está previsto na Constituição da República Portuguesa e Federal Brasileira. Na primeira, foi incluída por meio da revisão de 1997, o direito ao desenvolvimento da personalidade¹¹⁴. “É o preceito em que a Constituição

¹¹²CORDEIRO, António Menezes – *Op. cit.* p. 374.

¹¹³ CANOTILHO, J. J. Gomes - *Op. cit.* p. 520.

¹¹⁴ “Artigo 26.º Outros direitos pessoais

1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação.

2. A lei estabelecerá garantias efetivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias.

3. A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica.

4. A privação da cidadania e as restrições à capacidade civil só podem efetuar-se nos casos e termos previstos na lei, não podendo ter como fundamento motivos políticos.”

avança mais no domínio dos direitos de personalidade, começando pelo direito à identidade pessoal e seguindo-se logo este novo direito ao desenvolvimento da personalidade.”¹¹⁵

A positivação dos direitos da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro foi inserida com a Constituição de 1988, que trouxe a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República; além do mais, incluiu no artigo 5, inciso X, à inviolabilidade de determinados direitos da personalidade¹¹⁶.

Assim, o direito à autodeterminação da identidade de gênero é um viés que decorre do direito da personalidade, e este abarca outros direitos que propiciam a mudança de sexo e nome, o que muito bem esclarece Maluf ao dizer que “à questão envolvendo o transexual permeia os direitos da personalidade, uma vez que se situa na esfera do direito à vida, notadamente no que tange à felicidade pessoal – fim precípua do Estado; o direito à identidade de gênero; à intimidade; à livre expressão sexual; à integridade física e psíquica; ao recato; o direito à privacidade entre tantos outros que visem possibilitar a plena inserção do indivíduo na sociedade”.¹¹⁷

Sobre estes outros fundamentos jurídicos que compõem o rol dos direitos da personalidade previstos no Código Civil brasileiro e português, os quais dispõem de regras específicas, a merecer capítulo próprio em cada diploma¹¹⁸ é que discorreremos, primeiramente, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e, após, os outros direitos, embasados nas normas infraconstitucionais.

2.2.1. Direito ao livre desenvolvimento da personalidade

A República Federativa do Brasil e a República Portuguesa possuem, como um de seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana. Está prevista nas constituições dos citados Estados, especificamente em seus artigos primeiro¹¹⁹, o que demonstra a importância do princípio.

¹¹⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira – *Op. cit.* p 289 e 290.

¹¹⁶ “Artigo 5, X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

¹¹⁷ MALUF, Adriana C. do R. F. D. - **Novas modalidades de família na pós-modernidade**. São Paulo: Atlas, 2010. ISBN: 9788522460878. p. 176.

¹¹⁸ No Código Civil brasileiro o tema é tratado no capítulo II, artigo 11 e seguintes. No Código Civil português, na secção II, artigo 70 e seguintes.

¹¹⁹ A Constituição portuguesa Portugal menciona: “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”. A Constituição brasileira diz: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana;”.

A dignidade da pessoa humana é a nota central dos direitos da personalidade e, por ser fundamento do Estado Democrático de Direito, deve nortear a produção legislativa, assim como deve balizar os atos e Poderes do Estado nos momentos de interpretação e aplicação das normas jurídicas, bem como na tomada de qualquer decisão estatal. Como não poderia deixar de ser, esse viés deve ser levado em conta no que se refere à alteração do sexo e do nome.

Como afirma Tepedino, “a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do § 2º do art. 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento.”¹²⁰

É necessário que se diga, além disso, que o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo fundamento dos Estados brasileiro e português, serve como guia interpretativo e de aplicação até mesmo para as normas internacionais nas quais o país é signatário. Assim, a dignidade da pessoa humana acaba por se tornar um dos fundamentos em razão dos quais Brasil e Portugal devem adotar políticas de igualdade que proíbam qualquer tipo de discriminação.

Com isso, as normas gerais de direitos da personalidade, referentes à dignidade humana, igualdade e bem de todos, somam-se a outras previsões constitucionais relativas a proteções especiais concedidas aos indivíduos, pois “A existência de uma série de direitos especiais de personalidade consagrados textualmente e de forma autônoma no texto constitucional (v.g., no caso da Constituição Federal, os direitos à privacidade, intimidade, honra, imagem) não faz com que a cláusula geral de proteção da personalidade tenha um caráter meramente complementar ou até mesmo simbólico, pois, muito antes pelo contrário, assume a condição de direito fundamental autônomo, destinado a assegurar a livre formação e desenvolvimento da personalidade, a proteção da liberdade de ação individual e a proteção da integridade pessoal em sentido integral e não reduzida às refrações particulares que representam o âmbito de proteção dos direitos especiais de personalidade.”¹²¹

¹²⁰TEPEDINO, Gustavo - A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In **Temas de Direito Civil**. 3 ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: Renovar, 2004. ISBN: 8571474273. p. 50.

¹²¹SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel - **Curso de Direito Constitucional**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. ISBN: 9788547214463. p. 482.

Isso leva a crer que tais previsões constitucionais específicas também servem como fundamento ao direito à mudança de sexo e de nome civil tratada neste trabalho. A análise de tais direitos está estreitamente relacionada com a tutela geral da personalidade tratada acima, uma vez que "os direitos de personalidade não têm por fundamento o dado abstrato da personalidade jurídica, mas, sim, a personalidade como dado inerente ao sujeito concreto"¹²².

Ora, se assim o é, a tutela geral da personalidade nasce com a figura do homem e nela repousa por meio da dignidade humana, isso quer dizer que não é necessário arrolar direitos para que possam receber proteção jurídica, uma vez que a gênese da tutela não reside na lei: "tudo aquilo que é inerente à personalidade o sujeito concreto é digno de proteção jurídica, por dizer respeito à dignidade da pessoa humana. Centrar a tutela geral a personalidade no princípio da dignidade da pessoa é, portanto, trazer como fundamento desses direitos o mesmo princípio que dá base aos direitos fundamentais".¹²³

Assim, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade não repousa na lei, mas decorre da dignidade da pessoa humana, e esta resulta do ser desde a sua existência; portanto, o ser humano já traz dentro de si esse direito, o que impõe ao Estado não restringir esse direito, devendo facilitar seu exercício.

Desse modo, a dignidade da pessoa humana leva a Constituição Federal Brasileira a reconhecer, mesmo que de forma implícita, um direito geral de personalidade, chamado por Sarlet, Marinoni e Mitidiero como um direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Segundo os autores, "[...] é possível afirmar que o direito geral de personalidade (ou direito ao livre desenvolvimento da personalidade) implica uma proteção abrangente em relação a toda e qualquer forma de violação dos bens da personalidade, estejam eles, ou não, expressa e diretamente reconhecidos ao nível da constituição. É, portanto, em virtude da existência de uma cláusula geral e aberta de proteção e promoção da personalidade, que, no caso brasileiro, tem sido fundada especialmente no princípio da dignidade da pessoa humana, que se adota o entendimento de que o rol de direitos especiais de personalidade (sejam eles previstos na legislação infraconstitucional, sejam eles objeto de reconhecimento expresse na Constituição Federal) não é de cunho taxativo."¹²⁴

¹²²FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKIRUZYK, Carlos Eduardo - A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. **Revista Trimestral de Direito Civil**. [Em linha]. [s.l]. v. 9, n. 35, jul./set. 2008. p 15. [Consult. 21 fev. 2020]. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5/Luiz-Edson-Fachin.pdf>

¹²³*Idem* – **Op. cit.** p. 16.

¹²⁴SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel - **Op. cit.** p. 482.

A Constituição da República Portuguesa trouxe, em seu bojo, por meio da quarta revisão constitucional, o artigo 26, o qual assegura o direito ao desenvolvimento da personalidade, conforme já citado.

Mota Pinto, acrescenta que o direito geral de personalidade é aberto sincrônica e diacronicamente, o que permite a tutela de novos bens, e diante das renovadas ameaças à pessoa humana, sempre mantendo o respeito pela personalidade, tanto em sua perspectiva estática, como em sua dimensão dinâmica de realização e desenvolvimento: “É, a um tempo, direito à pessoa-ser e à pessoa-devir, ou melhor, à pessoa-ser em devir, entidade não estática mas dinâmica e com jus à sua “liberdade de desenvolvimento””.¹²⁵

Como não se trata de rol taxativo, é perfeitamente possível afirmar que toda a “satisfação de necessidades fundamentais que propiciem aos sujeitos o livre desenvolvimento de capacidades individuais”¹²⁶ deverá ter respaldo jurídico, uma vez que tal preceito visa a garantir a dignidade da pessoa humana.

Assim, à luz da tendência dominante em termos de direitos fundamentais, o preceito deve ser entendido primordialmente como prevendo a criação e preservação das condições exteriores propícias ao desenvolvimento pessoal.¹²⁷

Essas condições que propiciam o livre desenvolvimento da personalidade devem se revestir do direito positivo, regras específicas que possibilitem o exercício dessa liberdade e do mesmo modo resguardem a vida privada.

É por essa premissa que o direito ao desenvolvimento da personalidade está intimamente ligado ao direito à liberdade e ao direito à vida privada, “É por ser pessoa, como ser autoconsciente dotado nomeadamente de consciência moral, que pode usar a sua liberdade para construir a personalidade que representa a sua própria realização como ser espiritual.”¹²⁸

Desse modo, normas internacionais impõem aos Estados a responsabilidade de criar regras para que essa liberdade individual possa ser exercida; é como se percebe na Declaração e Programa de Ação de Viena, Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, no item I.1, que dispõe “Os Direitos Humanos e as liberdades fundamentais são inerentes a todos os seres humanos; a sua proteção e promoção constituem a responsabilidade primeira dos Governos”¹²⁹.

¹²⁵ MOTA PINTO, *Apud* SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel - *Op. cit.* p. 483.

¹²⁶ FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKIRUZYK – *Op. cit.* p. 17.

¹²⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira – *Op. cit.* p. 290.

¹²⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira – *Op. cit.* p. 292.

¹²⁹ DECLARAÇÃO E PROGRAMA DE AÇÃO DE VIENA, **Conferência Mundial sobre Direitos Humanos**. [Em linha] - Viena, 14-25 de Junho de 1993. [Consult. 10 jan. 2020] Disponível em:

Cada pessoa desenvolve sua personalidade por meio de normas que o Estado regulamenta para sua proteção e execução. Nesse sentido, afirma Mota Pinto, que “A organização estadual, disciplinada pelo direito público, proporciona ao particular, mediante a outorga de direitos subjectivos públicos ou de faculdades, meios eficazes e indispensáveis para o pleno desenvolvimento da sua personalidade ou para a defesa da sua dignidade humana e, quanto ao exercício desses meios, o particular encontra-se em situação de plena autonomia.”¹³⁰

Essa autonomia, a liberdade do indivíduo em desenvolver sua personalidade, somente é assegurada quando há normas que regulamentam o exercício dessa faculdade. Assim, “Toda a sua aparelhagem visa criar condições que facilitem ou melhorem a realização da personalidade na vida dos homens.”¹³¹

Essa realização é perfectibilizada na sua vontade, nas palavras de Leite de Campos, “Se o ser humano é (só) a sua história, a única natureza verdadeiramente humana seria a sua escolha (vontade) pessoal e subjectiva.”¹³². O autor vai além, enfatizando que “A vontade já não é a que está na base da autonomia negocial, que funda e cria, estavelmente, a lei entre as partes; é, antes, o querer contingente do desejo.”¹³³

O Estado, entretanto, tem a obrigação de garantir que essa vontade subjetiva do homem seja realizada. E, nesse sentido, os princípios de Yogyakarta declaram, na sua introdução, que “A orientação sexual e a identidade de gênero são essenciais para a dignidade e humanidade de cada pessoa e não devem ser motivo de discriminação ou abuso”¹³⁴, e impõe aos Estados:

- a) Garantir que todas as pessoas tenham capacidade jurídica em assuntos cíveis, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero, assim como a oportunidade de exercer esta capacidade, inclusive direitos iguais para celebrar contratos, administrar, ter a posse, adquirir (inclusive por meio de herança), gerenciar, desfrutar e dispor de propriedade;
- b) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e de outros tipos que sejam necessárias para respeitar plenamente e reconhecer legalmente a identidade de gênero autodefinida por cada pessoa;

<https://www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20Ac%C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Confer%C3%A7%C3%A3o%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf>

¹³⁰PINTO, Carlos Alberto da Mota - **Teoria Geral do Direito Civil**. 4.^a ed. Lisboa: Coimbra Editora, 2005. ISBN 972-32-1325-7. p. 59.

¹³¹*Idem- Op. cit.* p. 60

¹³²CAMPOS, Diogo Leite - O direito e os direitos da personalidade. In **Nós –Estudo sobre o direito das pessoas**. Coimbra: Almedina. 2004. ISBN 9789724021553. p. 124.

¹³³CAMPOS, Diogo Leite – **Op. cit.** p. 124.

¹³⁴ “La orientación sexual [1] y la identidad de género [2] son esenciales para la dignidad y humanidad de cada persona y no deben ser motivo de discriminación o abuso. In **Introducción a los Principios de Yogyakarta**. [Em linha]. Indonésia, (nov. 2006). [Consult. 04 ago. 2019]. Disponível em: <https://yogyakartaprinciples.org/introduction-sp/>.

- c) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e de outros tipos que sejam necessárias para que existam procedimentos pelos quais todos os documentos de identidade emitidos pelo Estado que indiquem o sexo/gênero da pessoa – incluindo certificados de nascimento, passaportes, registros eleitorais e outros documentos – reflitam a profunda identidade de gênero autodefinida por cada pessoa.
- d) Assegurar que esses procedimentos sejam eficientes, justos e não-discriminatórios e que respeitem a dignidade e privacidade das pessoas;
- e) Garantir que mudanças em documentos de identidade sejam reconhecidas em todas as situações em que a identificação ou desagregação das pessoas por gênero seja exigida por lei ou por políticas públicas;
- f) Implementar programas focalizados para apoiar socialmente todas as pessoas que vivem uma situação de transição ou mudança de gênero.¹³⁵

Por tais razões, o Estado tem o dever de elaborar normas válidas e eficazes que regulamentam o procedimento para a mudança de sexo e alteração do nome no registro civil, a fim de garantir o livre desenvolvimento da personalidade como um direito humano fundamental, uma vez que a não intervenção estatal não é suficiente para que a dignidade da pessoa humana seja respeitada; para isso, é substancial que o Estado crie normas jurídicas para efetivar esse direito.

Por certo, os direitos sexuais, entendidos como aqueles que abrangem tanto a defesa da orientação sexual quanto a própria identidade de gênero, devem fazer parte, necessariamente, do rol protetivo dos Direitos Fundamentais, visto que se encontram estritamente ligados à identidade e personalidade humana.

Nesse ponto, fazemos alusão ao que foi mencionado no capítulo 1.3 do presente trabalho, que trouxe definição de forma clara do que é orientação sexual e identidade de gênero para fins de proteção enquanto Direito Humano Fundamental.

¹³⁵ “Los Estados:

A. Si aún no lo hubiesen hecho, consagrarán en sus constituciones nacionales o en cualquier otra legislación relevante, los principios de la igualdad y de la no discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, inclusive por medio de enmienda e interpretación, y velarán por la efectiva realización de estos principios;

B. Derogarán todas las disposiciones penales y de otra índole jurídica que prohíban o de hecho sean empleadas para prohibir la actividad sexual que llevan a cabo de forma consensuada personas del mismo sexo que sean mayores de la edad a partir de la cual se considera válido el consentimiento, y velarán por que se aplique la misma edad de consentimiento para la actividad sexual entre personas del mismo sexo como y de sexos diferentes;

C. Adoptarán todas las medidas legislativas y de otra índole que resulten apropiadas para prohibir y eliminar la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en la esfera pública y privada;

D. Adoptarán todas las medidas apropiadas a fin de garantizar el desarrollo adecuado de las personas de diversas orientaciones sexuales e identidades de género, según sean necesarias para garantizarles a estos grupos o personas el goce o ejercicio de los derechos humanos en igualdad de condiciones. Dichas medidas no serán consideradas discriminatorias;

E. En todas sus respuestas a la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, tendrán en cuenta la manera en que esa discriminación puede combinarse con otras formas de discriminación;

F. Adoptarán todas las medidas apropiadas, incluyendo programas de educación y capacitación, para alcanzar la eliminación de actitudes y prácticas prejuiciosas o discriminatorias basadas en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquier orientación sexual, identidad de género o expresión de género.” **In Principio 2: Los derechos a la igualdad y a la no discriminación.** [Em linha]. Indonésia, (nov. 2006). [Consult. 04 ago. 2019]. Disponível em: <https://yogyakartaprinciples.org/principle-2-sp/>.

Em ambos os conceitos se identificam aspectos fundamentais voltados à própria individualidade de cada sujeito, mas a ênfase deste trabalho está voltada à identidade de gênero.

A identidade de gênero está contida na esfera pessoal do sujeito, portanto, relaciona-se com sua individualidade, e nesta esfera, o Estado não poderá intervir, pois é escolha do sujeito. No entanto, a intervenção é necessária para a proteção dessa liberdade de escolha, sendo resguardado pelo próprio Direito Fundamental básico à igualdade.

Ocorre que, em muitas situações, verificam-se a existências de padrões normatizantes que levam ao condicionamento da identidade de gênero, seja de forma direta, por meio de exclusões promovidas pela própria legislação de determinados Estados, seja de forma indireta, pela verificação de costumes e comportamentos violentos desenvolvidos em face de sujeitos que não se encaixam no padrão normatizado.

Essa conclusão norteou, inclusive, a própria edição dos Princípios de Yogyakarta, estando expressa na introdução, ao afirmar que “Muitos Estados e sociedades impõem normas de gênero e orientação sexual às pessoas por meio de costumes, legislação e violência e exercem controle sobre o modo como elas vivenciam seus relacionamentos pessoais e como se identificam. O policiamento da sexualidade continua a ser poderosa força subjacente à persistente violência de gênero, bem como à desigualdade entre os gêneros.”¹³⁶

Daí surge a necessidade cada vez mais iminente de considerar a autodeterminação sexual como inserida no âmbito de proteção de um Direito Humano Fundamental. Por ser algo individual de cada ser humano, pois o seu desenvolvimento pode muitas vezes não se coadunar com aquilo que se espera da atribuição do sexo no momento de seu registro de nascimento. E é nesse ponto que surge a necessidade de proteção do direito à mudança de sexo e de nome no registro civil como um Direito Humano Fundamental.

Tratando a respeito do assunto, Lima e Rangel afirmam que “Na construção do indivíduo, são aspectos importantes o sexo biológico e o gênero, e ambos possuem peso na sexualidade. O sexo biológico diz respeito ao órgão sexual com o qual o indivíduo nasce, quais sejam, o pênis para o homem ou a vulva para a mulher. Tal classificação é feita ao se

¹³⁶ “Numerosos Estados y sociedades imponen normas de género y de orientación sexual a las personas a través de las costumbres, las leyes y la violencia, y se afanan en controlar las formas en que ellas experimentan las relaciones personales y cómo se identifican a sí mismas. La vigilancia sobre la sexualidad continúa siendo una fuerza principal detrás de la perpetuación de la violencia basada en género y la desigualdad de género. In **Introducción a los Principios de Yogyakarta**. [Em linha]. Indonésia, (nov. 2006). [Consult. 04 ago. 2019]. Disponível em: <https://yogyakartaprinciples.org/introduction-sp/>.

nascer, pelas vias médicas, onde se observa qual o sexo do bebê e este é registrado, e por esse escopo biológico, define-se o gênero da pessoa, seja masculino, ou, feminino.”¹³⁷

Ocorre que os padrões normativos sociais dominantes impõem a visão de que o gênero deve se coadunar de forma plena com o sexo verificado e atribuído no momento do nascimento e do registro. Contudo, como já visto no decorrer deste trabalho, tais padrões normativos são excludentes e discriminatórios; excluindo uma parte dos indivíduos da proteção Estatal ou mesmo condicionando sua liberdade a fim de que possam ser considerados sujeitos de direitos de modo pleno.

A impossibilidade de adoção e proteção pelo ordenamento jurídico desse determinismo biológico é tratada por Lima e Rangel, ao afirmarem que “[...] o aspecto psicológico não é realmente atestado nesse primeiro contato, entre o ser que acabou de ser concebido e o mundo a sua volta. Ao reverso, é ao longo de sua vida que o sujeito sexual é construído e, também, descobre a si mesmo por intermédio de suas experiências. Neste sentido, ainda, cuida reconhecer que a sexualidade é fruto não apenas de um determinismo morfológico binário, mas também reflete uma série de experiências e contatos interpessoais que são capazes de despertar, em cada um, as suas predileções, os seus desejos, os seus impulsos.”¹³⁸

Portanto, é exatamente o afastamento de tais padrões normativos (não necessariamente impostos pelo Direito) o objetivo a ser perseguidos pelas normas relativas à proteção da identidade de gênero como escolhas estritamente individuais e ligadas aos aspectos básicos da personalidade individual. Normas, portanto, consubstanciadas como Direitos Humanos Fundamentais.

Esse mote é seguido, principalmente, pelas legislações internacionais a respeito do tema, sendo traduzida, mais uma vez, pelos Princípios de Yogyakarta, que elenca esse objetivo em sua introdução, dispondo que “Para enfrentar essas deficiências, é necessária uma compreensão consistente do regime abrangente da legislação internacional de direitos humanos e sua aplicação a questões de orientação sexual e identidade de gênero. É crítico fazer um exame detalhado e clarificar as obrigações dos Estados perante as atuais leis

¹³⁷ LIMA, Anderson Petilde; RANGEL, Tauã Lima Verdan - Sexualidade, direito e dignidade da pessoa humana: o reconhecimento da liberdade sexual como integrante do mínimo existencial. **Boletim Jurídico**. [Em linha]. Uberaba, ano XVIII, n. 986, ISSN 1807-9008. (26/11/2017). [Consult. 25 fev. 2020]. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-constitucional/3768/sexualidade-direito-dignidade-pessoa-humana-reconhecimento-liberdade-sexual-como-integrante-minimo-existencial#Sobre>

¹³⁸ *Idem*– **Idem**.

internacionais de direitos humanos, para promover e proteger todos os direitos humanos de todas as pessoas, na base da igualdade e sem discriminação.”¹³⁹

Os Estados possuem, assim, papel relevante na formação de políticas normativas internas que sejam condizentes com a proteção dos Direitos Humanos de todas as pessoas, sem discriminação de qualquer espécie. Devem, portanto, institucionalizar a proteção conferida pelo ordenamento jurídico internacional a todos os sujeitos, transformando tais espécies de proteção em Direitos Fundamentais.

Tratando da interpretação da Convenção Interamericana contra toda forma de Discriminação e Intolerância, a Opinião Consultiva nº 24, de 2017, emitida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, afirma que

[...] a obrigação dos Estados Partes de respeitar e garantir o exercício pleno e livre dos direitos e liberdades ali reconhecidos "sem qualquer discriminação". Ou seja, qualquer que seja a origem ou a forma que assuma, qualquer tratamento que possa ser considerado discriminatório com relação ao exercício de qualquer dos direitos garantidos na Convenção é, por si só, incompatível com ela. A violação pelo Estado da obrigação geral de respeitar e garantir os direitos humanos, por meio de qualquer tratamento diferente que possa ser discriminatório, ou seja, que não persiga fins legítimos, seja desnecessária e/ou desproporcional, cria responsabilidade internacional. É por isso que existe uma ligação indissolúvel entre a obrigação de respeitar e garantir os direitos humanos e o princípio da igualdade e da não discriminação.¹⁴⁰

Assim, aqueles Estados signatários da Convenção que estabeleçam, de qualquer forma, tratamento discriminatório sem qualquer finalidade legítima, necessária ou proporcional estarão sujeitos à responsabilidade internacional. Portanto, as normas internas dos Estados devem ser editadas e interpretadas levando em consideração, necessariamente, as proteções internacionais vigentes a que estão sujeitos.

Como forma de discriminação ilegítima encontra-se a insuficiência de proteção àqueles que não se enquadram no gênero que lhe foi imposto no momento do nascimento e

¹³⁹ “A fin de enfrentar estas deficiencias, se requiere de una sólida comprensión de todo el régimen del derecho internacional humanitario y de su aplicación a los asuntos de la orientación sexual y la identidad de género. Es crucial cotejar y clarificar las obligaciones de los Estados bajo la actual legislación internacional de los derechos humanos, a fin de promover y proteger todos los derechos humanos de todas las personas sobre la base de la igualdad y sin discriminación alguna.” In **Introducción a los Principios de Yogyakarta**. [Em linha]. Indonésia, (nov. 2006). [Consult. 04 ago. 2019]. Disponível em: <https://yogyakartaprinciples.org/introduction-sp/>.

¹⁴⁰ Tradução livre. No original: “[...] la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es, *per se*, incompatible con la misma. El incumplimiento por el Estado de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, mediante cualquier trato diferente que pueda resultar discriminatorio, es decir, que no persiga finalidades legítimas, sea innecesario y/o desproporcionado, genera responsabilidad internacional. Es por ello que existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación”.

pretendem realizar a mudança do sexo e alteração de seu nome, criando identidade com sua personalidade.

Isto é, seguindo as determinações da legislação internacional acerca dos Direitos Humanos, os Estados devem adotar mecanismos capazes de proteger a personalidade daqueles sujeitos cuja identidade de gênero não se enquadra ao sexo que lhe foi imposto, biologicamente, no momento de seu nascimento e registro.

Uma das formas de promover esta proteção é exatamente a possibilidade de alteração do sexo e do nome diretamente no registro civil. Somente assim estará garantida a personalidade do indivíduo e efetivado, de forma integral, o direito à igualdade sem qualquer discriminação; por qualquer razão que seja. De outro lado, caso não haja tal proteção, estar-se-ia condicionando o exercício pleno dos direitos pelo sujeito ao enquadramento em padrões normatizantes ilegítimos, violando os direitos da personalidade e o próprio direito à igualdade, como hoje é concebido.

Certo é que o nome e a identidade de gênero compõem a essência da personalidade de cada ser humano e é definidora de sua própria identidade. São, portanto, aspectos individuais protegidos pelo direito à igualdade sem qualquer discriminação, consubstanciando-se, ao fim e ao cabo, eles mesmos como Direitos Humanos Fundamentais. Assim como sua alteração que, nos casos de incompatibilidade do gênero com o sexo atribuído no momento do nascimento após a devida formação da personalidade, também deve ser protegida como forma de efetivação plena dos Direitos Fundamentais.

Diante de tudo o que se expôs, é possível perceber que a exigência de tratamento igualitário a todas as pessoas, sem discriminação de qualquer espécie, importa no reconhecimento da personalidade dos indivíduos e de todos os seus aspectos por parte não apenas do Estado, mas também por toda a sociedade.

Como ensina Barbas, “Cada ser humano tem o direito de ser diferente de todos os outros e é nesta diferença que se constrói o equilíbrio social. [...] Não se pode perturbar o direito que cada um deve ter de preservar e ver respeitada a sua unidade e integralidade no campo biopsíquico, social, espiritual e cultural”.¹⁴¹

O reconhecimento da autodeterminação da identidade de gênero, ainda que ausente na norma jurídica expressa, encontra respaldo no princípio da dignidade da pessoa humana, como valor maior de todo o ordenamento jurídico, é assegurado a concretização dos direitos humanos fundamentais, que é base por si só para garantir a mudança de sexo e a alteração do

¹⁴¹ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves - **Direito ao patrimônio genético**. Almedina, Coimbra, 2006. ISBN 9789724011134. p. 18-19.

nome, sem maiores problemas, diretamente no registro civil, uma vez que a desjudicialização desse direito resguarda a identidade individual e facilita sua garantia.¹⁴²

Assim, a proteção relativa à identidade de gênero e a consequente possibilidade de alteração de sexo e de nome devem ser resguardadas como um Direito Humano Fundamental, devidamente protegido pelo ordenamento jurídico interno de cada Estado. A fim de dar continuidade ao estudo aqui empreendido, serão descritos outros fundamentos jurídicos que sustentam a possibilidade de alteração do sexo e do nome no registro civil. É este o objeto de análise do próximo item.

2.2.2. Direito ao nome, à privacidade e à imagem

Além de se configurar como um Direito Humano Fundamental, a autodeterminação e, conseqüentemente, o direito à alteração de sexo e de nome, também encontram guaridas em outros fundamentos infraconstitucionais, como os códigos civis.

Os principais fundamentos infraconstitucionais relacionam-se aos direitos da personalidade e à própria configuração jurídica que a doutrina e a jurisprudência dão ao nome. É esse tratamento que será abordado a partir de agora. Em primeiro lugar, é importante relembrar que os direitos da personalidade são entendidos como “[...] aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais das pessoas em si e em suas projeções sociais”.¹⁴³

Assim, os direitos da personalidade são amplos e, no código civil português e brasileiro, pertencem a essa categoria, dentro outros, o nome, a privacidade e a imagem. E, como direitos da personalidade que são, fundamentam o direito à mudança de sexo e nome, como será visto no decorrer deste capítulo.

Para esta alteração, Portugal já conta com legislação específica; em razão disso, será abordada de forma mais próxima as normas contidas no direito brasileiro e que autorizaram, mesmo que de forma indireta, o exercício dos direitos acima referidos.

Os direitos da personalidade, segundo Leite Campos, são “Direitos de conteúdo ético e protector da pessoa e da colectividade perante as outras pessoas e o Estado, mas também

¹⁴²GIBIN, Marcielly G. – *Op. cit.* p. 27.

¹⁴³GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHA, Rodolfo - **Novo Curso de Direito Civil: parte geral.** vol. I. 13. ed. 2011. ISBN: 9788502106345. p. 180.

deste perante aqueles. Compete (também) ao Estado respeitar aqueles direitos e prossegui-los.”¹⁴⁴

De acordo com a posição do autor, é possível afirmar que os direitos da personalidade pertencem aos indivíduos e merecem apenas proteção e resguardo do Estado, nunca o seu condicionamento. Em se tratando de características pessoais e formadoras da própria individualidade, portanto, o Estado não pode construir ou condicionar as personalidades. Prevalece a autodeterminação e a imposição da proteção, por parte do Poder Estatal, a todos os indivíduos, independente da personalidade por eles constituída.

Nesse sentido, completa Leite de Campos, “os direitos de personalidade têm um duplo sentido de protecção da pessoa: abstenção dos outros e do Estado de intromissão na esfera protegida; fornecimento pelo Estado dos bens necessários para assegurar a sua efectividade”¹⁴⁵.

Figurando como um dos principais elementos constitutivos da personalidade, está o nome. “O nome é a designação verbal de cada indivíduo, que tem por fim individualizá-lo na sociedade, isto é, distingui-lo dos outros indivíduos.”¹⁴⁶

Em uma primeira concepção, o nome é visto como individualização, “sinal”; em uma segunda, é o que designa a origem do homem, sua família, seus ancestrais, pois “dentre os direitos de família aquele que precisamente revela e exterioriza o estado do indivíduo é o direito ao nome”.¹⁴⁷

O que nos interessa no presente trabalho decorre de um terceiro entendimento, fonte do direito civil moderno, que segundo Dias, “À luz da psicanálise, o nome retrata não só a identidade social, mas, principalmente, a subjetiva, permitindo que a pessoa se reconheça enquanto sujeito e se identifique jurídica e socialmente. Trata-se de um bem jurídico que tutela a intimidade e permite a individualização da pessoa, merecendo a proteção do ordenamento jurídico de forma ampla.”¹⁴⁸

O nome, além de designar uma individualização e a origem familiar, também deve corresponder à identidade que o indivíduo escolheu para se apresentar, não apenas no meio social, mas no seu íntimo, a forma peculiar que ele se reconhece como pessoa; pois a

¹⁴⁴CAMPOS, Diogo Leite. Política com ética: os direitos das pessoas como justificação. **Revista da Ordem dos Advogados**. [Em linha].[s.l.]. Ano 73, IV, 2013, p. 1126. [Consult. 05 maio 2020]. Disponível em: <https://portal.oa.pt/upl/%7Bd8a575d5-90cd-4038-8ebf-f05ac638aeae%7D.pdf>

¹⁴⁵*Idem*– ***Ibidem***.

¹⁴⁶TAVARES, José – **Os princípios fundamentais de direito civil: vol. 2 – pessoas, cousas, factos jurídicos**. Coimbra: Coimbra Editora. 1928. p. 58.

¹⁴⁷*Idem*– ***Ibidem***.

¹⁴⁸DIAS, Maria Berenice - **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. ISBN: 978852034756-0. p. 134.

identidade social pode ser momentânea, tão só para determinadas situações como, por exemplo, o nome artístico; já o nome para o transgênero vai além de um momento, é como ele gostaria de ser identificado no seu íntimo, o reconhecimento pela sociedade torna-se secundário em relação ao seu eu na sua intimidade, o aspecto da pessoa em si. Mas o reconhecimento social é uma consequência do direito exercido a escolher a sua identidade.

Avançando na configuração do nome como um atributo essencial da personalidade humana, Dias afirma que “A relevância do nome não mais se reduz, como outrora, a identificar alguém pelo fato de pertencer a uma família. Deixou de ter a função de indicar o tronco ancestral, a comunidade da família pela estirpe masculina, dentro de uma cadeia registral. É mais do que um simples designativo da origem familiar. Significa a própria individualidade da pessoa, frente aos demais. Passou a ser reconhecido como um atributo da personalidade, suporte não só da identidade social, mas também da identidade subjetiva, sede do seu amor próprio.”¹⁴⁹

Contribui com a afirmativa da autora, o Acórdão publicado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, que dispôs que “O nome civil integra os direitos da personalidade nos termos do artigo 16 e seguintes do Código Civil, e constitui um símbolo designativo da pessoa, isto é, como ela é conhecida no meio social e a indicação de sua ancestralidade. Em razão disso, o nome, como atributo da personalidade, está intimamente ligado à dignidade da pessoa humana, de maneira que é por meio dele que ela se projeta, se relaciona e se vê e é vista no meio social. Desse modo, ele deve exprimir uma realidade designativa, ou seja, estar condizente com a realidade vivida pela pessoa, sem artificialismo, e de forma a respeitar sua integridade moral e psíquica.”¹⁵⁰

O nome, portanto, deixa de ser apenas um sinal distintivo e familiar e passa a ter proteção que intrinsecamente decorre da dignidade da pessoa humana, prevista como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil no art. 1º, III, da Constituição Federal Brasileira. Diante disso, o direito ao nome configura-se como atributo essencial do direito à autodeterminação, sendo característica individual em face da qual o Estado deve conferir proteção.

A despeito dessas posições doutrinárias mais progressistas, o ordenamento jurídico brasileiro prevê a definitividade do prenome, conforme previsão do atual art. 58, da Lei 6.015,

¹⁴⁹DIAS, Maria Berenice - *Op. cit.* p. 151.

¹⁵⁰TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS - **Acórdão 948914**, 20120110482259APC. [Em linha]. Relator: Maria Ivatônia, 5ª Turma Cível, data de julgamento: 15/6/2016, Data de Publicação: DJE: 24/6/2016. Pág.: 207/216. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>.

de 1973, que assim estabelece: “Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios”.¹⁵¹

Tal previsão era ainda mais rígida no momento da edição da lei, que previa a imutabilidade do prenome. A atual redação foi dada apenas em 1998, pela Lei 9.708, prevendo apenas a definitividade, ressaltando a possibilidade de mudança no caso de apelido público notório, fundada coação ou ameaça; bem como no caso de submeter o sujeito à situação vexatória.¹⁵²

Tratando acerca da imutabilidade, Dias afirma que “À luz dos valores constitucionais, a regra da imutabilidade do nome encontra limite no respeito à dignidade, garantindo o direito a real adequação individualizada da pessoa humana, suplantando a proibição de alteração”.¹⁵³

Em razão disso, referido dispositivo foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade¹⁵⁴ proposta pelo Procurador-Geral da República e os fundamentos expostos na decisão foram decisivos na formação do entendimento acerca da possibilidade de alteração do nome e sexo no registro civil.

A situação é pertinente e relação ao transgênero, pois no seu ínterim há um conflito de identidade: o seu nome respaldado pelo Estado e sociedade não corresponde com o modo como ele se identifica, causando um grave constrangimento em suas relações.

Nessa ocasião, é perfeitamente possível a alteração do nome por corresponder a uma situação vexatória, assim entende Venosa, ao proferir que “Desse modo, a alteração do prenome para o sexo biológico e psíquico reconhecido pela Medicina e pela Justiça harmoniza-se com o ordenamento, não só com a Constituição, mas também com a Lei dos Registros Públicos, não conflitando com seu art. 58.”¹⁵⁵

Importante descrever os demais fundamentos jurídicos previstos nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português que servem de fundamento às ideias aqui expostas, sendo eles o direito à privacidade e à intimidade.

¹⁵¹BRASIL. **Lei nº 6.015, DE 31 DE DEZEMBRO DE 1973** - Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. [Em linha] Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6015consolidado.htm.

¹⁵² Tais previsões estão contidas nos artigos 55 a 58 da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015 de 31 de dezembro de 1973).

¹⁵³ DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.* p. 151.

¹⁵⁴ Ver mais em: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - **Ação Direta De Inconstitucionalidade (ADI) 4275**. Relator: Ministro Marco Aurélio, Data de Julgamento: 01/03/2018, Data de publicação: DJe 09/03/2018. [Em linha]. [Consult. 20 fev. 2020]. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339649246&ext=.pdf>

¹⁵⁵ VENOSA, Sílvio de Sávio - **Direito civil: parte geral**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010, ISBN: 9788522457311. p. 198.

Inicialmente, cumpre traçar considerações acerca do direito à privacidade. A Constituição Federal Brasileira optou por não definir um direito genérico de privacidade, especificando os aspectos da vida privada que mereceriam proteção, tais como a intimidade, a honra e a imagem, como já dito anteriormente. Diante disso, é necessário situar o âmbito de proteção estabelecido por cada um de tais aspectos. Contudo, em primeiro lugar, é relevante tratar da própria proteção à vida privada e à intimidade enquanto direitos fundamentais derivados da cláusula geral de proteção à personalidade.

Tratando da vida privada e da intimidade, Agostini afirma que “O princípio informador da privacidade seria o princípio da exclusividade. [...] Esse princípio visaria assegurar ao indivíduo sua identidade diante dos riscos proporcionados pela niveladora pressão social e pela incontestável impositividade do poder político. Esse princípio vai reger tanto a vida privada quanto a intimidade.”¹⁵⁶

Sarlet, Marinoni e Mitidiero afirmam que a dissociação dos conceitos de vida privada (privacidade) e íntima (intimidade), apesar de possível é de difícil sustentação, “[...] especialmente em virtude da fluidez entre as diversas esferas da vida privada (incluindo a intimidade), de modo que também aqui adotaremos uma noção abrangente, incluindo a intimidade no âmbito de proteção mais amplo do direito à vida privada (privacidade)”¹⁵⁷.

Apesar disso, a doutrina afirma que a intimidade estaria relacionada a aspectos pessoais em geral dos indivíduos, enquanto a proteção à vida privada guardaria relação com uma esfera mais íntima de relacionamento dos sujeitos, como aquelas estabelecidas entre sua família e seus familiares.

Diante de tais considerações, o direito à vida privada e à intimidade garante que, o que se encontra, exclusivamente, no âmbito privado de cada pessoa não deve dizer respeito a mais ninguém, nem ao Estado. Sarlet, Marinoni e Mitidiero resumem este pensamento quando afirmam que

[...] não se coloca em causa que o direito à vida privada consiste, a exemplo do que emblematicamente já se disse no direito norte-americano, no direito de se estar só e de se ser deixado só (*the right to beletalone*), no sentido, portanto, de um direito a viver sem ser molestado pelo Estado e por terceiros no que toca aos aspectos da vida pessoal (afetiva, sexual etc.) e familiar. Em causa, portanto, está o controle por parte do indivíduo sobre as informações que em princípio apenas lhe dizem respeito, por se tratar de informações a respeito de sua vida pessoal, de modo que se poderá mesmo dizer que se trata de um direito individual ao anonimato. Dito de outro modo, o direito à privacidade consiste num direito a ser deixado em paz, ou seja, na proteção de uma esfera autônoma da vida privada, na qual o indivíduo pode desenvolver a sua individualidade, inclusive e especialmente no sentido da garantia

¹⁵⁶AGOSTINI, Leonardo Cesar - **A Intimidade e a vida privada como expressões da liberdade humana**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2011, ISBN: 9788560520787. p. 125.

¹⁵⁷SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel - **Op. cit.** p. 489.

de um espaço para seu recolhimento e reflexão, sem que ele seja compelido a determinados comportamentos socialmente esperados.¹⁵⁸

Nesse aspecto, portanto, os direitos à mudança de sexo e de nome estariam também fundamentados pelos direitos à vida privada (privacidade) e à intimidade, uma vez que se relacionam a aspectos diretamente relacionados ao próprio indivíduo e que não podem sofrer supressão ou repressão por parte do Estado ou de outros sujeitos.

Do mesmo modo, pode-se utilizar a proteção conferida à honra e a imagem com a finalidade de garantir o direito fundamental de construção da própria personalidade.

Apesar de estarem diretamente relacionados com o direito à personalidade, o direito à honra e à imagem não se confundem, seja conceitualmente, seja em âmbito de proteção, com os direitos à privacidade e à intimidade.

Segundo os mesmos autores, “Os direitos à honra, à imagem, juntamente com o direito à privacidade, o direito à palavra, o direito ao nome, o direito ao conhecimento da paternidade (origem), entre outros, ocupam lugar de destaque na constelação dos direitos pessoais (ou de personalidade), mas, a despeito dos pontos de contato com outros direitos fundamentais, distinguem-se pelo fato de dizerem respeito mais propriamente à integridade e identidade moral da pessoa, não tendo, portanto, âmbito de proteção coincidente com os direitos à privacidade e à intimidade.”¹⁵⁹

O direito à honra relaciona-se diretamente à dignidade da pessoa humana e diz respeito ao bom nome e reputação dos indivíduos, tanto no que se refere à dimensão subjetiva (interna), quanto à sua dimensão objetiva (com relação aos demais indivíduos). Tratando do tema, Sarlet, Marinoni e Mitidiero afirmam que

Também o direito à honra, em função da sua dupla dimensão subjetiva e objetiva, opera tanto como direito de defesa (direito negativo) quanto como direito a prestações (direito positivo), em que pese a prevalência do perfil “negativo”, visto que, em primeira linha, o direito à honra, como direito subjetivo, implica o poder jurídico de se opor a toda e qualquer afetação (intervenção) ilegítima na esfera do bem jurídico protegido. Dito de outro modo, cuida-se do direito a não ser ofendido ou lesado na sua honra, dignidade ou consideração social mediante imputação feita por terceiros, bem como do direito de defender-se em relação a tais ofensas e obter a competente reparação, que, de acordo com a ordem jurídica brasileira, abrange tanto a reparação na esfera criminal (por conta, em especial, dos delitos de calúnia, injúria e difamação, tipificados no Código Penal), quando em sede cível, de vez que o próprio art. 5.º, X, da CF, que assegura o direito à honra, também contempla o direito à indenização pelo dano material e moral decorrente de sua violação¹⁶⁰.

¹⁵⁸SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel - *Op. cit.* p. 125.

¹⁵⁹*Idem* - *Op. cit.* p. 517.

¹⁶⁰*Idem* - *Op. cit.* p. 519.

De plano é possível afirmar que o direito à honra, seja a honra subjetiva ou objetiva, pressupõe a garantia do direito à autodeterminação, bem como a integral proteção do Estado do direito à personalidade. Isto porque, apenas o indivíduo é capaz de determinar, em sua própria esfera, o que entende por honra. Portanto, apesar de protegido juridicamente, o direito à honra é dependente de construções pessoais de cada indivíduo.

A previsão do direito à honra, portanto, exige uma ação estatal específica no intuito de gerar proteção eficiente a todos os elementos que se ligam a este direito específico. Ou seja, “Uma “face positiva” do direito à honra encontra fundamento no dever de proteção estatal em relação à dignidade da pessoa humana e aos direitos à integridade pessoal e moral que lhe são correspondentes, embora não seja líquido que daí decorra um dever de criminalização, de tal sorte que uma descriminalização ou despenalização – pelo menos não necessariamente (existindo outros meios de proteção da honra) – incorreria em uma violação do dever de proteção suficiente do Estado.”¹⁶¹

Assim, a proteção a ser conferida pelo Estado deve ser efetiva, não necessariamente criminal, sob pena de configurar-se como insuficiente. Isto é, a proteção, fundada em organização e procedimento, deve ser garantida pelo Estado não apenas com relação a violações diretamente perpetradas por agentes estatais, por todo e qualquer indivíduo; ao passo que o direito à honra figura, também, como um limitador do exercício de outros direitos fundamentais, em especial os de liberdade de expressão.

No mais, o direito à imagem, também garantido não só pela Constituição brasileira, mas também pelo Código Civil, é direito fundamental garantidor dos direitos à autodeterminação e à alteração do nome em função da mudança de sexo. Tratando da imagem, Tartuce afirma que “[...] a imagem da pessoa pode ser classificada em *imagem-retrato* – a fisionomia de alguém, o que é refletido no espelho – e *imagem-atributo* – a soma de qualificações do ser humano, o que ele representa para a sociedade”¹⁶².

O direito à imagem configura-se, como afirmam Sarlet, Marinoni e Mitidiero, como parte integrante dos demais direitos até aqui tratados, quais sejam: o nome, a honra e a privacidade, formando um conjunto de proposições que dão forma ao direito à própria formação pessoal individual (aqui também denominado de direito à autodeterminação).

Ainda mencionam que “O direito à imagem integra, juntamente com o direito à honra, o direito ao nome e o direito à palavra (sem prejuízo de outras dimensões da

¹⁶¹SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel - *Op. cit.* p. 519.

¹⁶²TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. ISBN 978853098404-5. Cap. 3, item 3.2.4, § 93.

personalidade), o direito à identidade pessoal, tendo, a exemplo dos demais direitos referidos, forte conexão com o direito à intimidade e a dignidade da pessoa humana, sem, no entanto, perder sua condição de direito autônomo. No âmbito da Constituição Federal, o direito à imagem (no sentido de um direito à própria imagem) foi consagrado no art. 5º, X, mas encontra expressa referência também no art. 5º, V (onde está assegurado um direito a indenização por dano material, moral ou à imagem), e no art. 5º, XXVIII, a, em que está prevista a proteção contra a reprodução da imagem e da voz humana.”¹⁶³

Importante salientar que, apesar de o âmbito geral de proteção do direito à imagem se referir à impossibilidade de utilização, sem autorização, da imagem pessoal, engloba-se, também, no âmbito de proteção, o direito dos indivíduos de não ter reprodução de forma distorcida. Assim, aquele indivíduo que não se adequa aos padrões de gênero previamente estabelecidos para o seu sexo de nascimento tem o direito de ver sua imagem representada de forma que lhe importe em violação à honra e aos demais direitos fundamentais até aqui tratados.

Em função disso é que o direito à imagem, parte integrante da dignidade da pessoa humana e da própria autodeterminação individual, figura como um dos fundamentos para alteração do registro civil relativo ao nome em razão das circunstâncias relacionadas à transexualidade.

Por fim, também servem de suporte ao direito à autodeterminação aqueles direitos relacionados às liberdades pessoais, principalmente em função do fato de que a autodeterminação pressupõe a liberdade pessoal. Importa salientar que o direito brasileiro acabou por albergar um direito geral de liberdade, além de estabelecer previsões referentes a liberdades mais específicas.

É este o entendimento exposto por Sarlet, Marinoni e Mitidiero quando afirmam que “De acordo com o que se verifica a partir da dicção do art. 5º, caput, da CF, a liberdade constitui, juntamente com a vida, a igualdade, a propriedade e a segurança, um conjunto de direitos fundamentais que assume particular relevância no sistema constitucional brasileiro. Tendo em conta que o atual texto constitucional aderiu, em termos gerais, ao que já vinha sendo parte integrante da tradição do constitucionalismo brasileiro, verifica-se que também para o caso do Brasil é possível afirmar a existência não apenas de um elenco de direitos de liberdade específicos (ou direitos especiais de liberdade), como é o caso das liberdades de

¹⁶³SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel - *Op. cit.* p. 521.

expressão, liberdades de reunião e manifestação, entre outras, mas também de um direito geral de liberdade.”¹⁶⁴

Ao presente trabalho, importa a consideração acerca do direito de liberdade pessoal, que se relaciona, como dito, diretamente com a garantia de autodeterminação e com o princípio da dignidade da pessoa humana, exatamente em função do fato de que o Estado deva garantir ao indivíduo a liberdade para se autodeterminar e constituir sua própria personalidade. Ao fim e ao cabo, portanto, é o direito fundamental à liberdade pessoal que garante a formação individual da personalidade de cada indivíduo, garantindo-se a não interferência estatal ou de quem quer que seja.

Todas essas disposições formam a base constitucional sob a qual se assentou a decisão do Supremo Tribunal Federal que acabou por sedimentar o entendimento a respeito do tema no ordenamento jurídico brasileiro, garantindo a possibilidade de alteração do nome civil nos casos de transexualidade.

Ou seja, levando em consideração toda essa proteção prevista pelas normas constitucionais e pelos Tratados Internacionais dos quais o Brasil é signatário, o Supremo Tribunal Federal acabou por balizar a interpretação da norma relativa à modificação do nome no direito brasileiro. Como dito anteriormente, a norma contida na Lei dos Registros Públicos do Estado brasileiro não permitia a modificação do nome, a não ser nos casos de apelidos notórios ou nomes que expunham o sujeito a situações vexatórias.

A ação foi ajuizada pela Procuradoria-Geral da República (PGR) a fim de que fosse dada interpretação conforme a Constituição Federal ao artigo 58 da Lei 6.015/1973, dispondo que “O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios. Parágrafo único. A substituição do prenome será ainda admitida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente da colaboração com a apuração de crime, por determinação, em sentença, de juiz competente, ouvido o Ministério Público”.

A técnica de declaração de inconstitucionalidade utilizada no caso, portanto, não foi aquela tradicionalmente balizadora das decisões desse tipo. A pretensão da Procuradoria-Geral foi conferir interpretação do dispositivo legal mencionado conforme a previsão da Constituição. Isto é, o pedido não seguiu no sentido de declarar a nulidade total do dispositivo alterado em 1998. Buscou-se, por outro lado, dar a ele interpretação que estivesse de acordo com as disposições constitucionais, principalmente no que se refere ao cumprimento do princípio da igualdade.

¹⁶⁴SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel - *Op. cit.* p. 527.

Assim, a interpretação do artigo, conforme a Constituição, possibilitaria a alteração do nome, apesar da previsão de definitividade, também nos casos de alteração de sexo, independentemente de realização da cirurgia de transgenitalização. A averbação seria realizada diretamente no registro original, cumprindo a previsão do princípio da igualdade de forma plena no que se refere aos transgêneros e transexuais.

Segundo a Procuradoria-Geral da República, a expressão “apelidos públicos notórios” abrangeria o prenome social dos transexuais o que justificaria a interpretação conforme e, conseqüentemente, a alteração junto ao registro civil.

Em suas razões, que fundamentaram o pedido de interpretação conforme a Constituição via Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Procuradoria alegou que a manutenção do nome em descompasso com a própria identidade é contrária à previsão de dignidade da pessoa humana. Este fundamento, como já dito anteriormente, é de grande relevância à discussão aqui realizada, principalmente em razão do fato de o nome ser um dos principais aspectos da personalidade e, portanto, da própria identidade. Neste caso, o descompasso vai realmente de encontro ao primado da dignidade da pessoa humana.

Sustentou, ainda, que a identidade de gênero, no âmbito da atual configuração jurídica deve ser considerada como Direito Fundamental, o que justificaria a troca do prenome, independentemente de realização da cirurgia de transgenitalização.

Interessante salientar, nesse ponto, a posição adotada pelo Senado Federal no caso. Instado a se manifestar acerca do pedido realizado pela Procuradoria-Geral da República, o órgão alegou ser inviável a alteração do registro sem a necessária realização da cirurgia. Segundo os argumentos apresentados, seria imprescindível o registro corresponder à realidade fática e, em razão disso, a mudança no assentamento sem a submissão ao procedimento seria inviável. A alegação caminhou, ainda, no sentido de que o Poder Judiciário não poderia avançar na questão da forma como pretendido na Ação Direta de Inconstitucionalidade em razão do fato da impossibilidade de atuar como legislador positivo.

A argumentação do Senado Federal em seus esclarecimentos acaba por demonstrar a posição adotada por parte do Poder Legislativo brasileiro à época da propositura da ação. Assim, caso não houvesse sido proposta a ação, muito provavelmente não haveria alteração legislativa no sentido de garantir a mudança do prenome aos transexuais, mesmo sem a realização do procedimento, como se deu no caso de Portugal.

Ainda, diversas entidades defensoras e representativas dos direitos dos transgêneros e transexuais foram admitidas como *amicicuriae*¹⁶⁵ no feito, prestando informações relevantes, não apenas de caráter jurídico, mas também de outras áreas do conhecimento, a fim de demonstrar a necessidade de procedência do pedido realizado pela Procuradoria-Geral da República.

O autor do feito foi o Ministro Marco Aurélio, figurando como relator para o Acórdão o Ministro Edson Fachin, tendo este Ministro fixado as principais premissas que justificaram a procedência do pedido realizado na Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Segundo o Ministro, tais premissas que justificariam a procedência do pleito realizado poderiam ser fixadas da seguinte forma: “Primeira: O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero. Segunda: A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la”. E por fim, afirma que a “Terceira: A pessoa não deve provar o que é e o Estado não deve condicionar a expressão da identidade a qualquer tipo de modelo, ainda que meramente procedimental.”¹⁶⁶

As premissas fixadas pelo Ministro vão ao encontro das previsões contidas nos Estatutos Internacionais sobre o tema, bem como às previsões relativas ao princípio da igualdade e ao fundamento da dignidade da pessoa humana, ambos previstos pela Constituição Federal brasileira.

No mais, o entendimento acerca da autodeterminação da identidade, considerando a identidade de gênero como manifestação da própria personalidade do indivíduo se coaduna com o entendimento de que ao Estado não é dado o poder de determinar a personalidade e identidade de cada indivíduo ou, até mesmo, condicioná-las a partir de uma aplicação restritiva de direitos a determinados indivíduos.

Isto é, no entendimento do Ministro, ao impossibilitar a alteração do prenome aos transgêneros não submetidos a procedimento cirúrgico, o Estado estaria condicionando a

¹⁶⁵ “1. Expressão latina que significa “amigo da Corte”. Plural: *amicicuriae*. 2. Refere-se à intervenção assistencial em processo judicial por pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, que tenha representatividade adequada para se manifestar nos autos sobre questão pertinente à controvérsia, em casos de relevante interesse social ou que envolvam valores essenciais de grupos ou classes sociais. Embora não seja parte do processo, atuando apenas como terceiro interessado na causa, o *amicus curiae* possibilita a análise de informações importantes para a solução da controvérsia, permitindo que a Corte decida as causas com o máximo conhecimento possível acerca da matéria. Fundamentação Legal: Artigo 138 do CPC/2015.” **Glossário Jurídico** – Supremo Tribunal Federal. Brasília. [Em linha]. [Consult. 12 jul. 2020]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/>

¹⁶⁶SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – *Op. cit.* p. 2.

personalidade de referidos sujeitos ou, no mínimo, deixando de lhes garantir o Direito Humano Fundamental à autodeterminação de sua identidade.

Outro ponto de fundamental interesse na decisão proferida pelo Ministro e que caminha no mesmo sentido, relaciona-se à afirmação de que o Estado deve apenas reconhecer a identidade de seus indivíduos, independente da adoção de qualquer procedimento. Tal posição contraria frontalmente, portanto, a posição do Senado Federal, uma vez que afasta a necessidade de adoção de qualquer procedimento a fim de que uma identidade seja reconhecida pelo Estado brasileiro.

A fim de corroborar referidas afirmações, é imperiosa a transcrição de um trecho do voto do Ministro nesse sentido, quando afirma que “Tais obrigações se justificam na medida em que a identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. Ademais, se ao Estado cabe apenas o reconhecimento, é-lhe vedado exigir ou condicionar a livre expressão da personalidade a um procedimento médico ou laudo psicológico que exijam do indivíduo a assunção de um papel de vítima de determinada condição.”¹⁶⁷

Acompanhando o voto de Fachin, o ministro Celso de Mello, assim destacou:

Na realidade, o Estado não pode limitar, restringir, excluir, obstar ou embaraçar o exercício, por qualquer pessoa, de seus direitos à identidade de gênero, pois esse direito fundamental – decorrente do postulado constitucional consagrador da dignidade da pessoa humana – integra o complexo mínimo que se encerra no âmbito dos direitos da personalidade, a significar que o direito à autodeterminação sexual justifica e confere legitimidade à adequação da identidade da pessoa, segundo a percepção por ela própria revelada e assumida, ao conteúdo dos assentamentos registrares, que poderão ser alterados para assegurar o nome social do transgênero, independentemente da prévia realização do procedimento cirúrgico de transgenitalização, mesmo porque não é a cirurgia que atribui à pessoa a condição de transgênero, nem é esse procedimento cirúrgico que constitui requisito para o livre exercício, pelo transgênero, desse expressivo direito da personalidade.¹⁶⁸
[...]

Para que o regime democrático não se reduza a uma categoria político-jurídica meramente conceitual ou simplesmente formal, torna-se necessário assegurar às minorias, notadamente em sede jurisdicional, quando tal se impuser, a plenitude de meios que lhes permitam exercer, de modo efetivo, os direitos fundamentais que a todos, sem distinção, são assegurados, pois ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores consagrados pela Constituição da República.¹⁶⁹

O direito não pode estar dissociado das minorias, aliás, é por meio dele que essas minorias têm a possibilidade de se equiparar às majorias, sem discriminação e preconceito; e é o Estado que deve assegurar a individualidade e particularidade de todos os indivíduos, pois

¹⁶⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – *Op. cit.* p. 15.

¹⁶⁸ *Idem* – *Op. cit.* p. 4.

¹⁶⁹ *Idem* – *Op. cit.* p. 11.

as nossas diferenças nos são atribuídas desde que nascemos. O fato de estar relacionado à identidade de gênero não gera cunho menor de proteção.¹⁷⁰

É nesse sentido que afirmou a Ministra Carmem Lúcia em seu voto, “O Estado há que registrar o que a pessoa é, e não o que acha que cada um de nós deveria ser, segundo a sua conveniência”.¹⁷¹

No ordenamento jurídico brasileiro, a ação direta de constitucionalidade e inconstitucionalidade, inclusive com interpretação conforme a Constituição e declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Outro ponto de discussão levantado durante o julgamento do pedido se relacionou ao fato de que os registros anteriores do prenome alterado não poderiam ser descartados. As razões para alegação se basearam, principalmente, nos primados de segurança jurídica.

O Ministro Alexandre de Moraes utilizou, nesse ponto, argumentos de direito comparado, ao dar procedência ao pedido, aludindo ao caso do direito português, ao discorrer que, “Portanto, o sigilo dos registros originais de nome e de gênero não se estende ao próprio interessado, nem às autoridades judiciais. Note-se que mesmo as legislações acima citadas preveem a manutenção do registro original de nome e de gênero. Em Portugal, esses dados somente são acessíveis ao próprio interessado e seus herdeiros, ou ainda a “autoridades judiciais ou policiais para efeito de investigação ou instrução criminal” (art. 214, n. 3, do Código de Registo Civil, com a redação dada pela Lei n. 7/2011).¹⁷²

Assim, os registros relativos ao nome anterior devem ser mantidos pelo Estado que deve fazê-lo, contudo, em caráter sigiloso, de forma a não gerar constrangimento àquele que se submeteu à alteração de seu prenome em razão de identificação de gênero.

Como visto, portanto, os principais argumentos mencionados na decisão seguiram no sentido de efetivação material do princípio da igualdade, guiados pela determinação de não discriminação e do não preconceito, direito à honra, à imagem, à vida privada, à liberdade, à dignidade e no direito de ser diferente, à identidade ou expressão de gênero sem discriminações, entre outros.¹⁷³

A ação foi julgada procedente para dar ao artigo 58 da Lei 6.015/1973 (Lei dos Registros Públicos) interpretação conforme a Constituição Federal e pactos internacionais,

¹⁷⁰GIBIN, Marcielly G. – *Op. Cit.* p. 21.

¹⁷¹SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – *Op. cit.* p. 2.

¹⁷² *Idem* - p. 6.

¹⁷³GIBIN, Marcielly G. – *Op. Cit.* p. 19.

como o Pacto de São José da Costa Rica, que tratam dos direitos fundamentais, a fim de reconhecer a alteração de prenome e gênero no registro civil mediante averbação no assento, sem a necessária autorização judicial e independentemente de cirurgia.

Dessa forma, ao julgar procedente a presente ação direta para dar interpretação conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58 da Lei 6.015/73, de modo a reconhecer aos transgêneros, que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil, não poderá haver recusa no seu cumprimento.

A partir da análise realizada, é possível concluir que o ordenamento jurídico brasileiro acaba por albergar o entendimento de que os direitos da personalidade devem ser totalmente protegidos levando em consideração não só as disposições referentes aos Direitos Fundamentais, mas também aos princípios fundamentais esculpidos nos artigos iniciais da Constituição. Tal interpretação é realizada com base em uma análise sistêmica do ordenamento e acaba por conduzir à conclusão de que a tutela Estatal sobre os direitos da personalidade, incluídos aí a identidade de gênero e o nome, é imperiosa e inafastável.

Diante desse quadro de fundamentação legislativa e jurisprudencial descrito neste item, passa-se à análise das normas jurídicas em vigor em relação ao procedimento de alteração do sexo e nome no registro civil do direito civil brasileiro e português, tornando concreto o que preza a Constituição Federal brasileira e portuguesa, bem como as normativas internacionais das quais estes países são signatários.

3. PROCEDIMENTO DE ALTERAÇÃO DO SEXO E NOME NO REGISTRO CIVIL: DIREITO COMPARADO LUSO-BRASILEIRO

A segurança jurídica é indissociável do Estado Democrático de Direito. Tem como respaldo garantir e proteger os direitos fundamentais. Assegura ao cidadão seu bem-estar social e o bem comum da coletividade, sendo o próprio alvo do direito.

Nas palavras de Canotilho, “O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsavelmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideraram os princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança como elementos constitutivos do Estado de direito”.¹⁷⁴

¹⁷⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 257.

Nesse contexto, o direito existe para regulamentar a vida do ser humano em sociedade e para dar concretude ao sistema, imperioso à segurança jurídica.

Segurança é tudo aquilo que traz conforto, paz, tranquilidade. É o anseio que toda sociedade espera do ordenamento jurídico. “A segurança jurídica é uma das faces do bem comum; é um fim, pois, do direito e da sociedade política. É função jurídica a busca dessa segurança – estabilidade justa”.¹⁷⁵

A segurança advém de um Estado organizado que estabelece uma conjuntura legislativa previamente definida, que regula as condutas humanas e disciplina seu desenvolvimento e efeito e, para ser almejada, depende de um sistema que impere a realidade envolta na sociedade, seja nos aspectos pessoais ou negociais. A exterioridade dos aspectos pessoais denota-se com evidência no Registro Civil de Pessoas Naturais.

Os Ofícios de Registro Civil das Pessoas Naturais ou, como chamado em Portugal, Conservatórias do Registro Civil, são responsáveis por registrar os atos mais importantes da vida de uma pessoa, como o nascimento, o casamento e a sua morte. Após o registro, estes atos tornam-se relevantes para o mundo, possuindo efeitos jurídicos. Todas as informações assentadas nesses repositórios possuem autenticidade, segurança, efeitos *erga omnes* e validade relativa de sua veracidade.

Assim, todos os atos realizados pelo Registro Civil são revestidos de segurança jurídica, pois este serviço prestado é abarcado pela legalidade, além do que, havendo alterações no estado¹⁷⁶ da pessoa, essas devem ser ajustadas nos respectivos assentos; visto que o registro deve adaptar-se à realidade, a fim de manter a prova fiel dessa situação.

Dessa forma, a mudança de sexo e alteração do nome da pessoa são acontecimentos relevantes para a sociedade, o que torna imprescindível que seu ingresso ocorra diretamente no Registro Civil, sem qualquer pronunciamento judicial; pois é em razão do caráter legal e autêntico da atividade prestada pelos Registros Cíveis que se denota a segurança esperada pela sociedade daquele ato a ser realizado. E, como é um direito fundamental que a pessoa altere

¹⁷⁵DIP, Ricardo - **Segurança Jurídica e Crise Pós-Moderna**. São Paulo: QuartierLatin, 2012, p. 67-68.

¹⁷⁶ A palavra “estado” provém do latim status, empregada pelos romanos para designar os vários predicados integrantes da personalidade (GONÇALVES, 2012, p. 150). Enquanto a palavra pessoa advém do latim persona, emprestada à linguagem teatral na antiguidade romana, primitivamente, significava máscara (MONTEIRO, 1966, p. 48). Os atores adaptavam ao rosto uma máscara, provida de disposição especial, destinada a dar eco às suas palavras. Personare queria dizer, pois, ecoar, fazer ressoar. A máscara era uma persona, porque fazia ressoar a voz de uma pessoa. Por curiosa transformação no sentido, o vocábulo passou a significar o papel que cada ator representava e, mais tarde, exprimiu a atuação de cada indivíduo no cenário jurídico. Por fim, completando a evolução, a palavra passou a expressar o próprio indivíduo que representa êsses papéis. Nesse sentido é que a empregamos atualmente (MONTEIRO, 1966, p. 65).

seu sexo e nome no seu assento de nascimento, nada mais pertinente que este ato seja auditado pela atividade desempenhada pelo Registro Civil.

Após essa premissa, a partir daqui analisaremos a legislação de cada ordenamento jurídico e avaliaremos de que forma o ordenamento do Estado português, bem como o ordenamento do Estado brasileiro efetivaram esta proteção no âmbito interno de suas legislações.

3.1. Legislação portuguesa

O reconhecimento jurídico da identidade de gênero pressupõe a abertura de um procedimento de mudança da menção do sexo no registro civil e da consequente alteração de nome próprio, mediante requerimento. Isso porque, no assento de nascimento, assim como na expedição de sua certidão, em ambos os registros civis das pessoas naturais de Portugal e Brasil, não há campo específico para manifestação da identidade de gênero, por isso que se optou para a mudança de sexo e consequentemente a alteração do nome.

Em Portugal, a primeira lei que autorizou a modificação de sexo e nome diretamente no registro civil foi a Lei 7/2011, que entrou em vigor em março do mesmo ano. Até então, havia um vácuo legislativo sobre o assunto, uma incerteza jurídica quanto ao reconhecimento da identidade de gênero. Para que pudessem fazer a alteração de nome e sexo no assento de nascimento, era necessário acionar o judiciário e alegar erro do Estado na atribuição e registro da sua identidade.

Com o procedimento judicial existia muita burocracia, lentidão, humilhação e desrespeito pela intimidade, pois havia exigência de padrões de gêneros arbitrários, como a cirurgia de mudança de sexo ou tratamento médico. Como consequência, as pessoas transgêneros e até os intersexuais deixavam de pleitear esse reconhecimento, por constrangimento devido às diversas provações que deveriam ser submetidas, o que caracterizava uma violação dos Direitos Humanos, visto que nenhuma pessoa deve ser forçada a submeter-se a procedimentos médicos, ademais, sem com isso, não poderiam ser reconhecidas perante o meio social como gostariam.

Outro agravante era a possibilidade do indeferimento judicial ao reconhecimento do seu direito, o que inibia ainda mais a quem dele precisava.

Com a entrada em vigor da Lei 7/2011, considerada como um dos maiores avanços ao reconhecimento da identidade de gênero em Portugal, possibilitou-se o procedimento de

alteração de sexo e nome de forma administrativa, isto é, diretamente nos conservatórios de registro civil, dispensando decisão judicial.

Referida lei, conferiu a todas as pessoas de nacionalidade portuguesa, maiores de idade e capazes, desde que fosse apresentado um relatório que comprovasse o diagnóstico de perturbação de identidade de gênero, elaborado por equipe clínica multidisciplinar de sexologia em estabelecimento de saúde público ou privado, nacional ou estrangeiro, subscrito pelo menos por um médico e um psicólogo, a alteração de sexo e de nome no assento de nascimento.

Condicionou ao procedimento, a natureza sigilosa, com proibição de certidão integral do assento, salvo se requerido pela própria pessoa, seus herdeiros e autoridades judiciais ou policiais para efeitos de investigação ou instrução criminal¹⁷⁷.

Ainda que pudesse ser considerada uma lei inédita ao reconhecer a identidade de gênero e assegurar os direitos das pessoas transgêneros e intersexuais, a exigência de apresentação de um diagnóstico e laudo médico com expressão “perturbação” de identidade de gênero, causava constrangimento por se referir e tratar tal situação como uma doença, ainda que, até então, a Organização Mundial da Saúde assim a classificava¹⁷⁸.

O fato de apenas declarar que não se identificava com o nome e sexo ao qual foi atribuído no seu assento de nascimento não era causa suficiente para a alteração e a exigência de outros requisitos acabava configurando um abuso de direito. Pois, uma pessoa maior e plenamente capaz é considerada habilitada para praticar todos os atos por si só da vida civil, contrair direitos e obrigações; assim, não se fazia necessário condicionar a um diagnóstico e laudo médico a alteração de sexo e nome, como se a simples vontade e declaração não fossem o suficiente para atestar que sua identidade de gênero não correspondia com o que constava em seu assento de nascimento.

Condicionar a declaração a outra pessoa não mudava o cenário da figura de trans e intersexual, só seria mais um entrave ao reconhecimento desse direito e, para dificultar ainda mais o procedimento, uma lista restrita de clínicas e médicos foi elaborada pelos

¹⁷⁷ Dispõe os itens 3 e 6 do artigo 214 do Código de Registro Civil: 3 - Dos assentos a que se mostre efectuado qualquer averbamento de mudança de sexo e conseqüente alteração de nome próprio, só podem ser passadas certidões de cópia integral ou fotocópias a requerimento do próprio, dos seus herdeiros e das autoridades judiciais ou policiais para efeitos de investigação ou instrução criminal. [...]6 - As autoridades judiciais ou policiais e o IRN, I. P., podem sempre requerer certidão de qualquer registo ou documento, exceptuados os casos previstos no n.º 3. (Decreto-Lei n.º 131/95, Diário da República n.º 131/1995, Série I-A de 1995-06-06. Artigo 214 alterado pelo/a Artigo 5.º do/a Lei n.º 7/2011 - Diário da República n.º 52/2011, Série I de 2011-03-15, em vigor a partir de 2011-03-20).

¹⁷⁸ A Organização Mundial de Saúde (OMS) classificava a transexualidade como uma doença mental, mas a partir da publicação da nova versão de classificação internacional de doenças (CID-11,) em 18 de junho de 2018, foi retirada dessa classificação, não correspondendo mais como uma doença mental.

conservatórios de registro civil de Portugal, em que apenas os constantes nessa lista estariam aptos para dar o diagnóstico e o laudo para a alteração. Com isto, muitas pessoas desistiam pelo custo e pela demora no agendamento.

No ano de 2016, pela insatisfação das exigências contidas na lei 7/2011 e pela garantia e o cumprimento dos Direitos Humanos das pessoas trans e intersexuais, houve dois projetos de Lei¹⁷⁹, o de nº 317/XIII/2ª e de nº 242/XIII/1ª. Mas foi em 2017, que a Proposta de Lei nº 75/XIII teve maior relevância e notoriedade ao revogar a lei 7/2011. Um dos motivos foi a dispensa do diagnóstico e laudo médico a todos que desejassem modificar o nome e o sexo no registro civil, a partir dos 16 anos de idade.

A Proposta de Lei nº 75/XIII foi aprovada sem modificações pelo Parlamento, em abril de 2018, mas, em 9 de maio de 2018, o Presidente da República da época, Marcelo Rebelo de Sousa, vetou a nova lei da identidade de gênero e propôs ao Parlamento que ponderasse a inclusão de relatório médico prévio à decisão nos casos de pessoas menores de idade.

Vale aqui transcrever os argumentos que levaram o então Presidente da República a vetar a lei neste aspecto:

A razão de ser dessa solicitação não se prende com qualquer qualificação da situação em causa como patologia ou situação mental anômala, que não é, mas com duas considerações muito simples.

A primeira é a de que importa deixar a quem escolhe o máximo de liberdade ou autonomia para eventual reponderação da sua opção, em momento subsequente, se for caso disso. O parecer constante de relatório médico pode ajudar a consolidar a aludida escolha, sem a pré-determinar.

A segunda consideração é a seguinte: havendo a possibilidade de intervenção cirúrgica para mudança de sexo, e tratando-se de intervenção que, como ato médico, supõe sempre juízo clínico, parece sensato que um parecer clínico possa também existir mais cedo, logo no momento inicial da decisão de escolha de gênero.

Hipoteticamente, poderia haver uma escolha frustrada, ao menos em parte, pelo juízo clínico formulado para efeitos de adaptação do corpo à identidade de gênero, quando tal for a opção.

O que fica dito, e que visa permitir dar maior consistência a uma escolha feita mais cedo - prevendo um relatório médico - fica muito aquém da posição do Conselho Nacional de Ética e para as Ciências da Vida, que é mais rigorosa em termos de exigências, num domínio em que a inovação introduzida está longe de ser consensual quer na sociedade, quer nos próprios decisores políticos.

É aliás, o próprio legislador a reconhecer que a mudança de menção de sexo e alteração de nome próprio não podem ser consideradas, numa perspectiva intertemporal, como inteiramente livres, já que prevê uma decisão judicial para uma eventual segunda alteração¹⁸⁰.

¹⁷⁹Ver

mais

em:

<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheDiplomaAprovado.aspx?BID=21023>

¹⁸⁰ Nota publicada no site da Presidência. [Em linha]. [sl]: PRESIDÊNCIA. [09 mai. 2018]. [Consult. 10 ago. 2018]. Disponível em: <http://www.presidencia.pt/?idc=10&idi=147430>

De acordo com as razões do veto apontadas, a previsão na lei da possibilidade de alteração do nome e mudança de sexo no registro civil a partir de 16 anos de idade deveria exigir algum condicionamento, uma vez que não há capacidade plena aos que se encontram entre 16 e 18 anos de idade.

É o que prescreve o Código Civil Português, nos artigos 123 e 130, respectivamente, que assim menciona: “Salvo disposição em contrário, os menores carecem de capacidade para o exercício de direitos”, e “Aquele que perfizer dezoito anos de idade adquire plena capacidade de exercício de direitos, ficando habilitado a reger a sua pessoa e a dispor dos seus bens”.¹⁸¹

Denota-se que o menor entre 16 e 18 anos de idade em Portugal ainda não possui capacidade plena, por não ter o discernimento completo dos atos por ele praticados. Assim, a ponderação do Presidente da República, ao condicionar a alteração de sexo e nome desses menores de idade a exigência de relatório de qualquer médico inscrito na Ordem dos Médicos ou psicólogo inscrito na Ordem dos Psicólogos, atestando exclusivamente a sua capacidade de decisão e vontade informada, sem referências a diagnósticos de identidade de gênero; auferir a convicção do menor em realizar a alteração, com base nos princípios da autonomia progressiva e do superior interesse da criança, constantes na Convenção sobre os Direitos da Criança.

Com base nesses argumentos, a Assembleia da República Portuguesa, em 12 de julho de 2018, considerou o veto do Presidente e aprovou a lei 38/2018, que estabelece o Direito à autodeterminação da identidade de gênero e expressão de gênero e à proteção das características sexuais de cada pessoa.

Entre as novidades trazidas com a aprovação da lei 38/2018 e em vigor desde o dia 7 de agosto do mesmo ano, podemos mencionar como as mais relevantes o reconhecimento civil das pessoas intersexo; a eliminação quanto à exigência da apresentação de um relatório que comprove o diagnóstico de perturbação de identidade de gênero para os maiores de 18 anos de idade; exigência que, no prazo máximo de 30 dias a contar do averbamento, a pessoa que tenha procedido à mudança da menção do sexo no registro civil e à consequente alteração de nome próprio precisa dar início às alterações necessárias à atualização dos seus outros documentos de identificação.

Ainda dispõe que a mudança da menção do sexo no registro civil e a consequente alteração de nome próprio realizadas nos termos da presente lei só poderão ser novamente

¹⁸¹ DECRETO-LEI nº 47.344/66. **Diário do Governo I série**. Nº 274, (25/11/1966).

objeto de requerimento mediante autorização judicial, também estabelecendo medidas de proteção no âmbito da saúde, educação, ensino, trabalho, emprego e formação profissional.

Possibilita a alteração às pessoas de nacionalidade portuguesa com idade entre 16 e 18 anos, por meio dos seus representantes legais, mediante relatório que ateste exclusivamente a sua capacidade de decisão e vontade informada.

A lei buscou se adequar aos Princípios de Yogyakarta, que afirmam que todas as pessoas têm direito à integridade corporal, autonomia sobre características de sexo e identidade de gênero, e que nenhuma criança deve ser submetida a procedimentos cirúrgicos para modificar suas características sexuais, a não ser que haja riscos para sua saúde.

Depreende-se que a Lei 38/2018 tem como objetivo garantir melhor qualidade de vida e maior inclusão social aos transgêneros e aos intersexuais, como forma de proteção e promoção dos direitos fundamentais; colocando Portugal, uma vez mais, na linha de frente dos países empenhados na igualdade. Como se viu anteriormente, a própria Constituição Portuguesa, ao tratar do direito à igualdade, acabou por avançar nas questões relativas à orientação sexual, afirmando que não haverá discriminação de qualquer forma, não só aquelas derivadas do sexo, mas também da orientação sexual.

É importante mencionar ainda que, no Direito Português, além da determinação específica contida em legislação vigente, a própria Constituição avança no sentido de prever que o princípio da igualdade proíbe, de forma expressa, qualquer discriminação que se faça em razão de orientação sexual¹⁸², figurando como legislação de vanguarda nos ordenamentos atuais.

3.2. Legislação brasileira

¹⁸² Artigo 13.º 2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação econômica, condição social ou orientação sexual.

Diversamente do ordenamento jurídico português, em que há uma lei autorizando a mudança de sexo e a alteração do nome no registro civil, no Brasil não há lei em sentido estrito¹⁸³ conferindo esse direito.

Primeiramente, os tribunais brasileiros autorizavam apenas judiciosamente a alteração do prenome no registro civil, desde que a pessoa tivesse se submetido à cirurgia de mudança de sexo.

Depois, em maio de 2017, o Superior Tribunal de Justiça¹⁸⁴ autorizou, independentemente da realização de cirurgia de adequação sexual, a alteração do sexo constante no registro civil de transexual, que comprove judicialmente a mudança de gênero.

O entendimento foi firmado pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) ao acolher pedido de modificação de prenome e de gênero de transexual que apresentou avaliação psicológica pericial para demonstrar identificação social como mulher. Para o colegiado, o direito dos transexuais à retificação do registro não pode ser condicionado à realização de cirurgia, que pode inclusive ser inviável do ponto de vista financeiro ou por impedimento médico.

Em março de 2018, o Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu ser possível a alteração de nome e gênero no assento de registro civil mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo, dispensando autorização judicial. A

¹⁸³ Neste sentido, lei é o preceito comum e obrigatório, emanado do Poder Legislativo, no âmbito de sua competência. Supremo Tribunal de Justiça - **Vocabulário Jurídico (Tesauro)**. [Em linha]. Brasília. [Consult. 20 jun. 2020]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarTesauro.asp?txtPesquisaLivre=LEI%20EM%20SENTIDO%20ESTRITO>

¹⁸⁴ RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO PARA A TROCA DE PRENOME E DO SEXO (GÊNERO) MASCULINO PARA O FEMININO. PESSOA TRANSEXUAL. DESNECESSIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. 1. À luz do disposto nos artigos 55, 57 e 58 da Lei 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), infere-se que o princípio da imutabilidade do nome, conquanto de ordem pública, pode ser mitigado quando sobressair o interesse individual ou o benefício social da alteração, o que reclama, em todo caso, autorização judicial, devidamente motivada, após audiência do Ministério Público. [...]11. Ademais, o chamado sexo jurídico (aquele constante no registro civil de nascimento, atribuído, na primeira infância, com base no aspecto morfológico, gonádico ou cromossômico) não pode olvidar o aspecto psicossocial defluente da identidade de gênero autodefinido por cada indivíduo, o qual, tendo em vista a *ratioessendi* dos registros públicos, é o critério que deve, na hipótese, reger as relações do indivíduo perante a sociedade. 12. Exegese contrária revela-se incoerente diante da consagração jurisprudencial do direito de retificação do sexo registral conferido aos transexuais operados, que, nada obstante, continuam vinculados ao sexo biológico/cromossômico repudiado. Ou seja, independentemente da realidade biológica, o registro civil deve retratar a identidade de gênero psicossocial da pessoa transexual, de quem não se pode exigir a cirurgia de transgenitalização para o gozo de um direito. [...]. (Superior Tribunal de Justiça - **REsp: 1626739 RS 2016/0245586-9**, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 09/05/2017, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/08/2017).

decisão, já citada no presente trabalho, ocorreu no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.275.¹⁸⁵

Com base nesta decisão, com efeito vinculante¹⁸⁶, o Conselho Nacional de Justiça – órgão integrante do Poder Judiciário que possui atribuições de fiscalização e de normatização dos atos praticados por seus órgãos é competente para fiscalizar os serviços dos Registros Cíveis das Pessoas Naturais e também para expedir provimentos e outros atos normativos destinados ao aperfeiçoamento dessas atividades, uma vez que estas têm obrigação de cumprir as normas técnicas estabelecidas pelo Poder Judiciário – em 28 de junho de 2018, editou o provimento nº 73, que dispõe sobre a averbação da alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa transgênero no Registro Civil das Pessoas Naturais.

Dentre as questões tratadas no provimento, autorizou a toda pessoa maior de 18 anos completos e habilitada à prática de todos os atos da vida civil, com base na sua autonomia, a declarar a vontade de proceder à adequação da identidade mediante a averbação do prenome, do gênero ou de ambos diretamente a qualquer ofício de registro civil, independente de prévia autorização judicial ou da comprovação de realização de cirurgia de redesignação sexual e/ou de tratamento hormonal ou patologizante, assim como de apresentação de laudo médico ou psicológico.

O requerente deverá ainda, declarar que inexistente processo judicial em trâmite que tenha por objeto a alteração pretendida, apresentar diversas certidões dos tribunais de justiça do local de residência dos últimos cinco (05) anos, como certidões de protesto, cópia de todos os documentos de identificação e cidadania e comprovante de endereço.

No entanto, as certidões positivas não impedem a alteração; nesse caso, deve o oficial comunicar ao juízo em que tramita o processo para que este tenha ciência, com o único objetivo de evitar que a alteração possa ocasionar fraude e causar prejuízos a terceiros.

O procedimento, como no ordenamento jurídico português, tem natureza sigilosa, não pode constar das certidões fornecidas dos assentos, salvo por solicitação da pessoa

¹⁸⁵ “Decisão: O Tribunal, por maioria, [...] julgou procedente a ação para dar interpretação conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58 da Lei 6.015/73, de modo a reconhecer aos transgêneros que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil.” Supremo Tribunal Federal – *Op. cit.* p. 173.

¹⁸⁶ Segundo o artigo 102, § 2º da Constituição brasileira de 1988: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

requerente ou por determinação judicial, hipóteses em que a certidão deverá dispor sobre todo o conteúdo registral.

O oficial somente poderá recusar o pedido, desde que seja fundamentado e, se assim o for, deverá encaminhar ao juiz corregedor permanente, quando suspeitar de fraude, falsidade, má-fé, vício de vontade ou simulação quanto ao desejo real da pessoa requerente ou na falta de apresentação de algum documento obrigatório exigido no provimento, pois é dever do oficial comunicar aos órgãos de emissão a alteração realizada.

Após o procedimento finalizado, deverá o requerente providenciar a alteração nos demais registros que digam respeito, direta ou indiretamente, à sua identificação e nos demais documentos pessoais.

No Brasil, como em Portugal, a desconstituição da alteração, como um novo requerimento, somente será procedido mediante autorização judicial.

Assim sendo, o provimento 73/2018 procurou estabelecer um procedimento padrão para a alteração de sexo e nome em todos os registros civis das pessoas naturais no território brasileiro, a fim de evitar exigências e recusas indevidas, formas de alteração discrepantes e resguardar o direito concedido.

Ao comparar a lei portuguesa com o provimento brasileiro, percebe-se que não é permitido ao conservador do registro civil português fazer qualquer juízo de valor em relação à alteração; em contrapartida, o provimento admite esse juízo de valor desde constatada, pelo oficial, os motivos de recusa previsto no provimento, mas no entanto, na prática, tal recusa fica inviável frente ao princípio da autonomia da vontade, que foi justificada para autorizar a mudança de sexo e nome perante o registro civil.

De acordo com os dispostos na legislação portuguesa e brasileira, o direito conferido pela lei portuguesa 38/2018, que dispõem sobre a mudança de sexo e alteração de nome no registro civil se aproximou de modo mais eficaz e concreto como um direito humano fundamental, a par do provimento brasileiro.

É necessário mencionar que o provimento 73/2018, assim como a decisão do Supremo Tribunal Federal, não retira a necessidade de elaboração de uma lei sobre o assunto. O Poder Judiciário apenas supriu uma omissão do legislador, visto que essa lacuna não poderia ficar sem resposta perante a sociedade; ainda mais por se tratar de um direito humano fundamental.

O provimento está em vigor e deve ser cumprido, até que uma lei disponha sobre o assunto, e permanecerá válido naquilo que não for contrário com uma eventual nova lei.

3.3. Procedimento da mudança de sexo e alteração do nome no registro civil

Após um breve relato histórico legislativo português e brasileiro sobre a mudança de sexo e alteração do nome no registro civil, no presente item analisaremos de forma prática as exigências legais de cada país que autoriza essa mudança.

Primeiramente, a legislação portuguesa e brasileira autoriza apenas o interessado a requerer o procedimento, isto porque deve o conservador verificar a capacidade plena e a vontade do legitimado, assim, não se admite que a alteração ocorra por meio de procuração, seja ela pública ou particular.

A parte interessada deve declarar sua vontade perante o conservador, assinar o requerimento na sua presença, ser maior de idade (18 anos completos) e não pode ser interdito ou inabilitado. No Brasil, exige-se ainda a declaração da parte da inexistência de processo judicial que tenha por objeto a alteração pretendida, caso haja em trâmite processo judicial com o mesmo objeto, o feito somente realizar-se-á extrajudicialmente caso o interessado apresente certidão do arquivamento do processo judicial.¹⁸⁷

Em Portugal, a alteração do nome e sexo é permitido apenas às pessoas de nacionalidade portuguesa. Os nacionais portugueses que se encontram fora do país podem requerer a alteração diretamente no consulado português.

No Brasil, o provimento admite a alteração a toda pessoa maior de 18 anos. Assim, entende-se que mesmo o estrangeiro que resida no Brasil pode requerer a alteração, no entanto, ficará condicionada a decisão judicial, uma vez que os assentos lavrados em livro próprio (livro A) destinam-se apenas aos brasileiros natos e que sejam nascidos no território brasileiro; os estrangeiros e brasileiros naturalizados, quando requerido, os assentos de nascimento serão transcritos no livro E, o que não impede, todavia, de se transladar o assento para pessoas que não possuam a nacionalidade brasileira, mas que por motivo decorrente de alteração do registro de nascimento deve-se dar publicidade aos aspectos que o modificam, como no caso da alteração do nome e sexo¹⁸⁸.

¹⁸⁷ Artigo 6, parágrafos 4 e 5, do Provimento nº 73, de 28 de junho de 2018.

¹⁸⁸ No Brasil, especificadamente no Estado de São Paulo, que regulamenta a prestação dos Serviços Extrajudiciais de Notas e de Registros por meio das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça, autoriza, no item 172, do Capítulo XVII, que se transcreva o assento do estrangeiro para publicidade de determinados atos, o que podemos interpretar que possa também admitir a alteração do nome e sexo da pessoa estrangeira por se enquadrar como direitos da personalidade, como menciona: “O Registro Civil das Pessoas Naturais do 1º Subdistrito da Comarca procederá no Livro “E”, para fins de publicidade e efeitos perante terceiros, o traslado da certidão de nascimento de pessoa filha de pai e mãe estrangeiros, cujo nascimento tenha ocorrido no exterior. A certidão, devidamente legalizada perante autoridade consular brasileira ou apostilada perante autoridade estrangeira competente, deverá a ser traduzida por tradutor público juramentado, inscrito em junta comercial brasileira, para em ato subsequente, proceder às necessárias averbações de mandados judiciais,

Em Portugal também se admite que a alteração seja feita por cidadão nacional que tenha a idade compreendida entre 16 e 18 anos, por meio de seus representantes legais. Neste caso, o conservador colherá a manifestação de vontade do requerente que apresentará um relatório fornecido por qualquer médico inscrito na Ordem dos Médicos ou psicólogo inscrito na Ordem dos Psicólogos, que ateste exclusivamente a sua capacidade de decisão e vontade informada sem referências aos diagnósticos de identidade de gênero, tendo sempre em consideração os princípios da autonomia progressiva e do superior interesse da criança constantes na Convenção sobre os Direitos da Criança.¹⁸⁹

Ainda, é possível que maiores de idade abrangidos pelo regime do maior acompanhado¹⁹⁰ façam a alteração, salvo expressa vedação pelo tribunal.

Tanto no Brasil como em Portugal, o procedimento pode ser requerido em qualquer conservatórias de registro civil, independentemente do local em que o assento de nascimento foi lavrado. Em Portugal, basta que o legitimado indique o número de identificação civil e o nome que deseja ser identificado no próprio requerimento. A Lei portuguesa autoriza a lavratura de um novo assento de nascimento, sem menção no novo assento da alteração realizada.

No sistema brasileiro, com o objetivo de coibir fraudes, o provimento determinou que seja apresentado, juntamente com o requerimento, os seguintes documentos:

- I – certidão de nascimento atualizada;
- II – certidão de casamento atualizada, se for o caso;
- III – cópia do registro geral de identidade (RG);
- IV – cópia da identificação civil nacional (ICN), se for o caso;
- V – cópia do passaporte brasileiro, se for o caso;
- VI – cópia do cadastro de pessoa física (CPF) no Ministério da Fazenda;
- VII – cópia do título de eleitor;
- IX – cópia de carteira de identidade social, se for o caso;
- X – comprovante de endereço;
- XI – certidão do distribuidor cível do local de residência dos últimos cinco anos (estadual/federal);
- XII – certidão do distribuidor criminal do local de residência dos últimos cinco anos (estadual/federal);

cujas ordens e dispositivos abordem assuntos relativos aos direitos da personalidade, às questões de estado, à capacidade e ao direito de família; ou, ainda, às hipóteses de reconhecimento da filiação pela via administrativa ou judicial, à perda e suspensão do poder familiar, guarda, tutela, investigação de paternidade ou maternidade, negatória de paternidade ou maternidade e demais atos que constituírem nova relação familiar.

¹⁸⁹ Artigo 7.º, n.º 2, da Lei n.º 38/2018, de 7 de agosto.

¹⁹⁰ O regime jurídico do maior acompanhado foi aprovado pela Lei n.º 49/2018 - Diário da República, 1.ª série - N.º 156 - 2018-08-14, que entrou em vigor em 10 de fevereiro de 2019. Destina-se as pessoas que não conseguem exercer pessoalmente, plenamente, livre e conscientemente os atos da vida civil. A pessoa pode requerer judicialmente que determinados atos sejam por ela praticados pessoalmente e que outros, para a sua proteção, devem ser praticados com o auxílio de outra pessoa, chamada de acompanhante, sendo este de escolha do acompanhado. Este regime visa substituir os processos de interdição e de inabilitação e se assemelha com tomada de decisão apoiada no Brasil (artigos 1.783-A e seguintes do Código Civil Brasileiro). Ver mais em: <https://justica.gov.pt/Guias/guia-do-maior-acompanhado>

- XIII – certidão de execução criminal do local de residência dos últimos cinco anos (estadual/federal);
- XIV – certidão dos tabelionatos de protestos do local de residência dos últimos cinco anos;
- XV – certidão da Justiça Eleitoral do local de residência dos últimos cinco anos;
- XVI – certidão da Justiça do Trabalho do local de residência dos últimos cinco anos;
- XVII – certidão da Justiça Militar, se for o caso.¹⁹¹

A apresentação desses documentos é obrigatória e na ausência de algum o oficial deve recusar o pedido. No entanto, em se tratando das certidões judiciais e de protesto, caso sejam positivas, elas não impedem a alteração; contudo, é obrigação do oficial comunicar a alteração aos órgãos e juízos competentes para a devida atualização do nome e sexo.

O procedimento é gratuito em Portugal, já no Brasil não há previsão de gratuidade na legislação; assim, deve o requerente pagar as custas e emolumentos ao realizar o pedido.

No Brasil, após o deferimento do procedimento pelo oficial, deverá averbá-lo na margem do assento de nascimento, sendo vedada a publicidade, salvo quando requerida certidão de inteiro teor pelo próprio requerente ou por determinação judicial. Assim, solicitada certidão do assento de nascimento, será esta emitida com o nome e sexo já atualizado, sem fazer qualquer referência que a margem do assento consta alguma averbação.

Peculiar é o caso quando o requerente é casado, pois para efetuar essa mudança no assento de casamento deve o cônjuge consentir a alteração. Caso haja ausência do consentimento, deve o oficial indeferir o procedimento. Em Portugal, a legislação não tratou desse assunto, entendendo-se desnecessário o consentimento do cônjuge.

Do mesmo modo que ocorre o sigilo no procedimento no sistema brasileiro, em Portugal, no entanto, a restrição é menor, pois se permite a publicidade quando solicitada pela própria pessoa, seus herdeiros, autoridades judiciais ou policiais para efeitos de investigação ou instrução criminal, ou mediante decisão judicial.¹⁹²

Na legislação brasileira se facultou a possibilidade de alterar o nome, o sexo ou ambos, de forma que a mudança de um não está condicionada ao do outro, trazendo maior liberdade ao requerente.¹⁹³ Ainda, autoriza a inclusão ou exclusão de agnomes indicativos de gênero ou descendência, no entanto, não autoriza a exclusão de sobrenome indicativo da origem familiar, como também não se admite que a identidade de pronome seja igual ao outro

¹⁹¹Artigo 4, parágrafo 6, do Provimento nº 73, de 28 de junho de 2018.

¹⁹² Artigo 6.º, n.º 2, da Lei n.º 38/2018, de 7 de agosto.

¹⁹³ É o que se refere o artigo 3, do Provimento 73, de 28 de junho de 2018, do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe: “A averbação do prenome, do gênero ou de ambos poderá ser realizada diretamente no ofício do RCPN onde o assento foi lavrado.”

membro da família, como por exemplo, nome igual ao irmão ou genitores, estes últimos são permitidos desde que incluído o agnome.

Em Portugal, a lei menciona que “o reconhecimento jurídico da identidade de gênero pressupõe a abertura de um procedimento de mudança da menção do sexo no registro civil e da consequente alteração de nome próprio”¹⁹⁴; assim, denota-se que não há faculdade em se alterar o sexo ou o nome, ambos devem ser feitos no mesmo procedimento, não se permitindo que um seja realizado sem ou outro.

O indeferimento do procedimento para a alteração do nome e sexo pelo oficial tem como consequência, no Brasil, o envio ao juiz corregedor permanente com os motivos que ensejaram a recusa; em Portugal, a negativa do conservador ou o não cumprimento do prazo máximo de 8 (oito) dias úteis a contar da data de apresentação do requerimento para a alteração, cabe recurso hierárquico para o presidente do Instituto do Registos e do Notariado. No Brasil, como não há menção expressa do prazo para se proceder com a averbação, aplica-se por analogia o prazo das anotações de 5 dias úteis.

Como já mencionado, após o deferimento do procedimento, o oficial averbará a alteração do nome e sexo no assento de nascimento e, em Portugal, há opção na legislação de se proceder a lavratura de um novo assento. O interessado, em seguida, tem o dever de atualizar seus documentos de identificação, prevendo a legislação portuguesa o prazo de 30 (trinta) dias a contar do averbamento¹⁹⁵; no entanto, não há sanção acaso ocorra o descumprimento.

No Brasil, não houve referência a um determinado prazo, mas impõe ao requerente a obrigatoriedade de “providenciar a alteração nos demais registros que digam respeito, direta ou indiretamente, a sua identificação e nos documentos pessoais”¹⁹⁶. No entanto, cabe ao oficial do registro civil no qual se processou a alteração, comunicar o ato aos órgãos expedidores do RG (registro geral), ICN (identificação civil nacional), CPF (cadastro de pessoa física), passaporte e ao TRE (Tribunal Regional Eleitoral).¹⁹⁷

Os deveres que recaem ao requerente após a alteração pretendida não ficam limitados a mudança de seus documentos pessoais, pois é necessário que os demais registros que digam respeito ao requerente também sejam alterados, como o casamento, que já foi anteriormente mencionado, e os assentos de nascimento dos seus filhos.

¹⁹⁴ Artigo 6.º, n.º1, da Lei n.º 38/2018, de 7 de agosto.

¹⁹⁵ Artigo 10.º, n.º 3, da Lei n.º 38/2018, de 7 de agosto.

¹⁹⁶ Artigo 8, parágrafo 1, do Provimento n.º 73, de 28 de junho de 2018.

¹⁹⁷ Artigo 8, do Provimento n.º 73, de 28 de junho de 2018.

No entanto, no Brasil, esse dever está condicionado, quando os filhos forem absolutamente incapazes¹⁹⁸, a anuência de ambos os genitores e, quando forem relativamente incapazes ou maiores, a alteração do nome do seu genitor no seu registro de nascimento dependerá de sua anuência.

Em Portugal, como não há relativamente incapaz em relação à idade, a atualização do registro de nascimento, quando se tratar de filhos maiores de 18 anos, pode ser requerida pelos filhos e, quando menores, a atualização pode ser requerida por ambos os pais. Se houver negativa quanto à anuência ou discordância, por ausência na legislação portuguesa, aplica-se analogamente o mesmo procedimento quando houver indeferimento do procedimento pelo oficial; assim, o caso será remetido ao presidente do Instituto do Registos e do Notariado. No Brasil, o provimento menciona que o consentimento deverá ser suprido judicialmente¹⁹⁹.

Por fim, caso haja arrependimento no tocante a alteração realizada, a desconstituição, no Brasil, pode ser feita diretamente no ofício do registro civil mediante autorização do juiz corregedor permanente, ou na via judicial²⁰⁰. Em Portugal, a reversão também deve ser objeto de novo requerimento mediante autorização judicial²⁰¹.

¹⁹⁸ No Brasil há uma separação entre os relativamente e absolutamente incapazes para a prática dos atos da vida civil em relação a idade. Os absolutamente incapazes são todas as pessoas menores de 16 anos de idade, os relativamente incapazes são todos aqueles que se encontram entre 16 anos de idade completo até os 18 anos de idade incompleto. Estes podem praticar alguns atos da vida civil sozinhos, como na elaboração do testamento, reconhecimento de filho etc., e nos demais atos devem estar assistidos. (Artigos 3 e 4 do Código Civil Brasileiro). Em Portugal, não há essa divisão, assim, todos menores de 18 anos de idade são considerados absolutamente incapazes.

¹⁹⁹ Artigo 8, item 4, do Provimento nº 73, de 28 de junho de 2018.

²⁰⁰ Artigo 1, item 3, do Provimento nº 73, de 28 de junho de 2018

²⁰¹ Artigo 6, item 3, da Lei n.º 38/2018, de 7 de agosto.

CONCLUSÃO

Ao tratar da mudança de gênero e nome como uma possibilidade jurídica, está-se abordando muito mais que leis, ordenamentos, jurisprudências e registros; está-se lidando com vidas muitas vezes marcadas pelo preconceito, discriminação, intolerância e violência. Se a história humana nunca se afastou dos conflitos, guerras e misérias, as minorias, de qualquer natureza sempre forma vitimadas por incontáveis formas de sofrimentos.

Assim, ao abordar a questão transexual, percorreu-se aqui uma trajetória que precisou incluir desde os estigmas sociais até as distorções e alienações impostas ao corpo humano em todas as épocas, inclusive agora, com a hegemonia capitalista, que o transforma em produto.

O corpo humano é mais que um indivíduo complexo constituído por uma diversidade e pluralidade de corpos duros, moles e fluidos relacionados entre si pela harmonia e equilíbrio de suas proporções de movimento e repouso. É uma unidade estruturada; é um conjunto e equilíbrio de ações internas interligadas; é um indivíduo dinâmico, relacional, que pressupõe razão, sentimentos, emoções e intercorporeidade.

Culturalmente o homem tem vários corpos, dependendo de sua prática e do ângulo de análise em que pende sua reflexão. O próprio saber médico-científico só muito raramente incursiona para além do meramente fisiológico e psicológico, demonstrando uma visão não só limitada, como também fragmentada e às vezes, distorcida do corpo.

É preciso superar a visão do corpo como um simples objeto, um utensílio cuja preocupação básica é o rendimento e a produtividade tecida pelo lucro. O corpo não deve ser apenas um objeto sendo inscrito na categoria do jurídico, isto é, estar sempre sendo julgado como feio ou bonito, bom ou ruim, grande ou pequeno, forte ou fraco, magro ou gordo, feminino ou masculino, preto ou branco, sensual ou imponente, novo ou velho, rico ou pobre... E a partir daí ser discriminado, deixando-se de lado sua natureza dialética.

O corpo não deve ser uma peça que cumpre a sua função (de produtor, reprodutor ou consumidor) dentro da engrenagem social de um capitalismo periférico, dependente e selvagem que tem como meta a lucratividade a qualquer custo.

Não é fácil se compreender a elasticidade do corpo, até mesmo porque a maioria das pessoas acredita que ele seja apenas uma coisa material que só é alterada por meio da deterioração causada pela idade, acidente ou doença. Há, evidentemente, um substrato sobre o qual a cultura se forma. Os padrões genéticos determinam as relações seriais entre as partes do corpo, de modo que os pés tenham dedos, que o coração se localize em algum lugar na

parte superior do peito. Mas esse substrato, governado por leis biofísicas, oferece uma imensa gama de possibilidades, entre elas as diferenças de gênero, objeto deste estudo.

Assim, tendo em vista que o objetivo geral deste trabalho foi compreender a mudança de sexo e alteração de nome no registro civil como um direito humano fundamental, passamos a analisar os conceitos de identidade de gênero, que se refere na autopercepção de cada pessoa em relação de como ela se vê e como gostaria de ser enxergada no meio social, em contrapartida, a orientação sexual que está relacionada com a atração ao sexo, que pode ser o mesmo ou oposto ao seu, é o desejo sexual da pessoa.

Destacamos a legislação portuguesa e brasileira sobre a mudança de sexo e alteração de nome no registro civil, abarcando o procedimento de cada país, como medida intrínseca ao princípio da dignidade da pessoa humana; sendo, portanto, necessária que essa alteração ocorra diretamente no registro civil, facilitando a garantia desse direito.

Abordamos um pouco do histórico legislativo de cada país até a legislação em vigor. O efeito vinculante da decisão do Supremo Tribunal Federal face à omissão do Congresso Nacional do seu dever de legislar. A postura da Assembleia da República Portuguesa em publicar a Lei 38/2018, com o objetivo de proteção e promoção dos direitos fundamentais, colocando Portugal como referência entre os países empenhados na igualdade.

Averiguamos os pressupostos jurídicos que fundamentaram o reconhecimento da identidade de gênero, além de enquadrá-la como um direito humano fundamental.

Diante de tudo isso, concluímos que o reconhecimento jurídico da autodeterminação da identidade de gênero no Brasil e em Portugal ocasionou na elaboração da lei portuguesa 38/2018 e do provimento 73/2018 do Conselho Nacional de Justiça, admitindo a mudança de sexo e alteração de nome diretamente no registro civil, com base apenas na declaração do requerente, dispensado qualquer comprovação médica em relação à sua autonomia da vontade.

Com essas inovações, fica em evidência o resguardo ao princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que essa alteração representa a efetivação de vários direitos humanos fundamentais, como o direito à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem, à igualdade, dentre outros.

Essas legislações que autorizaram a mudança de sexo e a alteração do nome no registro civil perfazem o caminho para esvanecer a discriminação, o preconceito, a violência contra as minorias. Para que o ser humano seja visto e tratado na sua condição mais natural possível, sem olhar a cor, sexo, etnia ou religião, mas para um olhar apenas, e é o que basta,

como pessoa, o bem maior que corrobora e traz a razão de todo o ordenamento jurídico de um país.

Por fim, acreditamos que as normas jurídicas devem ser propostas no intuito de fazer valer o princípio da dignidade da pessoa humana, voltada sempre para o respeito e a tolerância da diversidade de pessoas presentes em uma nação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGOSTINI, Leonardo Cesar - **A Intimidade e a vida privada como expressões da liberdade humana**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2011, ISBN: 9788560520787.

ALEXY, Roberto – **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008. ISBN 978-85-7420-872-5.

ALÓS, Anselmo Peres - Gênero, epistemologia e performatividade: estratégias pedagógicas de subversão. **Revista Estudos Feministas**. [Em linha]. Florianópolis. Vol. 19, n.º 2, (maio/ago. 2011) p. 421-449. ISSN 0104-026X. [Consult. 05 dez. 2019]. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-026X2011000200007>.

ASCENSÃO, José O. - A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos. **Revista Da Faculdade De Direito**. [Em linha]. [s.l.]: Universidade De São Paulo, v. 103 p. 277 – 299, (jan./dez. 2008). [Consult. 30 jan. 2020]. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67806/70414>.

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. (1948). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. [Em linha]. (2 [I]). Paris. [Consult. 20 fev. 2020]. Disponível em: <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves - **Direito ao patrimônio genético**. Almedina, Coimbra, 2006. ISBN 9789724011134.

BEARZOTI, Paulo - Sexualidade: um conceito psicanalítico freudiano - **Arq. Neuro-Psiquiatr**. [Em linha]. São Paulo. V. 52, n. 1, p. 113-117. (mar. 1994). ISSN 0004-282X. [Consult. 01 nov. 2019]. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0004-282X1994000100024&lng=en&nrm=iso.

BENTO, Berenice - Na escola se aprende que a diferença faz a diferença. Dossiê gênero e sexualidade no Espaço Escolar. **Revista Estudos Feministas**. [Em linha]. Florianópolis. Vol. 19, n.º.2. (maio/ago. 2011), p. 549-559. ISSN 0104-026X. [Consult. 25 nov. 2019]. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2011000200016.

BOBBIO, Norberto - **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Apresentação Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. ISBN 88-06-12174-X.

BONAVIDES, Paulo – **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. ISBN 85-7420-621-0.

BONAVIDES, Paulo – A quinta geração de direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**. [Em linha]. V. 2, n. 3 (abr./jun. 2008), p. 82-93. [Consul. 20 jan. 2020]. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/534/127>.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. [Em linha]. Brasília, 1988. [Consult. 21 fev. 2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. **Lei nº 6.015, DE 31 DE DEZEMBRO DE 1973** - Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. [Em linha] Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6015consolidado.htm.

BUTLER, Judith - **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Trad.: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. ISBN: 85-200-061 1-6. p. 26.

CAMPOS, Diogo Leite - **O direito e os direitos da personalidade**. In Nós –Estudo sobre o direito das pessoas. Coimbra: Almedina. 2004. ISBN 9789724021553. p. 109-133.

CAMPOS, Diogo Leite - Política com ética: os direitos das pessoas como justificação. **Revista da Ordem dos Advogados**. [Em linha]. [s.l.]. Ano 73, IV, 2013, pág. 1125-1140. [Consult. 05 maio 2020]. Disponível em: <https://portal.oa.pt/upl/%7Bd8a575d5-90cd-4038-8ebf-f05ac638aeae%7D.pdf>

CANOTILHO, José Joaquim Gomes -**Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CARLOTO, Cássia Maria - O conceito de gênero e sua importância para a análise das relações sociais. **Serviço Social em Revista – Universidade Estadual de Londrina**. [Em linha]. Londrina. Vol. 3, N. 2. (Jan/Jun 2001), p. 201-213. ISSN 1516-3091. [Consult. 01 dez. 2019]. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/ssrevista/n2v3.pdf>.

COLLING, Leandro – **Teoria Queer**. [Em linha]. Bahia: Universidade Federal da Bahia. [Consult. 17 abr. 2019]. Disponível em: <http://www.cult.ufba.br/maisdefinicoes/TEORIAQUEER.pdf>

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Provimento nº 73, de 28 de junho de 2018. [Em linha]. [Consult. 12 nov. 2020]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2623>

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. (1969). **Pacto de San José da Costa Rica**. (1º). [Em linha] San José da Costa Rica, em 22.11.1969. [Consult. 20 fev. 2020]. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>.

CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de Direito Civil Português I: Parte Geral Tomo I**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN 978-972-40-2445-5.

CORREA, Sônia - Cruzando a linha vermelha: questões não respondidas no debate sobre direitos sexuais. **Horizontes antropológicos**. [Em linha]. Porto Alegre. Ano 12. N. 26. (Jul/Dez 2006). p. 101-121. [Consult. 10 ago. 2021]. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ha/a/MtjZdCQZBzfBYQzPm6NPxhp/?format=pdf&lang=pt>

CORTEZ, Marina; GAUDENZI, Paula; MAKSDUD, Ivya - **Gênero: percursos e diálogos entre os estudos feministas e biomédicos nas décadas de 1950 e 1970**. Physis: Revista de Saúde Coletiva. Rio de Janeiro, v. 29 (1), e290103, 2019. Disponível em: DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/s0103-73312019290103>.

DECLARAÇÃO E PROGRAMA DE AÇÃO DE VIENA, **Conferência Mundial sobre Direitos Humanos**. [Em linha] - Viena, 14-25 de Junho de 1993. [Consult. 10 jan. 2020] Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20Ac%C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Confer%C3%Aancia%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf>.

DECRETO-LEI nº 47.344/66. **Diário do Governo I série**. Nº 274, (25/11/1966).

DIAS, Maria Berenice - **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. ISBN: 978852034756-0.

DIP, Ricardo - **Segurança Jurídica e Crise Pós-Moderna**. São Paulo: QuartierLatin, 2012.

FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKIRUZYK, Carlos Eduardo. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO DIREITO CONTEMPORÂNEO: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. **Revista Trimestral de Direito Civil**. [Em linha]. [s.l]. v. 9, n. 35, jul./set. 2008. p 15. [Consult. 23 fev. 2020]. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5/Luiz-Edson-Fachin.pdf>.

FOUCAULT, Michel - **História da sexualidade 1 – a vontade de saber**. Tradução de Maria Thereza das Costa Albuquerque e J.A. Guilhon Albuquerque. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

FOUCAULT, M. - **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1991. ISBN 85-77-53296-8.

FREITAS, James D. A. - Continuidade e ruptura nos estudos de gênero – historiografia de um conceito. **OPSIS -Dossiê Estudos de Gênero: história, historiografia e pesquisa**. [Em linha]. Catalão. V. 11, n. 1, p. 15-30 (jan-jun 2011). ISSN: 1519-3276 - ISSN Eletrônico: 2177-5648. [Consult. 15 dez. 2019]. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/Opsis/article/view/14529/9495>.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHA, Rodolfo - **Novo Curso de Direito Civil: parte geral**. vol. I. 13. ed. 2011. ISBN: 9788502106345.

GIBIN, Marcielly Garcia - **A mudança de sexo e alteração de nome no registro civil como um Direito Humano Fundamental**. Lisboa, 2018.

GRUPO GAY DA BAHIA. O mais antigo grupo de defesa dos direitos humanos dos homossexuais no Brasil, fundado em 1980. Disponível em <https://grupogaydabahia.com.br>.

HERKENHOFF, João Baptista - **Curso de direitos humanos: gênese dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Acadêmica, 1994.

JESUS, Jaqueline Gomes de - **Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos – guia técnico sobre pessoas transexuais, travestis e demais transgêneros, para formadores de opinião**. [Em linha] Brasília, 2ª edição – revista e ampliada. (dez. 2012), p. 1-42. [Consult. 01 dez. 2019]. Disponível em:

https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/16/o/ORIENTA%C3%87%C3%95ES_SOBRE_IDENTIDADE_DE_G%C3%8ANERO_CONCEITOS_E_TERMOS_-_2%C2%AA_Edi%C3%A7%C3%A3o.pdf?1355331649.

LIMA, Anderson Petilde; RANGEL, Tauã Lima Verdan - Sexualidade, direito e dignidade da pessoa humana: o reconhecimento da liberdade sexual como integrante do mínimo existencial. **Boletim Jurídico**. [Em linha]. Uberaba, ano XVIII, n. 986, ISSN 1807-9008. (26/11/2017). [Consult. 25 fev. 2020]. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-constitucional/3768/sexualidade-direito-dignidade-pessoa-humana-reconhecimento-liberdade-sexual-como-integrante-minimo-existencial#Sobre>.

LOURO, Guacira Lopes - **Gênero e sexualidade: pedagogias contemporâneas. Pro-Posições**. [Em linha] Campinas. Vol. 19, n. 2. (ago. 2008), p. 17-23. ISSN 1980-6248. [Consult. 25 nov. 2019]. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73072008000200003&lng=en&nrm=iso.

LOURO, G. L. - **O corpo educado: pedagogias da sexualidade**. Belo Horizonte: Autêntica, 2015. ISBN 978-85-513-0375-7.

MAIA, Ana Claudia Bortolozzi; NAVARRO, Carolina; MAIA, Ari Fernando - Relações entre gênero e escola no discurso de professoras do ensino fundamental. **Psicol. Educ.** [Em linha]. São Paulo. N. 32. (jun. 2011), p. 25-46. ISSN 1414-6975. [Consult. 05 dez. 2019]. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/psie/n32/n32a03.pdf>.

MALUF, Adriana C. do R. F. D. - **Novas modalidades de família na pós-modernidade**. São Paulo: Atlas, 2010. ISBN: 9788522460878.

MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional: Tomo I**. 6. ed. revista actualizada. Coimbra: Coimbra editora. 1997. ISBN 972-32-0793-1.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral**. 9ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011. ISBN: 9788522462520.

MORAIS, Fabio Santos de; SANTOS, José Paulo Schneider dos - Direitos Fundamentais: características histórico-conceituais. **Revista Direitos Humanos Fundamentais**. [Em linha]. Osasco, jul-dez/2015, ano 15, n. 2, p. 67-83. [Consult. 19 fev. 2020]. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/fieo03.pdf.

MURARO, Rose Marie - **Sexualidade da mulher brasileira Corpo e Classe Social no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Rosa dos Tempos. 5 ed. 1996. ISBN 85-01-04420-2.

NUNES, Janaína F. – **Gênero e diversidade sexual na escola: entre programas educacionais e convicções religiosas**. [Em linha] Uberaba: Universidade de Uberaba, 2018. Tese de mestrado em Educação.

PINTO, Carlos Alberto da Mota - **Teoria Geral do Direito Civil**. 4.ª ed. Lisboa: Coimbra Editora, 2005. ISBN 972-32-1325-7.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. [Em linha]. Lisboa, 1966. [Consult. 21 fev. 2020]. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicaoarepublicaportuguesa.aspx>.

PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. **Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero**. [Em linha]. Yogyakarta, Indonésia, 6 a 9 de novembro 2006. [Consult. 06 ago. 2018]. Disponível em: <http://yogyakartaprinciples.org/preamble-sp/>.

PROPOSTA de Lei n.º 75/XIII. [Em linha]. [sl]: **PARLAMENTO**. [16 abr. 2017]. Proposta da Lei 75/. [Consult. 04 ago. 2018]. Disponível em: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d7657456c4a535339305a58683062334d76634842734e7a557457456c4a5353356b62324d3d&fich=pp175-XIII.doc&Inline=true>.

RIBEIRO, Daniel Nilson – Título II – Do Registro Civil de Pessoas Naturais: Arts. 29 a 49. In **Lei de Registros Públicos Comentada: Lei 6.015/1973**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019. ISBN 978-85-309-6249-4.

RIBEIRO, Moneda O. - A sexualidade segundo Michael Foucault: uma contribuição para a enfermagem. **Revista da Escola de Enfermagem da USP**. [Em linha]. V. 33, n. 4, (dez. 1999). p. 359. [Consult. 01 nov. 2019]. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/reeusp/v33n4/v33n4a06>.

SALLES, Ana C. T. C.; CECCARELLI, Paulo. R. - A invenção da sexualidade. **Reverso**. [Em linha]. Belo Horizonte. Vol. 32, n. 60, (2010). p. 15 - 24. ISSN 0102-7395. [Consult. 01 nov. 2019]. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0102-73952010000300002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. ISBN 978-85-7348-789-3.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel - **Curso de Direito Constitucional**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. ISBN: 9788547214463.

SCOTT, Joan - Gênero: uma categoria útil de análise histórica. **Educação e Realidade: Gênero e Educação**. [Em linha]. V. 20, n. 2, p. 71-99 (jul/dez 1995). ISSN 0100-3143 (impresso) e 2175-6236 (online). [Consult. 15 dez. 2019]. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/educacaoerealidade/article/view/71721/40667>.

SPIZZIRRI, Giancarlo; PEREIRA, Carla Maria de Abreu; ABDO, Carmita Helena Najjar - **O termo gênero e suas contextualizações**. [Em linha]. São Paulo. Diagn Tratamento. 2014;19(1):42-4. [Consult. 13 ago. 2021]. Disponível em: <http://files.bvs.br/upload/S/1413-9979/2014/v19n1/a3969.pdf>

STEINWASCHER NETO, Helmut - O matrimônio romano e sua dissolução. **Caderno de iniciação científica**. [Em linha]. São Bernardo do Campo: Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Edição n. 3 (2006). p. 63 – 75. [Consult. 14 jul. 2020]. Disponível em: <https://revistas.direitosbc.br/index.php/CIC/article/view/805/593>.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - **REsp: 1626739 RS 2016/0245586-9**. Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 09/05/2017, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/08/2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - **Ação Direta De Inconstitucionalidade (ADI) 4275**. Relator: Ministro Marco Aurélio, Data de Julgamento: 01/03/2018, Data de publicação: DJe 09/03/2018. [Em linha]. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339649246&text=.pdf>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - **Vocabulário Jurídico (Tesauro)**. [Em linha]. Brasília. [Consult. 20 jun. 2020]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarTesauro.asp?txtPesquisaLivre=LEI%20EM%20SENTIDO%20ESTRITO>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - **Glossário Jurídico**. [Em linha]. Brasília. [Consult. 12 jul. 2020]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/>.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. ISBN 978853098404-5.

TAVARES, José – **Os princípios fundamentais de direito civil: vol. 2 – pessoas, cousas, factos jurídicos**. Coimbra: Coimbra Editora. 1928.

TEPEDINO, Gustavo - A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In **Temas de Direito Civil**. 3 ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: Renovar, 2004. ISBN: 8571474273.

TÍLIO, Rafael de - Teorias de gênero: principais contribuições teóricas oferecidas pelas perspectivas contemporâneas. **Revista Gênero**. [Em linha]. Niterói. Vol. 14, n. 2. (1 semestre 2014), p. 125-147. ISSN: 2316-1108. [Consult. 01 nov. 2019]. Disponível em: <http://periodicos.uff.br/revistagenero/article/view/31193/18282>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS - **Acórdão 948914**, 20120110482259APC. [Em linha]. Relator: Maria Ivatônia, 5ª Turma Cível, data de julgamento: 15/6/2016, Data de Publicação: DJE: 24/6/2016. Pág.: 207/216. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>.

VENOSA, Sílvio de Sávio - **Direito civil: parte geral**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010, ISBN: 9788522457311.