

# O DIREITO DO TRANSGÊNERO DE SER TRATADO EM CONFORMIDADE COM A SUA IDENTIDADE COMO UM DIREITO GERAL DE PERSONALIDADE

Fábio Siebeneichler de Andrade<sup>1</sup>

Leiliane Piovesani Vidaletti<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente artigo examina a tutela do transgênero, analisando o desenvolvimento do tema a partir da referência às legislações internacionais. O foco do texto reside na possibilidade de disciplina do assunto com base no Código Civil de 2002, a partir da noção de um direito geral de personalidade, a fim de propiciar uma solução para a melhor disciplina do direito de identidade do transgênero.

**Palavras-Chave:** Transgênerismo; Direitos da Personalidade – Direito à identificação

**Abstract:** This article examines the protection of the transgender, analyzing the development of the subject from the reference to the international legislations. The focus of the text lies in the possibility of discipline of the subject based on the Civil Code of 2002, from the notion of a general right of personality, in order to provide a solution for the better discipline of the transgender identity right.

**Keywords:** Transgenderism – Personality Rights – Identification

---

<sup>1</sup> Professor titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da PUC-RS e do Programa de pós-graduação em Direito da PUC-RS; Doutor em Direito pela Universidade de Regensburg – Alemanha; Advogado em Porto Alegre – RS.

<sup>2</sup> Mestranda pela PUC-RS. Advogada.

## Right

Sumário: Introdução. I) Evolução normativa em favor da identidade de gênero. II) Regime jurídico em favor da identidade de gênero no âmbito nacional. III) Considerações sobre a problematização da tutela ao transgênero. Conclusão.

## INTRODUÇÃO



disciplina dos Direitos de Personalidade constituiu-se em uma das principais inovações do Código Civil de 2002, colmatando uma omissão do Código de 1916<sup>3</sup>. Em essência, pode-se resgatar um conceito clássico, que define a figura como os direitos que tinham por objeto garantir o domínio sobre a própria esfera pessoal<sup>4</sup>.

Além disso, cabe frisar que desde a origem se qualifica os direitos da personalidade como sendo direitos subjetivos – absolutos -, que deveriam ser por todos reconhecidos e observados; em síntese, um direito fundamental subjetivo, sobre o qual estariam fundados todos os direitos subjetivos e que em si abrigava todos os direitos<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Essa omissão se explica, possivelmente, pelo fato de o anteprojeto de Beviláqua ter sido redigido no final do século XIX, quando a dogmática dos direitos da personalidade ainda não havia alcançado a sua plenitude. A esse tempo, a doutrina ainda divergia sobre os contornos do direito da personalidade. Nesse sentido, ver WHITMAN, James Q., *The Two Western Cultures of Privacy*, *The Yale Law Journal*, 2004, p. 1171 et seqs.; CORDEIRO, António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, I, tomo III, p. 36 et seqs.; HATTENHAEUR, Hans, *Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts*, p. 14, Beck Verlag, 2<sup>a</sup> ed., 2000; na doutrina nacional, ver GOMES, Orlando, *Direitos da Personalidade*. *Revista Forense*, 1966, v. 216, pg. 5; TEPEDINO, Gustavo, *A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro*, in *Temas de Direito Civil*, p. 23, ed. Renovar.

<sup>4</sup> Cf. GIERKE, Otto, *Deutsches Privatrecht*, Erster Band, p. 702, 1936, ed. Inalterada da 1<sup>a</sup> ed., 1905.

<sup>5</sup> Cf. GIERKE, Otto, *Deutsches Privatrecht*, p. 703, op. cit. No original: *Es ist das einheitliche subjektive Grundrecht, dass alle besonderen subjektive Rechte fundamertirt um in sie alle hinreicht*”.

O tema dos Direitos da Personalidade serve igualmente como expressiva ilustração para a interrelação das esferas da Codificação e da Constituição<sup>6</sup>, pois ao longo do século XX passou a ser ele objeto de tutela constitucional<sup>7</sup>.

Mesmo em face da referência ao tema dos Direitos Personalidade pela Constituição de 1988, ainda faltava uma regulação específica quanto à matéria no plano infraconstitucional, tendo em vista que os preceitos constitucionais não estabeleciam uma disciplina detalhada acerca do assunto. O Código Civil de 2002 introduziu no ordenamento brasileiro, nos artigos 11 a 21, um capítulo específico sobre os Direitos da Personalidade na parte geral.

A inserção da disciplina acerca dos direitos da personalidade no Código civil de 2002 não alterou, no entanto, a concepção codificatória acerca da noção de pessoa, centro de irradiação jurídica do Direito, e particularmente do Direito Civil<sup>8</sup>.

O Direito civil brasileiro contemporâneo permaneceu, portanto, vinculado a uma solução clássica, em que a noção de pessoa está associada àquele a quem se atribui direitos e obrigações<sup>9</sup>. A função principal da concepção de pessoa apresenta-se,

---

<sup>6</sup> Emblemática nesse sentido é a orientação de Pontes de Miranda: “Não é só direito de personalidade o que nasceu no direito privado. Salva uma outra imperfeição do sistema, o direito de personalidade é ubíquo”. Cf. *Tratado de Direito Privado*, p. 7, § 728, ed. Borsoi, 1955.

<sup>7</sup> Relevante quanto ao novo patamar dos Direitos da personalidade foi a Constituição alemã de 1949, que dispõe, no seu art. 2, § 1, sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade (freie Entfaltung der Persönlichkeit) e, de forma significativa, positivou a dignidade da pessoa humana (Menschenwürde) como direito fundamental no art. 1º, § 1º. Segundo a jurisprudência alemã (BverfG 32, 98/108), a dignidade da pessoa humana constitui-se no mais alto valor da Constituição alemã (obersten Wert des Grundgesetzes). Ver a respeito, MANSSEN, Gerrit, *Grundrechte*, p. 48, Beck, 2000.

<sup>8</sup> Ver, por exemplo, HATTENHAUER, Hans, *Persona und personae acceptio – Christlicher Beitrag zur römischen Personenlehre*, in *Ars Iuris, Festschrift für Okko Behrends zum 70. Geburtstag*, p.193, Wallstein Verlag.

<sup>9</sup> Cf., por exemplo, RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite, *Personalidade e capacidade do ser humano a partir do novo Código Civil*, in *Manual de Teoria Geral do Direito Civil*, p. 178, ed. Del Rey, 2011, Belo Horizonte.

a partir do início do século XIX, com os primeiros autores da pandetística, como ser ‘sujeito de direito’<sup>10</sup>. Posteriormente, mas ainda no século XIX, apresenta-se a pessoa como integrante da relação jurídica, o que acentua a sua finalidade de servir ao vínculo jurídico estabelecido<sup>11</sup>. Trata-se, assim, de uma concepção essencialmente funcional, que coloca em segundo plano uma questão fundamental, vinculada à constituição do sujeito de direitos<sup>12</sup>. Muito embora o Código civil de 2002 tenha mitigado essa estrita aceção do papel do conceito de pessoa, mediante a inserção do capítulo de direitos da personalidade, vê-se que ainda prevalece um grande traço da visão pandetística na codificação brasileira.

Tendo-se presente precisamente esta temática, há que se considerar, no que concerne ao ponto relativo ao aspecto biológico da pessoa, que a opção clássica sempre foi binária: solução que remonta ao direito romano (*condicio feminarum e masculorum*)<sup>13</sup>. Da mesma forma, a visão acerca do papel feminino em Roma indaga, em geral, apenas sobre o status civitatis, a cidadania, que era atribuída às mulheres. Não se vislumbra, em princípio, a questão acerca da identidade feminina, isto é, como a mulher se apresentava como pessoa na sociedade romana.<sup>14</sup>

Ressalte-se, porém, que o mundo antigo, em especial o romano, tinha presente a possibilidade de ambiguidade sexual

---

<sup>10</sup> Ver nesse sentido, HATTENHAUER, H., *Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts*, p. 8, Beck ed., Munique, 2000.

<sup>11</sup> Cf. HATTENHAUER, H. *Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts*, p. 10, op. Cit.

<sup>12</sup> Sobre o tema, ver, por exemplo, DÉRROUSSIN, David, *Éléments pour une histoire de l'identité individuelle*, in *L'identité, un singulier au pluriel*, p. 7 e segs., Dalloz, 2015, Paris.

<sup>13</sup> Papiniano, D. 1.5.9: In multis nostris articulis deterior est condicio feminarum quam masculorum (Em muitas das nossas disposições, a condição feminina é desvantajosa em relação à masculina).

<sup>14</sup> Cf., por exemplo, PEPPE, Leo, *Women and Civic Identity in Roman Antiquity*, in *Austrian Law Journal*, 1, 2017, p. 23 e segs.

(*ambiguus sexus*), que eram denominados como hermafroditas.<sup>15</sup> Em essência, houve um desenvolvimento no direito romano a respeito do tema: qualificados como monstros no período pré-clássico, correspondente aos primórdios de Roma, na fase tardia do Império Romano, no direito justineu, foram não somente integrados ao gênero humano – como se extrai de passagens do Digesto -<sup>16</sup>, como se debatia a sua capacidade de realizar atos jurídicos, como por exemplo o testamento<sup>17</sup>.

Esta percepção presente no mundo antigo não ingressou no mundo moderno. Poucos são os países que acolhem a possibilidade de existência de um terceiro sexo; na Europa ocidental, a primazia pertence à Alemanha, por força de legislação de 2013, a *Personenstandsgesetz* (PStG)<sup>18</sup>. Outros países, como Portugal (lei n. 7/2011) legislam sobre a possibilidade de mudança de sexo e do respectivo nome; outros, como Malta, possuem uma legislação sobre identidade de gênero, expressões de gênero e características sexuais (GIGESC Act, de 2015)<sup>19</sup>. No direito sul americano, merece referência a legislação argentina sobre Identidade de Gênero, Lei 26.743, de 2012<sup>20</sup>.

<sup>15</sup> Sobre o tema ver, por exemplo, VALLAR, Sandrine, Les hermaphrodites: L'approche de la Rome antique, in *Revue Internationale des droits de l'Antiquité*, 2013, p. 201 e segs.

<sup>16</sup> Ulp., lib I ad Sab (D.1.5.10): Quaeritur, hermaphroditum cui comparamus? Et magis puto eius sexus aestimandum qui in ea praevallet. (Pode-se indagar a quem se assimila o hermafrodita? Eu creio que se pode considerar que ele faça parte daqueles do mesmo sexo que seja o dominante nele). A respeito, cf. S. Vallar, Les hermaphrodites, op. Cit. 215.

<sup>17</sup> Cf. VALLAR, S. Les hermaphrodites, op. Cit., p. 216.

<sup>18</sup> § 22 Abs 3: “Kann das Kind weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden, so ist der Personenstandsfall ohne eine solche Angabe in das Geburtenregister einzutragen”.

<sup>19</sup> Ver, por exemplo, o artigo 3º, da indicada legislação:

“3. (1). All persons being citizens of Malta have the right to –

(a) the recognition of their gender identity  
 (b) the free development of their person according to their gender identity;  
 (c) be treated according to their gender identity and, particularly, to be identified in that way in the documents providing their identity therein; and  
 (d) bodily integrity and physical autonomy”.

<sup>20</sup> Ver sobre o tema, por exemplo, LITTER, N. Aportes normativos a la identidad de

No Direito civil brasileiro, a Lei de Registros Públicos (Lei 6.015), de 1973, não prevê esta possibilidade, constando no artigo 54, 2º, da referida Lei, que no assento de nascimento deverá constar o sexo do registrando.

Vê-se, portanto, que em relação ao tema da identidade, considerada como elemento de singularização da pessoa, relativamente aos seus traços e características essenciais<sup>21</sup>, prevalece uma concepção essencialmente normativa, marcada pela noção biológica.

Cumprido, portanto, no âmbito do presente trabalho, inicialmente, fixar a evolução jurídica a respeito da temática.

O assunto tratado nesta pesquisa vincula-se, especificamente, com a pessoa do transgênero e com a necessidade de explicitação do direito à sua identidade, a fim de que ela possa reconhecer e afirmar sua própria personalidade (autoconstrução pessoal). Trata-se de um tema estruturalmente ligado a ideias de liberdade e igualdade que, unidas de forma indissociável à dignidade, erigem como valores jurídicos fundamentais, imprescindíveis ao pleno desenvolvimento da personalidade.<sup>22</sup> E tais valores, importa dizer, quando guardam relação com documentos de direito internacional, recebem o designativo de direitos humanos<sup>23</sup>.

---

gênero: la experiencia argentina, in <http://psicologiajuridica.org/archives/5042>.

<sup>21</sup> Ver, por exemplo, MURAT, Pierre, *L'identité imposée par le droit et le droit à connaître son identité*, in *L'identité, un singulier au pluriel* (Blandine Mallet-Bricout et Thierry Favario), p. 51, Dalloz, 2015).

<sup>22</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora RT, 2007, pa. 139-140.

<sup>23</sup> Sobre a terminologia “direitos humanos”, adota-se posição externada por Ingo Wolfgang Sarlet, segundo a qual seriam estes os direitos humanos reconhecidos e positivados nos documentos de direito internacional, senão vejamos: “[...] Importa, por outro lado, deixar devidamente consignado e esclarecido o sentido que atribuímos às expressões “direitos humanos” (ou direitos humanos fundamentais) e “direitos fundamentais”, reconhecendo, ainda uma vez, que não se cuida de termos reciprocamente excludentes ou incompatíveis, mas, sim, de dimensões íntimas e cada vez mais inter-relacionadas, o que não afasta a circunstância de se cuidar de expressões reportadas a esferas distintas de posituação, cujas consequências práticas não podem ser descon sideradas. À luz das digressões tecidas, cumpre repisar, que se torna difícil sustentar

Observa-se, porém, que o direito à identidade, no direito brasileiro, pode também decorrer da cláusula geral de personalidade, prevista no Código civil, em seu artigo 12<sup>24</sup>, o que pode contribuir para o desenvolvimento e tutela da posição jurídica do transgênero, em face da inexistência de regra específica sobre o assunto no ordenamento nacional.

Em síntese, pretende-se examinar aqui, em uma primeira parte, a evolução normativa acerca do tema na esfera internacional; na segunda parte, a disciplina existente no cenário nacional, verificando a possibilidade de referência do assunto a partir do regime de direito da personalidade; por fim, na terceira parte, verificar-se-á, em análise sumária, dois dos principais tópicos relativos à tutela do transgênero no direito brasileiro contemporâneo, relacionando-os com a noção do desenvolvimento geral da personalidade.

## I) EVOLUÇÃO NORMATIVA EM FAVOR DA IDENTIDADE DE GÊNERO

É possível observar-se, desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH (1948), inegáveis avanços no que se refere à legislação internacional e nacional de combate à discriminação. À bem da verdade, as primeiras normas acerca do tema não faziam qualquer menção à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero. Todavia, da ausência de referência

---

que direitos humanos e direitos fundamentais (pelo menos no que diz com a sua fundamentação jurídico-positiva constitucional ou internacional, pois evidentes as diferenças apontadas) possam ser a mesma coisa, a não ser, é claro, que se parta de um acordo semântico no sentido de que direitos humanos e fundamentais são expressões sinônimas, atentando-se, contudo, para as devidas distinções em se tratando de dimensão internacional e nacional, quando for o caso. [...]”. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 35.

<sup>24</sup> “Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm). >

expressa não se extrai, sob qualquer fundamento, conclusão no sentido de inexistência de proteção dessas minorias, notadamente abrangidas pela expressão aberta “outras formas de discriminação”, comumente inserida nos diplomas normativos. De referir-se, porém, que tais diplomas, ao silenciarem acerca do tema, a despeito de não se absterem da imposição de salvaguarda dessas minorias, também não desempenharam o desiderato de reforçar a importância dessa proteção, destacando-a em seus textos, a exemplo do que fizeram relativamente a outras formas de discriminação.

A seguir, far-se-á incursão pela legislação internacional sobre a matéria, com referência a disposições sem força cogente – porém de inegável carga hermenêutica – bem como a tratados ratificados pelo país e, portanto, de observância obrigatória, demonstrando-se o alegado progresso normativo no que diz com o combate à discriminação.

## A) LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL

Inicialmente, no que tange ao sistema global de proteção dos direitos humanos ou, como preferem alguns autores – sistema internacional de proteção de direitos humanos – cumpre esclarecer que a Declaração Universal dos Direitos Humanos - DUDH<sup>25</sup>, proclamada em 1948, por meio de Resolução 217 A (III), da Assembleia Geral das Nações Unidas – ONU, elaborada por representantes de países de todas as regiões do mundo e marco quanto ao reconhecimento da proteção universal dos direitos humanos, estabelece que todas as pessoas nascem livres e

---

<sup>25</sup> Desde sua adoção, em 1948, a DUDH foi traduzida em mais de 360 idiomas – o documento mais traduzido do mundo – e inspirou as constituições de muitos Estados e democracias recentes. A DUDH, em conjunto com o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos e seus dois Protocolos Opcionais (sobre procedimento de queixa e sobre pena de morte) e com o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e seu Protocolo Opcional, formam a chamada Carta Internacional dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/definicao/documentos/>. Acesso em 07/11/2016.



iguais em dignidade e direitos, tendo capacidade para gozar os direitos e as liberdades nela estabelecidos 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. Estabelece, ainda, que toda a pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal, bem como à igual proteção contra qualquer discriminação que viole a Declaração e contra qualquer incitamento à discriminação. Ademais, toda pessoa, conforme a DUDH tem deveres para com a sua comunidade, sendo-lhe garantido, porém, o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade.<sup>26</sup>

Com efeito, a DUDH é ponto de partida para a edificação de todo o sistema internacional de proteção aos direitos humanos, elencando um patamar mínimo de direitos e garantias que realizam a dignidade da pessoa humana. Cabe mencionar, não obstante o aspecto formal da Declaração – não vinculativo ou obrigatório, por tratar-se de mera resolução – que seu conteúdo há de ser observado, tendo em conta a importância substancial de suas disposições, em mais de uma oportunidade utilizadas como fundamentação de julgados do Supremo Tribunal Federal – STF.<sup>27</sup>

Cumpra explicar, ademais, que a Declaração, assentada sobre a premissa de que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, sem qualquer distinção de qualquer espécie, deixa transparecer seu caráter não exaustivo, no que se refere às mais diversas formas de discriminação, ao utilizar a expressão aberta, em seu artigo 2º, “qualquer outra condição”, de modo que, além das formas de discriminação elencadas, nenhuma outra – e aqui podemos enquadrar a discriminação contra os transgêneros - pode ser tolerada por qualquer nação voltada a proteger e promover a dignidade da pessoa humana.

---

<sup>26</sup> Disponível em: < <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em 07/11/2016.

<sup>27</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 1.969/DF. Relator: Min. José Lewandowski. Julgado em 28 de junho de 2007. DJ de 31 de agosto de 2007.

Posteriormente, em 1966, foi assinado o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos - PIDCP, aprovado pelo Brasil, mediante o Decreto Legislativo n. 226, de 12 de dezembro de 1991, e promulgado pelo Decreto 592, de 09 de julho de 1992, tendo indiscutível força cogente em território nacional. Trata-se, referido Pacto, de tratado internacional, que detalhou os direitos estabelecidos na DUDH. Em seu artigo 2º, o PIDCP reafirma o dever dos Estados-parte de respeito aos direitos nele reconhecidos, sem qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra condição. Vê-se, nessa toada, que o PIDCP reproduz determinação contida na DUDH, inclusive no que diz com a abertura para tipos de discriminação não elencados no art. 2º, demonstrando o nítido intento de tornar cogente e vinculativa a anterior determinação levada a efeito pela DUDH. Ainda, em seu art. 26, trata especificamente da discriminação, reiterando que todas as pessoas são iguais perante à lei e têm direito, sem discriminação alguma, à igual proteção legislativa.<sup>28</sup>

Ainda, em 1993, foi firmada a Declaração e o Programa de Ação de Viena, por ocasião da Conferência Mundial sobre direitos humanos. O resultado extraído deste encontro internacional foi a Declaração de Viena, sem caráter vinculante, por se tratar de documento de natureza nitidamente política, porém de incontestável importância no que pertine à proteção internacional dos direitos humanos. A Declaração afirma que os direitos humanos são indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados, devendo ser tratados pela comunidade internacional de forma global, justa e equitativa (art. 5º). Reforça, ademais, que o respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades individuais constitui regra fundamental nas normas internacionais, cabendo aos

---

<sup>28</sup> Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em 08/11/2016.

Governos adotar medidas para prevenir e combater todas as formas de racismo e discriminação racial, xenofobia e manifestações conexas de intolerância (art. 15).<sup>29</sup> Mais uma vez, percebe-se o caráter aberto com que a Declaração reafirma o dever de combater qualquer forma de discriminação, o que vem a denominar de “manifestações conexas de intolerância”, termo amplo a partir do qual pode-se perfeitamente enquadrar a discriminação relativa aos transgêneros, que representam uma minoria estigmatizada e alvo de violência, preconceito e discriminação.

Agora, no que se refere ao sistema interamericano de direitos humanos, administrado pela Organização dos Estados Americanos – OEA e voltado à promoção da dignidade da pessoa humana, vale mencionar o disposto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, que no art. 1º estabelece que compete aos Estados-parte respeitar os direitos e liberdades de todas as pessoas e garantir seu livre e pleno exercício, sem discriminação alguma, a qualquer indivíduo que esteja sob sua jurisdição.<sup>30</sup>

Em matéria de discriminação relacionada ao ambiente de trabalho, a Convenção n. 111, da Organização Internacional do Trabalho – OIT, ratificada pelo Brasil em 26 de novembro de 1965 e em vigor no país desde 26 de novembro de 1966, conceitua, em seu art. 1º, o termo “discriminação”, como *toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão*. Ademais, referida convenção, na alínea “b” do mesmo art. 1º, esclarece tratar-se de cláusula aberta, prevendo a possibilidade

---

<sup>29</sup> Disponível em: < <http://www.cedin.com.br/wp-content/uploads/2014/05/Declaracao-A7-A3o-e-Programa-de-A7-A3o-de-Viena-Conferencia-Mundial-sobre-DH.pdf>>. Acesso em 08/11/2016.

<sup>30</sup> Disponível em: < [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)> Acesso em, 08/11/2016.

de outras distinções, exclusões ou preferências que tenham os mesmos efeitos elencados, se assim entender o país membro interessado, depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, bem como outros organismos adequados, serem enquadradas como discriminatórias.

Importa dizer, ainda no que tange à Convenção n. 111 da OIT, que o art. 2º da normativa prevê o compromisso de todos os países membros que a ratificaram de formular e aplicar política nacional que tenha por fim promover a igualdade de oportunidade e de tratamento relativamente à matéria de emprego e profissão, com o fito de eliminação de toda e qualquer forma de discriminação.

De todas as normativas elencadas, pode-se extrair nítido intento protetivo destinado às minorias, histórica e socialmente discriminadas; fala-se em salvaguarda dos direitos de todas as pessoas sem distinção 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, mas não se elenca, expressamente, em nenhuma das normativas referidas, a discriminação por identidade de gênero ou por orientação sexual. Conforme anteriormente frisado, a ausência de expressa menção não significa absentismo protetivo, sob nenhuma hipótese, notadamente em face da abertura para o reconhecimento de outras formas de discriminação operacionalizada em todos os documentos internacionais reportados; todavia, é incontestável que a expressa referência atrai atenção e lança luzes sobre este específico modo de discriminar, elevando a necessidade de diálogo internacional sobre formas de prevenção, combate e reparação à discriminação por identidade de gênero ou opção sexual.

Nessa linha, a partir da necessidade de discutir-se especificamente sobre a discriminação direcionada contra os transgêneros, alguns representantes da comunidade internacional reuni-

ram-se para tratar da temática, tendo como resultados os documentos a seguir referidos.

## B) DISPOSIÇÕES INTERNACIONAIS ACERCA DA IDENTIDADE PESSOAL E PROTEÇÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL

A respeito do tema, faz-se mister mencionar a Conferência promovida pela Comissão Internacional de Juristas e pelo Serviço Internacional de Direitos humanos, no ano de 2006, na cidade de Yogyakarta, na Indonésia, que resultou em um conjunto de Princípios, os chamados “Princípios de Yogyakarta”, sobre a Aplicação do Direito Internacional Humanitário em relação com a Orientação sexual e a Identidade de Gênero.<sup>31</sup>

Já na introdução aos Princípios de Yogyakarta, faz-se referência a disposições expressas nos documentos internacionais ao longo da pesquisa referidos, no sentido de que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, donde advém que todos os direitos humanos são universais, indivisíveis e interdependentes. Inova, todavia, o documento, ao mencionar expressamente que a orientação sexual e a identidade de gênero são essenciais à dignidade e humanidade de toda pessoa e não devem ser motivo de discriminação ou abuso. Reconhece, porém, que embora muitos avanços tenham sido observados na temática da igualdade entre os gêneros, a resposta internacional às violações de direitos humanos baseadas na orientação sexual e na identidade de gênero tem sido fragmentada e inconsistente.

O documento em questão, no seu preâmbulo, define semanticamente as expressões “orientação sexual” e “identidade de gênero”<sup>32</sup>; após, enumera vinte e nove princípios, a partir do

---

<sup>31</sup>Disponível em: < <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/open-docpdf.pdf?reldoc=y&dodid=48244e9f2>> Acesso em 08/11/2016.

<sup>32</sup> ENTENDIENDO que 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 su mismo género, o de más de un género, así como a la

estado atual da legislação internacional dos direitos humanos, sem dispensar, todavia, sua revisão periódica, em face do desenvolvimento, a contar deste ponto de partida, da legislação e sua aplicação às vidas e experiências particulares das pessoas de diversas orientações sexuais e identidades de gênero.

Alguns princípios, face à importância de que se revestem, notadamente relacionados ao objeto desta pesquisa, serão destacados. Inicialmente, faz-se referência ao princípio <sup>233</sup>, que estabelece o direito de todas as pessoas de desfrutarem de todos os direitos humanos, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero. Em seguida, o Princípio <sup>334</sup>

---

capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas;

ENTENDIENDO que 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;

<sup>333</sup> 2 LOS DERECHOS A LA IGUALDAD Y A LA NO DISCRIMINACIÓN: 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 derecho a igual protección por parte de la ley, sin ninguna de las discriminaciones mencionadas, ya sea que el disfrute de otro derecho humano también esté afectado o no. La ley prohibirá toda discriminación de esta clase y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier forma de discriminación de esta clase. La discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género incluye toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en la orientación sexual o la identidad de género que tenga por objeto o por resultado la anulación o el menoscabo de la igualdad ante la ley o de la igual protección por parte de la ley, o del reconocimiento, o goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de los derechos humanos y las libertades fundamentales. La discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género puede verse y por lo común se ve agravada por la discriminación basada en otras causales, incluyendo género, raza, edad, religión, discapacidad, estado de salud y condición económica. Disponível em: < <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/openDocpdf.pdf?reldoc=y&docid=48244e9f2>>. Acesso em 08/11/2016.

<sup>34</sup> 3 EL DERECHO AL RECONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA: Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica. Las personas en toda su diversidad de orientaciones sexuales o identidades de género disfrutarán de capacidad jurídica en todos los aspectos de la

enuncia que todo o ser humano tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica, inclusive as pessoas das mais diversas orientações sexuais ou identidades de gênero. Este princípio reconhece, pois, que a orientação sexual ou identidade de gênero, a ser definida por cada pessoa, é essencial para sua personalidade e constitui um dos aspectos fundamentais da sua autodeterminação, dignidade e liberdade. Ademais, tal reconhecimento independe de submissão a procedimento médico, incluindo cirurgias de resignação de sexo, esterilização ou terapia hormonal, de modo que ninguém deverá ser submetido a qualquer forma de pressão para ocultar, suprimir ou negar sua orientação sexual ou identidade de gênero.

Ainda no que diz com a proteção contra abusos médicos, o princípio 18 esclarece que a orientação sexual e a identidade de gênero de uma pessoa não constituem, em si mesmas, trans-tornos de saúde, razão pela qual nenhuma pessoa será obrigada a submeter-se a qualquer tipo de tratamento, médico ou psicológico ou, ainda, a ser confinada em estabelecimento médico por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero. Quanto às atribuições estatais, o princípio demonstra particular preocupação com a proteção de crianças, cabendo aos estados estabelecer mecanismos de proteção infantil para que nenhuma criança corra o risco de sofrer abusos médicos.<sup>35</sup>

---

vida. La orientación sexual o identidad de género que cada persona defina para sí, es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de su autodeterminación, su dignidad y su libertad. Ninguna persona será obligada a someterse a procedimientos médicos, incluyendo la cirugía de reasignación de sexo, la esterilización o la terapia hormonal, como requisito para el reconocimiento legal de su identidad de género. Ninguna condición, como el matrimonio o la maternidad o paternidad, podrá ser invocada como tal con el fin de impedir el reconocimiento legal de la identidad de género de una persona. Ninguna persona será sometida a presiones para ocultar, suprimir o negar su orientación sexual o identidad de género. Disponível em: < <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?rel-doc=y&docid=48244e9f2>>. Acesso em 08/11/2016.

<sup>35</sup> 18. Protección contra abusos médicos. Ninguna persona será obligada a someterse a ninguna forma de tratamiento, procedimiento o exámenes médicos o psicológicos, ni a permanecer confinada en un establecimiento médico, por motivo de su orientación

Merece, igualmente destaque o artigo 12<sup>36</sup>, por expressamente mencionar que toda pessoa tem direito ao trabalho digno e produtivo, a condições satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego, sem discriminação por motivos de orientação sexual ou identidade de gênero. Aos estados, determina o artigo, caberá a adoção de todas as medidas necessárias, legislativas ou administrativas, para eliminar e proibir a discriminação por motivos de orientação sexual e identidade de gênero no emprego público ou privado, inclusive no que concerne à capacitação profissional, contratação, promoção, despedidas, condições de trabalho e remuneração.

Após a realização desse paradigmático documento internacional, que foi a Declaração de Princípios de Yogyakarta, em junho de 2013, a 43<sup>o</sup> Assembleia Ordinária da OEA aprovou, na Guatemala, a Convenção Interamericana contra toda forma de discriminação e intolerância<sup>37</sup>, que foi assinada pelo Brasil, mas ainda não ratificada. Dita Convenção cumpriu com o importante papel de incluir, dentre as formas de discriminação, expressamente, a orientação sexual, identidade e expressão de gênero.

---

sexual o su identidad de género. Con independencia de cualquier clasificación que afirme lo contrario, la orientación sexual y la identidad de género de una persona no constituyen, en sí mismas, trastornos de la salud y no deben ser sometidas a tratamiento o atención médicas, ni suprimidas.

<sup>36</sup> 12. El derecho al trabajo. Toda persona tiene derecho al trabajo digno y productivo, a condiciones equitativas satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. Los Estados: A. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de eliminar y prohibir la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en el empleo público y privado, incluso en lo concerniente a capacitación profesional, contratación, promoción, despido, condiciones de trabajo y remuneración; B. Eliminarán toda discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género a fin de garantizar iguales oportunidades de empleo y superación en todas las áreas del servicio público, incluidos todos los niveles del servicio gubernamental y el empleo em funciones públicas, incluyendo el servicio en la policía y las fuerzas armadas, y proveerán programas apropiados de capacitación y sensibilización a fin de contrarrestar las actitudes discriminatorias.

<sup>37</sup> Disponível em: < [http://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter\\_american\\_treaties\\_A-69\\_Convencao\\_Interamericana\\_discriminacao\\_intolerancia\\_POR.pdf](http://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter_american_treaties_A-69_Convencao_Interamericana_discriminacao_intolerancia_POR.pdf)>. Acesso em 26/11/2016.



Ademais, no que se refere ao acesso ao emprego, a Convenção prevê, sem seu art. 7º, que os Estados-parte adotem medidas que proibam expressamente a discriminação e intolerância, tanto no setor público, quanto no privado. Anote-se, por fim, que o fato de o Brasil ainda não ter ratificado a convenção em apreço, conquanto não lhe outorgue força cogente, não lhe subtrai a importante função de vetor hermenêutico, porquanto a sua assinatura sinaliza a posição adotada pelo país e a sua intenção de observá-la e honrá-la.

Internacionalmente, portanto, há uma vasta gama de documentos antidiscriminatórios voltados à proteção da identidade de gênero ou opção sexual. Na sequência, passa-se à análise da legislação nacional acerca da proteção dessas minorias, buscando-se averiguar sua suficiência e adequação.

## II) REGIME JURÍDICO EM FAVOR DA IDENTIDADE DE GÊNERO NO ÂMBITO NACIONAL

### A) AS DIRETRIZES CONSTITUCIONAIS E A NORMATIVA CORRESPONDENTE

No Brasil, a Constituição Federal, em seu art. 1º, III, elenca a dignidade da pessoa humana<sup>38</sup> como um dos fundamentos da República Federativa. Sendo um fundamento, constitui-se em valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito, pelo que não se configura apenas em

---

<sup>38</sup> José Afonso da Silva esclarece que a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, pela primeira vez, erigiu a dignidade da pessoa humana a direito fundamental expressamente consignado em seu art. 1º, n. 1, nos seguintes termos: “A dignidade humana é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os poderes estatais”. Os motivos históricos que justificaram dita inclusão estão nos horrores praticados pelo nazismo, sob a invocação de razões de Estado. SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 39; sobre o tema ver também SARLET, Ingo W. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*, Livraria do Advogado, 10ª ed., 2015.

princípio da ordem jurídica, senão da ordem política, social, econômica e cultural.<sup>39</sup>

Ainda no título I – Dos Princípios Fundamentais – a Constituição, ao traçar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, elenca, em seu art. 3º, IV, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Com efeito, não há expressão definida, dentre as listadas, a vedar a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero. Todavia, a proteção dos transgêneros encontra-se na norma geral de igualdade perante a lei<sup>40</sup>, bem como na expressão “outras formas de discriminação”, suficientemente abrangente; além disso, o Brasil aderiu à DUDH e ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos, que tratam da temática, não podendo, portanto, furtar-se à devida proteção dessa camada socialmente marginalizada e estigmatizada.

Quanto à temática, merece destaque, também, o disposto no Decreto n. 7.388, de 09 de dezembro de 2010<sup>41</sup>, que dispõe sobre a composição, estruturação, competências e funcionamento do Conselho Nacional de Combate à discriminação – CNCD. O art. 1º do referido decreto esclarece que a finalidade do CNCD, órgão colegiado de natureza deliberativa, integrante da estrutura básica da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, é formular e propor diretrizes de ação governamental, em âmbito nacional, voltadas para o combate à discriminação e a promoção e defesa dos direitos de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais (LGBT).

---

<sup>39</sup> *Idem*, p. 40.

<sup>40</sup> Ao adentrar no Título II, destinado aos direitos e garantias fundamentais, a Constituição, em seu art. 5º, vai assegurar a igualdade de todos perante a lei, sem distinções de qualquer natureza.

<sup>41</sup> Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7388.htm)> Acesso em 26/11/2016.

Nessa esteira, a Presidente do CNCD/LGBT, considerando o art. 5º da Constituição Federal, bem como as normativas internacionais que tratam do tema, expediu a Resolução n. 12, de 16 de janeiro de 2015<sup>42</sup>, estabelecendo parâmetros para a garantia de condições de acesso e permanência de pessoas travestis e transexuais nos sistemas e instituições de ensino, formulando orientações quanto ao reconhecimento institucional da identidade de gênero e sua operacionalização. Chama a atenção, neste ato normativo secundário, notadamente, o art. 6º, por fazer referência expressa à garantia de uso de banheiros, vestiários e demais espaços segregados por gênero, de acordo com a identidade de gênero de cada sujeito. Na sequência e, por relevante, cita-se o art. 7º, que estabelece que, caso haja distinções quanto ao uso de uniformes e demais elementos de indumentária, deve ser facultado o uso de vestimentas conforme a identidade de gênero de cada sujeito.

No âmbito da legislação laborativa, na esteira do disposto na Convenção n. 111, em abril de 1995, foi promulgada a Lei n. 9.029, que proíbe práticas discriminatórias para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho. Já no art. 1º, a Lei n. 9.029/95 proíbe *a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, ressalvadas as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente*. A Lei n. 9.029/95, ainda, tipifica penas aos empregadores que praticarem ato discriminatório e traz expressamente o direito à reparação por dano moral do empregado, que poderá optar pela reintegração ou pela percepção em dobro do período de afastamento.

Vê-se, pois, que também em âmbito doméstico, a legislação evolui no sentido de oferecer maior proteção às minorias,

---

<sup>42</sup> Disponível em: < <http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/cncd-lgbt/resolucoes/resolucao-012>>. Acesso em 26/11/2016.

sabidamente discriminadas, dentre as quais estão os transgêneros.

## B) A DISCIPLINA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE COMO INSTRUMENTO DE TUTELA PARA O TRANSGÊNERO

Entre as questões ainda em aberto pelo Código Civil de 2002, quanto à disciplina dos Direitos da Personalidade, mesmo passados cerca de quinze anos de sua promulgação, consiste em saber se o nosso ordenamento contempla uma tutela geral ou se adotou uma estrutura tipificada, no sentido de considerar passível de proteção apenas determinados direitos. O artigo 12 não contém preceito expreso acerca da existência de um Direito geral da Personalidade<sup>43</sup>, no sentido, portanto, de permitir uma proteção a interesses jurídicos da pessoa não determinados em lei. Essa orientação é percebida, por exemplo, no Código Civil português, em seu artigo 70<sup>44</sup>, que claramente faz menção à tutela geral da personalidade<sup>45</sup>.

Mesmo ao tempo do Código Civil de 1916, houve quem sustentasse a orientação generalista<sup>46</sup>. Na doutrina brasileira atual, prevalece o entendimento de reputar desnecessária esta so-

---

<sup>43</sup> Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”.

<sup>44</sup> “Artigo 70 – Tutela Geral da Personalidade.

1: A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral”.

<sup>45</sup> Para um exame dos benefícios da noção de um direito geral de personalidade, ver PINTO, Paulo Mota, O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Studia Iuridica, 40, 1999, p. 171; sobre o tema também PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 207, 208, Coimbra Editora, 3ª ed.

<sup>46</sup> Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, vol. VII, p. 13, § 731: “Direitos de personalidade são todos os direitos necessários à realização da personalidade, à sua inserção nas relações jurídicas”.

lução, em face do reconhecimento no Direito brasileiro do princípio da dignidade humana no texto constitucional<sup>47</sup>. Contudo, cumpre ponderar que a adoção de um preceito claro no Código Civil acerca da proteção ao Direito geral da personalidade serviria de elemento expresso de conexão relativamente ao princípio da dignidade humana, previsto no artigo 1º da Constituição Federal. Além disso, tornaria ainda mais efetiva a proteção dos direitos da personalidade, na medida em que salientaria a existência de uma cláusula geral de tutela, coexistente com os eventuais direitos de personalidade específicos nominados<sup>48</sup>.

Referida medida colaboraria para dissipar qualquer dúvida no sentido de que o sistema de tutela de direitos da personalidade no Direito brasileiro apresenta-se como *numerus apertus* e não *numerus clausus*, de sorte que teria a aptidão para resolver novas situações lesivas aos direitos da pessoa, sem necessariamente ter que recorrer a princípios constitucionais. Uma situação passível de configurar um exemplo nesse sentido consiste no direito ao conhecimento de sua origem, tema que tem despertado a atenção no direito brasileiro<sup>49</sup> e também no direito

---

<sup>47</sup> Neste sentido, ver MORAES, Maria Celina Bodin de, Danos à pessoa humana, p. 117 et seq., ed. Renovar, 2003. Mais recentemente, para *uma visão geral do tema e na mesma linha de argumentação*, cf. CANTALI, Fernanda, *Direitos da Personalidade*, p. 83,88, Livraria do Advogado ed., 2009; SZANIAWSKI, Elimar, *Direitos de Personalidade e sua Tutela*, p. 93, 139.

<sup>48</sup> No Direito alemão, em que o BGB não contém na parte geral capítulo expresso sobre os Direitos da Personalidade, a idéia de um direito geral de personalidade desenvolveu-se precisamente para cumprir esta função ampliativa de tutela dos direitos da personalidade. Ela repousa sobre dois fundamentos: de um lado, na própria Lei Fundamental de 1949, que nos artigos 1º e 2º dispõe sobre o direito à dignidade humana (Recht des Einzelnen auf Achtung seiner Menschenwürde) acerca do direito ao livre desenvolvimento da personalidade (Recht des Einzelnen auf Entfaltung seiner individuellen Persönlichkeit. De outro, a jurisprudência alemã reputa os direitos da personalidade como direito especial (sonstiges Recht), a fim de vinculá-los ao § 823 I do BGB – que considera ato ilícito a lesão a direito especial. Cf. JAUERNIG, O, BGB – *Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar*, p. 1031, Beck Verlag, 10ª ed., 2003; SCHWAB, D., *Einführung in das Zivilrecht*, p. 130, Müller Verlag, 2002.

<sup>49</sup> Ver, por exemplo, LOBO, Paulo Netto, Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética, in *RCEJ*, 27, 2004, p. 27 e segs.

européu<sup>50</sup>. Também em relação a este assunto pode-se recorrer diretamente ao princípio da dignidade humana, mas a solução no sentido de resolver esta pretensão da pessoa mediante o direito geral de personalidade configura-se como um meio de enquadrar a matéria no âmbito do direito civil.

A existência de uma cláusula geral de Direitos da personalidade na esfera do Código Civil serviria também para resguardar o princípio da dignidade humana a situações efetivamente relevantes, evitando, de um lado, sua banalização e, de outro, o acúmulo de questões constitucionais com o risco de excessiva formalização dos procedimentos de acesso à Corte Suprema<sup>51</sup>. No Direito alemão, muito embora já se tenha afirmado que o princípio da dignidade humana constitui-se em valor máximo do sistema, esta circunstância tem levado igualmente a considerar-se que a sua aplicação deva ser feita de forma restritiva<sup>52</sup>.

Cumpre, aliás, ressalvar que nada impede que se vincule a noção de dignidade da pessoa humana ao Direito civil, como parece ser a solução do direito francês, que após reforma legislativa no ano de 1994, introduziu nova redação ao artigo 16, do Código Civil, a fim de assegurar a primazia da pessoa e vedar qualquer tentativa de lesão à dignidade desta<sup>53</sup>.

No Direito brasileiro, tem sido sustentada a tese de que o princípio da dignidade gera o efeito, nas relações privadas, de que entre um conflito entre uma situação subjetiva existencial e

---

<sup>50</sup> Ver, por exemplo, MALAURIE, Philippe, La Cour Européenne des droits de l'homme et le "droit" de connaître ses origines – l'affaire Odièvre, in *Jurisclasseur périodique*, 13, 2003, p. 545.

<sup>51</sup> Sobre a relevância da dignidade da pessoa humana ver SARLET, Ingo W.. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*, Livraria do Advogado, 10ª ed., 2015; PAVIA, Marie-Luce/REVET, Thierry, *La Dignité de la Personne humaine*, Economica, 1999, Paris.

<sup>52</sup> Cf. MANSSEN, Gerrit Manssen, *Grundrechte*, p. 49, op. cit.

<sup>53</sup> No original: La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie. Sobre o tema ver Malfessis, Nicolas, La Dignité de la Personne Humaine en Droit Civil, in *La Dignité de la Personne humaine*, p. 107 e seqs., op. Cit.

uma situação jurídica patrimonial, prevalecerá a primeira<sup>54</sup>.

Neste quadro, a invocação exclusiva do princípio da dignidade humana pode conduzir ao risco de sua banalização, pois ele passa a ser aplicado em uma ampla gama de situações em que, por exemplo, não estaria presente, *prima facie*, a implicação do mínimo existencial. Ademais, passa-se a exigir para toda uma série de casos a interpretação do texto constitucional, com a consequência de que o Direito Constitucional adquire o papel de solucionador de todos os conflitos privados<sup>55</sup>.

A posição no sentido de reconhecer a existência de um Direito geral de personalidade no plano infraconstitucional – em especial no Código Civil –, portanto, não se apresenta como supérflua<sup>56</sup>. Ela institui, na esfera do Direito Civil, um instrumento apto a tutelar de forma efetiva a personalidade humana em todas as suas potencialidades e relativamente a todos os seus eventuais modos futuros de expressão<sup>57</sup>.

Em relação a este ponto, passados dez anos de vigência do Código Civil, convém, em suma, ressaltar a relevância de considerar existente no artigo 12, caput, do Código Civil uma cláusula geral dispendo sobre um direito geral de personalidade no Direito Civil brasileiro, a fim de que dela se possa extrair instrumentos mais efetivos de defesa dos direitos da pessoa sem a necessidade de recorrer – a todo o momento – à esfera constitucional.

---

<sup>54</sup> Cf. MORAES, Maria Celina Bodin de, *Danos à pessoa humana*, p. 120, op. cit.

<sup>55</sup> Nesse sentido, cf. BARCELOS, Ana Paula de, *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*, p. 306.

<sup>56</sup> Veja-se que no Direito francês, apesar de o princípio da dignidade humana ter seu valor constitucional expressamente pela Corte Constitucional, em 27 de julho de 1994, o direito à dignidade humana encontra-se inserido no artigo 16 do Código Civil francês, sendo seu teor o seguinte: “La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l’être humain dès le commencement de sa vie”.

<sup>57</sup> Nesse sentido, ver PINTO, Paulo Mota, *O Direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, in *Studia Juridica*, vol. 40, p. 171 et seq., op. cit. Sobre o tema ver EHMANN, Horst, *Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht*, in *50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft*, p. 613, Beck, 2000.

Esta percepção encontra especial atenção no âmbito do tema exposto: a partir dela pode-se sustentar não somente a necessidade de superação de uma visão restritiva no âmbito da identidade jurídica da pessoa – em que não se reconhece a sua identidade social e pessoal<sup>58</sup>, o que viola o seu direito geral de personalidade, e, a partir daí extrair as medidas inibitórias e coercitivas decorrentes do regime geral de direito da personalidade.

### III) CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROBLEMATIZAÇÃO DA TUTELA AO TRANSGÊNERO

#### A) A IDENTIDADE DOS TRANSGÊNEROS E O REGISTRO CIVIL

A questão relativa ao direito do transgênero de ser tratado em conformidade com a sua identidade de gênero envolve uma ampla gama de situações.

Uma primeira questão relevante passível de ser referida aqui concerne ao registro civil, para fim de eventual alteração do prenome – tema que não possui no ordenamento nacional disciplina específica<sup>59</sup>

Na hipótese em que já ocorreu a cirurgia específica para alteração – o que se constitui em realidade no Brasil, sendo procedimento autorizado pelo Conselho Federal de Medicina, mediante a Resolução n. 1.482-97-, admite-se, a partir de orientação jurisprudencial, a alteração do prenome e designativo do sexo, afirmando-se a necessidade de reconhecimento da identi-

---

<sup>58</sup> Cf. LOISEAU, Grégoire, *L'Identité...finitude ou infinitude*, in *L'Identité, un singulier au pluriel* (Blandine Mallet-Bricout eth Thierry Favario, p. 29, op. Cit.

<sup>59</sup> No Congresso Nacional, tramitam projetos de lei a fim de alterar a Lei de Registros Públicos. Entre eles, pode-se citar o PL 5.002/2013, dos deputados federais Jean Wyllys e Érika Kokay.



dade sexual, bem como a imperiosidade de afirmação da dignidade humana<sup>60</sup>.

Vinculado a este tema, desenvolveu-se o questionamento acerca da possibilidade de alteração de registro civil, na situação em que ainda não houvesse sido realizada a cirurgia. Suscitava-se a necessidade de que o registro civil correspondesse à verdade real, razão pela qual prevalecia a orientação de condicionar a mudança no registro civil à realização de cirurgia<sup>61</sup>.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, porém, decidiu-se pela dispensabilidade da cirurgia, prevalecendo a orientação de que é possível a alteração do registro civil, para fim de mudança da identificação do sexo do requerente, a partir da prevalência da cláusula geral de tutela dos direitos existenciais inerentes à personalidade<sup>62</sup>.

Cabe observar que esta orientação encontra-se em harmonia com precedentes de outros países, como serve de exemplo

---

<sup>60</sup> Ver, por exemplo, o REsp n. 1.008.398-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 15.08.2009, constando na ementa o seguinte: “Direito civil. Recurso especial. Transsexual submetido à cirurgia de redesignação sexual. Alteração do prenome e designativo de sexo. Princípio da dignidade da pessoa humana”.

<sup>61</sup> “Registro civil. Transsexualidade. Pedido de alteração de prenome e de sexo. Alteração do nome. Possibilidade. Averbação à margem. A alteração do sexo somente será possível após a cirurgia de transgenitalização. 1. O fato da pessoa ser transexual e exteriorizar tal orientação no plano social, vivendo publicamente como mulher, sendo conhecido por apelido, que constitui prenome feminino, justifica a mudança do nome, já que o nome registral é compatível com o sexo masculino. 2. Diante das condições peculiares da pessoa, o seu nome de registro está em descompasso com a identidade social, sendo capaz de levar seu usuário a situação vexatória ou de ridículo, o que justifica plenamente a alteração. 3 Deve ser averbado que houve determinação judicial modificando o registro, sem menção à razão ou ao conteúdo das alterações procedidas, resguardando-se, assim, a publicidade dos registros e a intimidade do requerente. 4. No entanto, é descabida a alteração do registro civil para fazer constar dado não verdadeiro, isto é, que o autor seja do sexo feminino, quando inequivocamente ele é do sexo masculino, pois ostenta órgão genitais tipicamente masculinos. 5. A definição do sexo é ato métrico e o registro civil de nascimento deve espelhar a verdade biológica, somente podendo ser corrigido quando se verifica erro. Recurso desprovido, por maioria. (Ap. Civ. n. 70064503675, 7ª CC, TJRS, Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 24.06.2015).

<sup>62</sup> Cf. REsp n. 1.626-739-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, decisão de 09.05.2017, por maioria.

o direito francês<sup>63</sup>. Pontue-se, porém, que, no direito francês, a partir da disciplina do artigo 8, alínea primeira, da Convenção europeia de direitos do homem, que dispõe que toda pessoa tem direito ao respeito de sua vida privada e familiar, considerou-se que “não se poderia impor ao transexual um sexo que não estava em realidade com o seu”. Desse modo, o direito à vida privada adquire, no âmbito do direito europeu e, em particular, no direito francês, uma função de direito à liberdade da diferença – a par da noção clássica de assegurar uma liberdade de resguardo<sup>64</sup>.

Cumprir observar, porém, que muito embora a relevância da decisão acima indicada, o tema ainda é passível de apreciação pelo Superior Tribunal de Federal, existindo ao menos dois processos sob sua análise<sup>65</sup>.

Em essência, é perceptível que o Direito brasileiro, no que concerne ao tema da identidade da pessoa no âmbito registral, não concretiza uma visão generalista do direito da personalidade. Insiste-se em uma concepção binária, razão pela qual o tema merece seja uma interpretação integradora, seja uma reforma legislativa.

## B) A TUTELA DO TRANSGÊNERO AO ACESSO A LOCAIS COMO BANHEIROS PÚBLICOS

A par deste tema, relativo à identidade do transgênero e sua identificação no registro civil, cumpre apontar também a matéria de acesso do transgênero a banheiros públicos como essencialmente vinculada à questão dos direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana.

Trata-se de questão de relevo no direito comparado,

---

<sup>63</sup> Cf. decisão da Corte de Cassação, de 11 de dezembro de 1992.

<sup>64</sup> Sobre o tema, cf. BEIGNIER, Bernard/ANTIPPAS, Jeremy, *La Protection de la Vie Privée*, in (Remy Cabrillac), *Libertés et droits fondamentaux*, p. 221, 247 e segs., Dalloz, 2016, 22ª ed.

<sup>65</sup> Trata-se da ADI 4.275/DF, distribuído ao Min. Marco Aurélio e o RE 670.422/RS, distribuído ao Min. Dias Toffoli.

sendo objeto de aceso debate, por exemplo, no direito americano, em que se discute acerca da conveniência de promulgação de leis específicas a respeito, em geral para determinar a restrição no sentido de que as pessoas somente deveriam usar banheiros associados ao seu sexo biológico determinado no nascimento<sup>66</sup>. Em outros estados, como a Califórnia, tem-se adotado mecanismos, em princípio neutros, introduzindo a fórmula denominada de *all gender toilet*.<sup>67</sup>

No Direito brasileiro, o tema foi levado à apreciação do Supremo Tribunal Federal – STF, mediante o Recurso Extraordinário n. 845779, ao qual foi atribuído repercussão geral, por envolver discussão sobre o alcance dos direitos fundamentais das minorias<sup>68</sup>. Pelas razões sucintamente expostas, o Relator,

---

<sup>66</sup> É o caso de estados como Carolina do Norte, Kentucky, Florida e Texas. Sobre o tema, ver, por exemplo, SAMAR, Vincent J., *The Right to Privacy and the Right to Use the Bathroom*, in *Duke Journal of Gender Law and Policy*, vol. 24, 2016, p. 33 e segs.

<sup>67</sup> Um exemplo significativo a respeito encontra-se na legislação da Califórnia, o Bill Text n. 1732, em que consta a disposição que determina a identificação de ‘all-gender toilet’, para os casos de toilets identificados como ‘all single-user toilets. Ver <https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/bill>.

“Article 5. Single-User Restrooms

(a) All single-user toilet facilities in any business establishment, place of public accommodation, or state or local government agency shall be identified as all-gender toilet facilities by signage that complies with Title 24 of the California Code of Regulations, and designated for use by no more than one occupant at a time or for family or assisted use.

(b) During any inspection of a business or a place of public accommodation by an inspector, building official, or other local official responsible for code enforcement, the inspector or official may inspect for compliance with this section.

(c) For the purposes of this section, “single-user toilet facility” means a toilet facility with no more than one water closet and one urinal with a locking mechanism controlled by the user”.

<sup>68</sup> Ementa: TRANSEXUAL. PROIBIÇÃO DE USO DE BANHEIRO FEMININO EM SHOPPING CENTER. ALEGADA VIOLAÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A DIREITOS DA PERSONALIDADE. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. O recurso busca discutir o enquadramento jurídico de fatos controversos: afastamento da Súmula 279/STF. Precedentes. 2. Constitui questão constitucional saber se uma pessoa pode ou não ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente, pois a identidade

Min. Barroso, afirmou sob o regime de repercussão geral a seguinte tese: “Os transexuais têm direito a serem tratados socialmente de acordo com a sua identidade de gênero, inclusive na utilização de banheiros de espaços públicos”, dando provimento ao recurso extraordinário para reformar o acórdão recorrido e restabelecer a sentença que condenou a ré a indenizar a parte autora por danos morais.

Em consulta ao sítio do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, alimentando a ferramenta de pesquisa jurisprudencial com os seguintes termos “danos morais” e “transexuais”, foi possível localizar 9 (nove) resultados, envolvendo situações de impedimento de uso de banheiro feminino por transexual, deboches de funcionários de estabelecimentos comerciais, agressões físicas contra transgêneros, demonstrações de homofobia e discriminações em ambientes públicos e privados.<sup>69</sup>

Com os mesmos parâmetros de pesquisa, no sítio do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região – TRT4, retroativamente aos últimos 5 (cinco) anos contados a partir de novembro de 2016, o sistema apresentou 11 (onze) resultados, envolvendo diversas situações, entre elas a de impedimento do uso de banheiro e vestiário femininos, com o reconhecimento do direito de empregados estigmatizados e vítimas de discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero ao recebimento de indenizações por danos morais.<sup>70</sup>

Nesse contexto, vislumbra-se, após colacionar alguns

---

sexual está diretamente ligada à dignidade da pessoa humana e a direitos da personalidade 3. Repercussão geral configurada, por envolver discussão sobre o alcance de direitos fundamentais de minorias – uma das missões precípua das Cortes Constitucionais contemporâneas –, bem como por não se tratar de caso isolado. (RE 845759. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Relator: Ministro Roberto Barroso. Julgamento: 13/11/2014).

<sup>69</sup> Recurso Inominado n. 71005548177; Recurso Inominado n. 71004944682; Apelação n. 70056416258; Apelação n. 70036972446; Apelação n. 70031435985; Apelação n. 70025273111; Apelação n. 70016729394; Apelação n. 598556637.

<sup>70</sup> RO n. 0020258-58.2015.5.04.0781; RO 0001299-50.2012.5.04.0003; RO 0001027-62.2013.5.04.0022; RO 0021301-56.2014.45.2013.5.04.0331.

ulgados acerca do tema e, registre-se, com apenas um argumento de pesquisa – “danos morais” e “transexual” – que o tratamento dispensado aos transgêneros tem sido frequentemente discutido na jurisprudência e, no mais das vezes, reconhecido como fato ensejador de condenação por danos morais à vítima, demonstrando um padrão cultural passível de enquadramento no âmbito da violência e resistência à aceitação das diferenças nos mais diversos aspectos da vida social<sup>71</sup>, em ambientes públicos ou privados, recreativos ou profissionais, incompatíveis com a sociedade pluralista que o ordenamento jurídico intenta proteger e edificar.

Cumpra ter presente, porém, que os ambientes públicos (como *shoppings*, teatros, cinemas, bares...), seguem a referida lógica binária de divisão entre o feminino e masculino – que, como se viu – acompanha a disciplina social e jurídica desde o mundo clássico.

Ocorre que – como indicado - os transgêneros não se identificam social – e pessoalmente - com o gênero do seu sexo biológico. Por conta disso, a necessidade de utilização de banheiros e vestiários em desacordo com a sua identidade pessoal pode configurar uma violação ao seu direito geral de personalidade. Com efeito, muito embora não se tenha uma disciplina específica a respeito, a incidência do artigo 12, do Código civil, no particular, afigura-se como adequada, pois se trata de tutelar o transgênero em um ponto que não foi objeto de regulação específica pelo codificador civil.

---

<sup>71</sup> A definição de violência é tarefa assaz árdua, que também vai sofrer influência do momento histórico e do contexto social em que inserida. Diante da diversificada gama de conceitos, transcreve-se a definição adotada pela Organização Mundial de Saúde – OMS, no Informe Mundial sobre la violencia y la salud: El uso intencional de la fuerza o el poder físico, de hecho o como amenaza, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidade, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones. Disponível em < [http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/112670/1/9275315884\\_spa.pdf](http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/112670/1/9275315884_spa.pdf)>. Acesso em 20/11/2016.

Do até aqui exposto, vê-se que, no próprio âmbito do Supremo Tribunal Federal, a discussão se centra no direito ao dano moral. A questão, porém, que está em aberto é se esse direito do transgênero vai ao ponto de conceder a utilização de uma ação cominatória, pelo qual ele poderia ingressar em banheiros que estivessem em harmonia com sua identidade pessoal, mesmo que em desacordo com a sua identidade biológica.

Conforme mencionado e explicado à luz dos princípios de Yogyakarta, a identidade de gênero consiste na experiência interna e individual de cada pessoa em relação a seu gênero que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento. Desta forma, poder-se-ia sustentar um direito ao transgênero ao uso de banheiro ou vestiário compatível com a sua identificação de gênero, sob pena de isso implicar em clara ofensa a seu direito à identidade, que é um desdobramento da sua personalidade, cujo livre desenvolvimento implica na satisfação da dignidade humana. Negar-se, portanto, o uso do banheiro ou vestiário implicaria, no caso, à própria negativa individual ou coletiva da identidade do transgênero. Poder-se-ia cogitar de uma situação de experiência de desrespeito, passível de configurar um estado de abatimento em nível de morte social, tendo em vista o caráter de exclusão social, que lhe é própria.<sup>72</sup>

Em sentido oposto, pode-se aludir à uma violação ao direito de personalidade daqueles que utilizam banheiro ou do vestiário, em conformidade com a identidade sexual de nascimento, na medida em que há se está a ferir direito de privacidade<sup>73</sup>, pois passam conviver, compulsoriamente, em situação de foro íntimo, com pessoas que possuem identidade sexual biológica distinta da sua<sup>74</sup>.

---

<sup>72</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento. A gramática moral dos conflitos sociais* (trad. Luiz Repa). 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2009, p. 213-219.

<sup>73</sup> Cf. SAMAR, Vincent J, *The Right to Privacy and the Right to use the Bathroom*, in *Duke Journal of Gender Law & Policy*, vol. 24, 2016, p. 33, 51.

<sup>74</sup> O tema tem gerado debate no direito americano, sendo paradigma desta circunstância o caso *Gloucester County School Board v GG*. No caso concreto, após decisão da

Em princípio, a questão relacionada ao desconforto dos usuários dos banheiros públicos pela referida violação ao seu direito de privacidade ao ver frustrada sua expectativa de utilização do espaço de banheiro por pessoas que não são do mesmo gênero sexual pode refletir, *prima facie*, sobretudo uma percepção cultural, do que efetivamente uma lesão a um direito subjetivo<sup>75</sup>.

Nesse sentido, reputa-se que a alegação de violação de direito de privacidade não deveria preponderar relativamente ao direito de identidade do transgênero de frequentar o local público que se identifica com seu gênero sexual, o que corresponde, em última análise a um direito geral de personalidade no plano civil, na medida em que o ingresso do transgênero no espaço público de banheiro constitui uma necessidade de expressão correspondente a sua verdadeira constituição pessoal humana. Poder-se-ia dizer que a restrição a este direito, para amparar a expectativa cultural e social da pessoa não transgênera, seria desproporcional<sup>76</sup>.

Observe-se, também, que argumentos de ordem religiosa não deveriam se prestar a justificar conduta preconceituosa, discriminatória e estigmatizante, porquanto tais condutas ferem de morte direitos humanos que, por sua natureza, são universais,

---

Corte de Apelo do 4º Circuito favorável ao estudante Gavin Grimm, a partir da existência de uma diretiva federal, que proibia as escolas beneficiadas com auxílio federal de discriminar pessoas transgêneras, sucedeu a cassação da referida determinação, razão pela qual a Suprema Corte americana, que havia se inclinado pelo exame do caso, reverteu essa decisão, para determinar que a Corte inferior voltasse a apreciar a matéria. Cf. HOWE, Amy, *Justices send transgender bathroom case back to lower courts, no action on same-sex marriage case*, SCOTUSblog (Mar. 6, 2017, 12:03 PM), <http://www.scotusblog.com/2017/03/justices-send-transgender-bathroom-case-back-lower-courts/>

<sup>75</sup> Cf. SAMAR, Vincent J, *The Right to Privacy and the Right to use the Bathroom*, in *Duke Journal of Gender Law & Policy*, vo. 24, 2016, p. 33, 54.

<sup>76</sup> Sobre o tema do princípio da proporcionalidade, remete-se, no âmbito do presente texto, a MENDES, Gilmar, in *Princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras*, in *Repertório de Jurisprudência IOB*, n. 14, 2000, pg. 372 e segs.

tais como o direito à igualdade de tratamento, respeito à identidade, ao reconhecimento, à segurança e a não discriminação, direitos essenciais ao livre desenvolvimento da personalidade e corolários da dignidade da pessoa humana.

Por fim, no que diz com a criação de um terceiro banheiro para acesso de transgêneros, inviabilizando-os de usarem os banheiros masculinos, femininos e familiares, a fim de evitar constrangimentos, ao que parece, está longe de constituir a melhor solução, acentuando a segregação e a discriminação dessa minoria, injustificável numa sociedade que pretende ser plural e inclusiva.

Por todo o exposto, entende-se que o transgênero tem o direito de ser tratado socialmente em conformidade com a sua identidade de gênero, em respeito ao seu direito à identidade sexual, sem o qual não se realiza o livre desenvolvimento de sua personalidade e, portanto, não se concretiza o princípio da dignidade da pessoa humana.

## CONCLUSÃO

O direito brasileiro reproduz uma perspectiva binária no que concerne ao tratamento da pessoa, em especial no que diz respeito ao tema da sua identidade. Desconhece, portanto, qualquer traço de ‘ambiguidade’ no trato da questão, que, como se viu, conheceu uma disciplina e desenvolvimento na antiguidade no que concerne ao status da distinção sexual.

A matéria discutida nessa pesquisa suscita, no Direito privado brasileiro, a implicação de vários regimes jurídicos. É certo que se pode analisar o tema a partir da Constituição, tendo em vista a explícita referência ao princípio da dignidade no texto constitucional. Além disso, o assunto possui tratamento em diplomas internacionais, que devem ser considerados como fonte para o nosso ordenamento.

Pretendeu-se, aqui, também, destacar a necessidade de



considerar o tema sob o enfoque dos direitos da personalidade, a fim de destacar a possibilidade de invocação da cláusula geral dos direitos da personalidade, extraída do artigo 12, do Código civil, como base para a tutela dos transgêneros.

Trata-se de circunstância passível de consolidar, ainda mais, a proteção aos transgêneros, e, por outro lado, capaz de dar maior eficácia ao tema do direito geral da personalidade, na medida em que essa figura permanece, algumas vezes, eclipsada pela invocação automática à dignidade, com status constitucional.

A menção ao direito geral da personalidade tem aplicação estrita aos temas atualmente debatidos em nosso ordenamento, acerca da tutela do transgênero, tendo em vista a eficácia prevista no âmbito do artigo 12, do Código civil, que, recorde-se, não somente prevê o direito a perdas e danos, como também estabelece a inequívoca pretensão, ao lesado em seu direito geral de personalidade, de fazer cessar a ameaça.

Em essência, cumpre reconhecer a possibilidade de permitir-se ao transgênero o direito de alterar o seu registro civil, a fim de que seus dados estejam em plena harmonia com a sua situação pessoal, independentemente da condição biológica. Além disso, relativamente ao segundo ponto debatido, considera-se necessário que se autorize ao transgênero o acesso a banheiros localizados em espaços públicos em conformidade a sua identidade pessoal, tendo em vista a relevância desta circunstância para a afirmação do seu direito geral de personalidade.

Logo, as questões aqui, sumariamente, debatidas, como a negativa de registro civil, e o eventual impedimento de alguém ter acesso a um banheiro público, em conformidade com sua identidade de gênero, constituem em situação inequívoca de lesão a um direito geral de personalidade, que podem ter no artigo 12, do Código civil um instrumento efetivo de tutela.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais* (trad. Virgílio Afonso da Silva). 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- BARAK, Aharon. *Proportionality: constitutional rights and their limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- BARCELOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*, 2000.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BASTOS, Celso Ribeiro de; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BEIGNIER, Bernard; ANTIPPAS, Jeremy. La Protection de la Vie Privée, in (Remy Cabrillac), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 22ª ed., 2016.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BRASIL, CRFB. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 15/06/2016.
- BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. *Ação Afirmativa: alternativa eficaz para a busca da diversidade no trabalho*

- pelo Ministério Público do Trabalho. In Estudos Aprofundados do MPT. Salvador: Editora Juspodvium, 2013.*
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CANTALI, Fernanda. *Direitos da Personalidade*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- CHAGAS, Gustavo Luís Teixeira; MIESSA, Élisson. *Legislação de Direito Internacional do Trabalho e Proteção Internacional dos Direitos Humanos*. 3º ed. Salvador: Editora Juspodvium, 2013.
- CORDEIRO, António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, I, tomo III.
- DÉRROUSSIN, David, *Éléments pour une histoire de l'identité individuelle*, in *L'identité, un singulier au pluriel*, p. 7 e segs., Dalloz, 2015, Paris.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora RT, 2007.
- EHMANN, Horst, *Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht*, in *50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft*, Beck, 2000
- FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- GIERKE, Otto, *Deutsches Privatrecht*, Erster Band, p. 702, 1936, ed. Inalterada da 1ª ed., 1905.
- GOMES, Orlando, *Direitos da Personalidade*. *Revista Forense*, 1966, v. 216.
- HATTENHAEUR, Hans, *Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts*, p. 14, Beck Verlag, 2ª ed., 2000.
- \_\_\_\_\_. *Persona und personae acceptio – Christlicher Beitrag zur römischen Personenlehre*, in *Ars Iuris, Festschrift für Okko Behrends zum 70. Geburtstag*, p.193, Wallstein Verlag.
- HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento. A gramática moral dos conflitos sociais* (trad. Luiz Repa). 2ª ed. São

- Paulo: Editora 34, 2009.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE ALTOS ESTUDOS DE DIREITO PÚBLICO. Disponível em < <http://www.altosesudos.com.br/>>. Acesso em 15/06/2016.
- JAUERNIG, O, BGB – *Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar*, p. 1031, Beck Verlag, 10<sup>a</sup> ed., 2003
- JESUS, Jaqueline Gomes. *Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos*. Brasília, 2012. Disponível em: < [https://www.sertao.ufg.br/up/16/o/ORIENTA%C3%87%C3%95ES\\_PO-PULA%C3%87%C3%83O\\_TRANS.pdf?1334065989](https://www.sertao.ufg.br/up/16/o/ORIENTA%C3%87%C3%95ES_PO-PULA%C3%87%C3%83O_TRANS.pdf?1334065989)> Acesso em 27/11/2016.
- LITTER, N. Aportes normativos a la identidad de género: la experiencia argentina, in <http://psicologiajuridica.org/archives/5042>.
- LOBO, Paulo Netto, Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética, in *RCEJ*, 27, 2004.
- LOISEAU, Grégoire, L'Identité...finitude ou infinitude, in *L'Identité, un singulier au pluriel* (Blandine Mallet-Bricout eth Thierry Favario., Paris: Dalloz, 2015.
- MALAURIE, Philippe, La Cour Européenne des droits de l'homme et le "droit" de connaître ses origines – l'affaire Odièvre, in *Jurisclasseurperiodique*, 13, 2003.
- MENDES, Gilmar, in Princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras, in *Repertório de Jurisprudência IOB*, n. 14, 2000.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. Direitos Fundamentais*. 3.ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000.
- MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*, p. 7, § 728, ed. Borsoi, 1955.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- MORAES, Maria Celina Bodin de, Danos à pessoa humana, p.

- 117 et seq., ed. Renovar, 2003.
- MURAT, Pierre, *L'identité imposée par le droit et le droit à connaître son identité*, in *L'identité, un singulier au pluriel* (Blandine Mallet-Bricout et Thierry Favario), Dalloz, 2015).
- PAVIA, Marie-Luce/RENET, Thierry, *La Dignité de la Personne humaine*, Economica, 1999, Paris.
- PEPPE, Leo, Women and Civic Identity in Roman Antiquity, in *Austrian Law Journal*, 1, 2017.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais. Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 3ª ed.
- PINTO, Paulo Mota, O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Studia Iuridica, 40, 1999, p. 171
- PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite, *Personalidade e capacidade do ser humano a partir do novo Código Civil*, in *Manual de Teoria Geral do Direito Civil*, p. 178, ed. Del Rey, 2011, Belo Horizonte.
- RIOS, Roger Raupp; RESADORI, Alice Hertzog. Direitos humanos, transexualidade e “direito dos banheiros”. *Revista Direito e Práxis*. UERJ, 2015
- RUSSOMANO, Rosah. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.
- SAMAR, Vincent J., The Right to Privacy and the Right to Use the Bathroom, in *Duke Journal of Gender Law and Policy*, vol. 24, 2016.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*.

- Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- \_\_\_\_\_. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- SCHWAB, D., *Einführung in das Zivilrecht*, Müller Verlag, 2002.
- SZANIAWSKI, Elimar, *Direitos de Personalidade e sua Tutela*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- TEPEDINO, Gustavo, A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro, in *Temas de Direito Civil*, ed. Renovar.
- VALLAR, Sandrine, Les hermaphrodites: L'approche de la Rome antique, in *Revue Internationale des droits de l'Antiquité*, 2013.
- WHITMAN, James Q., The Two Western Cultures of Privacy, *The Yale Law Journal*, 2004.