

## **CONFLITO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS À LUZ DO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO EM UM CASO CONCRETO DE TRANSGENITALIZAÇÃO**

**Guilherme Tomizawa<sup>1</sup>**

### **RESUMO**

O presente trabalho acadêmico, tem o objetivo de realizar um estudo e análise da discussão dos conflitos de princípios constitucionais em casos reais no direito de família brasileiro. Inicialmente tratará de um capítulo dedicado aos direitos fundamentais. Mais frente um capítulo específico sobre a colisão de direitos fundamentais no direito brasileiro. E por fim, analisaremos um caso específico de redesignação do estado sexual que trata de uma colisão de direitos fundamentais sobre o prisma do direito de família.

**Palavras chave:** direitos fundamentais, colisão de princípios fundamentais, redesignação do estado sexual.

### **ABSTRACT**

This academic work aims to conduct a study and analysis of the discussion of conflicts of constitutional principles in actual cases in family law in Brazil. Initially deal with a chapter dedicated to fundamental rights. More forward a specific chapter on the collision of fundamental rights under Brazilian law. Finally, we analyze a specific case of sexual reassignment state that is a collision of fundamental rights on the prism of family law.

**Keywords:** fundamental rights, collision of fundamental rights, sexual reassignment state.

---

<sup>1</sup> Guilherme Tomizawa é Advogado. Bacharel em Administração e Direito pela UTP – PR. Pós-graduado em Direito de Família pela PUC – PR. Mestre em Direito Público pela UGF – RJ. Aluno regular do curso de Doutorado em Direito Civil pela UBA. Professor adjunto no curso de direito das faculdades OPET e pós-graduações em diversas instituições. Publicou livros e diversos artigos em revistas jurídicas no Brasil, Argentina, Colômbia e na Europa.

## 1 INTRODUÇÃO

Com o advento das grandes e notáveis conquistas históricas desde a Magna Carta de João sem Terra em 1215, da Constituição Norte-Americana de 1789, a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), resultou na promulgação da Constituição Federal de 1988 que amadureceu e tornou possível o desenvolvimento da sociedade brasileira no que tange a evolução dos direitos humanos fundamentais, já que diversos conceitos e características se originaram a partir da positivação desses institutos a nível internacional no desenrolar dos direitos humanos. Tem-se o intuito de trabalhar nesse ensaio acadêmico os direitos fundamentais como pano de fundo para nortear o trabalho dos jus-filósofos do porte de Robert Alexy e Ronald Dworkin a fim de mostrar a teoria dos direitos fundamentais, sendo aplicada a casos concretos no âmbito do direito de família, a fim de evidenciar a solução para os *hard cases* onde direitos fundamentais de mesmo peso e valor hierárquico entram em rota de colisão, contrastando das antinomias aparentes, que possuem soluções consagradas pela doutrina clássica.

## 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS NO DIREITO BRASILEIRO

Para se tratar desse assunto tão instigante e desafiador ao Judiciário Brasileiro e porque não dizer, mundialmente, mister se faz buscar algumas referências básicas e essenciais para se aprofundar no aludido tema.

No entendimento do constitucionalista português Jose Carlos Vieira de Andrade<sup>2</sup>, a Constituição Portuguesa de 1976 dispõe que os direitos fundamentais nela consagrados não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. Isto significa que é possível a existência de outros direitos fundamentais em leis ordinárias ou em normas internacionais, e que pode haver direitos previstos em preceitos constantes em outras partes da Constituição, que devam ser considerados direitos fundamentais.

Para tanto delimita-se os ensinamentos de Robert Alexy como marco teórico visando uma necessidade da construção de uma dogmática dos direitos fundamentais

---

<sup>2</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2001.

solidamente calcada numa teoria de princípios, cuja base está na argumentação<sup>3</sup>. No que tange a interpretação liberal clássica, Alexy<sup>4</sup> explica os tipos de intervenções do Estado, quando se comenta os 4 status de Jellinek ao analisar o alcance das normas que disciplinam os Direitos Fundamentais:

De acuerdo con la interpretación liberal clásica, “los derechos fundamentales están destinados, ante todo, a asegurar la esfera de la libertad del individuo frente a intervenciones del poder público; son derechos de defensa del ciudadano frente a Estado”. Los derechos de defensa del ciudadano frente al Estado son derechos a acciones negativas (omisiones) del Estado. Pertenecen al status negativo en sentido amplio. Su contrapartida son los derechos a acciones positivas del Estado, que deben ser incluidas en el status positivo en sentido estricto. Si se presupone un concepto amplio de prestación, todos los derechos a acciones positivas del Estado pueden ser calificados como derechos a prestaciones del Estado en un sentido amplio; dicho brevemente: como derechos a prestaciones en sentido amplio. La cuestión de si y en qué medida a las disposiciones de derechos fundamentales deben adscribirse normas que confieren derechos a prestaciones en sentido amplio es una de las más discutidas en la dogmática actual de los derechos fundamentales.

Surgem direitos com ações negativas do Estado, quando o mesmo for omissivo (inércia ou ausência da prática de uma ação), como exigem-se ações prestativas diante do ente público, resultando em ações ou posturas positivas por parte desse mesmo ente, podendo ter um sentido amplo, como restrito, dependendo do caso em análise. Mas para analisar tais direitos de defesa, ação, omissão e prestação, temos que ponderar sobre o conceito do que é o direito fundamental. O jurista e filósofo espanhol Antonio Enrique Pérez Luño traz uma definição de direito fundamental que interessa ao presente estudo, definindo-o como

Um conjunto de facultades y instituciones que, em cada momento histórico, concretan las exigências de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional y internacional.<sup>5</sup>

O conceito supra repousa no lema clássico da Revolução Francesa, Liberté, égalité, fraternité, dando ênfase à esse marco histórico da evolução dos direitos fundamentais. Por outro lado, no Brasil, os direitos fundamentais são albergados pela Carta Magna de 1988, especificamente no artigo 5º, caput e demais incisos. O Ministro

<sup>3</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. Madri. Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

<sup>4</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 419.

<sup>5</sup> PEREZ Luño, Antonio Enrique. **Los Derechos Fundamentales**. Madrid, Tecnos, D.L. 1984.

Celso de Mello<sup>6</sup> em uma decisão emblemática traz alhures uma definição que melhor ressalta a importância do tema e a real efetividade e luta desses direitos consagrados pelas leis máximas de cada país:

Mais do que a simples positivação dos direitos sociais – que traduz estágio necessário ao processo de sua afirmação constitucional e que atua como pressuposto indispensável à sua eficácia jurídica (...) recai sobre o Estado, inafastável vínculo institucional consistente em conferir real efetividade a tais prerrogativas básicas (...) Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido.

O mesmo mecanismo é previsto pela Constituição Brasileira de 1988, que dispõe, no § 2º do Art. 5º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Tal registro é feito com o objetivo de enfatizar que os direitos fundamentais não se esgotam, necessariamente, no rol daqueles direitos garantidos constitucionalmente. Após esse breve histórico e narrativa conceitual, trataremos no próximo tópico a colisão de garantias fundamentais de mesmo grau hierárquico.

### 3 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Por mais elementar e notória que seja a discussão sobre antinomias jurídicas, se faz necessário discutirmos sobre tais basilares diferenças, a título pedagógico e relevante para o presente estudo. Na vasta doutrina brasileira, as mesmas se dividem em antinomia aparente e a antinomia real.

A antinomia aparente que trabalha com soluções já previstas pela doutrina pátria (critérios de hierarquia, cronologia e especialidade ou ainda antinomias de 2º. grau ou metacritérios, ou seja, conflito entre os próprios critérios de soluções básicas<sup>7</sup>) não interessa ao presente estudo, já que os conflitos que trataremos no presente estudo dizem respeito a direitos com mesmo peso e valor hierárquico.

---

<sup>6</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 271.286-8 – RGS – Rel. Min. Celso de Mello – 02.08.2000 – RJTJERGS 205/33.

<sup>7</sup> DINIZ, Maria Helena. **Conflito de Normas**. Editora Saraiva. São Paulo: 2009.

Como já explicamos em outra obra<sup>8</sup> o jurista alemão Robert Alexy ressalta a necessidade de uma construção dogmática dos direitos fundamentais construída na teoria dos princípios em uma base argumentativa.

Tenta-se, de forma breve, aduzir o funcionamento da teoria de Alexy<sup>9</sup>:

Quando dos principios entran en colisión (...) un de los dos principios tiene que ceder ante el otro pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso.

Como ministrado por Alexy, não se trata de inserirmos uma cláusula de exceção (até porque entende-se que não existe direito absoluto), mas sim privilegiar o princípio hierárquico com mais peso para a solução do caso concreto em análise, preterindo “temporariamente” o outro, e não descartando-o definitivamente do catálogo de direitos fundamentais. O professor Luis Roberto Barroso<sup>10</sup> elucida que é o uso do instrumento da ponderação como uma técnica de decisão jurídica aplicável aos *hard cases*, que dá ensejo a aplicação de normas de mesma hierarquia com soluções distintas.

Um caso emblemático<sup>11</sup> ocorreu na cidade de *Morsang-Sur-Orge* na França, de uma decisão administrativa do Conselho de Estado em 1995, que proibiu uma atividade em uma casa de espetáculo que arremessava um anão (*lancer de nain*) de um lado para outro, alegando a priori que era uma atividade que denegria a *dignidade da pessoa humana*, como um dos componentes de ordem pública que prevaleceria sobre o *direito de ir e vir* ou do *livre ofício* (ambas garantias constitucionais) do *handicap*. A discoteca (no caso, com seu *direito à propriedade* – também um direito garantido constitucionalmente) em litisconsorte ativo ajuizou uma ação para anular a decisão administrativa no Tribunal de Versailles, o que obteve êxito. Todavia, em segunda instância, o *Conseil d’Etat* reformou a decisão administrativa daquela corte. O que chama a atenção ao presente trabalho é que o Estado de forma coercitiva (através de seu

<sup>8</sup> TOMIZAWA, Guilherme. **A Invasão de Privacidade Através da Internet**. JM Livraria Jurídica, Curitiba, 2008. p. 33-41.

<sup>9</sup> Cf. ALEXY, **Op. cit.**, 1993, p.89.

<sup>10</sup> BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n.18. abril-junho de 2004, p. 117-118.

<sup>11</sup> ÂMBITO JURÍDICO. **Direitos da Personalidade**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1718](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1718)>. Acesso em: 06 fev. 2013.

prefeito que interditou o funcionamento do estabelecimento) quis conservar a humanidade do deficiente físico, perante os demais daquela sociedade.

No Brasil, 2 casos paradigmáticos que envolveram o *direito à vida versus o direito a liberdade de escolha religiosa, a liberdade de crença, intimidade, privacidade e dignidade da pessoa humana*, envolvendo pais testemunhas de Jeová fez resultando no óbito<sup>12</sup> de uma menina de 13 anos, após a interrupção de transfusão de sangue (fazendo com que o caso fosse à Júri Popular). Outro caso<sup>13</sup>, foi de uma pessoa de maior em estado grave, em que o Hospital fez a transfusão com a autorização judicial, já que o desembargador entendeu que a *vida*, por ser um bem natural, transcende os demais direitos. Ademais, alegou que não se admite eutanásia ou auxílio ao suicídio em nossa legislação. Acrescentou ainda que a vida é um bem indisponível, cuja proteção incumbe ao Estado efetivar tal direito através da transfusão. Mas seria o caso aqui de colisão de direitos fundamentais ou tão somente direitos que se *concorrem*, já que se trataria da mesma pessoa (a qual é colocada sua própria vida em risco por conta de uma opção religiosa?) em comento.

Tais casos mostram que o bem jurídico *vida*, que por leigos, é visto como o maior bem tutelado numa sociedade pode ser *relativizado*, dependendo do caso concreto (aqui no caso a liberdade de crença).

Houve ainda o caso de 4 soldados em Lebach na Alemanha<sup>14</sup> que haviam sido assassinados, e o réu após ter cumprido pena e saído da prisão, teve a sua história revelada por um programa de televisão (ZDF) nominado “o assassinato dos soldados de *LeBach*”, envolvendo aqui o *direito ao reengajamento social* daquele condenado *versus a liberdade de informação* daquele veículo jornalístico. O Tribunal Constitucional Federal Alemão entendeu, naquele caso concreto, que a proteção da personalidade daquele condenado e a sua reinserção social seria mais importante que o direito coletivo do acesso a informação de uma coletividade.

Ademais, pela *liberdade* mostra a história das guerras e batalhas que milhares e milhões de pessoas já sucumbiram, lutando pela mesma em detrimento de suas próprias vidas, evidenciando outro nítido exemplo de relativização.

---

<sup>12</sup> **TERRA**. Disponível em: <http://terramagazine.terra.com.br/interna/0,,OI4799339-EI6594,00-Pai+que+impediu+transfusao+da+filha+diz+que+nao+se+arrepente.html>. Acesso em 06 fev. 2013.

<sup>13</sup> **CONJUR**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-fev-28/liminar-autoriza-transfusao-sangue-paciente-religioso>. Acesso em 06 fev. 2013.

<sup>14</sup> **CONJUR**. loc.cit.

Da mesma forma, seguindo a consagrada teoria de Alexy, Ronald Dworkin aborda os princípios e a dimensão de seu peso ou importância, doutrinando o seguinte:

Principles have a dimension that rules do not – the dimension of weight or importance. When principles intersect (...), one who must resolve the conflict has no take into account the relative weight of each. This cannot be, of course, an exact measurement, and the judgment that a particular principle or policy is more important than another will often be a controversial one. Nevertheless, it is an integral part of the concept of a principle that it has this dimension, that it makes sense to ask how important or how weighty it is<sup>15</sup>.

Aqui, novamente, Ronald Dworkin em seu célebre ensaio acadêmico, reafirma a verdadeira importância da ponderação à luz do caso concreto, onde cada princípio tem o seu peso e seu valor. Em suma, Alexy entende que só haverá uma liberdade fundamental quando esta estiver protegida por norma explícita da Constituição. É o conceito de liberdade protegida, demonstrando a importância de existir uma norma positiva que assegure a posição livre do indivíduo, isto é, uma norma que lhe garanta exercer ou não as faculdades inerentes a um comportamento. É o que Robert Alexy<sup>16</sup> caracteriza como alternativa de ação<sup>17</sup>. Para finalizar o raciocínio da relações de tensão e da ponderação dos interesses opostos, derradeira é a solução estampada pelo jusfilósofo, analisando um caso concreto, quando diz:

El Tribunal constata que en tales casos existe ‘una relación de tensión entre el deber del Estado de garantizar una aplicación adecuada del derecho penal y el interés del acusado en la salvaguardia de los derechos constitucionalmente garantizados, a cuya protección el Estado esta igualmente obligado por la Ley Fundamental’. Esta relación de tensión no podía ser solucionada en el sentido de una prioridad absoluta de uno de estos deberes del Estado, ninguno de ellos poseería ‘prioridad sin mas. Mas bien, el ‘conflicto’ deberia ser solucionado ‘a través de una ponderación de los intereses opuestos’. En esta ponderación, de lo que se trata es de la ponderación de cuál de los intereses, abstractamente del mismo rango, posee mayor peso en el caso concreto (...).”

Passaremos no próximo capítulo a tratar de colisões de direitos fundamentais relacionados à um caso *sui generis* de direito de família na história da jurisprudência brasileira.

---

<sup>15</sup> DWORKIN, Ronald M. **The Model of Rules**. In: Law, Reason and Justice, Essays in Legal Philosophy. New York: New York University Press, 1969, p. 18-19.

<sup>16</sup> Cf. ALEXY, Op. cit., p. 85.

<sup>17</sup> Cf. ALEXY, loc.cit.

#### 4 CONFLITOS DE PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS À LUZ DO DIREITO DE FAMÍLIA EM UM CASO CONCRETO DE TRANSGENITALIZAÇÃO

Após analisados as diversas teses acadêmicas acerca da teoria dos direitos fundamentais e de suas possíveis soluções utilizadas na doutrina e na jurisprudência brasileira, trazemos um precedente judicial, que não foi um dos primeiros no Brasil, mas que repercutiu a nível nacional. Trata-se de uma questão que envolve um transexual que nasceu homem, no seio de uma família tradicional. Filha de pai militar, e mãe dona de casa, desde a mais tenra idade, sentiu que o sexo anatômico não correspondia com sua identidade psíquica. Quando criança começou a se vestir como menina, apesar da resistência inicial da família, acabaram reconhecendo como um erro da natureza tal transtorno de identidade sexual. Com 06 anos de idade se deparou pela primeira vez com problemas de preconceito. Nas aulas era motivo de chacota e isolamento. Seu calvário foi marcado com imenso sofrimento com apoio de terapeutas movido pelos sentimentos de solidão e angústia. Ocorre que, segundo o laudo da psiquiatra encarregada pela mesma, foi identificado varias situações traumáticas e humilhantes diante dessa identidade de gênero desde a infância até a adolescência. Aos 16 anos de idade começou a fazer o uso de hormônios femininos. Nessa idade já era conhecida notoriamente pelo nome social e não pelo nome masculino do registro do nascimento. Se tornou uma ativista dos direitos humanos e conhecida no Brasil e mundialmente.

Em 2006 passou pelo processo operatório de alteração da genitália, chamado de transgenitalização ou redesignação do estado sexual, no meio jurídico, embora a mesma já vivesse como do gênero feminino desde a sua adolescência. A cirurgia foi um sucesso, e desde 2006 ela já apresentava todos os sinais externos do sexo feminino, tais como pele do rosto fina, ausência de barba, mamas com prótese de silicone e presença de vulva e neovagina moldadas através de cirurgia plástica. A transexual é portadora de Transtorno de Identidade Sexual reconhecido pela Organização Mundial da Saúde (CID 10F64), ou seja, ser declarado como do sexo oposto, fazer se passar frequentemente como alguém do sexo oposto, viver ou ser tratado como alguém do sexo oposto, e por fim convicção de ter sentimentos, reações típicas do sexo oposto. A problemática surge justamente com relação à **questão documental**, pois seu nome e identidade de gêneros em seus documentos são distintos e opostos, gerando situações vexatórias que atentam a sua pessoa. Seja para votar, ou fazer um pagamento, ou usar um cheque ou cartão de crédito, seja para prestar um concurso público, um vestibular ou conseguir um emprego,

geram momentos indescritíveis de constrangimento e discriminação. Em suma, a mesma lutou para que conseguisse obter a troca de seu *nome e gênero sexual nos registros civis* (Certidão de nascimento e por via de consequência outros documentos civis decorrentes dessa decisão).

Mas como juridicamente, ocorreria tal discussão e qual a sua relevância acadêmica? Basta emprestarmos os ensinamentos de Robert Alexy, Ronald Dworkin e outros jurisconstitucionalistas para verificarmos que existiria de fato uma colisão de direitos ou conflitos de princípios constitucionais no caso em análise.

De um lado teríamos o *princípio da identidade sexual* (art. 5º, inciso X, da Constituição Federal Brasileira<sup>18</sup>) já que se trata de um direito fundamental da pessoa humana, em consonância com o *livre desenvolvimento da personalidade* (art. 16 do CC<sup>19</sup>), nele compreendidos o *prenome e o sobrenome*.

E por último, mas não menos importante, o *princípio constitucional da dignidade da pessoa humana* (art. 1º, inciso III da CF<sup>20</sup>), pois a concepção do nome e da identidade assumem fundamental importância individual e social enquanto for fator determinante da identificação e da vinculação a alguém a um determinado grupo, conferindo à transexuais o direito a alteração do registro civil<sup>21</sup>.

E de outro lado para ocasionar tal conflito, o que teríamos? O *princípio da legalidade*? O art. 58 da Lei de Registros Públicos (Lei Ordinária Federal nº 6.015/73) estabeleceu ser definitivo o prenome, não podendo ser passível de alteração. Obviamente em alguns casos poderia se caber exceções<sup>22</sup>. Teríamos ainda o *princípio*

---

<sup>18</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...) 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;

<sup>19</sup> Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

<sup>20</sup> 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;

<sup>21</sup> A dignidade da pessoa humana foi inserida no CC/2002 ao dispor sobre o Direito da Personalidade – arts. 11 a 21 – sendo amparado pela proteção internacional dos Direitos Humanos (Corte Internacional de Direitos Humanos - CIDH).

<sup>22</sup> Art. 55. Quando o declarante não indicar o nome completo, o oficial lançará adiante do prenome escolhido o nome do pai, e na falta, o da mãe, se forem conhecidos e não o impedir a condição de ilegitimidade, salvo reconhecimento no ato.

Parágrafo único. Os oficiais do registro civil não registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores. Quando os pais não se conformarem com a recusa do oficial, este submeterá por escrito o caso, independente da cobrança de quaisquer emolumentos, à decisão do Juiz competente.

Art. 56. O interessado, no primeiro ano após ter atingido a maioria civil, poderá, pessoalmente ou por procurador bastante, alterar o nome, desde que não prejudique os apelidos de família, averbandose a alteração que será publicada pela imprensa.

da *segurança jurídica* das relações para apoiar o legalismo jurídico? Devemos ser rigorosos e seguir o brocardo jurídico *dura lex sedi lex* ?

Na sentença que alterou o nome e a identidade sexual da requerente o magistrado emprestou uma citação de Carlos Fernandez Sessarego<sup>23</sup> que é muito oportuna ao presente estudo:

El derecho a la identidad personal es uno de los derechos fundamentales de la persona humana. Esta específica situación jurídica faculta al sujeto a ser socialmente reconocido tal como 'el es' y, correlativamente, a imputar a los demás el deber de no alterar la proyección comunitaria de su personalidad. La identidad personal es la 'manera de ser' como la persona se realiza en sociedad, con sus atributos y defectos, con sus características y aspiraciones, con su bagaje cultural y ideológico. Es el derecho que tiene todo sujeto a "ser el mismo".

A palavra identidade<sup>24</sup> também representa o direito fundamental da pessoa humana, inaugurando os direitos de cunho moral, no elo de ligação entre o indivíduo e a sociedade como um todo. O bem jurídico tutelado é a identidade, é considerada como atributo da personalidade<sup>25</sup> humana.

O Superior Tribunal de Justiça<sup>26</sup> e os Tribunais brasileiros de forma incipiente<sup>27</sup> também têm se manifestado favoravelmente nesse conflito quando a tensão é gerada

---

Art. 57. A alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, ressalvada a hipótese do art. 110 desta Lei. (...) Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios.

<sup>23</sup> SESSAREGO, Carlos Fernandez. **El cambio de sexo y su incidencia en las relaciones familiares**. Revista de Direito Civil, nº 56, p. 7.

<sup>24</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. Forense Universitária, 1ª. p. 120-121.

<sup>25</sup> "O direito à identidade pessoal pertence ao quadro dos direitos morais, considerando-se atributo insito da personalidade humana, exatamente porque se constitui no elo de ligação entre indivíduo e a sociedade em geral. O nome e outros sinais identificadores da pessoa são os elementos básicos de associação de que dispõe o público em geral para o relacionamento normal, nos diversos núcleos possíveis: familiar, sucessório, negocial, comercial e outros. Possibilita seja a pessoa imediatamente lembrada, mesmo em sua ausência e a longas distâncias. Cf. OLIVEIRA, Euclides de. **Direito ao nome**. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. (coord.) Novo Código Civil Questões Controvertidas. São Paulo: Método, 2004, p. 67-88. v. 2.

<sup>26</sup> "A medicina poderá aliviar o peso da dubiedade, com técnicas cirúrgicas. O Estado confia que o sistema legal é apto a fornecer a saída honrosa e deve assumir uma posição que valoriza a conquista da felicidade ('soberana é a vida, não a lei', Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, in 'O aprimoramento do Processo Civil como pressuposto de uma justiça melhor' AJURIS 57/80), quando livre da ameaça de criar-se exceção ao controle da paz social". A tendência que se observa no mundo é a de alterar-se o registro adequando-se o sexo jurídico ao sexo aparente".

<sup>27</sup> APELAÇÃO CÍVEL. TRANSEXUALISMO. ALTERAÇÃO DO GÊNERO/SEXO NO REGISTRO DE NASCIMENTO. DEFERIMENTO. Tendo o autor/apelante se submetido a cirurgia de redesignação sexual, não apresentando qualquer resquício de genitália masculina no seu corpo, sendo que seu "fenótipo é totalmente feminino", e, o papel que desempenha na sociedade se caracteriza como de cunho feminino, cabível a alteração não só do nome no seu registro de nascimento mas também do sexo, para que conste como sendo do gênero feminino. Se o nome não corresponder ao gênero/sexo da pessoa, à evidência que ela terá a sua dignidade violada. (Apelação Cível nº

entre a dignidade da pessoa humana e a identidade pessoal *versus* o princípio da legalidade e a segurança jurídica.

Não há como deixar de mencionar o avanço legislativo na Argentina, se não for o único país da América Latina, a adotar tal expediente, quando se refere à redesignação do estado sexual ou transgenitalização, já que o(a) postulante não necessita nem passar pelo procedimento cirúrgico, bastando o(a) interessado(a) optar por um dos sexos oralmente, e terá o seu nome e sua identidade sexual alterada, administrativamente pelo ato do funcionário juramentado, num simples pedido verbal ao Cartorário. Obviamente que se este(a) se arrepender e quiser trocar novamente de nome e gênero sexual terá que passar pelo crivo do Judiciário, até para que não se banalize tal prática e não desordene ou burocratize mais ainda as relações com órgãos públicos e seus respectivos documentos.

Sendo assim, o princípio da dignidade da pessoa humana prevaleceu diante do princípio da legalidade, evidenciando as teorias do direito fundamental de Robert Alexy, com pano de fundo em Ronald Dworkin, quando ocorrem colisão ou choque de princípios constitucionais ou de direitos fundamentais de mesmo valor hierárquico, deve-se ter em mente a ponderação e o sopesamento do direito e o peso dos valores à luz do caso concreto como bem ressaltado pelos insignes jusfilósofos.

## 5 CONCLUSÃO

Diante do caso retro comentado, como devemos operacionalizar direitos constitucionais ou garantias fundamentais de mesmo valor e peso?

---

70022952261, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 17/04/2008). E APELAÇÃO CÍVEL. ALTERAÇÃO DO NOME E AVERBAÇÃO NO REGISTRO CIVIL. TRANSEXUALIDADE. CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. O fato de o apelante ainda não ter sido submetido à cirurgia para a alteração de sexo não pode constituir óbice ao deferimento do pedido de alteração do nome. Enquanto fator determinante da identificação e da vinculação de alguém a um determinado grupo familiar, o nome assume fundamental importância individual e social. Paralelamente a essa conotação pública, não se pode olvidar que o nome encerra fatores outros, de ordem eminentemente pessoal, na qualidade de direito personalíssimo que constitui atributo da personalidade. Os direitos fundamentais visam à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual, atua como uma qualidade inerente, indissociável, de todo e qualquer ser humano, relacionando-se intrinsecamente com a autonomia, razão e autodeterminação de cada indivíduo. Fechar os olhos a esta realidade, que é reconhecida pela própria medicina, implicaria infração ao princípio da dignidade da pessoa humana, norma insculpida no inciso III do art.1º da Constituição Federal, que deve prevalecer à regra de imutabilidade do prenome (Apelação Cível nº 70013909874, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 05/04/2006).

É, será, e está sendo uma tarefa árdua julgar tais casos onde o interesse público prevaleceria sobre o privado, ou seria o oposto? Ou seria do privado sobre o privado? Ou do discriminado sobre o soberbo ?

No que tange ao caso analisado, a mudança de sexo, muda efetivamente o sexo da pessoa<sup>28</sup>. Em vista disso, torna-se indiscutível que a pessoa que passou pela cirurgia habilita-se a ter uma vida social normal, embora, em tese e por ora decorrente dos avanços da ciência, ainda possa procriar. Evidente, todavia, que poderá constituir família. Mais do que isso ela precisa um nome condizente com seu gênero sexual. Seria totalmente ultrajante, inaceitável e ofensivo uma pessoa realizar uma cirurgia dessa magnitude e ainda manter o nome de batismo ou de nascência, definitivamente uma verdadeira afronta à dignidade humana, onde o legalismo e o positivismo exacerbado de uma norma jurídica e a “segurança jurídica” não poderiam nesse caso jamais prevalecer.

Diante da teoria de Alexy e dos conflitos de direitos fundamentais, termina-se o modesto estudo acadêmico com o teor e trechos do Projeto de Lei nº 70/95 de autoria do deputado José Coimbra, dispondo sobre intervenções cirúrgicas que visam a alteração do sexo, como no caso em comento que retratam o pensamento do autor do presente artigo, sendo inclusive recebido na Comissão de Constituição e Justiça, parecer favorável do Deputado Régis Oliveira, que comenta o seguinte:

(...) O rigor do padrão moral de outrora, cede espaço, hoje, à novas realidades, aos novos costumes e a hipocrisia de então não mais encontra eco na vida e na ciência hodiernas. (...) De outro, surge a grande realidade empírica. Os costumes alteram-se, os comportamentos mudam, as condutas ficam mais flexíveis, fruto das informações de massa. Em consequência, as regras jurídicas não podem imobilizar-se. Ao contrário, devem adaptar-se aos novos tempos. Os comandos normativos dirigem à determinada sociedade, à determinada comunidade. Não são conceitos desapegados de qualquer conteúdo, como se o mundo jurídico pudesse ser um mundo alheio ao que se passa na comunidade a que se dirige. Os comandos tendem a se alterar, na medida em que muda realidade.  
“Uma eventual relação de prevalência só em face das circunstâncias concretas se poderá determinar” (José Joaquim Gomes de Canotilho)

## 6 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de la argumentación jurídica**. Madri. Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

---

<sup>28</sup> “La majorité de la doctrine n’admet que les trois cas suivant: défaut absolu de consentement, identité de sexe, défaut des formes et incompétence du célébranxt’ (PLANIOL & RIPERT, “Traité Pratique de Droit Civil Français”, Paris, 1926, tomo 2, nº 252)”.

\_\_\_\_\_. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.

\_\_\_\_\_. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. V.17, 1999.

ÂMBITO JURÍDICO. **Direitos da Personalidade**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1718](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1718)>. Acesso em: 06 fev. 2013.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2001

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição** – fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. Editora Saraiva. 5ª. Edição – revista, atualizada e ampliada, São Paulo, 2003.

\_\_\_\_\_. **Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa**. Revista de Direito Privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n.18. abril-junho de 2004.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. Forense Universitária, 1ª. ed.

BONAVIDES, Paulo. **Revista Latino-americana de estudos constitucionais**, n. I – jan./jun. 2003, Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 271.286-8 – RGS – Rel. Min. Celso de Mello – 02.08.2000 – RJTJERGS 205/33.

**CONJUR**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-fev-28/liminar-autoriza-transfusao-sangue-paciente-religioso>>. Acesso em 06 fev. 2013.

\_\_\_\_\_. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2007-mar-02/robert\\_alexey\\_teorias\\_principios\\_regras?pagina=3](http://www.conjur.com.br/2007-mar-02/robert_alexey_teorias_principios_regras?pagina=3)>. Acesso em 06 fev. 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito** – introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica. Norma jurídica e aplicação do direito. 22ª. edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Conflito de Normas**. São Paulo: Saraiva, 2009.

DWORKIN, Ronald M. **The Model of Rules**. *In*: Law, Reason and Justice, Essays in Legal Philosophy. New York: New York University Press, 1969, p. 18-19.

OLIVEIRA, Euclides de. **Direito ao nome**. *In*: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. (coord.) Novo Código Civil Questões Controvertidas. São Paulo: Método, 2004. v. 2.

PEREZ Luño, Antonio Enrique. **Los Derechos Fundamentales**. Madrid, Tecnos, D.L. 1984.

PLANIOL & RIPERT. **Traité Pratique de Droit Civil Français**. Paris, 1926, tomo 2, nº 252.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Livraria do Advogado Editora. 2ª. edição revista e ampliada. Porto Alegre, 2006.

SESSAREGO, Carlos Fernandez. **El cambio de sexo y su incidência en las relaciones familiares**. Revista de Direito Civil, nº 56.

**TERRA**. Disponível em: <<http://terramagazine.terra.com.br/interna/0,,OI4799339-EI6594,00-Pai+que+impediu+transfusao+da+filha+diz+que+nao+se+arrepente.html>>. Acesso em 06 fev. 2013.

TOMIZAWA, Guilherme. **A Invasão de Privacidade Através da Internet**. JM Livraria Jurídica, Curitiba, 2008.