

**UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL
CURSO DE DIREITO**

Carolina Barcelos de Moraes

**A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA TRANSEXUAL:
UMA ANÁLISE ACERCA DA APLICABILIDADE DO DIREITO AO
ESQUECIMENTO**

Santa Cruz do Sul
2019

Carolina Barcelos de Moraes

**A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA TRANSEXUAL:
UMA ANÁLISE ACERCA DA APLICABILIDADE DO DIREITO AO
ESQUECIMENTO**

Trabalho de Conclusão de Curso, modalidade monografia, apresentado ao Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Edison Botelho da Silva Júnior

Santa Cruz do Sul
2019

CRIOLO. Etérea

*Uma bala
Quase hétero
Etérea, massa, complexo
De não se entender
Um canalha
Quase hétero
Ignorar amor por complexo
Medo de nele se ver*

*É necessário quebrar os padrões
É necessário abrir discussões
Alento pra alma, amar sem portões
Amores aceitos sem imposições
Singulares, plural
Se te dói em ouvir, em mim dói no carnal*

*Mas se tem um jeito esse meu jeito de amar
Quem lhe dá o direito de vir me calar?
Eu sou todo amor, medo e dor, se erradicar
Feito o sol que ilumina a umidade suspensa do ar*

*Homo, homo, homo
Homo, homo, homo
Homo, homo, homo
Homo sapiens, errou*

*Homo, homo, homo
Homo, homo, homo
Homo, homo, homo
Homo sapiens, errou*

AGRADECIMENTOS

Ninguém é autossuficiente, todos precisam de suporte, amor e carinho. Sinto-me agraciada e privilegiada por viver perto de tanta gente boa. Por tal motivo agradeço com todo meu coração:

Aos meus pais, pelo suporte incondicional e o amor além da vida – ao infinito e além.

Ao meu irmão, Vicente, fonte de inspiração e orgulho. Obrigada Vicente por ser tanto, pela tua coragem, por ser tão verdadeiro consigo mesmo e por ser a resistência mais pura que já vi.

Aos meus amigos pela amizade incondicional durante os anos. À minha amiga Gabriela, por, também, ser minha inspiração e resistir, acima de tudo e de todos. Às minhas amigas Camila e Laura pelo apoio sem restrições, pela dedicação, pelo carinho e pelo amor. À minha amiga Sabrina pelas inúmeras noites de amparo e colo. À minha amiga Anuska, por acreditar em mim e não me deixar desistir (mesmo que todas as situações fossem favoráveis à desistência). Às minhas amigas Marcelly e Natália por segurarem minha mão (inúmeras vezes).

Aos meus ex-chefes da Defensoria Pública do Estado, Dr. Diego e Dr. Mateus, por me mostrarem a ética e dedicação em seus cargos, por não se calarem perante as injustiças e por me mostrarem que o direito pode ser sim sobre justiça também.

Por fim, ao meu querido orientador e amigo, Edison Botelho, pela orientação, pelo carinho e pela compreensão.

Obrigada a todas as pessoas incríveis que estiveram ao meu lado e ao lado das minorias na trincheira lutando contra os retrocessos. É importante lembrarmos que ainda existe boa nesse mundo e é necessário ter esperança em um mundo mais justo.

O amor sempre ganha!

LISTA DE ABREVIATURAS

Ação Direta de Inconstitucionalidade.....	ADI
Código Civil	CC
Conselho Nacional de Justiça.....	CNJ
Conselho de Justiça Federal.....	CJF
Constituição da República Federativa do Brasil.....	CRFB
Decreto Lei.....	DL
Diário Oficial da União.....	DOU
Lei Complementar.....	LC
Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transsexuais e Transgêneros.....	LGBT
Organização das Nações Unidas.....	ONU
Procurador-Geral da República.....	PGR

RESUMO

O presente trabalho analisa a possibilidade de aplicação da tese do direito ao esquecimento tangente à mudança de gênero e a garantia ao pleno desenvolvimento da personalidade da população transexual, tendo como princípio norteador a dignidade da pessoa humana. A implementação e garantia dos direitos da personalidade no sistema jurídico brasileiro deve contemplar a todos, sem qualquer distinção de raça, origem, cor, gênero, sexo, entre outros. Partindo do pressuposto que a dignidade da pessoa humana norteia o ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo, é verificada a possibilidade de inserir na mudança de gênero o direito ao esquecimento da vida passada à pessoa transexual. Desse modo, questiona-se: é possível a aplicação do direito ao esquecimento tangente à mudança de gênero? Assim, no primeiro capítulo, conceitua-se os direitos fundamentais, as suas características e os direitos humanos. No segundo capítulo, define-se os direitos da personalidade. Além disso, descreve-se os conceitos de sexo, gênero e transexualidade, fazendo um recorte nos Princípios de Yogyakarta e na lacuna existente no ordenamento jurídico brasileiro quanto aos direitos da população transexual. Por fim, no último capítulo, aborda-se o direito ao esquecimento e a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275, passando à análise do direito ao esquecimento com o Provimento nº 73. Conclui-se, portanto, que é possível aplicar o direito ao esquecimento na mudança de gênero, contudo, pontuou-se que o Estado brasileiro possui diversas falhas na garantia dos direitos fundamentais à população transexual.

Palavras-chave: Dignidade da Pessoa Humana. Direito ao Esquecimento. Gênero. Personalidade. Transexual.

ABSTRACT

This present work analyzes the possibility of applying the thesis of the right to be forgotten that is tangent to gender change and the guarantee of the full development of the personality of the transsexual population, with the guiding principle of the dignity of the human person. The implementation and guarantee of personality rights in the Brazilian legal system must contemplate everyone, without any distinction of race, origin, color, gender, sexuality and others. Assuming that the dignity of the human person guides the contemporary Brazilian legal system, it is verified the possibility of inserting in the gender change the right to be forgotten to the past life to the transsexual person. Thus, the question is: is it possible to apply the right to oblivion tangent to gender change? Thus, the first chapter conceptualizes fundamental rights, their characteristics and human rights. In the second chapter, the rights of personality are defined. In addition, the concepts of sex, gender and transsexuality are described, drawing on the Yogyakarta Principles and the gap in the Brazilian legal system regarding the rights of the transsexual population. Finally, the last chapter deals with the right to forgetting and the Direct Action of Unconstitutionality 4,275, moving to the analysis of the right to forgetting with Provision 73. It is therefore concluded that the right to forgetting can be applied. In gender change, however, it is pointed out that the Brazilian State has several failures in guaranteeing fundamental rights to the transgender population.

Keywords: Dignity of human person. Right to be forgotten. Gender. Personality. Transsexual.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	07
2	CONCEITO E EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	09
2.1	O início até o conceito de direitos humanos.....	09
2.2	O reconhecimento dos direitos humanos internacionalmente.....	14
2.3	As características da construção dos direitos fundamentais.....	18
3	DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	31
3.1	A regulação do direito à personalidade.....	31
3.2	Sexo e gênero.....	39
3.3	Transexualidade.....	42
4	O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA MUDANÇA DE GÊNERO.....	47
4.1	O direito ao esquecimento.....	49
4.2	A Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275 e o Provimento nº 73 do Conselho Nacional de Justiça como métodos de aplicação do direito ao esquecimento.....	55
5	CONCLUSÃO.....	60
	REFERÊNCIAS.....	63

1 INTRODUÇÃO

A implementação e garantia dos direitos da personalidade no sistema jurídico brasileiro deve contemplar a todos, sem qualquer distinção de raça, origem, cor, gênero, sexo, entre outros. Com base nessa premissa, é correto dizer que as pessoas transexuais estarão amplamente integrados e protegidos por meio dos princípios que integram o ordenamento jurídico e já estão amplamente consagrados pela doutrina e jurisprudência.

Nesse compasso, as pessoas transgêneras, as travestis, as pessoas transexuais e até mesmo outros sujeitos abstraídos do padrão binário da identidade de gênero, devem receber igual ou até mesmo especial atenção do Estado Democrático de Direito, uma vez que, historicamente, possuem grande vulnerabilidade social, fato que os tornam conhecidos como vítimas de discriminação e de processos de diferenciação em razão de critérios pré-estabelecidos pela sociedade. Dessa forma, cabe ao Estado a adoção de medidas jurídico-econômicas para a proteção e a promoção da igualdade jurídico-social desses indivíduos.

À vista disso, o presente trabalho assume o propósito de resolver a seguinte questão: é possível a aplicação do direito ao esquecimento tangente à mudança de gênero?

Para tanto, buscar-se-á, no primeiro conceituar o surgimento dos direitos fundamentais até as definições de direitos humanos. Além disso, trará as características necessárias à construção de cada direito fundamental.

Posteriormente, o segundo capítulo irá identificar e compreender os direitos fundamentais atinentes à proteção dos indivíduos transgêneros, notadamente o direito fundamental à personalidade. Para tanto, em um primeiro momento, analisar-se-á como a seara civilista compreende e qualifica o direito a personalidade, para, posteriormente, abordar o direito da personalidade assegurado expressamente na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Após, para situar o leitor, se fará uma breve conceituação e distinção entre gênero, sexo ou sexualidade, para então, partir para a conceituação e compreensão da transexualidade.

Prosseguindo-se com a discussão proposta, no terceiro capítulo discute-se a possível aplicação do direito ao esquecimento na mudança de gênero. Neste ponto, será estudado os casos em que houve a aplicação do direito ao esquecimento, com o fim de verificar uma aplicação a casos ainda não explorados, como a população

transexual. Como forma de ensejar a análise acerca dos direitos das pessoas transexuais, analisar-se-á a Ação Direita de Inconstitucionalidade 4.275 e o direito do esquecimento aplicado através do Provimento n. 73 do CNJ, que trata da regulamentação da alteração do registro civil das pessoas transexuais, no tocante a mudança do pronome e do gênero nos documentos.

Academicamente, para o deslinde da abordagem utilizou-se o método hipotético-dedutivo, face ao levantamento preliminar da hipótese resolutive do problema e a sua posterior confirmação ou refutação, conforme os resultados a serem constatados. Quanto ao método de procedimento, para construção da base teórica, utilizou-se o método histórico e, como técnica de pesquisa a bibliográfica, baseada em documentação direta e indireta. A hipótese que aqui se levanta é de que o direito ao esquecimento deve ser aplicado à mudança de gênero.

Justifica-se o presente trabalho em razão do seu viés humanitário, sociológico e democrático, dado que a pesquisa contribuirá social e juridicamente na vida das pessoas transgêneras, na medida em que buscará verificar a possibilidade da aplicação do direito ao esquecimento a elas, possibilitando a efetivação da dignidade da pessoa humana e dos princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito. A análise trazida nesse trabalho é fator emergencial na sociedade brasileira.

2 CONCEITO E EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A definição de direito fundamental está diretamente ligada ao entendimento dos direitos dos seres humanos. Para que possa se falar em direito fundamental, deve-se ter em mente que todo o indivíduo possui direitos que são intrínsecos a sua natureza. Estes direitos são atributos que nascem junto ao sujeito, apenas cabendo ao ente estatal a função de protegê-los, criando medidas eficazes para seu pleno gozo.

Os direitos naturais são os valores atrelados à natureza do homem. Nesse sentido, homem é compreendido como ser humano, indivíduo dotado de direitos inerentes a sua condição humana. De acordo com Marmelstein (2013), os direitos do homem são valores ético-políticos ainda não positivados. Essas prerrogativas após positivadas passam a ser consideradas direitos fundamentais.

Nesse sentido, é importante ressaltar que os direitos positivados foram conquistas adquiridas pelo povo, através da noção popular de que eram sujeitos detentores de direitos básicos. Tais conquistas permanecem ocorrendo, visto que a noção de direitos inerentes ao ser humano sofre mutações com o avanço da sociedade. A noção de direito natural caminha junto à noção da dignidade da pessoa humana (GONZAGA, 2017, <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br>>).

Tendo em vista a dignidade da pessoa humana, Kant (1980) mencionava que esta é uma qualidade congênita e inalienável de todos os seres humanos, a qual impede a sua coisificação. Assim, a dignidade da pessoa humana é uma característica intrínseca dos seres racionais, ou seja, dos seres humanos.

O entendimento de que o ser humano é detentor de direitos e prerrogativas impulsionou a luta pela concessão desses direitos, demandando ao Estado que reconheça esses direitos e crie meios de garantir seu pleno cumprimento. Essas manifestações populares ocorrem desde o início da história da humanidade e, inclusive, são responsáveis pelas leis positivadas que existem na atualidade.

2.1 O início da percepção dos direitos naturais até o conceito de direitos humanos

Direitos naturais são premissas inerentes à condição humana que acompanham a evolução da sociedade. Em outras palavras, essas prerrogativas

acompanham o processo histórico da humanidade, passando por diversas alterações e modificações durante essa passagem do tempo.

Entretanto, essa percepção de que o indivíduo possui direitos atrelados à sua condição de humano, por si só não é suficiente para que ocorra a proteção destes. A partir disso, há um processo de concessão desses direitos, positivando-os, ou seja, transformando-os em lei escrita para uma melhor organização e proteção adequada (OLIVEIRA, 2016, <<https://jus.com.br>>).

O processo de concessão de direitos nem sempre seguiu uma ordem crescente de evolução, tendo, por diversas vezes, ocorrido retrocessos. Inúmeros fatores foram capazes de frear o avanço na obtenção de direitos, suprimindo-os ou até mesmo ocorrendo a extinção desses direitos, como, por exemplo, as guerras que ocorrem na história das civilizações (MARMELSTEIN, 2013).

Para que seja possível traçar um início dos direitos naturais, ou seja, os primeiros registros referentes a percepção dos indivíduos acerca dos direitos do ser humano, é importante considerar uma análise histórica das civilizações. Para elucidar de forma mais clara, nesse período histórico os direitos naturais possuem a denominação de direitos do homem.

A preocupação com o homem – nesse sentido, homem se entende por ser humano – nasce junto à existência do primeiro indivíduo racional a pisar em solo terrestre. Sob essa perspectiva, deve-se mencionar, para a construção histórica, algumas sociedades antigas e os seus registros acerca dos cuidados tangentes aos direitos de cada indivíduo.

Nesse aspecto, pode-se verificar que antes mesmo de Cristo, há registros de civilizações que se preocupavam com a questão dos direitos do ser humano. Por esse ângulo, explica Marmelstein que a noção de direitos do homem, ou seja, os direitos dos humanos, é tão antiga quanto a própria sociedade (MARMELSTEIN, 2013).

Os primeiros indícios registrados dos direitos naturais – nessa época os chamados de direitos do homem – aparecem na Antiguidade, na região da Mesopotâmia, com as civilizações anteriores ao surgimento de Cristo (NOJOSA, 2015, <<http://www.pgj.ce.gov.br>>). Essas civilizações formavam Estados que passaram a positivar seus regramentos para que houvesse uma espécie de organização estatal.

O Código Ur-Nammu (2050 a.C.), por exemplo, trazia em suas cláusulas o direito à indenização das vítimas de algum mal, tendo, assim, uma preocupação em reparar os danos causados a um indivíduo (OLIVEIRA, 2002, <<https://jus.com.br>>). É

importante ressaltar que ao adicionar essa cláusula em seu código, existiu a tentativa de coibir a neutralização de atos lesivos causados a outrem, gerando uma preocupação com o bem-estar do indivíduo e com a sociedade existente no local, sendo uma espécie de atenção aos direitos naturais de cada indivíduo.

Mais um exemplo oportuno a ser mencionado é Hamurabi (1700 a.C., aproximadamente) que mencionava em seu código algumas cláusulas de proteção aos mais fracos da população. Hamurabi, autoridade mesopotâmica, já exercia uma espécie de “proteção estatal” a uma camada que vivia à margem da sociedade. Isso demonstra que mesmo em 1.700 a. C., há o registro da preocupação de um soberano com os setores mais vulneráveis da sua civilização, uma forma de proteção estatal (BRANDET, 2016, <<https://jusbrasil.com.br>>).

Claramente, a ideia de direitos do homem, ou direitos naturais, da época difere do que consideramos atualmente como sendo direitos inerentes aos indivíduos, contudo, cabe a percepção que nesse momento da história, a base social era a selvageria, a força e o poder através da opressão. A racionalidade dos indivíduos nesse tempo se assemelhava ao estado de natureza e apesar de ocorrer essa preocupação com a proteção dos indivíduos de uma sociedade, deve-se ter em mente a época e a cultura da civilização que está sob análise. Os direitos relacionados à condição de humano divergem de acordo com o tempo e com a cultura do povo.

Não obstante o que fora observado referente à preocupação das civilizações antigas em relação aos direitos naturais, ainda que houvesse o cuidado com o bem-estar da população, ou parte dela, não se tratava da concessão dos direitos tidos como fundamentais. Nesse sentido:

[...] é preciso que fique bem claro que as sociedades antigas conheceram os direitos do homem, embora não tenham o conhecimento dos direitos fundamentais, já que esses valores não eram positivados através de normas jurídicas. (MARMELESTEIN, 2013, p. 30).

Os direitos do homem são os valores atrelados à natureza do homem. Nesse sentido, o indivíduo é um ser dotado de direitos inerentes a sua condição, que nascem junto ao nascimento, fazendo parte da sua raiz. Marmelstein (2013), leciona que os direitos do homem são valores ético-políticos ainda não positivados, ou seja, são

entendimentos que ainda não passaram pela positivação para serem transformados em lei.

De acordo com o entendimento acima e com a ideia de existirem direitos atrelados à natureza do ser humano, torna-se primordial demonstrar a teoria de jusnaturalismo. O jusnaturalismo, também denominado direito natural, é a lei imposta pela natureza, sendo universal e inviolável, surgindo antes das leis do homem – positivação – e que possui como pressupostos os valores do ser humano, segundo Vanin (VANIN, 2015, <<https://jusbrasil.com.br>>).

Nojosa (2015, <<http://www.pgj.ce.gov.br>>) demonstra que o jusnaturalismo é a existência de alguns princípios universalmente válidos, que seriam direitos que não dependeriam de convenções social, mas que decorrem da própria natureza das coisas. Essa convenção social seria convalidação, através da positivação, de direitos entendidos relacionados à condição humana.

Através dessa teoria, Kelsen (2011) demonstra que as normas de conduta justa são imanentes à natureza, ou seja, podem ser encontrados, por assim dizer, descobertos da natureza. Ainda nessa linha, é possível depreender que os direitos naturais surgem da natureza e diferem do direito positivo por não serem atos inerentes à vontade humana e sim intrínsecos à condição de ser humano.

Bobbio (1999, p. 23), por sua vez, explica que:

[...] jusnaturalismo é a superioridade do direito natural em face do direito positivo. Neste sentido, o direito positivo deveria, conforme a doutrina jusnaturalista, adequar-se aos parâmetros imutáveis e eternos de justiça. O direito natural enquanto representativo da justiça serviria como referencial valorativo (o direito positivo deve ser justo) e ontológico (o direito positivo injusto deixa de apresentar juridicidade), sob pena da ordem jurídica identificar-se com a força ou o mero arbítrio. Neste sentido, o direito vale caso seja justo e, pois, legítimo, daí resultando a subordinação da validade à legitimidade da ordem jurídica.

Sófocles já falava de jusnaturalismo em suas obras antes mesmo da contagem do ano do surgimento Cristo. O filósofo apresentou em Antígona, a figura de alguém que se rebela contra as leis do Estado – leis escritas ou o que entendemos por positivadas, expressando que elas não prevaleceriam leis imemoriais não escritas – os direitos naturais, de acordo com Maciel (1996, <<https://www2.senado.leg.br>>).

Posteriormente, Aristóteles com a retórica expressa a definição de direito comum – o que seria o jusnaturalismo – e explica que esta é a lei da natureza, de modo que parte da intuição do homem a ideia de justiça e injustiça, ou seja, é intrínseco ao ser

saber o que lhe é justo – seus direitos – e o que é injusto – algo que agride seus direitos e sua dignidade (CARDOSO, 2016, <<http://periodicos.urca.br/ojs>>).

Assim, acerca da história de Antígona:

Como retrata Sófocles, desde tempos que já se perderam na perspectiva da história, os homens são guiados por certos princípios morais e religiosos, que não se explicam e não se acham densificados em normas escritas. Esses princípios devem servir de estalão para o legislador do Estado e podem ser invocados quando a vida política se tornar insuportável. Foi o que Antígona fez num ato de desespero. (MACIEL, 1996, <https://www2.senado.leg.br>)

Gonzaga (2017, <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br>>) exemplifica acerca de Antígona:

Convém lembrar a esse respeito a tragédia de Sófocles, *Antígona*, que é um excelente símbolo para demonstrarmos a ideia da existência de um justo por natureza, que se contrapõe a um justo por lei.

Antígona representada como uma pessoa, demonstra o início da maneira de pensar em justiça e injustiça, em direito relacionado à natureza do ser e o direito aceito e positivado pela sociedade. A obra de Sófocles demonstra que entre esses conceitos podem ocorrer divergências em seu entendimento, sendo que nem tudo é direito natural - inerente à condição do ser humano e da sua dignidade, é diretamente positivado.

A personagem de Sófocles já trazia em seus atos a noção de que os direitos naturais devem prevalecer aos direitos positivados, pois os direitos relacionados à natureza do homem, em um balanceamento, tratam da dignidade da pessoa humana de forma mais pura e sensível do que as leis escritas (MACIEL, 1996, <<https://www2.senado.leg.br>>). A posituação, por sua vez, é secundária, pois surge para organizar o Estado e para garantir que esses direitos sejam protegidos, sendo que apenas nascem dos direitos naturais e da noção de que todo o ser humano possui direitos intrínsecos.

Esses direitos naturais, após positivados recebem o nome de direitos fundamentais que em âmbito interno incorporam o corpo de uma Constituição. Importante observar que o direito positivado nasce através de convenções de um grupo social, ou seja, a partir da vontade dos indivíduos de uma determinada sociedade em proteger os seus direitos naturais, conforme demonstra Gonzaga (2017, <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br>>)

Tem importância no desenvolvimento da ideia de que existem direitos da pessoa

que não podem ser opostos e transgredidos pela autoridade pública. No decorrer os direitos positivos recepcionaram esta ideia de direitos da pessoa, que representam a defesa da dignidade da vida, através do que se chamou de direitos humanos. Atualmente, no âmbito dos direitos ligados à dignidade humana, o direito positivo convencionou duas ordens jurídicas peculiares: direitos humanos, que são formalizados na ordem internacional; e direitos fundamentais, que estão defendidos pelas normas constitucionais de cada estado.

Os direitos fundamentais são, por fim, direitos da natureza do indivíduo positivados em âmbito interno. Apesar de possuírem significado similar aos direitos humanos, por serem inerentes à condição de ser humano, a equiparação é errônea. Os direitos humanos são direitos naturais à condição humana dos indivíduos, contudo, em âmbito externo no direito internacional. Assim, os direitos humanos têm caráter universal para proteger o ser humano em qualquer parte do globo e orientar as relações entre os estados, enquanto que os direitos fundamentais possuem a prerrogativa de estarem no topo da ordem hierárquica dos ordenamentos jurídicos de cada estado. Para elucidar essa diferença, torna-se necessário mitigar o significado de direitos humanos.

2.2 O reconhecimento dos direitos humanos internacionalmente

Direitos humanos são valores éticos positivados no direito internacional. Apesar de essa expressão ser usada erroneamente, seu significado diverge com o significado costumeiro. Diversas vezes, os direitos humanos, prerrogativas em âmbito externo internacional, são confundidos com direitos fundamentais, premissas de âmbito interno.

Os direitos humanos são obtidos e regulados através de Tratados Internacionais, Pactos, Convenções e entre outros acordos obtidos em comum acordo entre diversos Estados. Através desses acordos efetuados entre os Estados – cada qual com a sua soberania, devem ser respeitados, sofrendo represálias e sanções

quando ocorrido o descumprimento. Os direitos fundamentais são regulados dentro do corpo de uma Constituição.

O conceito de direitos humanos, extraído do site da ONU, menciona o seguinte:

O conceito de Direitos Humanos reconhece que cada ser humano pode desfrutar de seus direitos humanos sem distinção de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outro tipo, origem social ou nacional ou condição de nascimento ou riqueza. (NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL, 2019, <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos>>)

A noção de direitos humanos contidos no site da Organização das Nações Unidas exemplifica o caráter universal dos direitos humanos. Segundo o excerto, não deve haver qualquer distinção entre os indivíduos para a concessão desses direitos.

Essas prerrogativas inerentes à condição humana após positivadas, tornam-se direitos fundamentais e, a partir disso, deve ser garantido pelo Estado o seu efetivo cumprimento. No caso dos direitos humanos, além do dever estatal em proteger, há órgãos internacionais que possuem métodos para garantir o cumprimento desses direitos, através de sanções internacionais a países que descumpriram o seu dever de proteção aos direitos humanos (TAIAR, 2009, <<https://www.teses.usp.br>>).

Os direitos humanos a serem respeitados, estão mencionados de forma expressa na Declaração Universal dos Direitos Humanos, criada pela Organização das Nações Unidas, com a previsão de sanções diplomáticas, militares, desportivas, econômicas e comerciais aos Estados que transgredirem os direitos humanos (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2019, <<https://nacoesunidas.org>>). Essas sanções internacionais são utilizadas como forma de demonstrar a desaprovação de outros Estados em relação às ações efetuadas por aquele que está sendo punido e possui o intuito de punir governos ou organizações estrangeiras que não respeitarem essas garantias (PINTO, 2013, <<https://jusbrasil.com.br>>)

O surgimento dessa declaração possui raízes históricas e tristes, pois surge com o pós-guerra da Segunda Guerra Mundial. Marmelstein (2013) menciona que após o Tribunal de Nuremberg, tribunal que julgou as atrocidades e transgressões ocorridas na Segunda Guerra Mundial, os direitos do ser humano foram e até hoje são considerados acima dos direitos positivos.

Os valores éticos acerca dos direitos inerentes a condição do ser humano pode ultrapassar o que é previsto legalmente. Decorrente de toda a atrocidade ocorrida na Segunda Guerra Mundial, a atenção aos direitos do ser humano e o cuidado para não

ocorrência de outro período tão obscuro, fez com o que o Tribunal de Nuremberg dotasse os direitos do ser humano como princípio máximo a ser respeitado.

Após a Guerra, foi necessária a criação de uma Declaração sobre os direitos do ser humano. Mediante todo o horror vivido nos anos da guerra, era apropriado que fosse elaborado um documento que servisse como uma espécie de respiro após o caos, algo que ficasse conhecido mundialmente por ser um registro da garantia dos direitos inerentes ao ser humano (MARMELSTEIN, 2013).

Nesse sentido, explica-se:

[...] buscou-se elaborar uma declaração conjunta sobre os direitos do homem que fosse capaz de conciliar e servir de inspiração para o respeito à humanidade e, ao mesmo tempo, aberta o suficiente para ser compreendida e ajustada aos povos, levando em conta os seus diferentes níveis de cultura. (NARCISO; MEZZARROBA, 2011, p. 251-252)

Diante do cenário caótico deixado pós-guerra, era obrigatório que os Estados se unissem e criassem uma espécie de rede de proteção aos direitos humanos, pois, se durante a guerra a violação dos direitos dos homens ocorria de forma corriqueira e deliberada, havia a necessidade da união dos países para que não ocorresse outro evento semelhante. Nesse âmbito, era primordial que o amparo aos seres humanos, para a efetiva garantia da dignidade humana, fosse algo coletivo e global, de fácil entendimento e aplicabilidade, considerando que a cobertura desse apoio atingiria diversas populações, com diversas culturas e costumes (MARMELSTEIN, 2013).

Assim, Rosa (2015, <https://www.ufrgs.br>) demonstra:

As grandes perdas socioeconômicas e políticas advindas do legado da Segunda Guerra Mundial levaram as nações a buscarem instrumentos de cooperação que fossem capazes de diminuir esses danos, além de proporcionarem uma convergência de políticas sociais que priorizassem a dignidade humana e o respeito a seus direitos individuais.

A elaboração da Declaração necessitava elencar de forma clara e simples os direitos inerentes ao homem, sendo necessária a colaboração de todas as nações no cumprimento dos preceitos contidos na declaração. Citava-se, ainda, que era essencial o comprometimento dos Estados-membros na garantia dos direitos citados,

pois de nada adiantaria a citação desses preceitos sem a força normativa desse documento.

No preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, já eram contidas as coordenadas do que seria o referido documento, com todos os valores já preestabelecidos, para depois serem elencados por artigos:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os todos gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do ser humano comum, Considerando ser essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo império da lei, para que o ser humano não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão, Considerando ser essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações, Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da ONU, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla, Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos e liberdades humanas fundamentais e a observância desses direitos e liberdades, Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso, Agora portanto A ASSEMBLÉIA GERAL proclama A PRESENTE DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948, <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos>>)

O objetivo principal da criação da referida declaração é que fosse universal, não apenas na ideia, mas que de fato atingisse a todos os povos e nações, trazendo ao conhecimento de cada ser humano os seus direitos básicos. Além disso, era primordial que reforçasse, através de suas cláusulas, os direitos inerentes ao ser humano.

Assim, ensinam Narciso e Mezzaroba (2011, p. 257):

Neste sentido, como se viu anteriormente, a Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU reconheceu no primeiro parágrafo de seu preâmbulo um valor ético que deveria ser utilizado como base de todos os direitos ali consignados, qual seja: a dignidade humana.

Todo o horror vivido no período da guerra, demonstrou a fragilidade das leis perante a tirania. Demonstrou que o regramento apenas seria eficaz se houvesse a união do maior número de Estados na garantia dos direitos humanos. Desse modo, o

Julgamento de Nuremberg contribuiu de forma grandiosa na proteção dos direitos intrínsecos ao homem, pois além de alterar o ordenamento jurídico, contribuiu para a maior eficácia no desenvolvimento de conceitos relacionados ao direito internacional vigente, em especial com respeito à proteção dos direitos humanos e à responsabilização internacional individual das pessoas (ALMEIDA; NASCIMENTO, 2011, <<https://www.jurisway.org.br>>).

Após Nuremberg, o ordenamento jurídico não agiu de mesmo modo, pois decorrente da transgressão máxima de qualquer direito humano e qualquer sentimento de humanidade, foi necessário que houvesse uma mudança significativa na forma de lidar com o regramento e na forma de julgar casos de extrema violação dos preceitos fundamentais ao ser humano. Dessa forma, passou-se a considerar, acima de qualquer regramento ou determinação, a dignidade da pessoa humana.

De acordo com o que fora mencionado, os direitos humanos são os direitos inerentes à condição humana em âmbito internacional e divergem do significado de direitos fundamentais. Ambos visam a proteção à dignidade da pessoa humana, seja internacionalmente ou internamente em um país, através da positivação em uma constituição. Nesse contexto, a fim de explanar de modo mais específico a dignidade da pessoa humana no controle interno, é pertinente que se analise as características que são necessárias para a formação dos direitos fundamentais, através da conceituação.

2.3 As características da construção dos direitos fundamentais

Para descrever o que são direitos fundamentais deve-se ter em mente o conceito básico de direitos naturais. Direitos da pessoa são prerrogativas inerentes ao indivíduo, que são intrínsecas na sua essência, sendo reconhecidas e asseguradas ou não pelo Estado ou outra autoridade (BARROS, 2016, <<https://jus.com.br>>). Os direitos naturais são atrelados a natureza humana, surgem a partir do momento da existência do ser.

Nesta análise, torna-se necessário observar que os direitos naturais não diferem de pessoa para pessoa, pois não observam peculiaridades ou diferenças de

etnia, religião ou qualquer outra classificação social. São direitos atrelados a dignidade de qualquer ser humano.

Historicamente, o reconhecimento e o real exercício dos preceitos entendidos como direitos da pessoa humana, deram-se através da positivação dos direitos inerentes ao homem com o Constitucionalismo, isto é, para que fosse efetivo o cumprimento e proteção dos direitos de uma sociedade ou grupo social, tornava-se necessário que houvesse a positivação desses direitos. Assim, após a positivação e o surgimento das constituições, os direitos da pessoa humana passaram a ser denominados direitos fundamentais. (PESTANA, 2017, <<https://conteudojuridico.com.br>>).

Nessa esteira, Sarlet (2012, p. 20) leciona:

[...] os direitos do homem guardam relação com uma concepção jusnaturalista (jusracionalista) dos direitos, ao passo que os direitos fundamentais dizem respeito a uma perspectiva positivista. Neste sentido, os direitos do homem (como direitos inerentes à própria condição e dignidade humana) acabam sendo transformados em direitos fundamentais pelo modelo positivista incorporando-os ao sistema de direito positivo.

Marmelstein (2013), refere-se que a luta pelos direitos do homem é um processo histórico que ainda está longe de atingir seu fim, pois a sociedade contemporânea está longe de respeitar os valores mais básicos para uma vida digna. Nessa esteira, os direitos fundamentais estão sempre em construção em decorrência da noção dos direitos da pessoa e da evolução da sociedade.

As necessidades básicas dos indivíduos que integram uma comunidade, seja uma localidade pequena ou uma unidade federativa, estão seguidamente se modificando, tornando-se cada vez mais específicas. Assim, necessitam que os direitos do ser humano que ainda não foram positivados, sejam registrados de forma expressa, para que haja o pleno exercício da dignidade da pessoa humana.

Marmelstein (2013) ensina que a fonte dos direitos fundamentais é a Constituição e que sem lei, não há como falar de direitos fundamentais. Desta maneira, entende-se que há um requerimento básico para dizer que um direito humano é um direito fundamental: a existência de uma norma constitucional que determine e reconheça que aquele direito é fundamental.

Logicamente o reconhecimento de que um direito é fundamental não torna a sua eficácia imediata. O exercício efetivo do direito tido como fundamental, necessita da atuação do Estado nos mecanismos necessários para que haja a dignidade da

pessoa humana, ou seja, a autoridade governamental, seja ela qual for, precisa criar condições para que uma vida seja digna – para que seja o cumprido os preceitos que a Constituição impõe (SILVA, 2007).

Acerca da Dignidade da Pessoa Humana, ensina Sarlet (2001, p.109):

O princípio da dignidade da pessoa humana impõe ao Estado, além do dever de respeito e proteção, a obrigação de promover as condições que viabilizem e removam toda sorte de obstáculos que estejam a impedir às pessoas de viverem com dignidade.

Isto posto, a ideia de direito fundamental exige que haja um regramento que inclua os direitos do ser humano como pressuposto fundamental. Além disso, para que haja o devido cumprimento da dignidade da pessoa humana, é necessário que o Estado interfira e promova meios que viabilizem a dignidade dos indivíduos que dele pertencem.

De forma material, no Brasil, os direitos fundamentais possuem aplicação imediata (em decorrência da sua força contida no artigo 5º, §1º da Constituição Federal brasileira) e são cláusula pétreas (artigo 60, §4º, IV, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988), ou seja, não podem ser abolidos e possuem hierarquia constitucional, desse modo, não há nenhuma restrição por outra lei, da aplicabilidade dos seus preceitos (ANDRADE, 2009, <<https://www2.senado.leg.br>>).

Assim, entende-se que há o rigor primordial no que diz respeito aos direitos fundamentais na Constituição, regendo a legislação brasileira. Nesta senda, qualquer regramento jurídico existente necessita se adequar aos preceitos fundamentais elencados no artigo 5º da Constituição Federal Brasileira de 1988.

Esses preceitos possuem características essenciais que devem ser obedecidas para obterem o caráter de direitos fundamentais. Diógenes Júnior (2012, <<http://www.conteudojuridico.com.br>>), menciona que a conceituação dessas características proporciona uma grande discussão jurídica entre os doutrinadores que tentam estabelecer um rol para melhor organização, contudo, encontram algumas divergências entre os entendimentos.

Dessa forma, ao se falar em

teoria dos direitos fundamentais é preciso demonstrar as características principais sobre o tema, elencadas e sistematizadas para uma melhor compreensão da matéria. São características gerais que norteiam o direito

fundamental como tal [...]. (PAULINO FILHO, 2018, <https://www.boletimjuridico.com.br>)

Apesar de existir divergências doutrinárias relacionadas às características dos direitos fundamentais, é possível listar algumas que são importantes para um maior entendimento do que de fato é formado um direito fundamental. As principais características são: universalidade, historicidade, irrenunciabilidade, indisponibilidade, inexauribilidade, imprescritibilidade, inviolabilidade, efetividade, complementariedade, interdependência, constitucionalização, inalienabilidade, interrelacionaridade, indivisibilidade, limitabilidade, relatividade, aplicação imediata e vedação ao retrocesso.

A universalidade surge como uma das características principais dos direitos fundamentais. Essa característica demonstra que todos os indivíduos são detentores de direitos fundamentais, independente da sua raça, do seu credo, da sua nacionalidade, da sua convicção política. Essa característica é diretamente relacionada à dignidade da pessoa humana, pois todo ser é detentor de dignidade, logo, a dignidade e os direitos fundamentais seriam universais (SAMPAIO, 2013, <https://jusbrasil.com.br>).

Entretanto, observa-se uma exceção à universalidade que demonstra que mesmo possuindo esse caráter universal e amplo, há a especificidade dessas premissas, como é o caso dos direitos fundamentais relacionados aos trabalhadores ou aos direitos garantidos ao réu de um processo penal (DIOGÉNES JÚNIOR, 2012, <<http://www.conteudojuridico.com.br>>). Assim sendo, mesmo possuindo o caráter universal, existe uma adequação conforme a especificidade do indivíduo,

Em relação à especificidade da característica da universalidade dos direitos fundamentais, Mendes (2008, p. 240) ensina:

[...] não é impróprio afirmar que todas as pessoas são titulares de direitos fundamentais e que a qualidade de ser humano constitui condição suficiente para a titularidade de tantos desses direitos. Alguns direitos fundamentais específicos, porém, não se ligam a toda e qualquer pessoa. Na lista brasileira dos direitos fundamentais, há direitos de todos os homens – como o direito à vida – mas há também posições que não interessam a todos os indivíduos, referindo-se apenas a alguns – aos trabalhadores, por exemplo.

Em relação à historicidade, é possível verificar que os direitos fundamentais são históricos e surgem em épocas diversas. Assim, de acordo com a explicação de Paulino Filho (2018, <<https://www.boletimjuridico.com.br>>), essas premissas não

nasceram de uma única vez, sendo fruto de uma evolução e desenvolvimento histórico e cultural.

A noção de que os sujeitos são detentores de direitos surge antes mesmo de Cristo, em inúmeras civilizações, reiterando a ideia central da característica da historicidade dos direitos fundamentais. Além disso, para que esses direitos naturais possam ser chamados de direitos fundamentais é necessário que ocorra a sua positivação, contudo, a sua raiz não é a lei escrita e sim a ideia de que todo o indivíduo possui dignidade.

Neste sentido, *verbis*:

[...] os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (BOBBIO, 1992, p. 12)

Em suma, essa característica é referente ao tempo, mas também discorre acerca da noção popular de que os indivíduos pertencem alguns direitos da pessoa que, por fim, desencadeiam na positivação destes para que se tornem direitos fundamentais. Todavia, essa característica não é rígida, pois com as mudanças na sociedade, mudam-se também as necessidades e as prerrogativas necessárias para que cada indivíduo tenha uma condição básica de dignidade. Assim, completando essa ideia, Bobbio (1992) explica que o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.

A característica da irrenunciabilidade diz respeito à impossibilidade do indivíduo abdicar de algum direito fundamental. Nesse sentido, a característica da indisponibilidade vem ao encontro da irrenunciabilidade, pois ambas versam acerca da vedação em dispor dos direitos garantidos ao indivíduo. De acordo com essas duas características, em regra, o indivíduo titular dessas prerrogativas não pode renunciar delas, pois a renúncia acarretaria diretamente na agressão à sua dignidade (ROTHEMBURG, 2014).

Embora seja a regra, é possível observar algumas exceções relacionadas ao indivíduo e ao direito em análise, pois conforme o caso específico, há a possibilidade de tornar essas características em maleáveis. Nesse sentido, Diógenes Júnior (2012, <<http://www.conteudojuridico.com.br>>) explica que é admitida a renúncia temporária

e excepcional de um direito fundamental, desde que observado princípio da proporcionalidade entre a situação e o direito que se pretende flexibilizar.

Ainda na análise acerca da versatilidade das características da irrenunciabilidade e indisponibilidade, exemplifica-se:

Nesse ponto, também gera uma certa divergência na doutrina já que como exemplo o direito à privacidade é um direito fundamental, mas para o indivíduo é possível abrir mão da privacidade e participar de um reality show na televisão. Ao se falar em irrenunciabilidade é preciso então entender a diferença entre a titularidade e o exercício. Essas características se estabelecem em relação a titularidade, o exercício do direito vai ser posto e analisado em cada caso concreto resguardado a manifestação livre e a capacidade plena. (PAULINO FILHO, 2018, <<https://www.boletimjuridico.com.br>>)

Assim, apesar de a irrenunciabilidade e indisponibilidade serem características atreladas à dignidade da pessoa humana – pois se entende que o indivíduo não pode renunciar dos seus direitos, não pode renunciar da sua dignidade – pode, em casos específicos e com análise prévia, abdicar destes, como o exemplo da privacidade. Entretanto, é importante lembrar que, em regra, o sujeito não pode resignar dessas prerrogativas, apenas em situações pontuais e temporais (MACHADO, 2017, <<https://www.editorajuspodivm.com.br>>).

A característica da inexauribilidade determina que os direitos fundamentais possam ser aumentados, pois são inesgotáveis e imprescritíveis, não podendo ser determinado um rol rígido de direitos, ou seja, sempre é possível que haja premissas que sejam somadas aos direitos fundamentais já existentes. Contudo, há de ser observado que não é possível a ocorrência da exclusão de algum direito, apenas podem ser agregados. Conforme o ensinamento de Machado (2017, <<https://www.editorajuspodivm.com.br>>), de acordo com essa característica, esses direitos podem ser sempre expandidos, há sempre a possibilidade de se acrescer novos direitos.

No tocante à imprescritibilidade, pode-se depreender da própria palavra que esses preceitos não prescrevem com o tempo, ou seja, são direitos permanentes que não perdem a eficácia pela não utilização ou pela passagem do tempo. Apesar de a regra determinar que estes direitos não prescrevem com o decorrer dos anos, de mesmo modo que as características supramencionadas, há uma exceção. De acordo com Diógenes Júnior (2012, <<http://www.conteudojuridico.com.br>>), tal regra não é absoluta, existindo direitos que podem ser atingidos pela prescrição, como é o caso

da propriedade, que não sendo exercida, poderá ser atingida pela usucapião.

A imprescritibilidade determina que os direitos não prescrevam em decorrência do lapso temporal, mas que fiquem permanentes, apenas somando com os direitos que venham a ser agregados pela característica da historicidade e inexauribilidade. Considerando que com o decorrer dos anos as ideias de dignidade e necessidade de proteção dos direitos inerentes à condição humana são alteradas, novas prerrogativas passam a ser tidas como direitos fundamentais e positivadas pelo ordenamento jurídico (MACHADO, 2017, <<https://www.editorajuspodivm.com.br>>).

Os direitos fundamentais possuem a características da inviolabilidade, isto é, não podem ser violados nem por particulares, nem por autoridades públicas, nem por leis infraconstitucionais. Caso ocorra alguma violação, decorrendo de particulares, estes estão sob pena de responsabilidade civil e penal, no caso da administração pública, sob pena de nulidade dos atos e de sanções administrativas e no caso de norma infraconstitucional, sob pena de ser considerada inconstitucional e perder a sua validade (DIOGÉNES JÚNIOR, 2012, <<http://www.conteudojuridico.com.br>>),

O Estado deve garantir meios para que a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais sejam efetivamente usufruídos pelos indivíduos que compõem a sociedade. Essa é a característica da efetividade. A efetividade determina que o agente estatal procure métodos de assegurar o cumprimento dos direitos fundamentais a todos os sujeitos, sem distinções, atrelando a efetividade à característica da universalidade.

Tangente à efetividade, com o intuito de buscar o pleno desenvolvimento dos direitos fundamentais, surge a característica da complementariedade. A complementariedade determina que todas os direitos tidos como fundamentais, ou seja, os direitos que atualmente estão elencados no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, devem ser interpretados de forma conjunta para seu efetivo cumprimento. A fim de complementar essa ideia, Diógenes Júnior (2012, <<http://www.conteudojuridico.com.br>>) explica que além de ocorrer a interpretação em conjunto desses direitos, estes não podem ser observados de forma isolada, não havendo hierarquia entre eles, para que de fato seja alcançada a finalidade prevista pelo legislador.

A característica da interdependência pode ser definida como a complementariedade, ou seja, determina os direitos fundamentais estão vinculados um com os outros, não podendo ser analisados de forma separada. Além de definição

ser consoante com a definição de complementariedade, é condizente com a característica da indivisibilidade, pois versa acerca da impossibilidade de separar os direitos fundamentais, devendo a análise sempre ocorrer de forma conjunta. Conforme o sentimento etimológico da palavra, os direitos fundamentais possuem uma dependência entre si e com uma recíproca, devendo ser vistos sempre como um conjunto (ROTHEMBURG, 2014).

O dicionário online de língua portuguesa, a definição de interdependência seria:

Relação de dependência entre uma coisa e outra. Estado ou condição dos indivíduos que estão ligados por uma relação de dependência mútua; dependência recíproca. Interdependência é sinônimo de: correlação, reciprocidade. (DICIO, 2019, <<https://www.dicio.com.br/interdependencia>>).

A constitucionalização vem como característica pela necessidade de positivação dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais nascem a partir da noção de que os indivíduos possuem direitos intrínsecos à condição de humanos, contudo, para que tenham esse caráter fundamental e, posteriormente para sua proteção pelo Estado, é necessária a positivação destes em uma Constituição. Desse modo, a característica da constitucionalização é definida como a positivação dos direitos da pessoa nas Constituições de cada país.

A partir da característica da constitucionalização é que se faz a divisão entre os direitos fundamentais e os direitos humanos, conforme exemplifica Diógenes Júnior (2012, <<http://www.conteudojuridico.com.br>>). É possível compreender que os direitos fundamentais e os direitos humanos surgem da mesma raiz, pois são compreendidos a partir do entendimento da dignidade da pessoa humana, contudo, os direitos fundamentais são pautados no ordenamento jurídico interno de cada país e expostos em uma Constituição, enquanto os direitos humanos são pautados no ordenamento jurídico externo, no âmbito internacional.

A inalienabilidade dos direitos fundamentais é a característica que versa acerca da não possibilidade de aferição de valor econômico a essas prerrogativas. Esses direitos são intransferíveis, inegociáveis, indisponíveis e extrapatrimoniais, exatamente pelo fato de que não se pode determinar valor financeiro a eles, por versarem puramente acerca da dignidade da pessoa humana, impedindo a coisificação (MACHADO, 2017, <<https://www.editorajuspodivm.com.br>>).

Desse modo, Kant (2011, p. 82) mencionava:

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então ela tem dignidade.

Nesta senda, compreende-se que as coisas possuem um preço e as pessoas possuem dignidade, desse modo, não é possível tratar de forma pecuniária os direitos supramencionados. Essa característica é ligada diretamente à dignidade da pessoa humana, pois é exercida uma proteção estatal compulsória desses direitos. Essa proteção garante (e determina) que apenas o titular do direito exercê-los (intransferível) e que este não pode, nem por vontade própria, negociar esses direitos (inegociáveis). Ademais, conforme já exemplificado na característica da indisponibilidade, são indisponíveis pois o sujeito não pode ceder desses direitos e extrapatrimoniais pela não aferição de valor palpável e financeiro a eles.

A característica da interrelacionaridade é a existência de mecanismos de proteção desses direitos, relacionando as leis internas de cada país e as leis externas em nível internacional, conforme Diógenes Júnior (2012, <<http://www.conteudojuridico.com.br>>). Essa característica ficou em evidência após as guerras que geraram uma intensa transgressão de direitos como a Segunda Guerra Mundial. Assim, além do regimento interno de cada país – leis, entendimentos, jurisprudência -, há a proteção no âmbito internacional com a Declaração Universal dos Direitos Humanos. O Estado deve garantir a proteção no âmbito interno, contudo, quando essa proteção é falha, o sujeito ativo desse direito pode procurar proteção em órgãos internacionais para que impeça a transgressão dessas premissas ou para que possa resguardar e proteger algum direito fundamental. (FIGUEIREDO, 2016, <https://conteudojuridico.com.br>).

A limitabilidade e a relatividade são características que podem ser explicadas em conjunto por possuírem, como característica dos direitos fundamentais, o mesmo sentido. Nenhum direito fundamental pode ser visto como um direito absoluto, pois é necessário que sempre ocorra a análise do caso concreto, observando o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, possibilitando a maleabilidade de cada premissa. Assim, por percebermos que não possuem o caráter absoluto, esses direitos podem sofrer limitações e restrições. (MACHADO, 2017, <<https://www.editorajuspodivm.com.br>>).

De acordo com a explicação de Hesse (1998, p. 256):

A limitação de direitos fundamentais deve, por conseguinte, ser adequada para produzir a proteção do bem jurídico, por cujo motivo ela é efetuada. Ela deve ser necessária para isso, o que não é o caso, quando um meio mais ameno bastaria. Ela deve, finalmente, ser proporcional em sentido restrito, isto é, guardar relação adequada com o peso e o significado do direito fundamental.

O caráter relativo dos direitos fundamentais quanto aos seus limites fica demonstrado de forma clara com algumas situações extremas e específicas. Em caso de grave iminente instabilidade institucional ou em caso de calamidade de grandes proporções da natureza, por exemplo, o Estado pode determinar que o país passará por estado de defesa, com a restrição de alguns direitos fundamentais. (SILVA, 2017, <<https://www.unimep.br>>).

O artigo 136 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, determina que:

Art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza. § 1º O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes: I - restrições aos direitos de: a) reunião, ainda que exercida no seio das associações; b) sigilo de correspondência; c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica; II - ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes. (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>).

No texto constitucional, conforme mencionado no artigo 136, há a restrição de alguns direitos fundamentais como o direito de reunião. Observa-se, também, a violação da privacidade em relação ao sigilo de correspondência, comunicação telegráfica e telefônica e até mesmo a restrição à propriedade privada, pois, o Estado pode usufruir de bens em caso de calamidade pública. Além disso, o Estado fica autorizado a utilizar medidas coercitivas para preservar ou prontamente restabelecer a ordem pública ou a paz social. Tais medidas coercitivas podem ser consideradas uma transgressão aos direitos fundamentais, contudo, será observada a característica relativa desses direitos, demonstrando que estes não são absolutos em caso extremos e pontuais (SILVA, 2017, <<https://www.unimep.br>>).

Entretanto, essas restrições devem observar alguns requisitos para serem

validadas. No caso do Estado de Defesa, o artigo 136 determina que ocorram em locais restritos e determinados e que sejam ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional para que possa ser determinado. Contudo, esse último requisito não obriga a autoridade presidencial a obedecer a orientação.

A determinação do Estado de Sítio decorre de Decreto presidencial e deve mencionar as medidas coercitivas – de restrição – que serão adotadas. Ademais, o Estado de Defesa deve ter prazo máximo de 30 dias, prorrogável por uma vez desde que o motivo que causou seu acionamento permaneça.

Todavia, além do Estado de Defesa, a Carta Magna brasileira prevê que ocorra outro modo de restrição de direitos fundamentais no seu artigo 137, onde há a possibilidade de limitação desses direitos em caso de Estado de Sítio. No referido artigo, em seu parágrafo I e II, há a explicação de quando poderá ser determinado o Estado de Sítio:

Art. 137. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de: I - comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa; II - declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira. (BRASIL, 1988, <http://www.planalto.gov.br>).

No artigo 139 do texto constitucional, há a delimitação de quais direitos poderão ser restringidos em caso de Estado de Sítio:

Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas: I - obrigação de permanência em localidade determinada; II - detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns; III - restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei; IV - suspensão da liberdade de reunião; V - busca e apreensão em domicílio; VI - intervenção nas empresas de serviços públicos; VII - requisição de bens. Parágrafo único. Não se inclui nas restrições do inciso III a difusão de pronunciamentos de parlamentares efetuados em suas Casas Legislativas, desde que liberada pela respectiva Mesa. (BRASIL, 1988, <http://www.planalto.gov.br>).

Assim, pode-se observar que os direitos fundamentais, de fato, podem sofrer restrições em situações específicas. Conforme estabelecido na característica de limitação e restrição, resta demonstrado que esses direitos não são absolutos, podendo ser limitados ou restritos e que isto é garantido pela própria Constituição. Entretanto, é mister lembrar que é observado o princípio da razoabilidade e

proporcionalidade, pois essa transgressão ocorre apenas em casos extremos.

A aplicação imediata é a característica que determina que os direitos fundamentais devem ser aplicados de forma rápida e eficaz. Essa aplicação eficaz é dada pelo caráter fundamental ao desenvolvimento da dignidade da pessoa humana. O artigo 5º, §1º da Constituição Federativa da República do Brasil de 1988 prevê essa característica:

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: [...] § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. (BRASIL, 1988, <http://www.planalto.gov.br>).

Entretanto, conforme observado em diversas características, essa aplicabilidade por mais que seja prevista no texto constitucional, não é absoluta, podendo sofrer algumas restrições, por nem todas possuírem a eficácia plena. Nesse sentido, Diógenes Júnior:

Portanto, a previsão de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais não é absoluta, uma vez que nem todas as normas são de eficácia plena ou contida, sendo que quando se tratar de comandos que definem direitos que necessitam de regulamentação, a norma passa a ter um conteúdo limitado, necessitando de regulamentação infraconstitucional. (DIÓGENES JÚNIOR, 2012, <<http://www.conteudojuridico.com.br>>)

Por fim, a característica da vedação ao retrocesso versa em conjunto com a ideia da complementariedade. A vedação ao retrocesso impede que algum direito fundamental retroaja, barra que algum desses direitos seja retirado, apenas permitindo que sejam adicionados mais direitos, conforme a característica da complementariedade. Além do mais, impede a revogação de alguma norma fundamental como forma de proteção à dignidade da pessoa humana (MACHADO, 2017, <<https://www.editorajuspodivm.com.br>>).

Nesse sentido, tem-se que:

apesar de o princípio do não-retrocesso social não estar explícito, assim como o direito de resistência e o princípio da dignidade da pessoa humana (para alguns, questão controvertida), tem plena aplicabilidade, uma vez que é decorrente do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele

se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido. (BARROSO, 2001, p. 158).

Assim, fica evidenciada a impossibilidade de suprimir algum desses direitos fundamentais, apenas permitindo que se adicione outros direitos decorrentes da mudança constante do que se entende como dignidade da pessoa humana. A sociedade conforme a sua evolução, passa a ter outras noções do que é dignidade e outras demandas passam a surgir para que seja efetivamente exercida de forma plena os direitos fundamentais. De acordo com essas mudanças e positivamente, ocorrem as alterações dessas premissas.

Os direitos da pessoa são direitos entendidos como parte da essência do ser humano e com a sua positivação passam a receber o nome de direitos fundamentais. Estes, por sua vez, necessitam de positivação para que ocorra a sua proteção. Essa positivação ocorre dentro de uma constituição, no âmbito interno do Estado. A proteção é exercida pelo ente estatal, que tem o dever primordial de garantir que não ocorram transgressões aos direitos do ser humano e à sua dignidade.

Ademais, além da proteção estatal a esses direitos, passou a existir a proteção internacional destes, no âmbito externo, após o período de horror vivido na Segunda Guerra Mundial. Essa proteção contou com a definição dos direitos humanos e a criação da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Ainda, como forma de intensificar a proteção violações aos direitos dos seres humanos, é possível que ocorram sanções por partes de órgãos internacionais aos Estados que não adotarem medidas de proteção aos direitos humanos.

Os direitos fundamentais, finalmente exemplificados como direitos do ser humano no âmbito interno, possuem inúmeras características para a sua construção. Essas características, não possuem em sua maioria, rigidez, possibilitando que possam ser moldadas a partir do caso específico, a fim de possibilitar uma ampliação à proteção da dignidade da pessoa humana.

Para que seja elucidada de forma clara a temática proposta nessa monografia, passa-se a analisar os direitos fundamentais da personalidade. Estes direitos estão estritamente ligados à identidade do indivíduo, pressuposto básico da garantia do pleno desenvolvimento da dignidade da pessoa humana.

3 DIREITOS DA PERSONALIDADE

Os direitos da personalidade são os direitos fundamentais que versam acerca de valores intrínsecos do indivíduo. A personalidade não constitui propriamente um direito, mas um atributo conferido ao ser humano, sendo que tal preceito tem por base que a personalidade é qualidade própria à condição humana (GOMES, 2010, <<https://jus.com.br>>).

Essas prerrogativas não se tratam de um valor, mas o valor essencial, sustentáculo do ordenamento jurídico e que através do seu reconhecimento gera a consequência de ocorrer o amparo, reiterando a sua necessidade de tutela (PERLINGIERI, 2002). Estes direitos, para que possam ser protegidos pelo Estado, devem ser positivados. No ordenamento jurídico brasileiro, estão contidos no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 e Código Civil de 2002, no capítulo II.

Os direitos da personalidade são, portanto, direitos subjetivos absolutos, sendo que regulamentam os aspectos mais essenciais e relevantes da personalidade humana (MARIGHETTO, 2019, <<https://www.conjur.com.br>>). Além disso, estes direitos são irrenunciáveis, inalienáveis, irrestingíveis (MIRANDA, 2000).

Sendo estes direitos inerentes à condição de ser humano e, logicamente, tendo seu significado atrelado à dignidade da pessoa humana, torna-se função do Estado o seu reconhecimento e sua proteção. Marighetto (2019, <<https://www.conjur.com.br>>), ainda menciona que a preservação e a promoção da dignidade da pessoa é prerrogativa e responsabilidade do Estado, assim, todas as leis, as normas e os institutos do ordenamento jurídico, devem atender primária e obrigatoriamente o respeito e a tutela da dignidade da pessoa.

Ademais, considerando o tema do presente trabalho, torna-se importante a conceituação de termos como sexo, gênero e transexualidade. Ainda, além desses termos, mister considerar os processos de exclusão e violência, assim como o vácuo legislativo no âmbito jurídico brasileiro referente à questão transexual.

3.1 A regulação do direito à personalidade

Os direitos da personalidade podem ser compreendidos como direitos imprescindíveis à existência do indivíduo. Essas prerrogativas condizem com a forma que o sujeito se relaciona, como age no meio em que está inserido e como é

reconhecido, isto é, como é visto e como deseja ser visto na sociedade que habita. Podem, então, ser definidos como um apanhado de direitos relacionados ao direito de existir na sua forma, na sua particularidade.

A fim de proteger os bens intrínsecos ao ser, foram pautados os direitos da personalidade, sendo estes um rol de valores positivados pelo Estado, no texto constitucional e civil, com o intuito de garantir o pleno gozo a cada sujeito que compõe a sociedade. Marmelstein (2013), apontou que os direitos de personalidade foram definidos para que agissem como uma redoma protetora cercando o indivíduo, não permitindo a intervenção de terceiros, com a finalidade de ocorrer o livre desenvolvimento da individualidade física e espiritual do ser humano.

Nesse sentido, Diniz (2009, p. 120) conceitua:

[...] direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a identidade, a liberdade, a sociabilidade, a reputação, a honra, a autoria, etc. Por outras palavras, os direitos da personalidade são direitos comuns da existência, porque são simples permissões dadas pela norma jurídica, a cada pessoa, de defender um bem que a natureza lhe deu, de maneira primordial e direta.

De acordo com Tepedino (2008), os direitos da personalidade podem ser entendidos como “direitos atinentes à tutela da pessoa humana, considerados essenciais à sua dignidade e integridade”. Nesse sentido, Sarlet (2014, p. 397) referiu:

[...] os direitos da personalidade seriam direitos materialmente fundamentais, já que radicados na dignidade da pessoa humana e essenciais ao livre desenvolvimento da personalidade, cuidando-se, nesse sentido, sempre e, pelo menos, de direitos fundamentais (e, portanto, de matriz constitucional) implícitos.

Dessa forma, os direitos da personalidade – embora inexistente o termo exato na Constituição Federal de 1988, de acordo com Sarlet (2014) – acordam com o princípio da dignidade humana, sendo este o norteador do direito brasileiro e da Constituição Federal de 1988. O conjunto de direitos da personalidade estão englobados no artigo 5º da Carta Magna, sendo eles: o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, privacidade, intimidade, honra, imagem, entre outros.

No Direito Civil os direitos de personalidade são mais objetivos e precisos, tais como o direito ao corpo, à identidade pessoal, ao nome, à honra e à imagem e estão contidos em capítulo próprio, entre os artigos 11 e 21 do Código Civil de 2002. Essa

positivação no Direito Civil, busca a preservação do indivíduo e significou o ajuste da legislação civil com a índole Constituição Federal de 1988, marcada pelo princípio norteador da dignidade humana (GOMES, 2010, <<https://jus.com.br>>).

Sendo assim, cabível demonstrar que todos os direitos de personalidade são direitos fundamentais contidos na Carta Magna, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade. Embora os direitos fundamentais sejam sempre direitos atribuídos à pessoa humana (ressalvada a controvérsia sobre a atribuição de direitos subjetivos à natureza não humana), correspondente ao entendimento dominante que, apesar de muitos direitos fundamentais sejam direitos de personalidade, nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade (SARLET, 2014).

Isto porque, de acordo com Rosa:

O rol constitucional de direitos fundamentais assegura também a proteção a interesses de cunho patrimonial, como o direito à propriedade, bem como direitos coletivos, como o de representação por entidades associativas e sindicais e o direito de greve, os quais, muito embora tenham relação indireta com a proteção da pessoa, não são tidos como atributos essenciais da condição humana e, portanto, não são tecnicamente classificáveis como direitos da personalidade. Por proteger bens que são inerentes à pessoa. (ROSA, 2016, <<https://online.unisc.br>>).

Fachin (2006) ao mencionar Kant explica que com o imperativo categórico, ficou definido por Kant, que as coisas possuem um preço e as pessoas possuem dignidade, desse modo, não se pode dar valores monetários aos direitos que são atrelados à dignidade da pessoa humana, sendo eles definidos como direitos da personalidade. Nesse viés, a personalidade surge como fonte mais pura da dignidade, sendo que o seu valor não se encontra na forma palpável, em relação a valores e sim, na sua forma intrínseca, na própria natureza do indivíduo.

A partir da análise Kantiana efetuada por Fachin (2016), é possível aferir que os direitos da personalidade são interligados à concepção de que todo o indivíduo humano ao existir, possui sua dignidade, sendo ônus do Estado a sua garantia e o seu pleno gozo. Na mesma análise, é passível a observação de que os direitos da personalidade não são palpáveis e não aferem valor monetário, dessa maneira, não podem ser considerados patrimoniais, mas extrapatrimoniais. Por tal motivo, nem todos direitos fundamentais podem ser considerados direitos de personalidade, levando em consideração que o artigo 5º da Constituição Federal de 1988 elenca,

também, no seu rol de garantias, os direitos patrimoniais.

É mister, contudo, pontuar que a personalidade não é um direito, pois cada indivíduo ao nascer a possui em sua essência, sendo os direitos da personalidade apenas a tutela dos direitos que são intrínsecos ao sujeito, através da sua positivação. Nesse sentido, Farias e Rosenthal (2013), definem que esses direitos são aquelas situações jurídicas reconhecidas à pessoa, tomada em si mesma e em suas necessárias projeções sociais.

A partir dessa definição, podemos acrescentar que os direitos da personalidade são essenciais, não partindo de vontade do sujeito. Os direitos da personalidade são naturais ao indivíduo, nascem com ele e são parte da sua natureza. Nessa análise, pode-se observar a teoria jusnaturalista, com a aceção de que um direito natural não teria sua validade correlacionada com as convenções sociais, mas decorreria da própria natureza das coisas.

Esses direitos, ou garantias, são considerados personalíssimos. A partir dessa asserção, é possível obter a ideia de que são intransferíveis, pertencentes apenas ao indivíduo que esteja sendo analisado, não podendo ser passada a titularidade ou ter a intervenção de terceiros. Da mesma forma, os direitos da personalidade são indisponíveis, portanto, não podem ser abdicados, mesmo que seja de forma voluntária, a desejo da pessoa que os detêm.

Além da sua definição de intransmissíveis, é cabível analisar que os direitos da personalidade são absolutos, pois, conforme ensina Fiuza (2006), pois o titular deste, pode exigir à sociedade que o respeite, possuindo o efeito erga omnes. Por fim, Nobre (2000), demonstra que esses são imprescritíveis, pois mesmo com o transcurso do tempo, sem o seu uso pelo titular, não lhe acarreta a sua extinção.

Por outro lado, a construção social e jurídica do Estado Brasileiro, apesar de preconizar a não interferência nas relações privadas dos seus administrados, por meio da Constituição Federal, coloca o Estado como garantidor dos direitos fundamentais que servem de base aos direitos de personalidade e encarregado por eventual responsabilização, mesmo que de forma indireta, qual seja, por meio dos seus Poderes.

De acordo com Foucault (1987), estamos organizados em um determinado tempo com um Estado que utiliza dispositivos para manter um formato instituído, exercendo uma espécie de controle nos indivíduos que pertencem a essa sociedade.

Nessa banda, ensina Lacerda (2010), o Direito da Personalidade, com suporte

no princípio da dignidade humana, impõe limites à atuação estatal para impedir que o Estado se abstenha de ingerências na esfera individual e ainda proteja a pessoa contra agressões de outros particulares. Assim, ao mesmo tempo que a positivação desses direitos impõe um certo controle estatal, impede que o Estado se prevaleça da sua força para intervir na esfera individual.

Segundo Marmelstein (2013), a ideia de positivação desses valores é a de que nem o Estado, nem a sociedade de modo geral devem se intrometer, indevidamente, na vida pessoal dos indivíduos. Portanto, cabível a atuação do Estado apenas com a função de garantir a aplicação dessas prerrogativas. Em conclusão, apenas é necessária a sua intromissão com ressalvas, de modo que não interfira na esfera pessoal de cada sujeito. Barroso (2010), ensina que os direitos da personalidade seriam oponíveis não apenas aos indivíduos, mas também ao Estado, que tem o dever de promovê-los.

Não obstante, o Estado atua também com o objetivo de garantir o reconhecimento, a validade e a aplicabilidade dessas premissas para além a norma escrita, tendo em vista que não cabível ao ente estatal conceder esses direitos, visto que são prerrogativas intrínsecas ao indivíduo nascendo junto com este.

Dessa forma, pode-se analisar a teoria jusnaturalista que ensina que os direitos naturais partem do ato do indivíduo perceber alguns princípios intrínsecos na sua existência, na sua essência. Assim, após essa observação, a sua validade deve ser reconhecida e garantida por toda e qualquer organização social. Claramente, deve-se impor limitações à aplicação dessa teoria, pois, a análise ou verificação feita pelo sujeito deve ser verossimilhante com os direitos humanos, não podendo, desse modo, causar um dano a outrem (VANIN, 2015, <<https://jusbrasil.com.br>>).

A fim de garantir o cumprimento e o eficaz desenvolvimento desses direitos, tornou-se necessário positivá-los. No caso dos direitos da personalidade, podemos encontrá-los de forma positivada e concreta, na legislação brasileira, no Código Civil de 2002, na parte geral, tendo seu capítulo próprio, sendo este o capítulo II.

Contudo, causa estranheza que a positivação de tal termo não esteja na Constituição Federal. A causa de tal desconforto se localiza no fato de a Constituição configurar-se como principal mecanismo de captação de valores sociais de cada nação, conforme ensina Lacerda (2010), pois, parte-se do pressuposto de que essas premissas quando pertences ao Código Civil se retratam como direitos e quando pertencentes à Constituição Federal são tidos como cláusulas fundamentais ao pleno

gozo da dignidade da pessoa humana.

Nesse viés, há a especificação desses direitos de forma indireta na Carta Magna, sendo encontrados no seu artigo 5°. Entretanto, em tal dispositivo, não há definição exata do que seriam esses tais direitos, de forma que se confundem com os direitos fundamentais. Sarlet (2014), afirma que por mais que tenham obtido espaço de reconhecimento apenas no Código Civil de 2002, o elenco de direitos ali reconhecidos, contempla direitos não expressamente nominados na Constituição Federal.

De mesma forma, explica-se:

A Carta Magna de 1988 contempla expressamente alguns dos direitos da personalidade, todavia os que não se encontram expressamente positivados podem ser deduzidos implicitamente, tendo sempre como norteador o princípio da dignidade humana, por força do artigo 1º, inciso III da Constituição Federal. (SCHEIBLER, 2014, p. 195)

Apesar do Código Civil em vigor reservar um capítulo inteiro aos direitos da personalidade, não houve a correta especificação do seu significado. Zanini (2011), explica que, sabiamente, o Código Civil não definiu os direitos da personalidade, pois, desse modo, coube à doutrina efetuar essa tarefa e acabou por apresentar os mais diversos significados, em razão do posicionamento de cada doutrinador.

Rosa, nesse sentido, menciona:

O rol de direitos da personalidade expressos no Código Civil de 2002, contemplou principalmente o direito ao próprio corpo, o direito ao nome, o direito à honra, o direito à imagem e o direito à privacidade. Entretanto, este rol é meramente ilustrativo, podendo decorrer destes, outros direitos da personalidade. (ROSA, 2016, <<https://online.unisc.br>>).

Os direitos da personalidade são inerentes à natureza humana, não podendo o indivíduo abdicar destes. Desse modo, não se pode colocá-los na forma singular, pois não é apenas um direito que compõe o ser humano, e sim múltiplos relacionados a sua personalidade. Conforme ensina Zanini (2011), como decorrem da personalidade, da condição de ser humano, não se pode falar em direito à personalidade, mas sim em direitos da personalidade.

É que para além dos direitos expressos na norma civilista, existem direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal que dizem respeito e balizam de forma geral os direitos de personalidade assegurando-os constitucionalmente.

A dignidade da pessoa humana, por exemplo, além de ser um direito expresso na Carta Constitucional brasileira, é um princípio balizador de todo o direito, pois é com base nela que se fundam as relações jurídicas e sociais de forma legal. A Declaração Universal de Direitos Humanos preconiza que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos, e, se assim o é, ninguém deverá ser tratado de forma humilhante ou degradante, muito menos ser submetido a tratamento preconceituoso e violento.

A dignidade é complexa e atinge diretamente os demais direitos no seguinte excerto:

O direito à vida, previsto de forma genérica no art. 5º, *caput*, abrange tanto o direito de não ser morto, de não ser privado da vida, portanto, o direito de continuar vivo, como também o direito de ter um vida digna. [...] Quanto ao segundo desdobramento, ou seja, o direito a uma vida digna, a Constituição garante as necessidades vitais básicas do ser humano e proíbe qualquer tratamento indigno, como a tortura, penas de caráter perpétuo, trabalhos forçados, cruéis, etc. (LENZA, 2019, p. 1168).

Não obstante a previsão legal, o respeito à dignidade deve ser exercido por todos, conforme a doutrina:

Condições mínimas de sobrevivência e respeito aos direitos fundamentais. É a garantia do conforto existencial das pessoas. Respeitar é viver honestamente, não prejudicar ninguém e dar a cada um o que é devido. Além de verto interpretativo, é direito individual protetivo e dever fundamental de tratamento igualitário. A observância da dignidade possibilita pacífica convivência social e desenvolvimento integral. (MESSA, 2018, p. 140).

O artigo 5º, X da Carta Maior também determina que “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” (BRASIL, 1988, <www.planalto.com.br>).

Messa (2018, p. 387) explica os conceitos da seguinte forma:

A Constituição declara invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, X): a) intimidade: é o conjunto de características próprias de uma pessoa, seus desejos, defeitos e manias; b) vida privada: é o relacionamento da pessoa com familiares e amigos; c) honra: objetiva (reputação da pessoa no meio social) e subjetiva (autoestima); d) imagem: atributo (reputação) e retrato.

Quanto à liberdade, segundo a Declaração Universal de Direitos Humanos, todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal. E neste sentido,

define Messa (2018), liberdade da pessoa física: é o direito de ir, vir, permanecer e ficar e, neste ponto, inclusive ser.

Nesse sentido:

A liberdade é inerente ao homem, ela é anterior à Sociedade, ao Direito e ao Estado. Ela foi concebida ao homem desde a sua formação. A liberdade é imanente à natureza humana. O Estado a reconhece, a regula e restringe seu uso pelo homem. (RUIZ, 2006, p. 143).

Ademais, os direitos da personalidade são considerados cumulativos, pois a inclusão de novos direitos não retira aqueles preexistentes e todos os direitos e garantias fundamentais coexistem (FERREIRA, 2013, <<https://jus.com.br>>). Nesse aspecto, mister observar que a definição de direitos da personalidade, é alterada de forma constante, pois acompanha a evolução da sociedade. Conforme Godoy (2001), evoluem à exata medida que se desenvolveram as ideias de valorização da pessoa humana. Desse modo, há um ciclo de ressignificação dessas premissas, pois, de acordo com a passagem do tempo, os anseios sociais e as demandas da população se modificam.

Além de serem considerados intransmissíveis e irrenunciáveis, os direitos da personalidade são extrapatrimoniais, ou seja, não possuem avaliação econômica ou não podem valer-se de uma mesma avaliação.

Em vista disso, pontua-se:

Os direitos da personalidade formam uma categoria de direitos que ultrapassa a construção tradicional dos direitos subjetivos de ordem patrimonial, uma vez que tem por objetivo a proteção à pessoa humana e à sua dignidade. Nesta categoria de direitos são absolutamente relevantes, também, o comprometimento social e os aspectos existenciais do homem. (LACERDA, 2010, p. 98).

Assim dispunha o artigo 11, do Código Civil de 2002:

Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária. (BRASIL, 2012, <<http://www.planalto.gov.br>>)

Positivando essas premissas no Código Civil, foi necessário criar meios proteger os direitos da personalidade contra a transgressão de outrem. Dessa forma, há dois meios de proteção a essas prerrogativas. Uma possui o caráter preventivo,

com o ajuizamento de ação cautelar, tendo o objetivo de reconhecer um direito intrínseco. O outro é o caráter repressivo, com a imposição de sanção civil ou penal, com valor em pecúnia em caso de ter ocorrido uma transgressão, isto é, uma lesão, a esses direitos.

Dessa forma percebe-se que o Ordenamento Jurídico Brasileiro protege, expressamente, os direitos da personalidade. Seja por meio de ação preventiva ou como repressão pelo ato já efetivado.

A fim de dissertar acerca dos direitos da personalidade no quesito da pessoa transexual, torna-se cabível as definições de gênero, sexo, sexualidade e transexualidade. Ademais, os direitos da personalidade dentro da análise da população transexual, possuem uma gama de especificidades definidas pelos princípios de Yogyakarta, sendo estes o marco inicial da tutela internacional do direito à identidade de gênero e orientação sexual como direito humano (PIRES, 2018, <<https://repositorio.unisc.br>>).

3.2 Sexo e gênero

Inicialmente, o sexo teria sua fundamentação na biologia, sendo considerada a existência de macho e fêmea e as suas características sexuais, baseadas nos órgãos reprodutores (ARAN, 2006). Assim, a biologia determinaria que existe o binarismo, ou seja, sexo seria a divisão entre dois conceitos: macho e fêmea.

Nesse sentido, Mello ensina:

A designação do sexo da pessoa, sob perspectiva estritamente biológica, diz respeito à sua conformação física e anatômica, restringindo-se à mera verificação de fatores genéticos (cromossomos femininos ou masculinos), gonadais (ovários ou testículos), genitais (pênis ou vagina) ou morfológicos (aspectos físicos externos gerais). Esse critério dá ensejo à ordenação das pessoas, segundo sua designação sexual, em homens, mulheres e intersexuais (pessoas que apresentam características sexuais ambíguas). (MELLO, 2019, <<https://www.conjur.com.br>>).

Zotti (2018, <<https://repositorio.unisc.br>>) explica que sexo pode ser entendido como uma norma regulatória, através da ideia do binarismo, que impõe sobre os corpos as formas que ele deve se colocar no mundo, determinando-se como homem ou mulher, macho ou fêmea. De mesmo modo, Bento (2006) demonstra que o sexo é uma das normas pelas quais o indivíduo se torna viável, qualificando o corpo para

uma vida.

A biologia marca e constrói o corpo, através da diferença biológica entre sexos, isto é, entre o corpo masculino e o corpo feminino. Assim, compreende-se que a conceituação de sexo é através do entendimento binário da biologia, separando os seres de acordo com os órgãos reprodutores, sendo estes indivíduos homens e mulheres.

Ainda, nessa banda:

Em geral, parte-se do pressuposto de que sexo é algo definido pela natureza, fundamentado no corpo orgânico, biológico e genético, e de que gênero é algo que se adquire por meio da cultura. Esta compreensão se baseia na percepção de que o sexo — homem ou mulher — é um dado natural, a-histórico, e de que o gênero é uma construção histórica e social (ÁRAN, 2006, p. 2).

O conceito de gênero pode ser compreendido como a forma que os indivíduos são identificados de acordo com a sua cultura, ou seja, a forma que esse sujeito é visto no grupo em que está inserido. A ideia de gênero, refere-se à forma como é culturalmente identificada a pessoa, com a expressão da masculinidade e da feminilidade, adotando essa forma como parâmetro, definindo o modo de ser homem e de ser mulher nas relações sociais (MELLO, 2018, <<https://www.conjur.com.br>>).

Tradicionalmente, existe uma percepção dual na forma de determinar gênero, ou seja, o binarismo. O binarismo, de mesmo modo que na biologia, é a determinação da existência do gênero feminino e o gênero masculino, a mulher e o homem. De acordo com Bento (2006), o único lugar habitável para o feminino é em corpos de mulheres, e para o masculino, em corpos de homens, reforçando e endurecendo a dualidade preestabelecida, sendo indubitável a percepção de que a cultura majoritária foi construída com base na ideia binária (PIRES, 2018, <<https://repositorio.unisc.br>>).

O gênero seria a performatividade do sexo biológico, as formas de ser homem ou ser mulher na sociedade regida pelo binarismo. Seria uma espécie de designação de características. De acordo com Freud (1996), gênero são as características de distinção originadas pela sociedade, ou seja, são culturalmente impostas de acordo com o sexo biológico.

Essas características são dadas através do pensamento popular de que determinados atributos são relacionados ao sexo biológico, ou seja, entende-se a partir de um pensamento genérico que determinadas coisas são de homem e outras

são de mulher. Butler (2003), nesse aspecto afirma que esses atos seriam práticas sociais reiteradas, passando a chamá-las de atos performativos. Ainda na análise performática, Bento (2006), explica que o gênero só existe na prática e que a vestimenta é a maior apropriação e posicionamento das performances de gênero.

Assim, de acordo com Beauvoir (1980, p. 85):

Quando se fala em 'gênero feminino', fala-se em todas as características que a sociedade associa ao 'ser mulher'; quando se fala em 'gênero masculino', fala-se em todas as características que a sociedade associa ao 'ser homem'. Do ponto de vista, o gênero não é biológico-natural, mas um constructo social. Em outras palavras, 'ser homem' ou 'ser mulher' não é um dado natural, mas performático e social, de maneira que, ao longo da história, cada sociedade criou os padrões de ação e comportamento de determinado gênero.

De acordo com Pires:

[...] é importante perceber que a priori os signos, os códigos e os corpos são neutros e o que os atribui significados é prática da generificação, que é o ato de atribuir sentido às normas de gênero. A absorção desses processos acontece através de um tipo de socialização ao qual é aplicada pelo contexto histórico de cada cultura. (PIRES, 2018, <<https://repositorio.unisc.br>>).

Entretanto, por mais que exista o pensamento popular de que gênero é correspondente ao sexo biológico, existem indivíduos que não se identificam com o esse sexo biológico e, decorrente disso, não se adequam ao gênero que lhes é imposto. Desse modo, a identidade de gênero é formada através do reconhecimento que cada indivíduo tem de si mesmo, como ele se auto percebe, independentemente do sexo biológico que possui e do gênero que lhe foi atribuído socialmente (SOARES, 2017, <<https://repositorio.unisc.br>>).

Nessa esteira, *in verbis*:

A identidade de gênero, nesse contexto, traduz o sentimento individual e profundo de pertencimento ou de vinculação ao universo masculino ou feminino, podendo essa conexão íntima e pessoal coincidir, ou não, com a designação sexual atribuída à pessoa em razão sua conformação biológica. (MELLO, 2018, <<https://www.conjur.com.br>>).

Não obstante, através da cartilha do Ministério Público Federal (2017), citando os Princípios de Yogyakarta (2006):

Nos Princípios de Yogyakarta sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em matéria de orientação sexual e identidade de gênero,

a palavra gênero é usada para se referir à “experiência interna e individual, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento”, e que inclui o senso pessoal do corpo e outras expressões de gênero, tais como vestimentas, modo de falar e maneirismos. (BRASIL, 2017, <<http://www.mpf.mp.br>>)

Nesta senda, entende-se que sexo é biologicamente identificado dentro do conceito de binarismo, determinando que homem e mulher são macho e fêmea correspondente à sua genitália. De mesmo modo, gênero aparece como uma construção social gerada a partir do conhecimento e do senso comum. Ainda, dentro do que se entende por gênero, há uma confusão entre o gênero socialmente imposto e a forma que alguns indivíduos se percebem, conhecido como identidade de gênero – a forma que a pessoa se vê ou entende a sua existência.

Por fim, de acordo com essa identidade de gênero, existem indivíduos que por não se reconhecerem com o gênero socialmente imposto, transitam para o gênero oposto. Esses sujeitos são conhecidos como transexuais que, conforme exemplifica Áran (2006), são pessoas que se encontram em desconformidade com o seu sexo biológico e desejam possuir outro gênero.

3.3 Transexualidade

Transexualidade é o termo utilizado para versar acerca de pessoas que não se identificam com o sexo biológico, sendo que essas são pessoas transexuais. O indivíduo transexual é compreendido como aquela pessoa que não se identifica com o sexo originário, sendo que esse sujeito tem o forte sentimento de rejeição ao seu sexo biológico (NEPOMUCENO, 2011). Além disso, os transexuais possuem sentimento de pertencimento a outro sexo que não aquele que biologicamente possui desde o nascimento (SZANIAWSKI, 1998).

Nesse aspecto, podemos dizer que:

Transexual é o indivíduo que possui a convicção inalterável de pertencer ao sexo oposto ao constante em seu Registro de Nascimento, reprovando veemente seus órgãos sexuais externos, dos quais deseja se livrar por meio de cirurgia. Segundo uma concepção moderna, o transexual masculino é uma mulher com corpo de homem. Um transexual feminino é, evidentemente, o contrário. São, portanto, portadores de neurodiscordância de gênero. Suas reações são, em geral, aquelas próprias do sexo com o qual se identifica psíquica e socialmente. (VIEIRA. 2002, p. 47)

Outrossim, para outros doutrinadores:

O transexual, psicologicamente, não se identifica com o sexo biológico, o que lhe acarreta profundo sofrimento, apresentando características de inconformismo, depressão, angústia e repulsa pelo próprio corpo. Experimenta desconforto psíquico com seu sexo antagônico [...] (VIEGAS; RABELO; POLI, 2013, p.1).

Assim, compreende-se que não é apenas uma vontade de pertencer a outro sexo, mas algo intrínseco, como um aprisionamento em um corpo que não pertence àquela pessoa, sendo um sofrimento demasiado ao indivíduo trans. Ceccarelli (2008), demonstra que não se trata de um desejo de pertencer a outro sexo, mas se trata de uma evidência inquestionável, de que sujeito transexual pertence ao outro sexo.

Araújo (2000), ensina indivíduos tidos como normais são aqueles que se reconhecem com o sexo biológico do nascimento e que concordam com o gênero que lhes foi imposto. Conforme ocorre a discordância desses aspectos, pode-se ter tipos sexuais desarmônicos, como o transexual, homossexual, bissexual, travesti e intersexual.

A ideia de que a normalidade são os indivíduos que se adéquam a esses pressupostos, tornam todos àqueles que não se reconhecem como aberrações. Borloz (2019, <<https://nacoesunidas.org>>) ressalta a necessidade de compreender que a diversidade sexual e de gênero é uma variante saudável e natural da humanidade e que essa diversidade não são patologias. Desse modo, demonstra-se que a transexualidade é uma manifestação da diversidade sexual e não uma patologia ou sinônimo de algum transtorno.

Entretanto, anteriormente para a medicina, o sexo biológico era a referência para a determinação da identidade sexual dos sujeitos, sendo que qualquer desvio nesse sentido era compreendido como um transtorno com tratamento cirúrgico para adaptação ao corpo ao que o sujeito entende que pertence. (SAMPAIO; COELHO, 2013, <<https://repositorio.ufba.br>>). Feita tal constatação, a transexualidade era entendida como uma patologia pela Organização Mundial da Saúde até o ano de 2019, quando ocorreu a retirada da transexualidade do rol de transtornos mentais, conforme o Conselho Federal de Psicologia (2019, <<https://site.cfp.org.br>>).

No ano de 2019, a Organização Mundial da Saúde, retirou após 28 anos a transexualidade do rol de transtornos mentais, permanecendo apenas como incongruência de gênero dentro da área da saúde sexual. Assim, a justificativa da

organização é que a permanência se dá para que sejam continuados os cuidados de saúde a essa população (BARROSO, 2019, <<https://jusbrasil.com.br>>). Entretanto, mesmo que ocorra essa permanência como incongruência de gênero, denota-se um imenso avanço na despatologização da transexualidade.

O avanço em relação a despatologização também é entendido como uma atenuação nas formas de exclusão e violência, pois se passa a ver o indivíduo transexual não mais como uma pessoa que possui um transtorno, mas como uma pessoa que é saudável e que apenas não se encaixa no binarismo predominante. De acordo com a lógica binária, os indivíduos que não se encaixam são impensáveis, considerados estranhos ou anormais e marginalizados na sociedade (CASTRO; REIS, <<https://periodicos.ufpa.br>>). Assim, a despatologização surge como uma forma de suavizar os preconceitos sofridos pela população transexual.

Entretanto, as violências e os processos de exclusão da população transexual são encontrados no vácuo legislativo no Brasil. Na atual conjuntura político-social há, portanto, uma grande lacuna nas agendas políticas nacionais que atendem as demandas dessa população. Apesar de haver legislações protetivas de direitos humanos no âmbito internacional para as pessoas transexuais, não há, lei que ampare essa camada da população e que criminalize os atos de violência cometidos contra esses (PIRES, 2018, <<https://repositorio.unisc.br>>). A lacuna legislativa não é encontrada apenas na área penalista, mas há inúmeras demandas relacionadas à população transexual que não são atendidas.

Essa omissão legislativa é parte do processo de exclusão social da pessoa transexual, uma triste realidade na sociedade brasileira. As agressões físicas sofridas pelas pessoas transexuais e o dano emocional causado pelo preconceito ocasionam danos irreparáveis ao indivíduo, ferindo a sua dignidade e os seus direitos básicos, colocando-o à margem da sociedade. Além disso, não há perspectiva de futuro para essa população, pois a exclusão social está presente por toda a vida da pessoa transexual, dentro das próprias famílias, nos estabelecimentos educacionais, no mercado de trabalho (SILVA; SOUZA, 2018).

Mello (2019), nesse sentido explica acerca da lacuna legislativa em relação aos direitos população LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros) – que engloba os direitos das pessoas transexuais – no seu voto na ação direta de inconstitucionalidade por omissão nº. 26 – Distrito Federal:

[...] requer-se que o Supremo Tribunal Federal, inovando na ordem positiva, tipifique, ainda que por decisão judicial, as condutas atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais dos integrantes da comunidade LGBT, definindo, também, a respectiva cominação penal, superando-se, desse modo, embora em caráter absolutamente excepcional, o princípio segundo o qual “nullum crimen, nulla poena sine praevia lege”. Pleiteia-se, finalmente, o reconhecimento da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, condenando-se a União Federal e os congressistas responsáveis pelo retardamento abusivo na efetivação da prestação legislativa a indenizarem as pessoas do grupo LGBT prejudicadas pelo comportamento omissivo ora imputado ao Estado. (MELLO, 2019, <<https://www.conjur.com.br>>).

De acordo com a leitura do voto do respeitável Ministro, depreende-se que a população LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros) é prejudicada de forma contínua pelo comportamento omissivo do Estado perante suas demandas e direitos fundamentais. Ainda conforme Pires (2018, <<https://repositorio.unisc.br>>), enquanto o Estado não prover leis protetivas e ações estatais que sejam específicas, além do âmbito externo internacional, a violência e o preconceito com a população transexual permanecerá ocorrendo.

Tendo em vista o vácuo legislativo em âmbito interno, os Princípios de Yogyakarta conquistaram lugar primordial na proteção dos direitos humanos da população transexual. Esses princípios são 29 premissas que surgiram após uma conferência com especialistas de 25 países que adotaram por unanimidade os Princípios de Yogyakarta sobre a Aplicação da Legislação Internacional de Direitos Humanos em relação à Orientação Sexual e Identidade de Gênero. Esse documento possuía o objetivo de orientar a aplicação da legislação internacional frente à diversidade de gênero e orientação sexual (CLAM, 2007, <<http://www.clam.org.br>>).

Entre os 29 princípios, diversos são similares aos direitos que já estão garantidos na Constituição Federal de 1988, no âmbito interno, e na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Entretanto, imperioso destacar o Direito ao Reconhecimento Perante a Lei. Ademais, de acordo com o primeiro princípio: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Os seres humanos de todas as orientações sexuais e identidades de gênero têm o direito de desfrutar plenamente de todos os direitos humanos” (CLAM, 2007, <<http://www.clam.org.br>>).

Ainda, acerca desses princípios:

[...] os Princípios de Yogyakarta são um documento jurídico que trabalha com normas de direitos humanos, possuindo como função precípua orientar os países em questões relacionadas à identidade de gênero e orientação sexual. Desta maneira, os Estados e instituições firmam obrigações de proteção e

garantia dos direitos humanos das pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas, tendo em vista que cada princípio foi cuidadosamente preparado com informações qualificadas, não esquecendo que, para se obter resultados significativos, são necessárias, além do tempo, ações conjuntas entre a sociedade civil e o governo. (PIRES, 2018, <<https://repositorio.unisc.br>>).

O vácuo legislativo e ausência de aplicabilidade dos direitos fundamentais em âmbito interno são grandes intensificadores da violência e exclusão da população transexual. Ainda que existam normas internacionais que visam a tutela desses indivíduos, a lacuna existente no país demonstra a incapacidade do Estado em proteger as pessoas transexuais. A dignidade da pessoa humana é o princípio basilar e norteador do ordenamento jurídico brasileiro, contudo, verifica-se que nem sempre é eficaz o seu desenvolvimento.

Nesse sentido, Mello (2019, <<https://www.conjur.com.br>>) demonstra que:

O Estado tem o dever de atuar na defesa de postulados essenciais, como o são aqueles que proclamam a dignidade da pessoa humana e a permanente hostilidade contra qualquer comportamento que possa gerar o desrespeito à alteridade, com inaceitável ofensa aos valores da igualdade e da tolerância, especialmente quando as condutas desviantes instaurarem tratamentos discriminatórios fundados em inadmissíveis visões excludentes. Aceitar tese diversa significaria tornar perigosamente menos intensa e socialmente mais frágil a proteção que o ordenamento jurídico dispensa, no plano nacional e internacional, aos grupos que se expõem a uma situação de maior vulnerabilidade, como sucede com os integrantes da comunidade LGBT.

Desse modo, depreende-se que é dever do Estado coibir atos discriminatórios baseados em visões que excluem indivíduos da noção de que são seres que merecem ser respeitados e terem sua dignidade preservada. Ainda, nesse sentido, levando-se em consideração a ausência de legislação específica, tornou-se necessário a aplicabilidade de teorias doutrinárias que pudessem garantir o cumprimento, mesmo que leve, dos direitos fundamentais à população transexual, como é o exemplo da aplicabilidade do direito ao esquecimento à essa questão que será apresentado no próximo capítulo.

4 O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA MUDANÇA DE GÊNERO

A dignidade da pessoa humana perpassa o âmbito jurídico como norma fundamental desde a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 até as normas infraconstitucionais. Assim, percebe-se que a dignidade da pessoa humana deve ser o valor norteador de qualquer direito posto dentro do ordenamento jurídico.

De acordo com o ensinamento de Donizetti (2012, <<https://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br>>), o princípio da dignidade humana, um dos fundamentos da previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (art. 1º, III), vincula todo o ordenamento jurídico à sua orientação, ou seja, todo o direito brasileiro deve corresponder a esse pressuposto. Assim, depreende-se que o sistema jurídico deve observar e respeitar estritamente a dignidade da pessoa humana como dispositivo necessário em quaisquer que sejam suas análises e decisões.

O texto constitucional pátrio traz a positivação da dignidade da pessoa humana em seu artigo primeiro, inciso III, dando o teor de rigorosidade na sua interpretação e demonstrando caráter introdutório e fundamental desse preceito no sistema jurídico brasileiro, conforme transcrição abaixo:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>).

A positivação da dignidade humana denota grande avanço na proteção dos direitos fundamentais, contudo, a positivação por si só não é suficiente para garantir a plena efetivação desses direitos, tornando-se necessária a ampliação e criação de outros mecanismos visando a concretização dos direitos básicos do indivíduo. Com isso, surge na doutrina a aplicabilidade de teses jurídicas não postas no ordenamento, mas que buscam diretamente a proteção à dignidade da pessoa humana. Um exemplo disso é o nascimento da tese do direito ao esquecimento no sistema jurídico brasileiro.

A fim de ampliar a proteção da dignidade da pessoa humana, nasce a aplicabilidade da tese do direito ao esquecimento no âmbito jurídico brasileiro. O surgimento dessa tese se deu na esfera penal como forma de coibir a perpetuidade

da pena do sujeito criminoso e para garantir a ressocialização ao indivíduo que cumpriu com seu débito com a sociedade. Essa tese encontrou aplicabilidade, também, na proteção os acusados que foram inocentados no curso do processo penal e em respeito às vítimas dos crimes ocorridos, conforme jurisprudências que serão trazidas posteriormente neste trabalho.

Entretanto, esse assunto passou a conquistar espaço em outras áreas do direito, inclusive no tocante aos direitos fundamentais como forma de proteger os direitos relacionados à personalidade. Nesse aspecto, evidencia-se a proteção à privacidade do indivíduo, uma vez que haja ânimo, por exemplo, da aplicação do direito ao esquecimento nos dados de um sujeito, tornando-se eficaz a proteção da sua intimidade.

O direito à privacidade, em sentido mais estrito, conduz à pretensão do indivíduo de não ser foco da observação por terceiros, de não ter os seus assuntos, informações pessoais e características particulares expostas a terceiros ou ao público geral (BRANCO; COELHO; MENDES, 2017, p. 283). Assim, a privacidade entende-se como um conjunto de informações sobre uma determinada pessoa, podendo ela decidir manter sob seu exclusivo controle ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso pode ser legalmente sujeita (SILVA, 1997, p. 15)

A necessidade da aplicação do direito ao esquecimento sobreveio acompanhado do avanço das tecnologias em relação à publicização de informações e notícias nas redes sociais. Tornou-se extremamente necessário que houvesse um meio de garantir a quem precisasse que determinadas informações sobre a sua intimidade não fossem expostas sem que fosse essa a sua vontade.

Segundo a análise de Sarlet, o direito ao esquecimento se fundamenta na:

[...] pretensão das pessoas, físicas e mesmo jurídicas, no sentido de que determinadas informações (aqui compreendidas em sentido amplo) que lhes dizem respeito, especialmente àquelas ligadas aos seus direitos de personalidade, ou, no caso das pessoas jurídicas, à sua imagem e bom nome, não sejam mais divulgadas de modo a impedir sejam objeto de acesso por parte de terceiros ou pelo menos que o acesso a tais informações seja dificultado, tudo de modo a propiciar uma espécie de esquecimento no corpo social. (SARLET, 2015, < <https://www.conjur.com.br>>).

Aproximando a tese do direito ao esquecimento na mudança de gênero sob a luz da dignidade da pessoa humana, tornou-se intensamente necessário que essa

garantia se aproximasse com a forma de um dispositivo legal. Essa aproximação, tomou como finalidade a possibilidade de pleitear judicialmente a proteção de todo e qualquer dado relacionado à identidade da pessoa transexual, principalmente, levando-se em consideração que estamos inseridos na era da informação e da internet.

Conforme os autores abaixo, o direito ao esquecimento é justificado:

[...] se houvesse a garantia e efetivação de direitos fundamentais “máximos” ao transexual, como o direito à intimidade, à honra, à vida privada e todos os demais inerentes à personalidade humana. Todos esses direitos protetivos, assim como o fundamento republicano da dignidade da pessoa humana, justificam a aplicação do direito ao esquecimento, tanto na mídia televisiva, como na internet, que é a perspectiva que se pretende analisar neste trabalho, objetivando verificar a possibilidade de aplicação da tese do direito ao esquecimento, para justificar a exclusão no ciberespaço da vida passada do transexual, enquanto figurava como uma pessoa de outro gênero. (ALVES; GOFAS, 2017, <<https://www.e-publicacoes.uerj.br>>).

No entanto, antes de partir para análise do direito ao esquecimento na mudança de gênero, faz-se necessário o estudo aprofundado de como a doutrina e a jurisprudência conceituam e compreendem como direito ao esquecimento. Para tanto, utilizar-se-á decisões e doutrina de diversos autores jurídicos de forma crítica.

4.1 O direito ao esquecimento

O direito do esquecimento, também conhecido como o direito de ser deixado em paz ou o direito de estar só, estabelece que o indivíduo não deve ser lembrado publicamente por atos que não mais condizem com a sua realidade ou atos que deseja que não sejam vinculados a sua imagem. O direito de ser esquecido preconiza, em suma, que os atos praticados no passado não podem ecoar para sempre: as pessoas têm o direito de serem esquecidas pela opinião pública e pela imprensa (EHRHARDT JÚNIOR; NUNES; PORTO, 2016).

Segundo Sá (2013, <<https://www.migalhas.com.br/>>) o caso mais conhecido e citado do direito ao esquecimento é o que traz o julgamento do caso Lebach pelo tribunal alemão, datado em 1973, em que o indivíduo pleiteava pelo seu direito à privacidade depois de ter devidamente cumprido sua pena. No referido caso, após sair da prisão, um dos envolvidos no crime teve seu nome divulgado por um programa de televisão que relembrava o crime.

Após pleitear judicialmente o cancelamento da exibição do programa, segundo Sá, foi decidido da seguinte forma:

O Tribunal Constitucional Alemão entendeu que a proteção constitucional da personalidade não admite que a imprensa explore, por tempo ilimitado, da pessoa do criminoso e de sua vida privada. Assim, o canal restou impedido de exibir o documentário. (SÁ, 2013, <https://www.migalhas.com.br>).

Atos como a exibição do programa dão caráter perpétuo aos delitos cometidos pelo sujeito. Nessa narrativa, deve-se considerar que após o cumprimento da pena, o indivíduo quitou seu débito com a sociedade e com o Estado e, desse modo, deve ser garantida a sua dignidade, aplicando-se o direito ao esquecimento em relação ao seu passado criminoso.

A origem dessa tese como direito personalíssimo no país foi dada primeiramente na esfera criminal, segundo o Supremo Tribunal de Justiça (2013), pois, de acordo com a legislação vigente, não é admitido no Brasil a perpetuidade das penas. O ato de relembrar os delitos cometidos não permite que o indivíduo seja desvinculado do que cometera anteriormente, sendo, eternamente, lembrado pela sua conduta. Nesse passo, deve-se lembrar que esse já pagou pelo seu erro e merece prosseguir sua vida de maneira digna, através da ressocialização.

Conforme Branco, Coelho e Mendes mencionam:

Se a pessoa deixou de atrair notoriedade, desaparecendo o interesse público em torno dela, merece ser deixada de lado, como desejar. Isso é tanto mais verdade com relação, por exemplo, a quem já cumpriu pena criminal e que precisa reajustar-se à sociedade. Ele há de ter o direito a não ver repassados ao público os fatos que o levaram à penitenciária. (BRANCO; COELHO; MENDES, 2007, p. 374).

Ainda nesse parâmetro, cabe mencionar:

[...] decorreu em prol da ressocialização de autores de atos delituosos, visando beneficiar aqueles que já pagaram pelo cometimento de um crime, bem como aqueles que foram considerados inocentes, embora tenham tido suas vidas pessoais envolvidas em fatos com efeitos negativos que, em razão disto, tornam-se inconvenientes de serem lembrados. Seria injusto para os autores de delitos em processo de ressocialização, para os que já obtiveram absolvição em processo criminal e, também, para as vítimas e seus familiares, que fatos passados sejam constantemente relembrados como se fosse um presente constante (FILHO, 2014, p. 16-17).

O direito ao esquecimento na esfera penal não é visto apenas na ressocialização do indivíduo de forma abstrata, mas também apareceu em julgados no país em relação ao caso da Chacina da Candelária. No caso específico, o programa Linha Direta¹ exibiu um episódio explicando como se dera o crime e mencionando o nome de um dos suspeitos à época. Ocorre que, o suspeito havia sido absolvido por negativa de autoria.

A publicização do nome da parte que fora inocentada feriu os direitos relacionados à imagem, à honra, à intimidade e à privacidade do indivíduo. Assim, este por se sentir lesado, procurou o sistema judiciário para obter o reparo às transgressões que sofrera, gerando uma ação no Superior Tribunal de Justiça, o Recurso Especial nº 1334097/ RJ:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE. LITÍGIO DE SOLUÇÃO TRANSVERSAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOCUMENTÁRIO EXIBIDO EM REDE NACIONAL. LINHA DIRETA-JUSTIÇA. SEQUÊNCIA DE HOMICÍDIOS CONHECIDA COMO CHACINA DA CANDELÁRIA. REPORTAGEM QUE REACENDE O TEMA TREZE ANOS DEPOIS DO FATO. VEICULAÇÃO INCONSENTIDA DE NOME E IMAGEM DE INDICIADO NOS CRIMES. ABSOLVIÇÃO POSTERIOR POR NEGATIVA DE AUTORIA. DIREITO AO ESQUECIMENTO DOS CONDENADOS QUE CUMPRIRAM PENA E DOS ABSOLVIDOS. ACOLHIMENTO. DECORRÊNCIA DA PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DAS LIMITAÇÕES POSITIVADAS À ATIVIDADE INFORMATIVA. PRESUNÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DE RESSOCIALIZAÇÃO DA PESSOA. PONDERAÇÃO DE VALORES. PRECEDENTES DE DIREITO COMPARADO. (BRASIL, 2013, <<https://ww2.stj.jus.br>>).

De acordo com Canário, a decisão em relação aos dados utilizados pelo programa foi:

No caso do acusado de ter participado da Chacina da Candelária, a 4ª Turma do STJ condenou a Globo a pagar R\$ 50 mil de indenização por danos morais. Entendeu que a menção de seu nome como um dos partícipes do crime, mesmo esclarecendo que ele foi absolvido, causou danos à sua honra, já que ele teve o direito de ser esquecido reconhecido. (CANÁRIO, 2013, <<https://www.conjur.com.br>>).

1 Linha Direta foi um programa de televisão brasileiro que reproduzia as histórias relacionadas aos crimes que ocorreram no Brasil e solicitava a ajuda dos espectadores, pois nos crimes apresentados no programa, os autores do delito estavam foragidos. Esse programa era transmitido pela Rede Globo, e exibido, semanalmente, nas noites de quinta-feira, entre os anos de 1990 à 2007. O programa exibia uma reconstituição realista do crime, contudo, havia espaço para jornalismo e ficção. A reprodução das histórias era inspirada no gênero “docudrama” (representação baseada em fatos reais) e tinha encenação meramente corporal, sem diálogo entre os atores, com a voz do narrador contando acerca do caso apenas.

Outro caso semelhante foi marcante na jurisprudência brasileira, entretanto, nesse caso específico, o direito ao esquecimento foi cedido aos familiares da vítima. O caso, mais uma vez, teve palco no programa Linha Direta, que veiculou os fatos acerca do crime sem a permissão da família. O programa publicizou o nome da vítima e a sua imagem, transgredindo os direitos da personalidade da falecida e trazendo, de forma irresponsável, constrangimento e dor aos familiares.

A família enlutada pleiteou judicialmente a não veiculação dos dados de Aida, chegando ao o Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1335153/RJ11:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE. LITÍGIO DE SOLUÇÃO TRANSVERSAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOCUMENTÁRIO EXIBIDO EM REDE NACIONAL. LINHA DIRETA-JUSTIÇA. HOMICÍDIO DE REPERCUSSÃO NACIONAL OCORRIDO NO ANO DE 1958. CASO "AIDA CURÍ". VEICULAÇÃO, MEIO SÉCULO DEPOIS DO FATO, DO NOME E IMAGEM DA VÍTIMA. NÃO CONSENTIMENTO DOS FAMILIARES. DIREITO AO ESQUECIMENTO. ACOLHIMENTO. NÃO APLICAÇÃO NO CASO CONCRETO. RECONHECIMENTO DA HISTORICIDADE DO FATO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE DE DESVINCULAÇÃO DO NOME DA VÍTIMA. ADEMAIS, INEXISTÊNCIA, NO CASO CONCRETO, DE DANO MORAL INDENIZÁVEL. VIOLAÇÃO AO DIREITO DE IMAGEM. SÚMULA N. 403/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. (BRASIL, 2013d, <<https://www2.stj.jus.br>>)

Sabidamente mencionado pelo Ministro Relator do processo de Aida Curi:

No caso de familiares de vítimas de crimes passados, que só querem esquecer a dor pela qual passaram em determinado momento da vida, há uma infeliz constatação: na medida em que o tempo passa e vai se adquirindo um 'direito ao esquecimento', na contramão, a dor vai diminuindo, de modo que, relembrar o fato trágico da vida, a depender do tempo transcorrido, embora possa gerar desconforto, não causa o mesmo abalo de antes. (SALOMÃO, 2011, <[https:// http://www.stj.jus.br](https://http://www.stj.jus.br)>)

O direito ao esquecimento no sistema judiciário brasileiro surgiu na esfera penal, entretanto, conquistou espaço em diversas áreas do ordenamento jurídico por ser um ótimo artifício para efetivar a garantia dos direitos fundamentais e proteger os direitos relacionados à personalidade dos indivíduos. Assim, passou a ocupar espaço no direito brasileiro além das decisões relacionadas ao direito penal.

Apesar de não ser um tema incipiente na doutrina jurídica brasileira, o direito ao esquecimento passou a integrar o ordenamento jurídico de forma concreta a partir da edição do Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil em 2013, promovida pelo

Conselho da Justiça Federal (CJF), sendo que este menciona que a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.

A referência jurídica para a edição do Enunciado 531 é o Código Civil de 2002, especificamente no seu artigo 11:

Art. 11 - Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária. (BRASIL, 2002, <<http://www.planalto.gov.br/>>)

A redação do referido enunciado aponta como justificativa de assegurar ao sujeito de discutir o uso dos seus dados antigos e em como estes são expostos:

Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados. (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2013, <<https://www.cjf.jus.br/>>)

A preocupação em aplicar o direito do esquecimento para além da área penal é dada principalmente pela forma que a sociedade atual vive. As informações surgem incessantemente e de maneira imediatista, não havendo responsabilidade dos meios de comunicação em divulgar dados que atentam à dignidade dos indivíduos.

Segundo a análise de Lima (2013, <<https://www2.senado.leg.br/>>):

A inserção de dados pessoais na rede, o posterior desejo de torná-lo indisponível e as novas formas como tais informações são utilizadas, acenderam a discussão sobre um meio de os usuários determinarem o desígnio de suas informações digitais. Após diversos embates, a resposta encontrada para a demanda de exclusão das informações indesejadas foi a criação do chamado “direito ao esquecimento”.

A proteção aos direitos fundamentais como à imagem, à honra, à privacidade, entre outros, encontra aqui seu aspecto mais crítico, pois o tempo em que estamos inseridos, o do imediatismo e publicidade de informações, muitas vezes expõem dados diversos que ferem os direitos da personalidade do indivíduo e, conseqüentemente, sua dignidade. Desse modo, a aplicabilidade do direito ao

esquecimento relacionado às informações dos sujeitos se torna urgente na sociedade moderna.

De acordo com explicação de Alves e Gofas (2017, <<https://www.e-publicacoes.uerj.br>>):

Dessa forma, ante as facilidades proporcionadas pela rede virtual, observa-se que há um imensurável fluxo de informações no ciberespaço, as quais se propalam e se expandem em segundos, razão pela qual a preservação das questões relacionadas à intimidade e à vida privada do indivíduo restam cada vez mais prejudicadas, eis que as informações, uma vez publicadas em um determinado site da internet, em poucos minutos são passíveis de disseminação por todo o ambiente virtual.

Ainda, o titular dos dados que foram publicizados:

[...] após a sua inserção no ambiente virtual, objetivando munir os indivíduos de um mecanismo legislativo que lhes assegure a faculdade de excluir informações a seu respeito, ante a inexistência de justificativas legítimas para a sua manutenção, evitando que determinadas informações caiam nas mãos de pessoas que as utilizem de modo abusivo e antiético (RAIMUNDO, 2012, p. 29).

Claramente, é cabível observar que as informações referentes ao interesse público devem ser publicizadas, respeito o direito à informação dos indivíduos. Desta feita, é analisada cada caso específico aparte, pois, dessa forma, é possível que ocorra a correta aplicação do direito ao esquecimento. Os direitos não podem se sobrepor uns aos outros, por esse motivo, é mister que seja feita uma análise delicada sobre quais são as informações que são interessantes ao público em geral e quais atentem à dignidade de um indivíduo.

Dessa forma, depreende-se que o sistema judiciário brasileiro, deve aplicar a tese do direito ao esquecimento em relação às informações publicizadas que atentam contra com a dignidade dos sujeitos, ferindo, de forma severa seus direitos da personalidade, desde que estas não sejam de interesse público. Nesse aspecto, conforme ensina Ferreira (2014), o interesse público não deve ser confundido com a curiosidade pública.

Ademais, em relação aos direitos da personalidade transgredidos, há de se lembrar de um aspecto mais latente. Estando à margem da sociedade durante anos, a população transexual está experimentando aos poucos a proteção aos dados e sua vida anterior de forma concreta no ordenamento jurídico brasileiro.

4.2 A Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275 e o Provimento nº 73 do Conselho Nacional de Justiça como métodos de aplicação do direito ao esquecimento

A dignidade da pessoa humana e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo é garantia fundamental prevista na Carta Magna de 1988. Entretanto, por mais que esses direitos sejam universais, o seu pleno exercício não alcança alguns grupos sociais.

Nesse sentido, depreende-se que alguns grupos sociais estão à margem da sociedade. Esse é o caso das pessoas transexuais. Apesar de estas estarem inclusas entre todos os indivíduos que são detentores de direitos e garantias, elas carecem de proteção específica, tendo em vista a omissão legislativa em algumas questões e inadequação de instrumentos jurídicos em outras (MATIAS, 2019, <<https://jus.com.br>>).

De acordo com Moreira:

O recomeço da vida do transexual deve ser inteiramente aceito para que ocorra a sua integração social. Para isto é necessário esquecer a sua situação anterior, incluindo a omissão de dados anteriores à realização da cirurgia. O direito ao esquecimento para o transexual representa a realização da sua dignidade, livre desenvolvimento da personalidade e proteção da sua vulnerabilidade (MOREIRA, 2015, p.4)

No Brasil, de acordo com o levantamento de 2013 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística², a cada 48 horas uma pessoa transsexual é assassinada no Brasil. Ademais, segundo Antunes (2013), a expectativa de vida do indivíduo transexual é de 35 anos de idade, enquanto a da população brasileira em geral é de 75 anos. O grupo mais atingido são as mulheres transexuais e as travestis, sendo as mortes ocorridas por morte violenta. Além desse tipo de morte, há muita mortalidade por complicações decorrentes do HIV e pelas cirurgias de transformação sem o acompanhamento de profissionais adequados.

Nas palavras de Mello, a discriminação contra a população LGBT³:

² O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE se constitui no principal provedor de dados e informações do País, que atendem às necessidades dos mais diversos segmentos da sociedade civil, bem como dos órgãos das esferas governamentais federal, estadual e municipal.

³ A sigla LGBT se refere a lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros.

Preconceito, discriminação, exclusão e, até mesmo, punições das mais atroz: eis o extenso e cruel itinerário que tem sido historicamente percorrido, o longo dos séculos, em nosso País, pela comunidade LGBT, lamentavelmente exposta, mesmo hoje, a atos de violência configuradores de crimes de ódio perpetrados por irracionais impulsos homofóbicos ou transfóbicos. (MELLO, 2019, <<https://www.conjur.com.br>>)

Desse modo, fica claro que o Estado brasileiro ainda é falho na garantia dos direitos fundamentais elencados no artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Logicamente que esses direitos fundamentais são universais, servindo a todos os cidadãos, independente do sexo, cor, orientação sexual, credo, ou seja, sem qualquer diferenciação entre seres, devendo chegar a todos os indivíduos. Contudo, com a lacuna legislativa e com a falta de pauta acerca aos direitos protetivos específicos das pessoas transexuais, inviabilizando a concretização desses preceitos, pois não atendem às demandas dessa população (PIRES, 2018, <<https://repositorio.unisc.br>>).

Assim, decorrente da lacuna deixada pelo ordenamento jurídico brasileiro, o direito internacional passa a atuar na tutela da dignidade dos indivíduos transexuais, com os direitos humanos e os princípios de Yogyakarta. Nessa banda, algumas formas doutrinárias surgem como forma de garantir a aplicação dos direitos fundamentais à população transexual, sendo uma delas, o direito ao esquecimento.

Como forma de proteção aos direitos da personalidade da pessoa transexual, especialmente à vida privada e à intimidade, torna-se mais do que necessária a aplicação do direito do esquecimento nos dados referentes à vida anterior do indivíduo. Nesse sentido, acerca dos direitos da personalidade:

Os direitos da personalidade têm por objeto os modos de ser, físicos ou morais do indivíduo e o que se busca proteger com eles são, exatamente, os atributos específicos da personalidade, sendo personalidade a qualidade do ente considerado pessoa. Na sua especificação, a proteção envolve os aspectos psíquicos do indivíduo, além de sua integridade física, moral e intelectual, desde a sua concepção até sua morte (TARTUCE, 2009, p. 163)

A pessoa transexual tem direito ao esquecimento de sua vida anterior, caso seja essa a sua vontade, para que possa assumir uma nova vida sem sofrer discriminação e possa exercer sua dignidade de forma plena. De acordo com Moreira e Alves (2015), a aplicação do direito ao esquecimento às pessoas transexuais configuraria um novo começo para aquelas pessoas que resolvem mudar o seu plano existencial, alterando ou adequando a sua identidade ao seu sentimento de pertencimento.

Nessa senda, a Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 4275 protocolada e autuada no Supremo Tribunal Federal em 2009, ingressada pela Procuradoria Geral da República (PGR), versava acerca da possibilidade da mudança de pronome e de gênero no registro civil, sem a necessidade de ajuizamento de ação judicial ou cirurgia de transgenitalização (BRASIL, 2009, <<http://portal.stf.jus.br>>). No corpo textual da referida ação a narrativa defendia a dignidade da pessoa humana e os direitos contidos nos artigos 1º, inciso III, 3º, inciso IV, e 5º, cabeça e inciso X, da Constituição Federal de 1988.

Em seu voto, o Ministro Relator Aurélio (2018) dissertou:

Surge relevante a autonomia da vontade, na vivência desimpedida do autodescobrimento, condição de plenitude do ser humano. É dever do Poder Público, no Estado Democrático de Direito, promover a convivência pacífica com o outro, na seara do pluralismo, sem admitir o crivo da maioria sobre escolhas exclusivamente morais, sobretudo quando decorrem de inafastáveis circunstâncias próprias à constituição somática da pessoa. Cabe a cada qual trilhar a respectiva jornada, arcando com a responsabilidade imposta pela própria consciência, na busca pelos objetivos que se propôs a cumprir. (BRASIL, 2018, <<http://portal.stf.jus.br>>).

Assim, a maioria dos ministros reconheceu o direito da pessoa transexual poder efetuar a alteração sem necessidade autorização judicial. Nessa ação votaram a favor da alteração sem necessidade de autorização os ministros Edson Fachin, Luiz Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e a presidente da Corte, Cármen Lúcia. Os ministros que votaram contra o pedido da PGR, o ministro Marco Aurélio (relator), Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, pois entenderam necessária a autorização judicial para efetuar essa mudança (BRASIL, <<http://portal.stf.jus.br>>).

A partir da votação dessa ADI, denotou-se um avanço na luta pela aplicabilidade dos direitos fundamentais das pessoas transexuais. Dessa maneira, ocorreu a desjudicialização da alteração da identidade da pessoa transexual. Ficou, então, permitido que pessoas transexuais e travestis retifiquem diretamente pela via administrativa, sem necessidade de ação judicial, cirurgia de transgenitalização, laudos médicos psiquiátricos, reiterando o direito à identidade de gênero.

O voto do Ministro Celso Bandeira de Mello, demonstrou que:

O direito à autodeterminação do próprio gênero, enquanto expressão do princípio do livre desenvolvimento da personalidade, qualifica-se como poder fundamental da pessoa transgênero, impregnado de natureza constitucional,

e traduz, iniludivelmente, em sua expressão concreta, um essencial direito humano cuja realidade deve ser reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. É preciso conferir ao transgênero um verdadeiro estatuto de cidadania, pois ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de identidade de gênero. (BRASIL, 2018, <<http://portal.stf.jus.br>>).

A decisão do Supremo Tribunal Federal demonstrou um progresso em relação aos direitos das pessoas transexuais, pois com a desjudicialização da alteração de nome e gênero no registro civil, pode-se facilitar o seu direito à identidade. Além disso, rompeu com velhos modelos discriminatórios e proporcionando que a compreensão de gênero como condição autodeterminada pela pessoa e não definido pela genitália (PIRES, 2018, <<https://repositorio.unisc.br>>).

Tendo a decisão do Supremo Tribunal Federal sido positiva à garantia dos direitos fundamentais da pessoa transexual, o Conselho Nacional de Justiça necessitou regularizar, através do Provimento nº. 73 como ocorreria essa mudança, para que fosse aplicável aos cartórios de registro civil. Esse provimento foi publicado em 28 de junho de 2018 e possui algumas particularidades.

No artigo 2º do referido provimento, resta demonstrado que apenas pessoas maiores de 18 anos poderão efetuar essa mudança, ou seja, por mais que tenha sido desjudicializado o procedimento de retificação do registro civil, ainda existem algumas restrições. Desse modo, inviabiliza a pessoa menor de 18 anos de proceder com a alteração de registro de forma direta nos Registros Civis. “Toda pessoa maior de 18 anos completos habilitada à prática de todos os atos da vida civil poderá requerer ao ofício do RCPN a alteração e a averbação do prenome e do gênero, a fim de adequá-los à identidade autopercebida” (CNJ, 2018, <<http://www.cnj.jus.br>>).

O artigo 4º do provimento demonstra que a alteração será realizada a partir da autonomia da vontade do requerente, ou seja, uma forma de reforçar a autopercepção da pessoa transexual. Denota-se um avanço na garantia dos direitos fundamentais da pessoa transexual, sendo obtidos a partir da Ação Direta de Constitucionalidade 4.275 e regulada pelo Provimento nº 73.

Desse modo, o artigo 4º determina:

Art. 4º O procedimento será realizado com base na autonomia da pessoa requerente, que deverá declarar, perante o registrador do RCPN, a vontade de proceder à adequação da identidade mediante a averbação do prenome, do gênero ou de ambos. (CNJ, 2018, <<http://www.cnj.jus.br>>).

Os artigos 5º e 7º do provimento, demonstram, de forma expressa o respeito à intimidade e à vida privada dos indivíduos transexuais que buscam nos registros civis a alteração do seu nome, exercendo assim, o seu direito ao nome de forma desjudicializada. Ainda, fica demonstrado o direito ao esquecimento, pois pelo caráter sigiloso dessa documentação e pela restrição acerca dos assentos no registro, apenas o titular dessas certidões poderá ter acesso às informações a seu respeito.

Assim, observa-se a partir da leitura dos referidos artigos, o direito ao esquecimento da pessoa transexual:

Art. 5º A alteração de que trata o presente provimento tem natureza sigilosa, razão pela qual a informação a seu respeito não pode constar das certidões dos assentos, salvo por solicitação da pessoa requerente ou por determinação judicial, hipóteses em que a certidão deverá dispor sobre todo o conteúdo registral. (...) Art. 7º Todos os documentos referidos no art. 4º deste provimento deverão permanecer arquivados indefinidamente, de forma física ou eletrônica, tanto no ofício do RCPN em que foi lavrado originalmente o registro civil quanto naquele em que foi lavrada a alteração, se diverso do ofício do assento original. (CNJ, 2018, <<http://www.cnj.jus.br>>).

O direito ao esquecimento passou a ser aplicado no direito de forma expressa a partir do Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil em 2013, promovida pelo Conselho da Justiça Federal (CJF). A publicação deste enunciado possuía como objetivo a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação. Entretanto, as primeiras formas de aplicação no Brasil ocorreram no direito penal e no direito civil.

Posteriormente, o direito ao esquecimento aplicado à questão transexual, serviu como forma de garantir, mesmo de que forma suavizada, a dignidade da pessoa humana a essa parcela da população, considerando que não há legislação específica que proteja esses indivíduos. Nesse quesito, o direito ao esquecimento atuou nos direitos fundamentais especificamente os que versam acerca da personalidade, pois garantiu que a honra, a imagem, a vida privada e o nome das pessoas transexuais fossem esquecidos.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade e a publicação do Provimento nº 73, garantiram que o direito do esquecimento fosse uma teoria que de fato foi colocada em prática no ordenamento jurídico brasileiro. Desse modo, mesmo que de forma tímida, a tutela pelos direitos fundamentais da pessoa transexual passa a conquistar lugar no país.

5 CONCLUSÃO

Inicialmente, após questionada a possibilidade de aplicar o direito ao esquecimento na mudança de gênero, depreende-se que além de possível, é necessária a aplicação dessa tese para o pleno desenvolvimento da identidade da pessoa trans. O direito possui como princípio norteador a dignidade da pessoa humana e para a garantia da dignidade da pessoa trans é estritamente necessário que haja o esquecimento da sua vida passada, caso seja esse seu desejo.

Quando se trata de pessoas, além dos direitos mais basilares para a convivência em sociedade, consagrados pela Carta Constitucional como fundamentais, e preconizados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, no direito civil brasileiro há previsão legal dos direitos de personalidade, que identificam e qualificam a pessoa em suas relações pessoais, sejam elas contratuais ou não.

Importante analisar que a noção de direitos fundamentais é alterada de acordo com o avanço da sociedade, pois, quando o modo de vida é alterado, ou quando essas alterações são de fatos observadas, os anseios necessários à dignidade também são modificados. Relembrando o que fora mencionado no presente trabalho, a preocupação com os direitos fundamentais é tão antiga quanto o nascimento do primeiro homem. Portanto, entende-se que por inúmeras e incontáveis vezes a noção de direitos fundamentais foi alterada, sempre com o intuito de atender as demandas da sociedade.

Os direitos fundamentais são compreendidos como direitos do ser humano no âmbito interno e possuem inúmeras características para a sua construção. Essas características diversas não são rígidas, possibilitando que sejam analisadas de forma diferenciada de acordo com o caso específico, a fim de possibilitar uma garantia maior da dignidade da pessoa humana.

Analisados os direitos fundamentais da personalidade, compreende-se que estes direitos são intrínsecos à identidade do indivíduo. Assim, cabe ao ordenamento jurídico brasileiro a sua proteção. Entretanto, quando esses direitos versam acerca dos direitos da população transexual, há um vácuo legislativo, sendo uma falha do Estado na proteção desses direitos. Dessa maneira, foi necessário buscar meios de proteger esses indivíduos no âmbito externo internacional.

Incumbe-se ao Estado o dever de coibir atos discriminatórios baseados em visões que excluem indivíduos da noção de que são seres que merecem ser 61

respeitados e terem sua dignidade preservada. Contudo, percebe-se que o Estado ainda não é eficaz nessa função.

No tocante à mudança de gênero, enormes mudanças são e serão necessárias no ordenamento jurídico. Não apenas modificando leis e alterando entendimentos, mas também com uma visão sensível aos anseios de uma camada que por anos foi marginalizada. A identidade na mudança de gênero é um direito a ser protegido, tutelado e garantido o pleno desenvolvimento pela Estado.

A questão da identidade na mudança de gênero é latente, pois mexe com todos os direitos fundamentais do indivíduo, tratando diretamente dos direitos da personalidade e da sua condição de existência. A partir dessa análise, compreende-se que os direitos inerentes à condição humana estão intrinsecamente ligados aos direitos fundamentais, pois estes são apenas a posituação dos direitos da pessoa.

Quando se é tratada a questão transexual, essa pessoa não reconhece o gênero que lhe foi imposto, a construção social que lhe compulsada não condiz com o que sente. O sujeito nunca exercerá sua dignidade de forma plena enquanto não forem possibilitados meios de garantir que esse indivíduo pertença ao gênero que compreende como sendo o correto.

Conclui-se, a partir da redação desse trabalho, que é dever do Estado e de toda a sociedade buscar meios para que ocorra a efetivação dos direitos fundamentais, concretizando a proteção da dignidade da pessoa humana, pois sem esta, não há forma de existir. Nesse sentido, o direito ao esquecimento necessita ser aplicado de forma eficaz e imediata no que tange aos anseios da população transexual. Entretanto, mesmo com os avanços dos direitos humanos e fundamentais, a concretização e o pleno desenvolvimento destes ainda estão distantes. Assim, mesmo com toda dificuldade existente, cabe ao Estado criar mecanismos a fim de proporcionar meios que possibilitem o efetivo exercício da identidade da pessoa transexual. Não apenas possui meios, como tem obrigação de garantir o pleno gozo da personalidade dessa população.

O primeiro ato estatal é suprir o vácuo legislativo existente nessa questão, pois, todos os direitos da população trans não são positivados de forma expressa, sendo apenas obtidos através de entendimentos e decisões. Não há, no ordenamento jurídico brasileiro, norma que proteja essa população e que proporcione o mínimo de dignidade atualmente.

A mudança de gênero é um processo lento, sensível e necessário ao

cumprimento dos direitos fundamentais citados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Além disso, as ações do governo devem ser imediatas, tendo em vista a posição brasileira no ranking de violências contra a população transsexual.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Laiane Santos de; NASCIMENTO, Soraia Conceição Santos. **O Julgamento de Nuremberg**: tribunal internacional. Jusway, [S.l.]. 10 fev. 2011. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5401>. Acesso em: 10 jun. 2019.
- ANDRADE, Fábio Martins de. As cláusulas pétreas como instrumentos de proteção dos direitos fundamentais. **Revista de informação legislativa**, v. 46, n. 181, p. 207-226, jan./mar., 2009. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194903/000861767.pdf?sequence=3&isAllowed=y>>. Acesso: 08 ago. 2019.
- ARAN, Márcia. A transexualidade e a gramática normativa do sistema sexo-gênero. **Ágora**, Rio de Janeiro, v. 9, n.1, p. 49-63, jun., 2006.
- ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Declaração dos direitos do homem e do cidadão**. Versales, FR: Assembleia Nacional Constituinte, 1789. Disponível em: <<https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>>. Acesso em: 13 maio 2019.
- BARROS, Wilkson Vasco Francisco Lima. A relação entre os direitos fundamentais e os direitos humanos: uma análise à luz da república federativa do Brasil de 1988. **Jus.com.br**, [S.l.], 11 nov. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/54068/aa-relacao-entre-os-direitos-fundamentais-e-os-direitos-humanos>>. Acesso em: 12 set. 2019.
- BARROSO, Henrique Gabriel. OMS retira a transexualidade do rol de doenças mentais da CID. **Jusbrasil**, São Paulo, 20 jun. 2018. Disponível em: <<https://henriquebarroso.jusbrasil.com.br/noticias/591408476/oms-retira-a-transexualidade-do-rol-de-doencas-mentais-da-cid>>. Acesso em: 30 set. 2019
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.
- BENTO, Berenice. **A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual**. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1999.

BOCK, Ana Mercedes Bahia; FURTADO, Odair; TEIXEIRA, Maria de Lourdes Trassi **Psicologias**: uma introdução ao estudo da psicologia. São Paulo: Saraiva, 1996.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRANDET, João Marcos. O Código de Hamurabi: A religião no direito da Mesopotâmia. **Jusbrasil**, São Paulo, 24 mar. 2017. Disponível em: <<https://jmbrandet.jusbrasil.com.br/artigos/441819784/o-codigo-de-hamurabi-a-religiao-no-direito-da-mesopotamia>>. Acesso em: 29 jun. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 abr. 2019.

_____. Ministério Público Federal. **O Ministério Público e a Igualdade de Direitos para LGBT**, 2017. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/pfdc/midiateca/nossas-publicacoes/o-ministerio-publico-e-a-igualdade-de-direitos-para-lgbti-2017>>. Acesso em: 27 out. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1.335.153**. Recorrente: Nelson Curi e outros. Recorrido: Globo comunicação e participações S/A. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 28 de maio de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=31006938&num_registro=201100574280&data=20130910&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 28 out. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.334.097**. Recorrente: Globo comunicações e participações S/A. Recorrido: Jurandir Gomes de França. Relator: Gilson Dipp, Brasília, DF, 4 nov. 2013c. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?processo=1334097.NUM.&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 12 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4275**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371>>. Acesso em: 27 out. 2019.

BUTLER, Judith. **Problemas de Gênero**: feminismo e subversão de identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CAMPOS, Ricardo Araújo. Princípios de Yogyakarta: o direito ao gozo. **Justificando**, São Paulo, 16 set. 2015. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2015/09/16/principios-de-yogyakarta-o-direito-ao-gozo/>>. Acesso em: 23 set. 2019.

CARDOSO, Cícero Émerson do Nascimento. A ação trágica em Antígona, de Sófocles. **Revista Eletrônica do Netlli**, v. 4, n. 2, jul./dez., 2015. Disponível em: <<http://periodicos.urca.br/ojs/index.php/MacREN>>. Acesso em: 25 jul. 2019.

CASTRO, Roney Polato de; REIS, Neilton dos. Romper binários de gênero e sexualidade: ensaiar uma educação não-binária. **Revista Margens Interdisciplinar**, Pará, v. 11, n.17, p. 108-124, maio, 2017. Disponível em: <<https://periodicos.ufpa.br/index.php/revistamargens/article/view/5437/4530>>. Acesso em: 27 out. 2019.

CECCARELLI, Paulo Roberto. **Transexualismo**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008.

CENTRO LATINO AMERICANO. **Princípios de Yogyakarta**: princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Rio de Janeiro: Centro Latino Americano, 2007. Disponível em: <http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em: 23 set. 2019.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado 531**. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal, 2013. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>>. Acesso em: 30 set. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Provimento nº 73. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/cnj-regulamenta-alteracoes-nome-sexo.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. Transexualidade não é transtorno mental, oficializa OMS. Brasília, 25 maio 2019. Disponível em: <<https://site.cfp.org.br/transexualidade-nao-e-transtorno-mental-oficializa-oms/>>. Acesso em: 26 out. 2019.

DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. Aspectos gerais das características dos direitos fundamentais. **Conteúdo Jurídico**, [S.l.], 30 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/29837/aspectos-gerais-das-caracteristicas-dos-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 14 jul. 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

. Maria Helena. **Código Civil anotado**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**: introdução ao direito civil constitucional. Tradução: Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil e dignidade da pessoa humana**: um diálogo constitucional contemporâneo. Rio de Janeiro: Revista Forense, 2006.

FARIAS, Lincoln; LOPES Nairo. Considerações sobre o conceito de dignidade humana. **Rev. Direito GV**, São Paulo, v. 11, n. 2., p. 649-669, jul./dez., 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322015000200649>. Acesso em: 12 set. 2019.

FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho. Direitos e garantias fundamentais: já podemos falar em quarta e quinta dimensões? **Jus.com.br**, [S.l.], 10 dez. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/26078/direitos-e-garantias-fundamentais-ja-podemos-falar-em-quarta-e-quinta-dimensoes>>. Acesso em 30 jul. 2019.

FERREIRA, João Gabriel Lemos. Os Direitos da Personalidade em evolução: o direito ao esquecimento. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI UNICURITIBA, 22, 2014, Curitiba. **Anais...** Curitiba: CONPEDI, 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4a46bfca3f1465a>>. Acesso em: 02 out. 2019.

FIGUEIREDO, João Victor Macena de. Considerações introdutórias acerca da proteção internacional aos direitos humanos. **Conteúdo Jurídico**, [S.l.], 23 jul. 2016. 2016 . Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47056/consideracoes-introdutorias-acerca-da-protexao-internacional-aos-direitos-humanos>>. Acesso em: 17 ago. 2019.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade 3** o cuidado de si. Rio de Janeiro: Graal, 1985.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2001.

GOMES, Daniela Vasconcellos. Algumas considerações sobre os direitos da personalidade. **Jus.com.br**, [S.l.], 10 set. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17343/algumas-consideracoes-sobre-os-direitos-da-personalidade>>. Acesso em: 14 ago. 2019.

GONZAGA, Alvaro de Azevedo. Direito natural e jusnaturalismo. In: Enciclopédia Jurídica da PUC-SP. São Paulo: PUC, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/63/edicao-1/direito-natural-e-jusnaturalismo>>. Acesso em 25 jul. 2019.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

LACERDA, Dennis Otte. **Direitos da personalidade na contemporaneidade** a repactuação semântica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.

MACHADO, Diego Pereira. **Direitos humanas**. Salvador: Editora JusPodivm, 2017. Disponível em: <<https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/414cdf9324d03db54c847efc53b28cb.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2019.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Um pouco de Antígona e de direito natural. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 33, n. 132, out./dez., 1996. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176501/000518631.pdf?sequence=3&isAllowed=y>>. Acesso em: 13 ago. 2019.

MARIGHETTO, Andrea. A dignidade humana e o limite dos direitos da personalidade. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 21 ago. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-ago-21/marighetto-dignidade-humana-limite-direitos-personalidade>>. Acesso em: 23 ago. 2019.

MARMELSTEIN, George. **Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARTINEZ, Pablo Domingues. **Direito ao esquecimento**: a produção da memória individual na sociedade da informação. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

MOREIRA, Rodrigo. Direito ao esquecimento e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa transexual. **Revista de Direito Privado**, v. 64, p. 81-102, out/dez., 2015.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. **Especialista da ONU alerta para exclusão estrutural da população trans**, Brasil, 21 jan. 2019. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/especialista-da-onu-alerta-para-exclusao-estrutural-da-populacao-trans/>>. Acesso em: 24 out. 2019.

_____. **O que são direitos humanos?**. Brasil, [2019?]. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/>>. Acesso em: 17 maio 2019.

NASCIMENTO, Maria Georgia de Oliveira e. As características dos direitos da personalidade. **Jus.com.br**, [S.l.], 10 maio 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29095/as-caracteristicas-dos-direitos-da-personalidade>>. Acesso em: 13 jun. 2019.

NARCISO, Leandro Xavier Baez; MEZZARROBA, Orides. Direitos humanos fundamentais e multiculturalismo: a coexistência do universalismo com o relativismo. **Pensar**, Fortaleza v. 16, n. 1, p. 246-272, 2011. Disponível em: <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/viewFile/2153/1754>>. Acesso em: 15 maio 2019.

NEPOMUCENO, Cleide Aparecida. Transexualidade e o direito a ser feliz como condição de uma vida digna. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 14, n. 90, jul., 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9896>. Acesso em: 13 set. 2019.

NOBRE, Edílson Pereira. O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista de Informação Legislativa**, v. 37, n. 145, p. 185-196, jan./mar., 2000.

NOJOSA, Zenacleide Costa. A evolução do jusnaturalismo e sua relação com o direito positivo. **Revista Acadêmica da ESMP-CE**, Ceará, v.7, n. 1, jan./jul., 2015. Disponível em: <<http://tmp.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/Edital-01-2015/Articulista/ZenacleideCostaNojosa.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2019.

OLIVEIRA, Antônio Ítalo Ribeiro. O mínimo existencial e a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. **Jus.com.br**, [S.l.], 10 jul. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/50902/o-minimo-existencial-e-a-concretizacao-do-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana>>. Acesso em: 22 ago. 2019.

PAULINO FILHO, Ronaldo. Direito constitucional. **Boletim jurídico**, [S.l.], 30 jan. 2018. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/4447/caracteristicas-direitos-fundamentais-aspectos-doutrinarios>>. Acesso em: 12 jun. 2019.

PESTANA, Bárbara Mota. Direito constitucional. **Conteúdo jurídico**, [S.l.], 17 out. 2017. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/50756/direitos-fundamentais-origem-dimensoes-e-caracteristicas>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

PINTO, Marcio Morena Pinto. A soberania e as sanções aplicadas pelo descumprimento das convenções da OIT. **Jusbrasil**, São Paulo, 29 nov. 2013. Disponível em: <<https://marciomorena.jusbrasil.com.br/artigos/121944004/a-soberania-e-as-sancoes-aplicadas-pelo-descumprimento-das-convencoes-da-oit>>. Acesso em: 12 jul. 2019.

PIRES, Gabriela. **A desjudicialização da retificação de nome e gênero no assento civil para pessoas trans**: implicações jurídicas da ação direta de inconstitucionalidade 4.275. 2018. 74f. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2018. Disponível em: <<https://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/2310/1/Gabriela%20Pires.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2019.

RAIMUNDO, João Pedro Sargaço Dias. **Uma nova frente da proteção de dados pessoais**: a (im)possibilidade de assegurar um eventual direito ao esquecimento. 2012. 78f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Ciências Jurídico-Políticas, Universidade do Porto. Disponível em: <<https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/75966/2/12211.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2019.

ROSA, Aruanã Emiliano Martins Pinheiro. **A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e a liberdade de orientação sexual**: interpretação do caso brasileiro. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE CIÊNCIA POLÍTICA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL, 1., 2015, Porto Alegre.

Anais [...] Porto Alegre: UFRGS, 2015. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/sicp/wp-content/uploads/2015/09/1.-ROSA-Aruan%C3%A3-Emiliano-Martins-Pinheiro-A-Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos-de-1948-e-a-liberdade-de-orienta%C3%A7%C3%A3o-sexual-interpreta%C3%A7%C3%A3o-do-caso-brasileiro.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

ROSA, Marcos Vinícius da. Os direitos da personalidade à luz do processo de constitucionalização e repersonalização do direito privado. In: MOSTRA DE PESQUISA DE DIREITO CIVIL CONSTITUCIONALIZADO, 3., 2016, Santa Cruz do Sul. **Anais...**, Santa Cruz do Sul: UNISC, 2016. Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/ecc/article/view/16172>>. Acesso em: 17 ago. 2019.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil**. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

ROTHEMBURG, Walter Claudius. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2014.

SÁ, Débora Nunes de Lima Soares de. **Direito ao esquecimento**. Migalhas, São Paulo, 11 nov. 2013. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16MI190121,101048-Direito+ao+esquecimento>>. Acesso em: 29 set. 2019.

SAMPAIO, Nestor. Características dos direitos humanos fundamentais. **Jusbrasil**, São Paulo, 14 jan. 2014. Disponível em: <<https://nestorsampaio.jusbrasil.com.br/artigos/112330165/caracteristicas-dos-direitos-humanos-fundamentais>>. Acesso em: 15 ago. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Tema da moda, direito ao esquecimento é anterior a internet. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 22 maio 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-22/direitos-fundamentais-tema-moda-direitoesquecimento-anterior-internet>>. Acesso em: 14 set. 2019.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo** 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo** 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Matheus Fernando de Arruda e. **A experiência de exceção em estados democráticos de direito e suas consequências para a sociedade contemporânea**. 2017. 128f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Metodista de Piracicaba, 2017. Disponível em: <https://www.unimep.br/phpg/bibdig/pdfs/docs/11012018_132059_matheusfernandodearrudaesilva_ok.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2019.

SILVA, Tatiane da Fonseca. O julgamento de Nuremberg e sua relação com os direitos fundamentais e com o direito internacional: uma análise necessária. **Revista do Laboratório de Estudos da Violência da UNESP**, São Paulo, v. 13, p. 55-64, maio, 2014. Disponível em:<www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/levs/article/view/3746/2824>. Acesso em: 10 jun. 2019.

SIMÃO FILHO, Adalberto. Sociedade da informação e seu lineamento jurídico. In: PAESANI, Liliana Minardi (Org). **O Direito na Sociedade da Informação**. São Paulo: Atlas, 2007.

SOARES, Madyorie Schrenk. **Perspectiva de gênero e reflexos jurídicos**. 2017. 58f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Capão da Canoa, 2018. Disponível em: <<https://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/2069/1/Madyorie%20Schrenk%20Soares.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2019.

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

TAIAR, Rogério. **Direito internacional dos direitos humanos: uma discussão sobre a relativização da soberania face à efetivação da proteção internacional dos direitos humanos**. 2009. 321f. Tese de Doutorado (Programa de Pós Graduação em Direitos Humanos) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-2411200933818/publico/Rogério_Taiar_Tese.pdf>. Acesso em: 10 set. 2019.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas do direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

VANIN, Carlos Eduardo. Jusnaturalismo e juspositivismo. **Jusbrasil**, São Paulo, 19 maio 2015. Disponível em: <https://duduhvanin.jusbrasil.com.br/artigos/189321440/jusnaturalismo-e-juspositivismo>. Acesso em: 23 set. 2019.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. Direito à Adequação de Sexo do Transexual. **UNOPAR Cient., Ciência Jurid. Empres.**, Londrina, v. 3, n. 1, p. 47-51, mar. 2002. Disponível em: <<http://www.sies.uem.br/trabalhos/2015/611.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2019.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; RABELO, Cesar Leandro de Almeida; POLI, Leonardo Macedo. Os Direitos Humanos e de personalidade do transexual: prenome, gênero e a autodeterminação. **Âmbito Jurídico [online]**, Rio Grande, v.

14, n. 110, mar. 2013. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12914. Acesso em: 23 set. 2019.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direitos da personalidade**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ZOTTI, Sabrina. **Cartografando tecnologias e processos de subjetivação no processo transexualizador do Sistema Único de Saúde**. 2018. 70f. Monografia (Graduação em Psicologia) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2018. Disponível em: <<https://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/2225/1/Sabrina%20Zotti.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2019.