

**CURSO DE DIREITO**

Marcos Vinícius da Rosa

**O DIREITO AO NOME EM FACE DA REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO  
PRIVADO: A QUESTÃO DO “NOME SOCIAL”**

Santa Cruz do Sul  
2015

Marcos Vinícius da Rosa

**O DIREITO AO NOME EM FACE DA REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO  
PRIVADO: A QUESTÃO DO “NOME SOCIAL”**

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.

Prof. Jorge Renato Reis  
Orientador

Doutorando Iuri Bolesina  
Coorientador

Santa Cruz do Sul  
2015

## **TERMO DE ENCAMINHAMENTO DO TRABALHO DE CURSO PARA A BANCA**

Com o objetivo de atender o disposto nos Artigos 20, 21, 22 e 23 e seus incisos, do Regulamento do Trabalho de Curso do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC – considero o Trabalho de Curso, modalidade monografia, do/a acadêmico/a (Nome do Estudante) adequado para ser inserido na pauta semestral de apresentações de TCs do Curso de Direito.

Santa Cruz do Sul, 04 de novembro de 2015.

Prof. Jorge Renato Reis

Orientador

*Imagine no possessions I wonder if you can.*  
(LENNON, J., [www.vagalume.com.br](http://www.vagalume.com.br))

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço aos meus familiares pelo incentivo e pela compreensão dos momentos em que me fiz ausente, aos professores e colegas do Curso de Direito pelos ensinamentos, estímulo ao pensamento crítico e pela amizade. Ao professor orientador, Pós-Doutor Jorge Renato Reis, pelo encorajamento e sabedoria transmitida na realização desta monografia.

Também agradeço especialmente ao professor coorientador desta pesquisa, o Doutorando Iuri Bolesina, pelo estímulo e instigantes discussões acerca do tema desenvolvido e pelo fornecimento de subsídios que possibilitaram a realização deste trabalho.

Agradeço ainda ao coordenador e funcionários da biblioteca da Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC, pelo gentil obséquio em ceder material bibliográfico, sem o qual seria impossível a elaboração desta pesquisa.

## RESUMO

Sob a ótica da constitucionalização e da repersonalização do Direito Privado, busca-se definir a extensão da tutela do direito ao “nome social” para propiciar o livre desenvolvimento da personalidade de forma mais plena às travestis, a partir do direito fundamental à identidade pessoal. Trata-se primeiramente, de uma contextualização histórica do referido processo de constitucionalização, passando pela busca das origens do Direito Privado, pela instauração e desenvolvimento dos modelos de Estado Liberal e Social, tendo como ponto de chegada o Estado Social Democrático de Direito. Em seguida, aborda-se os processos de constitucionalização e repersonalização no âmbito brasileiro, e suas implicações na constituição de uma nova ordem normativa constitucional à qual está subordinado todo ordenamento jurídico. No segundo item, objetiva-se descrever e caracterizar os direitos da personalidade, os quais adquirem ressignificação à luz da repersonalização, tendo como sustentáculo a Dignidade da Pessoa Humana. No terceiro item, analisa-se a condição de transgênero e suas implicações histórico-culturais sob uma perspectiva desconstrutiva do paradigma binário heteronormativo tradicional. O nome, enquanto direito fundamental de personalidade, é analisado sob o enfoque jurídico e social. À guisa de conclusão, tem-se que o direito ao “nome social”, apesar da inexistente previsão legal, constitui-se em fundamental vitória simbólica dos movimentos LGBT’s na direção de uma jurisdição constitucional contemplativa e acolhedora da diversidade, proporcionando aos cidadãos o direito fundamental à identidade pessoal que lhe aprouver, na realização de sua dignidade humana.

**Palavras-chave:** constitucionalização; repersonalização; direitos da personalidade; gênero; travestis; “nome social”.

## ABSTRACT

Under the perspective of the constitutionalization and repersonalization of Private Law, we intend to define the extent of protection of the right to the "social name", and promote the free development of the transvestite personality in its fullest form, based on the fundamental right to personal identity. It is primarily a historical contextualization of the constitutionalization process, through the research of the origins of Private Law, setting up and development of the Liberal and Social States models and, the starting point of the Social Democratic rule of law. Then, our study covers up the constitutionalization and repersonalization processes in the Brazilian context, and its implications on the formation of new constitutional order rules to which all laws are subordinated. On the second item, the objective is to describe and characterize the rights of personality, which acquire a reinterpretation in the light of repersonalization, supported by Human Dignity. The third item, analyzes the transgender condition and its historical-cultural implications under a deconstructive perspective of traditional heteronormative paradigm torque. The name, as a fundamental right of personality, is analyzed from a legal and social perspective. In conclusion, the right to "social name," despite the non-existent legal provision, constitutes a key symbolic victory of the LGBT's movements toward a contemplative and cozy constitutional jurisdiction of diversity, offering citizens the fundamental right to personal identity will, in carrying out human dignity.

**Key-words:** contitutionalization; repersonalization; personality rights; gender; transvestites; "social name".

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>2</b>	<b>CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO .....</b>	<b>11</b>
2.1	Histórico da constitucionalização .....	11
2.2	A Constitucionalização do Direito Privado no Brasil .....	23
2.3	A repersonalização e despatrimonialização do Direito Privado.....	33
<b>3</b>	<b>DIREITOS DA PERSONALIDADE .....</b>	<b>37</b>
3.1	Histórico.....	37
3.2	Características jurídicas clássicas dos direitos da personalidade.....	43
3.3	O princípio do livre desenvolvimento da personalidade.....	47
<b>4</b>	<b>O NOME SOCIAL NO DIREITO PRIVADO REPERSONALIZADO.....</b>	<b>55</b>
4.1	A condição de transgênero .....	55
4.2	O direito ao nome e à identidade pessoal .....	65
4.3	O nome social.....	73
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>81</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>85</b>



## 1 INTRODUÇÃO

O trabalho será desenvolvido no sentido de identificar as formas de interpretação dos direitos da personalidade à luz da constitucionalização e repersonalização do Direito Privado no constitucionalismo brasileiro, bem como verificar e dimensionar a necessária tutela destes direitos fundamentais. O exercício jurisdicional estatal deve proteger e tutelar tais direitos para permitir a todos o livre desenvolvimento da personalidade de forma plena.

Será abordada também, a problematização do que seriam as diretrizes ou balizas necessárias para um desenvolvimento pleno da personalidade, sob a ótica dos direitos da personalidade, os quais historicamente sempre visaram tutelar o exercício da capacidade do indivíduo para concretizar direitos patrimonialistas, notadamente sob uma lógica liberal. Analisar-se-á a contextualização histórica da constitucionalização e do Direito Privado e sua relação com os direitos da personalidade, que proporciona a estes uma reinterpretação despatrimonializada.

A partir do processo de redemocratização do direito, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, vem desenvolvendo-se um tímido, mas consistente caminho, no sentido de uma repersonalização do direito, abrindo espaço, dessa forma, ao abrigo e à tutela do exercício dos direitos da personalidade, sobretudo como derivados do grande princípio norteador da Dignidade da Pessoa Humana, o qual, se aplicado adequadamente, realiza a vontade constitucional e proporciona o tão desejado livre desenvolvimento da personalidade.

Para o desenvolvimento desta tarefa, necessariamente, será realizada uma contextualização histórica trazendo as origens do Direito Privado e da constitucionalização do mesmo, especialmente a partir da análise do processo de constitucionalização europeu, enfaticamente privilegiando o sistema de direito “romano-germânico”, o qual serviu de modelo para várias nações ocidentais, dentre elas o Brasil.

Será dado seguimento, à análise do processo de constitucionalização e repersonalização do Direito Privado no Brasil, bem como a incorporação dos direitos da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro, os quais, sob a luz de uma nova ordem normativa constitucional, alcançam infinitas possibilidades de exercício, devendo ser tutelados pelo Estado. A irradiação dos princípios e valores

constitucionais será objeto de discussão sob a análise das teorias constitucionais de eficácia dos direitos fundamentais.

Em seguida, caberá uma descrição e análise das origens históricas dos direitos da personalidade, bem como de suas características, dos direitos de personalidade em espécie e do caráter de rol aberto e não taxativo de tais direitos. Será discutido ainda a respeito da disponibilidade relativa destes direitos personalíssimos, o que pode acontecer em determinados casos concretos derivados da infinidade fática da vida cotidiana em sociedade. É necessário discutir o alcance da tutela de tais direitos fundamentais, especificamente o exercício dos direitos da personalidade, sob uma ótica pós-positivista, realizando um debate sobre a almejada segurança jurídica versus a fluidez de certas conceitualizações.

O objeto central da pesquisa debruçar-se-á sobre o direito ao nome em face da repersonalização do Direito Privado, especificamente com relação ao direito ao “nome social”. Ou seja, em face do Direito Privado constitucionalizado, como se dá a tutela jurídico-legal do “nome social” no Brasil atualmente? Justifica-se essa análise, pois a realidade social clama por reivindicações que tornem a vida mais digna. Grupos sociais tidos como “minorias”, que como se verá adiante, não são tão pequenas como se poderia imaginar, necessitam da intervenção da tutela do Estado para desenvolver-se de forma mais plena e mais digna.

Reservar-se-á momento oportuno para a descrição e análise de um grupo social específico, as travestis, temática problematizada a partir da construção de sua identidade e personalidade sob uma condição de transgênero. O que será discutido trazendo à tona questionamentos com relação à formação de subjetividade e dos processos envolvidos nesse fenômeno, a partir do “lugar” ou perspectiva pela qual se avalia, “normatiza”, diferencia, identifica-se ou acolhe-se a diversidade e a diferença. O termo transgênero é mais amplo, abarcando diversos subtipos, sendo um destes, as travestis.

Será realizada, em momento específico, a diferenciação das travestis dos/das transexuais. Sucintamente, essa distinção diz respeito ao fato de os/as transexuais buscarem a cirurgia de transgenitalização para realizarem-se plenamente, enquanto que as travestis permanecem com o sexo biológico, reivindicando, entretanto, a condição social feminina. Sendo assim, a modificação do nome civil para as travestis atualmente, é objeto impossível, figurando o “nome social” como alternativa intermediária e mais célere para responder às reivindicações desse grupo social.

Finalmente, após o percurso desse caminho, descrever-se-á a forma pela qual instituiu-se a operacionalização e a tutela do direito ao “nome social” no Brasil atualmente. Trazendo, para tanto, as recentes regulamentações jurídicas acerca dessa temática, bem como, exemplificações contemporâneas em que esse direito está sendo exercido, propiciando um mais adequado livre desenvolvimento da personalidade, coadunado com a realização da pessoa humana no Estado Social Democrático de Direito.

Para possibilitar essa tarefa, a metodologia adotada no presente trabalho será a abordagem dedutiva, a qual parte de um referencial de pesquisa teórica e da análise de seu conteúdo, descrevendo a contextualização histórico-evolutiva do Direito Privado até o ponto de chegada da instauração e implementação do Estado Social Democrático de Direito, analisando as vicissitudes do desenvolvimento e da consagração dos direitos da personalidade como direitos fundamentais ao longo deste processo. Utilizar-se-á a documentação indireta através de pesquisa bibliográfica, como a consulta em livros, periódicos e referências a informações eletrônicas.

## **2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO**

Este capítulo abordará o processo de constitucionalização do Direito Privado. Para tal tarefa, será realizada uma contextualização histórica, descrevendo a construção dos direitos fundamentais e o exercício dos mesmos nos respectivos períodos de Estado, Liberal e Social, tendo como ponto de chegada o Estado Social Democrático de Direito.

Dar-se-á seguimento ao trabalho, descrevendo como ocorreu o processo de constitucionalização do Direito Privado no Brasil. Analisam-se ainda, os processos de repersonalização e de despatrimomialização do Direito Privado e suas implicações na incidência dessa ótica sobre todo o ordenamento jurídico pátrio.

### **2.1 Histórico da constitucionalização**

Para abordar o tema da constitucionalização do direito, é necessário primeiramente tecer alguns breves comentários acerca da evolução histórica do direito no que tange ao desenvolvimento dos direitos fundamentais e a tutela e proteção dirigida à pessoa humana através dos tempos.

A temática da extensão dos direitos fundamentais às relações privadas passa inevitavelmente pela análise de um contexto extremamente amplo, o qual envolve uma leitura a partir de um prisma das “cosmovisões” vigentes em cada momento histórico. Os direitos fundamentais constituem-se como realidades históricas, às quais arraigadas a custosas lutas sociais, são construídos para tutelar a dignidade da pessoa humana.

Os Paradigmas que vigoraram em cada período histórico-social foram determinantes na forma como se exteriorizavam os direitos fundamentais. Sarmento (2006), ensina que toda ciência desenvolve-se dentro da continência epistemológica de determinado paradigma, sendo assim, tais circunscrições vão influenciar seus princípios, máximas e suas premissas, delimitando, da mesma forma, o seu campo de pesquisa e debate na comunidade científica. Portanto, paradigmas são como tradições científicas que destilam premissas básicas de aplicação reconhecida entre os membros de cada escola ou comunidade científica.

Quando um paradigma torna-se obsoleto, deixando de se afinar com os anseios e as necessidades de determinada comunidade, ou mesmo porque já não

se encontra compatível com as crenças e a visão de mundo daqueles, ocorre a crise do paradigma, ou a sua quebra, ocasionando uma revolução científica. Todavia, há de se tomar cuidado quando se tende a pensar na “evolução” ou “revolução” científica de forma linear e com grandes rupturas entre um paradigma e seu “sucessor”. A contrassenso de alguns autores o que ocorre, na verdade, é uma forma de evolução gradual em que alguns paradigmas influenciam a outros, tanto no sentido de complementação, como no de negação aos seus antecessores, inter-relacionando-os de uma forma que um não existiria sem a existência do outro. Neste sentido, ao se considerar mudanças de modelos paradigmáticos, Sarmiento (2006, p.4) afirma que estes constituem-se em:

exteriorizações no mundo jurídico de mundividências distintas, mas estas não decorrem, em regra, de rupturas revolucionárias, e sim de evoluções gradualistas, que não tiveram o mesmo ritmo ou a mesma intensidade em todos os lugares.

Muito embora a realidade seja multifacetada e não passível de emoldurar em reducionismos, ou de ser totalmente absorvida por um modelo, uma estrutura teórica, didaticamente, é possível dividir a construção histórica dos direitos fundamentais no período da Modernidade em duas grandes fases, quais sejam, o Estado Liberal e o Estado Social. Alguns teóricos já cogitam o aparecimento de um novo modelo de organização social, que seria denominado de “pós-social” (SARMENTO, 2006).

Faz-se esclarecedora a consideração de Sarmiento, ao reconhecer que a história do desenvolvimento dos direitos humanos tomou lugar no mundo ocidental, mais especialmente na Europa e nos Estados Unidos. É também essencial saber que o germe da valorização dessa classe de direitos encontra-se arraigado no pensamento da filosofia Iluminista como leciona o referido autor:

[...] não há como negar que a história dos direitos humanos retrata, antes de tudo, o percurso de uma ideia que brotou e se desenvolveu na civilização ocidental. Esse direitos são a tradução normativa de determinada cosmovisão que, em sua essência, remonta à filosofia Iluminista (SARMENTO, 2006, p. 5).

Com o advento da Idade Moderna, a partir do século XV, deu-se o desenvolvimento de Estados autônomos e o surgimento da burguesia, este período também era caracterizado pelo absolutismo, em que o poder político concentrava-se

nas mãos dos reis. Tanto na Idade Média quanto na Idade Moderna não havia nenhum tipo de proteção normativa aos direitos individuais.

Em contraposição ao absolutismo, o advento da Revolução Francesa, com seus ideais liberais revolucionaram o sistema vigente mitigando o papel do Estado na vida dos indivíduos. Os valores liberais como a autonomia da vontade para a comercialização e firmação de contratos, bem como a não intervenção do Estado na vida particular eram os mais exaltados neste período. O grande marco desse período, ou seja, do final da Idade Moderna e do início da Idade Contemporânea, foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, pela Assembleia Constituinte Francesa, com bases no individualismo e na afirmação dos direitos naturais.

Dessa forma, impulsionado pela Revolução francesa, iniciou-se o Estado Liberal, com a afirmação dos primeiros direitos fundamentais individuais, como a liberdade e a igualdade, hoje considerados como direitos de primeira geração. Todavia, essa igualdade era meramente formal e a liberdade significava ter liberdade para contratar, para adquirir e alienar imóveis o que, por sua vez, era considerado símbolo de riqueza e tido como sagrado. O “cidadão” era livre para ser proprietário e comercializar a partir de seus interesses sem a intervenção do Estado, o qual tinha um papel negativo nesse período.

Os ideais Iluministas alcançaram muita proeminência no período que se decorreu do século XVII ao século XVIII, e propiciaram uma atmosfera de grandes mudanças. O direito natural foi exaltado, afirmando que o homem possui direitos inatos, anteriores mesmo ao Estado. Era necessário garantir a proteção do indivíduo frente ao Estado, pois o homem tem direitos e garantias a serem respeitadas.

O movimento iluminista realizou severa crítica frente às ideias e à sociedade do *ancien régime*, sistema político e aristocrático francês, centralizador e monárquico absolutista. Para Caenegem (2000), houve alguns principais pontos críticos: primeiramente, desferiu-se a crítica perante a desigualdade da lei, mantida pelo sistema político dos “Estados”, a qual trazia privilégios fiscais para a nobreza e o clero, limitando o acesso a cargos públicos; em segundo lugar, a crítica às limitações das pessoas à propriedade, sendo que a servidão ainda existia, fazia-se ainda crítica às restrições feudais que impediam o desenvolvimento da atividade econômica; em terceiro lugar, criticou-se as intervenções da Coroa, arbitrárias e imprevisíveis, na vida dos particulares, bem como a exclusão da participação popular em assuntos de

ordem política. Finalmente, havia ainda a crítica frente à Igreja e à intolerância religiosa pela hegemonia do cristianismo, o que por sua vez, ensejou várias guerras religiosas na Europa.

O direito natural jusnaturalista racional negou a ideia de um direito divino, afirmando um direito natural proveniente da razão, da inteligibilidade e racionalidade naturais do homem. A metodologia paradigmática do direito natural estava assentada sobre o pragmatismo e a objetividade das ciências exatas, assim como a matemática. Grandes expoentes da época como Descartes, Galileu, Newton e Spinoza influenciaram a filosofia iluminista baseada na razão, sendo que segundo tais concepções, homem e sociedade eram parte de um universo inteligível, governado pelas leis da natureza, sendo necessário analisar a realidade a partir de evidências e de rigorosas observações científicas (CAENEGEM, 2000).

Com relação ao direito, este deveria ser produzido para o “homem moderno”, norteado pelo princípio diretor da razão. As proliferações legislativas deveriam ser reduzidas, dando espaço às sistematizações, traduzidas nas codificações, as quais deveriam ser claras e compreensíveis, livres de obscurantismos (CAENEGEM, 2000).

Para Sarmiento (2006), a partir do Iluminismo, ou Ilustração, como também chamado este período, é que se construíram as bases ou pilares do conceito moderno de direitos do homem. Sendo que estes ideais alcançaram expressão no âmbito jurídico de forma eloquente no movimento do constitucionalismo.

A legitimidade para exercício do poder estatal encontrava seus fundamentos nas teorias filosóficas de filósofos como Hobbes, Locke, Rousseau, os quais consagravam o “contrato social”, em que os indivíduos alienam parte de sua liberdade ao Estado em contrapartida de ordem social, garantia e respeito aos direitos individuais e sociais. Sendo assim, os indivíduos detêm direitos intatos e inalienáveis. Para Locke, um dos direitos mais essenciais era o da propriedade, sendo sua tutela função precípua do Estado. O artigo 17 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, consagra a propriedade como um “direito inviolável e sagrado” (SARMENTO, 2006).

A característica central do período Liberal era o absentismo do Estado, e esta limitação do poder foi auxiliada também pela técnica da separação de poderes, elaborada por Montesquieu. O poder outrora centralizado no rei, divide-se em três: Legislativo, Executivo e Judiciário, os quais em um sistema de “pesos e

contrapesos”, controlavam uns aos outros. Conter o poder de atuação do Estado era essencial para alcançar o fim das liberdades individuais. Entretanto, como na verdade, o homem “livre” era aquele que possuía bens e autonomia para contratar, alienar, adquirir, produziu-se uma exploração econômica, bem como a alienação e disposição de direitos individuais dos menos abastados e hipossuficientes da época.

A Constituição foi a forma utilizada pelo Iluminismo para perfectibilizar a racionalização e a legitimação do poder, à qual deveria trazer em seu escopo a separação dos poderes e a garantia dos direitos do cidadão, oponíveis em face do Estado (SARMENTO, 2006).

Esta separação, que passa a limitar o poder do Estado, aliada ao paradigma da igualdade formal, da garantia da liberdade individual e do direito de propriedade era o fermento para a gradativa ascensão da classe burguesa em detrimento da nobreza, agora em declínio. O Estado não interventor e as demais características do modelo Liberal possibilitaram o aparecimento do germe do sistema capitalista, alicerçado na segurança da previsibilidade jurídica e na auto regulação do mercado, sendo endeusada a autonomia privada expressa na plena liberdade contratual e na concepção de propriedade absoluta (SARMENTO, 2006).

Cantali (2009, p. 38), traz ainda outras características fundamentais do Estado de Direito Liberal, tanto do ponto de vista estrutural do modelo, bem como da forma como o homem, tutelado pela lei na perspectiva de uma igualdade formal, era concebido:

os postulados fundamentais do Estado de Direito Liberal eram, a saber, o ideal de completude; a unicidade do Direito, já que o Estado, cujo poder ideologicamente emanava do povo, passou a ser fonte única; a neutralidade das normas em relação ao seu conteúdo; e ainda, a concepção de homem abstratamente considerado como sujeito de direito. O individualismo jurídico clássico considerava o homem como entidade abstrata, alheia ao meio social.

O nascimento dos direitos fundamentais, portanto, vem acompanhado de uma perspectiva de direitos públicos subjetivos, pretensões de direitos dos indivíduos em face do Estado, alicerçados nas Constituições. A esfera particular era matéria do direito civil. Essa dicotomia entre leis civis e leis públicas foi sistematizada pela primeira vez por Jean Domat, servindo como base para todas codificações que se decorreram durante o século XIX (CANTALI, 2009).

No Modelo Liberal, o Estado foi mantido sob controle para garantir os direitos individuais, esferas entendidas na época como incomunicáveis. A demarcação de



uma dicotomia entre o público e privado fez com que o direito funcionasse em duas lógicas totalmente distintas, no que se referia às relações entre o Estado e o indivíduo, o que prevalecia eram as Constituições, por outro lado, nas relações entre particulares, regidas pelo princípio da autonomia da vontade, incidia o Código Civil, exatamente como uma constituição privada. Neste sentido, observa Cantali (2009) que a ascensão da burguesia evidenciou uma clara separação de interesses entre as esferas pública e privada.

Eclodiu-se assim, a chamada era das codificações, pretendendo refletir os ideais de completude, unicidade, previsibilidade e segurança jurídica. Facchini Neto (2003), citado por Cantali (2009, p. 39), afirma que um dos mais importantes ideais basilares do Estado Liberal caracterizava-se por uma ideologia que convencionou-se chamar dos três “c’s”, ou seja, os códigos deveriam, ou pelo menos, pretendiam ser “completos, regulando aprioristicamente todas as relações em sociedade, sem que houvesse lacunas; claros, cujas disposições seriam facilmente interpretáveis e [...] coerentes, ou seja, sem contradições, sem antinomias”.

Várias codificações surgiram influenciadas pelo liberalismo desse período. Através do individualismo jurídico, estes códigos reconheciam o cidadão como aquele que possuía patrimônio e capacidade econômica, sendo assim, aquele desprovido de poderes econômicos foi deixado de fora da tutela ou proteção de tais códigos. Esta é a razão pela qual se fala em igualdade apenas formal e não material. O mais famoso e influente código surgido nesse período foi o *Code Civil des Français*, ou como é mais conhecido, Código Napoleônico, promulgado em 1804. Tal estatuto civil era, na verdade, considerado como se fosse uma carta constitucional, fundamentada na igualdade formal e no liberalismo político e econômico, valores que vigoravam no período. Uma das preocupações de Napoleão na época, era a de fornecer à nação uma compilação de códigos. Era necessário dar um fim à incerteza jurídica reinante através do uso, na prática jurídica, de códigos universalmente válidos (CAENEGEM, 2000).

O direito basilar consagrado pelo *Code* civil foi a propriedade privada e seus diferentes modos de aquisição e alienação. Outro pilar fundamental desta codificação é a família, protegida e regrada de forma muito austera, com a submissão ao marido e pai. Outra característica importante é que o código de 1804 foi concebido sob a ótica de um paradigma positivista, evitando qualquer discussão doutrinária, pois ele pretendia ser claro e objetivo. Tal positivismo fez marcas

importantes na Escola Exegética, influenciando marcadamente todo o século XIX. Com isto, as interpretações doutrinárias, as jurisprudências e mesmo o costume, encontravam-se agora subordinados à autoridade absoluta do estatuto civil (CAENEGEM, 2000).

Aos juízes da época, portanto, cabia a aplicação do direito escrito, sem qualquer possibilidade de interpretação. Na medida em que a pretensão dos códigos era de que contivessem aprioristicamente toda e qualquer solução para os casos concretos, o papel dos juízes era fadado ao aspecto meramente técnico, sem qualquer valoração ou posicionamento político. *La bouche de la loi*, a famosa expressão trazida por Montesquieu, descrevia o papel dos juristas deste período, sendo os juízes a “boca da lei” eximiam-se das responsabilidades concernentes aos casos concretos diante de dispositivos injustos, pois sua função era somente aplicar a lei. Com isto, várias injustiças podiam ser cometidas, contanto que estivessem ao abrigo da lei.

Dessa forma, a avassaladora supremacia das codificações, regulando as relações econômico-privadas, submeteram as Constituições Liberais a meras reguladoras dos poderes público-políticos.

Este movimento de codificações espalhou-se por toda a Europa do século XIX, com exceção da Inglaterra, expoente da *Common Law*, na qual impera como principal fonte, a preponderância da jurisprudência e do direito consuetudinário, sendo as codificações vistas como subversivas e radicais (CAENEGEM, 2000).

Também preleciona Lôbo (1999), que o constitucionalismo e as codificações são contemporâneas do Estado Liberal, e que cada um exerceu o seu papel, sendo que o primeiro limitou a intervenção do Estado e seu poder político nas relações da vida privada, e o segundo, as codificações, principalmente no que tange aos códigos civis, tratou de assegurar a autonomia da vontade para que o particular pudesse deter, gozar e dispor de forma livre de seus bens e propriedades.

O Código Civil Brasileiro, de 1916, foi concebido sob forte influência desta ótica oitocentista. Priorizando a patrimonialização das relações jurídicas. Deixando de fora de sua tutela, novamente, a parte hipossuficiente. Por ter sido editado vários anos após a efervescência do liberalismo, o Código Civil brasileiro, assim como Código Civil alemão, o BGB de 1896, o da Suíça de 1907, o italiano, de 1942, o português, de 1966, são considerados “codificações tardias” (BOLESINA; REIS, 2015).

As codificações oitocentistas, bem como as cartas constitucionais surgidas nesse período, encharcadas de influências liberais, e adotando as igualdades formais, afirmando que “todos são iguais perante a lei”, ocasionou uma hegemonia econômica do mais forte contra o mais fraco. Uma realidade em que a autonomia da vontade era falsamente tida como liberdade para os mais desprovidos, pois estes abriam mão de seus direitos, sendo excessivamente explorados pelos detentores de capital, estes sim, “plenamente livres”, pois adquiriam, alienavam e contratavam como bem queriam.

Entretanto, o Estado Liberal começou a entrar em declínio, principalmente a partir da Revolução Industrial, ocorrida no final do século XVIII e século XIX. Com as grandes inovações tecnológicas, o surgimento dos motores à vapor, gradativamente a população da Europa saiu dos campos, onde produzia o que consumia, e migrou para as cidades para trabalhar como assalariados em fábricas. Momento em que a exploração do mais forte contra o mais fraco intensificou-se ainda mais, sendo que os hipossuficientes assinavam contratos de trabalho leoninos e tinham jornadas de trabalho excessivamente exaustivas, sem lhes ser proporcionada nenhuma tutela por parte do Estado, que, como se viu, era mínimo e sem intervenções no modelo econômico nem na parte social. Consequentemente, diante de um crescente processo de massificação, o Estado Liberal burguês, mostra-se impotente diante dos atuais anseios sociais reivindicados pela população geral, oprimida pela “lei dos mais fortes”.

Importantes críticas ao liberalismo econômico questionaram o individualismo exacerbado do constitucionalismo liberal, que criara o campo fértil para o desenvolvimento do capitalismo. O marxismo afirmava que a gama de direitos humanos individuais liberais era, na verdade, uma fachada, uma estrutura concebida para legitimar a dominação econômica das classes mais abastadas. O socialismo utópico, outra escola que fez críticas ao liberalismo, considerava o modelo liberal incapaz de resolver a problemática social, entretanto, acreditava na possibilidade de convencimento da burguesia para que implementassem reformas sociais. Outra vertente, a doutrina social da Igreja, defendia a instituição de direitos mínimos em prol dos trabalhadores e operários. Estas ideias expressavam-se por meio das Encíclicas Papais, reivindicando meios de proteção mais ampla aos mais pobres, cobrando do Estado um papel mais ativo e interventor (SARMENTO, 2006).

Também neste sentido, algumas normas sociais foram editadas com a intenção de minimizar os efeitos dilacerantes que a Revolução Industrial produziu na vida do proletariado, aumentando vertiginosamente as diferenças sociais e a miséria. Na Inglaterra, Peel, político, que também foi primeiro-ministro britânico, editou, na primeira metade do século XIX, algumas das primeiras normas de proteção ao trabalhador. Assim também na Alemanha, o chanceler Bismarck, buscando paz social, elaborou legislação de proteção ao trabalhador e no âmbito da assistência social, também no século XIX nas décadas de 60 e 70 (SARMENTO, 2006).

O modelo liberal-burguês dá espaço então a uma nova ordem. Surge assim, na virada do século XX, o Estado Social, ou *Welfare State*, ou ainda, Estado do Bem-Estar Social:

a intervenção estatal na matéria econômica-jurídica, que passa a ocorrer a partir de então, demonstra, assim, a definitiva superação do individualismo do século XIX, e a conseqüente decadência do liberalismo econômico e político pela ingerência do Estado, com princípios autoritários, na economia privada e na vida jurídica em geral (REIS, 2009, p. 132).

O clamor social advindo do chão das fábricas e dos menos favorecidos reclama do Estado uma postura interventora, um Estado provedor de direitos sociais. Ou seja, a sociedade pós-moderna cobrava do Estado uma proteção e tutela de direitos mais efetiva, não aceitando mais a lógica liberal dos direitos individuais formais.

O Estado passa então de um papel negativo, de “não-fazer”, para uma postura positiva de “fazer”, ou seja, começa a intervir no sistema econômico e social visando diminuir as disparidades econômicas e diferenças sociais entre os particulares em busca de uma maior efetivação de justiça social material. “A ideologia do social, traduzida em valores de justiça social ou distributiva, passou a dominar o cenário constitucional do século XX. A sociedade exige o acesso aos bens e serviços [...]” (LÔBO, 1999, p. 102).

Alguns dos marcos importantes desse período foram as Constituições de Weimar, de 1919 e a mexicana, de 1917, as quais apresentam em seu conteúdo uma gama de direitos sociais como o direito à saúde, à previdência, à educação. Paulatinamente a hegemonia burguesa foi abrindo espaço para uma democratização política que propiciou a atuação do Estado em prol não somente da liberdade, mas também dos direitos sociais e do bem-estar do cidadão. Nasceram os chamados

direitos de segunda geração (SARMENTO, 2006).

No que concerne às categorias ou dimensões, ou ainda como se convencionou denominar neste trabalho, às gerações de direitos fundamentais, fundamental observação faz Sarmiento (2006), dizendo que importa saber que não existe qualquer sobreposição ou superação hierárquica sobre tais direitos. Eles são, na verdade, complementares e interdependentes, formando um conjunto unitário e indivisível.

De certa forma, propiciar direitos sociais sob uma maior intervenção estatal paternalista, tinha a função de produzir paz social, para a própria manutenção do capitalismo em curso. O cidadão comum, o proletariado, os hipossuficientes, sobrevivem como rêmoras, que nadando ao lado do tubarão, conseguem alimentar-se dos restos de suas presas. Ou seja, as diretrizes de ordem social se modificam, mas o projeto econômico que favorece os monopólios e oligarquias, permanece em curso, agora de forma mais sutil, mas não menos impiedosa. Nesta senda, afirma Sarmiento, que o Estado Social, em detrimento da opinião de alguns autores, constituiu-se em uma mescla, uma mistura do liberalismo, que enaltecia as liberdades individuais, com o Estado do Bem-Estar Social, enaltecendo os direitos sociais:

[...] o Estado Social, na sua vertente democrática, não é outra coisa senão uma tentativa de composição e conciliação entre as liberdades individuais e políticas e os direitos sociais, possibilidade descartada tanto pelos teóricos do liberalismo ortodoxo como pelos marxistas. Apesar de lamentáveis desvios em que incorreu o Estado Social, com sua degenerescência para experiências totalitárias sobretudo na primeira metade do século XX, o fato é que em boa parte do mundo desenvolvido, e durante um razoável período de tempo no século XX, esta solução compromissória entre o capitalismo e o socialismo foi possível e teve razoável sucesso (SARMENTO, 2006, p. 20).

Os interesses da coletividade passam a ter maiores garantias. No âmbito do direito privado disseminam-se legislações extravagantes versando sobre a ordem pública, dispondo formas de limitação da autonomia privada, o que constitui-se por sua vez, na publicização do direito privado, ou seja, uma vasta gama de “microssistemas jurídicos”, os quais visam tratar os desiguais justamente de forma “desigual”, para proporcionar maior equidade social. O Direito do Trabalho desvincula-se do Direito Civil, adquirindo autonomia jurídica e protegendo a parte mais vulnerável frente ao empregador.

O fenômeno da publicização produz gradativamente uma diluição da clássica

dicotomia entre direito público e direito privado. O constitucionalismo moderno, ou liberal consagrava a limitação do Estado perante os direitos individuais, ainda que em uma perspectiva estritamente formal, o que acentuou a *summa divisio*, como ensina Cantali (2009). Entretanto, na medida em que o Estado passa a assumir uma postura intervencionista e reguladora, intervindo também nas relações privadas, o constitucionalismo social, instaurado principalmente a partir do pós-guerra, demarca tal intervenção estatal, urgente frente às injustiças e atrocidades cometidas, demonstrando a insuficiência do Clássico Direito Civil e coadunando os direitos fundamentais de valorização à vida nas Constituições, bem como na esfera privada. Dessa forma, diz-se que os direitos da personalidade têm a característica de estar na “fronteira” ou, de serem um elo de ligação entre o público e o privado.

Entretanto, a concretização de tais direitos sociais encontra muito mais obstáculos e dificuldades do que a dos direitos de primeira geração, pois sua efetivação passa necessariamente pela implementação de políticas públicas, e a prestação destas, por sua vez, necessita de verbas e recursos públicos, o que levou, na prática, à consideração do conteúdo desta constelação de direitos nas Constituições a uma concepção meramente programática, visando fins e objetivos, diretrizes a serem perseguidas pelo Estado, porém sem aplicabilidade direta.

As “Constituições Dirigentes”, termo cunhado pelo jurista português Canotilho, substituem as Constituições Liberais, não mais se limitando ao âmbito estatal, passando a gerir também as relações privadas e a ordem econômica. Com isto, acumulam preceitos e dispositivos, e por possuírem grande pretensão normativa, muitas vezes apresentam-se distantes da realidade fática não especificando objetivamente de que forma devem ser aplicados. Por seu turno, isto coloca a efetividade das Cartas Constitucionais em descrédito, sendo que

as promessas descumpridas vão se acumular nos textos constitucionais, aqui e alhures, frustrando expectativas e disseminando a ideia de que as constituições não são pra valer; que não passam de folhas de papel, [...] muito longe da realidade das pessoas” (SARMENTO, 2006, p. 24).

Ao final do século XX o Estado Social também começa a declinar-se. São múltiplas as tarefas às quais o Estado se propunha e, frente as mais variadas demandas sociais, o crescimento demográfico, bem como o envelhecimento da população que engendrou crise de financiamento previdenciário, a dificuldade na

implementação de políticas públicas, este modelo começa a ficar moribundo.

Frente às atrocidades cometidas nas grandes guerras, principalmente após a 2ª Guerra Mundial, torna-se mais evidente a necessária intervenção econômica do Estado para assegurar direitos individuais e sociais. Nesta senda, as Constituições absorvem em seu texto também uma série de direitos antes adstritos aos códigos. Além dos direitos de primeira e segunda geração, são adicionados às Cartas Constitucionais, os direitos de terceira geração, ou direitos difusos, os quais tem titularidade indeterminada, visando a proteção de direitos de grupos sociais, coletividades, são direitos de solidariedade e de fraternidade. Alguns exemplos clássicos seriam o direito à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à comunicação, entre outros (SARMENTO, 2006).

Neste contexto de pós-guerra, um acontecimento emblemático foi o julgamento de Nuremberg, que constituiu-se em uma série de tribunais militares entre 1945 e 1946. A Alemanha nazista, fundamentada no axioma da supremacia da Constituição e no positivismo racionalista, legados do liberalismo e do Estado Social, cometeu o genocídio, além de grandes injustiças e violações de direitos, entretanto, de acordo com a lei nacional. Contudo, os efeitos deste importante acontecimento foram uma guinada ideológica, tanto de ordem política como de ordem jurídica, afirmando e consagrando definitivamente a Dignidade da Pessoa Humana, e por conseguinte a valorização e fortalecimento dos direitos fundamentais, o que, por sua vez, possibilitou o aparecimento do Estado Democrático de Direito, o qual traduziu-se na expressão do ápice do Constitucionalismo Contemporâneo (BOLESINA; REIS, 2015).

Compromete-se, portanto, o Estado Democrático de Direito a assegurar a realização efetiva dos direitos fundamentais constitucionalmente positivados. O código civil, antes topograficamente no centro normativo, cede lugar às Constituições, que absorveram matérias antes exclusivas dos códigos, em movimentos de “privatização do público”, mas pode-se dizer que igualmente ocorreram “publicizações do privado”, ou seja, a Constituição passa a ser o centro normativo que dá sustentáculo às demais legislações, irradiando suas diretrizes normativas a todo ordenamento jurídico. Sendo assim, desfaz-se a clássica dicotomia, impulsionada pela constitucionalização do direito privado, que nada mais é do que a aplicação das teorias e dos princípios constitucionais no direito privado, por óbvio, subordinado à hierarquia constitucional.

## 2.2 A Constitucionalização do Direito Privado no Brasil

O tema da Constitucionalização do Direito Privado no Brasil será abordado considerando como ponto de partida a Constituição Federal de 1988, pois é a partir desta última década do século XX que desvela-se no país o processo de redemocratização, incorporando princípios norteadores à Constituição e ao ordenamento jurídico, perseguindo a realização dos direitos fundamentais. Como observam Bolesina, e Reis (2015, p. 15), “no cenário brasileiro, foi notadamente com a Constituição Federal de 1988 que a epitetada ‘constitucionalização do direito privado’ iniciou-se, sendo ratificada posteriormente pelo Código Civil de 2002”.

O processo de constitucionalização, como observa Lôbo (2008), denunciou a insuficiência da codificação civil, ou até mesmo a sua possível superação, pois com a disseminação dos microssistemas jurídicos, frutos da referida publicização, estes eram, não raramente, mais aplicados aos casos concretos do que o próprio Código Civil. Destarte, percebeu-se que o modo de organização societária que servira de referência para a confecção da lei civil brasileira já se encontrava ultrapassado na oportunidade de sua edição. Importante observar que o atual Código Civil começou a tramitar no Congresso Nacional em 1975, sendo sancionado somente em janeiro de 2002, entrando em vigência, após o *vacatio legis*, em 11 de janeiro de 2003. Ou seja, tempo suficiente para o distanciamento entre a lei e a realidade fática de uma sociedade em constante desenvolvimento. Fundamental, portanto, é perceber que a moral, os costumes, até mesmo a cultura, não são permanentes ou estáticos, mas ao contrário, são infiltrados por novas realidades, novas demandas sociais, novas visões de mundo, permeáveis também a influências internacionais em um mundo cada vez mais globalizado. A norma deve, assim, adequar-se aos novos reclames sociais.

Neste sentido, Lôbo (2008, p. 18) faz ligeira síntese das influências liberais e sociais nas Constituições brasileiras:

o Estado liberal paradigmático das Constituições de 1824 e 1891 tinha sido substituído pelo Estado social das Constituições democráticas e autoritárias de 1934 em diante [...]. A Constituição de 1988 foi a que mais agudamente pretendeu regular e controlar os poderes privados, na perseguição da justiça material.



Anteriormente a 1988, o Código Civil sempre foi tido como uma espécie de “carta constitucional” da regulação da vida e das relações privadas. Por ser o direito privado bem mais antigo que o direito constitucional, sempre foi considerado um ramo autônomo de direito. As constituições, durante muito tempo foram consideradas apenas como cartas políticas, com conteúdos programáticos e sem aplicabilidade direta de seus dispositivos. No Brasil, a partir do fenômeno da publicização do direito e a subsequente constitucionalização, a regulação da vida privada, que até então era regida somente pelo Código Civil (1916), passa agora pelo crivo da constituição, subordinando-se hierarquicamente a ela.

A Constituição Federal de 1988 passa a ter um papel central no ordenamento jurídico, assumindo a posição de lei maior a qual irradia seus princípios e diretrizes constitucionais a todas as legislações infraconstitucionais. Ao direito privado é dado um novo olhar, o qual necessariamente passa pelo prisma da constituição. A função social de todos os institutos civis e o bem-estar comum da coletividade tornam-se prioridade, dentro de uma lógica de aplicabilidade dos norteadores constitucionais.

Dessa forma opera-se o fenômeno da constitucionalização do direito, ou seja, o que ocorre é um movimento de mudança de paradigmas, os quais anteriormente eram calcados na proteção prioritária dos bens e do patrimônio e, a partir desse momento, passam a ter a pessoa humana como fim último do direito e de todo ordenamento jurídico que deve estar de acordo com os princípios constitucionais norteadores, tendo a dignidade da pessoa humana como sua diretriz máxima. Com isso, percebe-se uma importante mudança, a qual passa de uma lógica de patrimonialização excessiva, fundamentada ainda pela ótica do liberalismo e das codificações oitocentistas, para uma nova ordem, uma reestruturação de todo o sistema jurídico coadunando-se em uma repersonalização do direito, tendo como objetivo central e prioritário a pessoa humana como realização da vontade constitucional. Operou-se uma publicização do privado e, no seu refluxo, uma privatização do público.

Pode afirmar-se que a constitucionalização é o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional (LÔBO, 1999, p. 100).

Lacerda (2010), vem esclarecer que, superada a dicotomia entre o público e o privado, que compartimentava o direito em duas esferas distintas e estanques, perde-se o sentido de falar-se em processos de invasão de opostos. Em segunda análise, o referido autor aponta que quando verificar-se o primado do público sobre o privado, ou seja, quando considera-se as intervenções econômicas por parte do Estado no campo privado, ficando o interesse dos particulares subordinados à coletividade pela tutela estatal, estaria operando-se a “publicização do privado”. De outra forma, quando percebe-se a primazia do privado sobre o público, ou em outras palavras, da economia sobre a política, estaria ocorrendo a privatização do público.

Enfim, o processo de constitucionalização do direito privado nada mais é do que a aplicação das teorias do direito constitucional no direito privado e a sua respectiva incidência nas relações interprivadas. Sendo que isto ocorre, tanto pela via legislativa, na elaboração e edição de novos dispositivos legais coadunados com a nova ordem constitucional, como pela via interpretativa, bem como pelo desenvolvimento jurisprudencial.

Bolesina e Reis (2015, p. 16), elucidam que a constitucionalização do direito privado, no Brasil, em linhas gerais e de uma forma sintética, pode ser traduzida em:

(1) na aplicação direta e constante da Constituição nas relações privadas, (2) na interpretação e (re)leitura dos regramentos de direito civil a partir (e ao concluir) e de acordo com a Constituição, (3) na criação da legislação civil coadunada com a Constituição e, por fim, (4) na inserção de conteúdos outrora infraconstitucionais e da experiência jurisprudencial consolidada no texto constitucional.

Neste sentido, resta claro que a Constituição assume o papel central e ordenador de todo sistema jurídico. A Carta Magna constitui-se em documento que aporta a destilação histórica dos valores fundamentais de um povo, os quais devem ser perseguidos. Deste modo, toda a interpretação normativa deve se vincular ao texto constitucional, e por gozar de supremacia, conferindo unidade e harmonia ao sistema, toda interpretação passa a ser interpretação constitucional acima de tudo. Todas interpretações devem ser feitas através da lente constitucional, como forma de realização dos valores contidos na Lei Maior (BARROSO, 2008).

Uma das grandes mudanças que se operaram ao longo do século XX foi a atribuição de *status* de norma jurídica à norma constitucional, bem como o surgimento de instrumentos de controle de constitucionalidade em todo o mundo,

sendo assim, fica superada a ideia de que a Constituição era apenas uma carta política, com conteúdo programático, necessitando de regulamentação do legislador para adquirir eficácia. A respeito do caráter vinculante e obrigatório da aplicabilidade dos preceitos constitucionais, reitera Barroso (2008, p. 241), que

atualmente, passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. Vale dizer: as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado.

No constitucionalismo liberal, os direitos fundamentais eram concebidos e exercidos sob uma perspectiva subjetiva, ou seja, estavam fundamentados na ideia de pretensão de direitos que o indivíduo tem com relação a uma exigibilidade frente ao poder público. Entretanto, como já foi referido, após a 2ª Guerra Mundial, ocorreram crescentes mudanças na forma de concepção dos direitos fundamentais, contribuindo para o aparecimento da dimensão objetiva de tais direitos. A teoria da dimensão objetiva tem suas origens no pensamento constitucional alemão, que após o drama do holocausto, começa a voltar-se precipuamente ao estudo dos direitos humanos e da valorização da dignidade da pessoa humana. Sob a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, entende-se que, além destes direitos reclamarem prestações estatais, também são instrumentos de consagração de valores sociais e políticos mais relevantes de uma sociedade, expressos na Constituição, e, dessa forma, são realizadores da vontade constitucional.

É reconhecida, portanto, esta dupla dimensão dos direitos fundamentais. A dimensão subjetiva continua fundamentalmente essencial, contudo a dimensão objetiva, vem para deflagrar a expansão e a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. Afirma Sarmiento (2006, p. 107), que a partir da dimensão objetiva, tais direitos são reconhecidos no sentido de que “[...] limitam a autonomia dos atores privados e protegem a pessoa humana da opressão exercida pelos poderes sociais não estatais [...]”.

Torna-se necessário, ainda, observar que a dimensão objetiva proporciona a irradiação de efeitos jurídicos concretos, ainda que com relação a normas constitucionais indeterminadas ou cláusulas abertas contidas na Constituição, mesmo que não possuam regulamentação ou mediação legislativa, o que permite

maior tutela à dignidade humana, bem como a perseguição de maior igualdade material.

A teoria da dimensão objetiva dos direitos fundamentais veio a dar consequência ao reconhecimento da eficácia irradiante de tais direitos. O que significa que os valores e princípios constitucionais que servem de base e fundamentam todos os direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, permeabilizam todo o ordenamento jurídico, penetrando de forma geral em todas as áreas jurídicas, vinculando a atividade interpretativa de todas as normas sob a ótica da Constituição, que assume *locus* normativo central, ordenador e harmonizador, tendo como epicentro norteador a dignidade da pessoa humana.

Com isto, toda a legislação infraconstitucional, de todas as áreas, a qual, muitas vezes ainda influenciada por paradigmas axiológicos diversos, marcada pela disseminação normativa desordenada que ocorreu a partir do Estado Social na forma de microssistemas jurídicos, necessariamente vincula-se a uma releitura do direito positivo. Tal releitura ou reinterpretação constitui-se em uma “filtragem constitucional”, garantindo a eficácia irradiante de valores constitucionais que colocam em primazia direitos fundamentais alicerçados na solidariedade, na coletividade, na liberdade, na igualdade substantiva. Neste sentido, explica o professor Sarmiento (2006, p. 127) que

a eficácia irradiante dos direitos fundamentais manifesta-se sobretudo em relação à interpretação e aplicação das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, presentes na legislação infraconstitucional. Conceitos como boa-fé, ordem pública, interesse público, abuso de direito, bons costumes, dentre tantos outros, abrem-se, pela sua plasticidade, a uma verdadeira reconstrução, edificada à luz dos direitos fundamentais.

Portanto, consagra-se no constitucionalismo contemporâneo a visão de que, em primeiro lugar, de forma axiologicamente superior, fazendo irradiar concretamente seus princípios e normas, encontra-se a Constituição, e depois a lei ordinária, que deverá passar pelo crivo da primeira. Dessa forma, o “diálogo entre as fontes normativas infraconstitucionais se dá pela mediação dos princípios e regras constitucionais” (LÔBO, 2008, p. 25).

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais propicia o surgimento da teoria do dever de proteção (*Shutzpflicht*). A teoria contemporânea dos direitos fundamentais preconiza que a postura do Estado não pode mais funcionar apenas

numa perspectiva vertical, ou seja abstendo-se de violações destes direitos, mas deve proteger e garantir direitos individuais e sociais de ameaças provenientes de terceiros, assumindo sempre o papel de promotor dos direitos da pessoa humana (SARMENTO, 2006).

O referido dever de proteção do Estado para com a sociedade e o cidadão deverá se dar em forma de tutela da dignidade da pessoa humana ramificada em desdobramentos através dos direitos fundamentais. A prestação sob forma de intervenção estatal na implementação de políticas públicas e garantias de direitos em busca da concretização dos direitos fundamentais deverá ser proporcionalmente “suficiente” (GERVASONI; BOLESINA, 2014).

A teoria do dever de proteção é fruto da proeminente atividade jurisdicional e doutrinária alemã, ocorrida pós Segunda Guerra. Emblematicamente, tem-se o marco da primeira aplicação da referida teoria em decisão do famoso caso “Lüth”, que se deu em 1958 pelo Tribunal Constitucional alemão. Tal decisão, fundamentada na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, possibilita o surgimento do dever de proteção do Estado, ficando reconhecido que este deve zelar também sob a perspectiva objetiva para com seus cidadãos, inclusive de forma preventiva, desdobrando-se na eficácia horizontal dos direitos fundamentais tanto nas relações públicas como no âmbito das relações interprivadas, na perseguição e concretização de tais direitos, como esclarecem Gervasoni e Bolesina (2014, p. 31):

[...] ao ser reconhecida a dimensão objetiva pelo Tribunal Constitucional alemão, firmou-se, então, que os direitos fundamentais são também valores objetivos, conformando-se como imperativos de direção (referenciais guiadores da atividade estatal e social) e de tutela (principais e primordiais direitos), não se restringindo à esfera do direito público, mas irradiando-se para todos os âmbitos jurídicos.

Sendo assim, é reclamado ao Estado que se vista de uma postura não somente limitativa, em detrimento da violação e ameaças aos direitos fundamentais, mas de uma postura intervencionista, que deverá promover, e zelar como um guardião na realização dos direitos fundamentais concretizando a vontade constitucional. No entanto, é fundamental perceber que, para esse dever de proteção acontecer de forma preventiva, constitui-se em gerador de custos ao Estado, pois este deverá produzir políticas públicas como a garantia da segurança, proporcionar educação de qualidade, políticas assistenciais e inclusivas, ou seja, tal

caráter preventivo deveria se dar antes de qualquer violação ou ameaça aos direitos fundamentais.

Em suma, o essencial quando fala-se em deveres de proteção é que os direitos fundamentais, enquanto valores objetivos e constitucionais de uma sociedade, sejam sempre protegidos, independentemente de quem esteja obstruindo seu exercício, se o próprio ente estatal ou terceiros particulares, ao mesmo tempo limitando e vedando o Estado em relação a intervenções abusivas ou arbitrárias, bem como, obrigando-o a propulsionar e promover tais direitos.

É importante reiterar que, a aceitação da ideia de que vigem os direitos fundamentais nas relações entre os particulares, pressupõe a negação da concepção tradicional de que estes direitos somente vinculariam ao Estado. A teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais (*Drittwirkung*) surge nos anos 50 na Alemanha, tendo sido elaborada pela primeira vez por Nipperday, que era presidente do Tribunal Federal do Trabalho. Em 1954, uma sentença do referido Tribunal afirmou que os direitos fundamentais contêm princípios ordenadores para a vida social, os quais teriam caráter vinculante e aplicabilidade imediata no âmbito jurídico privado (SARMENTO, 2006). No entanto, tal teoria foi recebida com receio, pois colocaria em perigo a previsibilidade e segurança jurídica. Nas palavras de Ubillos (2008), o temor daqueles que negam a eficácia dos direitos fundamentais frente a terceiros justifica-se na concepção de que a *Drittwirkung* pode ser uma espécie de “cavalo de Tróia”, o qual destruiria o sistema do direito civil construído sobre as bases da autonomia privada.

Em relação à eficácia horizontal indireta ou mediata dos direitos fundamentais, tem-se como seu desenvolvedor original na doutrina alemã, Dürig (1956). Concepção esta que tornou-se dominante no direito germânico. Sarmento (2006) observa que tal teoria situa-se em um padrão intermediário, ou seja, entre aqueles que negam totalmente a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, e aqueles que defendem a sua aplicabilidade direta ou imediata. Esta teoria nega a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais pois tal aplicação poderia colocar em risco o princípio da autonomia da vontade do direito privado.

Segundo a teoria da eficácia mediata, existe uma “ponte” entre o direito público e o direito privado, a qual é representada pelas cláusulas gerais e indeterminadas contidas no texto constitucional, o que, por sua vez, possibilitaria a inserção dos direitos fundamentais no âmbito do direito privado. A crítica dos adeptos a essa

teoria com relação à aplicabilidade direta é que esta última conferiria ao Judiciário um enorme poder, pois os preceitos constitucionais sobre princípios e direitos fundamentais são abertos e indeterminados, sendo assim, a liberdade individual poderia restar comprometida, sujeitando-se à discricionariedade dos juízes (UBILLOS, 2008).

Portanto, a aplicabilidade dos direitos fundamentais de forma mediata passará previamente pela mediação do legislador privado, visando uma concretização que seja compatibilizada com a ordem de valores constitucionais. No entanto, como salienta Sarmiento (2006, p. 198), “para a teoria da eficácia mediata, os direitos fundamentais não ingressam no cenário privado como direitos subjetivos, que possam ser invocados a partir da Constituição”. O legislador, na esfera privada, protege os direitos fundamentais, todavia sem se descuidar da autonomia da vontade.

Para esta teoria, somente seria admitida a eficácia horizontal imediata de forma residual, ou seja, na ausência da lei o juiz poderia aplicar diretamente a Constituição, baseado na proibição de *non liquet*, que impede o magistrado de não prestar jurisdição, mesmo na ausência de parâmetros legais.

A crítica que se realiza a esta teoria, entretanto, é que um direito fundamental que necessite da chancela e do crivo do legislador ordinário, nada mais seria do que uma regra, um dispositivo legal, e, em contraposição os direitos fundamentais gozam de indisponibilidade, sendo estruturas abstratas e norteadoras de todo ordenamento jurídico, não é sensato que um direito fundamental necessite de configuração infraconstitucional para a devida aplicação. De outra banda, como já foi referido, a eficácia mediata seria uma forma intermediária, mais suave ou flexível, de recepcionar a eficácia horizontal no direito privado. Ademais, em última análise, a eficácia horizontal mediata ou indireta não teria distinção de um princípio hermenêutico geral, aplicável a todas as normas, a interpretação conforme a Constituição, como elucida Ubillos:

*pero entonces, ¿qué diferencia hay, en la práctica, entre la teoría de la eficacia mediata a través del juez y el principio general de interpretación de todas las normas del ordenamento conforme a la Constitución? No alcanzamos a ver ninguna, francamente* (UBILLOS, 2008, p. 229).

Por outro lado, a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais

nas relações privadas, desenvolvida pelo anteriormente já citado Nipperday na década de 50, afirma que, embora alguns direitos fundamentais sejam oponíveis somente em face do Estado, a maioria deles, por conta de sua natureza, podem também ser invocados no âmbito das relações interprivadas, nas quais teriam aplicabilidade imediata e direta, independente de mediação ou atuação do legislador e com efeito *erga omnes* (SARMENTO, 2006).

Todavia, parte expressiva da doutrina tem rejeitado, por carência de exatidão, a expressão “eficácia horizontal”, pois em se tratando, por exemplo, de uma relação que envolve um particular em contraposição a outro particular, que, no entanto, detenha maior parcela de “poder social, isto é, uma relação caracterizada pela desigualdade, estar-se-ia em face de uma configuração similar que se estabelece entre os particulares e o Estado e, portanto, de natureza vertical [...]” (SARLET, 2000, p. 114). Ou seja, quando se refere a “eficácia horizontal” pressupõe-se uma relação calcada em termos de igualdade, o que, definitivamente, não acontece na colisão de direitos entre particulares quando um deles configura-se como detentor de capital e poder social.

Neste sentido Sarlet (2000, p. 114), considera genéricas as expressões “eficácia privada” ou “eficácia em relação a terceiros”, preferindo filiar-se ao entendimento doutrinário que preconiza este instituto sob a denominação de “eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares”, bem como, “vinculação dos particulares – ou entidades privadas – aos direitos fundamentais” (SARLET, 2000, p. 114).

Ou seja, na verdade, a diferença está no sentido de que, na relação vertical cidadão-Estado o conflito se origina entre um titular de direito fundamental e um ente público e, de outro lado, quando o conflito se dá nas relações interpartes, se está frente a dois titulares de direitos fundamentais que estão colidindo. No entanto, deve-se considerar as diferenças contidas nesta última, tratando de forma “diferente os desiguais”.

É fundamental, no entanto, reforçar que, à despeito das ferrenhas críticas daqueles que negam a eficácia horizontal direta em nome da previsibilidade jurídica e da manutenção da autonomia privada, esta abordagem hermenêutica está também alicerçada na ponderação dos direitos fundamentais em questão, dentre os quais encontra-se também a autonomia individual privada, recebendo também tutela constitucional.



Na mesma senda, refere Ubillos (2008), que é de fundamental importância esclarecer que, na verdade, não existe uma contraposição entre as eficácias mediata e imediata dos direitos fundamentais. Elas não excluem uma a outra, são antes complementares e podem coexistir no exercício interpretativo do operador do direito. Assim, admitir a vinculação e aplicabilidade imediata e direta dos direitos fundamentais nas relações privadas não exclui ou nega a irradiação destes direitos através da lei. Ou seja, é esperado que o legislador concretize tais direitos no âmbito das relações interprivadas, entretanto, quando inexiste esta mediação, na lacuna e ausência da lei ordinária, as normas constitucionais podem ser aplicadas diretamente.

Todas essas mudanças e avanços teórico doutrinários, hermenêuticos e legislativos alcançam recrudescimento no Brasil a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, o que gerou uma revisão e redefinição dos deveres estatais, particularmente no que se refere à aplicabilidade dos direitos fundamentais. Fundamental observar que, com relação ao Poder Judiciário, este antes com papéis mais restritos e atrelados à subsunção das regras, agora é elevado a um patamar de guardião e zelador da supremacia constitucional, realizando e concretizando tais direitos por meio de uma jurisdição constitucional cada vez mais consolidada. O conteúdo principiológico dos direitos fundamentais, agasalhado pelo princípio maior da dignidade da pessoa humana, serve de parâmetro e de baliza para possibilitar o fechamento interpretativo aos casos concretos, o qual, não raramente, não podia ser alcançado pelas regras de conteúdo geral e abstrato (GERVASONI; BOLESINA, 2014).

A partir desta sucinta descrição histórica da construção de teses dogmáticas que propiciaram a valorização dos direitos fundamentais realocando-os em lugar central e realizador da vontade constitucional e a sua efetiva proteção, pode-se realizar uma pequena digressão, para refletir sobre o fato de que “o Direito bebe da cultura”, ora se antecipa, ora se atrasa, mas está adstrito a um processo dialético histórico-sócio-cultural que adapta-se à dinamicidade das relações que ocorrem no dia-a-dia e no mundo jurídico. Conforme reforça Ubillos (2008, p. 220), *“pocas categorías jurídicas se muestran tan permeables a la evolución de los estándares culturales como la de los derechos fundamentales”*.

### 2.3 A repersonalização e despatrimonialização do Direito Privado

O movimento da repersonalização e da despatrimonialização do Direito no Brasil inicia-se com a redemocratização alavancada pela “Constituição Cidadã” de 1988, sendo que há poucos anos vivia-se ainda ecos de resquícios da ditadura, que perdurou seu regime militar e totalitário durante 21 anos. O Estado Social e Democrático brasileiro origina-se em uma atmosfera de pensamento crítico com relação às codificações que, ainda arraigadas a concepções liberais clássicas, já não se adequavam ao modelo de Estado Constitucional Moderno.

O Direito Civil começa a ser irrigado pelos fundamentos constitucionais, assim como elevam-se à constituição temáticas e fundamentos antes restritos ao código, num entendimento cada vez mais dialético entre direito público e privado, superando a clássica dicotomia. Sendo assim, o direito privado passa a ser concebido sob uma nova lógica, tendo como diretriz os valores humanos consubstanciados no princípio axiológico da dignidade da pessoa humana e seus complexos desdobramentos, rompendo com a civilística clássica que, em lógica oposta funcionava em função da manutenção do *status quo*, priorizando a liberdade da autonomia privada e protegendo particularmente as relações patrimonializadas, as quais, sob a nova ótica constitucional, passam a ser relativizadas, não possuindo mais caráter absoluto.

A Constituição Federal brasileira traz como fundamento principal em seu artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana. Em decorrência do fenômeno da constitucionalização este torna-se um princípio vetor, assim como um maestro, que rege as dinâmicas, acentos e movimentos da orquestra, na consecução da vontade constitucional. Assim, a repersonalização, inverte a lógica de tutela dos bens jurídicos, sendo que a propriedade passa a ser vista não como um fim em si mesma, mas como acessória à pessoa humana, um coadjuvante que possibilita o melhor desenvolvimento da dignidade.

Sobre esta nova ordem constitucional e releitura do direito privado, manifesta-se o professor Aronne (2013, p. 81):

justamente na forma como se positiva o sistema, emana de sua base formativa precípua, a Constituição Federal, princípios e valores que vêm trazer uma feição completamente distinta ao Código Civil, comparativamente

àquele forjado no período liberal, erigido sobre os pilares da família, titularidade e contrato, a partir de uma dicotomia entre o público e o privado.

A repersonalização, portanto, possibilitada através da positivação da dignidade da pessoa humana em nosso ordenamento jurídico como grau máximo e vinculante, traz novo olhar sobre o direito das coisas, que sofre relativizações, alterando sua finalidade, não mais consagrando somente a propriedade, mas sobretudo a função social desta, para que se amolde à nova finalística do sistema que coloca o sujeito como centro protetivo do direito. Um dos grandes expoentes do direito civil constitucional, Perlingieri (2008, p. 5), coloca que, sob a nova ótica do constitucionalismo contemporâneo, o direito civil não pode conceber a proteção patrimonial em detrimento da pessoa humana, tornando-se necessário o entendimento de que “o sistema não é somente o mercado, mas também a dignidade da pessoa, de uma perspectiva que tende a despatrimonializar o direito”.

Aronne (2013), ensina que a racionalidade não é refutada, mas sim nasce uma nova racionalidade fundamentada na intersubjetividade do indivíduo com o ordenamento jurídico, vinculado à normatividade dos princípios constitucionais. Embora, possa não ter ocorrido mudanças legislativas expressas, o que ocorreu de forma paradigmática, foi uma mudança principiológica, vinculando toda e qualquer interpretação ao axioma constitucional. Uma dessas ferramentas disponíveis ao intérprete da norma na aplicabilidade ao caso concreto é a interpretação conforme a constituição, que sem a necessidade de retirar o dispositivo do texto constitucional, confere a ele novo sentido, com mais arrimo e compatibilidade à realização da vontade constitucional.

Além disso, a partir do desenvolvimento de novas teses doutrinárias e sua recepção compatibilizada pela nova ordem axiológica constitucional, o entendimento da dimensão objetiva, da incidência e aplicabilidade direta dos direitos fundamentais, concretiza a irradiação da normatividade principiológica em todo ordenamento, vinculando a atividade hermenêutica em todas áreas jurídicas a um entendimento substancializado dos valores constitucionais. Neste sentido, “os valores e princípios constitucionais [...] alimentam o Código e a legislação esparsa preexistente, que se reestruturam a partir deles ou são retirados do ordenamento” (ARONNE, 2013, p. 89).

Com relação à nova ordem normativa constitucional, princípios, direitos fundamentais, regras abrigam-se ao manto da dignidade humana e de forma

interdependente, sistematizada e ponderada, dão concretude aos valores constitucionais,

ocorre, em síntese, uma circularidade simbiótica entre normogênese e densificação, ou seja, ao tempo que os princípios e/ou os direitos fundamentais dão vida a uma regra, esta regra evidencia em concreto o conteúdo daquele princípio ou direito fundamental que lhe deu razão de ser (REIS, 2015, p.4).

No entanto, na prática dos operadores do direito e em ainda recente jurisprudência, vislumbra-se remanescentes da manualística clássica, na adequação de normas abstratas, por via da subsunção, aos casos concretos. A “Jurisprudência dos Conceitos”, como refere Aronne (2013), baseada no método positivista clássico, muitas vezes distanciada da realidade fática, a serviço da previsibilidade jurídica e de interesse privados patrimoniais. Realidade esta, que se encontra em paulatino desenvolvimento em direção a uma jurisdição constitucional.

Ou seja, no constitucionalismo contemporâneo brasileiro, à luz da constitucionalização do direito, as normas somente ganham sentido, ou *ratio*, quando interpretadas sistematicamente, embasadas nos princípios e valores constitucionais que às alimentam e às densificam, para somente então incidir no caso concreto. Dessa forma, o operador do Direito contemporâneo deve estar familiarizado não somente com as regras, mas fundamentalmente com os princípios constitucionais e especiais, que como sabe-se não são excludentes, devendo ponderar sua aplicação e incidência de acordo com sua hierarquização axiológica (ARONNE, 2013).

Assim, a repersonalização reclama uma nova lógica interpretativa do ordenamento jurídico, sendo necessária a interpretação das normas sob o prisma e o esteio principiológico consolidado na Constituição. Sendo os princípios informativos do Direito no sentido do que é bom e correto, como diretrizes norteadoras do sistema e as normas, meras reguladoras de condutas. Desse modo, ao interpretar uma regra, deve o intérprete fazê-lo “[...] em consonância com os princípios, axiologicamente hierarquizados, na orientação teleológica traçada pelos valores do sistema, na resolução dos casos concretos” (ARONNE, 2013, p. 102).

Em decorrência desta nova lógica constitucional, os princípios devem orientar e informar o intérprete, mesmo quando não exista previsão legal expressa. Traduz-se aí a capacidade dos princípios de preencher os espaços de lacunas, deixadas pelo legislador que não previu todas as possibilidades fáticas a adentrarem

no mundo jurídico.

Na lógica da repersonalização, portanto, as obrigações assumidas em um contrato, por exemplo, poderão ser relativizadas, a despeito do velho jargão jurídico liberal *pacta sunt servanda*, sendo que, se for verificada onerosidade excessiva para alguma das partes, o contrato poderá ser rescindido ou ter alteração de suas cláusulas. Outro exemplo poderia ser no caso de conflitos de direitos de propriedade e direitos de habitação, quando o locatário está inadimplente e na iminência de despejo. Um bom defensor dos direitos do inquilino sopesará tais direitos dando primazia ao direito de habitação, desdobramento da dignidade da pessoa humana, relativizando, assim, o direito à propriedade.

Em suma, o processo de repersonalização fortaleceu a valorização dos princípios norteadores e valores constitucionais e a aplicabilidade da incidência direta dos direitos fundamentais às relações interprivadas. Ocorre uma conseqüente elevação e primazia da “solidariedade como função primária de um Estado moderno” (PERLINGIERI, 2008, p. 5). Portanto, a atuação estatal deve se dar em direção à proteção e à tutela da pessoa humana, tanto de forma individual, respeitando os aspectos inerentes à constituição da pessoa, como de forma coletiva, ponderando sempre os interesses sociais e distributivos, na realização dos valores fundamentais constitucionais.

### **3 DIREITOS DA PERSONALIDADE**

Impulsionados pelo processo de constitucionalização e repersonalização do Direito Privado, a partir da Constituição Federal de 1988, os direitos da personalidade começam a ganhar contornos cada vez mais definidos, tanto é que o Código Civil de 2002 reservou a eles um capítulo específico, elencando um rol ilustrativo e não fechado, adequando-se à lógica de um sistema constitucional aberto, abrindo inúmeras possibilidades ao intérprete da norma e dos preceitos constitucionais, o qual deverá guiar-se pelos princípios constitucionais norteadores, tendo como diretriz axiológica máxima o princípio da dignidade da pessoa humana para o pleno desenvolvimento da pessoa possibilitando dessa forma o livre exercício dos direitos da personalidade.

Este capítulo destina-se a abordar o desenvolvimento histórico dos direitos da personalidade, bem como, suas características jurídicas clássicas. Finalizando-se com a discussão sobre o princípio do livre desenvolvimento da personalidade e a necessidade de sua tutela, por parte do Estado, para propiciá-lo a todos os cidadãos.

#### **3.1 Histórico**

Os direitos da personalidade são direitos fundamentais, pois atribuídos invariavelmente à pessoa humana, embora nem todos os direitos fundamentais sejam da personalidade. A história dos direitos da personalidade confunde-se e coincide com a dos direitos fundamentais. 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, “[...]”

os direitos da personalidade não têm como objeto um bem patrimonial, eis que o seu objeto são os bens inerentes à subjetividade humana. [...]” (CANTALI, 2009, p. 133).

Em lição de Szaniawski (1993), aprende-se que a personalidade abarca todos aspectos e características individuais do próprio sujeito, sendo estas inerentes à pessoa humana. É através da personalidade que o sujeito poderá acessar os demais direitos e bens jurídicos. Por sua vez, os direitos da personalidade visam a proteção da dignidade humana em suas vicissitudes, frente a abusos ou ameaças, para a garantia do pleno desenvolvimento da pessoa.

Nesta seara de direitos da personalidade, a tutela destes direitos e sua amplitude, bem como singularizações, existe muita dificuldade conceitual. Alguns autores como Mazur (2012), justificam a existência de uma dicotomia entre direitos da personalidade e direitos fundamentais. A razão desta distinção residiria no fato de que historicamente, as fontes destes últimos estão no Direito Público e na positivação nas Constituições, enquanto que a fonte dos direitos da personalidade seria, primeiramente, o Código Civil, sendo assim, a positivação destes direitos se deram em âmbitos diferentes. Complementa ainda, o referido autor, que os direitos da personalidade remetem, com relação às suas origens, ao direito grego (*hybris*) e ao direito romano (*iniuria*), sendo assim suas raízes bem mais antigas que as dos direitos fundamentais, os quais tutelam a personalidade em suas diversas manifestações, e que tem suas origens na modernidade.

Neste sentido, Szaniawski (1993), atribui à Idade Média o lançamento do germe para a construção de um conceito moderno de pessoa humana, tendo esse conceito sofrido diversas mutações através dos tempos, influenciado por conflitos sociais, guerras, expoentes da filosofia, até consubstanciar-se em conceitos atuais.

Entretanto, guardadas as diferenças estruturais entre direitos fundamentais e direitos da personalidade, hodiernamente, é possível afirmar que não há uma diferença substancial entre eles. E, como consequência inevitável da publicização e da constitucionalização do direito, não haveria mais sentido na distinção do ramo de aplicação de tais direitos. Neste sentido, afirma Cantali (2009, p. 129):

simplesmente os direitos de personalidade são direitos fundamentais em sede de Direito Privado, o que também já não importa mais em diferença de âmbito de aplicação diante dos fenômenos da publicização e constitucionalização do Direito Privado. Pode-se, inclusive, nomeá-los como direitos fundamentais da personalidade.

Ao se considerar a evolução do direito constitucional positivo, assim como também no plano internacional, os direitos da personalidade foram recepcionados de forma relativamente tardia. Os direitos humanos já haviam sido consagrados em grandes declarações de direito na Europa e nos Estados Unidos.

nas primeiras grandes declarações de direito, como é o caso das declarações inglesas do século XVII, da Declaração da Virgínia, de 1776 e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, afora a referência à liberdade (incluindo liberdade religiosa e de imprensa) e à segurança, ou mesmo o direito à vida, numa perspectiva ainda aferrada à doutrina do direito natural (de direitos inatos e inalienáveis do ser humano) os demais direitos pessoais (ou de personalidade) não foram como tais reconhecidos [...] (SARLERT; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 381).

Muito embora os direitos de personalidade em espécie ainda não houvessem sido reconhecidos, a proteção da pessoa e da dignidade humana já se encontravam subjacentes ao discurso dessas primeiras declarações com destaque também para uma das primeiras cartas constitucionais, a Constituição Norte Americana, de 1787, a qual incorporou em seu texto um conjunto de direitos fundamentais, os quais, mais tarde, iriam tornar-se parte do conjunto dos chamados direitos da personalidade (SARMENTO, 2006).

A partir da segunda metade do século XIX é que começaram a surgir os primeiros contornos dos direitos da personalidade, primeiramente na esfera do direito civil. Conforme Schreiber (2014), a expressão direitos da personalidade foi inicialmente concebida por jusnaturalistas franceses e alemães, com o objetivo de designar especificamente direitos inerentes e inatos ao homem, os quais seriam preexistentes ao próprio reconhecimento pelo Estado, pois essenciais à condição humana, e sem a existência dos quais todos os outros direitos subjetivos perderiam o sentido de existir. Schreiber (2014) ensina ainda que se deve enxergar a noção de personalidade sob dois aspectos distintos. O primeiro deles é o aspecto subjetivo, ou seja, está ligado a capacidade que toda pessoa (física ou jurídica) tem de se tornar titular de direitos e de obrigações, no sentido de pretensão de direitos. O segundo aspecto, o objetivo, liga-se ao conceito de personalidade como um conjunto de características e atributos essenciais à pessoa humana, o que é considerado objeto de proteção pelo ordenamento jurídico. É nesse sentido que será dada ênfase no presente trabalho.

Ainda a título de particularizações sobre o conceito de personalidade, Cantali (2009), citando diversos autores renomados juristas, traz algumas definições de



personalidade no âmbito do direito. Assim, para Beviláqua a personalidade é a aptidão reconhecida pela ordem jurídica a alguém para exercer direitos e contrair obrigações; enquanto para Gomes, a personalidade é um atributo jurídico, sendo todo o homem, dessa forma, apto a desempenhar na sociedade um papel jurídico, como sujeito de direito e obrigações; já Espínola traz a afirmação de que personalidade e capacidade jurídica são expressões idênticas; e ainda, para Miranda, capacidade de direitos e personalidade são o mesmo.

Nos conceitos referidos acima ainda encontram-se refletidos a ideologia liberal-burguesa, assumindo-se uma clássica postura civilista de protecionismo patrimonial em detrimento dos atributos inerentes a pessoa humana. Tal postura ainda considera a pessoa como um conceito jurídico abstrato, dentro de uma lógica de direitos individuais formais e desprovida de valor em si. É mister, portanto, apreender que o conceito de personalidade não pode ser definido de forma reducionista, sendo que o ser humano é a própria expressão de sua personalidade, devendo esta ser tratada como um valor ao qual todo ordenamento jurídico deve convergir para a realização de todos atributos da pessoa humana. Ainda neste sentido,

a personalidade é, portanto, valor inerente à condição humana, sendo que o vínculo existente entre a personalidade e a pessoa é orgânico; já a capacidade é a medida jurídica da personalidade, atribuída pelo ordenamento para a realização desse valor (CANTALI, 2009, p. 64).

Mais particularmente, no decorrer do século XX, após as atrocidades da Segunda Grande Guerra Mundial, é que os direitos da personalidade ganharam contornos mais definidos, sendo incorporados gradativamente como cláusulas gerais, visando a proteção e a promoção da personalidade, nos textos de várias constituições da Europa e da América. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, afirma expressamente, logo em seu preâmbulo, 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” (Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948).

É fundamental salientar, portanto, que foi a partir da modificação que operou-se nos sistemas jurídicos no contexto do pós-guerra, na metade do século XX, que os direitos da personalidade foram tomando contornos mais definidos. Este foi o

grande marco, embora já houvesse muitos institutos os quais tratavam da tutela da pessoa ao longo dos séculos progressos (CANTALI, 2009).

Corroborando a importância desta modificação de paradigmas jurídicos ocorrida após a Segunda Grande Guerra Mundial, também leciona Lacerda (2010, p. 81):

o reconhecimento pelo Estado da personalidade do homem como um elemento fundamental para o seu desenvolvimento e, portanto, circunstância geradora de direitos subjetivos privados, consolidou-se de fato somente a partir da sua inclusão nos ordenamentos jurídicos editados após a segunda guerra mundial.

A dignidade humana passa a ser reconhecida então como um valor síntese, reunindo todas as esferas essenciais de realização e desenvolvimento da pessoa humana, sendo assim, um princípio norteador nas constituições contemporâneas. É fundamental também considerar que a dignidade humana não pode ser descrita de forma rígida, mas sim deve ser contextualizada e apreendida por cada sociedade de acordo com cada momento histórico levando em conta sua herança cultural.

A valorização da pessoa humana como ser dotado de dignidade recoloca o indivíduo como primeiro e principal destinatário da ordem jurídica. Assim, em sendo o homem e os seus valores que traz em si mesmo a *última ratio* do ordenamento, reconhece-se a inexorável repersonalização do Direito Privado, abandonando-se a ideia de simples protetor dos interesses patrimoniais para tutelar o patrimônio apenas como um suporte ao livre desenvolvimento da pessoa (CANTALI, 2009, p. 53).

É importante ainda fazer uma diferenciação entre direitos humanos, direitos fundamentais e direitos da personalidade. Esta diferenciação tem a ver com o plano no qual os direitos da personalidade se manifestam. Sendo assim, a expressão “direitos humanos” é muito mais empregada no plano internacional, independentemente de sua regulação em cada Estado. Por seu turno, a expressão “direitos fundamentais” é utilizada para referir-se aos direitos positivados nas respectivas constituições de cada Estado nacional. Finalmente, a expressão “direitos da personalidade” é usada para designar os atributos e características humanas as quais necessitam de especial proteção no campo das relações privadas, ou seja, na inter-relação com particulares, o que, de forma alguma impede que estes direitos encontrem guarida constitucional, nos planos nacional e internacional (SCHREIBER, 2014).

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. A Carta Magna de 1988 contempla expressamente alguns dos direitos da personalidade, todavia os que não encontram-se 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 (SCHREIBER, 2014).

Os direitos da personalidade alcançam força normativa, principalmente como desdobramento da dignidade da pessoa humana como fundamento principal da república, bem como por sua estreita confluência com os preceitos do artigo 5º, que dispõe sobre os direitos e garantias fundamentais. Também são tutelados os direitos da personalidade por via do artigo 3º, incisos I e IV, que como objetivos da república trazem como diretriz a construção de uma sociedade justa e solidária, a promoção do bem-estar coletivo e a vedação à atos discriminatórios (REIS, 2015).

O Código Civil de 2002, foi fortemente influenciado pelo movimento de redemocratização e pela promulgação da nova carta constitucional de 1988. O Código Civil de 1916, o qual foi inundado pela ideologia liberal e pelos valores materialistas consagrados no Código Napoleônico de 1804, deu contornos excessivamente patrimonialistas aos seus dispositivos, sendo que o patrimônio e as coisas eram mais protegidos dos que os valores da pessoa humana. Sendo assim, o novo Código Civil contemplou valores mais humanísticos, reinterpretando o direito civil a partir da constitucionalização do direito sob uma ótica da proteção da dignidade humana, bem como a proteção da função social de diversos institutos, como a consagração da boa-fé objetiva, a função social do contrato e a função social da propriedade, revelando valores de solidariedade social.

Como demonstra Cantali (2009), o estudo dos direitos da personalidade é inexoravelmente orientado pelas balizas dos fenômenos da constitucionalização do Direito Privado, e bem como dos seus respectivos processos de repersonalização e despatrimonialização, afirmando ainda que os direitos da personalidade nada mais são do que direitos fundamentais consagrados pelas Constituições. Representando, para a referida autora, os direitos da personalidade, a máxima expressão da repersonalização do direito.

Sendo assim, aos direitos da personalidade, sob a perspectiva do Estado Constitucional contemporâneo não se aplica qualquer segregação de natureza pública ou privada, tendo sido hodiernamente superada esta dicotomia em função de todo processo de constitucionalização referido anteriormente. Szaniawski (1993, p. 93), observa que:

[...] os direitos de personalidade não são divisíveis em direitos de personalidade públicos e privados. Os direitos de personalidade, por serem inerentes à pessoa, por se tratar de diversos aspectos da manifestação da personalidade humana, transcendem não só uma disciplina jurídica, mas todo um ramo, não cabendo estes direitos na divisão dicotômica do Direito em público e privado.

Enfim, dentro de uma perspectiva constitucional contemporânea, pode-se afirmar que os direitos fundamentais, capitaneados por seu princípio vetor, a dignidade da pessoa humana, proporcionam força e vazão concreta na incidência da normativa constitucional, assegurando e garantindo de forma substantiva os direitos essenciais da personalidade.

A dignidade da pessoa humana [...] implica a atribuição de direitos que assegurem uma vida social digna à pessoa humana. Esses direitos criam um espaço mínimo para o livre desenvolvimento da personalidade e demandam a máxima intensidade de tutela jurídica (MAZUR, 2012, p. 28).

Portanto, a tutela dos direitos da personalidade projeta-se para todos os ramos do direito que, através da releitura de seus institutos sob a égide da normativa constitucional, fará incidir, tendo por base a cláusula geral de dignidade da pessoa humana, os direitos personalíssimos redesenhados pelo processo de constitucionalização e repersonalização.

### **3.2 Características jurídicas clássicas dos direitos da personalidade**

Particularmente os direitos da personalidade possuem características clássicas que lhe são peculiares. A intransmissibilidade, por exemplo, a qual significa que tais direitos não podem ser transferidos de uma pessoa a outra, nascem e morrem com a mesma pessoa, não podendo ser alienados a outrem. Característica esta, determinada expressamente no artigo 11 do Código Civil, que abre a descrição do rol dos direitos da personalidade no referido estatuto. De forma contrária ao que ocorre com os direitos de propriedade ou de créditos, os quais são alienáveis, por

exemplo, aos herdeiros do falecido, observa Schreiber (2014) que os direitos à imagem, à honra, à privacidade, bem como todos os demais direitos da personalidade são exclusivamente de seu titular.

Justifica-se essa intransmissibilidade ou inalienabilidade pois, como observa Cantali (2009), os direitos da personalidade são também direitos originários, ou seja, nascem com o indivíduo, não sendo necessária qualquer pré-condição, basta estar vivo, sendo resultante da própria natureza do ser humano. Acresce-se ainda a característica de generalidade, a qual diz respeito à titularidade destes direitos, dos quais são titulares todos indivíduos indeterminadamente.

São ainda trazidas por Cantali (2009), outras características intrínsecas aos direitos da personalidade, como a vitaliciedade, que caracteriza-se por estar o direito essencialmente colado ao sujeito desde sua concepção até sua morte, ou ainda mesmo, podendo gerar reflexos após a morte, como há previsão no artigo 12, § único do Código Civil. São ainda direitos necessários, pois essenciais à realização da pessoa humana, constituindo-se como base subjetiva de exercício para todos os outros direitos.

A inalienabilidade encerra tais características de personalidade internamente ao sujeito, depreende-se daí a impossibilidade de algum negócio jurídico versar sobre sua alienação, sendo estes direitos também inestimáveis. Entretanto, é fundamental perceber que, o direito da personalidade em si é inalienável, no entanto, os efeitos jurídicos patrimoniais podem ser transmissíveis. É o caso do referido parágrafo único do artigo 12 de nosso estatuto civil, que confere titularidade aos herdeiros e cônjuge sobrevivente para pleitear reparação por danos morais, à imagem ou à honra do familiar falecido, o que por sua vez, consagra o interesse social. Pode-se ainda citar exemplos de transmissão do uso de imagens de forma comercial e onerosa, bem como a transmissão de direitos autorais (CANTALI, 2009).

Os direitos da personalidade são também irrenunciáveis, como preceitua o artigo 11 do Código Civil, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária. Assim, o seu titular não pode despir-se destes direitos. Todavia, como coloca Scheiber (2014), tal dispositivo não deve ser interpretado literalmente. Pois existem, na atualidade, situações como os *reality shows*, em que o direito à privacidade estaria sendo totalmente violado e estaria acontecendo a referida limitação voluntária. No entanto, como descreve o referido autor, com a decorrência da prática jurídica e a sua adaptação à realidade fática, foram desenvolvendo-se parâmetros

orientados a guiar o controle de tais limitações, como o alcance, a duração e a finalidade da autolimitação. Sendo assim, pode-se referir que existe, em relação aos direitos da personalidade, uma disponibilidade relativa, a qual deverá ser analisada nos casos concretos, passando sempre pelo vetor constitucional de proteção à pessoa humana e das condições inerentes a esta.

Ou seja, não seria obviamente permitido a uma pessoa expor-se *ad infinitum*, a uma situação de limitação de sua privacidade, ou de qualquer modo, ou ainda para qualquer fim. A questão é realmente polêmica, ainda mais quando considera-se à quais interesses estão à serviço tais limitações de direito.

A solução há de ser buscada, portanto, na ponderação, por meio não de uma hierarquização abstrata, mas, sim, da determinação de uma relação de prevalência à luz das circunstâncias fáticas. Se, por um lado, esse método de solução não oferece uma resposta matemática, válida para todos os casos (e por isso mesmo, segura, na mais estrita acepção do termo), permite, por outro lado, uma sinalização muito clara à sociedade acerca do modo e das condições em que se deve dar o exercício de certos direitos [...] (SCHREIBER, 2013, p. 16).

No caso mundialmente famoso, que ficou conhecido como “lançamento de anão”, o cidadão francês, Manuel Wackenheim, foi proibido de protagonizar um tipo de espetáculo, no qual consistia em ter o seu corpo arremessado em direção a um colchão de ar por clientes de bares e casas noturnas. Quem o arremessasse mais longe ganhava um prêmio. Neste caso, o anão concordava deliberadamente em ser parte (ou objeto) do divertimento, pois havia sido contratado para isto e tal atividade supria sua subsistência. O caso ganhou dimensão internacional quando Wackenheim apresentou reclamação ao Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, por ter tido o exercício de sua atividade proibida pelas autoridades francesas. O referido comitê, negou o pedido de Wackenheim, pois este violava seu próprio direito e principalmente porque reduzia-o a um objeto para o prazer alheio, constituindo-se dessa forma como uma situação vexatória e atentatória contra a dignidade da pessoa humana (SCHREIBER, 2014).

Outrossim, como é destacado Lacerda (2010), se o anão aceitasse realizar uma propaganda de um produto comercial lícito, que não ferisse a dignidade da pessoa humana, a relação de direito privado seria válida.

Em relação à irrenunciabilidade, é também necessário abordar a sua relatividade, ou seja, existem situações da vida moderna em que esta

irrenunciabilidade é relativizada. Cantali (2009) traz à baila o exemplo das cirurgias de transgenitalização. Deve-se sempre, à luz da realização da dignidade da pessoa humana, averiguar a situação nos casos concretos. Neste caso, um transexual, sendo um indivíduo portador de um transtorno de identidade de gênero, pode ser autorizado a renunciar voluntariamente de partes do seu corpo, como veículo para o livre desenvolvimento de sua personalidade, o que seria uma renúncia parcial, conforme se vê:

renunciar à titularidade de um direito fundamental, ou melhor, renunciar à totalidade de um direito fundamental, é renunciar total e irrevogavelmente à capacidade de exercício das faculdades e poderes decorrentes do direito. Por outro lado, a renúncia ao exercício do direito nunca é definitiva, já que não renunciando à titularidade da situação jurídica, ou seja, não renunciando o direito em si, sempre haverá a possibilidade de revogação do ato de renúncia para restabelecer a capacidade de exercício (CANTALI, 2009, p. 145).

Os direitos da personalidade são também indisponíveis. Tal característica guarda íntima relação com a irrenunciabilidade. Dispor é ter a capacidade e titularidade para exercer o direito, neste sentido, a indisponibilidade vedaria atos de renúncia e limitação dos direitos da personalidade. Contudo, como já referido, a partir de um pressuposto de autodeterminação da pessoa, como exercício de sua personalidade e como forma de realização de sua dignidade, é possível a flexibilização desta indisponibilidade, sendo necessária sempre a análise do caso concreto para a averiguação de que tal ato de disposição não se constitua contrário aos valores constitucionais e à ordem pública (CANTALI, 2009).

Corroborando a ideia de flexibilização da disponibilidade do exercício dos direitos da personalidade, faz-se interessante colacionar entendimento consubstanciado no enunciado 4 da I Jornada de Direito Civil, ocorrida no Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal, em 2002, que referindo-se à parte final do artigo 11 do Código Civil, retifica: “o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral” (SCHREIBER, 2014, p. 28).

Resta ainda falar sobre a característica de oponibilidade à terceiros dos direitos da personalidade. Ou seja, tais direitos possuem eficácia *erga omnes*, necessitando ser respeitados frente a todos. Tal característica gera frente à sociedade e ao Estado um dever de abstenção, ou seja, uma postura negativa no sentido de não limitação e respeito ao exercício dos direitos da personalidade. Bem como, sob uma

perspectiva objetiva, de dever de proteção, obriga também ao Estado de forma prestacional e também a comunidade em geral, no sentido da realização de tais direitos (CANTALI, 2009, p. 136).

Todavia, como já foi dito, há que se relativizar esta característica que, à princípio se coloca como absoluta. Sendo assim, nem mesmo a dignidade da pessoa humana enquanto princípio geral, pode ser tomada como caráter absoluto, sendo possíveis relativizações mediante ponderação e a proporcionalidade nos casos concretos quando existem conflitos entre direitos fundamentais.

É, portanto, fundamental apreender que o princípio da dignidade humana fundamenta e possibilita os direitos da personalidade, sendo que, em um primeiro momento histórico, em primeira instância, tal princípio impôs limites à intervenção estatal na vida dos particulares, impedindo, dessa forma, violações aos direitos individuais por parte do Estado. Em um segundo momento, o princípio cardeal da dignidade humana vincula a atuação do Estado para a sua efetivação, como um dever de proteção à pessoa humana visando a realização da vontade constitucional de modo concreto e não apenas de forma programática ou política.

Assim como estas, inúmeras situações provocam os juristas, advogados, juízes e estudantes de direito a encontrarem a solução mais adequada e benéfica aos titulares dos direitos. Considerando que o legislador não consegue prever todas as situações possíveis aos casos concretos e, tendo em vista que possui-se um sistema constitucional aberto, passível de interpretações extensivas balizadas por diretrizes principiológicas, os operadores do direito são constantemente convidados pela realidade fática a contribuírem com interpretações construtivas para o delineamento de balizas e parâmetros que possibilitem um melhor enfrentamento dos casos concretos que multiplicam-se cada vez mais em nossa realidade contemporânea.

### **3.3 O princípio do livre desenvolvimento da personalidade**

Preliminarmente, antes de se tratar a respeito do livre desenvolvimento da personalidade, faz-se necessária a abordagem de conceitos que estão em íntima interconexão com o referido princípio. Portanto, serão dedicadas algumas linhas para tentativas de conceitualizações, e diga-se, tentativas pois são temáticas abstratas e de difícil, ou até mesmo impossível delimitação exaustiva, sabendo-se



que seria de total ingenuidade a pretensão de exaurir tais temas. São eles, o conceito de pessoa, de personalidade e de dignidade humana.

As definições e significados em torno da pessoa e sua personalidade ocuparam a mente de estudiosos desde os primórdios dos tempos. A antropologia e a filosofia alcançaram as mais promissoras delimitações neste sentido. Tendo estas diferentes áreas da ciência buscado referências na ontologia, ou seja, no liame evolucionar do ser humano, considerando características que lhe são inerentes, lograram definições plausíveis como, ser a pessoa um ente diferenciado dos demais sujeitos que existem no mundo, pois é dona do seu próprio futuro o qual relaciona-se com o passado, formando um imbricado de relações que contrai com o mundo e com seus semelhantes, assumindo o comando de sua realidade ontológica (ALMEIDA, 2012).

Tradicionalmente, na realidade jurídica, as definições que se referem à pessoa trazem conceitos meramente limitados a questões de capacidade para contrair obrigações e deveres, bem como na faculdade subjetiva de pretensões de direitos. O que levou constantemente a generalizações e a exclusões ou limitações, pois o legislador manteve sob a tutela do direito somente aqueles os quais considerava como pessoa, ou seja, o sujeito provido economicamente, imputado de obrigações e de direitos, a exemplo dos “sujeitos do direito” aos quais estava a serviço toda uma codificação de cunho liberalista.

Almeida (2012), coloca que a função do Direito é seguir uma direção em que encontre uma fórmula cada vez mais adequada que contemple a formalização, necessária às nomenclaturas e disposições normativas, e a realidade fática do ser humano em sociedade, que é efetivamente dinâmica e repleta de idiossincrasias. Alerta ainda, a referida autora, para o fato de não ser mais aceitável, no constitucionalismo contemporâneo, que definições acerca da pessoa restrinjam-se a aforismos, encerrando-se nos institutos de direitos e de obrigações.

Sendo a pessoa o “fim último” do Direito e não apenas uma consequência da produção jurídica, deve esta ser contemplada de forma central e com as devidas tutelas para a mais adequada realização de seu ser. Almeida (2012) faz inferências a respeito de três características basilares para a construção do conceito de pessoa, quais sejam, a ipseidade, a alteridade e a dimensão realizacional.

A ipseidade guarda relação com características inerentes exclusivamente a cada pessoa, ou seja, é o que particulariza cada ente em uma existência singular.

Bem como, está também ligada à própria diversidade de cada ser, com suas vicissitudes biopsicofisiológicas. Por seu turno, a alteridade diz respeito à natureza gregária do ser humano, ou seja, a pessoa constitui-se como tal somente em contato com seus semelhantes, reconhece-se a partir do outro, buscando realização e plenitude por meio das relações que estabelece em sociedade. Por fim, mas também imprescindível, a dimensão realizacional vem dar a costura final ao ser humano, caracterizando-se pelo que move o ser a buscar realizações, modificações, aprendizados e evolução em direção à concretização de seus desejos afetivos, sociais, pessoais e profissionais (ALMEIDA, 2012).

Sendo assim, é dever do ordenamento jurídico tutelar a pessoa em seus diferentes aspectos, tanto individuais, remontando-se à clássica limitação do Estado na garantia de não violação de direitos, bem como no que concerne a proporcionar a todos os cidadãos as adequadas condições para o desenvolvimento de sua personalidade, o que hodiernamente liga-se ao dever de proteção do Estado.

Neste sentido, na busca da garantia da dignidade, todos são titulares de determinados direitos fundamentais à existência do ser físico, psíquico e social, os quais, agasalhados pelo condão da dignidade humana, concretizam-se por via dos direitos da personalidade. Almeida (2012, p. 70), discorre a respeito da definição de pessoa e da necessária tutela, pelo ordenamento jurídico, de suas diversas facetas:

[...] poder-se-ia então sugerir uma definição de pessoa como o ente dotado de consciência, transcendência e dignidade, com existência não só biológica, mas também intelectual, e não só individual, mas também coletiva, caracterizando-se ainda pela dinâmica de evolução por que passa durante toda a vida. É esse ente, em seus aspectos biológico e intelectual, em sua individualidade e em suas relações sociais, e em constante processo de desenvolvimento, que o direito deve tutelar e a quem deve conferir direitos e obrigações.

Com relação à personalidade, pode-se dizer que esta encontra-se colada à pessoa, não sendo, entretanto, a mesma coisa. A personalidade é o *modus operandi* da pessoa, ou seja, a forma como a pessoa expressa-se nas relações com o mundo e com seus semelhantes. Pode-se dizer que a personalidade é constituída por diversas facetas, por diferentes nuances. A personalidade de cada indivíduo é composta a partir de variados matizes, como distintas cores que vão temperando a forma do sujeito sentir, se perceber, se colocar e se relacionar com o mundo e com seus semelhantes. Todos possuem inúmeras manifestações de traços de

personalidade, sendo que alguns deles tem preponderância sobre outros, formando justamente as particularidades, marcas e singularidades de cada sujeito. Para a psicopatologia, se ocorre o fenômeno de amplificação de um só ou poucos traços, se estaria diante de algum tipo de transtorno. Assim, pode-se afirmar, por exemplo, que todos possuem traços de personalidade depressivos, os quais são acessados em situações e circunstâncias específicas, porém a manifestação de tal característica por longos períodos e de forma demasiadamente marcante poderá configurar algum tipo de transtorno depressivo.

A personalidade, para Sessarego (2004, p. 18), constitui-se no fenômeno da manifestação da pessoa no mundo, bem como, é formadora das características que diferenciam um sujeito do outro,

*la personalidad, [...], es tan solo la manifestación fenoménica de la persona, su exteriorización en el mundo, su peculiar manera de ser. Cada ser humano, en este sentido y en cuanto ser libre, tiene una certa "personalidad" que lo identifica y, por consiguiente, lo distingue dos demás.*

Poder-se-ia dizer que a identidade contém a personalidade, de uma forma referencial, ou seja, a personalidade dá substância à identidade. Tais estruturas são constituídas por modos de subjetivação, que são introjetados, no processo de desenvolvimento do indivíduo, através das instituições sociais, da família, da mídia. Guattari e Rolnik (1986, p. 68), teóricos expoentes da esquizoanálise, já afirmaram que a identidade,

[...] é um conceito de referenciação, de circunscrição da realidade a quadros de referência, quadros esses que podem ser imaginários. Essa referenciação vai desembocar tanto no que os freudianos chamam de processo de identificação, quanto nos procedimentos policiais, no sentido de identificação do indivíduo - sua carteira de identidade, sua impressão digital, etc. Em outras palavras, a identidade é aquilo que faz passar a singularidade de diferentes maneiras de existir por um só e mesmo quadro de referência identificável.

Diversos fatores são determinantes no que tange ao desenvolvimento da personalidade, sendo a sua construção multifatorial, atravessada por questões genéticas, sociais, culturais e relacionais. Cada ser humano, a partir de sua história pessoal e experiências vividas acaba por desenvolver uma forma totalmente particular e única de expressar-se no mundo.

Em uma tentativa sucinta, talvez reducionista, mas didaticamente necessária, seria possível dizer que a pessoa é o sujeito dos direitos, que identifica-se,

particulariza-se, diferencia-se dos demais por sua identidade, a qual, por seu turno, contém a personalidade, que funciona como uma vertente da identidade, formando um todo indivisível, marcando e singularizando a existência e expressão de cada ser no mundo.

Ainda nesta senda, acrescenta Sessarego (2004, p. 8):

*cada ser humano, en cuanto tal, tiene una identidad intransferible. Cada persona como elemento configurativo de su propia identidad, tiene una determinada "manera de ser", una personalidad. Es aquí, en definitiva, donde radica la diferencia entre el ente, que es el ser humano en cuanto persona para el derecho, y su "personalidad" o "manera de ser" proyectada hacia el mundo exterior. [...]*

Ao Direito, como um produto do Estado, cabe tutelar o livre desenvolvimento da personalidade, no sentido de proporcionar o mínimo de condições apropriadas para o exercício do ser e do devir. Nesta senda, coloca Almeida (2012, p. 71) que:

[...] a personalidade humana é que deve servir de alicerce para a personalidade jurídica e não o contrário; a personalidade deve ser considerada como a causa da titularidade de direitos e obrigações e não consequência dela.

Assim, deve a personalidade ser reconhecida como essencial atributo da pessoa, no sentido de capacidade para titularizar direitos e obrigações, no entanto, torna-se imprescindível também, o reconhecimento de que está se conecta intimamente com o ser humano real, que reivindica proteção de valores existenciais a partir do princípio da dignidade da pessoa humana (ALMEIDA, 2012).

No que se refere aos direitos da personalidade, poder-se-ia dizer que estes vem concretizar e dar forma aos direitos fundamentais no âmbito das relações interpartes, protegendo os bens personalíssimos da pessoa. Corroborando esta assertiva pronuncia-se Almeida (2012, p. 74):

os direitos da personalidade, incidindo sobre idênticos bens sobre os quais incidem diversos direitos fundamentais, destinam-se a fornecer proteção aos aspectos mais essenciais do ser humano sob olhar diverso, complementando a tutela jurídica da pessoa para que alcance tanto as relações públicas quanto as privadas.

Erigida através dos tempos, como um constructo resultante de lutas sociais, desenvolvida no decorrer de séculos de história, destilando valores humanísticos e

existenciais, está a dignidade humana. Princípio ao qual atribui-se valor maior, norteador, princípio vetor ao qual convergem valores para a preservação da autonomia e autodeterminação do ser humano. É cláusula aberta, e, de certa forma, propositalmente indeterminada, pois em um conceito fechado não seria possível abranger todas as hipóteses às quais devem ser tuteladas. Nesta senda, com relação ao caráter geral e indeterminado destes conceitos, postula Sarmiento (2006, p. 102), referindo-se a tutela da personalidade humana, que esta deve ser “dotada de elasticidade, incidindo sobre todas as situações em que apareça alguma ameaça à sua dignidade, tipificada ou não pelo legislador”.

A dignidade da pessoa humana ocupa lugar central na normativa constitucional, desempenhando papel de princípio fundamental, bem como de valor simbólico, representando o que é bom, correto, ético e desejável. Atua como parâmetro e baliza para a interpretação e a integração de normas, as quais deverão passar pelo seu crivo, irradiando-se para todo o sistema normativo. Sendo vedada toda e qualquer conduta que coisifique o ser humano, afetando sua dignidade.

Como já foi referido, o Estado deve limitar-se no sentido de não intervir arbitrariamente garantindo os direitos individuais e a autonomia dos sujeitos, mas também obriga-se a garantir um mínimo necessário para o livre exercício dessa autonomia, tutelando o livre desenvolvimento da personalidade, conceito intimamente interconectado com a dignidade humana.

O que deve sempre caracterizar a dignidade humana é a autonomia de todo ser humano na produção do sentido de sua própria dignidade, remetendo às ideias de autodeterminação, livre desenvolvimento da personalidade e livre eleição e adoção de planos e formas de vida (ALMEIDA, 2012, p. 75).

O livre desenvolvimento da personalidade passa por questões bastante subjetivas, sendo que, para cada ser humano, sua realização pessoal percorre diferentes caminhos e significados, os quais darão um sentido único à sua existência. Devendo ser assegurado pelo ordenamento jurídico a liberdade, o livre arbítrio para que o sujeito possa desenvolver-se singularmente da forma que entender melhor, sendo respeitadas as diversidades inerentes ao ser humano naquilo que ele é, e naquilo que poderá vir a ser. Isso significa o respeito às escolhas de cada um, o respeito à livre expressão de suas singularidades (ALMEIDA, 2012).

Sendo assim, se o princípio da dignidade humana figura como valor maior e fundamental, ocupando o centro normativo constitucional, e como seu objeto e fim a pessoa, à qual encontra-se ínsita a personalidade, o livre desenvolvimento da personalidade é também valor que deve ser perseguido por todo e qualquer Estado Democrático de Direito em uma perspectiva de Estado Constitucional. Neste sentido:

com a eleição da dignidade da pessoa humana como valor fundante de toda a ordem jurídica, a pessoa passou a ser o centro referencial do ordenamento, e os direitos ligados à sua personalidade tomaram posição de destaque. A pessoa não é mais tida apenas 'como sujeito de direitos, categoria abstrata, elemento da relação jurídica', mas passa a ser considerada 'como bem jurídico tutelável: não como objeto de direito, mas como valor expresso na tutela das situações subjetivas existenciais' (CANTALI, 2009, p. 204).

O livre desenvolvimento da personalidade pressupõe o exercício da autonomia privada, a qual remodelada a partir do processo de repersonalização, não pode mais ser tida como absoluta, bem como não está reservada apenas ao exercício de direitos patrimoniais, mas também a direitos personalíssimos, extrapatrimoniais. Sendo que estes direitos de autonomia decorrem da dignidade humana, e encontram também nela mesma o seu limite, devendo-se respeitar direitos alheios. As condutas orientadas pelo livre arbítrio da autonomia privada devem ser exercidas de acordo com a ordem jurídica, tendo como referência e limite, a dignidade humana (CANTALI, 2009).

A todo ordenamento que tenha como princípio fundante a dignidade da pessoa humana, é também ínsito o livre desenvolvimento da personalidade. Cantali (2009, p. 217), afirma que, com relação à efetividade da dignidade da pessoa humana na tutela do livre desenvolvimento da personalidade, esta atuação se dá de uma maneira “bifrontal, em perspectiva protetiva e promocional, [...] garantindo o imperativo de assistência por meio da ação estatal ou coletiva, bem como garantindo uma esfera de autodeterminação pessoal [...]”. Ou seja, na primeira perspectiva, a qual se pode chamar de negativa ou protetiva, existe a proteção dos direitos fundamentais da personalidade face a possíveis violações ou arbitrariedades, na segunda perspectiva, a qual pode-se tratar por positiva ou promocional, tem-se a obrigação do Estado na promoção de condições necessárias ao livre desenvolvimento da personalidade.

Neste mesmo sentido, embora no que concerne ao âmbito privado, Sarmiento (2006, p. 101) vem corroborar essa assertiva:

[...] um dever geral de abstenção não é bastante para salvaguarda, na ordem privada, dos bens que integram a personalidade humana. De fato, numa sociedade solidária, como a que o constituinte brasileiro quis instaurar, além do dever geral de não violação da personalidade humana, é necessário que também sejam impostas aos atores privados obrigações positivas, ligadas à promoção e realização dos valores da personalidade.

Dessa forma, toda e qualquer conduta que contrarie valores essenciais à dignidade humana ou que possa atentar contra ela, deverá ser rechaçada e coibida pelo ordenamento jurídico. Tal tarefa encontra subsídios em uma nova ótica deflagrada pela constitucionalização e pela repersonalização do direito privado, enxergando os direitos da personalidade e o princípio do livre desenvolvimento da personalidade como correspondentes diretos dos direitos fundamentais positivados na carta constitucional, bem como, referendados e chancelados pela cláusula geral da dignidade da pessoa humana, com a qual encontram-se em íntima relação, ocupando por isso, lugar central no ordenamento, fazendo incidir tais valores de forma ampla, irradiando-se para todos os ramos de atuação do direito.

## **4 O NOME SOCIAL NO DIREITO PRIVADO REPERSONALIZADO**

Neste capítulo tratar-se-á sobre o direito ao nome, abordando aspectos específicos de sua constituição na legislação pátria, bem como, sobre as hipóteses específicas em que são permitidas alterações. Será discutida a questão do direito ao nome social, especificamente no que se refere às travestis, grupo que reivindica tratamento social coerente com suas características femininas. Para isto, inicia-se com uma discussão a respeito da construção da identidade pessoal, bem como da condição de transgênero, como se passa a expor a seguir.

### **4.1 A condição de transgênero**

Esta temática é de grande complexidade e também envolve homéricas polêmicas, pois evocam grande carga cultural e moral. Dependendo do “lugar” de onde se olha, tal concepção de transgênero poderá ser “medicalizada” ou moralizada por linguagens e definições que nunca encontram-se livres ou neutras no que concerne à apreensão da realidade.

Torna-se oportuno definir, sucintamente, que o termo transgênero opera como um conceito mais genérico, que abarca como um “guarda-chuva”, diversas designações de pessoas que identificam-se com o gênero oposto, ou que fogem dos padrões de dominação heteronormativos tradicionais, que podem ser também designados como cisgêneros. O termo transgênero, portanto, englobaria os homossexuais, os bissexuais, as travestis, os/as transexuais, e tantas outras “classificações” às quais não necessariamente se prendem a essas terminologias.

De antemão, é fundamental esclarecer que as travestis, apresentam uma crucial distinção dos/das transexuais, pois enquanto estes/estas buscam uma cirurgia de transgenitalização, para completarem-se em sua realização pessoal identitária, pois sentem que nasceram mulheres em um corpo fisicamente (e socialmente) definido como masculino ou vice-e-versa, as travestis, na sua grande maioria, exercem uma postura de subjetividade homossexual masculina, desejando eroticamente homens, ou até mesmo mulheres, mas aceitando a condição genital



fálica do órgão sexual masculino, embora constituam atributos de expressão e imagem essencialmente femininos.

Primeiramente, para contextualizar o tema, torna-se útil trazer alguns dados históricos que foram aos poucos cunhando termos para definir essa condição. Bento (2006), coloca que, uma das primeiras tentativas de delimitação do termo aconteceu em 1910, quando o sexólogo Hirschfeld designou o termo “transexualpsíquico” como referência a travestis feitichistas. Refere ainda a autora, que, no decorrer da década de 1950 foram publicados trabalhos que descreviam as especificidades do “fenômeno transexual”.

O endocrinologista alemão, Benjamin, em seu artigo *Transvestism and Transexualism*, de 1953, já refutava amplamente qualquer tratamento psicoterápico para a possível modificação desta condição, defendendo como única alternativa possível para o seu tratamento, a intervenção cirúrgica. Outro estudo importante foi realizado por Money, professor de psicopediatria, o qual em 1955 elaborou teorias sobre a ideia de gênero, às quais estavam fundamentadas na Teoria dos Papéis Sociais. Money conclui que o aspecto social, a partir de parâmetros científicos, alicerçados também em instituições, poderia definir as distinções entre os sexos (BENTO, 2006).

No decorrer das décadas de 1960 e 1970, o tema ganha maior relevância na sociedade, a partir da criação de associações internacionais, organizadas no sentido de construir conhecimentos na área, bem como para definir parâmetros adequados para a confecção de diferentes diagnósticos, no que se refere à classificações nosológicas como *gays*, *lésbicas* e *travestis*, por exemplo. É oportuno observar, como traz Bento (2006), que com relação às teorias e estudos sobre o tema, foram construídas duas fontes distintas, uma delas contemplando majoritariamente o aspecto biologicista, ou seja, as funções endócrinas, e a outra contemplando o aspecto social, tendo na educação as razões para a formação da identidade de gênero.

Na década de 60 surgem nos Estados Unidos diversos centros para prestar atendimento ao público transexual. Uma das associações internacionais voltadas aos estudos transexuais, a *Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association*, liderada pelo já referido endocrinologista, conclui que a transexualidade é uma “disforia de gênero”, concepção criada por Money, em 1973. Tal associação

avocou para si a legitimidade para a realização de “tratamentos” adequados aos/as transexuais, tornando-se referência mundial (BENTO, 2006).

A título de patologizações, pode-se dizer que a maior parte das concepções psicanalíticas atribui a constituição da identidade transexual a anomalias na relação da criança com a mãe. Ou seja, uma mãe que nutre desejos inconscientes de inveja dos homens, em desejar ter o mesmo poder e características masculinas, transfere tal conflito ao filho que será seu objeto energizado de prazer (falo), estabelecendo-se uma forte relação de dependência. Assim, não seria possível que o homem/pai realizasse sua função paterna adequadamente, que seria realizar o “corte” da cultura, do superego, da norma. Ou seja, não seria adequada a resolução do complexo de Édipo, o que daria as bases para o desenvolvimento de uma sexualidade “normal”. No entanto, é fundamental observar que a psicanálise foi desenvolvida no berço de uma cultura ocidental com valores tradicionais, tendo como referência o poder masculino, transferindo ao “falo” a representatividade desse poder. No entanto, não cumpre este trabalho a função de discorrer sobre a teoria psicanalítica. É apenas interessante, observar que tal constituição de sexualidade para a psicanálise, e para a maioria dos psicanalistas, é também entendida como “anormal”.

Necessário também, observar que as abordagens contemporâneas da psicologia não procuram “tratar” a homossexualidade ou a transexualidade com o intuito de reverter tal condição, o que seria totalmente iatrogênico. A psicoterapia se dará no sentido de instrumentalizar, facilitar ao indivíduo para que, através da relação psicoterapêutica, consiga simbolizar seu mundo, tomando contato com suas emoções, despolarizando incongruências, para uma relação mais plena consigo mesmo e com o mundo.

É fundamental perceber que, *a priori*, sempre avalia-se, enxerga-se ou julga-se a temática transexual sob um viés paradigmático de cultura dominante, o qual é inegavelmente heteronormativo (BENTO, 2006). Ou seja, aprende-se institucionalmente através de nossa história que o gênero hétero é o correto, e perigosamente avaliado como “natural”, a ser reproduzido por todos. Todavia, em análise mais cautelosa, se pode perceber claramente que a expressão da sexualidade encontra várias formas, no entanto, nenhuma delas correta ou errada, mas apenas diferentes.

Aprende-se a ser homem, aprende-se ser mulher em sociedade, conforme a coerção social exercida pelos grupos. Assim como, quando se discorre a respeito da formação da personalidade, a qual abarca inerentemente a sexualidade, esta irá delinear-se sobre um manto de experiências sócio vivenciais, introjeções a partir de modelos captados por cada indivíduo como importantes, ou como possíveis referenciais aos quais possa se apegar. Um processo de subjetivação único e complexo no âmago de cada ser.

Sabe-se, que a moral, os valores socioculturais são dinâmicos e não estáticos. Pode servir de exemplo concreto para essa assertiva o fato de que, na Grécia antiga, berço da filosofia, que disseminou ideais e visões de mundo que persistem muitas vezes até hoje, a maioria dos homens eram homossexuais, ou se preferir-se, bissexuais, pois mantinham relações em busca de prazer com outros homens, mas também mantinham uma família tradicional na qual era valorizada a reprodução para a preservação do nome e dos valores familiares. Tais homens não eram, por isto, discriminados ou vistos como diferentes. Na Antiguidade grega, era tradicionalmente aceita a prática da pederastia, ou seja, a relação do homem com um rapaz mais jovem, que se dava, na maioria das vezes, em um contexto de relação pedagógica mestre-aluno, quando os púberes eram confiados a professores, os quais garantiam a transmissão dos valores e dos costumes daquela sociedade (FOUCAULT, 1985).

Diversos textos da Antiguidade exploravam a questão da sexualidade recomendando posturas em direção a um estilo existencial mais ético e adequado. Neste sentido, observa Foucault (1985, p. 253), que

o ato sexual parece ter sido considerado desde há muito tempo como perigoso, difícil de ser dominado e custoso; a medida exata de sua prática possível e sua inserção num regime atento foram exigidas desde há muito tempo. Platão, Isócrates, Aristóteles, cada um à sua maneira e por razões diversas, recomendavam pelo menos algumas formas de fidelidade conjugal. E podia-se atribuir o mais alto valor ao amor pelos rapazes, mas dele também se solicitava praticar a abstenção, para que pudesse conservar o valor espiritual que dele se esperava.

Ilustra-se ainda, a partir de pequena digressão, mas que, por certo, não foge ao tema, um exemplo de como uma pessoa pode ser socialmente desqualificada por via de padrões valorativos tradicionais. O escritor e romancista gaúcho, Veríssimo (1994), conta uma interessante e instigante história em crônica denominada “O Nariz”. A história refere-se a um dentista de uma cidade pacata e tradicional, o qual

já era formado há anos e tinha uma clientela garantida, era renomado e possuía grande reputação profissional. Certo dia, após o expediente da manhã, o dentista ao deixar seu consultório, passa por uma loja de acessórios e gosta de um par de óculos, daqueles com aros escuros, nariz, bigode e sobrancelhas, estilo Grouxo Marx. Compra e sai usando.

No almoço com a família é interpelado, sendo aquele ato entendido como uma brincadeira. Mas à tarde veste os óculos e vai trabalhar. O fundamental é entender que o dentista não modificou em absolutamente nada o seu modo de ser ou agir. Entretanto, o que acontece é que ele causa desavença em sua família, perde a clientela, a secretária que o acompanhava há 15 anos pede demissão. Tudo isso por causa do pitoresco artefato. Quer-se conduzir o leitor ao fato de que a sociedade encontra formas de implementar ampla desqualificação social, a partir de apenas uma ou algumas características do indivíduo, que, se não se encontra dentro de um padrão inteligível e aceitável pela maioria, inevitavelmente será condenado a andar à margem da sociedade, restringindo-se, muitas vezes, a guetos sociais, onde poderá expressar-se com maior autenticidade. Daí o termo marginal.

Com relação aos/as transgêneros acontece algo parecido, porém amplificado por sua singular forma de relacionar-se com seu corpo e expressar-se na coletividade. Percebe-se que, principalmente em pequenos centros urbanos, as travestis e transexuais raramente ocupam vagas ordinárias de trabalho, restringindo-se, muitas vezes, a trabalhos também estereotipados, como a prostituição.

Dentro de um enfoque referencial médico psiquiátrico de classificações nosológicas. Faz-se necessário referir que o Código Internacional de Doenças (CID) de 1980, retirou de sua lista o homossexualismo, o que pode-se considerar reflexo de desenvolvimento e evolução cultural e tolerância social, bem como resultado de lutas das classes homossexuais na garantia de seus direitos. Entretanto, o transexualismo continua constando em sua lista de doenças, sob o código F64.0. É interessante notar que o sufixo “ismo” refere-se a patologia, e particularmente no caso do transexualismo, o classifica como uma perversão sexual, uma forma de parafilia. Bento (2006, p. 47), observa que os parâmetros para a confecção do diagnóstico e tratamento da transexualidade “baseiam-se em dois documentos: nas normas da HBIGDA e no Manual de Diagnóstico e Estatísticas de Distúrbios Mentais (DSM) da Associação Psiquiátrica Americana (APA)”.

Com relação à cirurgia de readequação de sexo, ou transgenitalização, tal procedimento foi autorizado pelo Estado brasileiro, com base na Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.482/1997, para que tal procedimento fosse realizado em hospitais públicos universitários de todo o Brasil, entretanto, em caráter experimental. Em 2002, a referida Resolução sofreu alteração a partir de nova Resolução, nº 1.652/2002, a qual ampliou o acesso ao procedimento, retirando seu caráter experimental, ampliando também a possibilidade da cirurgia ocorrer tanto em hospitais públicos, pelo SUS, quanto em hospitais privados. No entanto, para que o/a transexual adquira autorização para este tratamento, deverá submeter-se a avaliação médico psiquiátrica, obtendo laudo que comprove a “doença”. Interessante paradoxo, que reverencia o direito personalíssimo ao corpo para a mudança de sexo, mas por outro lado, impõe a assunção do estereótipo patológico.

Em 1980, ano em que retirara a categoria Homossexualismo de sua lista, a APA inclui a transexualidade como categoria de “Transtornos de Identidade de Gênero” (BENTO, 2012). Na quinta edição do Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-5), que vige a partir de 2014, o documento utiliza um termo diferente do DSM-IV (que utilizava “Transtorno de Identidade de Gênero”), pretendendo esse termo ser mais genérico descritivo, “Disforia de Gênero”, refere-se ao “descontentamento afetivo/cognitivo de um indivíduo com o gênero designado” (DSM-5, 2014, p. 451). Ou seja, uma manifestação de mal-estar, de incongruência com relação ao sexo de nascimento em face do gênero expresso ou experimentado, um conflito de inadequação entre corpo e subjetividade. Sendo que a elaboração do diagnóstico baseia-se centralmente nesta discrepância, mas também prevê critérios diagnósticos específicos que devem persistir durante determinado período (DSM-5, 2014).

Importa ainda fazer referência a resolução 1.955/2010 do Conselho Federal de Medicina brasileiro, a qual considera o “paciente transexual portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e/ou autoextermínio”. Em contraposição, é interessante trazer a informação veiculada pela *France Presse* (2010, [www.g1.globo.com](http://www.g1.globo.com)), de que a França, no ano de 2010, a partir de decreto do Ministério da Saúde, não considera mais o transexualismo como patologia. Sendo o primeiro país do mundo a despatologizar tal condição.

A normalidade é uma forma de classificação, a qual passa necessariamente pelo referencial de identidade, que, por sua vez, é constituída através de representações sociais e culturais. O paradigma heteronormativo está fundamentado em um padrão classificatório binário, ou seja, homem/mulher, heterossexual/homossexual, expressando a dominação masculina, a qual, geralmente, é justificada através de argumentos biológicos. Estas polarizações objetivam incluir uma referência identitária como “normal”, desejável, ou mesmo “natural”, em contraposição à outra que adquire o significado de “anormal”, subalterna, inferior ou abjeta. Silva (2012, p. 83), afirma que

a normalização é um dos processos mais sutis pelos quais o poder se manifesta no campo da identidade e da diferença. Normalizar significa eleger – arbitrariamente – uma identidade específica como parâmetro em relação ao qual as outras identidades são avaliadas e hierarquizadas. Normalizar significa atribuir a essa identidade todas as características positivas possíveis, em relação às quais as outras identidades só podem ser avaliadas de forma negativa. [...]

Logicamente, é do lugar da ciência que partem as classificações e patologizações das expressões da sexualidade. É preciso muita cautela para perceber que, na maioria das vezes, tais constructos teóricos operam a serviço de grupos hegemônicos, dentro de relações de poder, a partir das quais interessam tais hierarquizações para a manutenção de um determinado *status quo*.

É tarefa realmente complexa tratar de gênero sexual, o que é diferente de orientação sexual. Pode-se pensar em exemplos de homens com gênero feminino, ou seja, que possuem características efeminadas, mas, nem por isso, tem uma orientação sexual homossexual. Bem como mulheres que têm características de gênero masculino, sem nutrir atração erótica para com outras mulheres. Ainda pode-se trazer outra possibilidade de constituição de gênero que é a androginia, pessoas com um gênero andrógino tendem a apresentar, tanto características femininas quanto masculinas, sendo difícil uma identificação de qual característica é mais preponderante. E, mesmo assim, os andróginos podem ter orientação hétero, homo ou bissexual. Ou seja, o que se torna sumamente importante é compreender que a questão de gênero, embora tenha íntima relação com a sexualidade, encontra-se “descolada” desta. Pode-se ilustrar com ainda outro exemplo, pensando em homens com gênero masculino e, entretanto, orientação homossexual, assim as fortes

características masculinas são preservadas e justamente por isso, são erotizadas como objeto de desejo.

Muitos termos e expressões são utilizadas para descrever a diversidade de possibilidades da expressão e condições de sexualidade. É mister, portanto, apreender que, especificamente, o termo transgênero, designa uma gama muito ampla de sujeitos que identificam-se com gêneros diferentes do sexo de nascimento, sendo este, como referido anteriormente, um termo “guarda-chuva”, que abarca outros subtipos, entre estes pode-se identificar as travestis. Por sua vez, a expressão transexual diz respeito àqueles indivíduos que buscam uma transição social e genital do masculino para o feminino, ou vice-versa, envolvendo mudanças hormonais, bem como a cirurgia de transgenitalização (DSM-5, 2014).

As pessoas que possuem a condição de disforia de gênero, para usar o termo psiquiátrico, experenciam grande sofrimento de inadequação consigo mesmas, bem como em suas relações sociais. E se não lhe forem proporcionadas as alternativas existentes para sua adequação de identidade, podem ser acometidas por transtornos depressivos. Há inclusive casos de automutilação, o que demonstra que o acolhimento desta condição torna-se vital a estes indivíduos.

O movimento LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transgêneros e simpatizantes), trilhou uma história de lutas contra a discriminação e na perseguição por direitos de igualdade e valorização social, com o objetivo de quebrar padrões tradicionalmente estabelecidos, claramente ancorados na normativa de dominação heterossexual, os quais impõem uma subordinação de outras expressões de sexualidade, que são consideradas inferiorizadas e marginais. Nesta senda, prelecionam Gervasoni e Bolesina (2015, p. 23):

[...] deve-se observar que a história de luta do movimento LGBT é, em síntese, uma história de batalhas contra a discriminação e a opressão de uma cultura de violência de gênero que possui como traços evidentes os padrões heteronormativo de ‘natural’, ‘certo’ e ‘merecido’. A título de efeitos concretos, a partir desta perspectiva heteronormativa instauram-se socioculturalmente processos de higienização social, de fascismo discursivo (em todas as áreas) e de vigilância e repressão/correção psicofísica as manifestações ‘estranhas’ ao padrão. (Grifado no original).

No decorrer do século XX, através de suas reivindicações e frentes de luta social, os movimentos LGBT em todo o mundo conseguiram lograr alguns resultados positivos: tem-se atualmente a possibilidade de retificação de documentos, o

casamento homoafetivo, as cirurgias de transgenitalização, a possibilidade de adoção de crianças por “pais” homossexuais, bem como legislações internacionais e nacionais que contemplam a temática dos/as transgêneros. Sem embargo, ainda assim, esses grupos sociais continuam relegados, não raramente ao esquecimento, ao preconceito, sem conseguir exercer sua cidadania de modo pleno e satisfatório (GERVASONI; BOLESINA, 2015).

Bento (2006), faz importante reflexão, afirmando que a linguagem produzida pelo saber médico, por possuir caráter oficial de ciência, acaba por patologizar condutas e diferentes condições. Todavia, é necessário avaliar que, nem mesmo a ciência possui a capacidade de descrever uma realidade de forma totalmente neutra, sendo que está sempre está a serviço de determinados interesses. Por este viés, a linguagem não caracteriza-se somente pelo fato de descrever a realidade, mas é ela mesma também produtora de realidades. “O ato da linguagem [...] não é uma representação da realidade, mas uma interpretação construtora de significados” (BENTO, 2006, p. 46).

Observação que se faz necessária, também em termos de linguagem e abordagem semântica é que, quando se refere às travestis com artigo masculino, ou seja, “os” travestis, se está praticando, sem perceber, um ato de violência linguística, uma manutenção do paradigma binário consagrado por padrões heteronormativos, negando-se uma realidade identitária e exclusiva desta condição de gênero e de sexualidade, que reivindica para sua realização pessoal, a identificação com o referencial social feminino.

Neste sentido, os estudos *queer* vêm na contramão da lógica médica biologicista, ou seja, reflete acerca da temática dos/as transgêneros fora do discurso biológico. Pois deve-se atentar que “quando o saber médico nomeia a experiência transexual a partir da naturalização, está citando as normas que fundamentam e constroem os gêneros a partir do dimorfismo” (BENTO, 2006, p. 46). Como já foi referido, conceber esta problemática sob uma ótica dual e heteronormativa, reduz a experiência da transexualidade, não considerando toda a sua expressiva diversidade.

A sociologia vem problematizar e desconstruir conceitos cristalizados, argumentando que a constituição da sexualidade no âmbito transgênero (termo este, como dito, mais amplo, o qual abarca as travestis, os/as transexuais, *gays*, lésbicas e bissexuais, *drag queens*, *drag kings*...), pode dar-se de maneira similar a dos



considerados “normais” (BENTO, 2006). A normalidade é um constructo sociocultural. As chancelas do que é ou não normal sempre foram utilizadas para excluir o que é diferente, o que pode causar incômodo.

Fundamental é o entendimento de que as teorias *queer* promovem um desmantelamento, uma desconstrução da tríade sexo/gênero/desejo. Ou seja, o sexo genital pode ser dado ao nascimento, no entanto, o gênero a desenvolver-se não necessariamente estará ligado ao sexo, muito menos ao objeto de desejo erotizado. Sendo a configuração majoritária desta tríade, determinada culturalmente e reproduzida como forma de dominação e subjugação de outras condições que serão sempre devires possíveis e reais.

Entretanto, independentemente de chegar-se a uma posição conclusiva sobre ser a condição de transgênero “normal” ou não, é necessário que, assim como deve o Estado, bem como o Direito Privado, garantir condições mínimas para o livre desenvolvimento da personalidade para todos os cidadãos, este direito se dê de forma igualitária e solidária também a estes grupos sociais.

O objeto de estudo deste trabalho direciona-se mais especificamente às travestis. Tal condição, como já referido, é caracterizada pelo conflito de disforia de gênero, entretanto, na maioria das vezes, estes sujeitos não buscam a realização da cirurgia de transgenitalização, fundamentalmente porque satisfazem-se com mudanças corporais induzidas por hormônios que lhe conferem formas femininas, bem como, tratamentos estéticos de embelezamento, assim como, formas de vestir-se e acessórios próprios do mundo referencial feminino. Não desejam a retirada do pênis pois, assim constituem-se objeto de desejo para outros homens e satisfazem-se com isto. Entretanto, mesmo assim, reivindicam a condição social feminina. São diferentes dos *gays*, “sapatões” ou transexuais, constituindo uma expressão singular de sexualidade.

Apesar da singularidade de expressão das travestis, torna-se imperativo a tentativa de delimitar o que é ser travesti. O que certamente produz diferentes reflexos em diferentes culturas, sendo que elas existem em grande parte do mundo, e também possuem uma cronologia histórica através dos tempos, aspecto que não será abordado em virtude do tempo e delimitação desta pesquisa.

Kulick (2008) aponta que a existência das travestis tem sido percebida por toda a América Latina, mas particularmente no Brasil, elas despontam em grande número, alcançando notabilidade social e permeando o imaginário cultural. Dessa

forma, propõe-se realmente relevante o objeto dessa pesquisa, no sentido de fazer valer a incidência direta dos direitos fundamentais de identidade, perfectibilizados pelos direitos de personalidade, no âmbito privado, especialmente o direito ao nome, para consecução da retificação do nome, o direito ao “nome social”. Sendo que, tal ação possibilita a afirmação de uma personalidade que é sim divergente, mas que deve ser acolhida pelo Estado e pela sociedade, proporcionando a este grupo social um mais adequado livre desenvolvimento da personalidade.

O antropólogo sueco, Kulick (2008, p. 21), estudioso da sexualidade e gênero, influente teórico das teorias *queer*, que realizou extensa pesquisa de campo no Brasil, em Salvador, tendo vivido por oito meses em uma casa de pequenos cômodos em que viviam travestis, traz uma interessante e persuasiva delimitação do termo travesti:

o termo ‘travesti’ deriva do verbo ‘transvestir’, que pode ter o sentido de vestir roupas do sexo oposto (ou cross-dress, em inglês). Porém, as travestis não se caracterizam apenas por usar roupas de mulher. A principal característica das travestis de Salvador, e de todo o Brasil, é que elas adotam nomes femininos, roupas femininas, penteados e maquiagem femininos, pronomes de tratamento femininos, além de consumirem grande quantidade de hormônios femininos [...] A despeito de todas essas transformações, muitas das quais irreversíveis, as travestis não se definem como mulheres. Isto é, apesar de viverem o tempo todo vestidas como mulher, referindo-se umas às outras por nomes femininos, e sofrendo dores atroz para adquirir formas femininas, as travestis não desejam extrair o pênis e não pensam em ‘ser’ mulher. Elas não são transexuais (KULICK, 2008, p. 21).

Acrescenta ainda o referido autor (KULICK, 2008), que considerando a singularidade da condição das travestis, ou seja, a aquisição de atributos femininos através de terapias hormonais e injeções de silicone, aliadas à sua subjetividade homossexual masculina, faz com que as travestis constituam-se como sujeitos *sui generis*, únicas no mundo.

Assim, considerando a expressividade desse grupo social, o qual encontra severas dificuldades, à pena de muito sofrimento e discriminação em busca de sua plena realização pessoal e social enquanto cidadãos, faz-se mister que o Estado amplie sua tutela para possibilitar a retificação do nome, viabilizada pelo “nome social”, enquanto promoção da dignidade humana, distribuição de justiça, de igualdade e de solidariedade.

## **4.2 O direito ao nome e à identidade pessoal**

O nome encontra-se em íntima interconexão com a identidade. Sendo atributo necessário para a identificação da pessoa, para a sua individualização, para a associação da pessoa às suas características inerentes, conferindo-lhe exclusividade. É também o nome compreendido como parâmetro obrigatório para a convivência coletiva, para a garantia da segurança social. É o instrumento que publiciza os atributos da pessoa para a referência ao público aos atos sociais e da vida civil, sendo um elo de sua vida com a sociedade. Permite que a pessoa seja “imediatamente lembrada, mesmo em sua ausência e a longas distâncias” (BITTAR, 1989, p. 120).

Salienta Cassel (2015, p. 5), que o nome é essencialmente o atributo de individualização da pessoa e que é composto dos seguintes elementos:

a) prenome – vem antes do nome; b) sobrenome – identifica a qual família a pessoa está ligada; c) alcunha ou codinome – designação dada a alguém devido a uma particularidade sua; d) agnome – distinção dada para pessoas que possuem o mesmo prenome e sobrenome.

Schreiber (2014), atenta para o fato de que, no Brasil, o nome é tido como questão estatal, sendo regulado por lei infraconstitucional, a Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73), a qual, na verdade, impõe a obrigatoriedade do nome após o nascimento (artigos 54 e 55). Com isto, sustenta o referido autor que, o que existe não é um direito ao nome, mas um dever ao nome. Obriga a referida lei que o assento do nascimento deverá conter o nome e o prenome, para efeitos jurídicos de publicidade e de proteção. Toda pessoa é frequentemente impelida a identificar-se, principalmente em atos solenes, sendo assim, depreende-se que é vedado a não adoção de um nome, o que encerra-se claramente em um dever.

A legislação brasileira protege o nome e algumas de suas variações. O Código Civil dispõe sobre o nome nos artigos 16, 17, 18 e 19, sendo que este último refere-se ao pseudônimo. O artigo 16 da Lei nº 10.406/2002 preceitua que “toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome”. Como foi dito, essa proteção estende-se também ao pseudônimo, bem como os apelidos notórios, ou alcunhas.

Coloca Schreiber (2014, p. 193), que os aspectos jurídicos do nome se desdobram em três possibilidades:

(i) o direito de ter um nome, [...] no dizer mais comedido da doutrina, um 'misto de direito e de obrigação', já que, por força do caráter compulsório do registro de nascimento, ninguém pode deixar de ostentar um nome como signo que o identifica no meio social; (ii) o direito de interferir no próprio nome, que é a faculdade de obter a alteração do próprio nome nas hipóteses em que a lei assim autoriza [...]; e, por fim, (iii) o direito de impedir o uso indevido do próprio nome por terceiros.

Já Cantali (2009), chama atenção para a crítica de que o estatuto civil fora muito acanhado na implementação destes dispositivos regulatórios em relação ao nome. Ou seja, da forma como estão redigidos, podem induzir a interpretações reducionistas. O legislador deveria também ter estendido esta proteção à identidade pessoal, o que, na verdade, passa a instrumentalizar-se através de nosso sistema jurídico por via da cláusula aberta da dignidade da pessoa humana, que irradia-se a todo ordenamento. Muitos dispositivos da codificação civil brasileira encontram-se ainda apegados ao prisma patrimonialista, sendo que a ideia de proteção ao nome funciona, em um primeiro olhar, como proteção análoga à propriedade privada, da mesma maneira como são protegidas as coisas, sob uma ótica de reflexos econômicos.

Deve-se, portanto, interpretar tais dispositivos de forma extensiva, sendo que esta lacuna deixada pelo legislador será resolvida pela proteção e garantia constitucional, por via da constitucionalização dos direitos da personalidade. Pois, como já foi referido anteriormente, o rol de direitos da personalidade positivados no Código Civil deve ser entendido como meramente exemplificativo, suportando entendimentos hermenêuticos de maior elasticidade, coadunados com a ordem constitucional.

Sendo assim, o artigo 16 da Lei nº 10.406/2002, reinterpretado sob nova ótica constitucional em favor da tutela da dignidade humana interconectada aos direitos fundamentais, e estes, por sua vez, em interdependência com os direitos da personalidade, deve ter interpretação e aplicabilidade no sentido de, além de proteger aspectos ligados a reflexos econômicos e patrimoniais, visar a autodeterminação da pessoa, ampliando também as possibilidades que visem a sua alteração por arbítrio de seu titular (SCHREIBER, 2014).

Da mesma forma, a crítica se estende ao artigo 17 da Lei nº 10.406/2002, que pretendeu proteger o nome pelo uso indevido de terceiros:

Artigo 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda que não haja intenção difamatória.

A doutrina contemporânea faz crítica no sentido de que, neste caso, o legislador precipitou-se, incorrendo em erro por confundir o direito ao nome e o direito à honra. Adverte Schreiber (2014, p. 195), que o direito ao nome deve ser dotado de “autonomia e sua tutela não pode ficar a depender da configuração de uma lesão à honra ou a qualquer outro atributo da personalidade”. Necessário é também, o exercício de sopesar em quais situações seriam tidas como legítimas ou ilegítimas a utilização do nome alheio, o que, não raro, torna-se complexo. Assim, por exemplo, o noticiário que veicula nome de político que praticou corrupção deve ser entendido como legítimo, pois em confronto com a liberdade de expressão da imprensa, pondera-se que o interesse público para informação da sociedade seja mais importante. De outra banda, não poderia ser tomada como legítima a veiculação pública de nome completo de alguém que praticou nudismo ou naturalismo em local apropriado para este exercício, em reportagem sobre mudança de hábitos, por exemplo (SCHREIBER, 2014).

Com relação ao artigo 18 da Lei nº 10.406/2002, o qual dispõe que “sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial”, retorna-se à crítica de que o legislador civil o redigiu ainda sob às luzes do liberalismo, restringindo-se ao aspecto patrimonial. Novamente, a interpretação literal do dispositivo pode levar a reducionismos. A expressão “propaganda comercial” leva a crer que o nome não deverá ser usado sem autorização de seu titular em situações que envolvam lucratividade, e, ademais, leva também ao entendimento de que, se a situação não envolver lucro econômico, a referida autorização poderia ser desnecessária. Entretanto, torna-se óbvio, dentro de uma lógica de proteção integral aos direitos da personalidade, que o ato de permissão “para a utilização de nome alheio é necessário mesmo que não se verifique intuito lucrativo. O nome é direito de personalidade e sua utilização indevida, independentemente do intuito, é vedada” (CANTALI, 2009, p. 97).

Sendo assim, resta claro que o disposto no artigo 18 da Lei nº 10.406/2002 deve ser tomado também de forma exemplificativa, abrindo espaço para a interpretação extensiva, de acordo com os valores e princípios constitucionais consagrados sob a égide da dignidade da pessoa humana.

O pseudônimo goza, no ordenamento jurídico pátrio, de igual proteção ao nome, sendo regulado pelo artigo 19 da Lei nº 10.406/2002, o qual preceitua que “o pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome”. Adotado, na maior parte das vezes, por artistas e autores literários, o pseudônimo pode constituir-se de abreviaturas do próprio nome ou na criação de nomes fictícios, com o objetivo de torná-lo mais eufônico e de mais fácil reconhecimento ao público, bem como, nas situações em que o autor de alguma obra procura permanecer no anonimato. A exemplo dessa última hipótese pode-se citar o compositor Chico Buarque, que na época da ditadura e da censura imposta pelo então regime militar, utilizava o pseudônimo Julinho de Adelaide (SCHREIBER, 2014). Sendo assim, há entendimento de que o pseudônimo é igualmente protegido, podendo inclusive alcançar maior repercussão do que o prenome e o sobrenome, na aplicação concomitante dos artigos 17, 18 e 19 da Lei nº 10.406/2002, que, por óbvio, devem proteger também seu titular de possível violação ou cópia de pseudônimo previamente estabelecido, e que já goze de repercussão social notória.

Torna-se necessário, portanto, o entendimento de que o direito ao nome, no direito privado constitucionalizado e repersonalizado, não deve encontrar-se restrito à proteção com reflexos econômicos patrimoniais. Muito além disso, deve ser entendido como um direito necessário à realização da pessoa, e com isto, desdobrando-se em várias facetas possíveis de tutela que proteja e promova a autodeterminação da pessoa, em direção ao mais adequado livre desenvolvimento da personalidade.

Neste sentido, a Lei de Registros Públicos, Lei nº 6.015/1973, permite em algumas hipóteses a alteração do nome. A redação originária do artigo 59 desta lei trazia a imutabilidade como regra geral, muito embora a retificação já fosse admitida no caso de erros de grafia, bem como trazia a proibição aos registradores de registrarem “prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores”, o que atualmente é parte inicial do parágrafo único do artigo 55. Permanece ainda a regra geral de imutabilidade do nome, excepcionando-a a casos especiais previstos em lei ou suscetíveis a provimento judicial.

Algumas hipóteses da possibilidade de alteração do nome são trazidas por Schreiber (2014, p. 190), que observa também que tal rigidez sobre a imutabilidade do nome vem sendo paulatinamente flexibilizada na legislação pátria:

permite-se, hoje, a alteração em um conjunto variado de hipóteses, que abrange a retificação da grafia do nome em virtude de erro no registro, a tradução do nome estrangeiro em casos de naturalização, a alteração do prenome suscetível de expor a seu titular ao ridículo, a alteração ou substituição do prenome com a inclusão de apelido público notório, a alteração do nome em virtude de adoção, a alteração do nome no primeiro ano após a maioridade civil desde que não prejudique os nomes da família, e assim por diante.

O artigo 57 da Lei de Registros Públicos traz estas hipóteses, bem como algumas outras, como no caso de testemunha que altera o nome para preservar sua integridade física. Mais recentemente acrescentado pela Lei 11.924/2009, o parágrafo 8º do mesmo artigo prevê a possibilidade de alteração no nome de enteados/as que desejem, com a autorização dos padrastos ou madrastas, incluir o nome de família destes em seus nomes, para ilustrar alguns exemplos. A imutabilidade do nome foi mitigada a partir de alteração introduzida pela Lei 9.708/98, a qual deu nova redação ao artigo 58 da lei de registros, que passa a dispor que “o prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios”.

No entanto, o parâmetro de vedação à modificação ou alteração do nome deve pautar-se pela verificação de boa-fé, ou seja, de que tal ato não cause prejuízos à terceiros, bem como confusão à ordem social, como poder-se-ia imaginar devedores ou criminosos alterando seus nomes para fugir dos credores e de suas obrigações para com a sociedade. Assim sendo, os magistrados ao analisarem os casos concretos, deverão obrigatoriamente avaliar se tais alterações trazem ou não, riscos à ordem social.

Destarte, fundamental percepção é trazida por Schreiber (2014, p. 193), no que se refere a uma necessária inversão na lógica de avaliação dos pedidos de alteração do nome, a qual impõe-se necessariamente de acordo com o princípio matriz da dignidade da pessoa humana, não é, portanto, “o seu acolhimento, mas a sua rejeição, que depende de motivo suficiente”. Com isto, o magistrado que refutar o pedido de alteração deveria justificar fundamentadamente a possível ameaça à sociedade causada pela modificação.

Outro aspecto que encontra-se ínsito ao nome, é a identidade pessoal. A inter-relação do nome com a identidade é tamanha que ele se confunde com ela, significando-a, determinando-a, ficando colado a ela. Schreiber (2014), evoca a doutrina italiana, explicando que esta desenvolvera na década de 70 o direito à

identidade pessoal, o qual atribui a pessoa o direito de ser ela mesma, no exercício de sua privacidade, de sua expressão na sociedade, que deverá ser respeitada em suas idiossincrasias, ou seja, suas convicções morais, religiosas, políticas, sexuais, de visão de mundo, sua expressão física e assim por diante. Características personalíssimas que influenciam na qualificação e diferenciação da pessoa em seu convívio com a coletividade.

Silva (2012), observa que, em um primeiro momento, definir a identidade parece ser tarefa relativamente fácil, sendo esta aquilo que se é, ou seja, “sou brasileiro”, “sou branco”, “sou velho”, “sou homem” ou “sou mulher”. Estas afirmativas encerram-se em si mesmas de uma forma autônoma, como se fossem um fato independente. “Nessa perspectiva, a identidade só tem como referência a si própria: ela é autocontida e autossuficiente” (SILVA, 2012, p. 74).

Na mesma senda, os parâmetros para a definição da diferença, também estariam fundamentados nesta perspectiva autorreferencial independente. A diferença estaria fundamentada naquilo que o outro é, ou seja, “ele é alemão”, “ele é negro”, “ele é jovem”, “ele é homossexual”. Assim, de forma análoga a identidade, a diferença simplesmente existiria como um fato (SILVA, 2012).

Identidade e diferença estão em estreita independência, sendo inseparáveis. Fazem parte de uma cadeia de significados de afirmação e ao mesmo tempo de negação, sendo que a gramática auxilia na definição, restrição e polarização de significados. O ponto de partida para definir a diferença está na identidade. Nas palavras de Silva (2012, p. 76), “isto reflete a tendência a tomar aquilo que somos como a sendo a norma pela qual descrevemos ou avaliamos aquilo que não somos”.

Nesta linha de pensamento, é fundamental compreender que a identidade e a diferença, na verdade encontram-se subordinadas a um sistema de criação linguística, de uma cadeia de significados estabelecidos histórica e culturalmente. Dessa forma os significados, só terão sentido se considerados dentro de determinado contexto social e cultural, de acordo com cada sociedade. Assim, para Silva (2012, p. 76), identidade e diferença podem ser consideradas como atos de criação linguística, sendo que a língua seria, nada mais que, um sistema de diferenças:

dizer que são o resultado de atos de criação significa dizer que não são ‘elementos’ da natureza, que não são essências, que não são coisas que estejam simplesmente aí, à espera de serem reveladas ou descobertas, respeitadas ou toleradas. A identidade e a diferença têm que ser ativamente produzidas. Elas não são criaturas do mundo natural ou de um mundo



transcendental, mas do mundo social e cultural. Somos nós que a fabricamos, no contexto de relações culturais e sociais. [...]

Neste mesmo sentido, vêm corroborar esta perspectiva, Guattari e Rolnik (1986, p. 69):

quando vivemos nossa própria existência, nós a vivemos com as palavras de uma língua que pertence a cem milhões de pessoas; nós a vivemos com um sistema de trocas econômicas que pertence a todo um campo social; nós a vivemos com representações de modos de produção totalmente serializados.

Os teóricos pós-estruturalistas chamam atenção para o fato de que os signos não constituem-se como algo concreto, ou seja, não encontram-se nunca presentes. A coisa referida, como quando se busca uma definição no dicionário, por exemplo, nunca está contida neste significado, o que este instrumento oferece é uma cadeia de significações, que não contém as coisas, o que, em Derrida, um dos expoentes do pós-estruturalismo se chamaria de “metafísica da presença”. Ou seja, colacionar a coisa/objeto ao seu signo seria uma representação necessária, uma forma de ilusão necessária para que o signo adquira validade e funcionalidade (SILVA, 2012).

Se há uma subordinação de significados e representações à língua, à modos de subjetivação, de produção simbólica e discursiva, é mister perceber que sempre existe nesse trânsito as relações de poder, sendo que tais signos e cadeias de significação são determinantemente impostas: quando se inclui ou exclui, afirmando que alguns estão contidos e outros não; o ato de demarcar fronteiras, colocando “nós aqui e eles acolá”; as classificações, caracterizando quem é mau e quem é bom, melhor ou pior, mais ou menos desenvolvidos, morais ou imorais; o ato da normalização, pretendendo tipificar o que é ou não normal, são processos que inevitavelmente pressupõe referenciais de dominação e relações de poder (SILVA, 2012).

Uma das autoras das teorias *queer*, Butler (1999), citada por Silva (2012, p. 92), antagoniza a questão da identidade como somente referencial descritiva, afirmando que esta desenvolve-se por meio de uma performatividade, ou seja, desloca-se a “ênfase na identidade como uma descrição, como aquilo que é [...] para a ideia de ‘tornar-se’, para uma concepção da identidade como movimento e transformação”. Pode-se depreender disto, que a identidade não é um fato, uma situação dada, já existente, mas sim uma construção que se dá a partir de uma enorme gama de referenciais linguísticos construídos através do tempo, os quais

podem, e devem ser questionados, possibilitando novos devires, transgressões que se adequem às idiosincrasias e singularidades de expressão de cada ser em sua relação com o mundo.

Sendo assim, a identidade é construída historicamente na vida de cada sujeito, permeabilizada por contextos familiares, socioculturais, referenciados pelos padrões societários em que adquire suas vivências. Neste sentido, pode-se dizer que uma pessoa que vive em uma sociedade oriental, como na Ásia, por exemplo, constrói uma identidade bastante diferente de um cidadão ocidental, com diversidade de percepções e visões de mundo, tendo sido sua identidade constituída a partir de uma diferente subjetividade, de um imaginário sociocultural totalmente diverso. Muito embora, sejam todas as pessoas atravessadas por padrões perseguidos em uma sociedade capitalista orientada pelo consumo e tecnologias de massificação e desculturalização, pode-se dizer que cada indivíduo constitui-se ele mesmo de forma singular, sendo impossível imitá-lo, e tais singularidades devem ser garantidas e respeitadas. Nas palavras de Schreiber (2014, p. 220), a identidade deve ser tutelada pois é

o direito de toda pessoa expressar sua verdade pessoal, quem de fato é, em suas realidades física, moral e intelectual. A tutela da identidade impede que se falseie a verdade da pessoa, de forma a permanecerem intactos os elementos que revelam sua singularidade como unidade existencial no todo social.

O estatuto civil brasileiro não contemplou expressamente um direito à identidade pessoal, porém, como já foi referido, a identidade expressa-se como parte inerente à dignidade humana, e, como tem-se um rol aberto de direitos da personalidade, sendo que alguns deles estão contemplados no texto constitucional, é sempre possível a dilatação de tais direitos, que permitem elasticidade, contemplando o dinamismo histórico, que também é função precípua do Direito. Contudo, por via da aplicabilidade da cláusula geral da dignidade humana, sob a ótica de um Direito Privado constitucionalizado e repersonalizado, instrumentaliza-se a concretização do direito à identidade pessoal, a qual deve ser entendida “em perspectiva funcional e dinâmica, voltada a promover e garantir uma fidedigna apresentação da pessoa humana, em sua inimitável singularidade” (SCHREIBER, 2014, p. 220).

### **4.3 O nome social**

A conceituação do nome social pode ser um tanto ambígua, alguns o definem como o “apelido”, a forma de denominação como a pessoa é conhecida notoriamente em suas relações públicas, em suas relações sociais. Seria, em suma, o prenome utilizado nas relações sociais ordinárias.

No âmbito de abrangência das instituições de ensino, a portaria 1.612 de 18 de novembro de 2011 do Ministério da Educação, tutelou esse direito, trazendo em seu parágrafo 1º do artigo 1º, a previsão da garantia de utilização do nome social por pessoas transexuais e travestis, bem como uma definição do nome social:

Art.1º. Fica assegurada às pessoas transexuais e travestis, nos termos dessa portaria, o direito à escolha de tratamento nominal nos atos e procedimentos promovidos no âmbito da Ministério da Educação.

§ 1º. Entende-se por nome social aquele pelo qual essas pessoas se identificam e são identificadas pela sociedade.

O parágrafo 2º do referido artigo, dispõe que tais direitos abrangem os agentes públicos do Ministério de Educação, cabendo às suas autarquias a devida regulamentação, observadas as suas competências. Dispõe ainda o artigo 2º, sobre as possibilidades específicas em que tal requerimento poderá ser feito:

Art. 2º. Fica assegurada a utilização do nome social, mediante requerimento das pessoas interessadas nas seguintes situações:

I – cadastro de dados e informações de uso social;

II – comunicações internas de uso social;

III – endereço de correio eletrônico;

IV – identificação funcional de uso interno do órgão (crachá);

V – nome de usuário em sistemas de informática.

Entretanto, o parágrafo 4º do referido artigo, observa que, “o prenome anotado no registro civil deverá ser utilizado para os atos que ensejarão a emissão de documentos oficiais, acompanhado do prenome escolhido”. Ou seja, entende-se que a utilização do nome social constitui-se em uma alternativa mais célere, mais rápida, para que a pessoa possa exercer seus direitos no âmbito de suas relações sociais, atendendo também ao seu interesse essencial de identidade pessoal, de acordo com sua constituição de personalidade, evitando descompassos e constrangimentos que atentem contra sua dignidade.

Mais especificamente no Estado do Rio Grande do Sul, o Decreto 49.122 de 17 de maio de 2012, instituiu a regulamentação do uso da carteira de nome social para

os/as transexuais e as travestis no Estado, cabendo ao Instituto-Geral de Perícias a sua confecção, sendo autorizada a expedição após 90 dias da publicação do decreto. O referido decreto regulamenta o exercício dos direitos que já haviam sido previstos no Decreto 48.118 de 27 de junho de 2011, o qual prevê que nos atos e procedimentos dos “Órgãos da Administração Pública Direta ou Indireta de atendimento à travestis e transexuais, deverá ser assegurado o direito à escolha do nome social, independentemente de registro civil [...]” (Art. 1º, Decreto 48.118/2011). A Corregedoria Geral da Justiça recomenda aos magistrados, em Ofício-Circular nº 123/2012-CGJ, que, em caso de apresentação da carteira de nome social, a adoção do tratamento nominal e verbal compatível com este deverá ser respeitado para a identificação da pessoa.

É interessante ainda observar que foi proposta em julho de 2009, pela Procuradoria Geral da República, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4275) perante o Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de que fosse dada ao artigo 58 da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73), interpretação conforme a Constituição, no sentido de visar a garantia do direito à alteração registral do nome, independentemente da cirurgia de transgenitalização.

Necessário também, dizer que não há Lei Federal que regulamente tais direitos. Existe atualmente a tramitação de projeto de lei, o chamado “Projeto João Nery” (5002/2013), na Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados, de autoria dos deputados federais Jean Wyllys (PSOL-RJ) e Erica Kokay (PT-DF), buscando o reconhecimento de que a identidade de gênero é um direito que assiste ao cidadão. A proposta preconiza a liberação de alteração do nome, para maiores de 18 anos, sem necessidade de autorização judicial, bem como a liberação da alteração do sexo nos documentos pessoais, sem necessidade de cirurgia. Dessa forma, os documentos oficiais serão modificados e os nomes anteriores omitidos por completo.

Na ausência de lei que regulamente tal tema, tem-se buscado na justiça a garantia desse direito. Embora não se trate exclusivamente do nome social, mas de alteração registral do nome civil, faz-se oportuno colacionar, alguns posicionamentos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, a respeito do tema:

APELAÇÃO. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL.  
TRANSEXUALISMO. TRAVESTISMO. ALTERAÇÃO DE PRENOME  
INDEPENDENTEMENTE DA REALIZAÇÃO DE CIRURGIA DE

TRANSGENITALIZAÇÃO. DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL E À DIGNIDADE. A demonstração de que as características físicas e psíquicas do indivíduo, que se apresenta como mulher, não estão em conformidade com as características que o seu nome masculino representa coletiva e individualmente são suficientes para determinar a sua alteração. A distinção entre transexualidade e travestismo não é requisito para a efetivação do direito à dignidade. Tais fatos autorizam, mesmo sem a realização da cirurgia de transgenitalização, a retificação do nome da requerente para conformá-lo com a sua identidade social. DERAM PROVIMENTO. Apelação Cível Nº 70030504070, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 29/10/2009. (Grifado no original).

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

A regulamentação da instituição do nome social via decretos e portarias, fez com que os requerimentos para este fim aumentassem consideravelmente. No Estado de São Paulo, nas inscrições para o ENEM de 2015, conforme notícia veiculada em junho deste ano por Santos (2015, [www.g1.globo.com](http://www.g1.globo.com)), o número de candidatos a requererem o uso do nome social aumentou de 44 para 127 solicitações. Pode-se imaginar o expressivo número de evasão escolar ocasionado por situações vexatórias vivenciadas pelas travestis no curso de sua vida escolar.

No Rio Grande do Sul, o uso da carteira com “nome social” regularizado por decreto, já referido anteriormente, passou a vigor em agosto de 2012. Em notícia veiculada em maio de 2012, grande número de travestis são beneficiados por tal previsão. Sendo que a carteira, oferecida pela Secretaria de Segurança Pública (SSP), terá validade no âmbito das instituições de ensino, nas instituições de saúde, enfim, nos órgãos da administração direta e indireta do Estado. Entretanto, haverá validade somente dentro do território do Estado do Rio Grande do Sul. Mesmo que a

carteira não tenha validade para procedimentos legais ou oficiais, como abertura de crediários, ou aquisição e alienação de imóveis, por exemplo, e ainda que não tenha validade perante órgãos públicos de outros Estados, o uso da carteira do “nome social” constitui-se num importante avanço, consolidando direitos e garantias fundamentais pleiteados pelos movimentos de luta LGBT’s (MOREIRA, 2012, [www.zh.clicrbs.com.br](http://www.zh.clicrbs.com.br)).

A OAB do Estado do Piauí, em decisão do Colégio de Presidentes Seccionais da Ordem, reunidos em 18 de setembro de 2015 na cidade de Teresina, aprovou o uso do “nome social” para advogados e advogadas travestis e transexuais. Tal decisão objetiva incluir o “nome social” no registro, bem como, na carteira de identidade profissional e em todos os cadastros da entidade ao lado do nome civil. A proposta foi levada ao Conselho Federal para regulamentação (OAB, 2015, [www.oab.org.br](http://www.oab.org.br)).

Ou seja, é urgente que a sociedade como um todo esteja atenta e sensível à discussão desta temática, que é contemporânea e atual. As questões de gênero e de sexualidade não devem ser consideradas e analisadas sob uma lógica binária e heteronormativa, como já discutido anteriormente. Assim como os fenômenos da constitucionalização e da repersonalização do Direito Privado consagraram lançar um novo olhar sobre o Direito, deflagrando os princípios e direitos fundamentais constitucionais que irradiam-se para todo o ordenamento jurídico, quebrando paradigmas de tradição liberal e patrimonialista, deve-se também quebrar os tradicionais padrões de paradigmas de dominação heteronormativa, que tendem a patologizar condições de gênero e sexualidade que fogem aos padrões sociais tradicionalmente aceitos.

Neste sentido, torna-se fundamental trazer à tona as teorias *queer*, constituídas como questionamentos e desconstruções da lógica hegemônica dos padrões sociais hierarquicamente dominantes. Movimento sociológico, cultural e intelectual que origina-se na década de 90, tendo como um de seus expoentes principais, Butler. *Queer*, literalmente, refere-se à estranho, raro, extraordinário ou excêntrico, mas também ao modo pejorativo e discriminatório como são considerados os sujeitos que fazem parte de uma minoria que reivindica reconhecimento (LOURO, 2001).

As teorias *queer* foram também influenciadas pelo pensamento do filósofo e historiador Foucault, o qual considerou que a sexualidade é construída socioculturalmente por via do discurso, ou seja, “[...] sexo foi, na verdade, ‘colocado

em discurso': temos vivido mergulhados em múltiplos discursos sobre a sexualidade, pronunciados pela igreja, pela psiquiatria, pela sexologia, pelo direito..." (LOURO, 2001, p. 547). A partir destes discursos promoveu-se a classificação de condições patológicas pelo saber-poder dominante, atribuindo às diferentes manifestações da expressão da sexualidade uma diferença incompatível com a "normalidade".

Conforme Louro (2001, p. 549), de forma sucinta pode-se dizer que,

segundo os teóricos e teóricas *queer*, é necessário empreender uma mudança epistemológica que efetivamente rompa com a lógica binária e com seus efeitos: a hierarquia, a classificação, a dominação e a exclusão. Uma abordagem desconstrutiva permitiria compreender a heterossexualidade e a homossexualidade como interdependentes, como mutuamente necessárias e como integrantes de um mesmo quadro de referências. [...] Numa ótica desconstrutiva, seria demonstrada a mútua implicação/constituição dos opostos e se passaria a questionar os processos pelos quais uma forma de sexualidade (a heterossexualidade) acabou por se tornar a norma, ou, mais do que isso, passou a ser concebida como 'natural'.

Na linha de raciocínio desenvolvida no decorrer dessa pesquisa, resta claro o entendimento de que gênero, sexualidade e desejo erótico, embora estejam intimamente relacionados, são institutos distintos e não encontram-se colados, sendo construídos social e culturalmente no decorrer do processo histórico. Contemporaneamente, no Estado Social Democrático de Direito, é mister que a diferença e a diversidade de expressões sejam acolhidas. Não há como predeterminar uma única verdade ou certeza, mas formas diferentes de realização pessoal, as quais devem ser tuteladas pelo Direito, tendo como princípio matriz a dignidade da pessoa humana que deverá prevalecer frente a toda e qualquer forma de violência contra o livre desenvolvimento da personalidade, o qual encontra-se em um constante devir.

Como referido anteriormente, os/as transexuais que realizam cirurgia de transgenitalização encontram-se nitidamente na constituição de um gênero masculino ou feminino. Por sua vez, as travestis, tencionam os limites jurídicos e linguísticos, pois, por sua condição ambígua, transitam justamente na fronteira de gêneros, permanecendo com a genitália masculina, mas reivindicando uma condição social feminina, fundamentada na performatividade adequada ao universo feminino, bem como, pela modificação corporal em atributos femininos, expressando-se socialmente como mulheres.

Próchno e Rocha (2011), observam que antes de se constituírem como travestis, em sua infância, tais sujeitos eram denominados no masculino, entretanto, após as transformações corporais expressam-se no mundo a partir de um referencial do universo feminino e reivindicam essa condição social. O nome é marca distintiva dos sujeitos na sociedade, e o “nome social”, enquanto catalizador da identidade pessoal, proporciona coerência entre essa expressão social, ou “performance” de gênero e a harmonia com a constituição física das travestis.

A retificação do nome civil para as travestis é muito mais difícil do que para os/as transexuais, que baseados em laudos médico psiquiátricos, tem sua condição classificada psicopatologicamente. Assim, os trâmites legais fundamentam-se primordialmente em questões biológicas, tidas como “tratamento”, possibilitados e “normatizados” pelo saber médico.

Se a função do nome é identificar e dar coerência ao seu titular harmonizando-se com suas características, poder-se-ia dizer que imutabilidade do nome civil atenta contra a dignidade humana das travestis. Assim, pronunciam-se Próchno e Rocha (2011, p. 260):

é, pois, através desse conceito instituído – direito ao nome – que muitas vezes se comprova a existência e a inexistência. Inexistência, quando a travesti é colocada em questão diante desses modos de produção que ilustram as tensões entre: corpo, norma, desejo, natureza. Nesse momento, as contradições explodem num corpo que interroga e se revolta contra a norma, o desejo ultrapassa a natureza e um destino anatômico que enclausura o devir. A tensão questiona o nome como reconhecimento civil, como caracterizador identitário da pessoa e passa a deixar de cumprir coerentemente com o preconizado o discurso jurídico: de fazer reconhecer quem o possui.

A realidade do segmento social das travestis desafia o Direito, que deve acompanhar a plasticidade expressa nas relações sociais contemporâneas, tendo-as como um acicate para a busca de novas soluções e acolhimento destas demandas. Neste sentido, o “nome social”, ainda que como solução intermediária, vem socorrer a dignidade das travestis em seu processo identitário.

Constitui-se o nome como um dos mais importantes bens da personalidade a serem tutelados pelo Estado. E dentro da ótica da incidência normativa dos valores e princípios da Constituição, da aplicabilidade direta e da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, concretizados nas relações interpriadas também pelos direitos da personalidade, tem-se o nome social como um grande e atual exemplo da perfectibilização destes direitos. Sob a nova lente do Direito Privado



repersonalizado, não há necessidade de positivação expressa de norma específica para a tutela desses direitos, sendo estes acessados por força da cláusula geral da dignidade humana que irriga todo ordenamento. Nesta senda, Cantali (2009, p. 91), corrobora tal assertiva:

[...] a tutela efetiva da personalidade admite proteção à eventual direito de personalidade que possa vir reclamar tutela. Não poderá negar tutela a quem peça em relação a algum aspecto de sua existência sob o argumento de que não há previsão específica, eis que o interesse existencial já tem relevância ao nível de ordenamento em função do princípio da dignidade; por conseguinte, tem relevância sua tutela judicial. [...]

Encerra-se com o “nome social”, portanto, uma costura derradeira, que vem ilustrar e concretizar o direito ao livre desenvolvimento da personalidade como valor jurídico central, protagonizando uma qualidade inerente à dignidade da pessoa humana em direção à realização da vontade constitucional de todo Estado que se pretenda democrático, igualitário e solidário, na consolidação de uma sociedade substantivamente mais livre e mais justa. Encontra-se o ordenamento jurídico pátrio em direção a uma jurisdição constitucional no afã de ponderar uma mais efetiva e adequada tutela à pessoa humana.

## 5 CONCLUSÃO

Os direitos e garantias fundamentais foram construídos a muito custo no decorrer de um processo histórico que, logicamente, ainda encontra-se em curso. No recorte temporal enfatizado nesta pesquisa, foram revisadas as formas de exercício, desenvolvimento e incidência dos direitos fundamentais, bem como a tutela propiciada à pessoa humana, nos modelos de Estado Liberal, Social e, tendo como ponto de chegada, o Estado Social Democrático de Direito. Viu-se que, na verdade, um modelo de paradigma estatal não refuta totalmente o outro, mas são eles complementares, bem como possibilitados pela existência de seus antecessores.

Cabe também lembrar que, a despeito dos fenômenos da constitucionalização e da repersonalização do Direito Privado, não raramente, valores liberais e patrimonialistas remanescem nas codificações e legislações, bem como, permeando a prática de muitos operadores do Direito. Embora tenha-se como contemporâneo e atual o entendimento desses processos, percebe-se que eles ocorrem de forma paulatina, gradativamente incorporando-se ao exercício e à prática do Direito.

A constitucionalização e a repersonalização do Direito Privado alcançam recrudescimento após o desvelamento de valores constitucionais que foram consolidando-se historicamente. A igualdade formal, elemento inserto nas Constituições, consideradas como cartas políticas com conteúdos programáticos, foi, aos poucos, consubstanciando-se em igualdade material, a partir da realocação das Constituições como centros normativos dos ordenamentos jurídicos. A vontade constitucional passa a ser a realização substancial da pessoa humana. A irradiação dos princípios e valores das Constituições passam a incidir diretamente em toda a ordem jurídica, como princípios norteadores e integradores de todo o fazer jurídico.

A hermenêutica, as práticas interpretativas devem coadunar-se com os valores constitucionais. As normas em desacordo, devem ser reinterpretadas ou retiradas do ordenamento. O Direito Privado deve operar sob nova ótica, pela lente constitucional, a qual, em um movimento de despatrimonialização enseja reinterpretação da legislação existente, bem como, produção legislativa adequada à realização dos valores constitucionais, tendo como vetor máximo o princípio da dignidade da pessoa humana.

No contexto brasileiro, os processos de constitucionalização e de repersonalização ganharam força a partir do movimento de redemocratização, tendo como marco a promulgação da Constituição Federal de 1988. A chamada “Constituição Cidadã” abriu as portas para teorias de eficácia direta dos direitos fundamentais, incidindo tanto verticalmente (nas relações Estado-cidadão), como horizontalmente (nas relações interprivadas). Além de não imiscuir-se nas relações privadas, garantido direitos individuais, o Estado deve prover condições de bem estar ao cidadão, intervindo na implementação de políticas públicas, avocando também para si, o dever de proteção e de promoção da realização da pessoa humana.

A regulação das relações privadas, antes subordinadas ao Código Civil, é regida agora pela normativa constitucional, ocorrendo a relativização patrimonial, a humanização das relações jurídicas contemporaneamente repersonalizadas. A tradicional dicotomia entre Direito Público e Direito Privado encontra-se superada no Estado Constitucional contemporâneo. Poder-se-ia dizer que ocorrem inflexões, permeabilizando essas duas esferas: sobem à ordem constitucional valores outrora somente percebidos na codificação, como também, e obrigatoriamente, opera-se na esfera privada sob o condicionamento da Constituição. Destarte, tem-se hodiernamente um panorama que, ao invés de intersecções, consubstancia-se na ordem de uma fusão, de total interdependência entre o público e o privado.

Nesse contexto, os direitos da personalidade fortalecem-se a partir da dimensão objetiva e da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais. A vinculação das relações dos particulares aos direitos fundamentais proporciona novas possibilidades aos direitos da personalidade, antes restritos a uma lógica patrimonialista de reflexos econômicos. Assim como o fim último do ordenamento jurídico rege-se pela realização da pessoa humana, os direitos da personalidade vão encontrar guarida no livre desenvolvimento da personalidade, o qual é ínsito à dignidade humana e deve ser perseguido pela vontade constitucional. Dessa forma, todas as expressões da pessoa em sua existência no mundo e suas relações devem obrigatoriamente ser pautadas pela tutela do Estado, que tem o dever de promover a sua realização, acolhendo as singularidades e diversidades de cada grupo social, de cada pessoa.

Um Estado democrático, pautado sobre valores de igualdade, liberdade e solidariedade, sob a égide da dignidade da pessoa humana tem o dever de acolher

a diferença, de tratar de forma diferente os desiguais, para assim, promover maior igualdade substancial. Dessa forma, deve prover a garantia ao livre desenvolvimento da personalidade a grupos sociais marginalizados socialmente, como é o caso das travestis, ampliando e inovando sua tutela se necessário, oportunizando à todos a sua realização pessoal.

A constituição da identidade, como discutido nessa pesquisa, passa por infinitos meandros e deslindes, os quais não são estáticos, admitindo questionamentos e contestações. A realidade da condição das travestis transgride a “norma”, o tradicional, quebra o paradigma binário heteronormativo, desestabilizando acomodações que pretendiam-se imutáveis. Por quê não ultrapassar fronteiras? Ou ainda, permanecer na fronteira? Se há realidades constituídas em diferentes limiares, tais pretensões e identidades devem ser respeitadas.

Neste sentido, o direito ao “nome social” realiza a derradeira costura nessa pesquisa, pois não existe ainda previsão legal que regulamente tal pretensão. O sistema constitucional aberto, a partir da cláusula geral da dignidade da pessoa humana, vem acolher e dar guarida a um dos mais importantes direitos de personalidade: o nome, como pedra angular da identidade pessoal. No entanto, decretos, resoluções e portarias vêm propiciar um norte, diretrizes capazes de acolher as diversidades e singularidades do mundo real, o que constitui-se tarefa precípua do Direito: adaptar-se à realidade, ao desenvolvimento histórico e social. Neste sentido, pode-se dizer também que a jurisdição constitucional vem acenando positivamente no provimento de pretensões de alterações registrais, o que é inegavelmente, influenciável pela instituição do “nome social”.

Assim, a tutela jurídico-legal ao “nome social” no Direito Privado constitucionalizado brasileiro tem se dado por meio de portarias, resoluções ou decretos, restritos a Estados específicos da Federação, ou à instituições que permitem o uso desse direito em determinadas situações. É, com certeza, um grande avanço a possibilidade de utilização do “nome social” em várias situações cotidianas. No entanto, seria necessário ampliar a competência desse direito, de forma que ele possa vigorar em todo o território nacional, sem distinção. A manutenção do nome civil ainda constitui-se em afronta à dignidade humana das travestis, que para determinadas situações necessitam utilizar o nome masculino.

Entende-se, dessa forma, que o direito ao “nome social” possa abrir caminhos para que, em um futuro próximo, a modificação do nome civil, a retificação registral,

se dê de forma mais célere às travestis, bem como aos/as transexuais que não realizaram cirurgia de transgenitalização. Sendo que a jurisprudência tem pacificado a retificação registral em casos de transexuais que realizaram a referida cirurgia, fundamentando-se, para isto, em referenciais biológicos, o que, como discutido na presente pesquisa, não pode constituir-se como referencial absoluto.

Constitui-se, assim, o “nome social” como uma vitória simbólica dos movimentos LGBT’s, de caminhadas de luta e reconhecimento de grupos sociais discriminados. São gritos de exclusão e de sofrimento que foram ouvidos. Ainda que, muitas situações documentais oficiais não estejam funcionalmente passíveis a partir do “nome social”, o fato da instituição e da operacionalização desse direito para o uso cotidiano de seus titulares garante maior dignidade, proporciona melhor desenvolvimento da personalidade em direção a uma sociedade mais justa, tolerante e acolhedora.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade – perspectiva do direito português. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Orgs.). *Direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 65-107.

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. *Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais – DSM 5*. 5. ed. Porto Alegre: Artmed, 2014. p. 451-460.

ARONNE, Ricardo. Sistema Jurídico e Unidade Axiológica. In: \_\_\_\_\_. *Os Contornos Metodológicos do Direito Civil Constitucional*. In: Revista do Instituto do Direito Brasileiro, v. 01, 2013. p. 73-114.

BARROSO, L. R. A constitucionalização do direito e o direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.) *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

BENTO, Berenice. A invenção do Transexual. In: \_\_\_\_\_. *A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual*. Rio de Janeiro: Garamond, 2006. p. 39-68.

\_\_\_\_\_. O transexual oficial e as outras transexualidades. In: \_\_\_\_\_. *A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual*. Rio de Janeiro: Garamond, 2006. p. 133-160.

BITTAR, Carlos Alberto. O direito à identidade. In: \_\_\_\_\_. *Direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 120-124.

BOLESINA, Iuri. A pertinência das cotas universitárias e profissionais para as travestis no Brasil. 2015. Texto original cedido pelo autor.

BOLESINA, I.; REIS, J. R. O direito constitucionalizado e as esferas jurídicas pública e privada: é (contra)producente falar nessa distinção? 2015. Texto original cedido pelo autor.

CAENEGEM, R.C. Van. As origens do direito privado contemporâneo. In: \_\_\_\_\_. *Uma introdução histórica ao Direito Privado*. Tradução Carlos Eduardo Lima Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 1-20.

\_\_\_\_\_. Antecedentes: a alta Idade Média, c-500-c. 1100. In: \_\_\_\_\_. *Uma introdução histórica ao Direito Privado*. Tradução Carlos Eduardo Lima Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 23-39.

CAMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de lei João Nery (5002/2013). Disponível em: <[www2.camara.leg.br](http://www2.camara.leg.br)>. Acesso em: 19 out. 2015.

CANTALI, Fernanda Borghetti. A lenta trajetória da proteção da pessoa e da personalidade. In: \_\_\_\_\_. *Direitos da personalidade: disponibilidade relativa,*

autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 27-55.

\_\_\_\_\_. Pessoa, personalidade e direitos de personalidade: a construção da teoria. In: \_\_\_\_\_. *Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 61-123.

\_\_\_\_\_. Direitos da personalidade: a(des)construção de parte da teoria. In: \_\_\_\_\_. *Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 129-195.

\_\_\_\_\_. Direitos da personalidade e autodeterminação pessoal: a síntese necessária. In: \_\_\_\_\_. *Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 201-261.

FACHIN, L. E. A construção do direito privado contemporâneo na expectativa crítico-doutrinária brasileira a partir do catálogo mínimo para o direito civil-constitucional no Brasil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.) *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

FOUCAULT, Michel. Os Rapazes. In: \_\_\_\_\_. *História da sexualidade, 3: o cuidado de si*. Tradução Maria Thereza da Costa Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1985. p. 187-225.

GERVASONI, T. A.; BOLESINA, I. *O dever (constitucional) de proteção aos direitos fundamentais e o controle jurisdicional de políticas públicas*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014.

GUATTARI, F.; ROLNIK, S. Micropolítica: cartografias do desejo. In: \_\_\_\_\_. *Subjetividade e História*. Petrópolis: Vozes, 1993. p. 25-123.

JÚNIOR, Flávio Cassel. *A retificação do registro civil nos casos de transexualismo e o princípio da dignidade da pessoa humana: um estudo de caso*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2015. Disponível em: <[online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/efpd/article/view/13240](http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/efpd/article/view/13240)>. Acesso em: 03 nov. 2015.

KULICK, Don. Introdução. In: \_\_\_\_\_. *Travesti: prostituição, sexo, gênero e cultura no Brasil*. Tradução Cesar Gordon. 20. ed. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2008. p. 17-35.

LACERDA, Dennis Otte. *Direitos da personalidade na contemporaneidade: a repactuação semântica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2010.

LEGISWEB. Decreto nº 49.122 de 17 de maio de 2012. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=241452>>. Acesso em: 19 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 48.118 de 27 de jun. de 2011. Disponível em: <[www.legisweb.com.br](http://www.legisweb.com.br)>. Acesso em: 19 out. 2015.

LENNON, John. *Imagine*. Disponível em: <<http://www.vagalume.com.br/john-lennon/imagine.html>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do direito civil*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 141, 1999. p. 99-109.

\_\_\_\_\_. A constitucionalização do direito civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.) *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

MARINONI, L.G.; MITIDIERO, D.; SARLET, I.W. Dos direitos fundamentais em espécie. In: \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 349-609.

MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Orgs.), *Direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 25-64.

MOREIRA, Pedro. *Travestis terão carteira com nome feminino no Estado*. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2012/05/travestis-terao-carteira-com-o-nome-feminino-no-estado-3753344.html>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

OAB. Colégio aprova uso de nome social de advogados travesties e transexuais. Disponível em: <[www.oab.org.br](http://www.oab.org.br)>. Acesso em: 26 out. 2015.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Classificação Estatística Internacional de Doenças e problemas relacionados à saúde - CID-10*. 10 ed. São Paulo: EDUSP, 2007.

PERLINGIERI, P. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.) *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

PRESSE, France. *Transexualismo já não é considerado doença mental na França*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Ciencia/0,,MUL1488635-5603,00-TRANSEXUALISMO+JA+NAO+E+CONSIDERADO+DOENCA+MENTAL+NA+FRA NCA.html>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

PRÓCHNO, C.C.S.C.; ROCHA, R.M.G. O jogo do nome nas subjetividades travestis. Disponível em: <[www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-71822011000200006&script...](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-71822011000200006&script...)>. Acesso em: 03 nov. 2015.

REDIR. ADI 7245. Disponível em: <[www.redir.stf.jus.br](http://www.redir.stf.jus.br)>. Acesso em: 19 out. 2015.

REIS, Jorge Renato dos. *A constitucionalização do Direito Privado: algumas considerações para análise*. Revista Atos e Fatos, Caxias do Sul: UCS, v. 1, 2009. p. 126-139.



REIS, Jorge Renato dos. A disponibilidade (no exercício) dos direitos da personalidade como deferência à dignidade humana no direito civil constitucionalizado. 2015. Texto original cedido pelo autor.

SANTOS, Larissa. *Uso de nome social por transexuais triplica nas escolas estaduais de SP*. Disponível em <<http://g1.globo.com/educacao/noticia/2015/06/uso-de-nome-social-por-transexuais-triplica-em-escolas-diz-secretaria.html>>. Acesso em: 19 out. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Direitos fundamentais e o Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: \_\_\_\_\_. *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 107-163.

SARMENTO, Daniel. Os Direitos Fundamentais nos Paradigmas Liberal, Social e Pós-Social e a sua Incidência sobre as Relações Privadas. In: \_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 3-46.

\_\_\_\_\_. A Constituição como Norma, a Constitucionalização e a Personalização do Direito Privado. In: \_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 105-140.

\_\_\_\_\_. As Teorias sobre a Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas e sua Recepção no Direito Comparado. In: \_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 185-232.

\_\_\_\_\_. A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira: Os Direitos Individuais. In: \_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 235-276.

SCHREIBER, Anderson. Direito e mídia. In: \_\_\_\_\_. *Direito e mídia*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 9-26.

\_\_\_\_\_. A Pessoa e a Lei. *Direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1-26.

\_\_\_\_\_. Direito ao Nome e a Identidade Pessoal. *Direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 189-220.

SERTAO. Portaria nº 1.612 de 18 de nov. de 2011, MEC. Disponível em: <[www.sertao.ufg.br](http://www.sertao.ufg.br)>. Acesso em 18 out. 2015.

SESSAREGO, Carlos Fernández. *Persona, personalidad, capacidad, sujeto de derecho: un reiterado y necesario deslinde conceptual en el umbral del siglo XXI*. Publicado em "Persona", Revista Electrónica de Derechos Existenciales, nº 24, Editorial Astrea, 2004.

SILVA, Tomaz Tadeu da (Org.). A produção social da identidade e da diferença. In: \_\_\_\_\_. *Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais*. 11 ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2012. p. 73-102.

SZANIAWSKI, Elimar. Os direitos da personalidade e sua evolução. In: \_\_\_\_\_. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 15-34.

\_\_\_\_\_. Da teoria geral dos direitos da personalidade. In: \_\_\_\_\_. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 35-95.

TJRS. Rio Grande do Sul-Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 19 out. 2015.

UBILLOS, J. M. B. Eficacia horizontal de los derechos fundamentales: las teorías y la práctica. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.) *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

VERÍSSIMO, Luís Fernando. O nariz e outras crônicas. São Paulo: Ática, 1994. p. 73-74.