DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E DA IDENTIDADE DE GÊNERO

Valéria Silva Galdino Cardin*

Luiz Geraldo do Carmo Gomes**

1 INTRODUÇÃO

O estudo da sexualidade humana é de extrema importância e os indivíduos que não se encaixam no padrão hetero imposto pela sociedade são discriminados e vivem à margem desta.

É imprescindível analisar todos os apectos que envolvem a sexualidade humana, como por exemplo: o sexo, a orientação afetiva sexual e o gênero.

Mas o foco principal desta pesquisa é a identidade de gênero dos transgêneros (transexuais e travestis) que ao longo de suas vidas não são reconhecidos no âmbito familiar, no direito e na sociedade.

Para a realização deste trabalho científico foi utilizada a teoria do reconhecimento elaborada por Hegel e posteriormente ampliada por Honneth para fundamentar o reconhecimento social dos indivíduos.

Essa teoria analisa o fenômeno social, identifica o estágio de reconhecimento em que o indivíduo se encontra e até mesmo quais as formas de desrespeito pelo qual passará aquele até chegar ao reconhecimento.

Acrescente-se, que a sexualidade humana é um direito da personalidade e as garantias constitucionais (de liberdade, de igualdade e de dignidade da pessoa humana) é que asseguram o livre exercício da identidade de gênero do indivíduo.

Por fim, foi utilizado o método teorico para fundamentar esta investigação científica, que consiste na consulta de obras, artigos de periódicos e documentos eletrônicos que tratam do assunto, bem como da legislação perntinente.

2 DA IDENTIDADE DE GÊNERO E DA SEXUALIDADE HUMANA.

* Pós-doutoranda em Direito pela Universidade de Lisboa; mestre e doutora em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; professora da Universidade Estadual de Maringá e da UniCesumar – Centro Universitário Cesumar. Advogada em Maringá-PR. Endereço eletrônico: valeria@galdino.adv.br.

** Mestrando em Ciências Jurídicas e Graduado em Direito pela UniCesumar – Centro Universitário Cesumar. Professor Universitário na Faculdade Alvorada de Tecnologia e Educação de Maringá na disciplina de Teoria Geral do Estado e da Constituição. Endereço eletrônico: lgcarmo@icloud.com.

A sexualidade humana é um direito da personalidade que está atrelado ao princípio da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade.

Desde o nascimento, comportamentos padronizados de um mundo bipartido em masculino e feminino são transmitidos às crianças, sem que seja oportunizado qualquer questionamento, bem como não há uma educação sexual apropriada.

A sexualidade humana está correlacionada à psicologia, a antropologia e a medicina para delimitar as práticas afetivas e sexuais dos seres humanos, e são subdividas em três aspectos: sexo, orientação afetiva sexual e gênero.

O sexo corresponde às características biológicas que são os aparelhos reprodutores, seu funcionamento e às características decorrentes dos hormônios. O que determina as fêmeas é que estas têm vagina/vulva e os machos têm pênis, o que não determina a identidade de gênero, tampouco, a orientação afetiva sexual da pessoa.

A orientação afetiva sexual é um desejo e uma manifestação de vontade afetiva de um indivíduo pelo outro. A falta desta ou a pluralidade de desejo não caracteriza um distúrbio, mas sim uma das variantes das orientações sexuais, como por exemplo, o bissexual. Essa vontade/desejo se manifesta em decorrência da natureza humana de se relacionar, interligada a reprodução e à perpetuação da espécie, mas não é necessariamente uma regra.

O conceito de gênero está relacionado a um conjunto de representações sociais, culturais, econômicas e até mesmo religiosas, construídas a partir da diferença biológica dos sexos, ou seja, o homem e a mulher.

Acerca do tema preceitua Judith Butler:

> Como fenômeno inconsciente e contextual, o gênero não denota um ser substantivo; mas um ponto relativo de convergência entre conjuntos específicos de relações, cultural e historicamente convergentes.[1]

Na construção do conceito de gênero adota-se o desenvolvimento da noção de “masculino” e “feminino”, enquanto construção social.

Para Patrícia Corrêa Sanches:

> [...] a palavra “gênero” nos traduz uma ideia de atribuição social e cultural na definição do sexo, tem definição extremamente complexa, pois mesmo ampliada aos fatores externos, essa identidade de gênero é o sentimento do

[1] BUTLER, Judith. *Problemas de gênero.* Feminismo e subversão da identidade. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 29.

> indivíduo quanto ao sexo que possui, o que, em alguns casos, pode não ser aquele que biologicamente tem no registro. [2]

A identidade de gênero consiste na imposição inconsciente da sociedade para transformar o ser nascido com vagina em mulher, ou pênis em homem .

Essa construção é realizada e também fiscalizada ao longo do desenvolvimento da criança principalmente, pelas instituições sociais, a igreja, a família e a escola.

Segundo os Princípios de Yogyakarta:

> Compreendemos a identidade de gênero a profundidade sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoa do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meio médicos, cirúrgicos ou outros) e outra expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos.[3]

Essa construção social, bem como a imposição de uma normatividade faz com que indivíduos que não se compreendem nessa dicotomia, sexo e gênero harmônicos, sejam tratados de formas diferentes e em sua maioria marginalizados.

Para Naele Ochoa Piazzetta "se o gênero constitui o sujeito, a identidade sexual diz a forma com que a sexualidade é vivida."[4] As diferenças existentes no comportamento de homens e mulheres reflete na vivência da sexualidade de cada indivíduo, nos relacionamentos afetivos e até mesmo nas relações interpessoais costumeiras.

Todavia, essa vivência sexual fora dos padrões sociais aceitos pela maioria da população, não são apresentadas como normais, e garantias constitucionais como da liberdade, da igualdade e da dignidade humana, são violados em suas mais variadas formas, em decorrência de uma moral questionável.

Segundo Heleieth Safioti, "a violência de gênero (...) não ocorre aleatoriamente, mas deriva de uma organização social de gênero que privilegia o masculino."[5] Essa organização social pautada na heteronormatividade e no machismo histórico não só atinge as relações de gênero, mas contribui para um desequilíbrio em relação as garantias constitucionais previstas no art. 5º da Constituição Federal.

---

[2] SANCHES, Patrícia Corrêa. Mudança de nome e da identidade de gênero. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 433.

[3] PRINCÍPIOS de Yogyakarta. Disponível em: < http://www.clam.org.br/pdf/principios_de_yogyakarta.pdf >. Acesso em 13 mar. 2013.

[4] PIAZZETA, Naele Ochoa. *O princípio da igualdade no direito penal brasileiro:* uma abordagem de gênero. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 17.

[5] SAFIOTI, Heleieth. *Gênero, patriarcado, violência*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2007, p.81.

Por fim, cada indivíduo é único e as diferenças não devem ficar aprisionadas em padrões preestabelecidos, e sim serem vividas a partir da singularidade de cada um.

3 DA IDENTIDADE DE GÊNERO NO AMBITO FAMILIAR.

O ser humano ao nascer torna-se parte integrante de uma entidade natural: a família. Em regra, durante toda a sua existência, conserva-se ligado ao núcleo famíliar. Uma sociedade composta por famílias que são constituídas por afeto onde prevalece o princípio da dignidade da pessoa humana, o exercício da paternidade responsável e o respeito, tornam a sociedade do qual fazem parte mais fortalecida e bem estruturada.

Segundo Hegel:

> [...] a família determina-se pela sensibilidade de que é una pelo amor, de tal modo que a disposição de espírito correspondente é a consciência em si e para si e de nela existir como membro, não como pessoa para si. [6]

Logo, é na família que os indivíduos se reconhecem como pessoa, e vivenciam as primeiras experiências positivas e negativas.

Para o psicanalista Jacques Lacan:

> [...] a família desempenha um papel primordial na transmissão da cultura. Se as tradições espirituais, a manutenção dos ritos e dos costumes, a conservação das técnicas e do patrimônio são com ela disputados por outros grupos sociais, a família prevalece na primeira educação, na repressão dos instintos. Ela estabelece desse modo, entre as gerações, uma continuidade psíquica cuja causalidade é a ordem mental[7].

Ressalte-se, que se o indivíduo não for reconhecido no seio familiar por não se enquadrar no padrão social heteronormativo, provavelmente ele será excluído também do meio social em que vive, ou se sentirá excluído.[8]

Em se tratando de transgêneros (transexuais e travestis), o reconhecimento se torna mais difícil em qualquer âmbito, uma vez que são marginalizados e acabam por viver fora do círculo social, não lhes sendo conferidas as mesmas oportunidades.

---

[6] HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich . *Princípios da Filosofia do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003 p. 149.
[7] LACAN, Jacques. *Os complexos Familiares***.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 1985, p. 13.
[8] JESUS, Jaqueline Gomes de. *Orientação sobre população transgênero*: concêitos e termos. Brasílias: Autor, 2012.

Assim, o desenvolvimento da personalidade do membro familiar que é excluido por ter uma identidade de gênero que não corresponde a do seu sexo biológico é prejudicada fazendo com que não haja o reconhecimento daquele enquanto pessoa.

Saliente-se que a sexualidade humana tem que deixar de ser um *tabu*, uma vez que é algo natural e inerente a qualquer ser humano, assim como a identidade de gênero, realidades que não podem ser desprezadas, tornando pessoas vitimizadas que não se enquadram na heteronormatividade.

Para Simone de Beauvoir o fenômeno da exclusão vitimiza qualquer indivíduo que se encontra em um grupo inferiorizado, ainda que tal agressão ocorra dentro do seio familiar, mencionando que:

> [...] quando um individuo ou um grupo de indivíduos é mantido numa situação de inferioridade, ele é de fato inferior; mas é sobre o alcance da palavra *ser* que precisamos entender-nos; a má-fé consiste em dar-lhe um valor substancial quando tem o sentido dinâmico hegeliano; *ser* é ter-se tornado, é ter sido feito tal qual como se manifesta; o problema consiste em saber se esse estado de inferioridade, bem como o tratamento dado deve perpetuar-se[9].

Tem-se ainda que o princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito do direito de família traz como instrumento o respeito à personalização do homem e de sua família, todavia o transgênero pertence a uma família, e esta deve tratá-lo com dignidade.

"Quando se trata da proteção da dignidade do ser humano, não pode-se admitir tergiversação. A dignidade do ser humano exige proteção máxima, inegociável,[10]" logo qualquer que seja a identidade de gênero de uma pessoa, ela não estará desprovida de dignidade.

A personalidade também é um atributo que é inerente ao ser humano, que o identifica e o individualiza. Cada atributo (nome, sexo, identidade de gênero, imagem, orientação afetiva sexual, educação, cultura, etc.) do indivíduo corresponde a um direito, e, por esse motivo, suas particularidades não são elencadas em rol taxativo, estando algumas regulamentadas, outras descobertas conforme violadas.

Pode-se afirmar que toda vez que houver um desrespeito em relação à identidade de gênero de uma pessoa, os direitos da personalidade desta são violados e consequentemente a sua dignidade é afrontada.

---

[9] BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980, p. 54.

[10] ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial a tutela da dignidade da pessoa humana. *Revista de direito privado*, São Paulo, n.24, out.- dez. 2005, p. 29.

Desta forma, a exclusão do convívio familiar sofrida pelos trangêneros, compromete a integridade psíquica, viola um direito da personalidade e a dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, a família pode ser vista como um instrumento[11] de exclusão social, de violência e abuso psicológico.

Acerca do tema Renato Vasconcelos Magalhães assevera:

> A família, longe de ser aquele lugar seguro dos românticos, constitui o espaço onde mais ocorrem crimes na sociedade, sejam perpetrados contra os jovens e as crianças, sejam contra os idosos ou as mulheres, sendo perpetrada ainda com maior intensidade quando os filhos tem uma orientação sexual diversa da heterossexual[12].

Por fim, a familia que deveria ser um reduto de afeto, bem como de reconhecimento das diferenças dos membros que a compõe, estigmatizam os trangêneros em nome de uma falsa moralidade e igualdade social, desrespeitando os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade.

4 DA IDENTIDADE DE GÊNERO E DA TEORIA DO RECONHECIMENTO.

A identidade de gênero é parte integrante e fundamental da sexualidade humana e a familía tem um papel essencial na sua formação. Aquela compreende também o reconhecimento do *self*,[13] no direito e na sociedade.

Hegel construiu a teoria do reconhecimento com fundamento no conceito de luta social, inovador para sua época, criticando o modelo Hobbesiano de estado de natureza, evidenciando assim o conflito prático entre os sujeitos, proporcionando um movimento ético no contexto da sociedade.[14]

O esquema abaixo traz as formas de reconhecimento elaboradas pelo autor acima citado.[15]

---

[11] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias***.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 39.

[12] MAGALHÃES, Renato Vasconcelos. As escusas absolutórias do código penal e os crimes patrimoniais de gênero a proteção da nova ordem jurídica aos direitos humanos das Mulheres. In: *Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI* realizado em Florianópolis - SC nos dias 13, 14, 15 e 16 de Outubro de 2010, p. 1371-1387. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/florianopolis/Integra.pdf>, acessado em 15 de out. 2012.

[13] *Self* é a manifestação do EU, multifacetário. Todo o indivíduo depende do reconhecimento intersubjetivo para se auto-realizar. Na arqueologia filosófica, o autor demonstra como o mundo ocidental construiu uma "noção multiefacetada do *Self*" (TAYLOR, Chales., *As fontes do self.* São Paulo: Loyola, 1997.).

[14] HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. Luiz Repa. São Paulo: 34, 2003. p. 12 e seq.

[15] Ibidem, p. 60.

Objeto de Reconhecimento / Modo de reconhecimento	Indivíduo (carências concretas)	Pessoa (autonomia formal)	Sujeito (particularidade individual)
Intuição (afetivo)	Família (amor)		
Conceito (cognitivo)		Sociedade civil (direito)	
Intuição intelectual (afeto que se tornou racional)			Estado (Solidariedade)

Essa teoria foi criada com o intuito de responder o que leva o indivíduo a viver em sociedade e qual o papel que o mesmo desempenha, dentre outros questionamentos.

Ressalte-se que a primeira fase de reconhecimento ocorre no campo afetivo, na fase da infância, onde o indivíduo começa a construir o *self*, de forma singular e única, na vida familiar.

Acerca do tema Axel Honneth assevera:

> ‘Cada um é igual ao outro justamente aí onde está oposto a ele; ou o outro, por aquilo que lhe é outro, é ele mesmo’. Mas essa experiência recíproca do saber-se-no-outro só se desenvolve até chegar a uma relação de amor real na medida em que é capaz de tornar-se um conhecimento das duas partes, intersubjetivamente partilhado; pois só quando todo sujeito vem a saber de seu defrontante que ele ‘igualmente se sabe em seu outro’ e ‘para mim’. Para designar essa relação mutua de reconhecer-se-no-outro, Hegel emprega [...] o conceito de ‘reconhecimento’: na relação amorosa, escreve ele em uma nota marginal, é o ‘si não cultivado, natural’, que é ‘reconhecido’”.[16]

A partir da autonomia formal congnitiva que ocorre no seio familiar o indivíduo busca o reconhecimento no âmbito do direito enquanto pessoa, sujeito de direito.

Ao discorrer acerca do tema Axel Honneth afirma:

> [...] o direito representa uma relação de reconhecimento recíproco através da qual cada pessoa experiência, como portador das mesmas pretensões, o mesmo respeito, ela não pode servir justamente como um *médium* de respeito da biografia particular de cada indivíduo; pelo contrário, uma tal forma de reconhecimento, de certo modo individualizada, pressupõe ainda, além da operação cognitiva do conhecimento, um elemento da participação emotiva que torna experienciável a vida do outro como uma tentativa arriscada de autorrealização individual.[17]

Tanto Honneth como Hegel, afirmam que o indivíduo é reconhecido pelo seu projeto

---

[16] HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003, p. 77.
[17] Ibidem, p. 105

de vida. Acrescente-se que para Hegel homens conscientes reconhecem as pessoas por seus méritos particulares. E quem reconhece esses feitos? A sociedade. O *Self* precisa dessa dimensão, isso é que dá sentido a vida.

Corrobora com este pensamento Axel Honneth, afirmando que:

> Um conceito de eticidade próprio da teoria do reconhecimento parte da premissa de que a integração social de uma coletividade política só pode ter êxito irrestrito na medida em que lhe correspondem, pelo lado dos membros da sociedade, hábitos culturais que têm a ver com a forma de seu relacionamento recíproco; daí os conceitos fundamentais com que são circunscritas as pressuposições de existência de uma tal formação da comunidade terem de ser talhados para as propriedades normativas das relações comunicativas; o conceito de "reconhecimento" representa para isso um meio especialmente apropriado porque torna distinguíveis de modo sistemático as formas de integração social, com vista ao modelo de respeito para com a outra pessoa nele contido.[18]

A partir do modelo de Hegel, Axel Honneth desenvolve uma nova estruturação das relações de reconhecimento, aplicando a teoria crítica. Instrumentaliza ainda, que a luta por reconhecimento é uma categoria fundamental de eticidade, em que cada indivíduo luta por si e consequentemente pelo outro.[19]

É a partir do desenvolvimento da teoria Hegeliana que Axel Honneth desenvolve a sua própria estrutura das relações sociais de reconhecimento[20]:

ESTRUTURA DAS RELAÇÕES SOCIAIS DE RECONHECIMENTO

Modos de reconhecimento	Dedicação emotiva	Respeito cognitivo	Estima social
Dimensões da personalidade	Natureza carencial e afetiva	Imputabilidade moral	Capacidade e propriedade
Formas de reconhecimento	Relações primárias (amor, amizade)	Relações Jurídicas (direitos)	Comunidade de valores (solidariedade)
Potencial evolutivo		Generalização, Materialização	Individualização, igualização
Autorelação prática	Autoconfiança	Autorrespeito	Autoestima
Formas de desrespeito	Maus-tratos e violação	Privação de direitos e exclusão	Degradação e ofensa
Componentes ameaçados da personalidade	Integridade física	Integridade Social	"Honra", dignidade

[18] HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003, p. 108.
[19] Ibidem, p. 12 e seq.
[20] Ibidem, p. 211.

Quando se analisa os diversos modos de reconhecimento, torna-se evidente que a gramática dos conflitos sociais é uma luta por reconhecimento, desde a dedicação emotiva, passando pela autorrelação, pelas formas de desrespeito e por fim chegando aos componentes ameaçados da personalidade. Essas estruturas demonstram que o sujeito busca evoluir em toda a sua jornada, ainda que haja no fim desta trajetória a privação de direitos.[21]

No sentido cognitivo, os direitos são pretensões individuais que serão satisfeitos por outrem na coletividade.[22] Observa ainda Honneth que a dignidade está interligada ao direito, e este por sua vez com o reconhecimento, permitindo que o indivíduo alcance o *status* de membro da sociedade.

Ressalte-se que são as garantias constitucionais (a liberdade, a igualdade e a dignidade da pessoa humana) que asseguram o reconhecimento de cada indivíduo em sociedade, permitindo assim o livre exercício da identidade de gênero.

Por fim, observa-se que a teoria do reconhecimento de Hegel permitiu reconhecer que a identidade de gênero consiste em um dos direitos da personalidade, que se fudamentam nas garantias constitucionais de liberdade, de igualdade e de dignidade da pessoas humana.

5 DAS GARANTIAS CONTITUCIONAIS E DA IDENTIDADE DE GÊNERO.

As garantias constitucionais de liberdade e igualdade previstas no art. 5º da Constituição Federal de 1988[23] e o fundamento do Estado democrático de Direito tutelado no art. 1º, inciso III[24], a dignidade da pessoa humana, integram o rol dos direitos fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro.

---

[21] CARDIN, Valéria Silva Galdino; GOMES, Luiz Geraldo do Carmo. Da livre orientação sexual como um direito da personalidade por intermédio da teoria do reconhecimento de Axel Honneth. In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; LOIS, Cecilia Caballero; MARQUES, Gabriel Lima (Orgs). *Democracia e Jurisdição*: novas configurações brasileiras. Rio de Janeiro: Imo's Gráf. e Ed., 2013, p. 93-114.

[22] HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento:* a gramática moral dos conflitos sociais. Trad. Luiz Repa. São Paulo: 34, 2003, p. 137.

[23] Art. 5º Todos são igual perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes. (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em 27 mar. 2013).

[24] Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúbel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e termo como Fundamento:
III – A dignidade da pessoa humana; (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 27 mar. 2013).

O Estado Democrático de Direito é composto por leis e por valores que asseguram a efetivação dos seus direitos. Com a positivação dos princípios, a inserção dos direitos fundamentais, a Constituição Federal de 1988 provocou uma verdadeira revolução e o indivíduo passou a ser o centro do ordenamento jurídico.[25]

A Constituição Federal de 1988 é garantidora de direitos e o ser humano é o seu objeto de proteção, sendo o Estado o meio pelo qual se efetiva esses direitos.

O direito fundamental ao tratamento igualitário prevê que todos os cidadãos têm os mesmos direitos.

Segundo Alexandre de Moraes:

> O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio Poder Executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situação idêntica. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça e classe social.[26]

Saliente-se que o princípio da igualdade deve ser aplicado sem que haja nenhuma forma de vedação, muito menos à identidade de gênero.

O princípio da isonomia consiste em assegurar as pessoas os mesmos direitos e prerrogativas e segundo Rui Barbosa "tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que eles se desigualam".[27]

No que tange a identidade de gênero, os indivíduos que se reconhecem transgêneros (transexuais e travestis), não são tratados com igualdade pela família, pelo direito e pela sociedade em decorrência da sua condição e porque geram aversão e repugnância. No caso dos transexuais, porque há uma disforia entre o gênero e o sexo e em relação aos travestis uma discrepância do visual com o sexo biológico.

O direito deve ter a função social de promover a justiça e a inclusão social de qualquer indivíduo independentemente de sua identidade de gênero, privilegiando a dignidade da pessoa humana, contudo a heteronormatividade ao longo da história impôs um sistema binário de sexualidade humana, ignorando as demais manifestações da sexualidade humana.

---

[25] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 75.
[26] MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlatas, 2002, p. 65.
[27] BARBOSA, Rui. Oração aos moços. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1999, p. 26.

A liberdade é prerrogativa natural do ser humano. O homem nasce livre, embora disso não se dê conta até o momento em que sua consciência o faz experimentar a necessidade de exercê-la como único meio de realizar as funções primordiais da vida e o objetivo que cada um deve atingir como ser racional e espiritual.

Para John Looke:

> Todos os homens se acham naturalmente em estado de perfeita liberdade para ordenar-lhes às ações e regular-lhes as posses e as pessoas conforme acharem conveniente, dentro dos limites da lei da natureza, sem pedir permissão ou depender da vontade de qualquer outro homem."[28]

Para alcançar a justiça faz-se necessário garantir a liberdade ao ser humano e esta tarefa pertence ao direito.

A liberdade também integra o rol de direitos fundamentais e por sua vez é de suma importância para o reconhecimento da identidade de gênero. A livre expressão desta também é imprescindível para o desenvolvimento do ser humano e constitui a garantia para o resguardo das particularidades intrínsecas de cada pessoa e de sua personalidade.

Para Daniel Sarmento "os particulares são titulares de uma esfera de liberdade juridicamente protegida, que deriva do reconhecimento de sua dignidade." [29] Esse reconhecimento se pauta na dignidade da pessoa humana e faz com que os indivíduos transgêneros, bem como todos aqueles que não se enquadram na heteronorma estejam tutelados pelo direito fundamental à liberdade, sem restrições.

Segundo Marcelo Novelino:

> A noção de liberdade não deve ser associada à arbitrariedade, mas sim à idéia de responsabilidade, que serve como limite ao seu exercício. (...) A concepção formal considera a liberdade como um valor em si, caracterizada como um direito a que o Estado não impeça ação e omissões (...) e uma permissão para fazer ou não fazer o que quiser...[30]

A identidade de gênero é uma liberdade de se portar ou expressar o gênero que melhor couber, ou seja, esse direito de exercer a liberdade de gênero, constitui na garantia constitucional de uma dignidade humana. Impor caracteres de um gênero que não representa o indivíduo é violar um direito da personalidade.

---

[28] LOCKE, John. *Os pensadores*: segundo tratado sobre o governo. São Paulo, Abril, 1978, p. 35.
[29] SARMENTO, Daniel. *Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006, p. 225.
[30] NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Método, 2008, p. 296.

Todavia, a identidade de gênero pode ser mais complexa quando envolver os transgêneros, como por exemplo, os transexuais, em que não bastará apenas a troca da roupagem, mais a readequação sexual, a alteração de prenome, bem como os documentos.

Para Tereza Rodrigues Vieira:

> O transexual se considera membro do sexo oposto, entalhado com o aparelho sexual errado, o qual quer ardentemente erradicar. O transexual masculino tem ego corporal e psíquico femininos. O transexual feminino é, evidentemente, o contrário.[31]

É com base na disforia do gênero com o sexo biológico que os transexuais tem o direito de exercer a liberdade da mudança do gênero nos registros legais, bem como a alteração do prenome.

Se o fim do direito é o ser humano, não há porque violar os direitos da personalidade do transexual lhe negando o reconhecimento por meio da readequação sexual e o reconhecimento das consequências desta no ordenamento jurídico.

O que foi exposto acima fundamenta-se na garantia constitucional da dignidade da pessoa humana. Desta forma, esta significa não só o reconhecimento do valor do homem em sua dimensão de liberdade, como também de que o próprio Estado se constrói com base nesse princípio.[32]

É por intermédio da dignidade da pessoa humana, que o Estado democrático de direito sustenta os princípios da liberdade e da igualdade, tratando todos de forma equânime e próximos do ideal de justiça.

Para Ingo Wolfgang Sarlet a dignidade é:

> Qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.[33]

A dignidade da pessoa humana, além de ser uma garantia é um princípio e um direito fundamental e segundo Flávia Piovesan:

---

[31] VIERIA, Tereza Rodrigues. *Nome e sexo*: mudanças no registro civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 159.
[32] CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 355.
[33] SARLET, Wolfgang Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 62.

> Todo ser humano tem uma dignidade que lhe é inerente, sendo incondicionada, não dependendo de qualquer outro critério, senão ser humano. O valor da dignidade humana se projeta, assim, por todo o sistema internacional de proteção. Todos os tratados internacionais, ainda que assumam a roupagem do Positivismo Jurídico, incorporam o valor da dignidade humana.[34]

Todo o ser humano independentemente de sua identidade de gênero possui dignidade humana, é intrínseca a sua condição, enquanto sujeito de direito.

O papel das instituições sociais é reconher o indivíduo e inclui-lo segundo a teoria do reconhecimento hegeliana, onde aquele é a força motriz da sociedade. Acrescente-se que o indivíduo sempre luta pelo reconhecimento e o Estado deve assegurar os direitos e as garantias constitucionais para que seus membros possam exercer o papel social que lhes são destinados.

Por fim, as garantias constitucionais fundamentam o livre exercício da identidade de gênero, tornando o indivíduo que não se enquadra no padrão social heteronormativo igual em direitos e deveres, possibilitando assim a liberdade de expressão do gênero em suas mais variadas manifestações, tanto estéticas, como culturais e sociais, garantindo assim a dignidade da pessoa humana à esses indivíduos que não se reconhecem inclusos na sociedade, mas sim em processo de reconhecimento, seja no seio familiar, no direito e até mesmo na sociedade.

6 CONCLUSÃO

O tema que foi abordado nesta pesquisa é de fundamental importância, uma vez que tratou do livre exercício da identidade de gênero, principalmente dos transgêneros, que são excluídos do seio familiar, do direito e da sociedade.

A identidade de gênero pode ser definida como a imposição inconsciente da sociedade em determinar que aquele que nasceu com vagina será mulher, e aquele que possuir pênis será homem.

Pode-se afirmar ainda que essa construção é fiscalizada pela família, pela igreja, pela escola, pela sociedade ao longo do desenvolvimento da criança.

---

[34] PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos Princípios Constitucionais*: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 188.

Caso a criança e ou adolescente não se enquadre nesse padrão será tratado de forma diferente, sofrendo abusos psíquicos e físicos a partir do núcleo familiar, onde deveria prevalecer o exercício da paternidade responsável e o respeito as diferenças, se estendendo na escola, na igreja e na sociedade.

Se o indivíduo não for reconhecido no âmbito familiar, apesar de suas diferenças, por não se enquadrar no padrão social heteronormativo, com certeza será excluído do meio social em que vive, havendo uma violação dos direitos da personalidade e consequentemente das garantias constitucionais.

A identidade de gênero é parte integrante e fundamental da sexualidade humana, e a família tem um papel essencial na sua formação. Acrescente-se que aquela compreende o reconhecimento do *self*, no direito e na sociedade.

A teoria do reconhecimento de Hegel, ampliada posteriormente por Honneth é impressindível para análise do reconhecimento do indivíduo na família, no direito e na sociedade. E permitiu reconhecer também que a identidade de gênero é um direito da personalidade, que se fundamenta nas garantias constitucionais de liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana.

A atual Constituição Federal é garantidora de direitos e prevê tratamento igualitário a todos os cidadãos, independente da identidade de gênero. Mas os indivíduos que se reconhecem transgêneros (transexuais e travestis), não são tratados com igualdade em decorrência de sua condição e porque geram aversão e repugnância. No caso dos transexuais, porque há uma disforia entre o gênero e o sexo, e em relação aos travestis uma discrepância do visual com o sexo biológico.

A liberdade também é de suma importância para o reconhecimento da identidade de gênero. A livre expressão desta é imprescindível para o desenvolvimento do ser humano e constitui a garantia para o resguardo das particularidades intrínsecas da personalidade de cada pessoa. Portanto impor caracteres de um gênero que não representa o indivíduo é violar vários direitos da personalidade, tais como: o nome, a imagem, a integridade física e psíquica, etc.

Quando não se respeita a identidade de gênero também se viola a dignidade da pessoa humana, já que esta assegura que nenhum indivíduo pode sofrer um tratamento degradante e desumado.

Concluí-se, portanto que as garantias constitucionais exercem um papel fundamental para assegurar o livre exercício da identidade de gênero, propiciando ao indivíduo que não se enquadra no padrão social heteronormativo direitos, liberdade de expressão, inclusão e reconhecimento.

7 REFERÊNCIAS

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial a tutela da dignidade da pessoa humana. *Revista de direito privado,* São Paulo, n.24, out.- dez. 2005.

BARBOSA, Rui. Oração aos moços. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1999.

BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em 27 mar. 2013).

BUTLER, Judith. *Problemas de gênero.* Feminismo e subversão da identidade. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; GOMES, Luiz Geraldo do Carmo. Da livre orientação sexual como um direito da personalidade por intermédio da teoria do reconhecimento de Axel Honneth. In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; LOIS, Cecilia Caballero; MARQUES, Gabriel Lima (Orgs). *Democracia e Jurisdição*: novas configurações brasileiras. Rio de Janeiro: Imo's Gráf. e Ed., 2013, p. 93-114.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias***.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich . *Princípios da Filosofia do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. Luiz Repa. São Paulo: 34, 2003.

JESUS, Jaqueline Gomes de. *Orientação sobre população transgênero*: concêitos e termos. Brasílias: Autor, 2012.

LACAN, Jacques. *Os complexos Familiares***.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 1985.

LOCKE, John. *Os pensadores*: segundo tratado sobre o governo. São Paulo, Abril, 1978.

MAGALHÃES, Renato Vasconcelos. As escusas absolutórias do código penal e os crimes patrimoniais de gênero a proteção da nova ordem jurídica aos direitos humanos das Mulheres. In: *Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI* realizado em Florianópolis - SC nos dias 13, 14, 15 e 16 de Outubro de 2010, p. 1371-1387. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/florianopolis/Integra.pdf>, acessado em 15 de out. 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlatas, 2002.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

PIAZZETA, Naele Ochoa. *O princípio da igualdade no direito penal brasileiro:* uma abordagem de gênero. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2001.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos Princípios Constitucionais*: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003.

PRINCÍPIOS de Yogyakarta. Disponível em: < http://www.clam.org.br/pdf/principios_de_yogyakarta.pdf >. Acesso em 13 mar. 2013.

SAFIOTI, Heleieth. *Gênero, patriarcado, violência*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2007.

SANCHES, Patrícia Corrêa. Mudança de nome e da identidade de gênero. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Wolfgang Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARMENTO, Daniel. *Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

TAYLOR, Chales., *As fontes do self.* São Paulo: Loyola, 1997.

VIERIA, Tereza Rodrigues. *Nome e sexo*: mudanças no registro civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.