

A CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE PELA ARTICULAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA IGUALDADE E DA LIBERDADE: EXPRESSÃO DO DIREITO GERAL DE PERSONALIDADE

IDENTITY-BUILDING THROUGH THE ARTICULATION OF THE HUMAN DIGNITY, EQUALITY AND FREEDOM PRINCIPLES: THE EXPRESSION OF THE GENERAL RIGHT TO PERSONALITY

JOYCEANE BEZERRA DE MENEZES¹
CAMILA FIGUEIREDO OLIVEIRA GONÇALVES²

RESUMO: Trata da identidade como aspecto da personalidade protegida pela cláusula geral de tutela que se espalha pela ordem civilista com a influência dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade. Adota uma metodologia de abordagem qualitativa, mediante pesquisa bibliográfica de análise doutrinária e documental. Enfoca, porém, a dissonância entre a identidade do sujeito pós-moderno e a ideia de identidade adotada pelo Código Civil Brasileiro. Observa-se que a identidade pautada a partir de uma essência imutável, tal qual conceberam os iluministas e adotaram as codificações oitocentistas, diverge da identidade plástica, experiência da pós-modernidade ou da modernidade reflexiva. Atenta-se ainda que, a par da concepção superada de identidade presente no Código Civil, os tribunais têm avançado para reconhecer a identidade cambiante do sujeito atual.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à Identidade; Direito de Personalidade; Experiência dos Tribunais.

Artigo recebido em 24.04.2012. Pareceres emitidos em 11.06.2012 e 27.08.2012.

Artigo aceito para publicação em 19.11.2012.

¹ Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Professora Adjunto do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado/Doutorado em Direito da Universidade de Fortaleza – UNIFOR, Ceará, onde ministra a disciplina de *Direito de Personalidade*. Professora Adjunto da Universidade Federal do Ceará. joyceanebezerra@hotmail.com

² Mestranda em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará – UFC. Membro do Grupo de Pesquisa de Direito Constitucional nas Relações Privadas da Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Bolsista da Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico – FUNCAP. goncalves_camila@hotmail.com

ABSTRACT: The work treats identity as an aspect of personality sheltered by a general clause of protection that extends its influence to the whole civilist order, using the constitutional principles of human dignity, equality and liberty. A qualitative methodology is adopted through bibliographical research of documents and analyses of doctrine. The focus is, however, the dissonance between the individual identity in a post-modern perspective and the notion of identity adopted by the Brazilian Civil Code. The identity based in an immutable essence, in the way of the iluminism and the eighteenth century codes, differs from the plastic identity which is an experience of post-modernity or reflexive modernity. Besides, the work deals with the fact that the courts, overcoming the conception of identity of our Civil Code, have progressed in the recognition of the changing identity of the individual today.

KEYWORDS: Right to Identity; Personality Rights; Courts Experience.

SUMÁRIO: Introdução; 1. A Identidade na Pós-modernidade e a Cláusula Geral de Tutela da Pessoa; 2. A Releitura dos Dispositivos Civilistas para Defesa da Pessoa Humana de Identidade Cambiante e Fragmentada; 3. Fragmentos Jurisprudenciais: os passos dos Tribunais em favor da construção da identidade; Conclusão; Referências.

SUMMARY: Introduction; 1. The Identity in Post-modernity and the Person's Tutelage General Clause; 2. The Rereading of Civilists Devices to the Defense of the Human Person with a Changing and Fragmented Identity; 3. Jurisprudential Fragments: the Courts' steps in favor of the identity's construction; Conclusion; References.

INTRODUÇÃO

A identidade é atributo inerente à pessoa humana, razão pela qual importa diretamente aos direitos da personalidade. No entanto, duas questões dificultam o estudo do tema: a primeira é a definição de marcos conceituais aptos a esclarecer o que seja identidade; e a segunda, diz respeito ao delineamento dessa identidade no plano jurídico, ou seja, como se dá sua efetiva proteção jurídica.

Já se pode antecipar que a tutela civilista dessa identidade ainda preserva os rubores iluministas, apostando na abstrata figura do *sujeito de direito* com marcas definidoras e precisas como nome, sexo, nacionalidade, estado civil, filiação, preferindo a aplicação desses elementos *a priori* tidos por estanques. Todavia, é certo que a identidade está para além desses dados, diante do constante processo de modificação do homem em sua vida social. Em vista do direito à autodeterminação, produto da articulação dos princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade, o individuo constrói sua identidade do nascimento à morte. Não sem razão a célebre frase atribuída ao filósofo grego Heráclito: *ninguém se banha duas vezes no mesmo rio*.

Para Stuart Hall,³ há três concepções diferentes de identidade que emergem em épocas distintas da nossa história recente. No Iluminismo,

³ *A Identidade Cultural na Pós-modernidade*. Trad. Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2011, p. 13.

preferia-se uma identidade centrada em um núcleo essencial e imutável, sendo o homem igual durante toda sua existência. Talvez essa ainda seja a concepção do Código Civil Brasileiro. Porém, essa noção de sujeito perdeu importância ante a chamada identidade sociológica, em cuja construção se percebe a franca influência das relações intersubjetivas, culturais e ainda pertinentes aos elementos históricos na formação identitária da pessoa. O sujeito sociológico desenvolve-se a partir de sua essência em constante diálogo com o outro, sendo a alteridade um importante marco na construção da identidade. O sujeito pós-moderno, por sua vez, subverte uma e outra concepção. Sua identidade é plástica, fragmentada e sem qualquer referência a um núcleo essencial. Há elementos cambiantes historicamente construídos que alteram a percepção de identidade imutável e permitem a emergência de um sujeito em perene construção.

Nestes termos, considerando o direito à autodeterminação e a liberdade geral, o sujeito, dotado de dignidade, pode ao longo da vida construir e reconstruir de sua identidade. Para o Direito, isso implicará na ruptura de conceitos essencialmente comprometidos com a ideologia iluminista que fundamentou as grandes codificações.

A temática da identidade chega aos tribunais mais recentemente nas discussões relativas aos casos correção da identidade sexual dos transexuais e quando se discute alteração do prenome e do designativo de gênero nos documentos oficiais, por exemplo. Adentra no campo do direito de família no plano da anulabilidade do casamento por erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge, nas ações tendentes a reconhecer filiação socioafetiva e ainda na aposição do nome de dois pais ou de duas mães nos documentos registrares da criança adotada ou procriada por métodos de reprodução assistida, na busca de uma identificação familiar.

Esses litígios que a cada dia ganham mais destaque no Judiciário não se confinam nos estreitos limites conceituais da identidade cunhada pelo pensamento iluminista expresso na legislação civil vigente. Mas, em função integradora, a doutrina e a jurisprudência têm contribuído para permitir que a identidade seja defendida e venha a ser construída sem percalços, apesar da aparente deficiência normativa. Aparente porque a principiologia constitucional viabiliza a tutela integral da pessoa.

Cabe ao presente artigo, abordar a identidade como um elemento cambiante da personalidade, a ser tutelado por uma cláusula geral de tutela da pessoa. Parte-se do pressuposto de que a pessoa escreve sua própria biografia a partir do exercício da liberdade, sendo esta um ser irrepetível, dotado de singularidade que transcende a qualquer categoria abstrata. Assim, a legislação civilista deve ser lida a partir da adequação aos valores que integram o sistema jurídico brasileiro.

Portanto, a abordagem civilista da identidade deve partir da articulação da tríade dignidade da pessoa humana, direito geral de liberdade e direito

fundamental de igualdade em vez de se limitar aos parâmetros superados das codificações oitocentistas. A partir da compreensão do Direito como um sistema jurídico teleológico, o próprio aplicador do Direito poderia (*rectius*, deveria) preterir a interpretação literal das regras civilistas e optar por uma interpretação conforme os princípios constitucionais e as cláusulas gerais, fazendo uso dos postulados da unidade e adequação. É considerável já o número de decisões jurisprudenciais pátrias, inclusive dos tribunais superiores, que seguem esta orientação.

Para a análise do problema posto em foco, adota-se uma metodologia qualitativa lastreada na pesquisa bibliográfica e documental. O desenvolvimento se consolida em duas partes: a identidade na pós-modernidade e sua tutela pela cláusula geral da pessoa e a releitura dos dispositivos civilistas para adequação à pessoa humana de identidade cambiante e fragmentada. Ao longo dessa abordagem, serão analisadas as decisões jurisdicionais mais emblemáticas que enfrentaram o problema.

1. A IDENTIDADE NA PÓS-MODERNIDADE E A CLÁUSULA GERAL DE TUTELA DA PESSOA

A identidade vem ganhando largo espaço nas discussões jurídicas. Isso porque o direito à identidade pessoal importa aos direitos da personalidade porquanto evidencia de forma expressiva a autodeterminação ético-existencial. Segundo Oliveira,⁴ a autonomia ético-existencial corresponde ao “conjunto de princípios materiais em que se enunciam as condições concretas da dignidade da pessoa humana”. A identidade representa a expressão objetiva e exterior da dignidade humana, constituindo meio instrumental pelo qual o indivíduo se afirma como pessoa, ao dizer e ser reconhecido como um sujeito autônomo.⁵

Adriano de Cupis⁶ assevera que o indivíduo como unidade de vida social e jurídica precisa afirmar a sua individualidade de modo a distinguir-se dos demais.⁷

⁴ *O Direito Geral de Personalidade e a Solução do Dissentimento*. Ensaio sobre um caso de constitucionalização do Direito Civil. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 96.

⁵ CHOERI, Raul Cleber da Silva. *O Conceito de Identidade e a Redesignação Sexual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 27.

⁶ *Os Direitos de Personalidade*. 2. ed., São Paulo: Quorum, 2008, p. 179.

⁷ Capelo de Sousa, ao tratar da identidade como direito de personalidade, afirma que: “Nas relações consigo mesmo, com os outros homens, com a Natureza e com Deus, ou pelo menos com a ideia d’Ele, cada homem é um ser em si mesmo e só igual a si mesmo. Com efeito, apesar de todas as modificações do seu ciclo vital e da autonomia na assunção de suas finalidades, ele é portador de uma unidade diferenciada, original e irrepetível, oponível externamente, na qual se aglutinam, se complementam e se projectam, identificando-se, todos os seus múltiplos elementos e expressões. Esta dinâmica estruturante de aglutinação, de coesão e de unidade do ser humano faz com que este se sinta bem na sua pele somático-psíquica e social e que rejeite como desintegração de si mesmo a manipulação, a desfocagem, a contrafacção ou a utilização heterónoma dos seus elementos físicos e morais. Tal identidade atinge o seu mais eminente valor como qualidade humana quando cada indivíduo humano, aceitando-se tal qual é, conhecendo-se e amando-se a si mesmo, assume a sua identidade, particularmente como trampolim de harmonia e afirmação pessoal e como repositório de forças com vista ao desenvolvimento próprio, ao amor

O bem que satisfaz essa necessidade é o da identidade, o qual consiste, precisamente, no distinguir-se das outras pessoas nas relações sociais. Poderia ser colocada a questão de saber se tal bem deve preceder na hierarquia dos modos de ser morais da pessoa, os bens da honra e resguardo, mas não sofre dúvida a sua grande importância, pois o homem atribui grande valor, não somente ao afirmar-se como pessoa, mas como uma certa pessoa, evitando a confusão com os outros.

Na pós-modernidade, o homem conquistou grande autonomia para amoldar sua identidade. A racionalidade e seu apetite pelo novo⁸ o impulsionaram a refletir sobre a modernidade, trazendo a derrocada dos tradicionais limites sociais, políticos e jurídicos que o reprimiam. A quebra da tradição, apesar da ampliação do espaço da liberdade, trouxe efeito reflexo: a perda das certezas. A ruptura com os conceitos socialmente difundidos de classe, sexo, gênero, etnia e nacionalidade pôs em cheque o sentimento de segurança, inclusive jurídica. A marca da contemporaneidade é a dúvida e a insegurança. Refletindo sobre essas incertezas, Bauman⁹ suscita o seguinte questionamento: “a libertação é uma benção ou uma maldição?”

Isso porque diversamente das codificações oitocentistas que fixavam critérios objetivos e simplórios para definir o sujeito abstrato, presentemente há uma infinidade de possibilidades conceituais do que viria a ser a *identidade do homem pós-moderno*. Não raro, houve-se falar em crise de identidade.¹⁰ Mas, afinal, o que é identidade?

Para Stuart Hall,¹¹ há três concepções de identidades. O sujeito do Iluminismo teria sua identidade formatada numa perspectiva individualista. O *eu* seria o ponto de partida e de chegada na formação da individualidade, pois se creditava ao homem centralidade, unicidade e perenidade. Já a concepção sociológica baseava-se na interatividade, tendo o outro papel definidor na formação da identidade. Da interlocução entre o mundo interior e exterior, numa união do sujeito e da estrutura, o indivíduo sociológico se definia. Afastando-se de uma e outra concepção, o sujeito da modernidade reflexiva tem uma identidade descontínua. A sua identidade é construída e reconstruída na caminhada, na interação que o sujeito realiza durante o ciclo vital. Sua identidade “é definida historicamente, e não biologicamente”.

pelos outros e ao progresso social. O bem da identidade reside, assim, na própria ligação de correspondência ou identidade do homem consigo mesmo e está pois ligado a profundas necessidades humanas, a ponto de o teor da convivência humana depender de sua salvaguarda em termos de plena reciprocidade”. (*O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 244-245).

⁸ GIDDENS, Anthony. *As Conseqüências da Modernidade*. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991, p. 39.

⁹ *Modernidade Líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001, p. 26.

¹⁰ Hall em alusão à Kobena Mercer: “a identidade somente se torna uma questão quando está em crise, quando algo que se supõe como fixo, coerente e estável é deslocado pela experiência da dúvida e da incerteza”. (*Op. cit.*, p. 9)

¹¹ *Ibidem*, p. 13.

Portanto, o sujeito pode assumir identidades distintas em momentos diferentes de sua vida, sem a pretensão de sequer manter uma coerência linear. Essa noção compreende que dentro de cada um “há identidades contraditórias, empurrando em diferentes direções, de tal modo que nossas identificações estão sendo continuamente deslocadas”.¹²

No mesmo sentido, Bauman¹³ afirma que a noção de pertencimento e de identidade não tem solidez de pedra, tampouco são fixas e permanentes durante toda vida. Ao contrário, afirma que a formação da identidade é volátil, dependendo de uma série de negociações e decisões do próprio indivíduo. Os caminhos percorridos e o agir seriam fatores cruciais para formação da pessoa. Para ele,¹⁴ “a idéia de ‘ter uma identidade’ não vai ocorrer às pessoas enquanto o ‘pertencimento’ continuar sendo o seu destino, uma condição sem alternativa. Só começarão a ter essa idéia na forma de uma tarefa a ser realizada, e realizada vezes e vezes sem conta, e não de uma só tacada”.

Dito isso, não há como negar que, além daquilo que é inato e fixo, até mesmo por certo determinismo biológico, a identidade se edifica pela própria vivência. O homem é um misto de caracteres imutáveis e mutáveis. É do contínuo confronto e comunicação consigo e com o outro que se constrói a subjetividade. Tratando tensão entre os aspectos estáveis e dinâmicos da identidade, Raul Choeri¹⁵ afirma que:

Pode-se, assim, conceber duas dimensões coexistentes na unidade e na complexidade da identidade: uma de característica estável outra de natureza dinâmica. Dependendo do enfoque que se utilize, expressões como identidade sexual, identidade biológica, identidade genética, identidade nacional, identidade racional, identidade étnica, identidade cultural, são utilizadas para designar esses diferentes aspectos parciais que compõem a identidade em sua integralidade.

A representação jurídica dessa individualidade ordinariamente se aperfeiçoa através da atribuição de rótulos, como nome, estado civil, gênero, capacidade civil e nacionalidade. Mas essas e tantas outras facetas da identidade estão sujeitas a alterações, talvez impensáveis até um passado recente. Não sem razão, Ascensão descreve a pessoa muito mais como entidade ética do que biológica, pois pelo dinamismo de sua personalidade “o homem é um projecto a realizar”.¹⁶

Choeri¹⁷ apresenta o direito à identidade na perspectiva civil-constitucional como um processo de afirmação do ser, por intermédio do qual o sujeito

¹² *Idem.*

¹³ *Identidade*: entrevista a Benedetto Vecchi. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005, p. 17.

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ *O Direito à Identidade na Perspectiva Civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 163.

¹⁶ *Direito Civil*. Parte geral. Vol. 1, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 47.

¹⁷ *Op. cit.*, p. 244.

busca sua verdade pessoal. Na articulação do autor, verdade pessoal que se expressa objetiva e subjetivamente, sendo esta composta das características que o sujeito imputa a si mesmo, e aquela a identidade projetada na sociedade. E é exatamente quando se transforma a identidade que o Direito é desafiado. A grande questão em torno do tema é: como é possível defender o direito a identidade pessoal se o homem vive em constante mudança? Se até mesmo aquilo que se tinha por imutável, como o sexo, diante dos avanços da biomedicina é possível alterar, como o direito pode acompanhar a da personalidade humana? São aptos os instrumentos jurídicos hoje disponíveis a cumprir esse desiderato?

Sob a perspectiva do Direito Civil Constitucionalizado é possível extrair fundamento para defesa integral da pessoa, pois o homem concreto transborda o modelo construído pelas codificações oitocentistas. A personalidade necessita de tutela especial que se concretiza pelo reconhecimento de uma *cláusula geral de tutela da pessoa*.

A doutrina estrangeira, notadamente a italiana e a portuguesa, propaga a defesa do direito geral de personalidade em crítica a compreensão dos direitos de personalidade como direitos especiais tipificados em *numerus clausus*. A justificativa de direito geral de personalidade é que a tutela da pessoa não pode ficar adstrita aos casos previstos na legislação ordinária. Se assim fosse, mesmo no Brasil, o próprio direito à identidade, que inegavelmente é tradução da personalidade, ficaria desguarnecido por não apresentar artigo correspondente no capítulo de personalidade do Código Civil de 2002.

Esclarece Perlingieri¹⁸ que quando o objeto de tutela é a pessoa a perspectiva deve ser alterada, não podendo situações previstas em *fattispecie* concretas e isoladas indicarem o que merece ou não proteção. A personalidade, enquanto valor inerente à pessoa, merece amparo em todas as suas emanções.

A personalidade é, portanto, não um direito, mas um *valor* (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela. Tais situações subjetivas não assumem necessariamente a forma do direito subjetivo e não devem fazer perder de vista a unidade do valor envolvido. Não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas. A elasticidade torna-se instrumento para realizar formas de proteção também atípicas, fundadas no interesse à existência e no livre exercício da vida de relações.

No mesmo sentido, Capelo de Sousa, pugna pela tutela integral da pessoa. Relembra a unidade do ordenamento jurídico, articulando as soluções normativas de direito civil afinadas com a Constituição, para reafirmar que a

¹⁸ *Perfis do Direito Civil*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 155.

tutela é para defesa de cada homem em si, concretizado na sua específica realidade física e moral, o que envolve também a sua individualidade, notadamente o direito a ser diferente.¹⁹

A Constituição Federal de 1988 não fazer referência expressa à cláusula geral, mas a articulação entre os princípios constitucionais faz deduzir a presença dessa cláusula geral,²⁰ figurando a dignidade da pessoa humana como seu principal fundamento ao lado da liberdade e da igualdade. De sorte que em não sendo respeitada a autodeterminação, o livre desenvolvimento e a identidade, restará ineficaz a cláusula geral de tutela da pessoa, bem como esvaziado o conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana.²¹

Compreendida a proximidade entre o direito à identidade e os direitos de personalidade, objetos da cláusula geral de tutela da pessoa humana que se faz presente pela dignidade, liberdade e igualdade, é necessário que se conformem todos os dispositivos da legislação infraconstitucional ao sistema de valores presentes na constituição para que o processo identitário possa ocorrer livremente.

2. A RELEITURA DOS DISPOSITIVOS CIVILISTAS PARA DEFESA DA PESSOA HUMANA DE IDENTIDADE CAMBIANTE E FRAGMENTADA

Como já se advertiu, a construção da identidade não é algo linear e depende de uma série de fatores para se aperfeiçoar. O Direito é importante variável nesse processo na medida em que fornece meios para que se efetive o direito de *ser*. No entanto, a dogmática civilista isolada não é apta a tutelar a pessoa. Os estáticos contornos remanescentes das codificações oitocentistas não abarcam todas as *identidades* do homem atual.

No movimento de afirmação do ser, alguns elementos são essenciais para composição da identidade. Seguindo a classificação de Alex Mucchielli, Choeri²² traz os seguintes elementos: a importância do corpo, a necessidade de pertencimento a grupo ou segmento social, a consciência de unidade e coerência expressa pelas percepções que o sujeito tem de seu entorno, a temporalidade de sua existência percebida pelas etapas sucessivas de sua vida, o sentimento de diferença em dialética com o que se é, o valor que se tem sobre si, a autonomia refletida na liberdade, a vontade de confiar e a realização do projeto ético-existencial.

¹⁹ Concluindo, aduz Capelo de Sousa: “Poderemos definir positivamente o bem da personalidade humana juscivilisticamente tutelado como o real e o potencial físico e espiritual de cada homem em concreto, ou seja, o conjunto autônomo, unificado, dinâmico e evolutivo dos bens integrantes da sua materialidade física e do seu espírito reflexivo, sócio-ambientalmente integrados”. (*Op. cit.*, p. 116-117).

²⁰ TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro. In: *Temas de Direito Civil*. Tomo I. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 48.

²¹ MENEZES, Joyceane Bezerra de; OLIVEIRA, Cecília Barroso. O Direito à Orientação Sexual como Decorrente do Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade. *Novos Estudos Jurídicos*. Universidade Vale do Itajaí. Vol. 14, p. 113.

²² *Op. cit.*, p. 22.

É evidente a clivagem entre os elementos fundamentais à identidade e a dogmática civilista. Por exemplo, no caso dos direitos dos transexuais, não raro a veracidade registral torna-se um óbice à afirmação da identidade sexual, reflexo inarredável da autonomia. Em relação aos homossexuais, apenas recentemente houve o reconhecimento de direitos no campo da conjugalidade e da parentalidade, resvalando na previdência e sucessões, por exemplo. Em ambas as hipóteses, o fundamento de proteção foi extraído do contexto constitucional, sendo certo que se tais situações e tantas outras ficassem adstritas à seara do direito civil não conseguiriam defesa positiva.

Assim ocorre porque nas mais variadas sendas ainda há entraves, omissões ou mesmo simplificações legislativas a minar a concretude do projeto pessoal de cada um de formar sua subjetividade. E é sob essa *aparente* carência de regulamentação que o Judiciário por vezes fundamenta a impossibilidade de tutelar a pessoa. Aparente porque a principiologia constitucional e os direitos fundamentais dão suporte à defesa integral da pessoa.

A atenuação da fronteira entre o público e o privado, veio com a Constituição Federal de 1988 que elevou a dignidade da pessoa humana, o direito geral de liberdade e o direito fundamental à igualdade a fundamentos de toda ordem normativa. A juridicização desses valores garante a tutela integral da pessoa, inclusive no processo de construção de sua identidade, como uma finalidade do Estado e da sociedade.

Na qualidade de princípios constitucionais, esses valores importam para garantir a unidade e a adequação de todo o sistema jurídico.²³ O Direito, enquanto sistema axiológico, justifica-se especialmente pelo princípio da justiça e pela concretização do princípio da igualdade.²⁴ Pela interferência desses princípios, o sistema ganha coerência e unidade, deixando de se expressar apenas como um amontado de normas desconexas e contraditórias.

Corroborando esse pensamento unitário, Gustavo Tepedino,²⁵ fazendo menção ao pensamento de Perlingieri, afirma que a complexidade do sistema jurídico, expressa na pluralidade de fontes, identificada pela legislação, pelo contexto social e pela jurisprudência, não tem o condão de fragmentar o ordenamento. Este deve sempre ser observado de maneira unitária, servindo os princípios e a Constituição como elo de todas as fontes, pois “ou bem o ordenamento é uno ou não é ordenamento”.

²³ Nesse sentido, Luiz Antônio Rizzato Nunes afirma que os princípios constitucionais “são o ponto mais importante do sistema normativo. Eles são verdadeiras vigas mestras, alicerces sobre os quais se constrói o sistema jurídico [e, por isso] exercem função importantíssima dentro do ordenamento jurídico-positivo, uma vez que orientam, condicionam e iluminam a interpretação das normas jurídicas em geral. Os princípios, por sua qualidade normativa especial, dão coesão ao sistema jurídico, exercendo excepcionalmente fator aglutinante.” (*O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 37).

²⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 22.

²⁵ O Direito Civil-constitucional e suas Perspectivas Atuais. In: *Temas de Direito Civil*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 28.

O princípio da dignidade da pessoa humana desempenha destacado papel unificador.²⁶ Quando espraia seu conteúdo pelo direito civil, a dignidade humana consolida uma verdadeira cláusula geral de tutela nas relações existenciais, autorizando uma proteção para além dos limites formais do direito subjetivo. Essa compreensão distancia-se de qualquer acepção jusnaturalista e busca aplicar o direito a partir da máxima adequação dos princípios constitucionais, concebendo o direito como um sistema teleológico que se preocupa em transpor o valor primariamente legislado, pensando todas as suas consequências até ao fim, transpondo-o para casos comparáveis, na solução de contradições com outros valores já legislados ou mesmo derivadas do aparecimento de novos valores. Garantir a adequação formal é também tarefa do sistema teleológico, em total consonância com sua justificação a partir do princípio formal da igualdade.²⁷

As situações existenciais, portanto, não podem ser apreciadas apenas pela ótica das regras jurídicas, sem que se extraia delas a máxima adequação àqueles elevados valores constitucionais. A Constituição, enquanto expressão jurídica máxima dos valores sociais, ganha força normativa. Portanto, quando situações de fato se apresentarem distantes do preceituado pela norma constitucional, caberá ao aplicador do Direito garantir o “dever-ser” da norma tanto mais adequado à unidade do sistema, cuja proposta maior é a justiça e a igualdade.

O reconhecimento dessa força normativa da Constituição é fruto do constitucionalismo moderno que, apartado da lógica legalista dos positivistas e desapegado aos vagos fundamentos do jusnaturalismo, é mais comprometido com a reaproximação entre a ética humanista e o Direito articulada pelos direitos fundamentais e pelos princípios constitucionais.

Na afirmação da eficácia das normas constitucionais, perdendo elas o tom de meras normas programáticas, a jurisprudência tem especial importância. Caenegem,²⁸ sem desmerecer as demais fontes do Direito, destaca a vantagem da jurisprudência no processo de releitura do direito, pois, à medida que o magistrado é confrontado constantemente com realidade social por meio de novas demandas, é instado a desenvolver inovações teóricas para resolução de tais problemas. Essa “liberdade” da jurisprudência, no entanto, é condicionada à ordem de valores informada pelos os princípios propulsores da unidade e adequação do sistema jurídico teleológico.²⁹

²⁶ Para Sarlet, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana tem destacada importância na sistematicidade do ordenamento jurídico na medida em que funciona, simultaneamente, como o “elemento que confere unidade de sentido e legitimidade a uma determinada ordem constitucional” (*Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 79).

²⁷ Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit.*, p. 75-76.

²⁸ *Uma Introdução Histórica do Direito Privado*. Trad. Carlos Eduardo Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 177.

²⁹ Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit.*, p. 23.

Por outro viés, podem ser compreendidos os princípios constitucionais como espécie de norma dotada de eficácia e padrão nomogenéticos, vez que se caracterizam por fundamentar outras normas. Mas, na explicação de Canotilho³⁰: “os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos”.

A unidade e adequação do sistema jurídico importam especialmente ao direito à identidade pessoal. Uma vez que as regras jurídicas que tratam do assunto não acodem o sujeito pós-moderno, ser mutante na busca da realização de seu projeto de vida, urge a intromissão dos princípios constitucionais e direitos fundamentais para sua defesa. É, portanto, *conditio sine qua non* para que a identidade possa se desenvolver sem amarras legislativas que as regras civis se adéquem a ordem axiologicamente anunciada no corpo constitucional.

Nessa linha, deve a jurisprudência canalizar toda principiologia emergente da Constituição para resolução dos conflitos identitários. Somente com a adequação aos valores concebidos em sede de Constituição, que passou a ser centro de referência também do direito privado, é que será possível conferir tutela coerente às questões existenciais. A seguir, passa-se ao estudo de algumas decisões que cotejam essa perspectiva unitária do ordenamento.

3. FRAGMENTOS JURISPRUDENCIAIS: OS PASSOS DOS TRIBUNAIS EM FAVOR DA CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE

Com as transformações observadas no âmbito da identidade, bem como em atenção à propulsão dos princípios constitucionais e direitos fundamentais para defesa integral da pessoa humana, cada vez mais casos envolvendo algum aspecto da identidade chegam às cortes brasileiras. É certo que não há fórmula genérica a ser aplicada em todas as situações de violação à identidade, pois o “que se tutela, com o direito à identidade pessoal, é o direito de a pessoa ser retratada como se é, sem qualquer atribuição de fatos não verdadeiros”, residindo a dificuldade dessa defesa “na precisão do que seria a identidade de cada sujeito, para então se aferir se ela foi ou não violada”.³¹

Discussões sobre transexualismo, envolvendo a identidade sexual, no tocante à alteração do nome e do designativo de gênero nos documentos oficiais começam a surgir. No âmbito do direito de família, o embate gira em torno da anulabilidade do casamento por erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge. Em matéria de filiação, demandas propensas a reconhecer maternidade ou paternidade socioafetiva, bem como a possível aposição do nome de duas mães ou de dois pais nos documentos registrares da criança adotada ou procriada por métodos de reprodução assistida reacendem os debates. Essas situações esgarçam os conceitos das codificações, sendo

³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 1161.

³¹ CAMPOS, Ligia Fabris. *O Direito de ser si mesmo: a tutela da identidade pessoal no ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Dissertação de mestrado, Pontifícia Universidade Católica – PUC/RJ, 2006, p. 127-128.

necessário que o aplicador tenha papel ativo na interpretação da lei para que a pessoa seja defendida em toda sua extensão.

Não é fácil identificar na jurisprudência brasileira um consenso sobre tais questões, até mesmo porque muitos desses assuntos só recentemente passaram a ser tratados nos tribunais. Tentar-se-á, ainda que por amostragem, analisar algumas decisões mais emblemáticas sobre o assunto, indicando o caminho que a jurisprudência tende a seguir na afirmação do direito à identidade pessoal para além dos contornos legislativos. Longe de exaurir o estudo jurisprudencial, pretende-se fomentar o debate, mostrando os acertos e erros de um ou outro julgado, em atenção à principiologia constitucional.

Em relação ao transexualismo, algumas considerações preliminares precisam ser feitas. A determinação da identidade sexual é um processo complexo, sendo necessário em determinadas situações observar não só a genitália, mas também realizar estudo sexual.³² No entanto, não raro, pulam-se etapas, acarretando o desencontro entre verdadeira identidade sexual do indivíduo e os documentos oficiais de identificação.

Em casos dessa ordem, além da pessoa intentar cirurgia de transgenitalismo para ajustar genitália externa, interna e caracteres sexuais secundários, conforme permite a Resolução nº 1.955/2010 do Conselho Federal de Medicina,³³ interessa a ela também corrigir o nome e sexo estampado em suas certidões públicas, pois a intervenção cirúrgica coloca “em questão os limites do direito *de dispor do próprio corpo*, do direito de *redesignação sexual* e ainda o direito a *identificação pessoal*, elementos indispensáveis à segurança social e à construção da individualidade, bem essencial à preservação da dignidade humana”.³⁴

Tratando especificamente sobre o tema, três casos destacam-se no Superior Tribunal de Justiça. Tanto no Recurso Especial 678933/RS,³⁵ quanto

³² SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua Tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 168.

³³ A Resolução nº 1.955/2010 do Conselho Federal de Medicina estabelece critérios específicos para que seja viável a realização do referido procedimento cirúrgico, não sendo mero desconforto com os órgãos sexuais permissivo para processo de redesignação sexual. É necessário, por exemplo, desconforto com o sexo anatômico natural; desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto; permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos; ausência de transtornos mentais. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm>. Acesso em 31 mar. 2012.

³⁴ *Op. cit.*, p. 6.

³⁵ Mudança de sexo. Averbação no registro civil. 1. O recorrido quis seguir o seu destino, e agente de sua vontade livre procurou alterar no seu registro civil a sua opção, cercada do necessário acompanhamento médico e de intervenção que lhe provocou a alteração da natureza gerada. Há uma modificação de fato que se não pode comparar com qualquer outra circunstância que não tenha a mesma origem. O reconhecimento se deu pela necessidade de ferimento do corpo, a tanto, como se sabe, equivale o ato cirúrgico, para que seu caminho ficasse adequado ao seu pensar e permitisse que seu rumo fosse aquele que seu ato voluntário revelou para o mundo no convívio social. Esconder a vontade de quem a manifestou livremente é que seria preconceito,

no Recurso Especial 737993/MG³⁶ foi reconhecido o direito de postulantes transexuais de terem alterados seu prenome e designativo sexual, desde que no livro cartorário ficasse averbado, à margem do registro, que aquela informação foi alterada em decorrência de decisão judicial. Somente com o julgamento do Recurso Especial 1008398/SP, sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi, foi determinada a alteração do assento de nascimento, autorizando a mudança do designativo de sexo e do prenome,³⁷ com a expressa menção na parte dispositiva do acórdão de que nas certidões de registro público não deveria constar que a referida alteração era oriunda de decisão judicial, tampouco que ocorreu por motivo de cirurgia de redesignação sexual.³⁸

Essa última decisão parece mais afinada com a principiologia constitucional e com a noção trazida por Canaris³⁹ de unidade e adequação do sistema, bem como com o direito comparado.⁴⁰ Trecho destacado do voto da relatora evidencia a adoção dessa linha de intelecção, *in verbis*:

discriminação, opróbrio, desonra, indignidade com aquele que escolheu o seu caminhar no trânsito fugaz da vida e na permanente luz do espírito. 2. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 678933/RS, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 22.03.2007, DJ 21.05.2007)

³⁶ REGISTRO PÚBLICO. MUDANÇA DE SEXO. EXAME DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME NA VIA DO RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SUMULA Nº 211/STJ. REGISTRO CIVIL. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO. DECISÃO JUDICIAL. AVERBAÇÃO. LIVRO CARTORÁRIO. 1. Refoge da competência outorgada ao Superior Tribunal de Justiça apreciar, em sede de recurso especial, a interpretação de normas e princípios de natureza constitucional. 2. Aplica-se o óbice previsto na Súmula nº 211/STJ quando a questão suscitada no recurso especial, não obstante a oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pela Corte a quo. 3. O acesso à via excepcional, nos casos em que o Tribunal a quo, a despeito da oposição de embargos de declaração, não regulariza a omissão apontada, depende da veiculação, nas razões do recurso especial, de ofensa ao art. 535 do CPC. 4. A interpretação conjugada dos arts. 55 e 58 da Lei nº 6.015/73 confere amparo legal para que transexual operado obtenha autorização judicial para a alteração de seu prenome, substituindo-o por apelido público e notório pelo qual é conhecido no meio em que vive. 5. Não entender juridicamente possível o pedido formulado na exordial significa postergar o exercício do direito à identidade pessoal e subtrair do indivíduo a prerrogativa de adequar o registro do sexo à sua nova condição física, impedindo, assim, a sua integração na sociedade. 6. No livro cartorário, deve ficar averbado, à margem do registro de prenome e de sexo, que as modificações procedidas decorreram de decisão judicial. 7. Recurso especial conhecido em parte e provido. (REsp 737.993/MG, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 10.11.2009, DJe 18.12.2009)

³⁷ Segue esse julgado o mesmo entendimento do Enunciado 276 da IV Jornada de Direito Civil que prescreve: “O art. 13 do Código Civil, ao permitir a disposição do próprio corpo por exigência médica, autoriza as cirurgias de transgenitalização, em conformidade com os procedimentos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina, e a conseqüente alteração do prenome e do sexo no Registro Civil.”

³⁸ Maria Celina Bodin de Moraes narra que “em alguns casos, foi relatado que juiz, dado o princípio de veracidade que rege o registro civil, optou por determinar que no registro de nascimento constasse, no lugar do sexo, a palavra *transexual*, correspondendo à verdadeira condição física e psíquica do interessado com o que, porém, não se resguardou a privacidade da pessoa.” (*Op. cit.*, p. 102-103).

³⁹ *Op. cit.*, *passim*.

⁴⁰ Nesse sentido, veja o que capitula o art. 26 da Constituição da República Portuguesa: Artigo 26º Outros direitos pessoais: 1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao

Sob essa perspectiva, a afirmação da identidade sexual, compreendida pela identidade humana, encerra a realização da dignidade, no que tange à possibilidade de expressar todos os atributos e características do gênero imanente a cada pessoa. Para o transexual, ter uma vida digna importa em ver reconhecida a sua identidade sexual, sob a ótica psicossocial, a refletir a verdade real por ele vivenciada e que se reflete na sociedade. A falta de fôlego do Direito em acompanhar o fato social exige, pois, a invocação dos princípios que funcionam como fontes de oxigenação do ordenamento jurídico, marcadamente a dignidade da humana – cláusula geral que permite a tutela integral e unitária da pessoa, na solução das questões de interesse existencial humano. Em última análise, afirmar a dignidade humana significa para cada um manifestar sua verdadeira identidade, o que inclui o reconhecimento da real identidade sexual, em respeito à pessoa humana como valor absoluto.

Analisando o direito à identidade e o erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge na ocorrência de intersexualidade, Gonçalves e Menezes⁴¹ discutem as possibilidades de anulação do casamento. O problema do intersexo não se confunde com o transexual, pois enquanto este apresenta a genitália bem determinada, aquele porta sexo indefinido, com a genitália externa ambígua.⁴² Contudo, é comum a ambos o enfrentamento de dificuldades na formação de sua identidade sexual.

A celeuma está em saber se o cônjuge de uma pessoa intersexo, submetida a processo de correção da genitália para adequação ao gênero desenvolvido e não informada dessa ocorrência antes do casamento, poderia se utilizar do artifício da anulação do casamento, sob a alegação de erro essencial sobre a pessoa, nos termos do inciso I, do artigo 1.557 do Código Civil. Entende-se que não, apesar de provas públicas já terem sinalizado entendimento diverso,⁴³ pois o que houve foi um movimento de reencontro com a real identidade. A via adequada a ser eleita pelo consorte que não

desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação. 2. A lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias. 3. A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica. 4. A privação da cidadania e as restrições à capacidade civil só podem efectuar-se nos casos e termos previstos na lei, não podendo ter como fundamento motivos políticos.

⁴¹ *O Direito à Identidade e o Erro Essencial sobre a Pessoa do outro Cônjuge na Ocorrência de Intersexualidade*. In: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (Org.). Anais do XX Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.

⁴² SZANIAWSKI, Elimar. *Op. cit.*, p.162.

⁴³ Em sentido oposto, colocando no quesito idêntica situação fática, a comissão responsável pela elaboração da prova unificada do Exame de Ordem dos Advogados do Brasil de fevereiro de 2011 entendeu que em caso de anomalia genética, poderia o casamento ser anulado pela identidade errônea e pela insuportabilidade da vida em comum. Disponível em <<http://img-oab.fgv.br/134/Tipo%201.pdf>>. Acesso em 01 abr. 2012.

quiser mais manter o enlace quando ciente da vida pregressa do intersexo é a do divórcio.

Não se tem conhecimento de evento similar na jurisprudência brasileira. Mas já tem conta de caso de conflito de competência no Estado de Santa Catarina em que a Lei Maria da Penha foi interpretada em favor de intersexo.⁴⁴ *In casu*, foi fixada a competência da Vara Criminal e Juizado de Violência Doméstica e Familiar para processar feito de pessoa intersexo com designativo de sexo masculino, mas já submetida à cirurgia de adequação ao sexo feminino, estando pendente somente a retificação do registro civil já pleiteada em juízo, que teria sido alvo de violência praticada por companheiro por entender-se que:

[...] não há como desconsiderar a peculiar situação vivenciada pela ofendida que, malgrado não existir essa indicação em seus documentos de identificação civil, é reconhecida como mulher, tanto pela medicina quanto pelas pessoas de seu convívio social. Além disso, tal condição foi materializada após a realização da cirurgia reparadora que a tornou, definitivamente, uma mulher, sendo, portanto, destinatária dos mecanismos de proteção elencados pela Lei nº 11.340/06.

Além desses casos, na formação de sua identidade, a pessoa muitas vezes recorre ao Judiciário para ter precisada sua ascendência, elemento de sua identidade familiar. Essa pesquisa filiatória, todavia, não mais se encerra no critério jurídico, com a predileção dos filhos dos havidos na constância do casamento através de sistemas de presunção, ou no critério biológico, quando o exame de DNA resulta positivo. O critério socioafetivo é atualmente o determinante para aferir o *status* filho, servindo a equilibrar os outros critérios⁴⁵. Analisando a recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é clara a predileção pela socioafetividade quando se tem de fixar a maternidade ou paternidade na consolidação da identidade. Nesse sentido, veja parte da ementa do Recurso Especial 1000356/SP:

– Nesse contexto, a filiação socioafetiva, que encontra alicerce no art. 227, § 6º, da CF/88, envolve não apenas a adoção, como também “parentescos de outra origem”, conforme introduzido pelo art. 1.593 do CC/02, além daqueles decorrentes da consanguinidade oriunda da ordem natural, de modo a contemplar a socioafetividade surgida como elemento de ordem cultural.

– Assim, ainda que despida de ascendência genética, a filiação socioafetiva constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a maternidade que nasce de uma decisão

⁴⁴ Nesse sentido, ver TJSC – Conflito de Jurisdição nº 2009.006461-6, Relator: Des. Roberto Lucas Pacheco, Comarca de Florianópolis, Julgado em 29.06.2009.

⁴⁵ VENCELAU, Rose Melo. *O Elo Perdido da Filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 110.

espontânea deve ter guarida no Direito de Família, assim como os demais vínculos advindos da filiação.

– **Como fundamento maior a consolidar a acolhida da filiação socioafetiva no sistema jurídico vigente, erige-se a cláusula geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade do ser humano.** (Grifos intencionais não constantes no original)

Indo além, a um só tempo reafirmando tanto o direito à identidade sexual, quanto o direito à identidade familiar, decisões recentes reconheceram o direito de casais homoafetivos não só de formarem uma união estável (Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 do Supremo Tribunal Federal) ou de se casarem (Recurso Especial 1183378/RS do Superior Tribunal de Justiça), mas também de realizarem seu projeto parental.

Sobre adoção homoafetiva, destaca-se o Recurso Especial 889852/RS. O Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul interpôs o referido recurso em contrariedade ao pleito de adoção unilateral de uma mulher em relação aos filhos já adotados por sua companheira. A insurgência do *Parquet* não foi provida, vez que, por unanimidade de votos, os Ministros da Quarta Turma consideraram incontroverso a existência de fortes vínculos afetivos entre a recorrida (adotante) e os menores, considerando ainda a afetividade o aspecto preponderante a ser sopesado em situações dessa ordem, quando deve prevalecer o melhor interesse da criança. Em última instância, manteve-se ainda a determinação do Juízo *a quo* no tocante à inserção do sobrenome da adotante na certidão das crianças sem a menção das palavras pai e mãe.

Outro julgado sobre o tema merece atenção. Em 28 de fevereiro de 2012, dois homens conseguiram o direito de indicar sua qualidade de pais no registro civil de menor concebido a partir de inseminação artificial heteróloga, gerada em útero de substituição, com utilização de material genético de um dos requerentes e de óvulo doado por mulher não identificada.⁴⁶ Em sua argumentação, o juiz apoiou-se nos princípios constitucionais, afirmando que “à míngua de legislação específica, é dotar de caracteres jurídicos uma realidade fenomênica, que, saliente-se, não se restringe ao caso dos autos, pulverizando-se, dia a dia, na nossa teia social. Daí surge a necessidade de um acurado procedimento hermenêutico, baseado numa interpretação pluralista e aberta dos ditames constitucionais e infraconstitucionais.”⁴⁷

⁴⁶ Íntegra da decisão disponível em <http://www.tjpe.jus.br/noticias_ascomSY/arquivos/2012_03_05_sentenca_dupla_paternidade.pdf>. Acesso em 01 abr. 2012.

⁴⁷ Corroborando o entendimento de que na falta de legislação específica sobre as consequências jurídicas relativas aos filhos havidos por métodos de reprodução deve ser invocada a principiologia constitucional, notadamente o princípio da dignidade da pessoa humana, por todos, ver HOLANDA, Caroline Sátiro de. O princípio da dignidade da pessoa humana e a bioética como limite aos abusos cometidos na prática das técnicas de reprodução assistida. In: *Pensar, Revista de Ciência Jurídica*. Fortaleza, p. 36-42, abr. 2007. Edição Especial.

Da análise dos julgados acima, é possível antever uma tendência da jurisprudência pátria em reconhecer o direito à identidade pessoal. O caminho a ser percorrido para tutela integral ainda é longo e encontra barreira muito mais nos preconceitos, nas convicções pessoais dos julgadores e nas tradições sociais do que propriamente na normatividade jurídica. Considerando que o tecido axiológico de todo ordenamento é costurado e unido pelos princípios constitucionais, parece que o problema maior está na aplicabilidade do que no reconhecimento de novos instrumentos jurídicos.

CONCLUSÃO

O direito geral de liberdade autoriza a autodeterminação ético-existencial, sendo permissivo para livre construção identitária do sujeito. Compreende-se que a identidade é bem definida nos termos propostos por Hall⁴⁸, na medida em que de uma perspectiva iluminista, centrada na perspectiva de homem idêntico durante toda sua existência, passa-se intermediariamente por uma identidade sociológica de compreensão do outro para culminar na identidade pós-moderna, evada de rupturas, descontinuidades e incertezas, características inerentes ao ser humano.

Esse vasto campo de possibilidades que permite ao homem se reinventar para consecução de seu projeto vida emerge da articulação entre os princípios da dignidade de pessoa humana, liberdade e igualdade, que fundamentam a cláusula geral de tutela da pessoa, na defesa de valores que auxiliam a construção da identidade.

Isso implica na perda do rigor característico da dogmática civilista quanto à definição de nome, sexo, gênero e filiação. Muito mais coerente com tutela integral da pessoa humana é a maleabilidade dos institutos civis pela ordem de valores esculpidos nas constituições modernas. O texto constitucional, na qualidade de norma hierarquicamente superior do sistema, traz nova tábua axiológica que informa todo sistema normativo. A insuficiência ou rigidez dos dispositivos civis não mais são capazes de tolher o homem na formação de sua identidade, pois abertura dos ditames constitucionais é capaz funcionalizá-los, oxigenando-os para cumprir sua função de funcionar *para* a pessoa e não *contra* ela.

Nesse sentido, é precisa a orientação axiológica seguida por Canaris,⁴⁹ que reconhece os princípios constitucionais como valores últimos a servirem de norte para adequação e unidade do ordenamento jurídico. Esse raciocínio vem a justificar que o aplicador do Direito deve buscar a unidade e adequação do sistema, preferindo os valores genéricos que conduzam a justiça e a igualdade.

Na afirmação da identidade, a jurisprudência tem importante papel. Ao se deparar diretamente com novas questões, o juiz é obrigado a repensar

⁴⁸ *Op. cit., passim.*

⁴⁹ *Op. cit., passim.*

os clássicos institutos privados. Não podendo (*rectius*, devendo) se esquivar de decidir o caso concreto mesmo que defronte de lacunas, precisa correntemente valer-se das formas de integração do direito, sendo os princípios a saída mais apta a cumprir o *telos* do ordenamento. Julgados recentes despontam ratificando o compromisso do Judiciário de auxiliar a pessoa humana na construção de sua individualidade.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil*. Parte geral. Vol. 1, Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

BAUMAN, Zygmunt. *Identidade: entrevista a Benedetto Vecchi*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005.

_____. *Modernidade Líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Especial 678933/RS, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 22.03.2007, DJ 21.05.2007.

_____. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Especial 737.993/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 10.11.2009, DJ 18.12.2009.

_____. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Especial 1008398/SP, Rel.^a Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15.10.2009, DJ 18.11.2009.

_____. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Especial 1000356/SP, Rel.^a Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 25.05.2010, DJ 07.06.2010.

_____. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Especial 889852/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 27.04.2010, DJe 10.08.2010.

_____. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Especial 1183378/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 25.10.2011, DJe 01.02.2012.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, DJ 13.10.2011.

_____. *Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina*. Conflito de Jurisdição nº 2009.006461-6, Relator: Des. Roberto Lucas Pacheco, Comarca de Florianópolis, Julgado em 29.06.2009.

_____. *Tribunal de Justiça do Estado do Pernambuco*. Disponível em <http://www.tjpe.jus.br/noticias_ascomSY/arquivos/2012_03_05_sentenca_dupla_paternidade.pdf>. Acesso em 01 abr. 2012.

CAENEGEM, R. C. Van. *Uma Introdução Histórica do Direito Privado*. Trad. Carlos Eduardo Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

CAMPOS, Ligia Fabris. *O Direito de ser si mesmo: a tutela da identidade pessoal no ordenamento jurídico brasileiro*. Pontifícia Universidade Católica: Rio de Janeiro, 2006. Dissertação (Mestrado em Direito).

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2003.

CHOERI, Raul Cleber da Silva. *O Direito à Identidade na Perspectiva Civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

- _____. *O Conceito de Identidade e a Redesignação Sexual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM nº 1.955, de 3 de setembro de 2010*. Disponível em <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm>. Acesso em 31 mar. 2012.
- CUPIS, Adriano de. *Os Direitos de Personalidade*. 2. ed., São Paulo: Quorum, 2008.
- GONÇALVES, Camila; MENEZES, Joyceane Bezerra de. O Direito à Identidade e o Erro Essencial sobre a Pessoa do outro Cônjuge na Ocorrência de Intersexualidade. In: *Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito* (Org.). Anais do XX Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.
- GIDDENS, Anthony. *As Conseqüências da Modernidade*. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.
- HALL, Stuart. *A Identidade Cultural na Pós-modernidade*. Trad. Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2011.
- HOLANDA, Caroline Sátiro de. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Bioética como Limite aos Abusos Cometidos na Prática das Técnicas de Reprodução Assistida. In: *Pensar, Revista de Ciência Jurídica*. Fortaleza, p. 36-42, abr. 2007. Edição Especial.
- MENEZES, Joyceane Bezerra de; OLIVEIRA, Cecília Barroso. O Direito à Orientação Sexual como Decorrente do Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade. *Novos Estudos Jurídicos*. Universidade Vale do Itajaí. Vol. 14, p. 105-125. Disponível em <www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/1770/1410>. Acesso em 18 mar. 2011.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na Medida da Pessoa Humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- OLIVEIRA, Nuno Manuel de. *O Direito Geral de Personalidade e a Solução do Dissentimento*. Ensaios sobre um caso de constitucionalização do Direito Civil. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua Tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- TEPEDINO, Gustavo. O Direito Civil-constitucional e suas Perspectivas Atuais. In: *Temas de Direito Civil*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- _____. A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro. In: *Temas de Direito Civil*. Tomo I. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- VENCELAU, Rose Melo. *O Elo Perdido da Filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.