

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO

Rainer Jerônimo Roweder

**O TERCEIRO GÊNERO: POLÍTICAS PÚBLICAS E MECANISMOS JURÍDICOS DE
VALORIZAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA PELO VIÉS DO GÊNERO**

Belo Horizonte
2015

RAINER JERÔNIMO ROWEDER

**O TERCEIRO GÊNERO: POLÍTICAS PÚBLICAS E MECANISMOS JURÍDICOS DE
VALORIZAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA PELO VIÉS DO GÊNERO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como um dos requisitos para conclusão do programa de mestrado.

Linha de pesquisa: Direitos Humanos e Estado Democrático de Direito: fundamentação, participação e efetividade.

Área de estudo: Direito e Processo Coletivo.

Belo Horizonte

2015

Rainner Jerônimo Roweder

**O TERCEIRO GÊNERO: POLÍTICAS PÚBLICAS E MECANISMOS JURÍDICOS DE
VALORIZAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA PELO VIÉS DO GÊNERO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como um dos requisitos para conclusão do programa de mestrado.

Linha de pesquisa: Direitos Humanos e Estado Democrático de Direito: fundamentação, participação e efetividade.

Área de estudo: Direito e Processo Coletivo.

TEREZA CRISTINA SORICE BARACHO THIBAU (UFMG)

Orientadora

ADRIANA GOULART DE SENA ORSINI (UFMG)

MEMBRO DA BANCA

MÔNICA SILVEIRA VIEIRA (TJMG/ FACULDADES MILTON CAMPOS)

MEMBRO DA BANCA

ANTÔNIO GOMES DE VASCONSELOS (UFMG)

SUPLENTE

Belo Horizonte

2015

Aos meus pais,
pelo carinho e incentivo.

AGRADECIMENTOS

A todas as pessoas que contribuíram para a realização deste trabalho, expresso aqui a minha gratidão, especialmente:

À Professora Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau, pela orientação, pelo aprendizado e apoio em todos os momentos necessários.

Aos meus colegas de classe, pela rica troca de experiências.

Aos bibliotecários, pela ajuda incondicional.

Aos que, de alguma forma, contribuíram para esta construção.

*I'm beautiful in my way
'Cause God makes no mistakes
I'm on the right track, baby
I was born this way*

*No matter gay, straight or bi
Lesbian, transgendered life
I'm on the right track, baby
I was born to survive
No matter black, white or beige
Chola or orient made
I'm on the right track, baby
I was born to be brave*

(GAGA, 2011)

RESUMO

A valorização da dignidade humana, em tempos de neoconstitucionalismo, fase avançada de efetivação do Estado Democrático de Direito, é o centro de todo ordenamento jurídico. Isto quer dizer que a espécie humana e sua valorização fundamentam, e devem guiar, todos os passos do Direito. Este princípio irradia-se para todas as áreas jurídicas, embora, com o fito de conferir uma proteção mais efetiva, ele se especifique. Neste sentido, é certo dizer que a proteção aos gêneros humanos nada mais é do que uma proteção à sua dignidade. E esta proteção ocorre em diversas áreas, como por exemplo, por meio das garantias genéricas da dignidade da pessoa humana, trazidas pelo Direito Constitucional através dos Direitos da Personalidade, por meio do âmbito do Direito Civil, da aposição do nome e da ascendência do Direito Registral. A efetivação destas garantias, por sua vez, se realiza no âmbito Processual Civil, em especial na seara do processo coletivo, que pode atingir um número maior de jurisdicionados, em contemplação ao princípio da eficiência e economia processual. Pretende-se estudar, portanto, essas proteções e, como foco do trabalho, o terceiro gênero. É notório que, tradicionalmente, o gênero sempre teve uma divisão bipartite, ou binária, em função da lógica biológica. Porém, com avanços da tecnologia, especialmente no campo da medicina, a lógica pode estar prestes a desaparecer e novos gêneros podem surgir. A adequação do terceiro gênero ao ordenamento jurídico brasileiro é o que se pretende estudar. Tem-se como objetivo, também, verificar quais são as políticas públicas mais avançadas para a garantia de efetivação dos direitos ligados ao gênero. Trata-se de uma dissertação Interdisciplinar com a coordenação das disciplinas de Direito Processual Civil Coletivo, Direito Civil, Direito Constitucional, Direito Notarial e de Registro e acepções de Direito Comparado, em especial, o alemão.

PALAVRAS-CHAVE: Terceiro Gênero. Políticas Públicas. Direito Processual Civil Coletivo. Direito Civil. Direito Constitucional. Direito Notarial e de Registro.

ABSTRACT

The valuating of human dignity, in neoconstitutionalism times, advanced stage of effectuation of democratic rule of law, is the center of all the judicial system. This means that the human species and its value founded and must guide every step of the law. This principle is irradiated to all legal areas, but to provide more effective protection it specifies. Therefore, it is safe to say that the protection of human gender is nothing but a protection of their dignity. This protection occurs in several areas, such as through the general guarantees of human dignity, brought by the Constitutional Law, the Rights of Personality in the Civil Law, the affixing of the name and ancestry under the Registral law. The effectiveness of these guarantees, in turn, takes place under Civil Procedure, especially thought the class actions, which can reach a greater number of jurisdictional in contemplation to the principle of efficiency and judicial economy. Its intend to study, these protections, and as focus of the work, the third gender. It is clear that, traditionally, the gender has always had a bipartite or binary division, according to the biological logic. But with advances in technology, especially in the medical field, this logic may be about to disappear and new genders can arise. The adequacy of the third gender to the Brazilian legal system is to be studied. It has been intended to also check what are the most advanced public policies for ensuring implementation of the rights linked to gender. This is a Interdisciplinary dissertation with the coordination of Collective Civil Procedure law, Civil Law, Constitutional Law, Notarial Law and Comparative Law, especially German.

KEYWORDS: Third Gender. Public Policy. Law Collective Civil Procedure. Civil Law. Constitutional Law. Notarial Law.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADI	AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
ADPF	ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL
AMTIGOS	AMBULATÓRIO DE TRANSTORNO DE IDENTIDADE DE GÊNERO E ORIENTAÇÃO SEXUAL
CC/02	CÓDIGO CIVIL DE 2002
CDC	CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR
CNJ	CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA
CR/88	CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988
DW	<i>DEUTCH WELLE</i>
IPq	INSTITUTO DE PSIQUIATRIA
LGBT	LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS E TRANSSEXUAIS
LSVD	LESBIAN NAD GAY FEDERATION IN GERMANY
NDR.de	<i>NORDDEUTSCHER RUNDFUNK</i>
ONG	ORGANIZAÇÃO NÃO GOVERNAMENTAL
STF	SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
STJ	SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TJMG	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE INAS GERAIS
USP	UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
UNFPA	<i>UNITED NATIONS POPULATION FUND</i>

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	NOÇÕES GERAIS SOBRE A PERSONALIDADE JURÍDICA	15
2.1	O início da personalidade	20
2.2	O conteúdo do direito da personalidade	24
2.3	Direitos da personalidade e direitos de gênero	25
3	OS DIREITOS DE GÊNERO	32
3.1	Os direitos de gênero sob a ótica do direito brasileiro	32
3.2	A proteção do gênero sob uma perspectiva global	40
3.2.1	O tratamento da questão dos gêneros no hinduísmo	45
3.3	A natureza jurídica dos direitos de gênero	49
4	O TERCEIRO GÊNERO	57
4.1	Conceito	59
4.2	O terceiro gênero na Alemanha como <i>leading case</i> mundial	60
4.3	O terceiro gênero em outros países	63
4.4	Para além do direito: breve consideração sobre a personalidade e o terceiro gênero como fruto de estudo da psicologia e da filosofia	65
4.4.1	Gênero, sexualidade, sexo e orientação sexual	72
4.5	O terceiro gênero e a compatibilidade com a dinâmica jurídica brasileira	73
4.6	O terceiro gênero e as necessidades sociais brasileiras	75
5	POSSIBILIDADES DE IMPLANTAÇÃO INSTITUCIONAL DO TERCEIRO GÊNERO NO BRASIL: uma contribuição do processo coletivo pelo mandado de injunção	78
5.1	Mandado de injunção no direito comparado	83
5.2	Mandado de injunção coletivo e a representação adequada	84
5.3	O terceiro gênero e a sua compatibilidade com o direito notarial e registral	91

5.4	Perspectivas de implantação de políticas públicas auxiliadoras da valorização do direito à personalidade pelo viés do gênero.....	94
6	CONCLUSÃO	101
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	103
	ANEXOS.....	113

1 INTRODUÇÃO

As transformações sociais refletem diretamente no direito. Acompanhar as mudanças sociais é fundamental para a efetividade do ordenamento jurídico, pois a legitimidade deste é dependente da sociedade. Uma das principais mudanças da sociedade atual é a evolução do tratamento dado ao gênero humano. A sua definição sempre foi estanque, ou seja, a pessoa que nascia biologicamente homem ou mulher encerrava sua vida com a mesma condição. Mas, esta realidade começa a se transformar.

Basicamente, o que o ordenamento jurídico brasileiro permite, na atual conjectura do Estado Democrático de Direito, é a transição entre gêneros já existentes, desta forma aquela pessoa que nasce e registra-se como pertencente a um gênero pode requerer a sua troca para o gênero oposto, em especial para aqueles que se submetem à cirurgia de redesignação sexual. Note-se que tal permissão é, essencialmente, jurisprudencial, e já possui um grande número de julgados neste sentido¹, mas a legislação positiva ainda aguarda alteração para garantir maior segurança aos jurisdicionados.

Este projeto pretende ir além das garantias judiciais e legislativas já existentes. Através de um viés interdisciplinar pretende-se verificar a possibilidade de se considerar a existência de um terceiro gênero no ordenamento jurídico

¹ BRASIL. **TJ-MG - 100240823904280011 MG 1.0024.08.239042-8/001(1) (TJ-MG)**. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 20/01/2015.

Data de publicação: 30/09/2009

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO SEXUAL - MUDANÇA DE PRENOME E SEXO - AVERBAÇÃO À MARGEM DO REGISTRO CIVIL - NECESSIDADE - FORMA DE PROCESSAMENTO DA ALTERAÇÃO REGISTRAL - OMISSÃO - SENTENÇA INTEGRADA DE OFÍCIO. Deve ser mantida a sentença que ao acolher o pedido de mudança de prenome e gênero, em razão de cirurgia de redesignação sexual, determina que conste à margem do registro de nascimento a anotação de que as alterações de nome e sexo decorrem de decisão judicial. Cumpre à instância recursal, de ofício, integrar a sentença cujo dispositivo não dispõe sobre a forma de processamento da ordem judicial de retificação do registro civil, de forma a resguardar o sigilo da anotação, evitando-se, por conseguinte, violação à intimidade da parte.

BRASIL. **TJ-AP - APELAÇÃO APL 69300 AP (TJ-AP)**. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 20/01/2015. Data de publicação: 05/06/2001.

Ementa: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO. MODIFICAÇÃO DE PRENOME E SEXO. TRANSEXUAL. CIRURGIA DE EMASCULAÇÃO. ADAPTAÇÃO DE GENITÁLIA EXTERNA FEMININA. SEXOPSÍQUICO RECONHECIDAMENTE FEMININO. POSSIBILIDADE JUÍDICA DO PEDIDO. PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. PREDOMÍNIO DA EQUIDADE SOBRE A LEGALIDADE. 1) É juridicamente possível a retificação de assento civil de nascimento para modificar o prenome e o sexo de transexual submetido a cirurgia de emasculação com adaptação da genitália masculina externa para a feminina, diante da flexibilidade do princípio da imutabilidade do nome, insculpido nos artigos 55 e 58 e respectivos parágrafos únicos da Lei nº 6.015 /73 e da inexistência de vedação legal no ordenamento jurídico pátrio. 2) Elencado entre os procedimentos de Jurisdição Voluntária, o pedido de retificação de registro civil para a mudança de prenome e sexo de transexuais assim comprovados, pode ter decisão afastada do critério de estrita legalidade. 3) Apelo improvido para manter integralmente a sentença de primeiro grau.

brasileiro. Desta forma, aqueles que não se sentirem nem homem nem mulher poderão optar por uma classificação diferente, denominada de terceiro gênero ou gênero indefinido. Esta classificação já começa a se mostrar presente em alguns países, como na Alemanha, que recentemente publicou uma modificação na Lei do Estatuto Pessoal ("*Personenstandsrechtlicher*"), que permite, a partir de 1º de novembro de 2013, uma terceira identificação para o gênero da pessoa em sua certidão de nascimento, que contará com uma insígnia "X" para designá-lo (assim como os homens são identificados pelo "M" e as mulheres pelo "F"). De acordo com a norma modificadora (Lei 17/10489), em livre tradução, "Pode a criança ser registrada sem ser homem ou mulher. No caso concreto, pode haver alteração ou declaração posterior do sexo da criança".² Sobre o tema, publicou o jornalista Christian Ignatzi (2013), do Jornal Deutch Welle:

A partir de 1º de novembro entra uma lei em vigor em que a atribuição inequívoca a um dos dois sexos na certidão de nascimento não é mais obrigatória. No campo de dados em que o gênero é especificado pode simplesmente nada constar. Legalmente reconhecido para que as pessoas não só possam ser do sexo masculino ou feminino, os recém-nascidos serão capazes de decidir no futuro, como adultos, claramente um sexo ou não. Quantas pessoas estão preocupadas com lei não é claro. Também na Alemanha não há números oficiais sobre os intersex. Na verdade o que foi criado pelo sistema da Alemanha foi a legislação de um terceiro gênero. "Congratulamo-nos com isso como um primeiro passo, pois muitas pessoas intersex não foram vistas durante décadas do nosso estado", diz Andrea Budzinski em DW conversa. "Pela primeira vez, o estado reconhece agora que existem tais pessoas, e não as empurra em qualquer área de doença."³

² GESETZ zur Änderung personenstandsrechtlicher Vorschriften (Personenstandsrechts-Änderungsgesetz – PStRÄndG). **Bundesgesetzblatt Jahrgang**, Alemanha, 9 maio 2013. Parte I, n. 23, p. 1122. Disponível em <http://npl.ly.gov.tw/pdf/8244.pdf>. Acesso dia 24 out. 2013. Texto original: Kann das Kind weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden, so ist der Personenstandsfall ohne eine Kann das Kind weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden, so ist der Personenstandsfall ohne eine solche Angabe in das Geburtenregister einzutragen.

³ IGNATZI, Christian. Das dritte Geschlecht. **Deutch Welle**, Alemanha. 17 set. 2013. Disponível em: <http://www.dw.de/das-dritte-geschlecht/a-17042152>. Acesso em: 22/10/2013. Texto original: Vom 1. November 2013 an soll sich das ändern. Dann tritt ein Gesetz in Kraft, nach dem die eindeutige Zuordnung zu einem der beiden Geschlechter in der Geburtsurkunde nicht mehr zwingend ist. In dem Datenfeld, in dem das Geschlecht anzugeben ist, kann künftig einfach gar nichts stehen. Rechtlich ist damit anerkannt, dass Menschen nicht nur männlich oder weiblich sein können. Neugeborene werden in Zukunft als Erwachsene selbst entscheiden dürfen, ob sie sich eines Tages eindeutig einem Geschlecht zuordnen lassen möchten oder nicht. Wie viele Menschen das Gesetz betrifft, ist nicht klar. Auch in Deutschland gibt es keine offiziellen Zahlen zu Intersexuellen. Faktisch entsteht durch die Regelung in Deutschlands Gesetzgebung ein drittes Geschlecht. "Wir begrüßen das als ersten Schritt, weil sehr viele Intersexuelle über Jahrzehnte von unserem Staat nicht wahrgenommen worden sind", sagt Andrea Budzinski im DW-Gespräch. "Zum ersten Mal erkennt der Staat nun an, dass es solche Menschen gibt und schiebt sie dabei nicht in irgendeine Krankheitsecke."

Em síntese, o problema que se propõe a discutir orbita em torno da possibilidade de se adotar o mesmo tratamento avançado dado ao gênero humano na Alemanha, também no Brasil. Inclina-se a discutir instrumentos de efetivação dos direitos desta classe que se sente incompatível com o sistema de gêneros imposto pelo ordenamento brasileiro, tais quais, políticas públicas, diplomas normativos e posicionamentos judiciais.

A escolha pelo tema se dá pela transformação que os direitos ligados ao gênero humano vêm passando ao longo dos anos. Pretende-se analisar as modificações legislativas concernentes a eles, que não foram suficientemente estudadas e podem gerar grandes debates acadêmicos. A escassez doutrinária sobre o tema leva a necessidade de implementação de maiores pesquisas sobre o gênero. Se a proteção jurídica, dada no Brasil, para a mudança de gênero (redesignação sexual) já é fraca, a conferida para aqueles que não se identificam com nenhuma das categorias já estabelecidas é praticamente inexistente, o que faz surgir a necessidade e a relevância social para o estudo neste campo.

O tema ainda envolve outra questão: o preconceito. Segundo Judith Butler (2009), “seria um grande erro pressupor que a identidade de gênero causa a orientação sexual ou que a sexualidade tem necessariamente como referência uma prévia identidade de gênero”⁴. Logo, será fundamental diferenciar, nesta pesquisa, as diversas espécies de sexualidade e suas confrontações com o gênero.

É bom salientar que será útil tal pesquisa também para definir em qual das três espécies de direito transindividual – em sentido amplo, direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos – definidas pela Legislação Infraconstitucional Brasileira (CDC), a tutela coletiva do direito ao terceiro gênero se encaixa. Pretende-se, também, verificar a real possibilidade desta espécie de direito ser protegida por ações coletivas, havendo assim uma adaptação do tema com a linha de pesquisa e a área de estudo em que se insere.

É obviamente mais vantajoso para o Estado resolver todas as querelas que podem surgir com a aquisição de direitos desta nova categoria em uma única ação, utilizando técnicas de tutela coletiva. A rigor, conforme pondera José Carlos Barbosa Moreira (1991) sobre a tutela dos direitos individuais homogêneos, “sua

⁴ BUTLER, Judith. Desdiagnosticando o gênero. In: **Physis**. Revista de Saúde Coletiva. Rio de Janeiro, n. 19 [1]: 95-126, p. 100. 2009.

implementação configura opção de política legislativa”⁵. Outras áreas do Direito também podem ser problematizadas pelo tema. Um exemplo é o Direito Registral Civil, no qual se pode trabalhar com a possibilidade de aceitação do termo no registro de nascimento dos indivíduos dessa categoria, nos livros das serventias; pode-se também discutir como se dará o futuro e eventual casamento destas pessoas, o procedimento de alteração de registro do nome, a possibilidade de registro provisório, entre outros temas conexos com o objeto da dissertação.

O objetivo geral desta dissertação é propor políticas públicas e mecanismos jurídicos de garantia à valorização da dignidade da pessoa pelo viés do gênero no âmbito do direito brasileiro e, para isto, foi utilizada uma metodologia diversificada. A vertente teórico-metodológica utilizada foi a da tecnologia social científica, o raciocínio predominante foi o dedutivo e foi realizada uma pesquisa do tipo jurídico-exploratória com inserção no direito comparado.

⁵ BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. O processo civil no código do consumidor. In: **RePro**. n. 63. p. 138-146, 1991.

2 NOÇÕES GERAIS SOBRE A PERSONALIDADE JURÍDICA

Não há direito sem as pessoas. O ordenamento jurídico como um todo é voltado para o ser humano e a sua organização em busca de uma vida digna. Uma das características das pessoas, enquanto pessoas, é a personalidade, que é protegida pelos seus direitos específicos. O Código Civil de 2002 (CC/02 - Lei 10.406/02) traz alguns exemplos de direitos da personalidade, dentre eles, estão o direito ao nome, à imagem, à voz, à integralidade física, aos alimentos, ao cadáver e partes separadas e à proteção geral a todos os atributos que caracterizam a pessoa humana enquanto tal.

De acordo com Brunello Stancioli, os temas concernentes à personalidade já circulavam entre os romanos e gregos, mas é necessária uma nova leitura de tal instituto jurídico⁶. Segundo ele, os direitos da personalidade distinguem-se dos demais direitos fundamentais por serem constitutivos da própria noção plena de pessoa humana, e que pessoa e personalidade têm seu fundamento constitutivo na autonomia, na dignidade e na alteridade. Normas que contrariem esses valores são, a princípio, atentatórias à pessoa humana. Uma disposição normativa do Direito Geral de Personalidade é válida. As especificidades e normas adstritas podem ser obtidas mediante esforço hermenêutico, que deve ser feito de maneira circunstanciada e à luz de casos concretos. Segundo o autor:

TOMÁS DE AQUINO, remetendo-se a BOÉCIO, utiliza-se da mesma metáfora como sendo a etimologia de pessoa, ao afirmar que “o termo *persona* parece derivar das máscaras que representavam personagens humanas nas tragédias”. A noção de “máscara” e “papel” é, ainda hoje, pertinente nesse sentido de: “Representar a concepção que formamos de nós mesmos – o papel que esforçamos para desempenhar – essa máscara é nosso mais verdadeiro eu, o eu que gostaríamos de ser [...]. Viemos ao mundo como indivíduos, alcançamos caráter, e tornamo-nos pessoas. A sofisticada criação que atribui, ao indivíduo humano, personalidade (e qualifica-o como pessoa), deve-se à tradição teológico-cristã. Com base nas discussões acerca da trindade, e derivando-a para o próprio homem, esse feito à imagem e semelhança divinas, chega-se à analogia própria entre indivíduo humano e pessoa, sendo essa a “substância individual de natureza racional”⁷.

⁶ STANCIOLLI, Brunello Souza. **Sobre os Direitos da Personalidade no novo Código Civil brasileiro**. Disponível em http://www.hottopos.com/videtur27/brunello.htm#_ftn1. Acesso em 09/02/2014.

⁷ Idem, *ibidem*.

Leonardo Poli nos ensina que os antigos códigos civis tratavam apenas de regular as relações com repercussão patrimonial. Como consequência natural dos fundamentos ideológicos do direito privado liberal, tudo que escapava da órbita patrimonial desinteressava ao direito privado.⁸

Neste sentido, a personalidade natural nos representa enquanto seres humanos. Como visto, os direitos da personalidade, seu estudo, normatização e sistematização não são novidades no Direito. A filosofia grega considerava que o indivíduo não passava de um mero animal político ou social, que pertencia ao Estado e possuía íntima ligação com o Cosmos e com a natureza. Na Roma Antiga, também, o indivíduo não era considerado sujeito de direitos, pois o sujeito por excelência era o pai de família, capaz de deter a propriedade, realizar negócios, e proteger a unidade produtiva familiar⁹.

A partir da influência do pensamento de Boécio ao pensamento medieval, surge a clássica definição de que a pessoa é um ser composto de substância espiritual e corporal, uma substância do indivíduo, impulsionando a elaboração do princípio de igualdade essencial de todo ser humano, formando assim, o núcleo do conceito universal de direitos humanos.¹⁰

A terceira fase na elaboração do conceito de pessoa, baseada na filosofia de Kant, “pontuava que cada ser humano em sua individualidade é insubstituível”¹¹, possuindo dignidade que não tem um preço.

Muitos estudiosos ligados à Filosofia já tratavam de temas concernentes à personalidade. Colaciona-se, exemplificativamente, a seguir, um trecho da obra de Immanuel Kant, de 1785, que, abordando a liberdade, a dignidade e a lei moral, nos ensina que:

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente, mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade. O direito à vida, à honra, à integridade física, à integridade psíquica, à privacidade, dentre outros, são essencialmente tais, pois, sem eles, não se concretiza a dignidade humana. **A cada pessoa não é conferido o poder de dispô-los, sob pena de reduzir sua**

⁸ POLI, Leonardo Macedo. **Os Direitos Humanos e de personalidade do transexual**: prenome, gênero e a autodeterminação. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12914. Acesso em: 11/02/2015.

⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 2 ed. Saraiva, 2001, p. 36.

¹⁰ Idem, ibidem, p. 19.

¹¹ Idem, ibidem, p. 19.

condição humana, todas as demais pessoas devem abster-se de violá-los (grifos meus).¹²

Percebe-se que disposição similar ao exposto por Kant permanece positivada no artigo 11 do Código Civil, que possui a seguinte disposição:

Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.¹³

No entanto, a atual doutrina de direito civil permite a restrição de direitos da personalidade, desde que esta restrição não seja permanente, conforme o enunciado 4 da Primeira Jornada de Direito Civil, que elucida que “o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral”¹⁴. Isto possibilita, por exemplo, que as pessoas ingressem em *realities shows*, em que o direito a imagem é inteiramente cedido por um determinado período de tempo.

Existem outras formas de enxergar os direitos da personalidade, com aspectos mais ligados ao direito privado. Dentre os autores que visualizam estes direitos desta maneira está Silma Mendes Berti (2000). Segundo ela:

Leis e doutrina utilizam a expressão “direitos da personalidade” para agrupar e para identificar direitos privados que, por objetivarem a tutela de determinados bens fundamentais ou essenciais da pessoa humana, revestem-se de características específicas que não se encontram em outros direitos.¹⁵

Conforme o pensamento acima expresso, a personalidade jurídica traduz-se na essência humana, no que identifica o homem enquanto homem. Com isto, podemos afirmar que somente os seres humanos possuem personalidade jurídica e os direitos decorrentes dela.

¹² KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1986, p. 77.

¹³ BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 11/04/2015.

¹⁴ BRASIL. Justiça Federal. **Enunciados aprovados I Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>. Acesso em: 10/02/2015.

¹⁵ BERTI, Silma Mendes. Fragilização dos Direitos da Personalidade. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v.3, n. 5 e 6, 1e 2 sem. 2000. p. 239-240.

Várias teorias tentaram explicar a natureza dos direitos da personalidade, contudo, duas delas destacaram-se: a jusnaturalista e a positivista. Os jusnaturalistas entendiam que estes direitos eram inatos, ou seja, existiam aprioristicamente. O Estado apenas reconhecia estes direitos aos cidadãos que os possuíam independente do ato legislativo. Dessa forma, esta teoria fundava-se no direito natural para explicar a origem dos direitos da personalidade.

Os positivistas, por outro lado, pregavam que os direitos da personalidade eram apenas aqueles que o Estado conferia aos cidadãos. Para eles, os direitos da personalidade eram inatos, mas não ao ponto de prescindir do comando normativo, mas no sentido de todas as pessoas, ao nascerem, já o adquirirem. Desta maneira, os positivistas pregavam que os direitos da personalidade, para ganharem força formal no ordenamento jurídico, precisavam de um comando legislativo concedendo às pessoas este direito. Na perspectiva positivista defendida por Kelsen (1995), personalidade é a capacidade abstrata para possuir direitos e contrair obrigações na ordem civil. A pessoa física é apenas a personificação desses deveres e direitos: concatena um conjunto de normas jurídicas que, por constituir deveres e direitos contendo a conduta de um mesmo ser humano, regula a conduta deste ser.¹⁶

Nenhuma das duas teorias clássicas foi suficiente para explicar os direitos da personalidade. O Legislador Constituinte de 1988 foi hábil ao elaborar nossa Carta Magna para conferir às pessoas o direito da personalidade sem cair em divergências teóricas. Segundo a CF/88, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é a dignidade da pessoa humana (art. 1º). Desprende-se disso que a pessoa foi colocada no centro do ordenamento jurídico, sendo o fundamento e os fins do Estado. Caso essa teoria não existisse, os direitos da personalidade seriam fracionados e dependeriam demasiadamente da intervenção legislativa para serem garantidos. Por isso, optou-se pela formação de uma teoria geral, que é mais desapegada do Legislativo e não depende de previsão minuciosa para ser aplicada, promovendo, assim, o desenvolvimento pleno da personalidade.

A diversidade humana e a sua rápida mutabilidade dificultariam a aplicação de uma teoria que tipificasse os direitos da personalidade.

¹⁶ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

O Código Civil de 2002 traz uma pequena sistematização de um rol exemplificativo de direitos da personalidade, podendo a identidade sexual ser incluída dentro deste rol.

Segundo Cristiana Doyle, numa concepção civil-constitucional, Gustavo Tependino defende a existência de uma cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, sendo que basicamente ele explica: se unirmos os direitos fundamentais no § 2º do artigo 5º da Constituição Federal, que diz que não se deve excluir quaisquer direitos e garantias, mesmo arrolados em normas, mas sempre em consonância com a Carta Magna e a defesa e redução das desigualdades, estabeleceremos uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana.¹⁷

Ou seja, à própria proteção da personalidade, e seus diversos aspectos psíquicos, físicos, moral e intelectual, inerentes a pessoa, desde a sua concepção até a sua morte, não pode ser especificado somente em algumas normas, pois enquadrar os direitos à personalidade em um rol taxativo, é engessar tais garantias, que são fundamentais ao ser humano, para uma convivência digna e com liberdade, sem desigualdades em uma sociedade civilista¹⁸.

Já para Goffredo Telles Jr, os direitos da personalidade são os direitos subjetivos da pessoa, ou seja, são para a defesa do que lhe é próprio, a identidade, a liberdade, a sociabilidade, a reputação, a honra, a autoria etc. Por outras palavras, os direitos da personalidade são direitos comuns da existência, porque são simples permissões dadas pela norma jurídica, a cada pessoa, de defender um bem que a natureza lhe deu, de maneira primordial e direta.¹⁹

De acordo com o enunciado 274, do CJF, os direitos da personalidade são regradados de maneira não exaustiva pelo Código Civil. Com isto, é possível dizer que os direitos da personalidade são flexíveis o suficiente para garantir o abarcamento do direito à identidade de gênero enquanto um direito da personalidade, pois este deve revelar o ser humano como ele realmente é e se sente, protegendo a frágil noção de realidade própria. Logo, se o direito a um (ou vários) gênero(s) é um direito da personalidade, a sistemática contida Capítulo II, do Título I, do Código Civil de 2002

¹⁷ TEPENDINO, Gustavo. 2004 apud DOYLE, Cristiana Martins. Os Direitos de Personalidade e sua taxatividade. **Jurisway**. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5782. Acesso em: 10/02/2014.

¹⁸ Idem, ibidem.

¹⁹ TELLES JR, Goffredo. **Iniciação na Ciência do Direito**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008, p. 35.

se aplicará a esta prerrogativa. Naturalmente que outros direitos da personalidade ligados ao gênero, como o direito ao nome, à integridade física e à autodeterminação também terão de ser adequados.

Segundo o artigo 13 do CC/02, salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Uma leitura precipitada deste artigo poderia levar a completa impossibilidade da realização das cirurgias de redesignação sexual, pois há importante redução da integridade física com a adaptação dos órgãos genitais ao gênero psíquico do paciente. Para deslinde desta questão, João Batista Vilela (1982) faz uma ampliação do conceito de exigência médica para incluir os flagelos físicos e psíquicos²⁰, possibilitando assim uma adaptação do corpo com a mente, sem contrariar o dispositivo legal acima apresentado.

Dito isto, pode-se considerar que o direito ao gênero é um dos desdobramentos dos direitos da personalidade, de caráter genérico, subjetivo, não patrimonial, que respeita a autonomia do indivíduo, e que empodera o destinatário da norma, ampliando o seu espectro de liberdade.

2.1 O início da personalidade

O Código Civil é enfático ao estabelecer que a personalidade civil da pessoa inicia-se a partir do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos (da personalidade) do nascituro. Saber o momento exato do início da vida humana por muito tempo foi matéria de grandes debates jurídicos.

Para o ordenamento jurídico brasileiro, o nascimento com vida é apurado através de um exame próprio, denominado de Docimasia Hidrostática de Galeno, que, em termos gerais, mede se houve ou não expansão pulmonar. Caso tenha havido a expansão pulmonar, a criança nasceu, caso não tenha havido, a criança morreu ainda no ventre materno, sendo denominada de natimorto. Basicamente:

[...] após a respiração, o feto tem os pulmões cheios de ar e quando colocados numa [sic] vasilhame com água, flutuam; não acontecendo o mesmo com os pulmões que não respiram. Se afundarem, é porque não houve respiração; se não afundarem é porque houve

²⁰ VILLELA, João Baptista. **Direito, Coerção & Responsabilidade**: Por uma Ordem Social não violenta. Belo Horizonte: UFMG, 1982.

respiração e, conseqüentemente (sic), vida. Daí, a denominação docimasia pulmonar hidrostática de Galeno.²¹

O assunto possui relevo, pois indicaria quando o exercício do direito à identidade de gênero poderia ser iniciado. Percebe-se, no entanto, que o nascimento com vida não indica o início da vida.

Como a personalidade (jurídica) é o que torna o homem uma pessoa apta a adquirir genericamente direitos e deveres na ordem civil (art. 1º, CC/02), as proteções conferidas às pessoas precisam ter o seu termo inicial claro, para maior efetividade da norma. Os conceitos de pessoa e de vida sempre geraram grandes debates acadêmicos com grandes reflexos na vida prática, como, por exemplo, a possibilidade do aborto, de pesquisas com células tronco, de venda de material genético, entre outros.

Na tentativa de explicar o início da vida, três teorias despontaram: a concepcionista, a natalista e a da personalidade condicional.

A primeira admite a existência e a necessidade de proteção da personalidade jurídica e da vida antes mesmo do nascimento. Encabeçada por membros da Igreja Católica, a teoria concepcionista veda qualquer intervenção no curso natural da vida a partir da concepção, seja ela intra ou extrauterina. Grandes juristas como Teixeira de Freitas, José Thomaz Nabuco e Clóvis Beviláqua eram adeptos da teoria concepcionista. João Evangelista Alves, por exemplo, assevera que “o momento inicial da vida ocorre, indiscutivelmente, na concepção, com a fertilização do óvulo e a formação do zigoto, antes do ovo implantar-se no útero e independente desse processo.”²²

Para a teoria natalista, a vida começa a partir do nascimento e todas as garantias das categorias das pessoas são conferidas a partir deste marco. Os juristas civilistas Paulo Carneiro Maia, Pablo Stolze, Sílvio Rodrigues, Sílvio de Salvo Venosa, Pamplona Filho, Eduardo Espínola, Washington de Barros Monteiro, dentre outros, são adeptos desta teoria.

²¹ MOTA, Silva. **Docimasia hidrostática de Galeno.** Disponível em: <http://www.silviamota.com.br/enciclopediabiobio/verbetesbiobio/verb-docimasia.htm>. Acesso em: 11/02/2015.

²² ALVES, João Evangelista dos Santos. Direitos humanos, sexualidade e integridade na transmissão da vida. In: PENTEADO, Jaques de C., DIP, Ricardo Henry Marques (Orgs.). **A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p.185.

Segundo Rafael Falcão, tal teoria defende que o nascituro detém apenas uma mera expectativa de direito, já que seria uma “mera expectativa de pessoa”. Na mesma linha, discorre João Luiz, quando diz que a personalidade concedida ao nascituro não tem outra significação a não ser a de criar uma expectativa de direito, já que os efeitos jurídicos só emergem a partir do nascimento. Vicente Ráo, por sua vez, assinala não ser reconhecida nem atribuída ao nascituro a personalidade civil, mas apenas uma conjuntura jurídica de expectativa subordinada, que apenas aperfeiçoar-se-á com o nascimento. Os natalistas sustentam ainda a tese de que os direitos dos nascituros são abordados de forma taxativa na codificação cível brasileira, e não de modo exemplificativo, como defendem os concepcionistas.²³

Já a teoria da personalidade condicional sustenta que o nascituro é uma pessoa por vir ou uma pessoa condicional. O aperfeiçoamento de sua personalidade encontra barreira em uma condição suspensiva: o nascimento com vida. Neste sentido, o feto é uma pessoa virtual ou uma pessoa ainda em formação que a lei põe a salvo numa vasta gama de direitos, em especial os direitos da personalidade, como exemplo, o direito ao nome. Em Minas Gerais, é dado aos pais a faculdade de nomear o nascituro e fazer constar no registro, conforme o artigo 537 do Provimento 260/13 da CGJMG, transcrito a seguir, no art. 537: “O registro de natimortos será feito no Livro “C – Auxiliar” e conterà, no que couber, os elementos de registro do nascimento e do óbito, facultando-se aos pais dar nome ao natimorto”²⁴.

Para engrossar a trama ainda é necessário considerar outro fator, o pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), que o Brasil é signatário desde 1992 que também trata do conceito de pessoa e personalidade, *in verbis*: “Art. 1º, n. 2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano. (...) Art. 3º. Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica”.²⁵

²³ FALCÃO. Rafael de Lucena. **A personalidade jurídica do nascituro**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12463&revista_caderno=7. Acesso em: 11/02/2015 apud SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

²⁴ MINAS GERAIS. **CGJMG Provimento 260/13**. Codifica os atos normativos da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais relativos aos serviços notariais e de registro. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/data/files/FC/52/8E/A6/6B8DD410BCE51AD40D4E08A8/Provimento%20n-260.CGJ.2013%20-%20Codigo%20de%20Normas%20-%20Extrajudicial.pdf> Acesso em: 15/04/2015.

²⁵ COSTA RICA. **Convenção americana de Direitos Humanos (1969)**. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 12/02/2015.

No julgamento da ADI 3510/DF, o STF decidiu que inexistente ofensa ao direito à vida na manipulação e utilização de embriões excedentários para fins de pesquisas terapêuticas. Ressaltaram também que as pesquisas embrionárias não caracterizam aborto. Segundo o acórdão da referida ADI:

O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque *nativiva* (teoria “natalista”, em contraposição às teorias “concepcionista” ou da “personalidade condicional”). E quando se reporta a “direitos da pessoa humana” e até dos “direitos e garantias individuais” como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais “à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica...

Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança (“*in vitro*” apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível ...

O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.²⁶

Os Ministros do STF proferiram polêmicas alegações sobre o início da vida e da personalidade, neste julgamento. O Ministro Carlo Ayres Brito parece entender que a vida inicia-se a partir da fecundação, segundo ele:

“(...) não se nega que o início da vida humana só pode coincidir com o preciso instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino. (...) Não há outra matéria-prima da vida humana ou diverso modo pelo qual esse tipo de vida animal possa começar, já em virtude de um intercurso sexual, já em virtude de um ensaio ou cultura em laboratório. Afinal, o zigoto enquanto primeira fase do embrião humano é isso mesmo: o germe de todas as demais células do homínídeo (...)”.²⁷

²⁶ BRASIL, **ADI 3510/DF**, Relator Min. AYRES BRITTO, j. 29/05/2008, Tribunal Pleno, DJe-096 27-05-2010. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginador_pub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723. Acesso em: 11/02/15.

²⁷ Idem, *ibidem*.

Ainda que a polémica sobre quando a vida de fato se inicia continue, não se pode olvidar que a Lei 11.105/05 está em perfeito vigor e é constitucional.

2.2 O conteúdo do direito da personalidade

É impossível delimitar a totalidade dos direitos da personalidade, uma vez que tudo aquilo que decorre da característica de pessoa humana pode ser considerado um direito da personalidade. De acordo com De Cupis:

“Na linguagem jurídica corrente, essa designação é reservada àqueles direitos subjetivos, cuja função, relativamente à personalidade, é especial, constituindo o *minimum* necessário e imprescindível ao seu conteúdo. Por outras palavras, existem certos direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo — o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal”²⁸

Os direitos decorrentes da personalidade são inerentes a todas as pessoas. Eles possuem características e sistematização próprias. Com o intuito de perquirir se o direito ao gênero pode, de fato, ser considerado um direito da personalidade, serão apresentadas, a seguir, algumas características dos direitos da personalidade, tradicionalmente aceitas pela doutrina de direito civil, são elas:

- a) Indisponibilidade. Não é possível que o destinatário deste direito disponha (negocie) os direitos da personalidade.
- b) Perpetuidade. Os direitos da personalidade acompanham toda a vida da pessoa, sendo que o início e o fim da personalidade coincidem com o início e o fim da vida.
- c) Oponibilidade *Erga Omnes*. O direito da personalidade é oponível e deve ser respeitado por todos.
- d) Intransmissibilidade. Os direitos da personalidade são de titularidade de determinada pessoa e não podem ser transferidos para terceiros.

²⁸ DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Lisboa: Livraria Moraes, 1961, p. 17.

- e) Não patrimonialidade. O conteúdo do direito não é economicamente mensurável.
- f) Impenhorabilidade. O direito da personalidade não está sujeito ao processo de execução judicial.
- g) Irrenunciabilidade. Os direitos da personalidade não estão sujeitos à renúncia, podendo o seu exercício ser temporariamente renunciado e sofrer limitação voluntária excepcionalmente
- h) Imprescritibilidade. O não exercício do direito da personalidade não implica na sua extinção.
- i) Universalidade. Os direitos da personalidade são inerentes a todas as pessoas.

Nota-se que nenhuma das características do conteúdo dos direitos da personalidade são incompatíveis com o direito ao gênero.

2.3 Direitos da personalidade e direitos de gênero

O estudo dos gêneros não é, de maneira nenhuma, um estudo estritamente jurídico. Há muito tempo, grandes filósofos debruçam seu pensamento na análise dos gêneros. A filosofia e o estudo dos fatos em geral vão oscilar na tratativa do assunto. O posicionamento de Nietzsche sobre a irrelevância da diferenciação dos gêneros é ligado ao direito e corrobora com as teses levantadas nesta dissertação. Segundo ele:

Quando o homem atribuía um sexo a todas as coisas, não via nisso um jogo, mas acreditava ampliar seu entendimento: – só muito mais tarde descobriu, e nem mesmo inteiramente ainda hoje, a enormidade desse erro. De igual modo o homem atribuiu a tudo o que existe uma relação moral, jogando sobre os ombros do mundo o manto de uma significação ética. Um dia, tudo isso não terá nem mais nem menos valor do que possui hoje a crença no sexo masculino ou feminino do Sol.²⁹

²⁹ NIETZSCHE, Friedrich. **Aurora**: texto integral. São Paulo: Escala, 2014, p.23.

A busca pela igualdade entre homens e mulheres não é recente. Nos primórdios da espécie humana, o homem sempre ostentou vantagem por ser fisicamente mais forte, no entanto, com o avanço tecnológico e mecanização de atividades, essa vantagem começou a ceder. Segundo Mariah Sá Barreto:

A luta pela igualdade entre homens e mulheres não é recente. Porém, foi a partir do século XX que a militância feminista ganhou voz e teve seu ápice entre os anos 60 e 80, com o movimento de contracultura e as manifestações hippies. No Brasil, ela teve importante participação na luta contra o regime militar, ainda que na clandestinidade, e com o tempo, foi amadurecendo e se consolidando como importante força político-social.

A exploração do homem pelo homem começou com a exploração da mulher pelo homem. O machismo é a opressão mais antiga que conhecemos e, portanto, a mais arraigada. O patriarcado pode ser tido como uma das bases da nossa estrutura social e para quebrá-la será necessária uma revolução cultural, política, social, sexual e artística. E, se quisermos uma revolução em prol do fim da exploração da mulher, teremos que promover o protagonismo da mulher. Não podemos engatar mais uma revolução liderada por homens, afinal, eles já protagonizam tudo. A história é contada sob o ponto de vista dos homens, e não das mulheres.³⁰

Trata-se de uma revolução silenciosa com a inserção gradual da mulher no mercado de trabalho, como pilar da família, na coordenação de empresas, e com o aumento do grau de escolaridade feminino.

Se outrora a mulher já foi equiparada ao incapaz e o marido era legalmente declarado o chefe da sociedade conjugal³¹, hoje, de maneira genérica, a Constituição da República estabelece a igualdade entre os homens e as mulheres,

³⁰ BARRETO. Mariah de Sá. **A luta feminista e a busca pela igualdade de gênero**. Disponível em: http://estatico.cnpq.br/porta1/premios/2013/iq/pdf/ganhadores_9edicao/Categoria_EnsinoMedio/UF/MaariahSaBarretoGama.pdf. Acesso em: 18/02/2015.

³¹ "Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos (arts. 240, 247 e 251).

Compete-lhe:

I - A representação legal da família;

II - a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher que ao marido incumbir administrar, em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto, antenupcial (arts. 178, § 9º, nº I, c, 274, 289, nº I e 311);

III - o direito de fixar o domicílio da família ressalvada a possibilidade de recorrer a mulher ao Juiz, no caso de deliberação que a prejudique;

IV - prover a manutenção da família, guardadas as disposições dos arts. 275 e 277".

"Art. 242. A mulher não pode, sem autorização do marido (art. 251):

I - praticar os atos que este não poderia sem consentimento da mulher (art. 235);

II - Alienar ou gravar de ônus real, os imóveis de seu domínio particular, qualquer que seja o regime dos bens (arts. 263, ns. II, III e VIII, 269, 275 e 310);

III - Alienar os seus direitos reais sobre imóveis de outrem;

IV - Contrair obrigações que possam importar em alheação de bens do casal".

BRASIL. **Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962**. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: <http://www3.dataprev.gov.br/SISLEX/paginas/42/1962/4121.htm>. Acesso em: 18/02/2015.

de maneira que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos da Constituição (art. 5º, I, CR/88).

No entanto, em contemplação ao princípio da igualdade material, ser parte de um determinado gênero altera as relações jurídicas, por exemplo, as mulheres e os eclesiásticos ficam isentos do serviço militar obrigatório em tempo de paz, sujeitos, porém, a outros encargos que a lei lhes atribuir (art. 143, § 2º, CR/88). A mulher possui, por exemplo, o mercado de trabalho protegido (art. 7º, XX, CR/88), o prazo para aposentadoria voluntária para as mulheres é reduzido (art. 40, III, a e b, CR/88), além de ter prioridade no atendimento do programa “Minha casa, minha vida” (art. 3º, IV, Lei 12.424/11).³²

O direito tende a buscar equilíbrio de forças entre os mais fracos. A seleção dos excluídos parece evoluir com o tempo. As mulheres, por muito tempo, foram, e de uma maneira mais abrandada ainda são, excluídas de uma vasta gama de direitos e prerrogativas. Diversas medidas protetivas, porém, foram aplicadas, como a proteção do trabalho feminino e contra a violência física, psicológica, econômica, sexual, entre outras.

A Conferência Mundial dos Direitos Humanos, realizada em Viena, Áustria, em junho de 1993, no artigo 18 de sua Declaração, prevê que:

“Os direitos humanos das mulheres e das meninas são inalienáveis e constituem parte integrante e indivisível dos direitos humanos universais [...]. A violência de gênero e todas as formas de assédio e exploração sexual [...] são incompatíveis com a dignidade e o valor da pessoa humana devem ser eliminadas [...] Os direitos humanos das mulheres devem ser parte integrante das atividades das Nações Unidas [...], que devem incluir a promoção de todos os instrumentos de direitos humanos relacionados à mulher”³³

³² O programa “Minha casa, minha vida” possui forte predileção nas concessões de benefícios a pessoas do sexo feminino, como exemplo, cita-se o art. 73 - A da referida lei, *in verbis*, “Art. 73 - A. Excetuados os casos que envolvam recursos do FGTS, os contratos em que o beneficiário final seja mulher, chefe de família, com renda familiar mensal inferior a R\$ 1.395,00 (mil, trezentos e noventa e cinco reais), no âmbito do PMCMV ou em programas de regularização fundiária de interesse social promovidos pela União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, poderão ser firmados independentemente da outorga do cônjuge, não se lhes aplicando o disposto nos arts. 1.647 a 1.649 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil.”
BRASIL. LEI Nº 12.424, DE 16 DE JUNHO DE 2011. Altera a Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida - PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas, as Leis nºs 10.188, de 12 de fevereiro de 2001, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 4.591, de 16 de dezembro de 1964, 8.212, de 24 de julho de 1991, e 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil; revoga dispositivos da Medida Provisória nº 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências.

Em outro sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, partindo de uma perspectiva de gênero estabelece que:

“XV. Todos os seres humanos têm direito à autodeterminação no exercício da sexualidade, incluindo o direito ao prazer físico, sexual e emocional, o direito à livre orientação sexual, o direito à informação sobre sexualidade e o direito à educação sexual.

[...]

XVII. Todas as pessoas têm direito à saúde sexual e reprodutiva, num contexto de bem-estar físico, mental e social que garanta a harmonia com seu entorno e não apenas a ausência de doença. A saúde sexual implica em que as pessoas estejam habilitadas para ter uma vida sexual satisfatória e segura”

A luta feminista está longe do fim, mas as mulheres vêm alcançando um posicionamento social cada vez mais favorável, tornando o discurso de desigualdade “natural” cada vez mais obsoleto. Na verdade, o discurso feminista vem ganhando um número crescente de adeptos do gênero masculino. Ao dissertar sobre a necessária participação masculina na luta feminista, Jones nos elucida que:

Antes de avaliar como os homens podem melhor falar em favor das mulheres, vale a pena olhar para a escala da opressão de gênero. As estatísticas revelam que parece ser uma campanha de terror. De acordo com a Organização Mundial de Saúde, mais de um terço das mulheres em todo o mundo têm sofrido violência de um parceiro ou de violência sexual de outro homem. A ONU estima que cerca de 133 milhões de meninas e mulheres sofreram mutilação genital feminina, e acredita que quase todos os 4,5 milhões de pessoas “forçadas à exploração sexual” são meninas e mulheres. Na Grã-Bretanha, cerca de 1,2 milhões de mulheres sofrem violência doméstica de um ano, 400.000 são agredidas sexualmente, e 85.000 são estupradas: mais uma vez, a miséria infligida por homens contra as mulheres em uma escala maciça.

Mas como os homens vão falar sobre uma forma de opressão de que se beneficiam? [...] O debate nacional é formado por homens; questões são priorizadas por homens e o prisma através do qual são analisados é decidido pelos homens.

No entanto, os homens só vão parar de matar, estuprar, ferindo e oprimindo as mulheres, se eles mudarem. Isso significa abordar atitudes dentro de suas fileiras que tornam possíveis a objetificação das mulheres, por exemplo, ou que normalizam a violência contra as mulheres. Temos que ser humildes: para ouvir e aprender. Mas a

menos que os homens falem para fora, a pandemia da violência contra as mulheres continuará.³⁴

Sem querer tornar o feminismo em um machismo das mulheres, a luta deste movimento é essencialmente por igualdade (jurídica, sexual, financeira, política, familiar) entre a espécie humana. E tal luta, ainda em curso, já mostra diversos resultados positivos. Dados do governo brasileiro mostram que 55,5% dos matriculados nas instituições de ensino superior são mulheres, e dos alunos concluintes, 59,2% são mulheres.³⁵

Um dos grandes nomes no estudo do gênero e do feminismo, Lauren Wilcox, da Universidade de Minnesota e da Universidade de Cambridge, nos ensina que:

As feministas desagregam corpos e assuntos através do conceito de gênero: este conceito representa um questionamento da correspondência entre corpos sexuados de homens e mulheres e construções ideacionais de mulheres e homens nas práticas de representação. As feministas têm reconhecido a relação entre a materialidade dos corpos e a sociabilidade das práticas de representação como uma das principais preocupações em termos de garantia para acabar com a subordinação de gênero. Daí o problema "sistema sexo-gênero", um conceito que feministas têm usado para diferenciar o conceito natural/biológico do sexo e do conceito social/cultural do gênero. Esta formulação é útil para analisar o trabalho de discursos de gênero criado em segurança internacional, especialmente aqueles que se afirmam contra várias deficiências biológicas da mulher como justificativa para sua exclusão do reinos tradicionais de política internacional.³⁶

³⁴ JONES. Owen. **Why more men should fight for women's rights**. New York: The guardian. Disponível em: <http://www.theguardian.com/commentisfree/2015/feb/24/men-women-masculinity-feminism>. Acesso em: 05/03/2015. Livre-tradução de: Before assessing how men can best speak out in support of women, it's worth looking at the scale of gender oppression. The statistics reveal what looks like a campaign of terror. According to the World Health Organisation, over a third of women globally have suffered violence from a partner or sexual violence from another man. The UN estimates that about 133 million girls and women have suffered female genital mutilation, and believes that nearly all of the 4.5 million people "forced into sexual exploitation" are girls and women. In Britain, about 1.2 million women suffer domestic violence a year, 400,000 are sexually assaulted, and 85,000 are raped: again, misery inflicted by men against women on a mass scale. But how do men speak out about a form of oppression from which they benefit? The national debate is shaped by men; issues are prioritised by men and the prism through which they are analysed is decided by men. What a farce it would be if men began to dominate the debate about men's oppression of women. Yet men will only stop killing, raping, injuring and oppressing women if they change. That means tackling attitudes within their ranks that make possible the objectification of women, for instance, or which normalise violence against women. The White Ribbon Campaign is one example, attempting to transform men's attitudes towards such violence. Unless men speak out, such attitudes will persist and the terror against women will continue. We have to be humble: to listen and to learn. But unless men speak out, the pandemic of violence against women will continue.

³⁵ BRASIL. **Ministério da Educação**. (Censo 2013). Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/educacao/2014/09/ensino-superior-registra-mais-de-7-3-milhoes-de-estudantes>. Acesso em: 07/03/2015.

³⁶ WILCOX. Lauren. **Beyond Sex/Gender: the feminist body of security**. Cambridge: Politics and Gender 7, 2011. p 585. Livre tradução de feminists disaggregate bodies and subjects through the concept of gender: This concept represents a questioning of the correspondence between sexed bodies of men and women and ideational constructs of women and men in representational practices. Feminists have recognized the relationship between the materiality of bodies and the sociality of representational practices as a key concern in terms of securing an end to gender subordination. From this problem stems the "sex-gender system," a concept that feminists have

Alguns pesquisadores, como André de Carvalho-Barreto e Eros de Souza, visualizam uma relação bioecológica com a violência de gênero. A abordagem bioecológica concebe a violência de gênero como um fenômeno multidimensional embasado em uma interação de diversos fatores, de maneira que a complexidade do ambiente pode ser ou não mais propenso à violência. Segundo eles, emprega-se o modelo bioecológico como uma ferramenta heurística para organizar esses fatores em quatro níveis: pessoal, que compreende as características biológicas e psicológicas da pessoa; processual, que envolve as interações interpessoais; contextual, que inclui os aspectos da rede de apoio social, da comunidade, da cultura da pessoa; e temporal, que corresponde à intrageracionalidade, intergeracionalidade e transgeracionalidade³⁷. Ainda segundo eles:

Uma perspectiva bioecológica sobre a violência contra a mulher promove uma melhor congruência das pesquisas sobre essa temática, propiciando que futuras investigações científicas possam ter uma visão mais ampla sobre esse fenômeno. A multidimensionalidade que o modelo de Bronfenbrenner traz reforça ainda mais que a intervenção contra a violência não deve ocorrer apenas em parâmetros de políticas públicas ou melhorias nos programas de atendimento à vítima e ao agressor, mas em todos os níveis de relação interpessoal dos homens e das mulheres, envolvendo a participação da sociedade civil, das instâncias governamentais e das instituições nacionais e internacionais.³⁸

A marcha das vadias é um dos exemplos da luta feminista mais moderna. Segundo Semíramis, embora já tenha sido obtida a igualdade jurídica entre homens e mulheres, às mulheres ainda é negado o direito à autonomia, especialmente em relação à sua sexualidade e aparência. As “marchas das vadias”, movimentos que vêm ocorrendo no mundo, problematizam essa questão e indicam o caminho para efetivar a liberdade das mulheres. A “marcha das vadias” é feminista, pois denuncia o tratamento desigual para homens e mulheres. Um homem ou menino que sofra

used to differentiate between the natural/biological concept of sex and the social/cultural concept of gender. This formulation is certainly useful for analyzing the working of gendered discourses in international security, especially against those who would assert various biological deficiencies of women as justification for their exclusion from traditional realms of international politics.

³⁷ CARVALHO-BARRETO, André de; SOUZA, Eros de. **Desenvolvimento humano e violência de gênero: uma integração bioecológica**. Human development and gender violence: a bioecological integration. *Psicologia: Reflexão e Crítica*, 22(1), p. 86-92. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/prc/v22n1/12.pdf>. Acesso em: 01/04/2015.

³⁸ Idem, *ibidem*.

violência sexual não é acusado de ter merecido a violência por causa de suas roupas. No entanto, uma mulher ou menina vai ser sempre questionada sobre suas roupas, maquiagem ou consumo de bebidas alcoólicas. É importante destacar o caráter feminista das Marchas das Vadias, pois o que se divulga na mídia, atualmente, é que o movimento feminista é inexistente ou desnecessário. O teórico assevera ainda que não há dúvidas de que as mulheres estão insatisfeitas com a situação em que vivem. Apesar de terem a igualdade de direitos na lei, no cotidiano, essa igualdade é condicionada ao controle da sexualidade feminina. As mulheres perdem autonomia: elas não podem decidir a forma de exercer sua sexualidade, sendo sutilmente forçadas a escolher entre dois modelos bastante excludentes.³⁹

Talvez, no futuro, o avanço da igualdade entre os gêneros leve a uma igualdade neutralizadora, em que será dispensável e sem sentido a divisão binária entre homem e mulher. O gênero, devido a suas características (como indisponibilidade, perpetuidade, não patrimonialidade, universalidade, etc), pode ser considerado um dos direitos da personalidade ligados à identidade pessoal. Assim como todos os direitos da personalidade são reflexos da dignidade humana, são também foco de proteção do estado democrático de direito. Ao configurar os direitos de gênero como um dos direitos da personalidade, as lutas por igualdade ganham mais um aliado: o dano moral. Ao macular os direitos da personalidade surge uma forma específica de reparação deste dano, que por suas características é denominada de dano moral. De acordo com Carlos Alberto Bittar, qualificam-se como morais os danos em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade em que repercute o fato violador, havendo-se, portanto, como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social).⁴⁰

Essencialmente, o dano moral torna patrimonial a reparação de um dano essencialmente extrapatrimonial. Ao quantificar a quantidade do dano sofrido, busca-se reparar o dano sofrido. Assim, têm-se mais uma arma na busca de igualdade entre os gêneros, pois poucos estímulos funcionam tão bem quanto o financeiro. Com mais este reforço, a igualdade de gêneros pode deixar de ser uma

³⁹ SEMÍRAMIS, Cyntia. **Marcha das vadias**: a marcha pela liberdade das mulheres. Disponível em: <http://cynthiasemiramis.org/2012/01/31/a-marcha-pela-liberdade-das-mulheres/>. Acesso em: 22/06/2015.

⁴⁰ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 41.

utopia e começar a se tornar uma realidade protegida desde o surgimento da personalidade jurídica. Assim, o machismo custará cada dia mais caro.

3 OS DIREITOS LIGADOS AO GÊNERO

Será demonstrada a seguir a evolução do tratamento dos gêneros, com o intuito de evidenciar o percurso de equalização entre os gêneros existentes, com a finalidade de demonstrar a eventual possibilidade de neutralização das diferenças entre eles e a promoção do terceiro gênero.

3.1 Os direitos de gênero sob a ótica do direito brasileiro

Desde o nascimento, aos homens e às mulheres são apresentados caminhos diferentes. O fato de ser biologicamente homem, ou de ser mulher, já configura um traçado sociopolítico e jurídico distinto, tendo em vista que a dogmática jurídica é essencialmente encaixotadora.

Enquanto as diferenças entre os gêneros masculino e feminino persistem e são facilmente notadas, uma gama especial de direitos surge para a proteção das diferenças entre os dois gêneros até então considerados dessa forma.

Tal diferenciação vem de longa data no Brasil. Relatos históricos já apontam que as escravas eram vendidas por um valor inferior ao dos escravos no país, pois normalmente eram adquiridas para realização de afazeres domésticos. Por serem mais baratas, possuírem maior sobrevida e serem muito úteis, as mulheres rapidamente se tornaram maioria entre os escravos.

Segundo Juliana Barreto de Farias:

Em termos de distribuição ocupacional, por conseguinte, a população escrava no Rio de Janeiro encontrava-se, em sua maioria, alocada nos chamados “serviços domésticos”. Nesse cenário, caracterizado pela presença de escravidão nos lares, as mulheres formaram sempre o seguimento majoritário. Ainda de acordo com a análise dos dados do censo de 1872, nota-se que do conjunto de 22.843 escravos domésticos existentes 14.185 (62,09%) eram do sexo feminino.⁴¹

⁴¹ FARIAS, Juliana Barreto; GOMES, Flávio. **Mulheres negras do Brasil escravista e pós-emancipação**. São Paulo: Selo Negro, 2012. p. 246.

Na primeira declaração jurídica de existência da pessoa natural, o registro civil de nascimento, já há uma separação entre os gêneros e de tudo o que dele decorre, como, por exemplo, o nome. Uma vez configurado como do gênero masculino ou feminino, é necessário atribuir um nome que seja compatível com tal estado, sendo que o nome que não é compatível com o gênero, nem identifica um gênero, é considerado como constrangedor, nos termos do parágrafo único do artigo 56 da Lei 6015/73 (Lei de Registros Públicos)⁴². Segundo pesquisa anterior observa-se que, são exemplos de nomes que podem ser considerados constrangedores e suscetíveis de expor os seus portadores ao ridículo:

- a) Nomes que não correspondem ao sexo do titular ou que possam causar dúvida nessa identificação. Ex.: Jaci, Ivanir, Têmis, Valdete, Dalas, Iacy, Suzely, Sirley, Rhaine, Suzely, Edulaci, Lindamar, Teorizes, Rayone, Walderei.
- b) Estrangeirismos ou prenomes estrangeiros incorretamente grafados: Dieque (Jack), Deivisson (Davidson), Wochton (Washington), Dayanny (Diane), Carolynny (Caroline), Eltondione (Elton John), Ueliton (Wellington) e Dieferson (Jefferson); Wooton, Keirrisson, Kimarrison, Wallyson, Leanderson, Massilon, Keitielen e Marwesley.
- c) Palavras impronunciáveis: Gueythysymanyny, Gcaresa, Elienhenidgdisney Clenierlss, Kimbheruy, Wberdan, Biliuennkley Whigts;⁴³

A implantação de uma teoria que supere a divisão masculino/feminino é calcada no embate de uma grande gama de institutos jurídicos, e o nome, conforme visto acima, é somente um deles.

Recentemente, foi promulgada no Brasil a Lei 13.104/2015, que altera o artigo 121 do Código Penal, e, com isso, o feminicídio passa a ser crime hediondo. Pelo citado diploma normativo, foi tipificado o crime de feminicídio, quando consiste no crime de homicídio qualificado por razões da vítima ser do sexo feminino, e possui pena de reclusão de 12 a 30 anos, maior do que a do homicídio comum. Conforme explicita a própria norma, considera-se que há razões de condição de

⁴² Art. 56. Parágrafo único. Os oficiais do registro civil não registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores. Quando os pais não se conformarem com a recusa do oficial, este submeterá por escrito o caso, independente da cobrança de quaisquer emolumentos, à decisão do Juiz competente.

⁴³ ROWEDER, Rainer Jerônimo. **O novo direito ao nome civil**. (The new right to a civil name). Marília: Em tempo, 2012. p. 201.

sexo feminino quando o crime envolve a violência doméstica e familiar e o menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

De acordo com o noticiado pelo site Conjur:

Durante a cerimônia que marcou a sanção do texto no Palácio do Planalto, com a presença de representantes dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, Dilma afirmou que 15 mulheres são mortas por dia no Brasil e, por conta disto, a lei representava um passo importante na luta contra este tipo de violência. “O Estado brasileiro assumiu, de forma conjunta, uma posição clara contra a violência que recai sobre as mulheres. Esse é um passo muito importante”, disse a presidente.⁴⁴

Trata-se de mais uma tentativa do ordenamento brasileiro de proteger o gênero feminino das suas desvantagens físicas, dando-se maiores garantias as mulheres na tentativa de equilibrar a balança entre os dois gêneros considerados como existentes.

Além da proteção penal citada, a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06), que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição da República de 1988, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal, e dá outras providências, que vieram para reforçar o combate a desigualdade de gêneros.

Segundo o artigo da citada Lei, toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

Tal Lei se tornou um símbolo da proteção feminina no Brasil. Apesar do seu foco ser a violência doméstica, a disseminação da informação e da existência da

⁴⁴ DILMA sanciona lei que classifica feminicídio como crime hediondo. **Revista Consultor Jurídico**, 9 mar. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mar-09/dilma-sanciona-lei-classifica-femicidio-crime-hediondo>. Acesso em: 11/03/2015.

proteção estatal da mulher foi um dos grandes ganhos da sociedade brasileira. Segundo a agência de notícia, o instituto Patrícia Galvão:

Sete anos após a criação da Lei Maria da Penha, 56% dos entrevistados dizem conhecer ao menos uma mulher que já sofreu agressão do marido ou namorado, em levantamento do instituto de pesquisas Data Popular para o instituto Patrícia Galvão, dedicado a questões femininas.

A pesquisa foi realizada com 1.501 entrevistados, maiores de 18 anos, em cem municípios de todas as cinco regiões do país.

O conhecimento de alguma mulher vítima de violência pela parceiro é mais comum nas classes mais ricas, A e B: 63%. As classes C (54%), D e E (53%) têm proporções praticamente iguais.

Entre todos os entrevistados, somente 2% disseram nunca ter sequer ouvido falar da Lei Maria da Penha. Apesar disso, 85% deles acham que a Justiça não pune os agressores como deveria.⁴⁵ (Grifo nosso).

A fraqueza fática da mulher frente ao homem deve ser demonstrada para a aplicação da legislação mais protetiva. Ressalte-se que, para a aplicação da Lei Maria da Penha, é necessário que a mulher encontre-se em situação de vulnerabilidade. Se ela for, por exemplo, mais forte que o possível agressor ou dominar alguma arte marcial e não depender do mesmo para a sua sobrevivência, a proteção desta Lei não será aplicada. Caso a mulher seja completamente emancipada do seu marido, namorado, companheiro, ou o que o valha, a também Lei não será aplicada. Neste sentido já decidiu o STJ, uniformizando a jurisprudência:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PENAL. JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL E JUIZ DE DIREITO. CRIME COM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA MULHER. AGRESSÕES MÚTUAS ENTRE NAMORADOS SEM CARACTERIZAÇÃO DE SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE DA MULHER. INAPLICABILIDADE DA LEI Nº 11.340/06. COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. 1. Delito de lesões corporais envolvendo agressões mútuas entre namorados não configura hipótese de incidência da Lei nº 11.340/06, que tem como objeto a mulher numa perspectiva de gênero e **em condições de hipossuficiência ou vulnerabilidade** [...]. 2. No caso, não fica evidenciado que as agressões sofridas tenham como motivação a opressão à mulher, que é o fundamento de aplicação da Lei Maria da

⁴⁵ MAIORIA diz que conhece mulher vítima de agressão. In: **Instituto Maria da Penha**. Disponível em: <http://www.mariadapenha.org.br/index.php/9-artigos-de-noticias/8-maioria-diz-que-conhece-mulher-vitima-de-agressao>. Acesso em: 12/03/2015.

Penha. Sendo o motivo que deu origem às agressões mútuas o ciúme da namorada, não há qualquer motivação de gênero ou situação de vulnerabilidade que caracterize hipótese de incidência da Lei nº 11.340/06. O 3. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito do Juizado Especial Criminal de Conselheiro Lafaiete/MG.⁴⁶ (grifo nosso).

Apesar de a sua gênese ter sido focada na proteção feminina, ocorreu uma ampliação doutrinária e jurisprudencial do seu objeto, abarcando também os casais homoafetivos. Este foi o entendimento da juíza do Mato Grosso, Alice Luciane Ribeiro Viana, que ao julgar o processo, nº 6670-72.2014.811, que tramita em segredo de justiça, entendeu que não obstante o diploma legal em comento atinar expressamente a violência doméstica e familiar contra a mulher, no lastro da mais atualizada doutrina a respeito da matéria, é possível conceder medida protetiva de urgência prevista, de forma expressa na Lei n. 11.340/06, a qualquer pessoa que esteja vulnerável em razão de espécie de violência doméstica e familiar. Aludido permissivo se pauta, de igual modo, no poder geral de cautela do magistrado, de forma a salvaguardar o ofendido de possíveis investidas delituosas por parte do outrora companheiro. Nesse sentido, colha-se a elogiosa lição de Maria Berenice Dias, segundo a qual “a Lei Maria da Penha, de modo expresso, enlaça ao conceito de família as uniões homoafetivas”, sendo certo que “o parágrafo único do art. 5º reitera que independem de orientação sexual todas as situações que configuram violência doméstica e familiar”. E acrescenta: “Como já foram mencionados anteriormente, os incisos do art. 5º da Lei nº 11.340/06 enumeram o campo de abrangência da Lei, quais sejam: âmbito doméstico, âmbito familiar ou relação íntima de afeto. É vital que se leve em consideração que, quando a lei fala de “qualquer relação íntima de afeto”, ela está se referindo tanto a casais heterossexuais, quanto a casais homossexuais.”⁴⁷

No mesmo sentido, o juiz de direito Osmar de Aguiar Pacheco, de Rio Pardo / RS, entendeu que, embora a Lei Maria da Penha tenha como objetivo original a proteção das mulheres contra a violência doméstica, pode ser aplicada em casos envolvendo homens. Segundo ele, “Todo aquele em situação vulnerável, ou seja,

⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **CC 96533/MG**. Relator Min. OG Fernandes. DJ de 05.12.2008. Disponível em: www.stj.jus.br Acesso em: 15/06/2015.

⁴⁷ BRASIL. **Processo nº 6670-72.2014.811**. Medida Protetiva. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/lei-maria-penha-gays.pdf>. Acesso em: 12/03/2015 apud DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

enfraquecido, pode ser vitimado. Ao lado do Estado Democrático de Direito, há, e sempre existirá, parcela de indivíduos que busca impor, porque lhe interessa, a lei da barbárie, a lei do mais forte. E isso o Direito não pode permitir!".⁴⁸

Já em meados de 2011, o juiz da 11^o vara criminal do Rio de Janeiro, Alcides da Fonseca Neto, decretou que o réu de um processo mantivesse uma distância de 250 metros do seu companheiro. Segundo testemunho, o autor sofreu várias agressões praticadas por seu companheiro durante os três anos em que estiveram juntos. A última foi registrada na madrugada de 30 de março, quando foi atacado com uma garrafa, lesionando seu rosto, perna, lábios e coxa. A vítima procurou o Ministério Público Estadual. Segundo os autos do inquérito, os atos de violência ocorriam habitualmente, e de acordo com autor, o réu teria também envolvimento com drogas. Como práxis em muitos casos de violência doméstica entre casais heterossexuais, o autor alega ter sido ameaçado, caso chamasse a polícia para relatar as agressões.⁴⁹

Ainda no tema da proteção masculina da Lei Maria da Penha, relata a mesma autora que o desembargador Dorival Renato Pavan, do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul (TJ-MS), em 19 de setembro de 2011, concedeu liminar em favor de um homem com base na Lei Maria da Penha, que prevê a proteção de mulheres agredidas por homens. A vítima, que está em processo de separação, afirmou sofrer diversas ameaças, agressões físicas e verbais, que o desmoralizavam perante o filho adolescente e colegas de trabalho. No juízo de primeira instância, o pedido liminar havia sido indeferido por não haver lei específica que trate dos direitos do , vohomem frente agressões por mulheres. O rapaz recorreu da decisão, que foi deferida pelo desembargador sob o argumento de que as provas processuais, como boletins de ocorrências e fotos dos ferimentos das brigas do casal, eram suficientes para conceder a liminar, a fim de evitar eventual revide por parte do homem.⁵⁰

Ou seja, até mesmo nas leis que mais protegem o sexo feminino já começa ocorrer uma ressignificação do objeto jurídico protegido, tornando a proteção de gênero específico dispensável, abarcando assim, homens e mulheres, reforçando o

⁴⁸ LEI Maria da Penha é aplicada a dois homens. **Revista Consultor Jurídico**. 26 fev. 2011. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-fev-26/juiz-rs-usa-lei-maria-penha-protoger-gay-ex-companheiro>. Acesso em: 12/03/2015.

⁴⁹ VOLTOTINI. Julia de Carvalho. **A aplicabilidade da Lei Maria da Penha diante das uniões estáveis homoafetivas à luz do atual ordenamento jurídico**. Blumenau: FURB, 2012. p. 51.

⁵⁰ Idem, ibidem, p. 50.

argumento da possibilidade de surgimento do terceiro gênero pela ampliação do objeto de proteção, desaguando, assim, em uma igualdade neutralizadora.

Outra área que reforça este argumento é a do casamento e da união estável. Tradicionalmente, a diferença entre os gêneros sempre foi considerada como elemento de existência do casamento e da união estável (mais forte que os elementos de validade e eficácia). Isto quer dizer que um casamento ou união estável realizado entre pessoas do mesmo gênero era sempre considerado inexistente, baseando-se nos ainda vigentes artigos 226, § 3º, da CR/88: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”⁵¹, e nos artigos 1514 e 1517 do Código Civil: “O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados” e “o homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil”.⁵²

No entanto, a Resolução 175 do CNJ, assinada pelo Ministro Joaquim Barbosa, prevê em seus três artigos que: “É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo”⁵³. A Resolução baseou-se em uma decisão anterior do STF, que reconheceu a inconstitucionalidade de distinção de tratamento legal às uniões estáveis constituídas por pessoas de mesmo sexo (ADPF 132/RJ e ADI 4277/DF). No corpo da decisão da ADPF 132/RJ, ficou assentado a proibição da distinção das pessoas em razão dos gêneros e do sexo, segundo a ementa de julgamento:

PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR

⁵¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 13/05/2015.

⁵² BRASIL. **Lei 10.406/2002. Institui o Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 11/04/2015.

⁵³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 175/2013**. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf Acesso em: 28/06/2015.

SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. [...]

A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese *sub judice*. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. [...]

Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.⁵⁴

Assim, a diferença entre os gêneros também se tornou irrelevante para o casamento e para a união estável.

Dita a Constituição da República que: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. (CR/88, art. 225)⁵⁵.

A Lei 9394/96, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, prevê que o ensino será ministrado com base no princípio do respeito à liberdade e apreço à tolerância.⁵⁶ No entanto, sistematicamente, percebe-se a criação de um muro que separa o masculino do feminino. Seja através da criação de códigos de cores, em que o azul é ligado ao homem e o rosa à mulher, em divisões de atividades “permitidas” para cada gênero, super-heróis diferentes, tudo isto reforça

⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 132**. Rio de Janeiro. 05/05/2011. Relator: Min. Ayres Britto. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 25/03/2015.

⁵⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 25/03/2015.

⁵⁶ BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9394.htm. Acesso em: 07/03/2015.

na criança um ideal de separação de gêneros. Com isto, cria-se a sensação de separação natural entre os gêneros, não criando espaços de criatividade nesta matéria. Apesar desta realidade ser a predominante em quase todos os espaços educacionais, novas perspectivas começam a surgir. De acordo com notícia veiculada pelo jornal Estadão, alguns colégios já incentivam a troca de informações entre os alunos sem criar a barreira de gênero. Segundo tal notícia:

No salão de cabeleireiro de mentirinha, João Pontes, de quatro anos, penteia a professora, usa o secador no cabelo de uma coleguinha e maquia a outra, concentradíssimo na função. Menos de cinco minutos depois, João está do outro lado da sala, em um *round* de luta com o colega Artur Bomfim, de cinco anos, que há pouco brincava de casinha.

Nos cantos da brincadeira do Colégio Equipe, na zona oeste de São Paulo, não há brinquedo de menino ou de menina. Todos os alunos da educação infantil — com idade entre três e cinco anos — transitam da boneca ao carrinho sem nenhuma cerimônia. [...]

A coordenadora pedagógica de Educação Infantil do Equipe, Luciana Gamero, explica: “Acreditamos que, ao não fazer essa distinção de gênero, ajudamos a derrubar essa dicotomia entre o que é tarefa de mulher e o que é atividade de homem.” A diretora pedagógica do Colégio Sidarta, Claudia Cristina Siqueira Silva, afirma:

— Temos uma civilização ainda muito firmada na questão do gênero e isso se manifesta de forma sutil. Quando uma mulher está grávida, se ela não sabe o sexo da criança, compra tudo amarelinho ou verde. Nesse contexto, a tendência é de que a criança, desde pequena, reproduza a visão de que menino não usa cor-de-rosa e menina não gosta de azul.⁵⁷

Assim, talvez uma educação que realmente considere a liberdade e o apreço à tolerância, de fato, esteja por vir.

3.2 A proteção do gênero sob uma perspectiva global

Ao redor do mundo, ao que tudo parece, os direitos de gênero vêm para proteger a mulher e tentar alcançar a igualdade entre os gêneros. Visam proteger o casamento, o emprego, a incolumidade física, sexual, mental e a independência feminina. Ou seja, a igualdade entre os gêneros toma frente nas garantias relativas

⁵⁷ BALMANT. Ocimara. **Bonecas são para menino? Em algumas escolas, sim.** Disponível em: <http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,bonecas-sao-para-menino-em-algumas-escolas-sim,1028463>
Acesso em: 29/03/2015.

aos direitos de gênero. Ressalvadas algumas exceções, não há muitas inovações e os estudos sobre a implantação de teorias inovadoras sobre o gênero ainda é muito incipiente. Mesmo nos países mais desenvolvidos, a busca pela igualdade ainda continua. Nota-se que a igualdade de gênero é algo que precisa ser conquistada e não é uma conquista que vem naturalmente na sociedade.

Na Irlanda, um dos mais desenvolvidos países europeus, de acordo com dados governamentais, a taxa de emprego dos homens situou-se em cerca de 75% nos últimos anos, mas, em 2009, caiu para 67,3%, caindo novamente para 63,3%, em 2011. A taxa de meta da União Europeia para as mulheres no emprego era de 60%, até 2010, uma meta que foi cumprida pela Irlanda em 2007 e 2008, mas, até 2011, a taxa de emprego das mulheres havia caído para 56%, mostrando uma diferença de gênero de 7,3 pontos percentuais.

A taxa de desemprego dos homens aumentou dramaticamente para 15,1% em 2009 e, desde então, aumentou para 17,5%, em 2011. A taxa de desemprego das mulheres, também aumentou acentuadamente em 2009, para 8,1%, e para 10,4%, em 2011. Para o grupo etário 20-24 anos, cerca de um terço dos homens e pouco mais de um quinto das mulheres, estavam desempregados em 2011. Homens trabalhavam em média 39,4 horas por semana, em 2011, em comparação com 30,6, para as mulheres. Além disso, os homens casados estavam trabalhando mais horas do que as mulheres casadas. Os homens eram mais propensos a ter a força de trabalho do que as mulheres, na Irlanda, em 2011. Eram pouco menos de sete em cada dez homens, com mais de 15 horas no trabalho ou desempregadas, enquanto pouco mais da metade das mulheres estavam na força de trabalho. Mais de meio milhão de mulheres, em 2011, foram cuidar da casa / família, em comparação com apenas 9.600 homens. Havia 851.300 mulheres e 970.000 homens empregados na Irlanda em 2011.⁵⁸

Alguns dados, no entanto, já são mais positivos para as mulheres do que para os homens. Por exemplo, na Irlanda, as mulheres são mais propensas a ter uma qualificação de nível superior. Mais de metade, ou seja, (53%) das mulheres, com idade entre 25-34 anos, tem uma qualificação de terceiro nível em comparação com cerca de quatro em cada dez homens (39%) nesta faixa etária. A expectativa de vida

⁵⁸ WHAT is gender equality? In: **United Nations Population Fund**. Disponível em: <http://www.genderequality.ie/en/GE/Pages/WhatisGE> Acesso em: 08/04/2015.

para as mulheres em Portugal era de 81,6 anos, em 2006, quase cinco anos a mais do que a expectativa para os homens, que era de 76,8 anos.⁵⁹

Os direitos de igualdade de gênero são considerados pela UNFPA (United Nations Population Fund) como um dos direitos humanos. Segundo esta entidade internacional, a igualdade de gênero é também uma pré-condição para o avanço do desenvolvimento e redução da pobreza: mulheres capacitadas contribuem para a saúde e a produtividade das famílias e comunidades inteiras, e melhoram as perspectivas para a próxima geração.

Ainda assim, apesar da evidência sólida que demonstra a centralidade do empoderamento das mulheres para reduzir a pobreza, promover o desenvolvimento e enfrentar os desafios mais urgentes do mundo, a igualdade de gênero continua a ser uma promessa não cumprida. A igualdade de gênero não pode ser alcançada sem o envolvimento de homens e meninas. Mas a mudança está lentamente tomando lugar, e os homens estão cada vez mais trabalhando ao lado das mulheres no apoio à igualdade de gênero e empoderamento das mulheres e meninas.

Hoje, é amplamente reconhecido uma melhoria na condição das mulheres e um avanço dos seus direitos, o que traz benefícios para as sociedades inteiras, não apenas as mulheres e meninas. A garantia do acesso aos serviços de saúde sexual e reprodutiva e a proteção contra a violência de gênero, entre outras medidas importantes, melhoram a saúde das famílias e o bem-estar econômico de comunidades inteiras.

A violência contra mulheres e meninas é uma das violações mais comuns dos direitos humanos no mundo e não conhece fronteiras sociais, econômicas ou nacionais. Ainda segundo a UNFPA, em todo o mundo, uma em cada três mulheres, uma irá experimentar abuso físico ou sexual durante a vida. A violência de gênero prejudica a saúde, a dignidade, a segurança e a autonomia de suas vítimas, no entanto, ainda permanece envolta em uma cultura de silêncio. Vítimas de violência podem sofrer consequências para a saúde sexual e reprodutiva, incluindo a gravidez forçada e indesejada, abortos inseguros, fístula traumática, infecções sexualmente transmissíveis, incluindo o HIV, e até mesmo a morte.⁶⁰

⁵⁹ Idem.

⁶⁰ NEWS on gender equality. In: **United Nations Population Fund**. Disponível em: <http://www.unfpa.org/gender-equality>. Acesso em: 08/04/2015.

Percebe-se que a igualdade de gênero é tratada com maior seriedade em alguns países, especialmente, os mais desenvolvidos. Até mesmo a iconografia é alterada, em alguns países, para amenizar o protagonismo masculino. Na cidade de Dortmund, na Alemanha, os sinais de trânsito foram modificados para incluir as mulheres como ícones da cidade (fotos disponíveis como anexo I, II e III).

Conforme noticiado em um jornal local alemão, o conceito de versões femininas dos semáforos, foram introduzidos pela primeira vez em 2004. Eles pretendem melhorar a segurança dos pedestres: porque as saias triangulares permitem mais luz no *display*. É possível encontrar a imagem das mulheres nos semáforos de diversas cidades por toda a Alemanha (incluindo Bremen, Colônia, Dresden, Kassel, Magdeburg e Zwickau), mas eles são, em grande parte, superados em número pelos seus homólogos masculinos. Segundo Katie Sola, para evitar gastar uma grande soma de dinheiro, as novas luzes seriam instaladas lentamente; a cada reparo necessário no semáforo, ele seria substituído por um símbolo mulher, até que os números se igualem.⁶¹ Isto denota que não só nos casos de violência, ou de grave exclusão, o Estado age, mas também no trabalho com o ideário da população. O tratamento do gênero na Alemanha é tão avançado que será tratado em um capítulo especial desta dissertação, ao tratar do terceiro gênero.

Nos Estados Unidos da América grandes pesquisa sobre a diferença de gênero já foram efetuadas. Estudos do governo norte-americano demonstram que, nos EUA, em média, as mulheres que trabalham em tempo integral ganham apenas 77 centavos para cada dólar que um homem ganha. Esta lacuna significativa é mais do que uma estatística, tem consequências reais na vida. Quando as mulheres, que compõem cerca de metade da força de trabalho, levam para casa menos dinheiro a cada dia, isso significa que elas têm menos para as necessidades cotidianas de suas famílias, e muito menos em poupança para a aposentadoria.⁶²

Apesar da aprovação da Lei de Igualdade de Remuneração de 1963 (Equal Pay Act of 1963), que exige que homens e mulheres no mesmo local de trabalho tenham igual remuneração⁶³, o "gap de gênero" persiste. Mulheres trabalhando em

⁶¹ SOLA, Katie. **Lighting the way to gender equality in Germany**. MASHABLE. Notícia de 15/11/2014.

⁶² UNDERSTAND the Basics. Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/issues/equal-pay#top>. Acesso em: 08/04/2015.

⁶³ Segundo livre tradução do citado diploma normativo norte americano:

(D) Proibição de discriminação sexual:

(1) Nenhum empregador, sem prejuízo das disposições da presente secção deve discriminar, dentro de qualquer estabelecimento em que esses trabalhadores são empregados, entre os funcionários com base no sexo,

tempo integral ganham apenas cerca de 77% dos seus homólogos masculinos. A diferença de remuneração é ainda maior para as mulheres afro-americanas e latinas. As mulheres afro-americanas ganham 64 centavos, e mulheres latinas ganham 56 centavos, para cada dólar ganho por um homem branco. Décadas de pesquisa mostram que não importa como você avalia os dados, pois sempre continua a haver uma diferença de remuneração – mesmo depois de considerar o tipo de trabalho, as pessoas que o fazem, ou qualificações pessoais: como educação e experiência – e os dados tendem a demonstrar a mesma realidade.⁶⁴

No entanto, percebe-se que, se hoje a situação denota uma grande desigualdade, ainda há um avanço, pois a mulher já foi socialmente, tanto na sociedade norte-americana quanto em outras nações, proibida de trabalhar. Nota-se também que a construção do gênero é cultural e cíclica. Muitas vezes as mulheres tomam as rédeas da condução social, especialmente em situações como guerras.

pagando salários aos empregados em tal estabelecimento, a uma taxa menor do que a taxa em que ele paga salários aos empregados do sexo oposto, de tal estabelecimento para trabalho igual em trabalhos cuja realização requer a mesma habilidade, esforço e responsabilidade, e que são realizadas em condições de trabalho semelhantes, exceto nos casos em que o pagamento seja feito em conformidade com o (i) um sistema de antiguidade; (ii) um sistema de mérito; (iii) um sistema que mede o lucro em quantidade ou qualidade da produção; ou (iv) um diferencial com base em qualquer outro fator que não seja sexo: desde que, o empregador que está a pagar um diferencial de taxa de salário em violação desta subseção não deve, de forma a cumprir com as disposições da presente subseção, reduzir a taxa de salário de qualquer funcionário.

(2) Nenhuma organização de trabalho, ou de seus agentes, que representa os trabalhadores de um empregador ter empregados, sem prejuízo das disposições da presente seção devem causar ou tentar causar tal empregador discriminar um funcionário em violação do n.º (1) desta subseção.

(3) Para fins de administração e execução, quaisquer montantes devidos a qualquer funcionário que tenha sido retido em violação desta subseção serão considerados salários mínimos não pagos ou compensação de horas extras não pagas nos termos do presente capítulo.

(4) Conforme utilizado nesta subseção, o termo "organização do trabalho", qualquer organização de qualquer tipo, ou qualquer agência ou funcionário comissão representação ou plano, em que os funcionários participem e que existe para o efeito, no todo ou em parte, de lidar com os empregadores em matéria de queixas, disputas trabalhistas, salários, taxas de remuneração, horas de trabalho, ou as condições de trabalho.

Texto original:

(D) Prohibition of sex discrimination.

(1) No employer having employees subject to any provisions of this section shall discriminate, within any establishment in which such employees are employed, between employees on the basis of sex by paying wages to employees in such establishment at a rate less than the rate at which he pays wages to employees of the opposite sex in such establishment for equal work on jobs the performance of which requires equal skill, effort, and responsibility, and which are performed under similar working conditions, except where such payment is made pursuant to (i) a seniority system; (ii) a merit system; (iii) a system which measures earnings by quantity or quality of production; or (iv) a differential based on any other factor other than sex: Provided, That an employer who is paying a wage rate differential in violation of this subsection shall not, in order to comply with the provisions of this subsection, reduce the wage rate of any employee.

(2) No labor organization, or its agents, representing employees of an employer having employees subject to any provisions of this section shall cause or attempt to cause such an employer to discriminate against an employee in violation of paragraph (1) of this subsection.

(3) For purposes of administration and enforcement, any amounts owing to any employee which have been withheld in violation of this subsection shall be deemed to be unpaid minimum wages or unpaid overtime compensation under this chapter.

(4) As used in this subsection, the term "labor organization" means any organization of any kind, or any agency or employee representation committee or plan, in which employees participate and which exists for the purpose, in whole or in part, of dealing with employers concerning grievances, labor disputes, wages, rates of pay, hours of employment, or conditions of work.

⁶⁴ Idem, ibidem.

Segundo Lais Lopes, citando Bilefsky, não é necessário voltar muito no tempo para verificar a fluidez dos papéis de gênero, mesmo em sociedades tradicionais, marcadas por normas sociais rígidas. Em pleno século XXI, nas regiões rurais da Albânia, vivem ainda verdadeiros “patriarcas nascidos mulheres”: em meio a guerras e na ausência de pai, irmão ou marido, as mulheres locais optaram por assumir a posição social de chefe de família, fizeram voto de virgindade vitalícia e abandonaram a possibilidade de casar-se e ter filhos. Portar armas, vestir-se e atuar como homem, foi também um modo que encontraram para alcançar uma liberdade até então vedada às mulheres.⁶⁵

3.2.1 O tratamento da questão dos gêneros no hinduísmo

Em algumas nações e em algumas religiões a evolução em busca de uma neutralidade no tratamento do gênero, em busca da igualdade, possui um patamar mais avançado.

O hinduísmo, por exemplo, que é a principal religião da Índia, nação com mais de um bilhão de habitantes, é uma união de crenças com estilos de vida. Uma análise detida do tratamento do gênero na Índia deságua no entendimento de que o país é marcado pela liberalidade e oportunidade de escolhas.

Os grupos sociais possuem um tratamento do gênero e da sexualidade. De maneira geral, os textos místicos ligados ao hinduísmo tratam da sexualidade e da homossexualidade de maneira lúdica. Um dos exemplos destes textos é o “Narada Smriti”, que cuida da íntima relação entre a regulação social e os costumes indianos.

Os muros entre o masculino e o feminino são derrubados em diversas ocasiões, na tradição hindu. Sérgio Viula, ao tratar dessas relações, e do terceiro gênero no hinduísmo, nos ensina que:

Diferentemente do Ocidente, a sociedade hindu não tem tradicionalmente o conceito de “orientação sexual” que classifique os homens sobre a base de seu desejo. **O que existe é um forte**

⁶⁵ BILEFSKY, Dan. Albanian Custom Fades: Woman as family man. In: **The New York Times**. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2008/06/25/world/europe/25virgins.html?pagewanted=all>. Acesso em: 26/02/2012 apud LOPES, Lais Godoi. O Direito e a dissolução da identidade de gênero: biotecnologias e autonomia para uma indefinição. In: **Seminário Internacional Fazendo Gênero: os desafios atuais dos feminismos**, 2013, Florianópolis. Anais Eletrônicos, 2013.

conceito de terceiro gênero, que é usado para descrever indivíduos que apresentam fortes elementos tanto de macho como de fêmea em si mesmos. De acordo com textos sânscritos como o Narada-smriti, o Sushruta Samhita, etc., esse terceiro sexo ou gênero inclui indivíduos convencionalmente denominadas homossexuais, transgêneros, bissexuais e intersexuais (LGBTI). O terceiro gênero é descrito em antigos textos Védicos como homens que têm uma natureza feminina, referindo-se a homens homossexuais ou que se identifiquem com o gênero feminino. Porém, o Kama Sutra claramente descreve os homens do terceiro gênero assumindo tanto identidades masculinas como femininas e desempenhando tanto papéis sexuais passivos como ativos.⁶⁶

Com isto, nota-se que na Índia foi criado um tratamento próprio para o gênero que abarca o masculino, o feminino e a mistura dos dois. Aqueles que se identificam na área cinzenta entre o masculino e o feminino são denominados de “Hijras” e não tendem a agir como um homem ou mulher comum, mas de uma maneira própria.

Ainda de acordo com o autor supracitado, as pessoas chamadas de Hijras (podem ter outros nomes, dependendo do dialeto), mantêm seus próprios quarteirões ou vizinhanças e desempenhem certas funções, tais como massagistas, cabelereiras, vendedoras de flores, empregadas domésticas, etc. São consideradas como semidivinas. Alguns hindus acreditam que as pessoas do terceiro gênero ou do terceiro sexo têm poderes especiais que permitem que elas abençoem ou amaldiçoem os outros, mas essas crenças não são comuns a todas as divisões do hinduísmo. A maioria das pessoas do terceiro sexo/gênero não consegue realizar o simples sonho de casar e constituir uma família, mas o movimento LGBT indiano vai lutar para garantir esse e outros direitos básicos a esses seres humanos.⁶⁷

Apesar do reconhecimento desta categoria de pessoas perdurar por séculos, apenas recentemente pelo Supremo Tribunal Federal Indiano, através do “WRIT PETITION (CIVIL) NO.400”⁶⁸, de 14 de abril de 2014, após participação no processo da sociedade indiana e busca de legislação em outras localidades, reconheceu

⁶⁶ VIULA. Sergio. Hinduísmo e Sexodiversidade. **Revista AASA**. Notícia publicada no dia 22/04/2015. Disponível em: <https://aasaoficial.wordpress.com/tag/terceiro-sexo/> Acesso em: 23/04/2015.

⁶⁷ Idem, ibidem.

⁶⁸ INDIA. Supreme Court of India. **Writ petition (Civil) n°.400**. Julgado em 14/04/2014. Disponível em: <http://supremecourtindia.nic.in/n400> Acesso em: 01/04/2014.

direitos a pessoas do terceiro gênero daquele país. O Supremo Tribunal Indiano entendeu que a identidade de gênero " é parte integrante do sexo e nenhum cidadão pode ser discriminado em razão da identidade de gênero, incluindo aqueles que se identificam como terceiro gênero".⁶⁹ Segundo tal decisão:

Hijras não são homens em simples virtude do aparecimento de anatomia e estado psicológico, eles também não são mulheres, embora eles sejam como as mulheres, mas sem nenhum órgão de reprodução feminino e sem menstruação. Hijras não tem capacidades de reprodução como homens ou mulheres, eles não são nem homens nem mulheres e há a pretensão de ser, institucionalmente, um "terceiro sexo".

Entre Hijras, existem os que não são emasculados (Nirvana), castrados, homens, homens não-castrados (castrados / akva / akka) e pessoas inter-sexado (sic) (hermafroditas).

Isto também inclui pessoas que pretendem submeter a cirurgia de redesignação sexual (SRS), ou submetidas a alinhar o sua sexo biológico com a sua identidade de gênero, a fim de tornar-se homem ou mulher. Estes são geralmente chamados de pessoas transexuais. Além disso, há pessoas que gostam de se travestir com roupas do gênero oposto, estes são os travestis. Em decorrência disto, o termo "trans", em utilização contemporânea, tornou-se um termo genérico que é utilizado para descrever uma ampla gama de identidades e de experiências, incluindo, mas não se limitando, ao pré-operatório, pós-operatório de pessoas transexuais, que se identificam fortemente com o sexo oposto ao seu sexo biológico; masculino e feminino ou com nenhum deles.⁷⁰

Resumidamente, ficou decidido pelo STF indiano, conforme o jornal de informações da própria corte, que a determinação do gênero a que pertence uma pessoa, deve ser decidida pela pessoa em causa. Em outras palavras, a identidade de gênero é essencial para a dignidade de um indivíduo e é o núcleo da "autonomia pessoal" e "autodeterminação". Hijras, portanto, têm que ser consideradas como um terceiro gênero, para além dos gêneros binários sob a nossa Constituição e leis.

⁶⁹ Idem, ibidem.

⁷⁰ Idem, ibidem.

Livre tradução de:

Hijras are not men by virtue of anatomy appearance and psychologically, they are also not women, though they are like women with no female reproduction organ and no menstruation. Since Hijras do not have reproduction capacities as either men or women, they are neither men nor women and claim to be an institutional "third gender". Among Hijras, there are emasculated (castrated, nirvana) men, non-emasculated men (not castrated/akva/akka) and inter-sexed persons (hermaphrodites). TG also includes persons who intend to undergo Sex ReAssignment Surgery (SRS) or have undergone SRS to align their biological sex with their gender identity in order to become male or female. They are generally called transsexual persons. Further, there are persons who like to cross-dress in clothing of opposite gender, i.e transvestites. Resultantly, the term "transgender", in contemporary usage, has become an umbrella term that is used to describe a wide range of identities and experiences, including but not limited to pre-operative, post-operative and non-operative transsexual people, who strongly identify with the gender opposite to their biological sex; male and female or none.

Com o intuito de demonstrar o tratamento avançado ao terceiro gênero dado na Índia, transcreve-se abaixo as recomendações feitas pelo tribunal indiano ao caso ora tratado:

129. Nós, portanto, declaramos:

(1) Hijras, eunucos, além de gênero binário, devem ser tratados como "terceiro sexo" com a finalidade de salvaguardar os seus direitos ao abrigo da parte III da nossa Constituição e as leis feitas pelo Parlamento e Assembleia Legislativa do Estado.

(2) O direito das pessoas transexuais para decidir a sua auto-identificação de gênero também é de responsabilidade do Centro e do Estado, os governos são direcionados para conceder o reconhecimento legal de sua identidade de gênero, como masculino, feminino ou como terceiro gênero.

(4) Os governos estaduais e centrais são dirigidos a administrar separadamente os centros de saúde sexual para os Hijras.

(5) Os governos estaduais e centrais devem abordar seriamente os problemas que estão sendo enfrentados por Hijra como o medo, a vergonha, disforia de gênero, pressão social, depressão, tendências suicidas, estigma social, etc. e qualquer insistência da SRS para declarar um dos sexo é imoral e ilegal.

(6) Os governos estaduais e centrais devem tomar as devidas medidas para prestar assistência médica aos Hirjas / Transgenêros nos hospitais e também proporcionar-lhes banheiros públicos separados e outras instalações.

(7) Os governos estaduais e centrais também devem tomar medidas para moldar diversos regimes de proteção social para o seu aperfeiçoamento.

(8) Os governos estaduais e centrais devem tomar medidas para criar a consciência pública para que Hijras/Transgenêros percebam que eles também são parte integrante da vida social e não sejam tratados como intocáveis.

(9) Os governos estaduais e centrais também devem tomar medidas para recuperar o respeito destas pessoas e colocá-las em uma posição social que haja vida cultural e social.⁷¹

⁷¹ Idem, ibidem.

Livre tradução de:

129. We, therefore, declare: (1) Hijras, Eunuchs, apart from binary gender, be treated as "third gender" for the purpose of safeguarding their rights under Part III of our Constitution and the laws made by the Parliament and the State Legislature. (2) Transgender persons' right to decide their self-identified gender is also upheld and the Centre and State Governments are directed to grant legal recognition of their gender identity such as male, female or as third gender. (3) We direct the Centre and the State Governments to take steps to treat them as socially and educationally 110 backward classes of citizens and extend all kinds of reservation in cases of admission in educational institutions and for public appointments. (4) Centre and State Governments are directed to operate separate HIV Sero-surveillance Centres since Hijras/ Transgenders face several sexual health issues. (5) Centre and State Governments should seriously address the problems being faced by Hijras/Transgenders such as fear, shame, gender dysphoria, social pressure, depression, suicidal tendencies, social stigma, etc. and any insistence for SRS for declaring one's gender is immoral and illegal. (6) Centre and State Governments should take proper measures to provide medical care to Hijras/TGs in the hospitals and also provide them separate public toilets and other facilities. (7) Centre and State Governments should also take steps for framing various social welfare schemes for their betterment. (8) Centre and State Governments should take steps to create public awareness so that TGs will feel that they are also part and parcel of the social life and be not treated as untouchables. (9) Centre and the State Governments should also take measures to regain their respect and place in the society which once they enjoyed in our cultural and social life.

Concluída a apresentação dos direitos ligados ao gênero em uma perspectiva brasileira e global, o estudo do tema avançará para uma breve análise da natureza jurídica desses direitos e seu enquadramento no direito brasileiro.

3.2 A natureza jurídica dos direitos de gênero

Como os direitos ligados ao gênero tendem a esbarrar no preconceito, esta área acaba mais sentida/percebida/vivenciada do que estudada cientificamente.

A classificação e o estudo da natureza dos assuntos até hoje perpassa uma grande gama de assuntos no Direito. Saber a natureza jurídica de um determinado ponto de estudo é relevante, pois todo o tratamento dado a um determinado assunto pode ser alterado conforme a sua natureza. Segundo Maria Helena Diniz (2002), natureza jurídica é a "afinidade que um instituto tem em diversos pontos, com uma grande categoria jurídica, podendo nela ser incluído o título de classificação".⁷²

Portanto, determinar a natureza jurídica de um instituto consiste em determinar sua essência para classificá-lo dentro do universo de figuras existentes no Direito. Seria como uma forma de localizar tal instituto topograficamente. É como se um instituto quisesse saber a qual gênero ele pertence, é a espécie procurando o gênero, a subespécie procurando a espécie.

Já foi tratado neste trabalho que os direitos relativos ao gênero podem ser considerados como um dos direitos da personalidade, ou seja, um reflexo dos direitos fundamentais. No entanto, não será sobre essa classificação que esta parte do trabalho se debruçará, mas sobre a natureza coletiva dos direitos ligados ao gênero e, por conseguinte, ao terceiro gênero.

Tereza Thibau, citando Barbosa Moreira, ao tratar das novas interações do mundo moderno e dos conflitos de massa nos ensina que:

O panorama que se impõe ao mundo contemporâneo é de uma sociedade de produção e consumo de massa, bem como de uma economia globalizada, sendo natural que passem a surgir conflitos também de massa, que atingem não mais uma única pessoa, na sua esfera individual, mas a uma coletividade, mensurável ou não (de imediato), de pessoas que podem ser atingidas por um mesmo fato político, econômico social.

⁷² DINIZ, Maria Helena, **Tratado teórico e prático dos contratos**, São Paulo: Ed. Saraiva, 2002. p. 158.

E "as metrópoles contemporâneas são o palco onde se desenrolam os mais importantes litígios de massa" (C. R. B. MOREIRA, Os direitos difusos nas..., 1993, p. 46). Daí também a necessidade de se pensar num 'processo de massa'. É neste cenário que têm lugar os direitos denominados metaindividuais, transindividuais, ou superindividuais, como aqueles concernentes aos direitos de terceira geração, ditos também de 'solidariedade', pertencentes não mais a um único indivíduo como tal, nem como cidadão, mas sim, direitos de toda uma coletividade, enquanto grupo (determinado ou não). Como exemplo destes direitos ou interesses estão a preservação do meio ambiente; a proteção aos consumidores; os das crianças e adolescentes; etc., denominados difusos, coletivos e individuais homogêneos.

A busca da proteção a tais direitos ou interesses leva à formação de intrincadas relações sociais e econômicas, para as quais o Direito deve se voltar agora.⁷³

A coletivização é uma forma de tornar o processo mais ágil e efetivo. Percebe-se, no Brasil, uma intensificação da utilização do judiciário para resolução de conflitos, gerando uma grande quantidade de processos para serem julgados.

Segundo dados da oitava edição do Anuário da Justiça Brasil de 2014, em 25 anos, o número de processos no Brasil cresceu mais de 270 vezes, atingindo quase 100 milhões de processos em tramitação. Naturalmente que o este número imenso de processos gera lentidão e má prestação jurisdicional. Os processos coletivos tratam de interesses transindividuais e que, conforme o ministro do STF, Teori Zavascki, são, em regra, de "titularidade é subjetivamente indeterminada, já que pertencentes a grupos ou classes de pessoas"⁷⁴ em diversas áreas do Direito.

Os direitos transindividuais não são propriamente uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro. Segundo Rodolfo Mancuso:

Desde o último quartel do século passado, foi tomando vulto o fenômeno da 'coletivização' dos conflitos, à medida que, paralelamente, se foi reconhecendo a inaptidão do processo civil clássico para instrumentalizar essas megacontrovérsias, próprias de uma conflitiva sociedade de massas. Isso explica a proliferação de ações de cunho coletivo, tanto na Constituição Federal (arts. 5º, XXI; LXX, 'b'; LXXIII; 129, III) como na legislação processual extravagante, empolgando segmentos sociais de largo espectro: consumidores, infância e juventude; deficientes físicos; investidores no mercado de capitais; idosos; torcedores de modalidades desportivas, etc. Logo se tornou evidente (e premente) a

⁷³ THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho. **A legitimação ativa nas ações coletivas**: um contributo para o estudo da substituição processual. 2003. 183 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, 2003.

⁷⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

necessidade da oferta de novos instrumentos capazes de recepcionar esses conflitos assim potencializados, seja em função do número expressivo (ou mesmo indeterminado) dos sujeitos concernentes, seja em função da indivisibilidade do objeto litigioso, que o torna insuscetível de partição e fruição por um titular exclusivo.⁷⁵

No mesmo sentido, está o pensamento de Thibau, ressaltando que o processo coletivo não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro, segundo ela:

É importante ressaltar ainda que, o que se chama de novidade no campo dos direitos metaindividuais, já vem de algum tempo (conforme abordagem histórica), e de certa forma, vinha sendo objeto de ocupação da ciência do Direito, principalmente, no que se refere aos direitos e interesses coletivos, escoltados, estes últimos, pelos guardiões do Direito do Trabalho. Ao longo do tempo, desenhou-se um espaço próprio no Direito, para acolher a chegada e instalação, na sistemática jurídica, de meios legais de defesa de todos os demais interesses desta natureza.⁷⁶

O processo já não enxerga somente a disputa entre duas partes, mas uma concepção geral de estabilidade social, buscando atingir um dos mais vetustos fins do Direito. Por isto, a teoria geral do processo teve que se adaptar para abarcar as demandas que vão além do indivíduo. Nesta mesma perspectiva, Mauro Cappelletti e Bryant Garth afirmam que:

A concepção tradicional do processo civil não deixa espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares.⁷⁷

⁷⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução de conflitos e a função judicial no Contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 379-380.

⁷⁶ THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho. **A legitimação ativa nas ações coletivas**: um contributo para o estudo da substituição processual. 2003. 183 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, 2003.

⁷⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, 168p.

Os direitos coletivos, em sentido amplo são divididos em direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, conforme o parágrafo único do art. 81 da Lei 8.078/90, que traz em seu bojo o micro sistema de direitos coletivos no Brasil:

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Cada uma destas figuras possui definições e tratamentos diferentes no ordenamento jurídico brasileiro.

A sociedade brasileira conta com um significativo aparato jurídico para efetivar direitos e garantias coletivas. Diversos instrumentos normativos promovem a proteção desta categoria transindividual de direitos como: O Código de Defesa do Consumidor, a Ação Civil Pública e a Ação Civil Pública Coletiva, a Ação Popular, o Mandado de Segurança Coletivo, o Mandado de Injunção Coletivo, o Novo Código de Processo Civil, de maneira geral, as medidas contra a improbidade administrativa, entre outros.

Os direitos difusos possuem titulares indetermináveis, não havendo assim possibilidade de individuação do mesmo, pois eles atingem a todos da mesma maneira. Parte da doutrina processualista afirma que os direitos difusos são o nível máximo da transindividualidade real. O direito ao meio ambiente sadio e bem equilibrado é um grande exemplo dos direitos difusos. Hermam Benjamim (1995) nos ensina que das três categorias de direitos transindividuais supramencionados, os direitos difusos são aqueles que possuem a mais ampla transindividualidade real. Além disso, têm como características a indeterminação dos sujeitos titulares – unidos por um vínculo meramente de fato –, a indivisibilidade ampla, a indisponibilidade, a intensa conflituosidade, a ressarcibilidade indireta, pois o *quantum debeatur* vai para um fundo específico.⁷⁸

⁷⁸ BENJAMIN, Antônio Herman V. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: MILARÉ, Édis. (Coord.). **Ação**

Pedro Lenza (2003) traz uma vasta exemplificação do que seriam os interesses difusos, como, a) o direito de todos não serem expostos à propaganda enganosa e abusiva veiculada pela televisão, rádio, jornais, revistas, painéis publicitários; b) a pretensão a um meio ambiente hígido, sadio e preservado para as presentes e futuras gerações; c) o dano decorrente da contaminação de um curso de água; d) o direito de respirar um ar puro, livre da poluição que tanto assola as grandes metrópoles; e) o dano difuso gerado pela falsificação de produtos farmacêuticos por laboratórios químicos inescrupulosos; f) a destruição, pela famigerada indústria edilícia, do patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; g) a defesa do erário; h) o direito à proteção dos mananciais hídricos; i) o dano causado pela rotulagem irregular de alimentos ou medicamentos; j) o dano nefasto e incalculável de cláusulas abusivas inseridas em contratos padrões de massa; k) produtos com vícios de qualidade ou quantidade ou defeitos colocados no mercado de consumo; l) a construção de um shopping center em determinado bairro empresarial, trazendo dificuldades para o trânsito local; m) a instalação de uma casa noturna em um bairro residencial, perturbando o sossego de pessoas indeterminadas; n) a queima da cana-de-açúcar (produzindo não só o impacto ambiental, como a perturbação à saúde das pessoas, ocasionando problemas respiratórios e sujeira em cidades, como, no Estado de São Paulo, a de Ribeirão Preto); o) a integração pacífica dos diversos componentes raciais e sociais.⁷⁹

Já os direitos coletivos em sentido estrito possuem uma transindividualidade mais restrita que os direitos difusos, tendo em vista que os sujeitos titulares do direito coletivo são determináveis e estão agrupados em classes ou categorias de pessoas. Estas pessoas possuem uma ligação jurídica idêntica que os ligam entre si ou com a parte contrária, quando esta existir. Ressalte-se que é esta determinabilidade dos sujeitos que diferencia os interesses coletivos dos difusos. Enquanto os direitos difusos são atinentes a toda população, os coletivos são restritos a um determinado grupo, por vezes representado por associações, sindicatos, cooperativas que retiram a face individual em favor do grupo que é regido pelo mesmo regime jurídico, evitando, assim, perseguições individuais, processos singulares e ampliando a economia e efetividade processual.

civil pública: Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 92-93.

⁷⁹ LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 94-95.

Pedro Lenza também exemplifica os direitos coletivos, como, a) o aumento ilegal das prestações de um consórcio: o aumento não será mais ou menos ilegal para um ou outro consorciado. A declaração de ilegalidade produzirá efeitos para o todo, sendo, portanto, indivisível, internamente, o direito da coletividade. Uma vez quantificada a ilegalidade (comum a todos), cada qual poderá individualizar o seu prejuízo, passando a ter, então, disponibilidade do seu direito. Eventual restrição dos valores caracterizaria proteção a interesses individuais homogêneos; b) o direito dos alunos de certa escola de terem a mesma qualidade de ensino em determinado curso; c) o interesse que aglutina os proprietários de veículos automotores ou os contribuintes de certo imposto; d) a ilegalidade do aumento abusivo das mensalidades escolares, relativamente aos alunos já matriculados; e) o aumento abusivo das mensalidades de planos de saúde, relativamente aos contratantes que já firmaram contratos; f) o aumento abusivo das mensalidades de um clube esportivo (os associados são ligados com o clube por uma relação jurídica-base, motivo pelo qual, o reconhecimento da ilegalidade não poderá ser para um associado e defeso a outro); g) o dano causado a acionistas de uma mesma sociedade ou a membros de uma associação de classe (grupo, categoria ou classe de pessoas ligados entre si por uma mesma relação jurídica-base, decorrente da vinculação individual de cada qual com a sociedade ou associação de classe); h) contribuintes de um mesmo tributo; prestamistas de um mesmo sistema habitacional; contratantes de um segurador com um mesmo tipo de seguro; estudantes de uma mesma escola (existência de vínculo jurídico que liga o grupo, categoria ou classe de pessoas à parte contrária); i) moradores de um condomínio (...).⁸⁰

Os direitos individuais homogêneos são uma forma de coletivização processual de direitos individuais. Com isto, pode-se dizer que, a rigor não se trata de direito coletivo, mas coletivizados ou coletivos por acidente. O interesse individual homogêneo é divisível e comporta demanda individual em casos e na forma determinada pela Lei. Desta maneira, o interesse individual recebe uma tratativa coletivizada no afã de resolver diversas demandas em apenas um processo.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery conceituaram os direitos individuais homogêneos como: direitos individuais cujo titular é perfeitamente identificável e cujo objeto é divisível e cindível. O que caracteriza um direito

⁸⁰ Idem, *ibidem*.

individual comum como homogêneo é a sua origem comum. A grande novidade trazida pelo CDC, no particular, foi permitir que esses direitos individuais pudessem ser defendidos *coletivamente* em juízo. Não se trata de pluralidade subjetiva de demanda (litisconsórcio), mas de uma única demanda, coletiva, objetivando a tutela dos titulares dos direitos individuais homogêneos. “A ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos é, *grosso modo*, a *class action* brasileira.”⁸¹

Pedro Lenza também exemplifica os direitos individuais homogêneos, como, a) os compradores de carros de um lote com o mesmo defeito de fabricação (a ligação entre eles, pessoas determinadas, não decorre de uma relação jurídica, mas, em última análise, do fato de terem adquirido o mesmo produto com defeito de série); b) o caso da explosão do Shopping de Osasco, em que inúmeras vítimas sofreram danos; c) danos sofridos em razão do descumprimento de obrigação contratual relativamente a muitas pessoas; d) um alimento que venha gerar a intoxicação de muitos consumidores; e) danos sofridos por inúmeros consumidores em razão de uma prática comercial abusiva (por exemplo, diminuição da produção e vendas de medicamentos de uso contínuo e obrigatório, para forçar o aumento de seus preços); f) sendo determinados, os moradores de sítios que tiveram suas criações dizimadas por conta da poluição de um curso d'água causada por uma indústria; g) o interesse que congrega os pais e responsáveis por alunos matriculados em certo nível de escolaridade; h) os cidadãos participantes de programas para aquisição de bens duráveis, ditos 'consórcios'; i) os investidores em certa modalidade de aplicação financeira, como os ditos 'poupadores'; j) acidente ocorrido no meio ambiente do trabalho (ação coletiva buscando obter condenação a indenizar lesões resultantes do referido acidente de trabalho – os danos, individualmente sofridos são divisíveis e particularizados); k) prejuízos causados a um número elevado de pessoas em razão de fraude financeira; l) pessoas determinadas contaminadas com o vírus da AIDS, em razão de transfusão de sangue em determinado hospital público, entre outros.⁸²

Dito isto, conclui-se que se os indivíduos são determináveis e ligados pela mesma situação de fato, trata-se de direitos e interesses individuais homogêneos. Caso a mesma situação (regime jurídico) una indivíduos de uma

⁸¹ NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 7ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 813.

⁸² Idem, *ibidem*.

mesma categoria, trata-se de direitos ou interesses coletivos e, se os interessados são indetermináveis e indivisíveis, trata-se de interesses e direitos difusos.

Os direitos de gênero e os direitos da personalidade em si são atinentes a todos os indivíduos, logo podem ser considerados como direitos difusos, mas o direito ao terceiro gênero só será atinente a uma determinada parcela da população que será regada pelo mesmo eventual ordenamento jurídico, caso o mesmo um dia chegue de fato a existir, configurando-se assim um direito coletivo em sentido estrito. Neste sentido, é possível que uma associação civil atue em benefício desta classe garantindo maior força ao pólo ativo da demanda e prevenindo diversas demandas individuais.

4 O TERCEIRO GÊNERO

As ciências sociais estão umbilicalmente ligadas à sociedade. Como já dito, as transformações sociais refletem diretamente no Direito e acompanhar as mudanças sociais é fundamental para o aprimoramento do ordenamento jurídico, pois a legitimidade do mesmo é dependente da sociedade. Uma das principais mudanças da sociedade atual é a evolução do tratamento dado ao gênero humano. A sua definição sempre foi estanque, ou seja, a pessoa que nascia biologicamente homem ou mulher encerrava sua vida com a mesma condição. Mas, esta realidade começa a se transformar, como já demonstrado em partes deste trabalho.

A delimitação biológica não encerra o ser humano, pois a complexidade da alma precisa ser considerada. Esta complexidade humana também precisa ser demonstrada em pesquisas de outras áreas, como a antropologia e a sociologia. Segundo Gooren (2006):

Pesquisas antropológicas e sociológicas têm questionado a exclusividade de se ser necessariamente homem ou mulher. [...] Pesquisas antropológicas e sociológicas encontraram uma diversidade impressionante em comportamentos sexuais, em diferentes eras e sociedades ou camadas sociais, sendo os comportamentos homossexuais os mais estudados. [...] Muitos destes pesquisadores tinham pouco conhecimento na área das ciências biológicas, e não notaram que seus achados não contradizem o resultado das pesquisas biológicas, já que sugerem, na verdade, que o cérebro possuiria grande qualidade adaptativa e plasticidade para cumprir as exigências que o lugar e o tempo impõem às espécies.⁸³

O tratamento do gênero sempre foi simplificado e de fácil palatância, com papéis bem definidos para os que se identificam com um determinado gênero. No entanto, esta divisão simplificada e estagnada atua mais em benefício da segregação e exclusão de direitos dos desviantes (qualquer pessoa que não se encaixe perfeitamente dentro dos parâmetros do masculino e do feminino). A lista dos desviantes é bastante grande e crescente, tanto que a cada dia mais uma letra se agrega a sigla representativa dos mesmos. Se antes GLS (gays, lésbicas e simpatizantes) era a representação desta classe, evoluindo para LGBT (lésbicas,

⁸³ GOOREN, L. The biology of human psychosexual differentiation. In: **Hormones Behavior**, v. 50, n. 4, p. 589-601, 2006.

gays, bissexuais e transgêneros), hoje, a crescente sigla mais completa é **LGBTTTQIAPG** (lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis, transgêneros, simpatizantes, intersexuais, assexuados, pansexuais e gays), sendo aceito o termo LGBT como termo chave para se referir a todos desta comunidade. E assim, a corja dos excluídos vai evoluindo e os padrões de desvio vão se complexando em contraste com a tradicional e excludente simplicidade dos gêneros.

Mas nem todas as questões orbitam no embate entre o masculino e o feminino estritamente entendido. Algumas teorias rejeitam inteiramente esta diferenciação. Foi no entorno dos anos 80 que surgiu a Teoria *Queer* (que pode ser traduzido, do inglês, como estranho ou esquisito), “corrente teórica que colocou em xeque as formas correntes de compreender as identidades sociais”⁸⁴. Esta teoria compreende uma simbiose dos estudos feministas, estudos referentes aos gays e lésbicas, a teoria (sociologia) dos desviantes, tratando, portanto, da diversidade com a complexidade que o tema deve ser tratado. A teoria *queer* enfrenta o reducionismo da teoria binarista, considerada demasiadamente simplória para explicar um fenômeno complexo: a identidade de gênero. Apoderam-se de um apelido pejorativo e excludente para apoiar a sua oposição à hetenormatividade, pois só existe o marginalizado com a existência de uma força centralizadora.

Além de sufocar e reprimir o gênero feminino, a divisão estanque de gêneros reforça a supremacia masculina frente aos desviantes, em contemplação a uma supremacia social patriarcal. A frase: “você não é homem”, recorrentemente dita aos desviantes, reforça o ponto de vista de que ser homem é sempre o grande objetivo e qualquer falha nesta missão mereceria ser apontada. Assim, a quebra deste padrão comportamental possui uma clara função social de promoção da igualdade.

Segundo Giddens (1993), faz mais sentido hoje em dia do que no passado a suposição de que a violência sexual masculina tornou-se a base do controle sexual. Em outras palavras, atualmente, grande parte da violência sexual masculina provém da insegurança e dos desajustamentos do que de uma continuação ininterrupta do domínio patriarcal.⁸⁵

Percebe-se que as novas tecnologias e os novos padrões de comportamento vêm para desafiar o antigo e estanque conceito de bi repartição de gêneros. A

⁸⁴ PINO, Nádia Peres. A teoria queer e os intersex: experiências invisíveis em corpos des-feitos. In: **Cadernos Pagu**. v. 28. Campinas: UNICAMP, 2007.

⁸⁵ GIDDENS, Anthony. **A transformação da intimidade**: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1993. p. 138.

biotecnologia, novas técnicas hormonais, cirurgias avançadas de redesignação sexual, implantes de órgãos sexuais, modificações ósseas, modificações fonoaudiológicas, crescimento (ou remoção total) de pêlos, entre outras, são algumas das novas técnicas que vem para contradizer o padrão comportamental “desejado” para um determinado gênero.

Em seu livro sobre a invenção dos “hormônios sexuais”, Nelly Oudshoorn (1994) mostra como “fatos” científicos e fatores culturais se entrelaçam. Partindo da crítica feminista à ciência, a perspectiva adotada pela autora é a de que todas as percepções e interpretações sobre o corpo são mediadas pela cultura. Deste modo, cientistas não estariam descobrindo a realidade, mas construindo-a, como afirmava Laqueur. Assim, os hormônios sexuais – objeto de análise da autora – não “estavam lá” na natureza “esperando” para serem “descobertos”, tendo sido, ao contrário, “criados” por cientistas em seus laboratórios.⁸⁶

A interligação entre necessidades sócio-culturais de uma época com as ciências médicas e biológicas têm demonstrado que a simplicidade de tratamento dos gêneros tende a não se sustentar.

A superação da teoria binária dos gêneros, que considera somente o masculino e o feminino, com a inserção de categorias neutras é, na verdade, uma desconstrução dos gêneros, na medida em que o protagonismo masculino é enfraquecido com a instituição de novos atores tão importantes quanto os já existentes. Em uma situação em que a neutralidade de gêneros impera, os conceitos LGBT e de desviantes são enfraquecidos ou inexistentes, pois os embates entre os opostos param de existir e a relação passa a ser mais cíclica e equidistante entre os atores do que linear. E é nesta perspectiva de desenvolvimento tecnológico e paradigmático que surge o terceiro gênero.

4.1 Conceito

O terceiro gênero é uma alternativa neutralizante das diferenças geradas pelo gênero. Assim, aqueles que não se sintam estritamente masculinos ou femininos possuem uma terceira margem, denominada de terceiro gênero, que amplia a autonomia da personalidade, o espectro de liberdade e de controle do próprio corpo

⁸⁶ NUCCI, Marina Fischer. O sexo do cérebro: uma análise sobre gênero e ciência. 2014 apud OUDSHOORN, N. **Beyond the natural body**: an archeology of sex hormones. London: Routledge, 1994.

dos seres humanos. Com o terceiro gênero seria possível optar, ainda que temporariamente, por um gênero neutro, sem as amarras ligas ao masculino ou ao feminino.

Diferentemente da transsexualidade, que consiste na alternância entre os gêneros já existentes, a teoria do terceiro gênero pretende abrir possibilidades inteiramente inovadoras, criando um novo gênero. Esse novo gênero não se identifica completamente nem com o masculino, nem com o feminino, nem com todas as suas derivações já vistas neste trabalho.

Essa terceira opção, que vai além do masculino e do feminino, já começa a ser percebida em algumas nações desenvolvidas e denota uma evolução no conceito de gênero. Além do caso da Índia, percebe-se sensível alteração legislativa e judicial na Alemanha e na Austrália, permitindo a escolha de um terceiro gênero.

4.2 O terceiro gênero na Alemanha como *leading case* mundial

A Alemanha, há algum tempo, tem se demonstrado um país bastante flexível no que toca aos direitos das classes LGBT. Em 2000 foi publicada um Lei que tratava da “comunhão de vida” entre pessoas do mesmo sexo, denominada de *LPaertG*, que enfrentou grande oposição de estados conservadores na Saxônia e na Baviera, que, não contentes com o diploma normativo, apresentaram ação à Suprema Corte alemã (*Bundesverfassungsgericht*) pleiteando a declaração da inconstitucionalidade da Lei. No entanto, em 18 de junho de 2001, o tribunal julgou tal norma como constitucional. Além disso, já foi admitida a adoção e utilização dos nomes, no registro da criança, de pessoas do mesmo gênero, ampliando o sentido constitucional de paternidade e maternidade⁸⁷, casamento de pessoas do mesmo

⁸⁷ ALEMANHA. Supremo Tribunal Federal. (Bundesverfassungsgericht). **Processo nº: ECLI:DE:BVerfG:2013:ls20130219.1bvl000111.** Disponível em: http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2013/02/ls20130219_1bvl000111.html Acesso em: 08/06/2015.

Neste sentido se pronunciou o STF local:

Zwei Personen gleichen Geschlechts, die gesetzlich als Elternteile eines Kindes anerkannt sind, sind auch im verfassungsrechtlichen Sinne Eltern (Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG). Leben eingetragene Lebenspartner mit dem leiblichen oder angenommenen Kind eines Lebenspartners in sozial-familiärer Gemeinschaft, bilden sie mit diesem eine durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützte Familie im Sinne des Grundgesetzes.

Duas pessoas do mesmo sexo são legalmente reconhecidas como pais de uma criança, (2 frase 1 GG Art. 6 par.) São também nos pais nos sentidos constitucionais. O registro de parceiros com o filho biológico ou adotivo do parceiro doméstico em comunidade sócio-familiar, formam com um presente pelo art. 6 par. 1 GG família protegida, na acepção da Lei Fundamental.

sexo⁸⁸, tratamento previdenciário idêntico ao de casais heterossexuais⁸⁹, alteração do prenome em função da transexualidade⁹⁰, educação especial para pessoas que se sentem discriminadas, etc.

No ano de 2012, a Alemanha chocou o mundo ao ampliar os horizontes limitados do gênero. Após um amplo debate, e após ouvir diversas camadas sociais que já se manifestavam (vide anexo IV), o Conselho de Ética Alemão (espécie de autarquia federal), recomendou, por unanimidade, a inclusão de uma terceira categoria de gênero, culminando na introdução da Lei do Estatuto Pessoal – Das *Personenstandsgesetz* – (algo próximo ao Código Civil e Lei de Registros Públicos em um mesmo diploma normativo), do § 22, 3, do seguinte texto: pode a criança não ser nem mulher, nem associado ao sexo masculino, e estes casos de status pessoais sem tal indicação deve ser inscrito no registro de nascimento⁹¹. Cuida-se de uma alteração feita no bojo do registro civil das pessoas naturais alemã, a que se refere todo o parágrafo 22 do referido estatuto, e os primeiros e segundos itens tratam do registro do nome da criança. Cumpre ressaltar que esta alteração legislativa se constitui em toda a ação do governo alemão em relação ao caso. Não houve mais nenhuma publicação, nem de resoluções, decretos, alterações constitucionais ou de provimentos para as serventias notariais. Além disso, a matéria ainda necessita de regulamentação na Alemanha.

O sistema registral alemão possui características diferentes do brasileiro (notariado latino). Enquanto no Brasil todos os registros podem ser alterados judicialmente (exceto o registro torrens), revestindo-se de presunção relativa de validade, nos termos do artigo 255 da Lei de Registros Públicos⁹², no sistema alemão há a inversão da lógica, sendo que os registros, em regra, possuem presunção *iuris tantum*. Logo, o registro efetuado tende a ser perene.

⁸⁸ Idem. **Processo nº ECLI:DE:BVerfG:2012:ls20120718.1bvl001611**, de 22 de julho de 2010.

⁸⁹ Idem. **Processo nº ECLI:DE:BVerfG:2010:rs20100721.1bvr061107**, de 21 de julho de 2010.

⁹⁰ Idem. **Processo nº ECLI:DE:BVerfG:2011:rs20110111.1bvr329507**, de 11 de janeiro de 2011.

⁹¹ ALEMANHA. Departamento de Justiça. **Personenstandsgesetz (PStG)**. Disponível em:

<http://www.gesetze-im-internet.de/pstg/BJNR012210007.html> Acesso em: 06/06/2015.

Livre tradução de:

§ 22 Fehlende Angaben:

(1) Kann der Anzeigende die Vornamen des Kindes nicht angeben, so müssen sie binnen eines Monats mündlich oder schriftlich angezeigt werden. Sie werden alsdann bei dem Geburtseintrag beurkundet.

(2) Die Vornamen des Kindes können nachträglich auch bei einem anderen Standesamt als dem, das die Geburt des Kindes beurkundet hat, angezeigt werden.

(3) Kann das Kind weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden, so ist der Personenstandsfall ohne eine solche Angabe in das Geburtenregister einzutragen.

⁹² Art. 255. O registro, enquanto não cancelado, produz todos os seus efeitos legais, ainda que, por outra maneira, se prove que o título está desfeito, anulado, extinto ou rescindido.

Foi permitido, portanto, que recém-nascidos sejam registrados sem um sexo definido, e a estes, quando adultos é facultado permanecer nesta condição ou realizar alterações no próprio gênero através da transgenitalização.

A própria língua alemã já promovia algumas facilidades que auxiliaram na promoção do novo gênero. Além do pronome masculino (*der*) e feminino (*die*), a língua alemã ainda possui um pronome neutro (*das*). Assim não surgiram dificuldades lingüísticas de como se referir às pessoas que não se identificam nem com o gênero masculino nem com o feminino.

As novas possibilidades que surgiram na Alemanha já começaram a gerar demandas judiciais por jurisdicionados que se sentem atraídos pelas novas possibilidades. É o caso de Peter Steffens Vanja, noticiado pelo NDR.de, que informou que no lugar do sexo masculino ou feminino, optou por alterar o seu gênero para a terceira opção. Após a solicitação da modificação no Ofício de Registro Civil das Pessoas Naturais de Gehrden (distrito de Hannover), Vanja, que teve o seu pedido negado sob a alegação de que somente o registro inicial de nascimento poderia conter a opção neutra, teve que acionar a autoridade administrativa para promover a alteração, que ainda pende de julgamento definitivo. No entanto, já houve o entendimento do Oficial de Registros, segundo a decisão preliminar do Tribunal de Recursos Alemão, de “que se as condições para alteração do registro não foram demonstradas, se a criança não pertence ao sexo feminino nem masculino, o seu registro pode permanecer em aberto”.⁹³ O mesmo artigo aponta para a constante discriminação que Vanja se vê obrigado a se submeter todos os dias de sua vida. Muitas vezes, pessoas como Vanja, não são entendidas como homem nem como mulher. Os banheiros públicos são sempre um problema. Vanja vê em si ações de ambos os sexos. Os seus pais perceberam que o mesmo se tornou uma "menina" de barba. Ele não se vê nem homem nem mulher. E para ele, simplesmente, não é verdade que existem apenas homens e mulheres, diz Vanja.⁹⁴

⁹³ OBERLANDESGERICHT: Kein "inter" als Geschlecht. Notícia de 25/01/2015. Disponível em: https://www.ndr.de/nachrichten/niedersachsen/hannover_weser-leinegebiet/Oberlandesgericht-Kein-inter-als-Geschlecht,intersexuell112.html Acesso em: 08/06/2015.

Livre tradução de:

Das Gericht urteilte, dass die Voraussetzungen für einen solchen Eintrag nicht vorlägen. Wenn ein Kind weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zuzuordnen sei, dann könne die Angabe des Geschlechts zwar offenbleiben, ein drittes Geschlecht "divers" oder "inter" sei jedoch nicht vorgesehen. Vanja könne demnach, so das Gericht, eine Streichung des Eintrags "weiblich" erreichen.

⁹⁴ Idem, ibidem.

Muitas pessoas compartilham do mesmo sentimento de Vanja. De acordo com dados do Departamento de Relações Sociais Alemão, em toda Alemanha existem de 80 a 120 pessoas que não se sentem parte de um gênero determinado ou desejariam alterar a sua atual condição de gênero.⁹⁵ Com base nestes dados, o já citado comitê de ética alemão recomendou a inclusão de uma terceira categoria ao lado do masculino e do feminino no registro de nascimento das crianças alemãs.

Algumas questões, no entanto, ainda não foram resolvidas na Alemanha. Por exemplo, como serão resolvidas as questões matrimoniais relativas às pessoas do terceiro gênero? Essas pessoas poderão adotar todas as espécies de nomes? Qual banheiro deverá utilizar? Em qual categoria desportiva (masculina ou feminina) deverão ingressar? Deverão prestar serviço militar obrigatório? entre outras.

Naturalmente que o primeiro passo para tornar as diferenças menos relevantes já foi dado, mas muitas questões ainda precisam ser respondidas.

4.3 O terceiro gênero em outros países

A questão das diferenças de gênero, a possibilidade de implantação do terceiro gênero na Alemanha e a recente alteração legislativa ocorrida naquele país, bem como a questão das Hirjas na Índia já foram tratadas no presente trabalho.

No entanto, outras nações também já questionaram-se sobre o tema. É o caso da Austrália, que teve reconhecida pela Corte Superior (High Court of Australia) a possibilidade de pessoas se reconhecerem como gênero neutro, após a oitiva do Centro de Direitos Humanos como *Amicus Curiae*. De acordo com a ementa deste processo (*NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages v Norrie* [2014] HCA 11 (2 April 2014)):

Nem todos os seres humanos podem ser classificados pelo sexo como masculino ou feminino. A Lei de Registro de Nascimentos, Mortes e Casamentos de 1995 (NSW) reconhece expressamente que o sexo de uma pessoa pode ser ambíguo. A questão no presente recurso é se o Registrador estava dentro do seu poder de lavrar no registro que o sexo do registrando, Norrie, como ela(e) disse em sua aplicação, era "não específica". Essa questão deve ser respondida afirmativamente. É conveniente começar uma explicação das razões por que é assim, referindo-se as disposições relevantes da Lei, enquanto resumindo as circunstâncias de aplicação de Norrie ao Registrador.

⁹⁵ *Idem, ibidem*.

Por uma questão de uso comum da linguagem, falar do sexo oposto é falar das categorias contrastantes de sexo: masculino e feminino. No entanto, dadas as condições do 32A s (b), e no contexto em que é para ser interpretado, a Lei reconhece que o sexo da pessoa pode ser indeterminado.

A lei não exige que as pessoas que tenham sido submetidas a um processo de afirmação de sexo, permaneçam no sexo indeterminado – ou seja, nem homem nem mulher – devam ser registradas, de forma imprecisa, como um ou outro. A própria lei reconhece que uma pessoa pode ser diferente do sexo masculino ou feminino e, portanto, podem ser tomadas para permitir o registo pedido, como "não-específica".⁹⁶ (grifo nosso).

De acordo com o jornal *The Guardian*, várias entidades não governamentais australianas, como a Organização Internacional Intersex da Austrália (*Organisation Intersex International Australia*), estão lutando para estabelecer uma diferença entre o intersex e uma diferença não binária dos gêneros, estressando a informação de que o terceiro gênero deve ser uma opção e não uma imposição.⁹⁷

No Nepal, a Suprema Corte do Nepal (Supreme Court of Nepal), ao reconhecer direitos e garantias às comunidades LGBT, tangenciou o tema do terceiro gênero, declarando que “Aqui, o Supremo Tribunal reconhece a crescente ascensão da noção de que os homossexuais e o terceiro gênero não são

⁹⁶ AUSTRÁLIA. Superior Tribunal de Justiça. 2 de abril de 2014. **NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages v Norrie [2014] HCA 11 S273/2013**. Disponível em: <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/2014/11.html>. Acesso em: 10/06/2015.

Livre tradução de:

Not all human beings can be classified by sex as either male or female[1]. The Births, Deaths and Marriages Registration Act 1995 (NSW) ("the Act") expressly recognises that a person's sex may be ambiguous[2].

The question in this appeal is whether it was within the Registrar's power to record in the Register that the sex of the respondent, Norrie[4], was, as she said in her application, "non-specific". That question should be answered in the affirmative. It is convenient to begin an explanation of the reasons why that is so by referring to the material provisions of the Act while summarising the circumstances of Norrie's application to the Registrar.

As a matter of the ordinary use of language, to speak of the opposite sex is to speak of the contrasting categories of sex: male and female[15]. Yet given the terms of s 32A(b) and the context in which it is to be construed, the Act recognises that a person's sex may be indeterminate.

The Act does not require that people who, having undergone a sex affirmation procedure, remain of indeterminate sex – that is, neither male nor female – must be registered, inaccurately, as one or the other. The Act itself recognises that a person may be other than male or female and therefore may be taken to permit the registration sought, as "non-specific".

⁹⁷ CARPENTER, Morgan. Australia can lead the way for intersex people. **The guardian**. 18 jun. 2013. Disponível em: <http://www.theguardian.com/commentisfree/2013/jun/18/intersex-people-australia>. Acesso em: 11/06/2015.

Livre tradução de:

Intersex organisations in Australia, such as Organisation Intersex International Australia are keen to establish a difference between intersex status and non-binary gender identities, stressing that third options must be voluntary and not imposed,

mentalmente doentes ou pervertidos sexualmente”⁹⁸. Pioneramente, asseverou a Corte que:

O Tribunal considera ainda que a identidade de gênero e orientação sexual do terceiro gênero e dos homossexuais não pode ser ignorada por tratamento dos seus atos sexuais como antinaturais. O tribunal considera que a seleção do parceiro sexual ou de fixação de relação conjugal é uma questão inteiramente situadas o âmbito do direito à auto-determinação de tal indivíduo.⁹⁹

Nos Estados Unidos da America a discussão do terceiro gênero está ligada ao hermafroditismo. Recentemente, o caso M.C. vs. Aaronson, em que segundo os autos do processo, M.C. nasceu com uma condição intersexual – uma diferença na anatomia reprodutiva e sexual que não se encaixa na definição típica de homem ou mulher. Quando a criança completou 16 meses de vida, os médicos a submeteram a uma cirurgia de designação sexual adotando para ela o gênero feminino. Com isto, os país adotivos de M.C., juntamente com o SPLC (Southern Poverty Law Center), acionaram no âmbito da justiça federal local a primeira ação do tipo nos Estados Unidos da América. A ação, no entanto, não foi julgada, pois, em janeiro de 2015, o Tribunal Federal de Apelação julgou que os requerentes não demonstraram todos os requisitos para o julgamento da demanda.¹⁰⁰

Na Polinésia, a cultura Samoa também possui alguma ligação com o terceiro gênero. Os Fa'afafine são pessoas nascidas homens que são submetidas ao culturalismo feminino no afã de se obter uma neutralidade entre o masculino e o feminino¹⁰¹.

4.4 Para além do direito: breve consideração sobre a personalidade e o terceiro gênero como fruto de estudo da psicanálise e da filosofia

Os estudos e as pesquisas em torno do gênero e da sexualidade não são recentes, apesar de só recentemente terem atingido um maior grau de sistematicidade.

⁹⁸ NEPAL. Suprema Corte. **Writ N°.917 of the year 2064 BS (2007 AD)**. Translated into English by Mr. Yadav Pokharel and reviewed by Mr. Shree Prasad Pandit. Disponível em http://www.supremecourt.gov.np/sup_web/ Acesso em: 10/06/2015.

⁹⁹ Idem, ibidem.

¹⁰⁰ SOUTHERN Poverty Law Center. **M.C. v. Aaronson**. Julgado em 26/01/2015. Disponível em: <http://www.splcenter.org/get-informed/case-docket/mc-v-aaronson#.UZVQv7VQGck>. Acesso em: 05/04/2015.

¹⁰¹ BESNIER, Niko. Polynesian Gender Liminality Through Time and Space. In: **Third Sex, Third Gender: Beyond Sexual Dimorphism in Culture and History**. New York: Zone. 1994. p. 285-328.

O estudo da sexualidade, sob o prisma da sociedade ocidental, possui diversas variações. Percebe-se que o marco teórico da heterossexualidade nem sempre prevaleceu. Katz nos ensina que a homossexualidade, como é conhecida hoje, consubstancia-se um termo muito recente, no entanto, a sua “criação” precede à própria heterossexualidade¹⁰². Com efeito, as sociedades ocidentais, em especial a partir do século XIX, tornaram a heterossexualidade o paradigma a ser seguido, marginalizando a homossexualidade. Foucault, refletindo sobre a natureza das relações homossexuais na Grécia antiga, retrata uma forte ligação da sociedade com a bissexualidade, da maneira que se conhece atualmente. Segundo ele, “os gregos não opunham, como duas escolhas excludentes, como dois tipos de comportamento radicalmente diferentes, o amor ao seu próprio sexo ao amor pelo sexo oposto. As linhas de demarcação não seguiam tal fronteira.”¹⁰³

Aníbal Guimarães¹⁰⁴, de maneira bastante simples e esquemática, faz um breve apanhado histórico da relação entre o gênero e a sexualidade, nos seguintes termos:

- A) Na Grécia clássica: associação entre pederastia e cidadania. Na Grécia clássica, berço da democracia, a pederastia servia como suporte às iniciações de conhecimento, tendo, portanto, um caráter eminentemente pedagógico.
- B) Na Roma pré-cristã: indiferença às relações entre pessoas do mesmo sexo, por oposição à sua relevância na Grécia clássica. Cabe aqui a inclusão do pensamento da historiadora Cláudia Castro Lima, que nos informa que em parte da Grécia e na Roma da Antiguidade era absolutamente normal um homem mais velho ter relações sexuais com um mais jovem. O filósofo grego Sócrates (469-399), adepto do amor homossexual, pregava que o coito anal era a melhor forma de inspiração – e o sexo heterossexual, por sua vez, servia apenas para procriar. Para a educação dos jovens atenienses, esperava-se que os adolescentes aceitassem a amizade e os laços de amor com homens mais velhos, para absorver suas virtudes e seus conhecimentos de filosofia. Após os 12 anos, desde que o garoto concordasse, transformava-se em um parceiro passivo até por volta dos 18 anos, com a aprovação de

¹⁰² KATZ, Jonathan Ned. **A invenção da heterossexualidade**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

¹⁰³ FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade**. 10. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1984, p. 182.

¹⁰⁴ GUIMARÃES, Anibal. Sexualidade heterodiscordante no mundo antigo. In: **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 29-30.

sua família. Normalmente, aos 25, tornava-se um homem – e aí esperava-se que assumisse o papel ativo.¹⁰⁵

- C) Em grande parte da Europa, pelo menos até fins da Idade Média, as relações entre pessoas do mesmo sexo passaram a ser associadas à idéia de pecado. Ressalte-se que o judaísmo já pregava que as relações sexuais tinham como único fim a máxima exigida por Deus: “Crescei e multiplicai-vos”. Até o início do século 4, essa idéia, porém, ficou restrita à comunidade judaica e aos poucos cristãos que existiam. Nessa época, o imperador romano Constantino converteu-se à fé cristã – e, na seqüência, o cristianismo tornou-se obrigatório no maior império do mundo. Como o sexo passou a ser encarado apenas como forma de gerar filhos, a homossexualidade virou algo antinatural. Data de 390, do reinado de Teodósio, o Grande, o primeiro registro de um castigo corporal aplicado em gays.¹⁰⁶
- D) Na Europa, de maneira geral: criminalização dos relacionamentos homoeróticos, em especial por sua associação aos movimentos revolucionários burgueses surgidos a partir do Iluminismo.
- E) Patologização da conduta homossexual, em meados do século XIX, como resposta gradual à descriminalização dos atos homoeróticos.
- F) Despatologização e descriminalização desses mesmos atos homoeróticos, tendo a homossexualidade deixado de ser classificada pela Associação Americana de Psicologia (APA) como transtorno mental.
- G) 2001, Países Baixos: elevação à plena categoria das pessoas homossexuais através do reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo.
Pode-se, como nossa interação, ainda incluir a esta lista:
- H) Século XXI, Índia e Alemanha: reconhecimento estatal da quebra do binarismo dos gêneros.

Do ponto de vista da psicanálise, Freud apresenta algumas considerações acerca da formação do gênero e da sexualidade, a partir da sua gênese infantil, não havendo propriamente uma delimitação do masculino e do feminino. Em termos gerais, Freud salienta a existência de uma natureza polimorfa (não-concentrada) na

¹⁰⁵ LIMA. Cláudia de Castro. Vale tudo: Homossexualidade na antiguidade. In: **Revista Aventuras na História: para viajar no tempo**. São Paulo: Editora abril, 2008.

¹⁰⁶ Idem, ibidem.

sexualidade infantil – sem que isso implique numa manifestação patológica que, com o decorrer das experiências mais adultas, o indivíduo passa - e se concentre em partes tipicamente sexualizadas. Rudimentarmente, isto significa que na vida infantil não se tem somente uma forma de prazer (sexual), mas várias. A partir da concentração das pulsões sexuais, é formada a libido adulta.¹⁰⁷ Em sua obra, Freud introduz o conceito de bissexualidade (ligada à neutralidade) psíquica, revisando as teorias que caracterizavam os desviantes como praticantes da perversão, promovendo certo desligamento da biologia com a sexualidade. Com isto, mesmo no início do século passado, já haviam sérios estudos que desconfigurariam a homossexualidade de um distúrbio mental, ou como sendo um crime. Freud, ao responder uma carta enviada por uma mãe preocupada com o seu filho, reconhece que não há vantagens em ser homossexual, mas também não há vergonha, pois se trata de uma simples variação da função sexual. Segundo ele, “muitos indivíduos profundamente respeitáveis foram homossexuais, como Platão, Michelangelo, Leonardo da Vinci, etc. Além de ser uma crueldade, é uma grande injustiça perseguir a homossexualidade como um crime”¹⁰⁸. Mônica Amaral, ao analisar a citada obra de Freud nos ensina que:

A sexualidade adulta resultaria de uma espécie de desenvolvimento da pulsão: dispersa em várias zonas erógenas, isolada em suas pulsões parciais e predominantemente auto-erótica (sem objeto) na infância, a sexualidade ganha um outro tipo de organização na puberdade. Essa nova organização se caracterizaria pela hierarquização e subordinação das diversas zonas erógenas à genital, visando a obtenção do máximo de prazer, mas sobretudo colocando-se a serviço da função de reprodução, o que se torna possível a partir da combinação das diversas pulsões parciais em uma só.¹⁰⁹

A psicologia moderna diverge quanto à possibilidade e adequação do terceiro gênero. Marco Aurélio Máximo Prado, em entrevista gravada, admite que existem pontos neutros no exercício das características dos gêneros. Segundo ele, a diferença entre os gêneros é constitutiva da cultura que implica em hierarquias e que um lugar neutro seria também hierárquico:

¹⁰⁷ FREUD, Sigmund. **Trois essais sur la théorie de la sexualité**. Paris: Gallimard, 1987.

¹⁰⁸ GROENINGA, Giselle Câmara. Diferenças (empatia) x desigualdades (preconceito). In: **Boletim do IBDFAM**, n. 37. Belo Horizonte: Sínteses, mar/abr. 2006.

¹⁰⁹ OLIVEIRA, Mônica Guimarães Teixeira. Os três ensaios sobre a teoria da sexualidade: um texto perdido em suas sucessivas edições? In: **Psicologia USP**, São Paulo, v.6, n. 2, p.63-84, 1995.

Seria um pouco ingênuo, pensando no Brasil propriamente dito, achar que as pessoas teriam uma autonomia de escolha por que na verdade as questões de gênero não é só decidida por você, seria como se a gente inflasse a idéia de um sujeito absolutamente autônomo para se auto declarar e se definir sem considerar que ele está num ambiente cultural e social que tem normas, que tem instituições que estão apoiadas no masculino e no feminino. A minha posição é muito mais que você precisa flexionar o binarismo, dar possibilidade do masculino e do feminino serem uma diversidade com equivalência do que propriamente o gênero neutro. Várias experiências que aconteceram no mundo mostram claramente que ninguém educa um filho alheio às normas de uma determinada cultura, não tem como, pois isto implica em ordens de reconhecimento impostas. A idéia do terceiro gênero joga no sujeito uma decisão difícil, pois as questões de gênero não são decididas por motivações interiores de ninguém, mas por processos identificatórios do masculino e do feminino, então, isto hoje, implicaria que as pessoas teriam que educar os seus filhos fora da escola, longe de sociabilidades e que seria péssimo pra formação humana. A idéia de buscar um lugar neutro parte do princípio que seria possível abandonar toda uma história cultural que é decisiva sobre como nós olhamos para o próprio corpo, para nossa orientação sexual, para nossa posição de masculino e feminino. Eu prefiro a idéia de inserir aí, no campo normativo, possibilidades de flexão das normas de gênero que se transformem em espaços de política em que é possível pensar que há mulheres cis, transexuais, homens que se sentem mulheres em determinados contextos e em outros não e podem jogar com isso e brincar com isso e querer esse reconhecimento. A mesma coisa quando se pensa, por exemplo, em gays. Há pessoas que em determinados contextos podem falar da sua homossexualidade com orgulho e em outro não, pois sabem que não teriam reconhecimento positivo. A esperança de a legislação resolva a questão da diferença é de um otimismo exagerado, eu prefiro que a gente possa lutar por flexões, no âmbito da política em que equivalências de direito sejam possíveis em diferentes formas de ser masculino.”¹¹⁰

¹¹⁰ Entrevista realizada no dia 09/06/2015, às 18 horas, na Faculdade de Direito da UFMG.

Sobre o entrevistado: Doutor em Psicologia Social pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo com foco em estudos sobre participação política, identidades coletivas e movimentos sociais. Realizou três estágios internacionais como pesquisador, sendo um junto ao Centro de Estudos Sociais (CES) da Universidade de Coimbra (2004-2005) no âmbito do Prêmio Bolsa "Um mês no CES", um junto ao Departamento de Sociologia da City University of New York (1997-1998), durante o doutoramento, e o terceiro junto à Universidade Nacional de San Luis, na Argentina, como professor visitante (2009). Foi secretário da Sociedade Brasileira de Psicologia Política, sendo um dos Editores da Revista Psicologia Política (2001-2007) e foi também Presidente da Associação Brasileira de Psicologia Política (2009-2011). Atuou como secretário executivo da Associação Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Psicologia (2010-2012). Tem colaborado como consultor e membro de conselhos científicos em vários periódicos científicos e editoras. Foi um dos editores da Revista Psicologia & Sociedade da Associação Brasileira de Psicologia Social (2012-2013). É professor associado II da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Foi Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Psicologia (2009-2010) da UFMG. É professor junto ao Programa de Pós-Graduação em Psicologia e pesquisador junto ao Núcleo de Direitos Humanos e Cidadania LGBT (NUH/UFMG). Possui "grant" pesquisador pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais (Fapemig) e é bolsista pesquisador do CNPq. Participou como membro das Comissões de Área da Psicologia e da Área Interdisciplinar da Capes. Tem experiência na área de Psicologia Social e Política, atuando principalmente nos seguintes temas: psicologia comunitária, ações coletivas, comportamento político, identidade coletiva e movimentos sociais, políticas públicas e participação social, estudos LGBT, sexualidades, preconceito, homofobias, gênero e movimentos sociais.

Neste ponto foi feita, por parte do entrevistador, a interjeição demonstrando que, em alguns casos, o ordenamento pode moldar a cultura e o modo de agir das pessoas. Foi exemplificado com o caso da “camisa do Vasco”, que durante um determinado período de tempo teve vendas astronômicas, na época em que o uso de cinto de segurança em veículos automotores se tornou obrigatório e, algumas pessoas, ainda receosas e desacostumadas com o uso do item de segurança, compraram a camisa do Vasco, que possui uma faixa preta que se parece com um cinto e poderia confundir com um cinto de segurança. Apesar da rejeição inicial da norma, depois de algum tempo as vendas da camisa se normalizaram, pois as pessoas se acostumaram a utilizar o cinto. Ou seja, o ordenamento também é capaz de alterar o comportamento humano, independentemente da vontade do destinatário da norma, moldando a cultura. Mesmo se tratando de uma questão mais simplória.

Feita essa consideração, o entrevistado disse que o terceiro gênero poderia ser um início de uma transformação, mas as suas implicações no caso de uma criança, por exemplo, ser tratada de uma maneira neutra, teria também aspectos muito negativos, sendo, portanto, algo positivo e negativo:

Alguns países, dado o seu próprio histórico-cultural, caminham, do ponto de vista da linguagem, para uma construção de neutralidade do “contrato”, a fim de eliminar conflitos. Eu prefiro que os conflitos estejam em lugares públicos com limites éticos mínimos onde a gente possa transitar entre os gêneros. A figura da travesti denuncia que não há uma verdade sobre a mulher e sobre o homem, mas que há uma construção histórica que se transformou ou alçou algum tipo de verdade na cultura. Não tem um original que é copiado. As pessoas terão que aprender, se, por exemplo decretar uma lei que os travestis podem utilizar os banheiros que elas quiserem, masculino ou feminino, ou que os banheiros não vão ter gênero, as pessoas terão que aprender que o banheiro é uma questão semi-pública.¹¹¹

Quando perguntado se o aprendizado das pessoas não geraria a necessidade de uma divisão, seja de banheiros, ou de brinquedos masculinos ou femininos para crianças, e se isto geraria uma neutralidade, a resposta foi que isto geraria uma convivência mais harmônica, com flexão da bipolaridade, de maneira que elas não seriam mais definitivas para todas as formas de reconhecimento e de

¹¹¹ Idem, ibidem.

relacionamento público e privado, isto quer dizer que haveria muitas formas de ser homem, muito diferentes, sem chegar em orientação sexual, e que o masculino poderia ser reinventado. Para o entrevistado:

Ninguém acorda e decide que não é mais homem ou mulher. Eu prefiro que as pessoas possam brincar com as posições de maneira que nós possamos concluir que o binarismo ou a bipolaridade não são as únicas opções possíveis, então o gênero neutro teria um problema de socialização.¹¹²

Perguntado se, caso todos fossemos neutros, esses problemas desapareceriam, Marco Aurélio Máximo Prado respondeu que surgiriam novas hierarquias, semelhante à hierarquia paterna sobre o filho. E continua:

Eu gosto da posição na Argentina em que é possível fazer auto declarações. A pessoa que quiser fazer transição de gêneros, sem nenhum tipo de especialista, basta fazer uma auto declaração. Mas eu posso desdeclarar também. Pode-se flexionar essas posições sem que um tutor, médico ou psicólogo decida por você. É preciso construir essa possibilidade e, para isso, é preciso olhar para a cultura e para o contexto. Somos um país machista e o gênero neutro não mexeria em nada com o machismo. As propostas de hoje são como flexionar por dentro o que seria o masculino e o que seria o feminino, e pensar que podemos ter mulheres com pênis, por exemplo, pois assim ela se declarou. O que define são as suas relações de reciprocidade e de reconhecimento. Há meninos que querem brincar de ser fada madrinha na escola, mas isso não é definitivo de gênero e sexualidade, isso é uma forma de experimentação da própria investigação corporal das crianças. Eu acho que a idéia (sic) de neutralidade anularia a possibilidade de se discutir culturalmente direitos equivalentes, como se os sujeitos fossem capazes de decidir autonomamente. O estado deveria agir criando maior flexão.¹¹³

Perguntado se seria possível existir espaços de neutralidade, a resposta foi positiva. Sim, seria possível existir exercícios de neutralidade de gênero:

Existem no Brasil grupos que vão contra o binarismo. São pessoas que não se reconhecem como masculino ou feminino de maneira definitiva, mas sim em um trânsito de gênero possível, e que deveriam ter os seus direitos garantidos. Mas agora decretar uma criança (ser terceiro gênero), por um tutor, especialista ou um pai, há vários riscos que estão em jogo. Os pais e as mães vão educar a

¹¹² Idem, ibidem.

¹¹³ Idem, ibidem.

partir de um lugar que é o deles, não do outro. Pode haver uma esperança no terceiro gênero, mas pode ser que os ganhos não sejam reais, especialmente no Brasil, em que a Lei não necessariamente garante direitos sociais. No Canadá, por exemplo, com grande diversidade cultural, com legislações próprias, que não é o nosso caso, é mais factível pensar na neutralidade. No nosso caso, as diferenças precisam estar na pauta. É uma costura difícil e que deve estar primeiramente na política. Não é fácil se considerar masculino ou feminino, só há uma grande legitimidade para a teoria, mas tem uma série de exercícios que são feitos para ser homem, não basta ter pênis, várias coerções sociais têm que ser feitas, cirurgias discursivas devem ser feitas. Eu não sou simpático da idéia (sic) de decretar ou prescrever sobre o outro de maneira muito definitiva. É melhor discutir que o masculino ou o feminino não tem uma verdade em si mesmo. Quando eu me declaro homem, não há uma verdade em mim que o corpo represente ou autentique, mas sim construção social, reconhecimentos e expectativas.¹¹⁴

4.4.1 Gênero, sexualidade, sexo e orientação sexual

Alguns conceitos – de cunho sociológicos, e ligados à psicologia –, que circunscrevem o assunto tratado nesta dissertação, precisam ser esclarecidos.

O sexo tende a ter uma maior ligação com o aspecto biológico, mas quando tratado enquanto sexualidade também pode ser identificado como um conjunto de manifestações emocionais e afetivas conscientes e inconscientes, o que demanda considerações sobre orientação sexual e as diversas mudanças de gênero como produtos cambiantes e manipulados, tanto quanto outros traços dos seres humanos, na sua constante busca pela harmonia ou pela satisfação dos desejos em todos os âmbitos. O conceito moderno de gênero surge do embate ao determinismo biológico. Segundo Enézio Junior, de um conceito surgido inicialmente entre as estudiosas feministas (gender), para recusar o determinismo biológico na diferenciação entre os sexos – que justificava desigualdades incabíveis entre homens e mulheres –, a noção de gênero, com o dinamismo científico, passou a ser compreendida para além dos papéis ou padrões socioculturais identificadores do masculino e do feminino, que, por muito tempo, foram atribuídos numa lógica rígida.

O gênero compreende categoria relacional-contextual mais ampla, que contempla os conflitos ou desafios na formação, e nas escolhas, das pessoas dentro de vastas possibilidades ante a plasticidade dos seus corpos, e tudo isto conectado

¹¹⁴ Idem, *ibidem*.

com outros sistemas de modo complexo.¹¹⁵ Desta maneira, atualmente, brincar de boneca está associado às crianças do gênero feminino. Tratando do processo de construção dos gêneros, Guacira Louro, nos instrui que:

A construção dos gêneros e das sexualidades dá-se através de inúmeras aprendizagens e práticas, insinua-se nas mais distintas situações, é empreendida de modo explícito ou dissimulado por um conjunto inesgotável de instâncias sociais e culturais. É um processo minucioso, sutil, sempre inacabado. Família, escola, igreja, instituições legais e médicas mantêm-se, por certo, como instâncias importantes nesse processo constitutivo. Por muito tempo, suas orientações e ensinamentos pareceram absolutos, quase soberanos. Mas como esquecer, especialmente na contemporaneidade, a sedução e o impacto da mídia, das novelas e da publicidade, das revistas e da internet, dos sites de relacionamento e dos blogs? Como esquecer o cinema e a televisão, os shopping centers ou a música popular? (...)

(...) Especialistas das mais diversas áreas dizem-nos o que vestir, como andar, o que comer (como e quando e quanto comer), o que fazer para conquistar (e para manter) um parceiro ou parceira amoroso/a, como se apresentar para conseguir um emprego (ou para ir a uma festa), como ficar de bem com a vida, como se mostrar sensual, como aparentar sucesso, como... ser.¹¹⁶

A ideia de identidade de gênero está ligada com o processo histórico e social que leva o indivíduo a se portar, e a se ver, de uma determinada maneira, em regra, pautada no masculino e no feminino.

A orientação sexual refere-se à direção, temporária ou permanente, do desejo sexual, afetivo e erótico de determinada pessoa em relação a outra pessoa. O termo orientação sexual vem sendo utilizado nos últimos anos, ao invés de opção sexual, para demonstrar um caráter imanente da sexualidade. A identidade sexual é a forma como a sexualidade é experimentada.

4.5 O terceiro gênero e a compatibilidade com a dinâmica jurídica brasileira

Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações nos termos da Constituição. Visando promover a universalidade dos direitos, a Constituição da

¹¹⁵ JUNIOR, Enésio de Deus Silva. Diversidade sexual e suas nomenclaturas. In: **Diversidade sexual e Direito homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 110.

¹¹⁶ LOURO, Guacira Lopes. **Gênero e sexualidade: pedagogias contemporâneas**. v. 19, n. 2 (56). Rio Grande do Sul: Pro-Posições, maio/ago. 2008.

República Federativa do Brasil de 1988, no artigo 5º, I, demonstra a sua preferência pela tradicional (e até então única) teoria binarista do gênero.

A ordem jurídica brasileira é toda pautada na diferenciação estanque e inviolável entre o masculino e o feminino. É fácil perceber que qualquer mudança, caso venha a ocorrer, será extremamente trabalhosa de ser promovida.

O binarismo e a heteronormatividade permeiam e comandam todo o ordenamento jurídico brasileiro. O Código Civil brasileiro de 2002 exemplifica bem esta afirmação, com artigos do tipo: Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família. Ou Art. 1.011. deste mesmo diploma normativo que informa que o administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios.

Naturalmente que o termo “pessoa física” ou “humano” seria bem mais inclusivo. Há uma nítida heterossexualidade institucional e oponível no ordenamento jurídico brasileiro, que dita o tom a ser seguido por todas as normas jurídicas. Em contemplação ao princípio da gravitação, o acessório (desviantes) gravita em torno do principal (heterossexual). Sobre o tema, Judith Butler assevera:

A coerência ou a unidade interna de qualquer dos gêneros, homem ou mulher, exigem, assim, uma heterossexualidade estável e oposicional. Essa heterossexualidade institucional exige e produz, a um só tempo, a univocidade de cada um dos termos marcados pelo gênero, que constituem o limite das possibilidades de gênero no interior do sistema binário oposicional.¹¹⁷

Apesar de haver muitos, e já tratados neste trabalho, focos de inclusão, a lógica do principal x acessório prevalece. É perceptível a resistência do judiciário brasileiro em resolver demandas dos jurisdicionados não enquadrados como “padrão” na dinâmica heteronormativa que rege o ordenamento jurídico brasileiro. Ao invés de promover uma inclusão universal ou uma reforma completa, as garantias vêm a conta gota. Há respingos em matéria de direito de família, outros em área previdenciária, mas não há uma igualdade plena, pois só os “Homens e

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

mulheres” são iguais em direitos e obrigações, isso se eles participarem de determinados grupos que, de fato, são agraciados com presença estatal.

Há uma falta de sensibilidade para tratar de questões de gênero. É mais fácil tratar todos os não integrantes da massa geradora da heteronormatividade como uma classe homogênea. Por não conhecer as diferenças, o tratamento acaba sendo ineficiente e engessado. A diferença acaba não sendo verdadeiramente conhecida, mesmo sendo “a construção do direito à orientação sexual como um direito personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa humana.”¹¹⁸ Assim, os diferentes são tratados como iguais (entre si), expressando mais uma forma excludente de enxergar o outro.

4.6 O terceiro gênero e as necessidades sociais brasileiras

O Brasil possui um longo histórico de perseguição, seja por motivo de gênero, cor, religião, posicionamento político, sexualidade, classe social, peso, nacionalidade, a resposta inicial à diferença tende a ser hostil. Com o tempo, as vítimas foram se alterando sem conseguir alcançar, de fato, direitos materialmente iguais à classe tradicionalmente centralizadora e tendente à opressão.

Os que tentam proteger as classes excluídas acabam sendo rotulados e sofrem a exclusão junto com aqueles que eles pretendem proteger.

Apesar de sensível proteção estatal na vida dos desviantes, percebe-se que a mentalidade da população permaneceu praticamente inalterada. Uma pesquisa realizada, em 2009, pela Fundação Perseu Abramo, revela que mais de 90% dos entrevistados perceberam algum preconceito contra os homossexuais e que grande parte dos entrevistados consideram que “Os gays são os principais culpados pelo fato da Aids estar se espalhando pelos mundo”.¹¹⁹

A classe dos desviantes vive em constante exclusão social. Praticamente, não existe nenhum travesti juíza ou médica, mas muitas vezes percebe-se a existência dessas mulheres trabalhando como prostitutas, por exemplo. Trata-se de um recorte social de exclusão em que determinada classe não consegue ser inserida no meio

¹¹⁸ FACHIN, Luis Edson. **Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo**. São Paulo: RT, 1996, p. 27.

¹¹⁹ ABRAMO, Fundação Perseu. **Diversidade sexual e homofobia no Brasil: intolerância e respeito às diferenças sexuais**. Disponível em: http://novo.fpabramo.org.br/sites/default/files/PESQUISA_COMPLETA_Apres-LGBT-Total-mai09.pdf Acesso em: 10/05/2015.

social de maneira a competir com outros membros da sociedade em iguais condições.

O Estado brasileiro, em especial o seu poder legislativo, se omite a garantir direitos aos desviantes e está longe de garantir direitos básicos às pessoas que se sentem parte do terceiro gênero no Brasil. Não há um tratamento neutro de gênero, nem da classe LGBT, nem de qualquer novo desafio ao direito de gênero no legislativo do Brasil. Se defender tais causas em tal órgão é uma tarefa árdua, ser maioria (ideológica) é uma realidade distante. O parlamentar que atua neste sentido é automaticamente rotulado de gay, antirreligioso, antinaturalista, antifamília e acabará perdendo grande parte do seu eleitorado. Assim, um silêncio excludente se perpetua e o círculo da falsa moralidade silenciosa se completa, gerando a exclusão daqueles que não têm voz nem vez: as classes minoritárias.

Com o fito de atingir uma neutralidade que garante mais direitos aos excluídos, a teoria do terceiro gênero tenta incluir socialmente membros que não possuem as mesmas chances. Como já dito, a delimitação biológica não encerra o ser humano, pois a complexidade da alma precisa ser considerada. Como o ordenamento jurídico insiste na vinculação entre o sexo e o gênero, as pessoas que percebem alguma diferença não se sentem completas e, desde muito cedo, enfrentam problemas de ordem psicológica de adaptação com o seu corpo, sua posição na sociedade e o reconhecimento de uma maneira genérica. A falta de reconhecimento estatal de um estado de pessoa (estado da pessoa é o diferencial dos indivíduos, é o modo individual de existir civilmente) só gera o reforço na exclusão social, por gerar graves problemas de reconhecimento.

Em entrevista, Edith Lopes Modesto dos Santos¹²⁰, fundadora da ONG GPH – Associação Brasileira de Pais e Mães de LGBTs, afirmou ser relevante a criação de um terceiro gênero no Brasil. Ela conhece várias pessoas que não se sentem

¹²⁰ Entrevista realizada no dia 25/06/2015.

Sobre a entrevistada:

Mestre e doutora em Semiótica e Linguística geral - Fac. de Filosofia, Letras e Ciências Humanas - USP (2010). Fundadora e presidente da ONG GPH - Associação Brasileira de Pais e Mães de Homossexuais e do Projeto Purpurina - jovens LG BTs de 13 a 24 anos. Pesquisadora sobre diversidade de orientação sexual e identidade de gênero do Lei - Laboratório de Estudos sobre a Intolerância - USP, com 3 livros publicados, pela Editora Record e Editora Summus - GLS. Escritora de livros de ficção juvenil com 12 livros publicados pela Editora Ática - série Vaga-Lume, Editora Larousse do Brasil, Escala Editorial e Edições Paulinas. Professora aposentada de diversas faculdades de comunicação (jornalismo). Por exemplo, da Universidade Mackenzie, FIAM e UNIP. Ganhadora do prêmio "Tese Destaque USP" da área de Linguística, Semiótica, Letras, Línguas estrangeiras e Artes em 2011, pela tese de doutorado: "Homossexualidade, Preconceito e Intolerância - Análise semiótica de depoimentos", orientada pela Profa. Dra. Diana Luz Pessoa de Barros. Prêmio a projeto de Promoção das Manifestações Culturais no Estado de São Paulo, outorgado pela Secretaria do Estado da Cultura, em 2011.

confortáveis com o gênero masculino, nem com o feminino, jovens, principalmente, mas também adultos. Hoje, eles se identificam como “trans não binários”. Eles nos procuram na ONG e me procuram no meu consultório (Psicanalista e semiótico - USP). Alguns são meus alunos. Segundo ela, apesar de ser “Cis” e “hétero”, casada há muitos anos, com 7 filhos e 8 netos, portanto, bem dentro da heteronormatividade compulsória, por incrível que pareça, já sofreu preconceito com perguntas do tipo: “você já virou lésbica?”. A entrevistada afirma que já negaram, inclusive, de atendê-la em uma loja. “Porque trabalho com minorias sexuais e de gênero”, garante. Ela acredita que a divisão estrita de gêneros, como ocorre atualmente, reforça a segregação e o preconceito; assevera ainda que é um absurdo a pessoa não poder ser quem sente que é, ter de pedir licença, ter de ter autorização, já que não está atrapalhando outras pessoas. “Também considero um absurdo, como aconteceu na Irlanda do Norte, ter de haver um plebiscito para que as pessoas homossexuais possam se casar. Não é um direito do ser humano se casar ou não?”¹²¹

Perguntada sobre a possibilidade de a aplicação da teoria do terceiro gênero reduzir o preconceito, a resposta foi positiva. Segundo ela, uma decisão legal deve diminuir bastante o preconceito, além de proteger as minorias com questões de identidades de gênero. E acrescenta:

Acho fundamental essa resolução: a) Em primeiro lugar, por causa das crianças intersexo. No Hospital das Clínicas de São Paulo, grupo AMTIGUS - IPQ, do qual faço parte, os bebês (depois de exames de contagem hormonal e de número de órgãos (masculinos / femininos) ainda são operados, com possível margem de erro, já que o biológico, como sabemos, não está atrelado à identidade de gênero. b) Em segundo lugar, mas de importância equivalente, pelas crianças, que se identificam como trans, e deveriam ter o direito de usar hormônio bloqueador da puberdade, enquanto pré-adolescentes, e não existe o protocolo que, nesses casos, permita isso. O hormônio, bloqueador da puberdade já existe no Brasil há alguns anos e é receitado, por exemplo, para casos de problemas de crescimento. Asseverou ainda que seria ótimo se o Brasil seguisse o exemplo da Alemanha.

Será tratado a seguir sobre uma das formas de combater a letargia dos Poderes Legislativo e Executivo Brasileiro.

¹²¹ Idem, *ibidem*.

5 POSSIBILIDADES DE IMPLANTAÇÃO DO TERCEIRO GÊNERO NO BRASIL: uma contribuição do processo coletivo

Existem ações constitucionais que visam garantir direitos consagrados, e que por sua vez, podem ser definidas como remédios constitucionais, como por exemplo, o *habeas corpus*, *habeas data*, etc. Conforme nos adverte Bastos: “Os direitos individuais tornar-se-iam letra morta se não fossem acompanhados de ações judiciais que pudessem conferir-lhe uma eficácia compatível com a própria relevância dos direitos assegurados”.¹²²

A vigente Constituição brasileira de 1988, no intento de assegurar a plena eficácia e aplicabilidade de seus dispositivos, instituiu um novo remédio constitucional, a ação denominada de mandado de injunção, que, de acordo com a lei constitucional, é cabível “sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Assim, nos itens a seguir, serão destacados alguns pontos de relevância do mandado de injunção, sobretudo, e em especial, ao mandado de injunção coletivo, para, no final, discute-se sobre a possibilidade de utilização desse remédio constitucional para compelir o Poder Executivo, ou o Legislativo Nacional, a elaborar a norma regulamentadora prevista constitucionalmente, em referência aos direitos de gênero, que são direitos conquistados por uma significativa parcela da população brasileira.

Analisando sumariamente o instituto, e segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, pode-se dizer que a principal função do mandado de injunção é atacar a inércia do legislador ou a chamada síndrome de inefetividade dos Poderes Públicos em não regulamentar a Constituição. Além disso, o mandado de injunção possui a finalidade de viabilizar o exercício de direitos constitucionalmente previstos.

O mandado de injunção possui respaldo na Constituição da República de 1988, em seu artigo 5º, inciso LXXI, que assim dispõe: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à

¹²² BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 98.

nacionalidade, à soberania e à cidadania”.¹²³

Parcas normas regulam o procedimento do Mandado de Injunção. Entre elas, está o parágrafo único, do artigo 24, da Lei nº. 8.038/90, que instituiu normas procedimentais para os processos perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, com o seguinte teor:

Art. 24 - Na ação rescisória, nos conflitos de competência, de jurisdição e de atribuições, na revisão criminal e no mandado de segurança, será aplicada a legislação processual em vigor.

Parágrafo único - No mandado de injunção e no habeas data, serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica.¹²⁴

Observa-se que os procedimentos seguidos no mandado de injunção são os mesmos, no que couber, do mandado de segurança. Acrescenta-se que o mandado de injunção possui natureza declaratória e mandamental. E isto porque o mandado de injunção tem por objetivo reconhecer e declarar a omissão, para, depois, mandar a quem tem competência regular e/ou legislar sobre o assunto ou, ainda, ser feita a regulação direta pelo Poder Judiciário, conforme a teoria concretista que será vista mais adiante.

Bernardo Gonçalves Fernandes, aponta dois requisitos do mandado de injunção. O primeiro é a falta de norma regulamentadora de preceito constitucional. Neste sentido, o STF já se pronunciou, reiteradamente, afirmando que só cabe mandado de injunção em relação à norma constitucional de eficácia limitada. José Afonso da Silva, lecionando sobre as normas de eficácia limitada nos ensina que:

Muitas vezes as normas estabelecem objetivos e metas que o legislador infraconstitucional deve seguir para concretizar os objetivos perseguidos pelo poder constituinte originário. Essas normas que estabelecem objetivos podem ser denominadas de normas constitucionais de princípio. Além de classificar as normas constitucionais quanto a sua finalidade, podemos classificá-las quanto a sua eficácia, ou seja, quanto a sua capacidade de produzir efeitos. As normas constitucionais de princípio são classificadas como normas constitucionais de eficácia limitada, pois dependem de outras normas para produzir os efeitos desejados pelo legislador originário.¹²⁵

¹²³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 13/05/2015.

¹²⁴ BRASIL. **Lei 8038/90**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 13/05/2015.

¹²⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2002.

Assim, percebe-se que não caberá o mandado de injunção em relação a todas as normas constitucionais, pois as normas constitucionais de eficácia plena e contida não ensejam a propositura deste remédio constitucional, por já possuírem efetividade máxima. Note-se também que não caberá mandado de injunção para regulamentar norma infraconstitucional que necessite, por exemplo, de um decreto regulamentador. Neste sentido, legisla a jurisprudência do Pretório Excelso brasileiro, vejamos:

MANDADO DE INJUNÇÃO. REGULAMENTAÇÃO DA ATIVIDADE DE BINGO. INEXISTÊNCIA DE COMANDO CONSTITUCIONAL. WRIT NÃO CONHECIDO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

Os agravantes objetivam a regulamentação da atividade de jogos de bingo, mas não indicam o dispositivo constitucional que expressamente enuncie esse suposto direito. Para o cabimento do mandado de injunção é imprescindível a existência de um direito previsto na Constituição que não esteja sendo exercido por ausência de norma regulamentadora. O mandado de injunção não é remédio destinado a fazer suprir lacuna ou ausência de regulamentação de direito previsto em norma infraconstitucional, e muito menos de legislação que se refere a eventuais prerrogativas a serem estabelecidas discricionariamente pela União. No presente caso, não existe norma constitucional que confira o direito que, segundo os impetrantes, estaria à espera de regulamentação. Como ressaltou o Procurador-Geral da República, a União não está obrigada a legislar sobre a matéria, porque não existe, na Constituição Federal, qualquer preceito consubstanciador de determinação constitucional para se que legisle, especificamente, sobre exploração de jogos de bingo. Agravo regimental desprovido.¹²⁶

O outro requisito apontado por Fernandes (2014) é a inviabilização do direito, liberdade ou prerrogativa prevista na Constituição. Segundo ele, “o Pretório Excelso trabalha com a figura do nexo de causalidade. Não basta a inércia do legislador, mas também a caracterização de que, a partir desta, temos um direito (liberdade ou prerrogativa) de alguém violado”¹²⁷. Ou seja, trata-se de uma atividade jurisdicional que visa a regulamentação de direitos constitucionais. Cattoni (1998) afirma que “essa atividade jurisdicional, em sede de Mandado de Injunção, não deve ser compreendida como sendo legislativa, mas de regulamentação, e regulamentação

¹²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MI 766 DF**. Relator Min. Joaquim Barbosa. Julgado em 21.10.2009. Plenário, DJE 13.11.2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI+766+DF%29&base=baseAcordaos> Acesso em: 26/03/2015.

¹²⁷ FERNANDES, B. G. A. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. v. 01.

para o caso concreto”.¹²⁸

A competência para processar e julgar pedido de mandado de injunção é definida constitucionalmente. Ela encontra-se nos artigos 102, I, q (competência do STF) e 105, I, h (competência do STJ). O artigo 121, parágrafo 4º, V, de nossa atual Constituição da República de 1988, traz ainda uma competência recursal dirigida ao TSE para receber, em grau de recurso, mandados de injunção advindos dos Tribunais Regionais Eleitorais. Os Tribunais Regionais Federais e os Juízes Federais terão competência quando a produção normativa for de atribuição das demais autoridades, órgãos ou entidades federais, conforme o art.109, I, da CR/88. É possível ainda o mandado de injunção estatal desde que haja previsão na respectiva Constituição Estadual.

Os efeitos do mandado de injunção foram se transformando ao longo do tempo com a evolução jurisprudencial sobre o assunto. Em suma, surgiram três teorias, encabeçadas por ministros do STF, como Gilmar Mendes, Celso de Melo e Eros Grau: a concretista geral, a concretista individual e a não concretista.

Nas teorias concretistas (geral e individual), o órgão do Poder Judiciário viabiliza (implementa) o exercício do direito, como se legislador fosse, até que sobrevenha norma regulamentadora pelo Poder Legislativo ou Executivo. A concretista geral implementa a norma com efeito *erga omnes*, ao passo que a concretista individual implementa com efeitos interpartes.

A teoria concretista individual divide-se em duas: a concretista direta, pela qual o Judiciário implementa a norma de plano, e a concretista intermediária, pela qual o Judiciário reconhece a ausência e dá ciência para o órgão competente supri-la dentro de um determinado prazo. Caso o órgão competente para legislar não legisle, o Judiciário, após o prazo dado, deverá suprir a ausência da norma.

A teoria não concretista, tradicionalmente adotada pelo STF, reconhece a mora legislativa, mas não implementa o exercício do direito através da regulamentação, apenas recomenda ao legislador a criação de uma nova norma que supra a lacuna. Este entendimento vem sendo modificado pelo STF, pois há um nítido amesquiamento do *writ*. No julgamento do Mandado de Injunção nº 232/RJ, a Corte Constitucional já tomou um posicionamento nitidamente em consonância com a teoria concretista individual intermediária, assim:

¹²⁸ CATTONI, Marcelo Andrade. **Tutela jurisdicional e Estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 105.

Mandado de injunção - Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no par.

(...) 7. do artigo 195 da Constituição Federal - Ocorrência, no caso, em face do disposto no artigo 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional. Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, par. 7, da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida.¹²⁹

O STF já adotou também a teoria concretista geral, cuja ementa está colacionada a seguir:

MANDADO DE INJUNÇÃO. ART. 5º, LXXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. CONCESSÃO DE EFETIVIDADE À NORMA VEICULADA PELO ARTIGO 37, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LEGITIMIDADE ATIVA DE ENTIDADE SINDICAL. GREVE DOS TRABALHADORES EM GERAL [ART. 9º DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL N. 7.783/89. À GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO ATÉ QUE SOBREVENHA LEI REGULAMENTADORA. PARÂMETROS CONCERNENTES AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELOS SERVIDORES PÚBLICOS DEFINIDOS POR ESTA CORTE. CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO ANTERIOR QUANTO À SUBSTÂNCIA DO MANDADO DE INJUNÇÃO. PREVALÊNCIA DO INTERESSE SOCIAL. INSUBSSISTÊNCIA DO ARGUMENTO SEGUNDO O QUAL DAR-SE-IA OFENSA À INDEPENDÊNCIA E HARMONIA ENTRE OS PODERES [ART. 20 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL] E À SEPARAÇÃO DOS PODERES [art. 60, 4º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. **INCUMBE AO PODER JUDICIÁRIO PRODUZIR A NORMA SUFICIENTE PARA TORNAR VIÁVEL O EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS, CONSGRADO NO ARTIGO 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. ¹³⁰ (grifo nosso)**

Com isto, pode-se dizer que o Judiciário brasileiro tende a caminhar, ainda

¹²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MI 232/RJ**. Rel. Min. Moreira Alves, Plenário, julgado em 02/08/1991. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI+232+DF%29&base=baseAcordaos> Acesso em: 26/03/2015.

¹³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federa. **MI 712/PA**. Rel. Min. Eros Grau, Plenário, julgado em 25/10/2007.

que vagarosamente, da teoria não concretista para a concretista geral. Isto dará maior força ao instituto do mandado de injunção na garantia de efetivo exercício de direitos constitucionais.

5.1 Mandado de injunção no direito comparado

Ao criar o mandado de injunção, o constituinte brasileiro de 1988 visou dar a maior efetividade possível às normas constitucionais. Segundo o Ministro do STF, Luis Roberto Barroso, a intenção foi a busca de “uma maior efetividade das normas constitucionais que, em regimes passados, pereciam, desvalidas, por inércia do legislador em regulamentar os direitos delas decorrentes”.¹³¹

Muitos autores, como Pfeiffer (1999) e Guerra Filho (2001), afirmam que o mandado de injunção é uma inovação do direito brasileiro, sem nenhum precedente em outros ordenamentos jurídicos. Segundo Marcela Maciel (2014), existem autores que consideram o mandado de injunção sem similar no direito comparado, logo originariamente brasileiros — como, por exemplo: Barroso (2002), Ronaldo Poletti (2000) e Celso Ribeiro Bastos (apud Quaresma, 1995). Existem, também, aqueles que, apesar de o considerarem um instituto novo, reconhecem a inspiração no direito estrangeiro, como Alexandre de Moraes (2000) e Paulo Bonavides (1996).

Muitos apontam o *writ of injuction* do direito norte-americano como fonte de inspiração do legislador constituinte brasileiro. Segundo Quaresma:

As injunctions se confundem com o *equity sistem* anglo-saxão, tendo sido criadas para efetivar a utilização desse antigo sistema que se baseava, e ainda se baseia, na observação e ação discricionária, por parte do juiz, para a aplicação de um conjunto de princípios de justiça na solução do litígio. Princípios estes que observam as regras gerais do direito, os costumes, os hábitos e as tradições, criando uma nova regra a ser aplicada na falta de regulamentação ou proteção insatisfatória da *common law*. De maneira mais genérica, pode-se dizer que a *injunction* hoje, principalmente no direito norte-americano, tem uma aplicação muito mais ampla. Utilizada, inicialmente, para as questões privadas (principalmente em relação a contratos e no campo trabalhista), é ela obtida atualmente para resolver litígios na esfera dos direitos civis e constitucionais, tais como, “direito de livre associação e de palavra, liberdade religiosa, acesso à educação, justiça, etc.”¹³²

¹³¹ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 6ª ed. atual. São Paulo: Renovar, 2002. p.247.

¹³² QUARESMA, Regina. **O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão: teoria e Prática**. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 35.

A proximidade do mandado de injunção brasileiro com o direito português está na existência da ação de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento lusitano. No entanto, a ação de inconstitucionalidade por omissão não é equivalente ao mandado de injunção, por possuir requisitos, competência para julgamento e legitimados para propositura diferentes. Além disso, o ordenamento jurídico brasileiro também possui tal de inconstitucionalidade, que é muito semelhante a do ordenamento português, mas diferente do mandado de injunção.

Ao tratar da proximidade do mandado de injunção brasileiro com o ordenamento alemão, Marcela Maciel nos ensina que:

A ação constitucional alemã (*Verfassungsbeschwerde*) é admitida para a impugnação tanto de comportamentos inconstitucionais comissivos como omissivos, neste último caso somente quando ocorre a chamada omissão parcial, que quase sempre se dá por violação ao princípio da isonomia. Nessa ação alemã há a possibilidade de concretização direta do direito constitucional reclamado, mas isso apenas quando o tribunal considerar que a norma em questão possui todos os elementos que permitam a sua direta aplicação (PFEIFFER, 1999). Deste modo, é possível também o reconhecimento de semelhanças e diferenças entre essa ação e o mandado de injunção que não pode ser utilizado para casos comissivos, servindo exatamente para casos em que há a falta de regulamentação.¹³³

Logo, parece correto dizer que provavelmente não há precedente idêntico ao mandado de injunção em outros ordenamentos jurídicos, mas outros institutos com muitas proximidades podem ser encontradas, como já dito, no direito norte-americano, português e alemão.

5.2 Mandado de injunção coletivo e a representação adequada

O mandado de injunção poderá ser individual ou coletivo. A possibilidade do mandado de injunção coletivo não está expressamente estampada no texto constitucional, mas é amplamente permitida pela jurisprudência, como exemplo, o Mandado de Injunção 361/RJ, em que o Ministro do STF, Sepúlveda Pertence, reconhece esta possibilidade. Trata-se de um instituto que garante maior efetividade

¹³³ MACIEL, Marcela Albuquerque. **O mandado de injunção: origens e trajetória constituinte:** âmbito jurídico. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8760. Acesso em: 02/06/2015.

processual, pois, assim como todas as ações coletivas, evita que demandas individuais sejam necessárias, abarrotando ainda mais as prateleiras do judiciário.

As ações coletivas têm papel central na garantia de acesso à justiça, uma vez que afastam um grande número de demandas individuais do poder judiciário, possibilitando o aprofundamento da cognição e a unicidade de julgamentos. Nunes (2011) assevera que o problema da judicialização como via individual de implementação de direitos fundamentais representa um problema ainda mais grave: a crise das instituições. Ele aponta que a crise de representatividade e a falta de agenda do Parlamento, em uma sociedade de cultura constitucional tardia, somada à inércia do Executivo, acabam funcionando como agentes catalisadores de conflitos.¹³⁴

Embora o artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal não possua a modalidade de mandado de injunção coletivo, como dito acima, o Supremo Tribunal Federal a admite. Este entendimento do Supremo Tribunal Federal vem desde o ano de 1996, sendo um precedente valioso da Corte Superior, conforme julgados abaixo:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de admitir a utilização, pelos organismos sindicais e pelas entidades de classe, do mandado de injunção coletivo, com a finalidade de viabilizar, em favor dos membros ou associados dessas instituições, o exercício de direitos assegurados pela Constituição. Precedentes e doutrina.¹³⁵

Entidades sindicais dispõem de legitimidade ativa para a impetração do mandado de injunção coletivo, que constitui instrumento de atuação processual destinado a viabilizar, em favor dos integrantes das categorias que essas instituições representam, o exercício de liberdades, prerrogativas e direitos assegurados pelo ordenamento constitucional.¹³⁶

Observa-se que, no caso do exemplo acima, trata-se de um mandado de

¹³⁴ NUNES, Dierle José Coelho. Politização do Judiciário no Direito Comparado: algumas considerações. In: **Constituição e processo**: entre a política e o direito. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo. (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2011.

¹³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MI 20/DF**. Relator: Ministro Celso de Mello, Plenário, DJ de 22/11/96. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI+20+DF%29&base=baseAcordaos> Acesso em: 26/03/2015.

¹³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MI 472**. Rel. Min. Celso de Mello. Julgamento em 06/09/2005, Plenário. DJ de 02/03/2001. No mesmo sentido: **MI 361**. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento em 08/04/1994, Plenário, DJ de 17/06/1994. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI+472+DF%29&base=baseAcordaos> Acesso em: 26/03/2015.

injunção coletivo impetrado por uma entidade sindical, ou seja, em defesa de certa categoria de trabalhadores de uma determinada região que se sentiu prejudicada por não haver norma regulamentadora sobre determinado assunto que lhes garantiria direitos. Algo próximo à categoria das pessoas que podem se sentir do terceiro gênero, pois ambos fazem parte da categoria dos direitos coletivos.

Desta forma, quando se fala em mandado de injunção coletivo, deve-se ter em mente a possibilidade admitida pela Corte Superior, cuja legitimação ativa se dirigirá para os sindicatos ou entidades de classe. Ou seja, alguém que efetivamente “represente” os trabalhadores. E aqui cabe uma interjeição, pois deve haver uma representação adequada dos trabalhadores, no mesmo âmbito do processo coletivo do direito norte-americano, o qual garante um trâmite processual regular por meio de uma representação adequada daqueles jurisdicionados. Em alguns países, como na Alemanha, há uma espécie de licitação para escolher as melhores bancas de advogados que atuarão nos processos coletivos. O Pretório Excelso cogitou a teoria do representante adequado nos julgados acima colacionados, visto que, pelo microsistema de tutela dos direitos coletivos vigente no Brasil, a legitimação ativa para a defesa em juízo destas espécies de direitos foi definida por lei (art. 5º, LXX da CR/88, art. 5º da Lei de Ação Civil Pública, art. 82 do Código de Defesa do Consumidor). Entretanto, a teoria do representante adequado parece ser a mais apropriada para o trâmite dos processos coletivos no ordenamento jurídico brasileiro, em especial em matérias de grande relevância, como o direito de gênero.

Não se pode confundir o mandado de injunção coletivo com o mandado de segurança coletivo. O mandado de segurança, segundo José Afonso da Silva é:

[...] um remédio constitucional, com natureza de ação civil, posto à disposição de titulares de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, podendo ser pessoa física ou jurídica, para proteção individual ou coletivo, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.¹³⁷

Já o mandado de injunção coletivo confere a uma determinada classe, ou aos representantes de sujeitos indeterminados, garantias fundamentais constitucionais. Portanto, não é cabível o mandado de injunção coletivo para discussão de constitucionalidade, ilegalidade ou descumprimento de norma em vigor, mas

¹³⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 447.

somente para suprir uma lacuna normativa gerada pela síndrome de letargia do Poder Normativo.

O mandado de injunção coletivo pode ser conceituado como a ação constitucional de natureza civil de procedimento especial que objetiva viabilizar o exercício de direitos transindividuais, liberdades constitucionais ou prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania ou cidadania, que estão invisíveis enquanto garantias constitucionais por falta de norma regulamentadora.

Em relação ao conceito doutrinário e jurisprudencial de mandado de injunção coletivo, segue o ensinamento do Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes:

O art. 5º, LXXI, da Constituição, previu, expressamente, a concessão do mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora tornar inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. O mesmo pode ser pensado na proteção de direitos na esfera coletiva ou coletivizada.¹³⁸

Para tanto, insurge dizer que, se o Estado deixar de cumprir com seu dever de prestação jurisdicional que atinge um determinado número de pessoas e que foi imposto pela própria Carta Política, incidirá em uma violação negativa do texto constitucional, ou seja, a inconstitucionalidade por omissão, que enseja também o mandado de injunção individual ou coletivo.¹³⁹

Othon Sidou (2000) trata desta imposição constitucional em sua obra da seguinte forma:

Quando a Carta de Princípios reconhece ou erige um direito, uma liberdade ou uma prerrogativa, esse direito, essa liberdade, ou essa prerrogativa impõe execução pronta. É da índole da lei ter efeitos imediatos, sem dilação. A lei não nasce do nada, tem, sempre, motivação superior ditada pela consciência coletiva, e do mesmo modo, não nasce para nada, como se fosse um objeto de adorno. A ausência de regulamentação para que direito, liberdade ou prerrogativa possa fluir e atingir seu intuito teleológico, pode não configurar ilegalidade, pode não constituir abuso de poder, mas configura agravo de direito decorrente de negligência indesculpável, que ao Direito incumbe curar. É por isso que se ergue a injunção, ou imposição viabilizada pelo poder público.¹⁴⁰

¹³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 8.

¹³⁹ PAULO, Vicente. **Aulas de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

¹⁴⁰ SIDOU, J. M. Othon. **Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 15.

Já o constitucionalista Alexandre de Moraes (2011) apresenta o seguinte conceito:

O mandado de injunção coletivo consiste em uma ação constitucional de caráter civil e de procedimento especial que visa suprimir uma omissão do Poder Público no intuito de viabilizar o exercício de um direito, uma liberdade ou uma prerrogativa prevista na Constituição Federal. Juntamente com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, visa o combate da síndrome de inefetividade das normas constitucionais.¹⁴¹

E, por fim, Pinto Ferreira (1996) entende que o mandado de injunção coletivo possui fundamento para determinar o caráter compulsório da norma, uma vez que “muitas normas constitucionais são puramente programáticas, apenas com eficácia paralisante de legislação contrária”.¹⁴²

Portanto, do próprio conceito de mandado de injunção pode-se extrair seus pressupostos e sua natureza jurídica de ação constitucional coletiva. Quanto aos pressupostos, podem ser sistematizados em:

- a) Existência positivada de um direito constitucional fundamental coletivo;
- b) Ausência de norma regulamentadora que impeça ou prejudique a fruição desse direito por uma coletividade.

Como disserta Aricê Moacyr Amaral dos Santos (2009), tanto o mandado de injunção quanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão “cuidam de um assunto comum: inércia de norma constitucional, decorrente de omissão normativa”.¹⁴³ Porém, os legitimados ativos, o objeto, a pretensão deduzida em juízo, a competência para julgamento e a forma de concretização do direito são diferentes.

Assim, depois de conceituado e definido o objeto do mandado de injunção coletivo, passa-se para análise da sua forma procedimental, fixando a abordagem nos seguintes aspectos: a competência para julgamento e processamento, legitimidade ativa e prazos procedimentais.

Compete, originariamente, o julgamento do mandado de injunção coletivo ao Supremo Tribunal Federal, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas, do TCU, de um dos Tribunais

¹⁴¹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 285.

¹⁴² FERREIRA, Pinto. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 28.

¹⁴³ SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. **Mandado de injunção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 31.

Superiores ou do próprio STF, conforme disposição legal do artigo 102, inciso I, alínea “q”, da Constituição da República de 1988.

Em recurso ordinário cabe ao Supremo Tribunal Federal julgar o mandado de injunção coletivo, decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão, conforme disposição legal do artigo 102, inciso II, alínea “a” da Constituição Federal:

Art. 102, II - julgar, em recurso ordinário:

a) o "habeas-corpus", o mandado de segurança, o "habeas-data" e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão.¹⁴⁴

Quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal da Administração Pública, direta ou indireta, excetuados os casos de competência privativa do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar e Eleitoral, da Justiça do Trabalho e Federal, caberá ao Superior Tribunal de Justiça o seu processamento e julgamento, conforme dispõe o artigo 105, inciso I, alínea “h”, da Constituição Federal.

Diferentemente do mandado de segurança coletivo, o Supremo Tribunal Federal não tem aceitado a possibilidade de concessão de liminares no bojo do mandado de injunção individual ou coletivo:

MANDADO DE INJUNÇÃO - LIMINAR. Os pronunciamentos da Corte são reiterados sobre a impossibilidade de se implementar liminar em mandado de injunção - Mandados de Injunção n.ºs 283, 542, 631, 636, 652 e 694, relatados pelos ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa, Ellen Gracie e por mim, respectivamente. AÇÃO CAUTELAR - LIMINAR. Descabe o ajuizamento de ação cautelar para ter-se, relativamente a mandado de injunção, a concessão de medida acauteladora.¹⁴⁵

Como há disposição expressa no texto constitucional, não restou nenhuma polêmica acerca dos legitimados ativos do mandado de injunção.

Quanto às partes, o legitimado ativo é o representante do sindicato, das entidades de classe, das associações ou de outros órgãos legalmente autorizados à

¹⁴⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 13/05/2015.

¹⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal Federal. **AC 124**. AGR / PR, DJE de 25/08/2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI+124+DF%29&base=baseAcordaos>. Acesso em: 15/05/2015.

propositura da ação, e que em que seu objeto estatutário contenha pertinência temática com a norma faltante; a parte passiva é a autoridade competente para expedir a respectiva norma faltante.

Não há um prazo para propor o mandado de injunção coletivo. No entanto, uma vez proposto e julgado, a autoridade judiciária assinala um prazo para que a autoridade legislativa supra a lacuna normativa. A lei não diz qual será este prazo assinalado pela autoridade judiciária, mas da análise jurisprudencial percebe-se que o tal prazo tem oscilado entre 15 dias até dois anos, conforme análise do MI 20/DF, 361/RJ e 712/PA.

Trata-se de uma ação civil constitucional, na qual o representante do detentor do direito assegurado pela Constituição postula em juízo a edição de norma regulamentadora que ainda não fora criada pelo órgão competente, por inércia legislativa. Ainda pouco conhecido e utilizado, o mandado de injunção coletivo precisa ser difundido e suas vantagens debatidas na esfera acadêmica do Direito. Esperar o legislador, em casos em que ele provavelmente não agir, como para a promoção dos direitos de pessoas do terceiro gênero, só geraria uma perpetuação da injustiça no tempo. E é aí que entraria o mandado de injunção coletivo com toda sua força, obrigando o legislador a atuar, independente de *lobby* ou de outros incentivos comuns no processo de produção de leis no Brasil.

Logo, é possível inferir que o mandado de injunção coletivo ou individual empodera o cidadão frente ao Estado, pois este não precisa mais esperar a máquina legislativa agir para perceber os seus direitos, afinal, ele mesmo, por meio dos seus representantes legais, pode mover a máquina estatal judiciária e fazer com que seus direitos sejam garantidos. Isto torna o mandado de injunção um importante instrumento de humanização do ordenamento jurídico, pois os direitos mais básicos passam a ser garantidos e de horizontalização da justiça, pois o próprio beneficiado com a lei faltante pode se manifestar e fazer valer os seus direitos constitucionalmente garantidos. Este remédio constitucional coletivo pode ser útil para tirar o legislador da inércia.

5.3 O terceiro gênero e a sua compatibilidade com o direito notarial e registral

Como visto, a alteração legislativa na Alemanha ocorreu na Legislação de Registro de Nascimento. No ano de 2012, o Conselho de Ética Alemão (espécie de autarquia federal), recomendou, por unanimidade, a inclusão de uma terceira categoria de gênero, culminando na introdução na Lei do Estatuto Pessoal – Das *Personenstandsgesetz* – (algo próximo ao Código Civil e Lei de Registros Públicos em um mesmo diploma normativo), do § 22, 3, do seguinte texto: “pode a criança não ser nem mulher nem associado ao sexo masculino, e, nestes casos de status pessoais sem tal indicação, deve ser inscrita no registro de nascimentos.”¹⁴⁶

No ordenamento jurídico brasileiro, o registro civil das pessoas naturais é o primeiro ato que formaliza a existência da pessoa natural e declara a existência da personalidade jurídica.

É fácil perceber que não há nenhuma compatibilidade entre o sistema notarial e registral brasileiro com o terceiro gênero, pois todo ordenamento jurídico está pautado no binarismo masculino/feminino. Esta deve ser a disposição a ser seguida, pois, na verdade, a Lei 6015/73 não dispõe expressamente sobre quais os possíveis sexos que podem ser registrados. O artigo 55, 2º, e o artigo 88, 3º, da referida Lei, possui o seguinte texto: “Art. 55. O assento do nascimento deverá conter: 2º o sexo e a cor do registrando” e “Art. 81. O assento de óbito deverá conter: 3º o prenome, nome, sexo, idade, cor, estado, profissão, naturalidade, domicílio e residência do morto.”¹⁴⁷

A dinâmica registral no Brasil é feita para garantir segurança jurídica. No entanto, os registros feitos no Brasil são alteráveis por ordem judicial ou por procedimentos administrativos próprios, mas até que o mesmo seja retificado todos os seus efeitos serão percebidos, gerando uma presunção relativa de validade. Dito isto, fica fácil perceber que é possível alterar os assentos (registros) de nascimento, pois existem formas e procedimentos próprios para fazê-lo.

O registro civil confere autenticidade, fé pública, publicidade, segurança, eficácia e exame de legalidade aos atos praticados. A autenticidade é a qualidade

¹⁴⁶ ALEMANHA. Departamento de Justiça. Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/pstg/BJNR012210007.html> Acesso em: 06/06/2015.

¹⁴⁷ BRASIL. Lei 6015 de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 13/05/2015.

do ato praticado por uma autoridade e que vem para estabelecer uma presunção relativa de verdade sobre o conteúdo do ato notarial ou registral, criando inversão do ônus da prova. A fé pública assegura autenticidade dos atos emanados dos serviços notariais e de registro, gerando presunção relativa de validade. Já a publicidade assegura o conhecimento de todos sobre o conteúdo dos registros e garante a sua oponibilidade contra terceiros. A segurança confere estabilidade às relações jurídicas e confiança no ato notarial ou registral. Por sua vez, a eficácia assegura a produção dos efeitos jurídicos decorrentes do ato notarial ou registral. O exame de legalidade impõe um prévio exame da legalidade, validade e eficácia dos atos notariais ou registrais, a fim de obstar a lavratura ou registro de atos inválidos, ineficazes ou imperfeitos.

Com efeito, as adaptações das normas de direito notarial e registral ocorrem recorrentemente e não obstarão qualquer valorização dos direitos de gênero que surgirem. Como exemplo, tome-se a Resolução 175, do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo. Após considerar que o Supremo Tribunal Federal, nos acórdãos prolatados em julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF, reconheceu a inconstitucionalidade da distinção de tratamento legal às uniões estáveis, constituídas por pessoas de mesmo sexo, e que o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do RESP 1.183.378/RS, decidiu inexistir óbices legais à celebração de casamento entre pessoas de mesmo sexo, ficando resolvido que:

“Art. 1º. É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo. Art. 2º. A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.”¹⁴⁸

Com isto, bastou uma decisão administrativa vinculativa em um órgão de controle do Poder Judiciário e todas as serventias de registro civil se viram obrigadas a habilitar, assim como os casais heterossexuais, todos os casamentos entre pessoas do mesmo sexo. Nota-se que não ocorreu uma alteração legislativa no Brasil que veio a permitir o casamento igualitário, haja vista as dificuldades já

¹⁴⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n° 175, de 14 de maio de 2013**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf Acesso em: 28/06/2015.

mencionadas neste trabalho, mas mera alteração de interpretação em um órgão administrativo que, no final das contas, atingiu o mesmo efeito da “lege ferenda” sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Alguns oficiais de registro civil e alguns notários já tentaram pensar fora da caixa e ampliar, administrativamente, os limites trazidos pela Constituição da República e pelo Código Civil. Foi o que ocorreu em Tupã, pacata cidade do interior de São Paulo, no ano de 2014, quando a Tabeliã Cláudia do Nascimento Domingues autorizou a lavratura de uma escritura pública de união estável poliafetiva entre três pessoas (um homem e duas mulheres), que já viviam na mesma casa há três anos. Algo que não possui, nem de longe, qualquer previsão legislativa.

Segundo a Tabeliã, “a declaração é uma forma de garantir os direitos de família entre eles. Como eles não são casados, mas, vivem juntos, portanto, existe uma união estável, onde são estabelecidas regras para estrutura familiar”¹⁴⁹ Segundo noticiado, o objetivo é assegurar o direito deles como uma família. Com esse documento eles podem recorrer a outros direitos, como benefícios no INSS, que seria o primeiro passo. A partir dele, o trio pode lutar por outros direitos familiares. Ainda segundo a Tabeliã, em caso de plano de saúde, essas mulheres podem ser dependentes do mesmo homem, pois eles poderão provar que apenas convivem e discutir com o plano de saúde sobre as suas inclusões. Isso será algo possível porque o casamento dessas pessoas não é um casamento, de fato. Elas não são civilmente casadas, são solteiras, inclusive”¹⁵⁰

Atos como este vem para tentar ampliar o conceito de família. Se antes a família era formada exclusivamente pela união do homem com a mulher, sob a autoridade do primeiro, hoje, diversas formas já são consideradas, como a família unipessoal, poliafetiva, homoafetiva, a que tem a mulher como “líder”, entre outras.

Dito tudo isto, percebe-se que alterações no âmbito do registro civil, que possibilitassem um registro neutro no Brasil, dependeriam apenas de uma alteração no campo de registro de sexo, para gênero. O CNJ adota modelos padrões de certidão para todo país e nele consta um campo a ser preenchido pelos registradores civis (anexo V). Ressalte-se que modelos antigos de certidões de

¹⁴⁹ ALBARRAN, José Francisco. **União estável entre três pessoas é oficializada em cartório de Tupã, SP.** Notícia veiculada no Jus Brasil em 25/04/2014. Disponível em: <http://jalbarran.jusbrasil.com.br/noticias/118054464/uniao-estavel-entre-tres-pessoas-e-oficializada-em-cartorio-de-tupa-sp> Acesso em: 28/06/2015.

¹⁵⁰ Idem, ibidem.

casamento constavam os termos “marido” e “mulher”, atualmente foram alterados para constar somente cônjuge (anexo V), abarcando, portanto, o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

5.4 Perspectivas de implantação de políticas públicas auxiliadoras da valorização do direito à personalidade pelo viés do gênero

Existem algumas formas de alterar a realidade social. O Direito é uma forma de organizar a sociedade e de planejar rumos queridos por uma determinada civilização. No Estado Democrático de Direito, o Estado é produtor e destinatário das normas. Como o fim do Estado é valorizar a dignidade da pessoa, o fim das normas também precisa ser o mesmo. A coordenação da ação estatal é feita através de políticas públicas. Sem esgotar todas as possibilidades, a Constituição da República de 1988 prevê a execução de políticas públicas na promoção da saúde (art. 196), assistência social (art. 204, II) cultura (art. 216-A), juventude (art. 227, § 8º, II).

Segundo o Poder Executivo do Paraná, políticas públicas são conjuntos de programas, ações e atividades desenvolvidas pelo Estado diretamente ou indiretamente, com a participação de entes públicos ou privados, que visam assegurar determinado direito de cidadania, de forma difusa ou para determinado seguimento social, cultural, étnico ou econômico. As políticas públicas correspondem a direitos assegurados constitucionalmente ou que se afirmam graças ao reconhecimento por parte da sociedade e/ou pelos poderes públicos, como novos direitos das pessoas, comunidades, coisas ou outros bens materiais ou imateriais. As políticas públicas podem ser formuladas principalmente por iniciativa dos poderes executivo, legislativo, separada ou conjuntamente, a partir de demandas e propostas da sociedade, em seus diversos seguimentos¹⁵¹. Ainda segundo eles:

A participação da sociedade na formulação, acompanhamento e avaliação das políticas públicas em alguns casos é assegurada na própria lei que as institui. Assim, no caso da Educação e da Saúde, a sociedade participa ativamente mediante os Conselhos em nível municipal, estadual e nacional. Audiências públicas, encontros e conferências setoriais são também instrumentos que vem se

¹⁵¹ PARANÁ (Estado). **O que são políticas públicas?** (Cartilha). Disponível em: http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos/File/coea/pncpr/O_que_sao_PoliticassPublicas.pdf Acesso em: 29/06/2015.

afirmando nos últimos anos como forma de envolver os diversos seguimentos da sociedade em processo de participação e controle social.¹⁵²

Diversas são as formas de promover as políticas públicas. Cada forma pode ser a mais adequada dependendo do objeto da política pública que será prestada. As políticas vão desde uma simples cartilha até a elaboração de grandes planos.

A Lei Complementar nº 131, que acrescenta dispositivos à Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências, a fim de determinar a disponibilização, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, assegurando a participação popular na promoção de políticas públicas. Segundo o artigo primeiro da referida Lei:

A transparência será assegurada também mediante:
I – incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos;
II – liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público;¹⁵³

Com isto, a participação popular no âmbito orçamentário fica garantida, no afã de aproximar o produtor e o destinatário das normas.

No tocante aos direitos de gênero, o primeiro passo é informar a população. O medo do desconhecido e o preconceito travam a informação de questões que deveriam angariar maiores debates. Na Alemanha, há uma grande ação, por parte do governo, de apoio à extensão universitária e às ONGs (associações civis) para a dissipação da informação relativa ao gênero e as garantias trazidas pelo ordenamento local.

Não é fácil restringir o conceito de políticas públicas devido à sua grande ampliação conceitual. As políticas públicas são legítimos instrumentos de aplicação prática de direitos fundamentais. Não basta a Lei escrita, é necessário aplicá-la,

¹⁵² Idem, ibidem.

¹⁵³ BRASIL. **Lei complementar nº 131, de 27 de maior de 2009.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp131.htm Acesso em: 29/06/2015.

torná-la materialmente usufruível pelos destinatários do ordenamento jurídico. Há uma categoria especial de direitos que passam a ser alvo principal das políticas públicas, os direitos fundamentais de segunda geração, que são essencialmente prestacionais, ou seja, o Estado deve prover esses direitos aos cidadãos. Estes direitos podem ser individuais ou coletivos e confrontam o caráter abstencionista do Estado Liberal. Assim, as políticas públicas dão efetividade aos direitos fundamentais.

No entanto, é necessário salientar que não compete somente ao Poder Executivo a promoção de políticas públicas. Existem diversas formas para se atingir determinado fim. Segundo Saulo Versiani Penna (2011) é possível e desejável o controle e a implementação de políticas públicas pela via judicial democrática:

O caminho, portanto, a ser trilhado para o controle e implementação das chamadas “políticas públicas” pela via processual é entendê-la sob o aspecto do princípio lógico e fundamental, isto é, reconhecendo como sindicáveis aquelas que representam garantias mínimas da sociedade e afetem diretamente o interesse coletivo visado pela Carta Constitucional. [...] É imprescindível a contribuição do processo judicial na afirmação do Estado Democrático de Direito, por representar um canal legítimo para controle, criação, modificação e cumprimento de políticas públicas fundamentais ao exercício da plena cidadania [...]. A sociedade brasileira complexa, plural multirracial e globalizada, está a exigir um Direito Processual que lhe assegure, ao mesmo tempo, a proteção individual e privada, como também a concretização de direitos fundamentais de caráter público, que não podem permanecer vinculados ao arbítrio de um governo de momento ou refém de uma maioria formada a partir de interesses econômicos e controle ideológico. [...] Pelo processo judicial nessa concepção, não há impeditivo à discussão de qualquer tipo de política pública, inexistindo possibilidade de restar área sem fiscalização, ficando, destarte, a legislação e os atos administrativos sujeitos ao amplo controle da sociedade, bem como ao suprimento por força do próprio provimento judicial, legitimado por efetiva participação dos interessados na sua emissão.¹⁵⁴

Com efeito, aguardar pelo Poder Executivo, que muitas vezes precisa ser autorizado pelo Poder Legislativo, através de Leis orçamentárias, para a promoção de políticas públicas não é uma realidade que coaduna com o Estado democrático de Direito. A letargia ataca o Estado de uma forma diferenciada, a depender do órgão. Os membros do poder judiciário possuem a vantagem de não depender de

¹⁵⁴ PENNA, Saulo Versiani. **Controle e implementação de políticas públicas no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

votos do eleitor para se manter no poder enquanto autoridade judiciária, atuando assim, de uma maneira teoricamente mais imparcial que a dos outros poderes. Em alguns temas muito polêmicos, que podem ser mal vistos pela população, como o terceiro gênero, o legislador e os membros do poder executivo optam por permanecer inertes, evitando assim maiores confrontos com camadas mais conservadoras da sociedade que os elegem. Tratando da ampla possibilidade do poder judiciário praticar políticas públicas, o mesmo autor acima citado nos informa que:

1. O Estado de Direito Democrático, plural e participativo, em que permite a legitimação das ações de Estado, constitui a estrutura possível de edificação do processo judicial capaz de implementar políticas públicas;
2. O controle judicial de constitucionalidade dos atos estatais revela-se fundamental na nova concepção de processo judicial como canal legítimo de afirmação dos princípios fundamentais contidos na Constituição;
3. O controle dos atos estatais, de forma mais eficaz e legítimo, no âmbito judicial, é aquele empreendido em respeito ao princípio da subsidiariedade, no caso concreto e observado o devido processo legal;
4. As políticas públicas, pelo processo judicial, não são definidas ou identificadas de maneira apriorística, mas na processualidade democrática (devido processo legal);
5. Identificadas as políticas públicas necessárias à afirmação da cidadania pelo processo judicial, e seu desrespeito por ação ou omissão estatal, o provimento decorrente da processualidade constitui em ato de expressão concreta da eficácia normativa do texto constitucional;
6. Não existe pelo modelo processual neo-institucional do processo óbice à discussão sobre qualquer tipo de política pública, em virtude do grau do princípio lógico do debate a ser realizado processualmente;
7. Pelo processo judicial contemporâneo não se sustenta a tese de separação dos poderes, a impedir ampla investigação de políticas públicas;
8. Questões orçamentárias (reserva do possível) e de conveniência e oportunidade dos atos governamentais (mérito administrativo) podem ser levados à dialética processual judicial, para que alcancem o grau de legitimidade necessário exigido pelo regime de direito democrático-constitucional;
9. Para a implementação de políticas públicas pelo processo judicial, torna-se patente uma nova estrutura procedimental, compatível com os paradigmas de Direito Constitucional Processual e de Direito Processual Constitucional, que se afastem do fetichismo do formalismo exacerbado, incompatíveis com os direitos fundamentais, e permitam, sem prejuízo da participação individual, ações coletivas, com maior abrangência de efeitos dos provimentos para alcançar verdadeira segurança jurídica.¹⁵⁵

As questões relativas ao direito de gênero e suas recentes alterações são uma novidade para toda sociedade brasileira. O que era simples se complexou e a

¹⁵⁵ Idem, *ibidem*.

população não foi informada dos novos contornos biológicos e sociais que a questão envolve. Parte do preconceito vem da falta de informação, pois se tem medo do desconhecido.

As políticas públicas, que tratam sobre o gênero, precisam intensificar as formas de informação para a população. Um povo informado pode ser mais um aliado na valorização da dignidade humana pelo viés do gênero.

Na Alemanha, diversas associações e entidades com finalidade educativa participam de uma rede de comunicação, elaborando cartilhas e propagandas na televisão, com o fito de promover a conscientização da população. O apoio público em “paradas” e de entidades do terceiro setor é intenso. Grandes associações, como a LSVD, possuem um importante papel educacional, no país, no tocante às questões de gênero. O papel destas instituições, que possuem um status diferenciado na nação, é muito relevante. A própria LSVD se considera uma relevante parte garantidora de direitos civis, segundo eles:

Nós nos consideramos como parte do movimento dos direitos civis. Portanto, temos de lutar contra qualquer discriminação legal e outras, com base na orientação sexual. A nossa presença nos meios de comunicação é baseada em campanha com slogans como "O amor merece respeito" , "Igualdade de direitos para a igualdade de amor" ou "Igualdade de direitos não são simplesmente concedidas. Você tem que lutar por isso!" Por este meio de campanha fomos bem sucedidos no aumento da aceitação da homossexualidade e da vida homossexual na sociedade alemã durante a última década. [...] Além disso, oferecemos apoio e aconselhamento a pessoas com problemas específicos: parcerias binacionais, LSVD fresco (para jovens), ILSE (Iniciativa de pais gays e lésbicas dentro da LSVD). Transgêneros são organizados em nossa associação também. Eles lutam juntamente com lésbicas e gays para os seus direitos.¹⁵⁶

Para uma nação que, em 1933, teve a maioria das obras publicadas que tratava dos direitos dos desviantes, o avanço veio rapidamente. Mas o discurso de

¹⁵⁶ THE Lesbian and Gay Federation in Germany. In: **LSVD: Lesben – und Schwulenverband**. Disponível em: <https://www.lsvd.de/ziele/buergerrechte/lsvd-the-lesbian-and-gay-federation-in-germany.html> Acesso em: 13/07/2015.

Livre tradução de:

We consider ourselves as part of the civil rights movement. Therefore we have to fight against all legal and other discrimination based on sexual orientation. Our presence in media is based on campaigning with slogans like “Love deserves respect”, “Equal rights for equal love” or “Equal rights are not simply granted. You have to fight for it!” By this means of campaigning we were successful in increasing the acceptance of homosexuality and homosexual life in German society during the last decade. Furthermore we offer support and advice to people with specific problems or questions: binational partnerships, LSVD fresh (for youngsters), ILSE (Initiative of lesbian and gay parents within the LSVD). Transgender people are organized in our association as well. They fight together with lesbians and gays for their rights.

igualdade na Alemanha é antigo. Em 1867, Karl-Heinz Ullrich já proferiu o primeiro discurso contra a discriminação. A matéria é tratada de maneira tão séria no país que, em Berlim, encontra-se um museu destinado, exclusivamente, à coletânea histórica da memória dos homossexuais perseguidos em momentos sombrios da história, inaugurado em 2008.

A luta brasileira é mais recente. O Estado em si é menos maduro e ainda enfrenta desafios superados pelos países europeus há algumas décadas. Com isto, o mais básico, em termos de políticas públicas, ainda está sendo implementado. Logo, nas questões de gênero, as políticas devem seguir o mesmo ritmo.

Como ressaltado anteriormente, o foco alemão é informacional. A linha de pensamento parece adequada: sem planejamento e informação qualquer política pública está fadada ao fracasso. Só com a transmissão adequada de informação à população é que será possível ampliar a consciência social, promovendo a diminuição do preconceito que circunscreve os direitos ligados ao gênero.

As cartilhas, que consistem em uma compilação elementar de informação, com linguagem simplificada e acessível, tem se mostrado uma boa forma de comunicação e educação populacional. As novelas, quando bem articuladas, também podem ser uma boa forma de ampliar os horizontes coletivos, por sua grande permeabilidade nas mais diversas camadas sociais. As mídias eletrônicas também não podem ser desprezadas.

Os programas de extensão universitária também são fortes instrumentos de efetivação de resultados de pesquisas e implementação de programas básicos informacionais nos diversos campos do conhecimento. Diversos grupos já florescem como precursores da aproximação entre as universidades, como o Lei – Laboratório de Estudos sobre a Intolerância-, da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo (USP), que estuda a diversidade e identidade de gêneros. Além disso, também por iniciativa do LEI, temos a criação do Museu da Tolerância, pioneiro no Brasil, que tem como objetivo dar conhecimento à sociedade dos resultados das pesquisas desenvolvidas no âmbito do Laboratório e de centros de pesquisa congêneres nacionais e internacionais.

No âmbito da Faculdade de Direito da UFMG, o projeto “Diverso” possui relevância na área. De acordo com o site do projeto, o projeto de extensão *Diverso - Direitos e Diversidades*, coordenado pelo Prof. Dr. Marcelo Maciel Ramos, tem como

objeto a promoção de ações de caráter educativa e social, consistentes no acolhimento, encaminhamento e orientação jurídica e psicossocial de mulheres e membros da comunidade LGBT, vítimas de violência e discriminação. As atividades de extensão têm o suporte das pesquisas e debates promovidos pelo grupo de estudo: *Sexismo e homofobia: a discriminação e o perverso silêncio do Direito*.¹⁵⁷

No campo associativo, no Brasil, se destaca a ALGBT, com sede em Curitiba. De acordo com o site desta pessoa jurídica de direito privado, a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – ABGLT foi criada em 31 de janeiro de 1995. Segundo eles, nos tempos atuais, a ABGLT é uma rede nacional, formada por 257 organizações afiliadas. A ABGLT é a mais extensa associação LGBT da América Latina e possui como missão a promoção de:

[...] ações que garantam a cidadania e os direitos humanos de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, contribuindo para a construção de uma sociedade democrática, na qual nenhuma pessoa seja submetida a quaisquer formas de discriminação, coerção e violência, em razão de suas orientações sexuais e identidades de gênero.¹⁵⁸

Com a experiência atual, de reiterada ineficiência do Estado brasileiro, em tratar diretamente das demandas sociais, talvez o fortalecimento do setor privado, que colabora diretamente com o governo, seja mais adequado.

¹⁵⁷ RAMOS, Marcelo Maciel. **Diverso: direitos e diversidades**. Disponível em: <http://www.mmramos.com/extens-o.html> Acesso em: 16/07/2015.

¹⁵⁸ FONSECA, Carlos Magno. **A ABGLT**. Disponível em <http://abgltribrasil.blogspot.com.br/p/pagina-em-construcao.html> Acesso em: 16/07/2015.

6 CONCLUSÃO

A era da informação catalisou e deu voz a diversas novas demandas sociais. Amparar as mudanças sociais é necessário em qualquer ordenamento jurídico democrático. A inserção de uma nação, em um estado democrático de direito, significa uma proteção qualificada de direitos, ainda que básicos, que vão expressar liberdades civis, respeito à dignidade humana, aos direitos humanos e garantias fundamentais. Dentre esses direitos, qualificadamente protegidos, estão os direitos da personalidade.

O gênero, um dos direitos da personalidade, foi o foco desta dissertação. Assim como todos os direitos da personalidade são reflexos da dignidade humana, são também foco de proteção do estado democrático de direito. O espectro de normas que protegem à personalidade é amplo, como, aliás, deveria ser. Com efeito, a proteção da personalidade jurídica e seus diversos aspectos psíquicos, físicos, morais, jurídicos e intelectuais, inerentes a pessoa, desde a sua concepção até a sua morte, não podem ser especificados em algumas normas somente. Dito isto, após a pesquisa, pode-se considerar que o direito ao gênero é um dos desdobramentos dos direitos da personalidade, de caráter genérico, subjetivo, não patrimonial, que respeita a autonomia do indivíduo, e que empodera o destinatário da norma, ampliando o seu espectro de liberdade.

Viu-se que os direitos de gênero e os direitos da personalidade em si são atinentes a todos os indivíduos, logo, podem ser considerados como direitos difusos. Mas o direito ao terceiro gênero só será atinente a uma determinada parcela da população que será regrada pelo mesmo eventual ordenamento jurídico, caso este, um dia, chegue de fato a existir, configurando-se assim um direito coletivo em sentido estrito, se aplicando de forma individual a determinado grupo, categoria ou classe determinável.

Para estudar as reais possibilidades de implementação do terceiro gênero foi feita uma comparação com a evolução da luta feminista, em sentido amplo. Foi tratada a evolução da proteção da mulher no Brasil, com o advento da Lei Maria da Penha e da tipificação do feminicídio. Como ressaltado no corpo da pesquisa, ao redor do mundo, ao que tudo parece, os direitos de gênero vêm para proteger a mulher e tentar alcançar a igualdade entre os gêneros. Visam proteger também o

casamento, o emprego, a incolumidade física, sexual, mental e a independência feminina. Ou seja, a igualdade entre os gêneros toma frente nas garantias relativas aos direitos de gênero.

Ao tratar especificamente da questão do terceiro gênero que, como demonstrado, consiste no estágio intermediário entre o masculino e feminino, sem se confundir com nenhum deles, conclui-se que o terceiro gênero é uma alternativa neutralizante das diferenças geradas pelo gênero. Assim, aqueles que não se sintam estritamente masculinos ou femininos possuem uma terceira margem, denominada de terceiro gênero, que amplia a autonomia da personalidade, o espectro de liberdade e de controle do próprio corpo dos seres humanos. Com o terceiro gênero introduzido no ordenamento jurídico brasileiro seria possível optar, ainda que temporariamente, por um gênero neutro, sem as amarras ligadas ao masculino ou ao feminino, desde o nascimento da pessoa, já que no próprio registro civil de nascimento seria possível indicar tal condição.

Verificou-se a ligação do hinduísmo com o tema e o avançado tratamento dado na Índia. Foi estudado, ainda, o primeiro caso legal que possibilitou a criação lícita do terceiro gênero, bem como a forma que foi feita uma análise do mesmo em outros ordenamentos jurídicos.

Percebeu-se, ao entrevistar profissionais do campo da psicologia e membros da sociedade civil, que espaços de neutralidade de gênero podem ser benéficos no ordenamento jurídico brasileiro. Para conseguir efetivar esta novidade, foi sugerido o mandado de injunção coletivo, instrumento jurídico constitucionalmente previsto, ligado ao processo coletivo.

Foi feita, também, uma análise da política pública mais adequada para a implementação do terceiro gênero no Brasil, que culminou com a necessidade de implantação de algo, como cartilhas, manuais e projetos de extensão universitária que informem quais as novas possibilidades geradas pela biotecnologia e que culmine na ampliação do espectro de liberdade dos indivíduos, sob o viés do gênero.

Sem o intuito de esgotar os contornos do tema, o texto abre pioneiramente, no Brasil, um novo discurso sobre o novo normal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMO, Fundação Perseu. **Diversidade sexual e homofobia no Brasil: intolerância e respeito às diferenças sexuais.** Disponível em: http://novo.fpabramo.org.br/sites/default/files/PESQUISA_COMPLETA_Apres-LGBT-Total-mai09.pdf Acesso em: 10/05/2015.

ALBARRAN, José Francisco. **União estável entre três pessoas é oficializada em cartório de Tupã, SP.** Notícia veiculada no Jus Brasil em 25/04/2014. Disponível em: <http://jalbarran.jusbrasil.com.br/noticias/118054464/uniao-estavel-entre-tres-pessoas-e-oficializada-em-cartorio-de-tupa-sp> Acesso em: 28/06/2015.

ALEMANHA. **Departamento de Justiça.** Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/pstg/BJNR012210007.html> Acesso em: 06/06/2015.

ALEMANHA. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2013/02/1s20130219_1bv1000111.html. Acesso em: 08/06/2015.

ALVES, João Evangelista dos Santos. Direitos humanos, sexualidade e integridade na transmissão da vida. In: PENTEADO, Jaques de C., DIP, Ricardo Henry Marques (Orgs.). **A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p.185.

AUSTRÁLIA. **Superior Tribunal de Justiça.** 02 de abril de 2014. NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages v Norrie [2014] HCA 11 S273/2013. Disponível em: <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/2014/11.html>. Acesso em: 10/06/2015.

BALMANT. Ocimara. **Bonecas são para menino? Em algumas escolas, sim.** Disponível em: <http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,bonecas-sao-para-menino-em-algumas-escolas-sim,1028463> Acesso em: 29/03/2015.

BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. O processo civil no código do consumidor. In: **RePro.** n. 63. p. 138-146, 1991.

BARRETO. Mariah de Sá. **A luta feminista e a busca pela igualdade de gênero.** Disponível em: http://estatico.cnpq.br/portal/premios/2013/ig/pdf/ganhadores_9edicao/Categoria_En_sinoMedio/UF/MaariahSaBarretoGama.pdf. Acesso em: 18/02/2015.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira.** 6ª ed. atual. São Paulo: Renovar, 2002. p.247.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional.** 22ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 98.

BENJAMIN, Antônio Herman V. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e

do consumidor. In: MILARÉ, Édís. (Coord.). **Ação civil pública**: Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 92-93.

BERTI, Silma Mendes. Fragilização dos Direitos da Personalidade. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v.3, n. 5 e 6, 1e 2 sem. 2000. p. 239-240.

BESNIER, Niko. Polynesian Gender Liminality Through Time and Space. In: **Third Sex, Third Gender**: Beyond Sexual Dimorphism in Culture and History. New York: Zone. 1994. p. 285-328.

BILEFSKY, Dan. Albanian Custom Fades: Woman as family man. In: **The New York Times**. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2008/06/25/world/europe/25virgins.html?pagewanted=all>. Acesso em: 26/02/2012.

BRASIL. **ADI 3510/DF**, Relator Min. AYRES BRITTO, j. 29/05/2008, Tribunal Pleno, DJe-096 27-05-2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/pub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 11/02/15.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 175/2013**. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf Acesso em: 28/06/2015.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 11/04/2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 13/05/2015.

BRASIL. Justiça Federal. **Enunciados aprovados I Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>. Acesso em: 10/02/2015.

BRASIL. **Lei 10.406/2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 11/04/2015. BRASIL. **Lei 6015 de 1973**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 13/05/2015.

BRASIL. **Lei 8038/90**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 13/05/2015.

BRASIL. **Lei complementar nº 131, de 27 de maior de 2009**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp131.htm Acesso em: 29/06/2015.

BRASIL. **Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962**. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em:

<http://www3.dataprev.gov.br/SISLEX/paginas/42/1962/4121.htm>. Acesso em: 18/02/2015.

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9394.htm. Acesso em: 07/03/2015.

BRASIL. **Ministério da Educação. (Censo 2013)**. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/educacao/2014/09/ensino-superior-registra-mais-de-7-3-milhoes-de-estudantes>. Acesso em: 07/03/2015.

BRASIL. **Processo nº 6670-72.2014.811**. Medida Protetiva. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/lei-maria-penha-gays.pdf>. Acesso em: 12/03/2015 apud DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na Justiça. A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BRASIL. **Superior Tribunal Federal**. Arguição de descumprimento de preceito fundamental 132. Rio de Janeiro. 05/05/2011. Relator: Min. Ayres Britto. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 25/03/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **CC 96533/MG**. Relator Min. OG Fernandes. DJ de 05.12.2008. Disponível em: www.stj.jus.br Acesso em: 15/06/2015.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **AC 124**. AGR / PR, DJE de 25/08/2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI+124+DF%29&base=baseAcordaos> Acesso em: 15/05/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MI 712/PA**. Rel. Min. Eros Grau, Plenário, julgado em 25/10/2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI+712+DF%29&base=baseAcordaos> Acesso em: 26/03/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MI 20/DF**. Relator: Ministro Celso de Mello, Plenário, DJ de 22/11/96. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI+20+DF%29&base=baseAcordaos> Acesso em: 26/03/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MI 232/RJ**. Rel. Min. Moreira Alves, Plenário, julgado em 02/08/1991. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI+766+DF%29&base=baseAcordaos> Acesso em: 26/03/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MI 472**. Rel. Min. Celso de Mello. Julgamento em 06/09/2005, Plenário. DJ de 02/03/2001. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI+472+DF%29&base=baseAcordaos> Acesso em: 26/03/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MI 361**. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento em 08/04/1994, Plenário, DJ de 17/06/1994. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI+361+DF%29&base=baseAcordaos> Acesso em: 26/03/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MI 766 DF**. Relator Min. Joaquim Barbosa. Julgado em 21.10.2009. Plenário, DJE 13.11.2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI+766+DF%29&base=baseAcordaos> Acesso em: 26/03/2015.

BRASIL. **TJ-MG - 100240823904280011 MG 1.0024.08.239042-8/001(1) (TJ-MG)**. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 20/01/2015.

BRASIL. **TJ-AP - APELAÇÃO APL 69300 AP (TJ-AP)**. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 20/01/2015.

BUTLER, Judith. Desdiagnosticando o gênero. In: **Physis**. Revista de Saúde Coletiva. Rio de Janeiro, n. 19 [1]: 95-126, p. 100. 2009.

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

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, 168p.

CARPENTER, Morgan. Australia can lead the way for intersex people. The guardian. 18 jun. 2013. Disponível em: <http://www.theguardian.com/commentisfree/2013/jun/18/intersex-people-australia>. Acesso em: 11/06/2015.

CARVALHO-BARRETO, André de; SOUZA, Eros de. Desenvolvimento humano e violência de gênero: uma integração bioecológica. Human development and gender violence: a bioecological integration. Psicologia: Reflexão e Crítica, 22(1), p. 86-92. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/prc/v22n1/12.pdf>. Acesso em: 01/04/2015.

CATTONI, Marcelo Andrade. Tutela jurisdicional e Estado democrático de direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 105.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos Direitos Humanos. 2 ed. Saraiva, 2001, p. 36.

COSTA RICA. Convenção americana de Direitos Humanos (1969). Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjeose.htm>. Acesso em: 12/02/2015.

DE CUPIS, Adriano. Os direitos da personalidade. Lisboa: Livraria Moraes, 1961, p. 17.

DILMA sanciona lei que classifica feminicídio como crime hediondo. Revista Consultor Jurídico, 9 mar. 2015. Disponível em:

<http://www.conjur.com.br/2015-mar-09/dilma-sanciona-lei-classifica-feminicidio-crime-hediondo>. Acesso em: 11/03/2015.

DINIZ, Maria Helena, Tratado teórico e prático dos contratos, São Paulo: Ed. Saraiva, 2002. p. 158.

DOYLE, Cristiana. Os Direitos de Personalidade e sua taxatividade. Jurisway. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5782. Acesso em: 10/02/2014.

FACHIN, Luis Edson. Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo. São Paulo: RT, 1996, p. 27.

FALCÃO, Rafael de Lucena. A personalidade jurídica do nascituro. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12463&revista_caderno=7. Acesso em: 11/02/2015

FARIAS, Juliana Barreto; GOMES, Flávio. **Mulheres negras do Brasil escravista e pós-emancipação**. São Paulo: Selo Negro, 2012. p. 246.

FERNANDES, B. G. A. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. v. 01.

FERREIRA, Pinto. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 28.

FONSECA, Carlos Magno. **A ABGLT**. Disponível em <http://abgltribrasil.blogspot.com.br/p/pagina-em-construcao.html> Acesso em: 16/07/2015.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade**. 10. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1984, p. 182.

FREUD, Sigmund. **Trois essais sur la théorie de la sexualité**. Paris: Gallimard, 1987.

GESETZ zur Änderung personenstandsrechtlicher Vorschriften (Personenstandsrechts-Änderungsgesetz – PStRÄndG). **Bundesgesetzblatt Jahrgang**, Alemanha, 9 maio 2013. Parte I, n. 23, p. 1122. Disponível em: <http://npl.ly.gov.tw/pdf/8244.pdf>. Acesso em: 24 out. 2013.

GIDDENS, Anthony. **A transformação da intimidade**: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1993. p. 138.

GOOREN, L. The biology of human psychosexual differentiation. In: **Hormones Behavior**, v. 50, n. 4, p. 589-601, 2006.

GROENINGA, Giselle Câmara. Diferenças (empatia) x desigualdades (preconceito). In: **Boletim do IBDFAM**, n. 37. Belo Horizonte: Sínteses, mar/abr. 2006.

GUIMARÃES. Anibal. Sexualidade heterodiscordante no mundo antigo. In: **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 29-30.

IGNATZI, Christian. **Das dritte Geschlecht. Deutch Welle**. Alemanha. 17 set. 2013. Disponível em: <http://www.dw.de/das-dritte-geschlecht/a-17042152>. Acesso em: 22/10/2013.

INDIA. **Supreme Court of India. Writ petition (Civil) nº.400**. Julgado em 14/04/2014. Disponível em: <http://supremecourtfindia.nic.in/n400> Acesso em: 01/04/2014.

JONES. Owen. **Why more men should fight for women's rights**. New York: The guardian. Disponível em: <http://www.theguardian.com/commentisfree/2015/feb/24/men-women-masculinity-feminism>. Acesso em: 05/03/2015.

JUNIOR, Enésio de Deus Silva. Diversidade sexual e suas nomenclaturas. In: **Diversidade sexual e Direito homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 110.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1986, p. 77.

KATZ, Jonathan Ned. **A invenção da heterossexualidade**. Rio de Janeiro: Ediouro. 1996.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

LEI Maria da Penha é aplicada a dois homens. **Revista Consultor Jurídico**. 26 fev. 2011. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-fev-26/juiz-rs-usa-lei-maria-penha-protoger-gay-ex-companheiro>. Acesso em: 12/03/2015.

LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 94-95.

LIMA. Cláudia de Castro. Vale tudo: homossexualidade na antiguidade. In: **Revista Aventuras na História: para viajar no tempo**. São Paulo: Editora abril, 2008.

LOPES, Lais Godoi. O Direito e a dissolução da identidade de gênero: biotecnologias e autonomia para uma indefinição. In: **Seminário Internacional Fazendo Gênero: os desafios atuais dos feminismos**, 2013, Florianópolis. Anais Eletrônicos, 2013.

LOURO, Guacira Lopes. **Gênero e sexualidade: pedagogias contemporâneas**. v. 19, n. 2 (56). Rio Grande do Sul: Pro-Posições, maio/ago. 2008.

THE Lesbian and Gay Federation in Germany. In: **LSVD: Lesben – und Schwulenverband**. Disponível em: <https://www.lsvd.de/ziele/buergerrechte/lsvd-the-lesbian-and-gay-federation-in-germany.html> Acesso em: 13/07/2015.

MACIEL, Marcela Albuquerque. **O mandado de injunção: origens e trajetória constituinte: âmbito jurídico**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8760. Acesso em: 02.06.2015.

MAIORIA diz que conhece mulher vítima de agressão. In: **Instituto Maria da Penha**. Disponível em: <http://www.mariadapenha.org.br/index.php/9-artigos-de-noticias/8-maioria-diz-que-conhece-mulher-vitima-de-agressao>. Acesso em: 12/03/2015.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução de conflitos e a função judicial no Contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 379-380.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 8.

MINAS GERAIS. **CGJMG Provimento 260/13**. Codifica os atos normativos da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais relativos aos serviços notariais e de registro. Disponível em: <http://www.tjmg.ius.br/data/files/FC/52/8E/A6/6B8DD410BCE51AD40D4E08A8/Provimento%20n-260.CGJ.2013%20-%20Codigo%20de%20Normas%20-%20Extrajudicial.pdf> Acesso em: 15/04/2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 285.

MOTA, Silva. **Docimasia hidrostática de Galeno**. Disponível em: <http://www.silviamota.com.br/enciclopediabiobio/verbetesbiobio/verb-docimasia.htm>. Acesso em: 11/02/2015.

NEPAL. Suprema Corte. **Writ N°.917 of the year 2064 BS (2007 AD)**. Translated into English by Mr. Yadav Pokharel and reviewed by Mr. Shree Prasad Pandit. Disponível em http://www.supremecourt.gov.np/sup_web/ Acesso em: 10/06/2015.

NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 7ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 813.

NEWS on gender equality. In: **United Nations Population Fund**. Disponível em: <http://www.unfpa.org/gender-equality>. Acesso em: 08/04/2015.

NIETZSCHE, Friedrich. **Aurora**: texto integral. São Paulo: Escala, 2014, p.23.

NUCCI, Marina Fischer. O sexo do cérebro: uma análise sobre gênero e ciência. 2014. In: OUDSHOORN, N. **Beyond the natural body**: an archeology of sex hormones. London: Routledge, 1994.

NUNES, Dierle José Coelho. Politização do Judiciário no Direito Comparado: algumas considerações. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo. **Constituição e processo: entre a política e o direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

OBERLANDESGERICHT: Kein "inter" als Geschlecht. In: **NDR.de**: das beste am Norden. Notícia de 25/01/2015. Disponível em: https://www.ndr.de/nachrichten/niedersachsen/hannover_weser-leinegebiet/Oberlandesgericht-Kein-inter-als-Geschlecht,intersexuell112.html Acesso em: 08/06/2015.

OLIVEIRA, Mônica Guimarães Teixeira. Os três ensaios sobre a teoria da sexualidade: um texto perdido em suas sucessivas edições? In: **Psicologia USP**. São Paulo, v.6, n. 2, p.63-84, 1995.

PARANÁ (Estado). **O que são políticas públicas? (Cartilha)**. Disponível em: http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos/File/coea/pncpr/O_que_sao_PoliticassPublicas.pdf Acesso em: 29/06/2015.

PAULO, Vicente. **Aulas de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

PENNA, Saulo Versiani. **Controle e implementação de políticas públicas no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

PINO, Nádia Peres. **A teoria queer e os intersex**: experiências invisíveis em corpos des-feitos. In: Cadernos Pagu. v. 28. Campinas: UNICAMP, 2007.

POLI, Leonardo Macedo. **Os direitos humanos e de personalidade do transexual**: prenome, gênero e a autodeterminação. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12914. Acesso em: 11/02/2015.

QUARESMA, Regina. **O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão**: teoria e Prática. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 35.

RAMOS, Marcelo Maciel. **Diverso: direitos e diversidades**. Disponível em: <http://www.mmramos.com/extens-o.html> Acesso em: 16/07/2015.

ROWEDER, Rainer Jerônimo. **O novo direito ao nome civil**. (The new right to a civil name). Marília: Em tempo, 2012. p. 201.

SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. **Mandado de injunção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 31.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro**: aspectos cíveis, criminais e do biodireito. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SEMÍRAMIS, Cyntia. **Marcha das vadias**: a marcha pela liberdade das mulheres. Disponível em: <http://cynthiasemiramis.org/2012/01/31/a-marcha-pela-liberdade-das-mulheres/>. Acesso em: 22/06/2015.

SIDOU, J. M. Othon. **Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 15.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 447.

SOLA. Katie. **Lighting the way to gender equality in Germany**. MASHABLE. Notícia de 15/11/2014.

SOUTHERN Poverty Law Center. **M.C. v. Aaronson**. Julgado em 26/01/2015. Disponível em: <http://www.splcenter.org/get-informed/case-docket/mc-v-aaronson#.UZVQv7VQGCK>. Acesso em: 05/04/2015.

STANCIOLLI, Brunello Souza. **Sobre os Direitos da Personalidade no novo Código Civil brasileiro**. Disponível em: http://www.hottopos.com/videtur27/brunello.htm#_ftn1. Acesso em 09/02/2014.

TELLES JR, Goffredo. **Iniciação na Ciência do Direito**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008, p. 35.

TEPENDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho. **A legitimação ativa nas ações coletivas**: um contributo para o estudo da substituição processual. 2003. 183 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, 2003.

UNDERSTAND the Basics. In: **The white house**. Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/issues/equal-pay#top>. Acesso em: 08/04/2015.

VILLELA, João Baptista. **Direito, Coerção & Responsabilidade**: Por uma Ordem Social não violenta. Belo Horizonte: UFMG, 1982.

VIULA. Sergio. Hinduísmo e Sexodiversidade. **Revista AASA**. Notícia publicada no dia 22/04/2015. Disponível em: <https://aasaoficial.wordpress.com/tag/terceiro-sexo/> Acesso em: 23/04/2015.

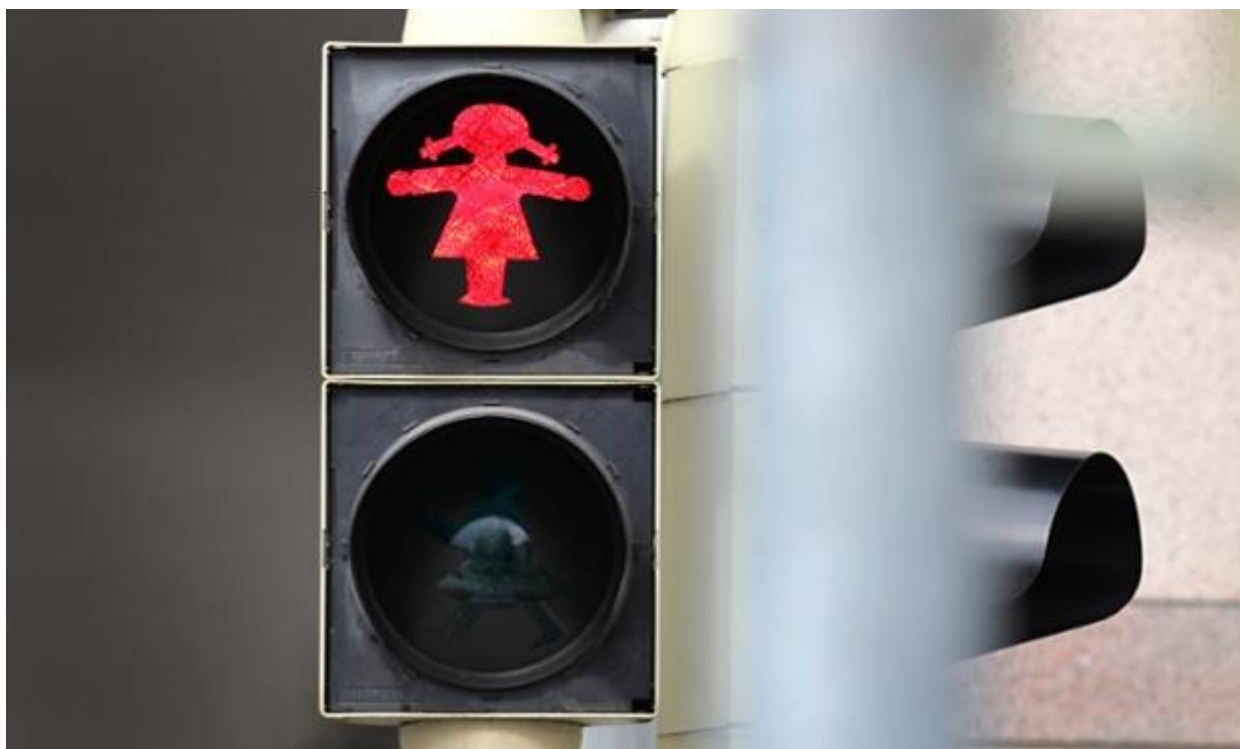
VOLTOTINI. Julia de Carvalho. **A aplicabilidade da Lei Maria da Penha diante das uniões estáveis homoafetivas à luz do atual ordenamento jurídico**. Blumenau: FURB, 2012. p. 51.

WHAT is gender equality? In: **Comhionannas inscne in éirinn gender equality in Ireland.** Disponível em: <http://www.genderequality.ie/en/GE/Pages/WhatisGE> Acesso em: 08/04/2015.

WILCOX. Lauren. **Beyond Sex/Gender:** the feminist body of security. Cambridge: Politics and Gender 7, 2011. p. 585.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

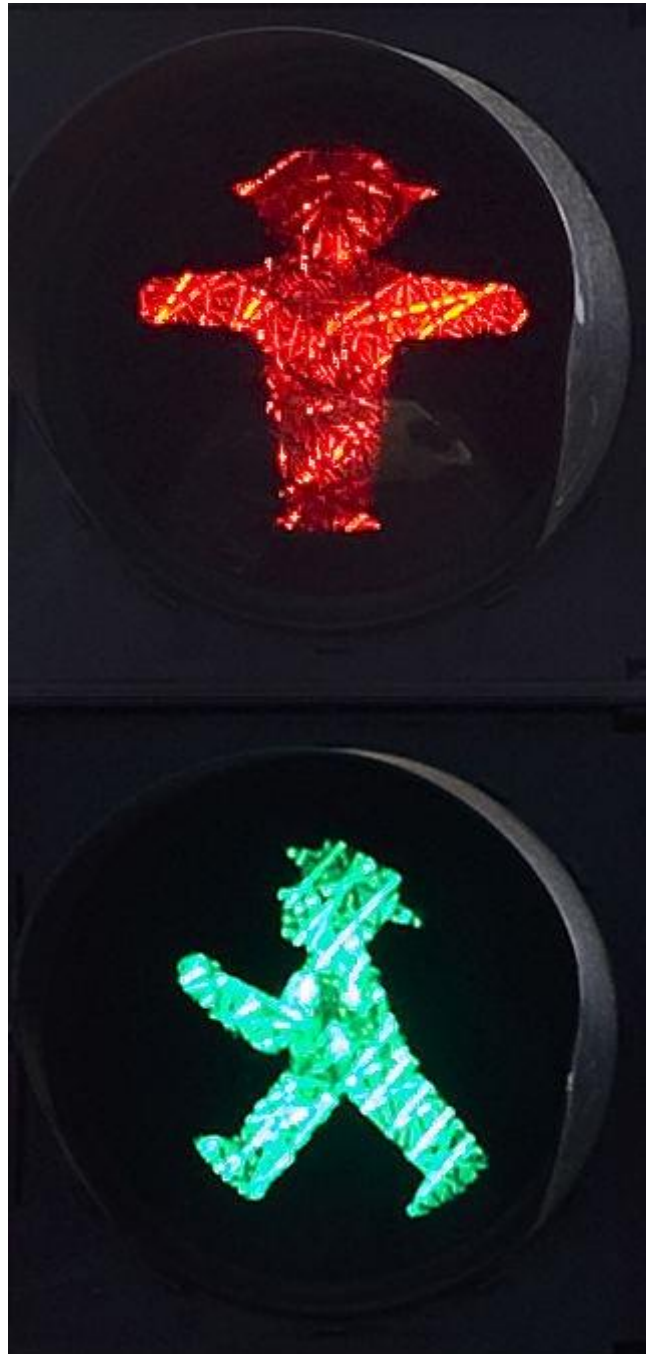
ANEXO I



ANEXO II



ANEXO III



ANEXO IV



REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS
CERTIDÃO DE NASCIMENTO

NOME:

MATRÍCULA:

999999 99 99 9999 9 99999 999 9999999 99

DATA DE NASCIMENTO POR EXTENSO DIA MÊS ANO

HORA MUNICÍPIO DE NASCIMENTO E UNIDADE DA FEDERAÇÃO

MUNICÍPIO DE REGISTRO E UNIDADE DA FEDERAÇÃO LOCAL DE NASCIMENTO SEXO

FILAÇÃO

AVÓS

GÊMEO NOME E MATRÍCULA DO(S) GÊMEO(S)

DATA DO REGISTRO POR EXTENSO NÚMERO DA DECLARAÇÃO DE NASCIDO VIVO

OBSERVAÇÕES/AVERBAÇÕES

NOME DO OFÍCIO
OFICIAL REGISTRADOR
MUNICÍPIO/UF
ENDEREÇO

O conteúdo da certidão é verdadeiro. Dou fé
Data e local:

Assinatura do Oficial

ANEXO V

