

CURSO DE DIREITO

Madyorie Schrenk Soares

PERSPECTIVA DE GÊNERO E REFLEXOS JURÍDICOS

Capão da Canoa

2017

Madyorie Schrenk Soares

PERSPECTIVA DE GÊNERO E REFLEXOS JURÍDICOS

Trabalho de conclusão apresentado ao
Curso de Direito da Universidade de Santa
Cruz do Sul, campus Capão da Canoa para
a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Karina Meneghetti
Brendler

Capão da Canoa

2017

**TERMO DE ENCAMINHAMENTO DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO
PARA BANCA**

Com o objetivo de atender o disposto nos Artigos 20, 21, 22 e 23 e seus incisos, do Regulamento do Trabalho de Conclusão do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz – UNISC –, considero o trabalho de conclusão de curso, modalidade monografia, do acadêmico Madyorie Schrenk Soares adequado para ser inserido na pauta de apresentações de TCCs do Curso de Direito.

Capão da Canoa, novembro de 2017.

Profa. Dra. Karina Meneghetti Brendler
Orientadora

Que o mundo é sortido
Toda vida soube
Quantas vezes
Quantos versos de mim em minha'alma houve
Árvore, tronco, maré, tufão, capim, madrugada,
aurora, sol a pino
Tudo carrega seus tons, seu carmim
O vício, o hábito, o monge
O que dentro de nós se esconde
O amor
O amor
A gente é que é pequeno
E a estrelinha é que é grande
Só que ela tá bem longe
Sei quase nada meu Senhor
Só que sou pétala, espinho, flor
Só que sou fogo, cheiro, tato, platéia e ator
Água, terra, calma e fervor
Sou homem, mulher
Igual e diferente de fato
Sou mamífero, sortido, sortido, mutante,
colorido, surpreendente, medroso e estupefato
Sou ser humano, sou inexato

Trecho da música De toda Cor – Renato Luciano

RESUMO

O desenvolvimento histórico na consagração dos direitos humanos, como marco inicial da Declaração Universal dos Direitos Humanos, consagrou a base de garantias inerentes a condição humana deu origem a busca pela efetivação de igualdade, liberdade, não discriminação entre tantos outros. O movimento feminista lançando mão destes deu origem à incorporação de uma perspectiva de gênero, buscando ressignificar e desconstruir óticas historicamente construídas não mais justificadas pela revalorização do ser humano. Esta incorporação salientou as subjetividades pluralistas da identidade de gênero decorrentes das variações das questões da sexualidade, oriundas da autopercepção desatrelada de qualquer característica passível de predefinição e enquadramento culturalmente imposto. Causando reflexos jurídicos pela incorporação da perspectiva de gênero, legitimando o nascimento de um direito capaz de adquirir a dimensão de abarcar as subjetividades na construção da identidade. Utilizou-se de meio dedutivo para análise da perspectiva de gênero no seu princípio de rompimento de paradigmas, e como se deu a sua incorporação no sistema brasileiro, e principalmente quais os reflexos jurídicos desencadeados, por meio de abordagem qualitativa, que analisou a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e dos Tribunais e doutrinas que abordam o tema. Direito a identidade de gênero nasce da construção jurisprudencial com decisões divergentes e influência, deste modo, a projetos legislativos para pacificar o entendimento e positivar o direito que nasce como uma ótica da personalidade já amplamente consagrada. No presente trabalho foi possível concluir que há um direito a identidade de gênero, decorrente da interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Gênero e reflexos jurídicos. Identidade de gênero. Perspectiva de gênero.

ABSTRACT

The historical development in the consecration of human rights, as the initial framework of the Universal Declaration of Human Rights, enshrined the basis of guarantees inherent to the human condition, which gave rise to the pursuit for equality, freedom and non-discrimination among many others. The feminist movement taking advantage of these gave rise to the incorporation of a gender perspective, seeking to resect and deconstruct historically constructed optics, no longer justified by the revaluation of the human being. This incorporation emphasized the pluralistic subjectivities of gender identity stemming from the variations of sexuality issues and from the self-perceived absence of any characteristic that can be preset and culturally imposed. Causing legal reflexes by incorporating the gender perspective, legitimating the birth of a right capable of acquiring the dimension of embracing subjectivities in the construction of identity. It was used a deductive method for analysis of the gender perspective in its principle of paradigm rupture, and how its incorporation in the Brazilian system was given, and especially what the legal reflexes triggered, through a qualitative approach, that analyzed the jurisprudence of the Court of Justice of Rio Grande do Sul and of the higher Courts, plus doctrines that approach the subject. The right to gender identity arises from the jurisprudential construction with divergent decisions and influence, in this way, legislative projects to pacify the understanding and to positivize the right that arises as a view of the personality already widely consecrated. In the present study it was possible to conclude that there is a right to gender identity, resulting from the systematic interpretation of the Brazilian legal system.

Keywords: Gender and legal reflexes. Gender identity. Gender perspective.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 EMBASAMENTO HISTÓRICO	9
2 Geração de direitos	10
2.2 Declaração universal dos direitos humanos	13
2.3 Direitos humanos no panorama brasileiro	15
3 INCORPORAÇÃO DA PERSPECTIVA DE GÊNERO	22
3.1 Definições.....	22
3.1.2 Sexo	23
3.1.3 Gênero	23
3.1.4 Orientação sexual	24
3.2 Incorporação.....	24
3.3 Identidade de gênero	32
4 DIREITO A IDENTIDADE DE GÊNERO	34
4.1 Identidade de gênero como direito	35
4.2 Transexual.....	39
4.3 Intersexo	46
4.4 Projeto de lei da identidade de gênero	47
4.5 Estatuto da diversidade sexual.....	47
4.6 Princípios de Yogyakarta.....	49
5 CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS.....	54

1 INTRODUÇÃO

A intercorrência de acontecimentos históricos como a segunda guerra mundial e a revolução francesa, entre outros, tiveram grande responsabilidade na valorização do ser humano construindo, por meio de um caminho de grandes mudanças de paradigmas, a ponte que levou até a ratificação da dimensão de condições inerentes ao ser humano que necessitavam de proteção e valoração para assegurar a sua própria continuidade.

Deste modo, a necessidade de estabelecer, difundir e positivar as garantias que guardam este caráter que cada ser humano carrega, pilares edificadores e norteadores de direitos foram construídos e desdobrados em diferentes momentos.

Estes direitos, que retomam o valor a condição humana, são os direitos humanos, cronologicamente se dividem em momentos, surgindo primeiramente aqueles que seriam limitadores do exercício de qualquer arbitrariedade, diante deles exige-se a não atuação, seguidos dos que exigem e necessitam da prestação e requerendo atuação positiva para sua efetivação, e os que nascem no terceiro momento com o intuito de consolidar universalmente o caráter da condição humana.

Estes momentos podem ser apresentados como gerações de direitos, na primeira geração estão presentes os direitos individuais, elevando o ser humano como o centro da legitimação destes; os direitos de segunda geração e sociais; os direitos de terceira geração e universais;

A Declaração Universal dos Direitos Humanos legitimou os avanços e mudanças de paradigmas com sua representação universal por ostentar um propósito de imensurável importância.

Conseqüentemente, após o estabelecimento do Estado Constitucional no Brasil, anteriormente sob ditadura militar exigindo para sua continuidade que tolhessem direitos, consagrou em sua totalidade os mandamentos trazidos pela declaração universal dos direitos humanos. Efetiva a condição central do ser humano no ordenamento, instituindo a positivação de garantias e princípios atrelados as normas constitucionais, introduz direitos de cunho fundamental.

Após o reconhecimento da igualdade dignidade da pessoa humana, liberdade, e não discriminação em razão de qualquer circunstância, dentro outros tantos direitos e garantias fundamentais, a sociedade movida culturalmente por suas necessidades, através do movimento feminista por igualdade de condições e

exercícios de direitos causou grandes revoluções que resultaram na ressignificação de termos instituindo o questionamento e a procura da resposta trouxe a ótica do que é natural e o que é culturalmente estabelecido, se existe realmente algo essencialmente natural e não resultado de uma construção da significação cultural, legitimando a perspectiva da concepção de gênero.

A incorporação de gênero alcançou muito mais do que veio inicialmente propor, pois voltou os olhos para a diferença nas questões de sexualidade, amplia as dimensões não mais restritas, de subjetividades de sujeitos multiplicados para além do clássico binário (homem - mulher).

Esta incorporação da perspectiva de gênero, determinada pela busca de sua conceituação, foi responsável na determinação de reflexos jurídicos de diversas óticas e resultados nos mais variados aspectos.

O presente estudo, diante das divergências e recorrências atuais da jurisprudência e inovação na matéria, a judicialização da busca pela identidade de gênero ser tema presente nas discussões doutrinárias, especial relevância jurídica.

Dividiu-se o presente estudo em três capítulos, o primeiro deles trata do surgimento do reconhecimento de direitos inerentes a condição humana, visualizados após grandes grandes históricos, como as atrocidades ocorridas na segunda guerra mundial, levaram a construção da ponte para ratificar o conjunto de garantias de sobrevivência: direitos humanos, trazidos em âmbito internacional de reconhecimento pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, influenciando no panorama brasileiro constitucionalizado após o ano de 1988.

No segundo capítulo atentou-se para a definição e delimitação do tema, em que se desenhou todo o processo do surgimento e incorporação da perspectiva de gênero, influenciando o processo de identidade de cada indivíduo.

No terceiro capítulo, como a perspectiva de gênero depois de incorporada deu origem a recorrentes demandas judiciais, evidenciando uma nova ótica decorrente da construção da personalidade, buscando estabelecer um direito a identidade de gênero, refletindo no âmbito jurídico e delimitando quais suas reflexões.

Assim, para elucidar os objetivos traçados, utilizou-se o método dedutivo, a partir da fixação de princípios tomados como verdadeiros, os quais foram extraídos dos diplomas legais e doutrinas, que abrangem a área de saber em questão. Trazendo a utilização de métodos histórico-comparativo, considerados os fatos na sua evolução, incidindo a hermenêutica jurídica, com o devido enquadramento dos

diplomas positivados e suas molduras conceituas, com desígnio de integrar o objeto sob estudo e o alcance dos objetivos lançados na presente pesquisa.

2 EMBASAMENTO HISTÓRICO

A condição humana ostenta intrinsecamente direitos, o seu reconhecimento delineou-se no processo evolutivo historicamente suscitado dentre tantos acontecimentos substanciais, resumindo, nas palavras de Luís Roberto Barroso:

No principio era a força. Cada um por si. Depois vieram a família, as tribos, a sociedade primitiva. Os mitos e os deuses – múltiplos, ameaçadores, vingativos. Os líderes religiosos tornam-se chefes absolutos. Antiguidade profunda, pré-bíblica, época de sacrifícios humanos, guerras, perseguições, escravidão. Na noite dos tempos, acendem-se as primeiras luzes: surgem as leis, inicialmente morais, depois jurídicas. Regras de conduta que reprimem os instintos, a barbárie, disciplinam as relações interpessoais e, claro, protegem a propriedade. Tem início o processo civilizatório. Uma aventura errante, longa, inacabada. Uma história sem fim.¹

O Jusnaturalismo, o positivismo, o antagonismo entre ambos, a segunda guerra mundial, a Revolução Americana e a Revolução Francesa construíram a ponte para a ratificação dos direitos humanos.

Esta ratificação se deu frente ao necessário estabelecimento de garantias inerentes a condição humana que surgiram de acordo com o contexto histórico e suas decorrências, o resultado da civilização substancialmente histórico, por assim serem impossível não submeterem-se a transformações. A essência da evolução pode ser elucidada nas palavras de Norberto Bobbio:

[...] ainda que fossem necessários, os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem - que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens - ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações de poder.²

O surgimento é marcado por perspectivas que originaram e influenciaram sua difusão e positivação, consagrando-se em direitos utilizados como pilares para edificar e nortear conquistas e mudanças de paradigmas, evoluindo através de fases cronológicas guiadas por gerações.

¹BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.03.

²BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.06.

2.1 Gerações de direitos

Os direitos humanos surgiram com as necessidades de desenvolvimento frente aos acontecimentos históricos e as consequências geradas por eles. Sua evolução e efetivação são elucidadas pela divisão cronológica iniciada pelos direitos que limitam o atuar estatal (civis e políticos), sucedido pelos que demandam do Estado atuação (sociais) e, em decorrência, a ótica de universalidade da condição humanitária. Este atuar após sua instituição “[...] não é mais absoluto e sim limitado, não é mais fim em si mesmo e sim meio para alcançar fins que são postos antes e fora de sua própria existência [...]”³. Esta ascensão ao longo do tempo se apresenta em três momentos, classicamente.

A terminologia utilizada para denominar estes momentos surgiu com Karel Vasak, em aula inaugural do Curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo/França, buscando, “metaforicamente, demonstrar a evolução dos direitos humanos com base no lema da revolução francesa (liberdade, igualdade e fraternidade)”⁴, utilizando o termo geração elucidada a cronologia dos direitos humanos baseando-se no lema da revolução francesa composto por três palavras, mantendo também a ordem que são postas. Primeira geração vem ligada a primeira palavra do lema: *liberté*, direitos de liberdade e sua individualidade; Por conseguinte os direitos de igualdade e sociais: *égalité*; Os direitos de solidariedade aparecem na terceira: *solidarité*.

Alguns doutrinadores desaprovam a utilização da terminologia, visto que o uso do termo geração não representaria acertadamente a evolução, a cada nova geração que se sucede estaria se sobrepondo a que já existe, ou seja, se traduz em substituição gradativa, todavia não se verifica faticamente. Contrariamente a ideia inicial, utiliza-se a terminologia dimensão, que representaria o somatório dos direitos aos anteriormente existentes. A divisão em gerações/dimensões é citada por

³ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 29

⁴ LIMA, George Marmelstein. *Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais*. Revista Jus Navigandi, ano 8, n. 173, 2003, p. 01 Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4666/criticas-a-teoria-das-geracoes-ou-mesmo-dimensoes-dos-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 08 set. 2017.

Norberto Bobbio ao afirmar que o “desenvolvimento dos direitos do homem passou por três fases”⁵, são as três primeiras gerações/dimensões clássicas dos direitos.

O poder soberano do Estado trouxe o estabelecimento de uma realidade política, mas conseqüentemente transformando a econômica e social. Surgindo a necessidade de limitar e evitar o abuso de poder e arbitrariedades no exercício do poder estatal, pois a condição humana traz consigo direitos naturalmente inerentes, precedendo qualquer ordem socialmente estabelecida, os chamados direitos de primeira geração.

Sobre a temática elucidada por Paulo Bonavides, os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade trazem como titular o indivíduo, contra o Estado serão oponíveis, são faculdades ou atributos da condição que ostentam, subjetivamente, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.⁶

Conforme José Afonso da Silva, esses direitos de primeira geração reconhecem autonomia individualmente considerada, garantindo iniciativa e independência diante dos que fazem parte da sociedade e também, principalmente, do próprio Estado, desta forma ganham reconhecimento como direitos individuais, incluídos precipuamente no Direito Constitucional brasileiro, não são só liberdades civis, são liberdades-autonomia.⁷

Os direitos de primeira geração, direitos civis e políticos (direito a vida, a liberdade, a personalidade entre outros) passam a balizar a não atuação, ou seja, abstenção estatal. Autonomamente, são diretrizes que reconhecem a dignidade da pessoa humana individualmente considerada, trazendo a perspectiva do indivíduo como início e fim desta geração de direitos.

A segunda geração de direitos estabelecerá aqueles que exigem a atuação estatal para promovê-los, contrariamente aos da primeira geração. Entre eles estão os direitos à saúde, educação, trabalho, habitação, previdência social, assistência social, entre outros. Bonavides elucida os direitos de segunda geração afirmando que:

[...] são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da

⁵ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 32.

⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 563-564.

⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 182-183.

ideologia e da reflexão antiliberal deste século. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.⁸

Contextualizando a nova ótica adotada pela segunda geração, em que o momento originário demonstrava a falta do liame entre a individualidade por si só considerada, ressalta Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] os direitos de segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem a reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico.⁹

A segunda geração nasce com objetivos diferentes, exigindo a atuação estatal no reconhecimento e efetivação igualitariamente, pois “a liberdade e a igualdade dos homens não são um dado de fato, mas um ideal a perseguir; não são uma existência, mas um valor; não são um ser, mas um dever ser”¹⁰. O atuar se faz necessário frente o caráter que se revestem estes direitos.

Os direitos de terceira geração consagram a evolução das perspectivas anteriores, abrangendo de forma universal a condição humana, suas necessidades e evolução. Nascem aqui os direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, de comunicação e o direito à paz, entre outros.

Conforme elucida Alexandre de Moraes, acerca desta terceira geração são nominados de direitos de solidariedade e fraternidade que abarcam o meio ambiente equilibrado na condição de direito ligado a garantir qualidade de vida, sem excluir o progresso e os povos de autodeterminarem-se.¹¹

Essa terceira geração consagra o teor que ultrapassa a individualidade do ser humano, não se determina os destinatários ou titulares, não são individuais, meramente coletivos ou de determinado grupo, sua titularidade transcende a essas

⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 517.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 50.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 29.

¹¹ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 60.

limitações. Sua proteção e reconhecimento não findam na generalidade, mas assumem uma compleição universal.

2.2 Declaração Universal dos Direitos Humanos

A Assembleia Geral das Nações Unidas no ano de 1948, período pós-segunda guerra mundial, origina, no dia 10 de dezembro, a declaração, com âmbito universal, que reconhece direitos intrínsecos à condição humana.

Desta forma, conforme Norberto Bobbio [...] nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais¹². Ou seja, nascem abstratos, tornam-se concretos na individualidade assim considerada e findam na positivação universal. Em suma, nas palavras de Flávia Piovesan citando Immanuel Kant, as pessoas devem existir como um fim em si mesmo e não tidas como um meio, utilizadas para algum propósito. Para isso existem os objetos, possuindo um valor condicional dado a sua irracionalidade, por isso denomina-se “coisas”, totalmente passíveis de substituição com equivalência. Os seres racionais, ao revés, “pessoas”, constituem um fim em si mesmo, carregam consigo um valor intrínseco absoluto são insubstituíveis e únicos, não devendo, por consequência da sua condição posta, ser tomados meramente como meios.¹³

A Declaração Universal dos Direitos Humanos compõe-se em preâmbulo e 30 artigos. Destaca no elementar parágrafo do preâmbulo a primazia da dignidade “inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.

Esta declaração foi concebida pela Assembleia Geral das Nações Unidas como uma resolução, desta forma não possui forma de tratado nem como lei, mas seu propósito se reveste de um caráter que ultrapassa estas formalidades de obrigações impositivas quando se olha para o conteúdo que carrega e não só para a moldura o que os reveste: promover o reconhecimento universal e demonstrar a importância dos direitos humanos. Nas palavras de Flávia Piovesan:

¹² BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 30.

¹³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 29.

A Declaração se impõe como um código de atuação e de conduta para os Estados integrantes da comunidade internacional. Seu principal significado é consagrar o reconhecimento universal dos direitos humanos pelos Estados, consolidando um parâmetro internacional para a proteção desses direitos. A declaração ainda exerce impacto nas ordens jurídicas nacionais, na medida em que os direitos nela previstos tem sido incorporados por Constituições nacionais e, por vezes, servem como fonte para decisões judiciais nacionais.¹⁴

Seus artigos legitimam direitos e liberdades essenciais civis e direitos políticos, artigo 3º até o artigo 21, mas vão além, incluindo outras categorias de direitos contidos nos artigos 22 até 28, nominados direitos econômicos, culturais e sociais.

Os destinatários destes direitos são todo e qualquer ser humano “sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição”, como bem elencadas as espécies do artigo 2º, 1, da Declaração Universal dos Direitos humanos, enfatizando o caráter indistinto de seus direitos e liberdades.

Esta Declaração se fez necessária, vindo a ratificar direitos, pelo momento histórico que a antecedeu, qual seja o término da segunda guerra mundial, visto que:

Esse reconhecimento universal da igualdade humana só foi possível quando, ao término da mais desumanizadora guerra de toda a História, percebeu-se que a ideia de superioridade de uma raça, de uma classe social, de uma cultura ou de uma religião, sobre todas as demais, põe em risco a própria sobrevivência da humanidade.¹⁵

Deste modo se originou a Declaração Universal Dos Direitos Humanos e passou a representar historicamente sua consolidação, como nunca antes ocorrido, os princípios e valores livremente ratificados pelos indivíduos, não so principiologicamente, mas sua capacidade e validade faticamente explicitada, não foi capaz de alcançar este feito, nem mesmo, a mais universal das religiões (cristã).

Deste modo, só após pode-se afirmar o caráter universal do seu conteúdo, não visto simplesmente pela objetividade posta, mas instituído subjetivamente por toda a

¹⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 151-152.

¹⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 240.

humanidade.¹⁶ Ao passo que, em decorrência, será analisado como essa Declaração repercutiu no direito brasileiro.

2.3 Direitos Humanos no Panorama Brasileiro

O país, sob regime de ditadura militar desde o ano de 1964, em consequência deste regime, tudo era imposto, inclusive a constituição. Os direitos individuais e sociais eram tolhidos, caráter de restrição absoluta para que assim houvesse a manutenção deste regime, e controle sob tudo e todos.

Em cinco de outubro de 1988, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, responsável por estabelecer o indivíduo como centro do ordenamento. Instituído a positivação de garantias e princípios atrelados as normas constitucionais, introduz direitos de cunho fundamental, o processo é o inverso do regime ditatorial: efetivam-se direitos.

O Estado constitucionalizado é instrumento da vida em sociedade, estabelecendo a harmonia ditando os parâmetros de exercício do poder, legitimando essa associação, unindo os indivíduos, para a continuidade da ordem e conservação das liberdades, compartilhados pela sociedade como objetivo e interesses comuns, vinculados, necessariamente, com a formatação cultural.¹⁷ Deste modo:

O Estado Constitucional apresenta-se, assim, como um organismo que reflete os fins comuns de um povo, a visão de mundo compartilhada por indivíduos que participam de uma comunidade estruturada politicamente sob a forma de sociedade, razão pela qual incorpora objetivos e valores típicos de uma cultura específica. Estes fins comuns são garantidos por meio do uso da força legítima por um organismo constituído, o Estado, e assegurados em um documento que expressa o compromisso ético-político e jurídico fundamental de uma sociedade, a Constituição.¹⁸

A cultura assume o papel de essencialidade na configuração da sociedade que busca instituir limites indispensáveis na conservação da harmonia e instituição de um organismo, assegurando de forma expressa todo conteúdo fundamental em um documento estruturado.

¹⁶ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 28.

¹⁷ MOLLER, Josué Emilio. *A influência cultural na reconfiguração do estado constitucional em um ambiente global*. Revista Direito: Santa Cruz do Sul, Jul/dez, 2005, p. 54.

¹⁸ *Ibidem*, p. 55.

Esta associação voltada para a realização de fins comuns que num primeiro momento apresentam dimensão coletiva, na verdade, são a reunião de fins particulares e individuais, como bem esclarece Aristóteles:

Todas as formas de associação são como se fossem partes da comunidade política; efetivamente, os homens empreendem uma viagem juntos com o intuito de obter alguma vantagem e de obter alguma coisa de que necessitam para viver; e é com vistas a vantagens para seus membros que a comunidade política parece ter-se organizado originariamente e ter-se perpetuado, pois o objetivo dos legisladores é o bem da comunidade, e eles qualificam de justo aquilo que é reciprocamente vantajoso. As outras formas de associação visam vantagens parciais – os marinheiros visam o que é vantajoso numa viagem em termos de ganhar dinheiro ou obter algo do mesmo gênero, os soldados visam ao que é vantajoso na guerra, quer de vitórias ou da captura de uma cidade que desejam ocupar, e os membros das tribos e dos povoados agem de maneira idêntica (algumas associações parecem originar-se com o objetivo de proporcionar satisfação aos seus membros – por exemplo, as associações para fins religiosos e para repastos coletivos, que existem respectivamente para a realização de festas dedicadas aos deuses e para convivência social; mas todas elas parecem subordinar-se a comunidade política, pois aparentemente não visam a vantagens temporárias, mas ao que é vantajoso para a vida como um todo), oferecendo sacrifícios e promovendo reuniões relacionadas com os mesmos, cultuando os deuses e proporcionando entretenimento aos seus componentes. Todas as formas de associação, portanto parecem constituir partes da comunidade política, e as espécies particulares de amizade correspondem às espécies particulares de associações em que elas se originam.¹⁹

A constituição de 1988 institui e introduz o regime democrático no Brasil avançando na consolidação legislativa dos direitos e garantias fundamentais e de proteção da sociedade, a partir desta que os direitos humanos ganham efetividade neste documento tornando a dignidade da pessoa humana como orientação suprema, nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, dignidade é:

Qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos²⁰

¹⁹ ARISTÓTELES. *Ética e nicômacos*. Brasília: Universidade de Brasília, 2001, p.164.

²⁰ SARLET, Wolfgang Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 26.

A interiorização dos direitos humanos, universais, no âmbito brasileiro se deu no ano de 1988, no dia 05 de outubro com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil delineando em seu preâmbulo o seu objetivo:

Assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.²¹

Positivaram-se na Constituição, todos os direitos e garantias contidas na Declaração Universal dos Direitos Humanos, “marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos”²² inclusive mencionando os princípios oriundos da Revolução Francesa, direitos que assim positivados adquirem titulação de direitos fundamentais. Possuía 246 artigos e mais 74 disposições transitórias, distribuídos em 4 títulos: Título I – Dos princípios fundamentais; Título II – Dos direitos e garantias fundamentais; Título III – Da organização do Estado e Título IV – Da organização dos poderes. Destacando o caráter da constituição, nas palavras de Luis Roberto Barroso:

A constituição é um instrumento do processo civilizatório, ela tem por finalidade conservar as conquistas incorporadas ao patrimônio da humanidade e avança na direção de valores e bens jurídicos socialmente desejáveis e ainda não alcançados. Como qualquer ramo do Direito, o constitucional tem possibilidades e limites. Mais do que em outros domínios, nele se expressa a tensão entre norma e realidade social.²³

Os direitos fundamentais, além de integrantes da primazia da dignidade da pessoa humana, atuam como limitadores ao domínio que detém o Estado, constituindo-se em direito de defesa para com este, sua fundamentalidade decorre da condição que antecede qualquer positivação e independe de outorga.

Eis que sintetizados por J.J. Gomes Canotilho (1992) citado por Ingo Wolfgang Sarlet:

²¹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988, Preâmbulo. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29. out. 2017.

²² PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 03.

²³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.46.

Os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos.²⁴

Deste modo, a estes direitos o Estado se limitará, somente, a reconhecê-los, restringindo seu atuar quando com estes deparar-se, pois inerente a todos os destinatários destes direitos, de aplicabilidade imediata dispensando outorga.

Quanto a sua classificação:

Podem ser classificados em dois grandes grupos, nomeadamente os direitos de defesa (que incluem os direitos de liberdade, igualdade, garantias, bem como parte dos direitos sociais – no caso, as liberdades sociais – e políticos) e os direitos a prestações (integrados pelos direitos a prestações em sentido amplo, tais como direitos à proteção e à participação na organização e procedimento, assim como pelos direitos a prestação em sentido estrito, representados pelos direitos sociais de natureza prestacional).²⁵

Os direitos de defesa são impostos contra o atuar estatal, na medida em que funcionam como limitadores e coibidores de arbitrariedades decorrentes do exercício de poder. Não significando que elas não ocorram, mas estabelece uma segurança jurídica de conhecer os limites e buscar repará-lo.

Os direitos fundamentais de defesa, quanto a sua efetividade, carregam presunção de aplicabilidade imediata e ampla eficácia, não autoriza e sim impõe aos operadores do direito as respectivas normas sejam aplicadas aos casos concretos, objetivando pleno exercício desses direitos²⁶, frente o seu caráter de função limitadora, procurando manter o equilíbrio da atuação estatal na esfera individual.

O conteúdo das normas constitucionais como fundamentação para todo o ordenamento, Antonio Enrique Pérez Luño, citado por Flávia Piovesan, divide em três dimensões o imperativo que as acompanha:

Os valores constitucionais possuem tripla dimensão: a) fundamentadora – núcleo básico e informador de todo o sistema jurídico-político; b) orientadora

²⁴ CANOTILHO, José Gomes apud SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 168.

²⁵ SARLET, Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 234.

²⁶ Ibidem, p. 254.

– metas ou fins predeterminados, que fazem ilegítima qualquer disposição normativa que persiga fins distintos, ou que obstaculize a consecução daqueles fins enunciados pelo sistema axiológico constitucional; e c) crítica – para servir de critério ou parâmetro de valoração para interpretação de atos ou condutas. (...) Os valores constitucionais compõem, portanto, o contexto axiológico fundamentador ou básico para a interpretação de todo o ordenamento jurídico; o postulado-guia para orientar a hermenêutica teleológica e evolutiva da Constituição; e o critério para medir a legitimidade das diversas manifestações do sistema de legalidade.²⁷

A posituação constitucional determinou o que seria o alicerce para a legislação infraconstitucional, que por sua vez atua de forma complementadora. Incumbiu-se desta atuação o Código Civil (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002), que passa a regular as relações entre os destinatários dos direitos constitucionalmente concedidos especificadamente.

Coube ao Capítulo II – artigos 11 ao 21- tratar dos direitos intrínsecos a condição humana, titulados direitos da personalidade, desta forma:

Reconhece-se nos direitos da personalidade uma dupla dimensão: a axiológica, pela qual se materializam os valores fundamentais da pessoa, individual ou socialmente considerada, e a objetiva, pela qual consistem em direitos assegurados legal e constitucionalmente, vindo a restringir a atividade dos três poderes, que deverão protegê-los contra quaisquer abusos, solucionando problemas graves que possam advir com progresso tecnológico, p. ex., conciliando a liberdade individual com a social²⁸.

Além desta dupla dimensão, que elucida claramente o patamar no qual se encontram estes direitos, possuem características próprias elencadas pelo artigo 11 do Código Civil, que, assim como os direitos são fundamentais, suas características, conseqüentemente, também o são.

Possuem caráter irrenunciável, intransmissível e ilimitados, e como bem acrescenta Washington de Barros Monteiro e Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, também se caracterizam em absolutos, vitalícios, imprescritíveis e incondicionados.²⁹

²⁷ LUÑO, Antônio Enrique Perez apud PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 27.

²⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. ed. 30. São Paulo: Saraiva, 2013, p.133.

²⁹ MONTEIRO, W.B; PINTO, A. C. B. M. F. *Curso de direito civil: parte geral*. ed. 44. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 108.

Estes direitos possibilitam a defesa do que cada ser, enquanto ser na condição de humano, inevitavelmente e naturalmente, possui só por assim ser. Assim, resultam-se “como fim em si mesmo”.³⁰

Seriam eles, o direito a vida, a liberdade, a identidade, a privacidade, a honra, a imagem, e os demais que decorrem da subdivisão destes. O Código Civil não objetivou a exaustão destes direitos, não há enumeração taxativa ou rol fechado. É um rol de direitos, mas, aberto frente ao caráter inerente e individual que possuem, não haverá lei brasileira ou advinda do direito comparado capaz de apresentar rol fechado que enumere esses direitos, quando contiver características análogas aos direitos de personalidade será revestido desta natureza.³¹

De encontro com o exposto, nas palavras de Hans Kelsen, podemos elucidar o objetivo primordial das normas estabelecidas, sua necessária integração com todo o ordenamento, visto que:

O Direito é uma ordem da conduta humana. Uma “ordem” é um sistema de regras. O Direito não é. Como as vezes se diz, uma regra. É um conjunto de regras que possui o tipo de unidade que entendemos por sistema. É impossível conhecermos a natureza do Direito se restringirmos nossa atenção a uma regra isolada. As relações que concatenam as regras específicas de uma ordem jurídica também são essenciais à natureza do Direito.³²

Deste modo, embora sejam individuais, sofrem influências ao longo da evolução da sociedade, conseqüentemente, proporcionando mudanças de valores e conceituações ou estabelecem novas denominações sob a ótica das necessidades experimentadas pelas mudanças.

São estas mudanças que conferem ao sistema a manutenção da receptividade das normas constitucionais, acompanhando a evolução social, em constante transformação, influenciadores da época vivenciada. Pois, a constituição deve retratar e vincular-se a realidade do seu tempo. “O direito de um implica em uma obrigação para algum outro, caso esse direito esteja consagrado, ele é universal e

³⁰ KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Tradução de Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Nacional, 1964, p. 91.

³¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*: parte geral. ed. 9. São Paulo: Atlas, 2009, p. 170.

³² KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. ed. 03. São Paulo: Martins fontes, 1998, p. 05.

incondicional, sendo que a inexistência de meios para prover tal direito se torna algo como uma ilegalidade”³³.

Assim ocorreu a positivação tanto constitucional como infraconstitucional no ordenamento brasileiro dos direitos intrinsecamente humanos, mantendo a influência do marco universal de sua declaração, possibilitando o reconhecimento de direitos individuais, conservando seu caráter e essencialidade do Estado Constitucional na instrumentalização de garantias e princípios possibilitando o uso da hermenêutica para situações não positivadas, inerentes a sociedade.

Estas mudanças não podem dentro do Estado Democrático de Direito, simplesmente, serem excluídas ou imutáveis pela construção social já ultrapassada pela nova realidade que se apresenta. Desta forma, novas definições e a incorporação de uma identidade de gênero, e o que este termo representa ao ser incorporado, surgindo diferentes possibilidades dentro dos direitos de personalidade, havendo a separação entre o que é natural e o que é construído culturalmente, será objeto de análise no decorrer do próximo capítulo.

³³ CARVALHO, Olavo de. *O mínimo que você precisa saber para não ser um idiota*. 25. ed. Rio de Janeiro: Record, 2017., p. 85.

3 INCORPORAÇÃO DA PERSPECTIVA DE GÊNERO

O direito de personalidade, com fundamento no marco universal do seu reconhecimento e difusão, abarca diversos direitos inerentes à condição humana, dentre eles estão os relativos à expressão da sexualidade, frente a realidade que se apresenta, surge o termo gênero, e, mais além, sua incorporação e reflexos jurídicos, pois:

O conjunto de manifestações de ordem afetivo-sexual apresenta-se como uma extensão daquilo que as pessoas sentem enquanto seres desejantes, mesmo comportando (a própria estrutura de desejo) metamorfoses ao longo da existência – ate porque, longe de “naturalizações” ou das tentativas de universalização e rotulagem em matéria de sexo/gênero/desejo, são múltiplas e cambiantes as faces relacionais da sexualidade/afetividade.³⁴

As tentativas para teorizar o gênero partem das tradicionais ciências sociais, valendo-se de fórmulas pré-estabelecidas, possuidoras de um caráter limitado. Tendenciosamente procura a inclusão de generalizações redutivas, opositivas a compreensão sobre a complexa relação entre o processo causal e social e a casuística real que se apresenta por fatos incontroversos que levem para o caminho à mudança.

Dentre as essencialidades, a evolução da construção social quanto aos papéis de feminino e masculino, deu origem, ao longo do tempo, a diversos questionamentos e desdobramentos que serão elucidados e diferenciados.

3.1 Definições

O princípio do entendimento do que venha a ser a identidade de gênero, passa pela explanação dos conceitos, muitas vezes utilizados como sinônimos, do que não está compreendido em seu conceito próprio. Deste modo, torna-se indispensável às definições a seguir expostas.

³⁴ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. Mudança de nome e da identidade de gênero. In: DIAS, Maria Berenice (Org.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 100.

3.1.1 Sexo

A conceituação do sexo é a coexistência de elementos biológicos e, também, morfológicos. Para Patrícia Corrêa Sanches, estes elementos dividem-se em cinco: cromossômico (genético), cromatínico, gonodal, genital e morfológico³⁵.

O elemento genético determina-se pela presença, dentro dos 23 pares de cromossomos, do par constituído por XX (para mulher) ou XY (para homem); o cromatínico terá sua existência atrelada a predominância do cromossomo X, portanto se fará presente quando existir o par XX; o gonodal constitui-se pela presença de ovários ou testículos (órgãos internos), que conjugados com os órgãos externos formarão o sexo genital; e o morfológico se constituirá conforme a forma física.

No processo de desenvolvimento psicosssexual o individuo, nos primeiros tempos de vida, tem a função sexual ligada a sobrevivência e, portanto o prazer e encontrado no próprio corpo. O corpo é erotizado, as excitações localizam-se em partes do corpo, e o desenvolvimento se dá de forma progressiva³⁶.

Freud elucida este desenvolvimento por meio de fases definidas em: fase oral (zona de erotização é a boca); fase anal (a zona de erotização é o ânus); fase fálica (zona de erotização é o órgão sexual); seguidas do período de latência, que se prolonga até a puberdade e se caracteriza por uma diminuição das atividades sexuais, isto é, há um intervalo. Na adolescência atinge a última fase, a genital, quando a erotização e o desejo estão em um objeto externo, o outro.³⁷

3.1.2 Gênero

Possui sua conceituação vinculada, precipuamente, a características de distinção originadas pela sociedade, ou seja, são culturalmente impostas balizadas pelo sexo biológico.³⁸

³⁵ SANCHES, Patrícia Corrêa. Mudança de nome e da identidade de gênero. In: DIAS, Maria Berenice (Org.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 425.

³⁶ FREUD, Sigmund apud BOCK, A.M.B.; FURTADO, O; TEIXEIRA, M.L. *Psicologias: uma introdução ao estudo da psicologia*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 71.

³⁷ Ibidem, p.71.

³⁸ DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e os direitos LGBTI*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 42.

3.1.3 Orientação sexual

Caracteriza-se pela direção que sua sexualidade seguirá, referenciada pelo gênero em que findar o direcionamento. Quando este gênero-norte for diverso do seu nomina-se heterossexual, quando forem do mesmo gênero nomina-se homossexual e se compreendido pelo gênero-norte não só um, mas ambos os gêneros opostos entre si (feminino e masculino), nomina-se bissexual.³⁹

3.2 Incorporação da perspectiva de gênero

As diferenças entre as definições expostas possibilita elucidar que houve uma mudança de paradigma quanto a denominação, mostrando que a binária utilização feminino/ masculino, ou que tudo que é feminino seria determinado pela oposição ao que não está abarcado pelo masculino, já não é capaz de acompanhar o desenvolvimento que busca seu estabelecimento.

A primeira diferenciação historicamente estabelecida “coincide com o desenvolvimento do antagonismo entre o homem e a mulher no casamento monogâmico, e a primeira opressão de classe coincide com a submissão do sexo feminino pelo masculino”⁴⁰.

As classes econômicas, diversamente das classes sexuais, originam-se na realidade biológica. Homens e mulheres são criados distintos, e não igualmente, as diferenças, naturais, entre ambos originaram à primeira divisão do trabalho, com base no sexo, estando na origem de todas as divisões posteriores em classes econômicas e culturais.

O início desta busca é marcado pelo abandono da utilização da palavra sexo, ou discriminação de sexo, em substituição pela palavra gênero, nasceu com o movimento feminista, na Plataforma de Ação da Conferência de Pequim sobre as Mulheres, realizada em 1995, instituindo o marco inicial da incorporação da perspectiva de gênero.

³⁹ DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e os direitos LGBTI*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 42.

⁴⁰ Frederick Engels: *A origem da família, da propriedade privada e do estado*. Tradução de Ruth Klaus. São Paulo: Centauro, 2002, p. 30.

O objetivo dessa incorporação era evidenciar a existência de distinção entre o que é natural e o que é biológico, sem deixar de lado que também existe, o que é social e culturalmente construído, processo de ressignificar as fronteiras entre o natural, que é posto, e o social, que é transformável, portanto:

A história do *gender* das norte-americanas. Do *genre* francês, do *genere* italiano, do *geschlecht* alemão, e do *gênero* português, tem um só objetivo: introduzir na história global a dimensão da relação entre os sexos, com a certeza de que esta relação não é um fato natural, mas uma relação social construída e incessantemente remodelada, efeito e motor da dinâmica social. Relação que produz saberes, como toda visão nova do passado, e categoria de análise que permite reescrever a história levando em conta o conjunto das relações humanas.⁴¹

Partindo-se da separação entre a natureza e cultura, gênero é uma construção social que não mantém vínculo biológico e dele, deste modo, só pode ser compreendido contextualmente, indica nas palavras de Joan W. Scott:

Por gênero me refiro ao discurso da diferença dos sexos. Ele não se relaciona simplesmente as ideias, mas também as instituições, as estruturas, as práticas cotidianas como aos rituais, e tudo o que constitui as relações sociais. O discurso é o instrumento de entrada na ordem do mundo, mesmo não sendo anterior a organização social da diferença sexual. Ele não reflete a realidade biológica primeira, mas ele constrói o sentido desta realidade. A diferença sexual não é a causa originária da qual a organização social poderia derivar; ela é antes, uma estrutura social móvel que deve ser analisada nos seus diferentes contextos históricos.⁴²

A incorporação além de estabelecer a distinção entre diferença sexual e gênero, expõe a necessária superação do determinismo visto sob a ótica biológica, anatômica, binária ambivalente, nas palavras de Judith Butler, teórica feminista responsável pela teoria *queer*, objetivando a revolução linguística, desconstruindo o significado com cunho pejorativo para contra as normas socialmente construídas:

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

⁴¹ COLLING, Ana. *Gênero e Cultura: questões contemporâneas*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. p. 28.

⁴² SCOTT, Joan Walter. *Gênero: uma categoria útil de análise histórica*. Porto Alegre: Educação e realidade, 1995. p. 71.

o limite das possibilidades de gênero no interior do sistema de gênero binário oposicional.⁴³

O gênero ultrapassa a questão inicial que o trouxe, o núcleo base feminista demarca uma contribuição de reconhecimento, quando amplia as dimensões não mais restritas, de subjetividades de sujeitos multiplicados para além do clássico binário (homem, mulher, gays, lésbicas, travestis, transexuais e intersexo), esta categoria de gênero demonstra o caráter relacional e cultural da constituição de valores e identidades mutáveis a cada realidade social que se faz presente, a rotulação ou etiquetagem binária alimenta as desigualdades:

A concepção de gênero-como-poder permite-nos dar mais um passo: sugerir que nosso modo de pensar e falar sobre os humanos é baseado no poder. Os próprios termos 'mulheres' e 'homens' são um reflexo desse poder. Etiquetar os indivíduos como 'mulheres' (ou 'homens') é o exercício do poder, pois o rótulo cria para os seres humanos um conjunto de expectativas sobre o que eles são, o que não são, e que variedade de escolha está disponível para eles. O gênero-como-poder argumenta que as mulheres e os homens se fazem, não nascem. São criados por aquelas etiquetas. Etiquetas que abrem algumas portas e fecham outras. Etiquetar cria um ser fictício ... e perpetua desigualdades, porque quando os humanos carregam uma etiqueta, têm mais direitos e privilégios do que aqueles que carregam outra etiqueta.⁴⁴

A mutabilidade e resignificação do gênero possibilitam múltiplas identidades que derivam da estrutura social responsável por processos históricos, decorrentes da pretensão individual de significação, contextualmente realizada, pela busca de identidade, permanentemente estruturante, determinada e determinante da desconstrução da binaridade (homem – mulher/masculino - feminino), ou seja, oposição e ruptura da dependência entre o natural e o cultural, materialização indissociada de uma significação previa cristalizada, assim:

Se o caráter imutável do sexo for contestado, talvez esta construção chamada 'sexo' seja tão culturalmente construída como 'gênero'; na verdade, talvez ela já tivesse sido sempre 'gênero', com a consequência de que a distinção entre sexo e gênero termine por não ser distinção alguma.⁴⁵

⁴³ BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: civilização brasileira, 2003, p. 76.

⁴⁴ OLEARY, Dale. *The gender agenda: redefining equality*. Louisiana: Vital Issues, 1997, p. 10.

⁴⁵ BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: civilização brasileira, 2003, p.78.

Essa ruptura trazida pelo estabelecimento de um novo paradigma visando à incorporação possui intercâmbio relacional entre cultura e natureza, agindo sobre ela o social, mas não parte, contraparte. O que advém do natural não carrega valor, assume valor quando o social o absorve e lhe atribui valor. A diferença entre sexo e gênero decorre da significação social que o sexo assume no contexto que o acolhe, assim o gênero não se relaciona de forma opositora ao sexo, mas assume o termo de absorvê-lo e deslocá-lo, admitindo-se as diferenças existentes e que não se enquadram na binaridade posta, sem referências a construção e sem negar sua materialidade advinda da operação individual.⁴⁶

Nas palavras de Shulamith Firestone, demonstra a mesma perspectiva de ruptura e superação do dito naturalmente imposto:

Assim, o “natural” não é necessariamente um valor “humano”. A humanidade começou a superar a natureza. Não podemos mais justificar a conservação do sistema discriminatório de classe sexual, sob o pretexto de que se originou na natureza. Parece que exclusivamente por causas pragmáticas, nos precisamos, na verdade, nos desfazer dele. O problema se torna político, exigindo mais do que uma análise histórica abrangente, pois nos damos conta de que, apesar do homem ser cada vez mais capaz de libertar-se das condições biológicas que criaram a tirania dele sobre as mulheres, ele tem poucas razões para renunciar a essa tirania.

A percepção do gênero socialmente construída utiliza-se das distinções e oposições entre os sexos sob a ótica biológica, masculino/feminino, mas historicamente baseia-se na superioridade de um sobre o outro, do mesmo modo como outras oposições: forte/fraco; grande/pequeno. Esta percepção está elucidada nas palavras de Bourdieu:

A divisão entre os sexos parece estar na ordem das coisas [...] ela está presente, ao mesmo tempo, em estado objetivado [...] em todo o mundo social, e em estado incorporado, nos corpos e nos habitus dos agentes, funcionando como sistemas de esquemas de percepção, de pensamento e de ação.⁴⁷

A definição binária, criteriosamente biológica, não abarca e nem define os casos em que indivíduos apresentam características de ambos os sexos, tanto

⁴⁶ BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: civilização brasileira, 2003, p.85.

⁴⁷ BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.p. 17.

físicas quanto comportamentais. Seriam estes casos os norteadores da inadequação da definição naturalmente biológica inadequada, mas contrariamente:

[...] não prova que há mais de dois sexos, e certamente não prova que a heterossexualidade não é natural, assim como o fato de alguns bebês nascerem cegos não prova não ser natural que os homens enxerguem. O sexo biológico não é determinado por órgãos externos, mas pela estrutura genética. Cada célula do ser humano é claramente marcada masculina ou feminina.⁴⁸

Sob a ótica contrária a esta ruptura e resignificação e as construções e definições culturais, esta revolução linguística carrega na sua essência o objetivo de, com base na teoria de Marx que não ocorreu com a solidificação do socialismo, busca-se a destruição da família, pois representa, segundo Marx e Engels, o marco inicial de toda e qualquer existência das formas de exploração: a família. Somente, a destruição seria a condição para que a sociedade seja capaz de proporcionar condições de liberdade em sua totalidade abrangente. Através de novas conceituações, resignificações, assim a ideologia do gênero se utiliza da sexualidade como uma arma política para negar a existência de um único caminho de escolha: masculino ou feminino, não existindo ruptura entre a identificação entre biológico e social. Ampliações e diversificação da base que sustenta a estrutura solidificada historicamente, possibilitando que não existam distinções.

A ruptura entre o natural e o que é essencialmente cultural construído com relação às questões de sexualidade e identificação, objetiva demonstrar e ressignificar os parâmetros. Para o gênero ser estabelecido não depende somente de requisitos biológicos, binário e ambivalente ou natural, mas o que determina a essência do gênero também inclui os processos psicológicos, o que salientaria o caráter da eminente elaboração humana.

As questões quanto a definição, ambivalência e diferenciação, segundo Judith Butler:

É ele natural, anatômico, cromossômico ou hormonal, e como deve a crítica feminista avaliar os discursos científicos que alegam estabelecer tais “fatos” para nós? Teria o sexo uma história? Possuiria cada sexo uma história ou histórias diferentes? Haveria uma história como se estabeleceu a dualidade do sexo, uma genealogia capaz de expor as opções binárias como uma construção variável? Seriam os fatos ostensivamente naturais do sexo produzidos discursivamente por vários discursos científicos a serviço de

⁴⁸ OLEARY, Dale. *The gender agenda: redefining equality*. Louisiana: Vital Issues, 1997, p. 12.

outros interesses políticos e sociais? Se o caráter imutável do sexo é contestável, talvez o próprio construto chamado “sexo” seja tão culturalmente construído quanto o gênero; a rigor, talvez o sexo sempre tenha sido o gênero, de tal forma que a distinção entre sexo e gênero revela-se absolutamente nenhuma.⁴⁹

Mostra-se que a definição de um critério basilar essência da estrutura, podendo demonstrar que sua imutabilidade advinda de natureza estanque, é passível de contestação, evidencia que, na verdade, é uma construção cultural, que um sempre fora um o espelho do outro, a diferenciação entre eles não teria importância quando provem da mesma fonte de sua produção.

Sob a ótica da psicanalise, mostra-se com clareza duas perspectivas conflitantes: a confluência do individual, configuração de si mesmo por si, e as construções sociais como impositivas de processos realizados historicamente. Mas por mais força impositiva que eles exerçam os conflitos terão caráter que advém da individualidade, das estruturas inconscientes e intrapsíquicas que guardam independência do social.⁵⁰

O início na psicanalise de que sexo e gênero possuem distinção se deu com a introdução por Robert Stoller, psicanalista norte-americano, utilizando como gênese o conjunto de fatores de natureza mental e emocional que norteiam o comportamento do indivíduo transexual.

Em seus estudos, biológico – psíquico, analisa a dimensão biológica (sexo) com base nos intersexuais, a dimensão psíquica (gênero) nos transexuais, chegando à conclusão que gênero se evidencia sobre sexo.

Deste modo, possibilita delinear a independência entre a psico-sexualidade do biológico⁵¹, ou seja, de modo que o psicológico adquira autonomia das características físicas, e, do ponto de vista psicológico e cultural, o termo gênero as daria melhor sentido ou tradução:

O gênero é a quantidade de masculinidade, ou de feminilidade, que uma pessoa possui. Ainda que existam misturas dos dois nos seres humanos, o

⁴⁹ BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.p. 34.

⁵⁰ CECCARELLI, Paulo Roberto. Psicanalise, sexo e gênero. In: RIAL, C. (Org.); PEDRO, J. M. (Org.); AREND, S. N. F (Org.). *Diversidades: dimensões de gênero e sexualidade*. Santa Catarina: Mulheres, 2010, p. 271.

⁵¹ STOLLER, Robert apud CECCARELLI, Paulo Roberto. Psicanalise, sexo e gênero. In: RIAL, C. (Org.); PEDRO, J. M. (Org.); AREND, S. N. F (Org.). *Diversidades: dimensões de gênero e sexualidade*. Santa Catarina: Mulheres, 2010, p. 271.

homem (male) “normal” possui uma preponderância de masculinidade, e a mulher (female) “normal” uma preponderância de feminilidade.⁵²

Da ótica crítica a esta divisão, reside no fato da utilização do termo sexo como dimensão biológica, e gênero para a dimensão do que advém pela ordem social. Estaria a restabelecer o binarismo “natureza/cultura”, em que o sexo provém da natureza biologicamente determinada, fazendo com que desapareça a percepção de que o sexo, assim como o gênero, são partes de uma mesma origem consubstanciada em construções conceituais, contrariando a evolução dos estudos de gênero.

A crítica, pela teoria de Jacques Lacan, quanto à utilização de “gênero” alegando a identidade sexual - construção imaginária – espelha-se na conexão do real e do simbólico, o real é inacessível, na construção da identidade sexual sua essência está fixada na simbologia reconhecida pela palavra do outro, Esse reconhecimento no início da caminhada da vida do indivíduo ditará se homem ou mulher, “nada, no psiquismo, permite que o sujeito se situe como macho ou fêmea; é do Outro que o ser humano aprende, peça por peça, o que fazer como homem ou como mulher”⁵³.

Por esta ótica, a essência do gênero não parte do próprio eu, mas do reconhecimento que o terceiro indivíduo terá deste eu, e ele será parte da submissão a tudo que está pré-determinado a sua existência, encaixando-se em moldes que lhe serão atribuídos.

Por intermédio do grupo familiar que se inicia o processo de interiorização do sistema simbólico relativo à sociedade, isso significa que não é possível desatrelar as convenções sociais e a regras de conduta do sistema simbólico ao qual faz parte, não guarda relação com algo que seja naturalmente definido como masculino ou feminino, em relação direta com a anatomia.⁵⁴

Desde a infância lhe é atribuído uma convicção no sexo, desenvolvendo por ele a identidade que ela construirá, sem levar como primazia o seu sexo biológico.

⁵² Ibidem, p. 271.

⁵³ LACAN, Jacques apud CECCARELLI, Paulo Roberto. *Psicanálise, sexo e gênero*. In: RIAL, C. (Org.); PEDRO, J. M. (Org.); AREND, S. N. F. (Org.). *Diversidades: dimensões de gênero e sexualidade*. Santa Catarina: Mulheres, 2010, p. 272.

⁵⁴ CECCARELLI, Paulo Roberto. *Psicanálise, sexo e gênero*. In: RIAL, C. (Org.); PEDRO, J. M. (Org.); AREND, S. N. F. (Org.). *Diversidades: dimensões de gênero e sexualidade*. Santa Catarina: Mulheres, 2010, p. 275.

Quando dissidentes o biológico e o psicológico, o último prevalecerá àquele, construindo o sentimento de identidade sexual. Aquela atribuição será superior ao que se estabelece biologicamente e se apresenta fisicamente.

Socialmente existe uma correlação natural entre ser homem (sexo) e ser masculino (gênero), e ser mulher (sexo) e ser feminina (gênero), relação esta que se impõe, direta e natural, entre corpo anatômico e identidade de gênero. Mas em abril de 2008, quando a foto de Thomas Beatie, de 34 anos, com a filha recém-nascida Susan Juliette, publicação pela revista americana *People*, mostra Thomas, transexual, nascendo mulher, e que ficou conhecido como 'o homem grávido', após o procedimento de mastectomia e a utilização de hormônios, Thomas tornou-se 'um homem', mas os seus órgãos reprodutores femininos não foram alvo de cirurgia. Buscou, também, legalmente, nos documentos de identidade, mudar do gênero feminino para o masculino. A desorganização provocada no imaginário social, tidas por imutáveis, descontrói a concepção que cerca os paradigmas da identidade.⁵⁵

Deste modo, nota-se que há sustentação dos papéis pela diferença anatômica, mas que não deixam de significar simbolismos, então seria “mulher’ um sujeito sem pênis. Mas, uma mulher não é um homem sem pênis, e um homem sem pênis não é uma mulher”.⁵⁶ Ou seja, a construção da identidade de ser menino, ou menina (gênero), não pode ser vinculada à presença ou à ausência de algo anatômico (sexo).

O movimento feminista iniciou a abordagem da desconstrução da concepção de que a diferença se dava de forma natural, “regulação binária da sexualidade, suprime a multiplicidade subversiva de uma sexualidade que rompe as hegemonias heterossexual, reprodutiva e médico-jurídica”⁵⁷, produzindo a possibilidade de, empiricamente, o foco era a mulher para, teoricamente, convergir para o gênero, desnaturalizando preconceitos e construindo novo parâmetro paradigmático de abrangência múltipla.

⁵⁵ CECCARELLI, Paulo Roberto. *Psicanálise, sexo e gênero*. In: RIAL, C. (Org.); PEDRO, J. M. (Org.); AREND, S. N. F. (Org.). *Diversidades: dimensões de gênero e sexualidade*. Santa Catarina: Mulheres, 2010, p. 275-276.

⁵⁶ CECCARELLI, Paulo Roberto. *Psicanálise, sexo e gênero*. In: RIAL, C. (Org.); PEDRO, J. M. (Org.); AREND, S. N. F. (Org.). *Diversidades: dimensões de gênero e sexualidade*. Santa Catarina: Mulheres, 2010, p. 277.

⁵⁷ BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 41.

3.3 Identidade de gênero

Forma-se através do reconhecimento que cada indivíduo tem de si mesmo, como ele se autopercebe, independentemente do sexo biológico que possui. O que não significa que as expressões identidade sexual e identidade de gênero, são sinônimas. A primeira tem referência ligada ao conjunto de características biológicas que se opõem na definição, a segunda não utiliza como parâmetro estas mesmas características, pois para a identidade de gênero o reconhecimento é de si próprio.

Desta forma não legitima a existência de limitações, podendo se reconhecer como mulher, homem ou não se reconhecer nestes gêneros. Poderá ainda reconhecer-se em ambos. Esse reconhecimento será responsável pela estruturação de sua personalidade.⁵⁸

Esta identificação se mostra desvinculada de qualquer caractere biológico, independe deste, o eu prepondera na essência e adequação.

A personalidade está determinada de modo relativo e guarda constância, peculiar, de perceber, pensar, sentir, e agir do indivíduo. A definição não se restringe, pelo contrário, é amplificada e acaba por incluir habilidades atitudes crenças emoções desejos, o modo de comportar-se, inclusive os aspectos físicos do indivíduo. Engloba todos esses aspectos e como se integram e se organizam, conferindo peculiaridade e singularidade ao indivíduo, partindo da unidade de análise da totalidade do indivíduo.⁵⁹

Os conteúdos desta estrutura de personalidade estão relacionados com as vivências concretas do indivíduo no seu meio social, só e possível traçar os meios de compreensão da personalidade considerando a relação indissociada entre estrutura e conteúdo.⁶⁰

O ser humano como legitimidade das relações jurídicas, no qual volta-se todo o ordenamento, imprescindível a proteção da sua existência e proteção a personalidade inerente a sua condição.

A personalidade constitui-se em atributo outorgado ao ser humano, proveniente de todas as obrigações e direitos, “a personalidade é qualidade, é ser

⁵⁸ DIAS, Maria Berenice. Homoafetividade e os direitos LGBTI. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. P. 42.

⁵⁹ FREUD, Sigmund apud BOCK, A.M.B.; FURTADO, O; TEIXEIRA, M.L. *Psicologias: uma introdução ao estudo da psicologia*. São Paulo: Saraiva, 1996. p.114-115.

⁶⁰ Ibidem, p.116.

capaz de direitos, o ser possível estar nas relações jurídicas como sujeito de direito”.⁶¹

Qualidade própria a condição humana, simplesmente e independente de outra condição a não ser esta, portando consagrado na legislação infraconstitucional pelo artigo 1º do Código de Civil, dispondo que “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”⁶².

Como inerente a toda pessoa, sujeito das relações jurídicas, será dotada de personalidade, sua dimensão atrela-se ao conjunto de características e atributos da pessoa humana, indispensáveis a dignidade e, portanto, adquirem caráter de irrenunciabilidade, inalienabilidade, irrestringibilidade, ou seja:

a personalidade consiste no conjunto de caracteres próprio da pessoa. A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. A personalidade é que apoia os direitos e deveres que dela irradiam, é o objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens.⁶³

Há o reconhecimento que a tutela geral da personalidade é abstrata, não se subdividindo em espécies com o intuito de limitação, de forma a alcançar o que esta tipificado, mas sem excluir outros que irão surgir e não estarão dispostos em mandamentos legais.

Os sistemas de significação nas identidades, subjetivamente construída, são processos de diferenciação e de superação de ambiguidades, buscando elementos que sejam capazes de harmonizar o ser, da dimensão corpórea, com o querer ser, determinante.

Diante da busca pela incorporação da perspectiva de gênero e busca pela efetividade de uma identidade, será analisado no capítulo seguinte os reflexos jurídicos e consequências práticas.

⁶¹ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2000, p.142.

⁶² BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília: DF, 2002, art. 1º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em : 19. Nov. 2017.

⁶³ TELLES, Gofredo da Silva apud DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.119.

4 DIREITO A IDENTIDADE DE GÊNERO

O direito “é o fundamento de validade de uma ordem normativa uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem”⁶⁴. Adquire sentido através da prescrição, permissão ou, especificamente, facultada na conduta humana.⁶⁵

Não só a norma que forma o direito, isoladamente, mas cumulativamente dentro de um contexto em harmonia, resultando no conjunto somatório norteador e basilar:

Pode-se falar em Direito somente onde haja um complexo de normas formando um ordenamento, e, portanto, o direito não é norma, mas um conjunto coordenado de normas, sendo evidente que uma norma jurídica não se encontra jamais só, mas está ligada a outras normas com as quais forma um sistema normativo.⁶⁶

Após a revalorização do ser humano como início e fim a que se destina todo o ordenamento jurídico, reveste de toda a proteção e efetivação as decorrências do seu inerente caráter, a própria existência deste. Indissociada, reconhece como garantia o direito a sua personalidade, bem como, seu desenvolvimento, pautado pelas singularidades basilares das manifestações da diferença, nesse sentido:

A vida do direito não tem sido lógica: tem sido experiência. As necessidades sentidas em todas as épocas, as teorias morais e políticas que prevalecem, as intuições das políticas públicas, claras ou inconscientes, e até mesmo os preconceitos com os quais os juízes julgam, têm importância muito maior do que silogismos na determinação das regras pelas quais os homens devem ser governados. O direito incorpora a história do desenvolvimento de uma nação através dos séculos e não pode ser tratado como se compreendesse tão somente axiomas e corolários de livros de matemática. De modo a se saber o que é o direito, deve se saber o que ele tem sido e qual a tendência que há de se transformar. Deve se consultar alternativamente a história e as teorias jurídicas existentes.⁶⁷

Se a construção do gênero depende da autopercepção, independente de vinculação a características determinadas, seja biologicamente ou culturalmente, originam-se diferentes formas de identificação lastreadas pela condição de

⁶⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 06.

⁶⁵ Ibidem, p. 33.

⁶⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, 1995, p. 21.

⁶⁷ HOLMES JR., Oliver Wendell apud GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *O realismo jurídico em Oliver Wendell Holmes Jr.* Revista de informação legislativa, jul/set, 2006, p. 95. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/92825>>. Acesso em: 16. out. 2017.

singularidade inerente ao caráter de estruturação e formatação de cada personalidade intrínseca e indissociada.

Deste modo, a identidade de gênero esta atrelada a construção da personalidade, direito fundamental, consagrado constitucionalmente. Desta identidade, por consequência inevitável e inerente, decorrem da hermenêutica casuística da realidade posta em evidencia.

Traspondo a barreira da binaridade masculino/feminino – homem/mulher, o transexualismo e o intersexo fazem parte da judicialização da diferença na sociedade atual, suas implicações e definições serão objeto da elucidação deste capítulo, demonstrando a identidade de gênero como direito de personalidade, e apresentação da tentativa legislativa sobre a positivação da mudança de paradigmas.

4.1 Identidade de gênero como direito

A identidade de gênero configura-se nas inúmeras possibilidades de identificação, constituindo, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, sua legitimação pela liberdade e não discriminação, de forma implícita. No âmbito Constitucional, em seu artigo 5º que trata dos direitos e garantias fundamentais, consagra a igualdade de todos perante a lei, não havendo qualquer distinção de nenhuma natureza.

Atuando como um dos pilares norteadores de todo o ordenamento, a dignidade da pessoa humana e a edificação da sociedade de forma justa, livre e solidária como objetivo da Republica Federativa do Brasil, asseguram a legitimação e reconhecimento da identidade de gênero como atributo, inegavelmente, inerente à condição humana, integrante da construção de sua personalidade.

Ainda não regulamentação própria sobre o tema exposto, o que não se torna causa de marginalização e exclusão frente um Estado Democrático de Direito e, ademais, disciplina o decreto-lei nº 4.657⁶⁸, de 4 de setembro de 1942 em seu artigo 4º, que nos casos de omissões legislativas e judicialização destas, terá o juiz três opções para julgamento: a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito:

⁶⁸ BRASIL. Decreto Lei nº 4.657 de 04 de setembro de 1942. *Lei de introdução as normas do direito brasileiro*. Brasília: DF, 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.html>. Acesso em: 15. out. 2017.

As discussões e concepções jurídico-doutrinárias sobre constitucionalismo e direitos humanos encontram no pluralismo – traço relevante dos Estados Democráticos, sintonizado com o princípio do respeito a dignidade – um dos seus eixos de sustentação.⁶⁹

Os atributos subjetivamente integrantes da personalidade, considerados, portanto fundamentais e indissociável da existência humana possuem legitimação internacionalmente edificada e, em consequência, nas constituições.

Estes atributos como direitos fundamentais possibilitam a vivencia e sobrevivência de cada ser humano, não significando estritamente ter escolha, mas se faz presente na constituição humana, essencialmente singular e subjetiva, tanto quanto objetivamente, agente da sua própria formatação existencial, nas palavras de Calmon de Passos:

O Direito não é o texto escrito, nem a norma que dele formalmente se infere, nem os códigos, nem as consolidações, nem as leis, nem os decretos [...]. Tudo isso é silêncio. Tudo isso são apenas possibilidades e expectativas. O direito somente é enquanto processo de sua criação ou de sua aplicação no concreto da vivencia humana.⁷⁰

Quando se reveste de fundamentalidade no ordenamento, nasce para o Estado o dever de reconhecimento e promoção, dando eficácia nas intersubjetividades que se apresentam:

Temos o direito a sermos iguais quando a diferença nos inferioriza. Temos o direito a sermos diferentes quando a igualdade nos descaracteriza. As pessoas querem ser iguais, mas querem respeitadas suas diferenças. Ou seja, querem participar, mas querem também que suas diferenças sejam reconhecidas e respeitadas⁷¹.

A personalidade como direito fundamental esta ligada a identidade, acompanhado da subjetividade das liberdades igualmente, visto que original e naturalmente humano provem de sua existência, no principio, meio e fim,

⁶⁹ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. Diversidade sexual e suas nomenclaturas. In: *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. (Org.) DIAS, Maria Berenice. Revista dos tribunais: São Paulo. 2011, p.101.

⁷⁰ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Cidadania Tutelada*. Revista Dialogo jurídico. CAJ – Centro de Atualização Jurídica, vol. I. n.7, 2001, p. 23. Disponível em: <[http:// www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br)> . Acesso em 12.nov. 2017.

⁷¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 56.

essencialmente condicionado as manifestações singulares da própria dignidade, legitimada em razão da sua humanidade, assim:

A liberdade positiva (a autodeterminação ou autonomia) qualifica a vontade humana e não ação humana; as vezes, o que pode valer para a vontade, pode não ser válido para ação. Assim, a vontade deixa de ser livre, quando é dirigida por outro (heteroguiada) diferente daquele que a exprime (quanto à vontade, a não liberdade se dá sob a forma heteronomia); a ação não é livre quando há um impedimento (não liberdade ou liberdade negativa).⁷²

Além de fundamental decorrência constitucional, esta abrangida historicamente pela primeira geração de direitos, direitos individuais e que atuam como limite a atuação estatal.

Ademais, na lição de Kant, o ser humano é um fim em si mesmo, não se configura como meio para atingir objetivos:

[...] afirmo: o homem – e, de uma maneira geral, todo ser racional – existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade. Em todas as suas ações, pelo contrário, tanto nas direcionadas a ele mesmo como nas que o são a outros seres racionais, deve ser ele sempre considerado simultaneamente como fim [...] O imperativo prático será, pois, o seguinte: age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio.⁷³

O caráter inerente da dignidade do ser humano, segundo em Kant, os fins terão ou um preço ou uma dignidade, se possui um preço poderá ser substituível e possuirá equivalência, mas se está acima de todo e qualquer preço não terá possibilidade de se ter equivalência, deste modo é que compreenderá uma dignidade. Quando algo possui condições de ser fim em si mesmo não terá relativamente, simplesmente, valor ou preço, mas essencialmente valor interno, e é exatamente assim que se constituem os caminhos até a dignidade.⁷⁴

Dignidade que representa esta atribuição de valor e diferenciação entre os objetos do direito, ao que se atribuirá sua finalidade, definindo dignidade:

⁷² VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Os princípios fundantes. In: Diversidade sexual e direito homoafetivo. (Org.) DIAS, Maria Berenice. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011, p. 207.

⁷³ KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 58-59.

⁷⁴ Ibidem, p. 58-59.

[...] é a palavra derivada do latim *dignitas* (virtude, honra, consideração). Em regra, se entende a qualidade moral, que, possuída por uma pessoa serve de base ao próprio respeito em que é tida: compreende-se também como o próprio procedimento da pessoa pelo qual se faz merecedor do conceito público; em sentido jurídico, também se estende como a dignidade a distinção ou a honraria conferida a uma pessoa, consistente em cargo ou título de alta graduação⁷⁵

A sociedade constituída do pluralismo e este consagrado constitucionalmente, adquire valor e reconhecimento e proteção do direito a plenitude das diferenças, não havendo qualquer vinculação uniformizante ou predominantemente majoritário, portanto não há que se falar em discriminação, incompatível com o que rege todo o sistema.

Estamos diante de princípios e direitos fundamentais, portanto inerentes, imprescritível, intransmissível, irrenunciável e absolutos, a sociedade diante destes deverá pautar o seu agir negativamente.

O gênero determina-se por diversos fatores, inclusive psicológico e social, a identidade de gênero como fator principal de expressão na sociedade o indivíduo devera ser visto sob a forma que ele mesmo se autopercebe, sua terminação advém de imposições comportamentais da coletividade.

A função social é o que determina o sexo, o comportamento perante esta coletividade é o que adquire importância:

Dentro dessa premissa, quando uma pessoa tem o sentimento de que pertence a um determinado gênero sexual e, portanto, veste-se conforme o grupo social assim estipula para aquele tipo, comporta-se dessa mesma forma e coloca-se passivamente as regras de proteção e regimento das funções sociais elaboradas para aquele gênero, essa pessoa tem garantido seu direito a identidade de gênero, independentemente de sua conformidade física. Tanto assim o é que não se precisa determinar que uma pessoa retire suas roupas para que as outras a identifiquem e, imediatamente, tratem-na em conformidade com sua aparência e comportamento sexual.⁷⁶

O silêncio por parte legislativa inicialmente atribui invisibilidade perante os olhos da posituação legal, ensejando a exclusão do sistema, inclusive criando a sensação de inexistência. Mas quando a legislação não cumpre seu objetivo, mostra-se como única opção e caminho a seguir, a quem encontra-se à margem do

⁷⁵ SILVA, Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. São Paulo: Forense, 1967, p. 526.

⁷⁶ SANCHES, Patrícia Correa. Mudança de nome e da identidade de gênero. In: *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. (Org.) DIAS, Maria Berenice. Revista dos tribunais: São Paulo, 2011.p.436.

sistema, judicializando a busca por respostas, e talvez assim acabar com a inércia legislativa.

4.2 Transexual

A transexualidade esta consubstanciada no conflito entre o que se determina fisicamente e a autopercepção diante da identificação de gênero, marcado pela busca da adequação do corpo ao gênero almejado.⁷⁷

Transexual é o indivíduo que possui uma dissociação entre seu sexo físico e o seu sexo psíquico, o biológico ao qual se ampara a identificação é distinto do sexo anatômico, como se estivesse ele nascido no corpo errado. O objetivo deste indivíduo será pela alteração dessa realidade.

O anseio de pertencer ao outro sexo cultivado no transexual, não advém do tempo presente, antigamente já ocorria, quanto a sexualidade humana, relatos mitológicos, fontes literárias e antropológicas evidenciam a existência de personagens que vivenciavam sua realidade como sujeitos do outro sexo, oposto ao anatômico, com igual sentimento de pertencimento. Nesta perspectiva, o que hoje chamamos de 'transexualismo' não é próprio nem à nossa época e nem de nossa cultura: o que é recente é a possibilidade de adequação ao querer ser, lançando mão de técnicas cirúrgicas e procedimentos judiciais.⁷⁸

A resolução 1955, de 12.08.2010, do Conselho Federal de Medicina, em seu artigo 3º, define transexualismo como:

1. Desconforto com o sexo anatômico natural;
2. Desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto;
3. Permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos;
4. Ausência de outros transtornos mentais.⁷⁹

⁷⁷ VIEIRA, Tereza Rodrigues. Diversidade sexual e direito homoafetivo. Coordenação Maria Berenice Dias. Revista dos Tribunais: São Paulo. 2011. p. 412.

⁷⁸ CECCARELLI, Paulo Roberto. Psicanálise, sexo e gênero. In: RIAL, C. (Org.); PEDRO, J. M. (Org.); AREND, S. N. F (Org.). *Diversidades: dimensões de gênero e sexualidade*. Santa Catarina: Mulheres, 2010, p. 271.

⁷⁹ BRASIL, CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1955, de 12 de setembro de 2010. Brasília: DF, 2010. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2010/1955_2010.html>. Acesso em: 05. nov. 2017.

Ainda, esta resolução acima referida, determina que a seleção dos pacientes para cirurgia de transgenitalismo só ocorrerá sob avaliação de equipe multidisciplinar, composta por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social. Com, no mínimo, dois anos de acompanhamento, associado ao diagnóstico médico, ser maior de 21 (vinte e um) anos e ausência de características físicas inapropriadas para a cirurgia.

Esta resolução refere a impossibilidade de o transexual não possuir d “outro transtorno mental”, caso contrário não terá direito ao tratamento. Evidencia o transexualismo como transtorno mental, na categoria transtorno sexual, também chamado síndrome da disforia sexual ou de gênero ou transtorno de identidade sexual, representado no Código Internacional de Doenças - CID 10 – pelo F64.0. Existe ainda neste mesmo código o CID 11, que trará como proposta a adição do transexualismo como “condição relativa à sexualidade”⁸⁰.

Elaine Costa e Berenice Mendonça, endocrinologistas do Hospital das Clínicas de São Paulo, citado por Tereza Rodrigues Vieira, que os pacientes seguem etapas que constituem o programa de tratamento:

1. avaliação inicial realizada pelo psicólogo e/ou psiquiatra, quando é estabelecido o diagnóstico e iniciada a psicoterapia;
2. após seis meses de psicoterapia o paciente é encaminhado ao endocrinologista para início da terapia hormonal;
3. após dois anos, no mínimo, de terapia psicológica e hormonal o paciente é encaminhado para o cirurgião para realização da transgeneralização;
4. finalmente, o paciente é mantido em psicoterapia pós-cirúrgica por pelo menos um ano com acompanhamento da terapia hormonal pelo endocrinologista.⁸¹

A cirurgia de redesignação pode ser de dois tipos: a neocolpovulvoplastia, em que há a ablação do pênis e a retirada dos testículos, construindo-se uma cavidade vaginal; e a neofaloplastia, em que é construído um pênis utilizando-se o tecido retirado de outra parte do corpo do paciente, como o antebraço e colocado onde antes havia uma vagina.⁸²

⁸⁰ ALVES, J. S. A.; NETO, C.G.A. Direito ao nome e identidade de gênero no Brasil e na Argentina. *Revista Lusgentium*, São Paulo, n. 06, jul/dez. 2015, p. 78.

⁸¹ COSTA, Elaine; MENDONÇA, Berenice apud VIEIRA, Tereza Rodrigues. Transexualidade. In: *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. (Org.) DIAS, Maria Berenice. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.414.

⁸² ALVES, J. S. A.; NETO, C.G.A. *Direito ao nome e identidade de gênero no Brasil e na Argentina*. São Paulo: Revista Lusgentium, n.06, jul/dez. 2015, p. 78.

Cirurgicamente o indivíduo altera suas características físicas, adequando o corpo, antes contrariamente ao gênero em que se reconhece, agora transexual, estando de acordo com a sua psique.

A determinação de uma identidade se mostra cheia de obstáculos, mostrando que a designação no momento do nascimento baseado pela aparência e cunhada pela biologia, desconsiderando inúmeros fatores, utilizando a declaração médica quanto ao tipo sexual, no momento do nascimento determinando desde já o seu papel social que desempenhará. Em razão disso:

[...] rotular de maneira simplista e indelével o sujeito de direito no momento de seu nascimento, apesar dos inúmeros fatores biológicos envolvidos – para não tecer ainda as questões psicológicas –, seria aprisiona-lo para sempre em uma condição que não lhe seja favorável, condenando-o a um papel vexatório, vitimando-o a toda sorte de discriminação e infelicidade.⁸³

A portaria nº. 2803, de 19 de novembro de 2012, considerando a necessidade de apoiar os gestores do SUS na regulação, avaliação e controle da atenção especializada e na formação de profissionais de saúde, no que concerne ao Processo Transexualizador, fica redefinido e ampliado o Processo Transexualizador no Sistema Único de Saúde (SUS). Deste modo, busca atingir a universalidade social, incluindo os transexuais nas políticas públicas de saúde, reconhecendo a importância para a determinação da busca pela identidade de gênero.

Mas e quanto à exteriorização dessa consequência substancialmente alterada, buscara alterar, para que também se adeque, o seu registro de nascimento, quanto ao nome e sexo.

A legislação brasileira é omissa quanto esta adequação, mas essencialmente, utilizando-se do basilar no princípio da dignidade da pessoa humana, jurisprudencialmente e de forma majoritária este anseio vem sendo efetivado, pois para Sílvio Venosa, “o nome atribuído à pessoa é um dos principais direitos incluídos na categoria de direitos personalíssimos ou da personalidade”.⁸⁴

O nome se constitui como elementar na identificação civil, após o nascimento com vida, como pessoa, adquirindo personalidade jurídica. Esta, por sua vez, atribui capacidade de adquirir direitos e obrigações que originam a representatividade

⁸³ SANCHES, Patrícia Correa. Mudança de Nome e da identidade de gênero. In: *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. (Org.) DIAS, Maria Berenice. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011, p.431.

⁸⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*: parte geral. São Paulo: Atlas, 2009, p. 203.

individual socialmente, portanto o nome é um dos direitos de personalidade, espelhando o que ela representa e significa, como parte da exteriorização da diversidade singular.⁸⁵

Em abril de 1989, uma das primeiras decisões transitada em julgado, proferida pelo magistrado José Fernandes Lemos, da terceira vara de família e registros públicos do Recife, afirmou:

Alterando-se no assentamento do registro civil o sexo do requerente, impõe-se como corolário, deferir a mudança no prenome, como forma de não expô-lo a situações ridículas e vexatórias, que sem dúvida alguma lhe adviriam com o prenome masculino. Embora seja a imutabilidade do prenome conveniente pela importância que exerce a individualização da pessoa, a regra comporta flexões, quais sejam o erro gráfico, ou quando exponha o indivíduo a situações vexatórias. Por ensejar situação discriminatória, a certidão a ser expedida não deve conter referência de que o assentamento contém elementos de averbação.⁸⁶

Esta decisão sustenta a existência do direito fundamental a identidade de gênero, atrelado a dignidade da pessoa humana, igualdade, vedação a qualquer tipo de discriminação, liberdade e privacidade. Então, este direito fundamental, por parte da exegese estaria autorizando a alteração de que trata o artigo 58 da Lei 6015, que dispõe sobre os registros públicos, readequando também o sexo e prenome:

Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios. Parágrafo único. A substituição do prenome será ainda admitida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente da colaboração com a apuração de crime, por determinação, em sentença, de juiz competente, ouvido o Ministério Público.⁸⁷

O posicionamento contrário a alteração defende a ótica sob a existência de limitações ao exercício destes direitos, mesmo que fundamentais, estariam limitados a esfera jurídica do direito do próximo:

Neste sentido, o artigo 32 do Pacto de São José da Costa Rica é expresso, ao prever como deveres das pessoas o seguinte: “1. Toda pessoa tem deveres para a família, a comunidade e a humanidade.” “2. Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de

⁸⁵ SANCHES, Patrícia Correa. Mudança de Nome e da identidade de gênero. In: *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. (Org.) DIAS, Maria Berenice. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011, p.425-426.

⁸⁶ VIEIRA, Tereza Rodrigues. Transexualidade. IN: *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. (Org.) DIAS, Maria Berenice. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 415.

⁸⁷ BRASIL. Lei n. 6.015. *Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências*. 31 de dezembro de 1973. Brasília: DF, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 15. nov. 2017.

todos e pelas justas exigências do bem comum, em uma sociedade democrática.

Assim, não pode haver a alteração (falsificação) de certidão de nascimento que venha a prejudicar interesses de terceiros, direta ou indiretamente, caracterizando, dentre outras, as seguintes fraudes:

- fraude ao serviço militar obrigatório;
- fraude aos concursos que prevejam cotas para mulheres;
- fraude em provas de capacitação física em concursos públicos, como, por exemplo, para as polícias e demais órgãos de segurança, em que as mulheres são menos exigidas fisicamente;
- fraude à lei eleitoral, que exige 30% de candidaturas femininas por partido ou coligação;
- fraude à Previdência Social, mediante contribuição, tempo e idade diferenciados para a aposentadoria;
- fraude à sociedade e a eventual pessoa de boa-fé, que procure relacionamento com pessoa do sexo oposto, em especial para fins legítimos de procriação.⁸⁸

O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça manifesta o sentido pelo reconhecimento da readequação do prenome e sexo, quando julgou o Recurso Especial procedente do Estado do Rio Grande do Sul, em 22 de março de 2007, favoravelmente decidido.

A decisão menciona a vontade livre de alterar no seu registro civil a sua opção, o necessário acompanhamento médico e de intervenção que resultou na alteração da natureza gerada. O meio utilizado se deu pela necessidade de ferimento do corpo cirurgicamente para adequação ao seu pensar e permite que o caminho a se seguir o revela-se sua identidade para o mundo no convívio social. Denegar a pretensão que aqui se busca seria preconceito, discriminação, opróbrio, desonra, verdadeira indignidade com aquele que escolheu ressignificar e harmonizar.⁸⁹

O posicionamento reconhece que a readequação da realidade biológica que se apresenta em detrimento daquela em que o indivíduo se auto percebe, e também das implicações consequentes, se faz eminentemente essencial a efetivação da dignidade na vivência do indivíduo transexual, buscando sua função precípua que é de identificar e individualizar.

Diante de tantas decisões conflitantes entre si, algumas estão admitindo a concessão da mudança de gênero sexual e do prenome sem que se tenha realizado a cirurgia, não concluindo todas as fases do processo transexualizador.

⁸⁸ FESTA, Rafael. *Sexo, preferência sexual, aparência e certidão de nascimento*. Porto Alegre: Ministério Público, 2014, p.02.

⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 678.933/RS. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e Paulo Cesar de Oliveira Cristy. Relator. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Julgado em: 22 de março de 2007. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6705784/>. Acesso em: 05. nov. 2017.

Esta concessão se amparou no fato de muitas cirurgias não terem o aproveitamento e resultado esperado, principalmente na readequação do sexo masculino, estando em fase experimental, e tecnicamente de maior complexidade.

A cirurgia de redesignação sexual configura-se como uma mutilação, sujeitando quem requer esta alteração do gênero a riscos, por óbvio indesejáveis e desnecessários, até risco de morte, tendo em vista a natureza do procedimento, assim não pode ser exigida para a retificação do registro civil, o objetivo de alterar a aparência física após o procedimento só é capaz de criar semelhanças ao gênero desejado, a configuração genética, o sexo cromossômico.

A Procuradoria-Geral da República, no ano de 2009, ajuizou ação direta de inconstitucionalidade objetivando a interpretação conforme a Constituição do art. 58 da Lei n.º 6.015/73, na redação que lhe foi conferida pela Lei n.º 9.708/98, para o reconhecimento do direito dos transexuais à substituição de prenome e sexo no registro civil, independentemente da cirurgia de transgeneralização, sustentando o pedido na existência do direito fundamental à identidade de gênero, inferido dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da igualdade (art. 5º, caput), da vedação de discriminações odiosas (art. 3º, IV), da liberdade (art. 5º, caput), e da privacidade (art. 5º, X).

Nesse sentido, na decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, foi concedida a alteração do registro de nascimento relativamente ao sexo, mesmo sem ter ocorrido a realização de todas as etapas.⁹⁰

Frente às dificuldades encontradas houve a implementação da carteira social, não alterando o nome registral, mas frente o reconhecimento perante a sociedade, alterando o primeiro nome, independente do âmbito de sua utilização e estabelecimentos diversos.⁹¹

Esta possibilidade é uma forma de evitar o procedimento judicial, processo moroso e implica em custos, surgindo administrativamente o uso do nome social que evitaria constrangimentos e discriminação. Também estaria solucionando a questão da ilegalidade da alteração no registro civil que tanto é mencionada, não implicando nas questões de segurança jurídica da veracidade destes registros.

⁹⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 70011691185. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e L.R.N. Des. Alfredo Guilherme Englert. Julgado em: 15 de setembro de 2005. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 10. out. 2017.

⁹¹ DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e os direitos LGBTI*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.283.

Contrariamente a alteração, procura-se evitar que a noção falsa da realidade acabe trazendo prejuízos a terceiros, frente o desconhecimento de que os sujeitos do seu ciclo de relacionamento não nasceram como se apresentam. Hipoteticamente, se há a realização do casamento, entre um homem e uma mulher, e só após a realização deste será descoberto, que na verdade, esta mulher nasceu homem. Enquadra-se esta situação como casamento putativo, podendo ser anulado pelo motivo do erro essencial, conforme dispõe o artigo 1.556 concominado com o artigo 1557, inciso I do Código Civil vigente.⁹² Mas o contrário, ou seja, externalização da mudança, “[...] poderá gerar discriminação e constrangimento, atingindo um resultado diverso daquele proposto com a autorização da alteração do gênero sexual”⁹³.

O tratamento hormonal necessário para a adequação ao sexo traz consigo a esperança da harmonização e consequências ainda imprevisíveis, conforme se depreende do exemplo a seguir:

[...] um transexual operado com sucesso, devido a complicações e aos efeitos decorrentes da utilização prolongada de hormônios, este sujeito foi obrigado a interromper a hormonoterapia. Provocando o retorno de alguns dos caracteres de seu sexo de origem - no caso, o masculino: em seus documentos de identidade lia-se um nome feminino e via-se uma foto de mulher.

Entretanto, em consequência das alterações físicas provocadas pela interrupção dos hormônios, ela não se reconhece na imagem que via de si mesma no espelho. Atualmente, observa-se uma tendência crescente em evitar a cirurgia e em contentar-se com a mudança do sexo na certidão de nascimento, o que garante ao transexual a equivalência entre sua identidade sexual e social.⁹⁴

Apesar da evolução nos procedimentos que possibilitam a readequação do corpo ao sexo pretendido de identificação, as consequências ainda são incertas e imprevisíveis. No caso exposto, houve a realização da harmonização de corpo e identidade, mas por intercorrências no uso de hormônios foi descontinuado, revertendo fisicamente todos os avanços conquistados, e novamente voltando ao princípio de não mais se reconhecer.

⁹² SANCHES, Patrícia Correa. Mudança de Nome e da identidade de gênero. In: Diversidade sexual e direito homoafetivo. Coordenação Maria Berenice Dias. Revista dos tribunais: São Paulo.2011.p.429.

⁹³ Ibidem, p. 429.

⁹⁴ CECCARELLI, Paulo Roberto. Psicanalise, sexo e gênero. In: RIAL, C. (Org.); PEDRO, J. M. (Org.); AREND, S. N. F (Org.). *Diversidades: dimensões de gênero e sexualidade*. Santa Catarina: Mulheres, 2010, p. 277.

A busca pela alteração e adequação perderia seu objetivo de viver em harmonia com a representação e externalização no contexto social, passando não a ser uma mulher ou homem, mas uma pessoa com alteração de sexo.

Buscando a adequação de cada singularidade, inerente a condição humana, e, assim, formatando a sua personalidade, “um homem que todos veem e uma mulher que não existe ou uma mulher que todos veem e um homem que não existe”, reflete a realidade dos que nascem com o corpo que não está em harmonia com a sua identidade.⁹⁵

4.3 Intersexo

A intersexualidade se configura na condição médica que caracteriza a anomalia congênita dos sistemas sexual e reprodutivo, ou seja, possui características masculinas e femininas, expressando ambivalência.⁹⁶

Nestes casos, a tentativa de enquadramento na binaridade, leva a procura por sinais de prevalência de caracteres que possam ser resolvidos na cirurgia de adequação.

Mas, como a identidade não decorre única e exclusivamente de fatores físicos, a ambiguidade destes casos não deve ser tratada estigmatizando-a, e “confirmando a primazia da biologia e de um destino sexual pré-estabelecido”⁹⁷.

Estaria retirando o direito a definição da identificação com a realização de cirurgia, ainda na infância. Retira-se a capacidade de decisão pelo simples propósito de idealizar anatomicamente o que é considerado anormal.

Paula Sandrine dos Santos citada nas palavras de Maria Berenice Dias, indagam: Que corpos são possíveis? Que corpos importam dentro de certa produção de humanidade? Que corpos são esses que sentem o fio da navalha e em nome de qual concepção de humano?⁹⁸

Deste modo, se faz necessário o reconhecimento da possibilidade de qualquer diferença apresentada pela individualidade e singularidade, e não cada vez mais o afastamento desta ótica.

⁹⁵ SANCHES, Patrícia Correa. Mudança de Nome e da identidade de gênero. In: Diversidade sexual e direito homoafetivo. (Org.) DIAS, Maria Berenice. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011, p. 284.

⁹⁶ Ibidem, p. 299.

⁹⁷ Ibidem, p. 303.

⁹⁸ SANTOS, Paula Sandrine apud DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e os direitos LGBTI*. :São Paulo: Revista dos tribunais, 2014, p. 304.

4.4 Projeto de lei da identidade de gênero

Buscando acabar com a omissão legislativa, projeto de lei que tramita na Câmara dos Deputados, de autoria dos Deputados Federais Jean Wyllys e Érika Kokay, trata da temática relativa a Identidade de Gênero.

Esse projeto de lei nasce para sanar a inercia legislativa nas decorrências sobre o tema e estabelece a mudança de paradigma e definições. Possui, na sua totalidade, 14 artigos, que além de trazer definição e procedimentos na efetivação da identidade de gênero, busca a alteração do artigo 58 da Lei 6.015 de 1973, a proposta de alteração traria na redação a possibilidade, então positivada, de alteração com base na identidade de gênero auto percebida.⁹⁹

4.5 Estatuto da Diversidade Sexual

Em 22 de março de 2011 foi aprovada a criação da Comissão Especial da Diversidade Sexual, incumbida de consolidar um conjunto de normas e regras que servisse tratar do tema e inseri-lo no sistema legal, frente à omissão legislativa.¹⁰⁰

O Anteprojeto do Estatuto da Diversidade Sexual foi elaborado com a participação das mais de 60 Comissões da Diversidade Sexual das Seccionais e Subseções da OAB.

Tiveram participação e voz os movimentos sociais, que encaminharam propostas e sugestões.

Em 23 de agosto de 2011, o Anteprojeto foi formalmente entregue ao Presidente do Conselho Federal da OAB. Na mesma oportunidade foram entregues ao Congresso Nacional a proposta de alteração de sete dispositivos da Constituição Federal, que deram origem a três Propostas de Emenda Constitucional, duas sob tramitação:

Proposta de Emenda Constitucional n. 110 - Altera o art. 7º da Constituição para dispor sobre licença-natalidade, licença após adoção e vedar discriminação de trabalhador em virtude de orientação sexual ou identidade de gênero:

⁹⁹ DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e os direitos LGBTI*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 163.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 168.

Altera o art. 7º da Constituição Federal para estabelecer que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais a licença-natalidade, concedida a qualquer dos pais, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de cento e oitenta dias; a licença paternidade de quinze dias, nos termos fixados em lei, a ser concedida após o nascimento, a adoção ou a concessão de guarda para fins de adoção, assegurada a ambos os pais; a proibição de diferença de salário, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, orientação sexual, identidade de gênero, idade, cor ou estado civil.¹⁰¹

Proposta de Emenda Constitucional n. 111 - Altera o art. 3º da Constituição Federal para incluir entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos relativos a identidade de gênero ou orientação sexual.

Altera a redação do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal para incluir entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, sexo, identidade de gênero, orientação sexual, idade e quaisquer outras formas de discriminação.¹⁰²

Ambas as propostas são de relatoria da Senadora Marta Suplicy, em tramitação. Com estas propostas almeja a busca pela proibição da discriminação por fato decorrente de orientação sexual ou identidade de gênero, em diversificados âmbitos, incluindo nestes as relações decorrentes do trabalho. Também, objetiva alterar a licença-maternidade/paternidade, terminologicamente para licença-natalidade, assumindo caráter de inclusão e não discriminação nos mesmos termos de decorrência de orientação sexual ou identidade de gênero.

O termo diversidade utilizado faz referencia a diferença “adquire o sentido de outro jeito”¹⁰³, diverso. Não traz em seus dispositivos nenhuma definição de o que venha a ser sexo, gênero, orientação sexual, identidade de gênero, nem os sujeitos que pretende se destinar (homossexuais, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis e intersexuais).

Evitou-se delinear conceituações para que não se incorre em exclusões e limitações de cunho significativo dando sentido de serem utilizados ou vivenciados

¹⁰¹ BRASIL. Senado Federal. Proposta de Emenda à Constituição nº 110. *Altera o art. 7º da Constituição para dispor sobre licença-natalidade, licença após adoção e vedar discriminação de trabalhador em virtude de orientação sexual ou identidade de gênero*. Brasília: DF, 2011. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/103135/pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

¹⁰² BRASIL. Senado Federal. Proposta de Emenda à Constituição nº 111. *Altera o art. 3º da Constituição Federal para incluir entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos relativos a identidade de gênero ou orientação sexual*. Brasília: DF, 2011. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaomateria?id=103136>>. Acesso em: 15. Nov. 2017.

¹⁰³ DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e os direitos LGBTI*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 170.

como sinônimos. Em sua introdução evidencia o objetivo que lhe deu origem e para que se destina: promover precipuamente a inclusão. Consagrando como princípios fundamentais norteadores e basilares de interpretação e aplicação a dignidade da pessoa humana e igualdade, respeito a intimidade, privacidade. Além de incluir reconhecimento aos princípios do respeito à diferença, livre orientação sexual, autodeterminação, reconhecimento da personalidade de acordo com a identidade de gênero.¹⁰⁴ Mas ainda mantem-se na condição de anteprojeto, sem desenvolvimento efetivo.

Os princípios e garantias fundamentais, consagrados constitucionalmente, inerente incorporação, invoca normas dispostas em tratados e convenções internacionais dos qual o Brasil tenha ratificado, como os Princípios de Yogyakarta.

4.6 Princípios de Yogyakarta

A comissão internacional de juristas e o serviço internacional de direitos humanos desenvolveram, com o objetivo de gerar um conjunto de princípios jurídicos de âmbito internacional sobre a aplicação da legislação internacional com base na orientação sexual e identidade de gênero.

Em novembro de 2006, em Yogyakarta, na Indonésia, originaram-se os princípios de Yogyakarta, estes princípios versam sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Os países signatários dos Princípios de Yogyakarta totalizam vinte e cinco países, dentre eles o Brasil.

Lançando mão da utilização de nova interpretação atribuída as normas existentes sobre direitos humanos. Em sua introdução ressalta o caráter de igualdade e liberdade, referindo que a orientação sexual e a identidade gênero são essenciais para a dignidade e humanidade de cada pessoa e não devem ser motivo de discriminação ou abuso, assim definindo-as:

1) compreendemos orientação sexual como uma referência à capacidade de cada pessoa de ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas.

¹⁰⁴ DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e os direitos LGBTI*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 168-170.

2) compreendemos identidade de gênero a profundamente sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos.¹⁰⁵

Compondo o rol na totalidade de vinte e nove princípios explícitos, cada princípio é acompanhado de detalhadas recomendações, procedimentos aos Estados, visando seu real e necessário valor efetivo, além do cuidado a mencionar a conceitualização que cada princípio carrega.

Alguns destes princípios encontram-se consagrados na constituição pátria, em caráter fundamental: direito a vida, privacidade, igualdade, não discriminação, liberdade (em todas as suas dimensões: expressão, reunião pensamento, ir e vir, crença); muitos direitos sociais: seguridade social, educação, moradia, trabalho, entre outros. A inovação fica por conta da inclusão a um direito fundamental da busca pela felicidade.

Quanto ao reconhecimento da legitimidade do diploma, houve manifestação assentada pelo Supremo Tribunal Federal. Em seu julgado 106reconhecimento ao direito à busca da felicidade, tratado como postulado implícito, fazendo referência aos Princípios de Yogyakarta.

Este julgado pauta-se no direito de qualquer pessoa de constituir família, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero – Direito do companheiro, na união estável homoafetiva, à percepção do benefício da pensão por morte de seu parceiro. Reafirmando a não discriminação em razão das decorrências jurídicas fática da orientação sexual e identidade de gênero.

Reafirma o dever constitucional do Estado de impedir “qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (CF, art. 5º, XLI). Renegando a privação de direitos em razão de sua orientação sexual.

Apoiando-se na hermenêutica positivo construtiva atrelada a princípios essenciais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da

¹⁰⁵ INDONÉSIA. Princípios de Yogyakarta, 09 de novembro de 2006. Indonésia: Yogyakarta, 2006. Disponível em: http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 14. nov. 2017.

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial n. 477.554. Instituto de previdência dos servidores do estado de minas gerais – ipsemg e Alexandre Valadares Passos. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em: 16.de agosto de 2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 13. nov. 2017.

autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade).

Privilegiando o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), “fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades”, independente da orientação sexual ou de identidade de gênero.

Mesmo que não exista positividade específica no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro que discipline, regule procedimentos e determine conceitos responsáveis pela inclusão da realidade fática experimentada pelos indivíduos que, exteriorizam, ou buscam adequar sua exteriorização da diferença, não significa estar excluído da sociedade no qual se insere.

O ordenamento jurídico no Estado Democrático de Direito, não é e não será capaz de dispor e regular todos os fatos que decorrem das relações humanas.

Para isso que existem as garantias e princípios, tanto presentes na legislação constitucional, quanto internacionalmente, como ocorreu com os Princípios de Yogyakarta.

5 CONCLUSÃO

A presente pesquisa teve como objetivo principal demonstrar os reflexos jurídicos causados pela incorporação da perspectiva de gênero, legitimando o nascimento de um direito capaz de adquirir a dimensão de incluir as mais variantes subjetividades nas questões que implicam a sexualidade e a determinação do gênero na construção da identidade.

A consagração dos direitos inerentes ao ser humano demarcado pelos acontecimentos históricos, como as atrocidades sofridas praticadas na segunda guerra mundial voltaram os olhos para que houvesse o reconhecimento de um conjunto de direitos que poderiam garantir a própria sobrevivência.

Esta ponte foi construída até a efetiva ratificação dos direitos humanos pela declaração universal dos direitos humanos, fixando a internacionalização. Repercutindo no estado brasileiro constitucionalizado após o ano de 1988.

Embora não existindo legislação específica sobre o tema, o ordenamento jurídico como sistema, possibilita a legitimação daquilo que não está positivado, pois o estado democrático de direito, ao fechar os olhos para as diferenças que decorrem das subjetividades humanas, desprovendo de meios, acaba por se tornar uma ilegalidade e retira a legitimidade que sustenta todo o sistema.

Por conseguinte, o sistema que rege todo o ordenamento é capaz de assegurar a realização, ainda que só por via judicial, de questões de omissões legislativas, pois seus princípios e garantias norteadores da hermenêutica jurídica são imutáveis e fundamentais, pautados pela consideração do caráter inerente a condição humana: dignidade da pessoa humana.

Quando o transexual busca a adequação de seu corpo a sua identidade, demonstra que a diferença em uma sociedade plural é inevitável, ainda mais se tratando de um direito individual oponível contra a própria atuação estatal.

O direito a identidade de gênero, subsequente e integrante do direito a personalidade já consagrado e amplamente reconhecido, a cada qual sendo um cabe o direito e a liberdade de localizar onde se crê pertencer e quando assim o quiser.

Portanto, pelo estudo realizado no presente trabalho, constatou-se que o movimento feminista deu origem à introdução e desenvolvimento a uma perspectiva de gênero, dando novos significados aos termos e desconstruindo óticas históricas

que conservavam o cunho discriminatório da diferença, a identidade de gênero só cabe a si e por si mesmo, decorrendo de um direito, direito de personalidade, nasce o direito a identidade de gênero.

A busca pela via judicial de uma identidade que nasceu dessa incorporação da perspectiva de gênero, demonstrando que decorre de uma construção social e não naturalmente imposto, ou seja, se trata da construção cultural ao longo do tempo.

A judicialização para reconhecimento da identidade de gênero tornou-se possível diante das lacunas legislativas, visto que, apesar da possibilidade de reconhecimento da identidade pela qual a pessoa se vê, a administração pública não a concretiza de plano, sendo necessária intervenção judicial para efetivação desse direito.

O Poder Judiciário é o meio alternativo e, pelo resultado da pesquisa, o único capaz de levar o direito à identidade de gênero ao plano fático, visto que assim permite a interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro.

Não só pela legislação brasileira, muitas vezes para reconhecimento de tal direito foi visto ser necessário aplicar a interpretação dada em outros países, visto que, por ser um tema atual e em expansão, existem obscuridades no meio e nas formas a se efetivar esse direito.

Contudo, como se trata de um direito individual, infere-se que a atuação do Estado deve ser no sentido de proteção e promoção, não podendo obstaculizar o acesso à efetivação desse direito, impondo requisitos além daqueles necessários para seu reconhecimento.

REFERÊNCIAS

- ALVES, J. S. A.; NETO, C.G.A. Direito ao nome e identidade de gênero no Brasil e na Argentina. *Revista Lusgentium*, São Paulo. n.6 - jul/dez. 2015.
- ARISTÓTELES. *Ética e Nicômacos*. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- _____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, São Paulo: Saraiva, 1995.
- BOCK, A.M.B.; FURTADO, O; TEIXEIRA, M.L. *Psicologias: uma introdução ao estudo da psicologia*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.
- BRASIL, CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1955, de 12 de setembro de 2010. Brasília: DF, 2010. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2010/1955_2010.html>. Acesso em: 05. nov. 2017.
- BRASIL. Lei n. 6.015. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. 31 de dezembro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 15. nov. 2017.
- _____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988, Preâmbulo. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29. out. 2017.
- _____. Decreto Lei nº 4.657 de 04 de setembro de 1942. *Lei de introdução as normas do direito brasileiro*. Brasília: DF, 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.html>. Acesso em: 15. out. 2017.
- _____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília: DF, 2002, art. 1º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19. nov. 2017.
- _____. Senado Federal. Proposta de Emenda à Constituição nº 110. Altera o art. 7º da Constituição para dispor sobre licença-natalidade, licença após adoção e vedar discriminação de trabalhador em virtude de orientação sexual ou identidade de gênero. 2011. Em tramitação. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/103135/pdf>>. Acesso em: 15. nov. 2017.
- _____. Senado Federal. Proposta de Emenda à Constituição nº 111. Altera o art. 3º da Constituição Federal para incluir entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos relativos a identidade de gênero ou orientação sexual. 2011. Em tramitação. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacao/materia?id=103136>>. Acesso em: 15. nov. 2017.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 678.933/RS. Relator. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Julgado em 22 de março de 2007. Disponível em: <<http://stj.jus.br>> Acesso em: 05 de novembro de 2017.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial n. 477.554. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 16.08.2011. Disponível em <<http://stf.jus.br>>. Acesso em 13.11.2017.

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

CANOTILHO, José Gomes apud SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CARVALHO, Olavo de. *O mínimo que você precisa saber para não ser um idiota*. 25. ed. Rio de Janeiro: Record, 2017.

COLLING, Ana. *Gênero e Cultura: questões contemporâneas*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. p. 28.
COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIAS, Maria Berenice (Org.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Homoafetividade e os direitos LGBTI*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. ed. 30. São Paulo: Saraiva, 2013.

Elaine Costa e Berenice Mendonça apud VIEIRA, Tereza Rodrigues. TÍTULO In: *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. Coordenação Maria Berenice Dias. Revista dos Tribunais: São Paulo. 2011.

FESTA, Rafael. *Sexo, preferência sexual, aparência e certidão de nascimento*. Ministério Público: Porto Alegre, 2014.

Frederick Engels: *A origem da família, da propriedade privada e do estado*. Tradução de Ruth Klaus. São Paulo: Centauro, 2002.

HOLMES JR., Oliver Wendell apud GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *O realismo jurídico em Oliver Wendell Holmes Jr.* Revista de informação legislativa, jul/set, 2006. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/92825>>. Acesso em: 16. out. 2017.

INDONÉSIA. *Princípios de Yogyakarta*. 09 de novembro de 2006. Disponível em: <http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em: 14.1.2017.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2002.

_____. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Nacional, 1964.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. ed. 03. São Paulo: Martins fontes, 1998.

_____. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

LIMA, George Marmelstein. *Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais*. Revista Jus Navigandi, ano 8, n. 173, 2003, p. 01 Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4666/criticas-a-teoria-das-geracoes-ou-mesmo-dimensoes-dos-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 08 set. 2017.

LUÑO, Antônio Enrique Perez apud PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2000.

MOLLER, Josué Emilio. A influência cultural na reconfiguração do estado constitucional em um ambiente global. *Revista Direito: Santa Cruz do Sul*, Jul/dez, 2005.

MONTEIRO, W.B; PINTO, A. C. B. M. F. *Curso de direito civil: parte geral*. ed. 44. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2006.

OLEARY, Dale. *The gender agenda: redefining equality*. Louisiana: Vital Issues, 1997.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Cidadania Tutelada*. *Revista Dialogo jurídico*. CAJ – Centro de Atualização Jurídica, vol. I. n.7, 2001, p. 23. Disponível em: <[http:// www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br)> . Acesso em 12.nov. 2017.

Paula Sandrine dos Santos apud Maria Berenice Dias. Homoafetividade e os direitos LGBTI. São Paulo: *Revista dos tribunais*, 2014.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIAL, C. (Org.); PEDRO, J. M. (Org.); AREND, S. N. F (Org.). *Diversidades: dimensões de gênero e sexualidade*. Santa Catarina: Mulheres, 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Civil n. 70011691185*. Des. Alfredo Guilherme Englert.. julgado em 15 de setembro de 2005. Disponível em: <<http://tjrs.jus.br>>. Acesso em 10.10.2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

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

SCOTT, Joan Walter. *Gênero: uma categoria útil de análise histórica*. Porto Alegre: Educação e realidade, 1995.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. São Paulo: Forense, 1967.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*. ed. 9. São Paulo: Atlas, 2009.