

# JUSTIÇA & CIDADANIA

ISSN 1807-779X  
4772807779000 0.03.8.9  
Edição 188 - Abril de 2016  
R\$ 16,90

PAULO DE TARSO VIEIRA SANSEVERINO, MINISTRO DO STJ

## O ARBITRAMENTO DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ

EDITORIAL: E agora, José?

# Identidade de gênero

## Análise de sua pertinência e aplicabilidade das normas constantes na Lei Maria da Penha

Wagner Ribeiro Rodrigues | Juiz de Direito do TJBA

### 1. Introdução

Uma análise legislativa não se faz pela simples leitura da lei e sua tentativa de adaptação ao cotidiano, mas deve abranger seu estudo trazendo as contribuições, oriundas do texto legal para o próprio desenvolvimento humano, sua aplicação nas relações atuais e estabelecer suas consequências futuras.

Um dos primeiros contatos do ser humano com a educação, fora do seio familiar, é a escola, que ao desempenhar sua função social, caracteriza-se como um espaço democrático que deve oportunizar a discussão de questões sociais e possibilitar o desenvolvimento do pensamento crítico. Para isso, faz-se necessário que o(a) professor(a) traga informações e contextualize-as, além de contribuir, oferecendo caminhos para que o(a) discente adquira mais conhecimentos. É também um ambiente de sociabilidade entre as crianças, o que acarreta na difusão sócio-cultural, incluindo as relações de gênero.

Assim, interesses e formas de comportamento para cada sexo são estimulados desde o ambiente escolar. Por isso, é necessário perceber como são formados e legitimados, fazendo com que as pessoas, ainda que em tenra idade, se identifiquem ou diferenciem-se de acordo com as características socialmente valorizadas e/ou determinadas, não esquecendo que



Foto: Arquivo pessoal

o processo educativo precisa ser desenvolvido visando à desmistificação das diferenças a respeito do gênero.

Por isso, é necessário perceber como são formadas e legitimadas as diferenças de gênero, fazendo com que as pessoas se identifiquem ou diferenciem-se de acordo com as características socialmente valorizadas e/ou determinadas, ressaltando o papel e o compromisso da escola para a desmistificação das diferenças e preconceitos em relação ao sexo.

Nosso principal enfoque é tentar trazer ao leitor os limites traçados pelo legislador, derivados da identidade gênero, com a análise da Lei Federal nº 11.340/2006, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha.

### 2. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Como princípio do ser humano em sua existência, a dignidade humana há de ser sempre respeitada e a identidade de gêneros, ou escolha de cada indivíduo sobre o gênero sexual que irá adotar, nos parece ser primordial para alcançarmos tão importante liberdade individual e respeito junto à coletividade.

Sobre o tema muitos artigos têm sido elaborados, contra ou a favor, como o texto da lavra de Anita Negri – *Estudiante de Comunicación Social en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNCuyo. Productora en radio Noticias y radio Universidad (UNCuyo). Creciendo y aprendiendo siempre. Apasionada por el análisis político* – publicado em 30 de maio de 2012 e a seguir transcrito.

*La Ley de Identidad de Genero permite a las personas trans acceder a la rectificación de sus datos registrales mediante un procedimiento rápido y sencillo, sin pasar por una instancia judicial. Antes, las pocas personas trans que consiguieron un DNI con su nombre debían esperar años la sentencia de un juzgado, que muchas veces era negativa y obligaba a apelaciones costosas y de larga duración.*

*Resulta que cuando la tintura finalmente llega a Mendoza vos necesitás alguien que te la coloque porque tiene muchos requisitos y pasos a seguir. Entonces vas a la peluquería y le pedís al peluquero que te tiña. Él te dice que no puede porque si vos andas con el pelo azul por la calle es algo de lo cual él debe hacerse responsable y no está de acuerdo con que lo hagas. Ahora vas a tener que conseguir un peluquero que se anime a hacerlo y ayudarte a sentirte mejor.*

*Uno de sus 15 artículos, establece que “todas las personas mayores de dieciocho (18) años de edad podrán, conforme al artículo 1º de la presente ley y a fin de garantizar el goce de su salud integral, acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercebida,*

*sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa. Para el acceso a los tratamientos integrales hormonales, no será necesario acreditar la voluntad en la intervención quirúrgica de reasignación genital total o parcial. En ambos casos se requerirá, únicamente, el consentimiento informado de la persona”.*

*Tenés la tintura, tenés el peluquero y toda tu energía para finalmente hacer un cambio. De ahora en más la sociedad va a verte como vos siempre te viste, como vos querías que te vieran, como nadie nunca antes se ha visto. Intentaste de todo, te pintaste el pelo con tempera, te pusiste gorros para cubrirlo, hoy eso se terminó. Hoy sos lo que siempre quisiste. Ahora, con tu pelo azul, vos estás seguro de que podés salir a la calle a disfrutar de vos mismo y de los demás, por más que les cueste un poco dejar de mirar tu pelo y empezar a mirar tu corazón.*

Assim, a dignidade humana é tratada em seu coletivo, concebendo ao vocábulo humano um sentido maior que indivíduo, descrevendo-o dentro do aspecto de humanidade, coletividade, reunião de vários seres humanos. Mitiga-se o preceito indivíduo e amplia-se o conceito para ser humano, dentro do critério humanidade concedendo maior valor à raça humana.

### 3. Identidade de gênero e identidade sexual

Para uma melhor compreensão acerca dos termos identidade de gênero e identidade sexual, faz-se fundamental entendermos inicialmente o que se pensa sobre identidade. Desta forma, quando nos referimos à identidade pretendemos destacar que esta é de maneira geral um conjunto de aspectos individuais que caracteriza o indivíduo, estando diretamente ligada à forma como o ser humano se percebe, tanto individual quanto socialmente, podendo esta ser modificada ao longo da vida de acordo com as transformações pessoais do ser humano. (CIAMPA, 2001 apud MATOS, 2010).

No que tange à identidade de gênero, o psicólogo John Money (1921-2006) nos diz que esta vai além do sexo como marca genital englobando o ser masculino e feminino. Para ele, a criança aprenderia a ser menino ou menina como aprendia a falar. A natureza faria apenas a criação e a sociedade estabeleceria as normas, ou seja, ele inverte o sinal sexual, e estampa no corpo de meninos a noção de que “não se nasce homem” (TORRES, 2010).

Neste contexto, a formação da identidade pessoal serve como base para a formação de uma identidade sexual, visto que esta se fundamenta na percepção individual sobre o próprio sexo, evidenciado no papel de gênero assumido nas relações sexuais como pontua Heilborn (2004, p. 43) “[...] essa identidade opera

motivada por uma orientação erótica espontânea [...]”. Já os papéis sexuais vêm a ser as formas de agir, pensar, padrões de comportamento criados e regulados pela sociedade e suas instituições.

Deve-se compreender, portanto, o gênero como constituinte das identidades dos sujeitos, podendo então assumir várias identidades, como de raça, nacionalidade, etnia, idade, etc. Essas identidades não são fixas ou inatas, são construídas e reconstruídas nas relações sociais e de poder. Poder que é exercido por diversas instituições presentes na sociedade, moldando essas identidades.

De acordo com as relações sociais e culturais que são estabelecidas para as crianças desde o seu nascimento, elas vão identificando-se em determinado gênero, onde a família, a escola, a igreja e as demais instituições sociais vão influenciar nesse processo de construção de uma identidade de gênero.

Na identidade de gênero são estabelecidos pela sociedade diferentes valores, padrões de comportamento, características ditas como “naturais” ao sexo feminino. Esses estereótipos são histórico e culturalmente formados e modificados. Tudo que foge a essas características consideradas “ideais” sofre um processo, às vezes oculto, de discriminação.

Os estereótipos são crenças socialmente compartilhadas a respeito dos membros de uma categoria social, que se referem às suposições sobre a homogeneidade grupal e aos padrões comuns de comportamento dos indivíduos que pertencem a um mesmo grupo social. Sustentam-se em teorias implícitas sobre os fatores que determinam os padrões de conduta dos indivíduos, cuja expressão mais evidente encontra-se na aplicação de julgamentos categóricos, que usualmente se fundamentam em suposições sobre a existência de essências ou traços psicológicos intercambiáveis entre os membros de uma mesma categoria social.

Etimologicamente, o termo estereótipo é formado por duas palavras gregas, *stereos*, que quer dizer rígido, e *tupos*, que significa traço. Este termo era referente a uma placa metálica de características fixas destinada à impressão em série. Para o pesquisador Pereira (2002, p. 157), os estereótipos podem ser caracterizados:

Como artefatos humanos socialmente construídos, transmitidos de geração em geração, não apenas através de contatos diretos entre os diversos agentes sociais, mas também criados e reforçados pelos meios de comunicação, que são capazes de alterar as impressões sobre os grupos em vários sentidos.

Dessa forma, entende-se por estereótipo a criação de rótulos, representações conceituais, simbólicas e institucionais, sobre o comportamento específico do homem e da mulher. Os estereótipos são identificados

por sua irracionalidade, congelando aquelas características que são conjunturais e passíveis de serem compreendidos como acidentais, secundários, como se fossem naturais e determinantes.

#### 4. Identidade de gênero e autonomia da vontade

Em primeiro lugar, incumbe-nos esclarecer o que é autonomia da vontade.

A autonomia da vontade poderia ser entendida como qualquer manifestação do paciente, seja verbal, ou escrita, acerca de se submeter a determinada intervenção médica, seja ela cirúrgica, terapêutica, experimental, comprovada, com base científica ou não.

Todavia, nos valem das preciosas lições do Doutor Roberto Andorno, que descreve com clareza o significado do termo autonomia da vontade em sua obra, *Bioética e dignidad de la persona*:

*En aquellos supuestos en los que el destinatario de la práctica biomédica es mayor de edad y posee pleno discernimiento entra en juego un criterio adicional en la toma de decisiones: el principio de autonomía. Este imperativo exige el respeto de la capacidad de autodeterminación de pacientes y sujetos de investigación, que deben tener el derecho de decidir por sí mismos si aceptan o rechazan un determinado tratamiento o investigación, después de haber sido debidamente informados acerca de su naturaleza, objetivos, ventajas y riesgos.* (obra citada, pg. 42).

Conclui-se que a autonomia da vontade reclama dois requisitos essenciais, quais sejam: maioria civil e discernimento.

#### 5. Autonomia da vontade e capacidade civil

Então, já estamos falando a respeito da própria capacidade civil do homem, assim entendida como capacidade plena, aquela onde o indivíduo pode usar, gozar e dispor de seus bens, e em um conceito amplo de sua própria vida ao se recusar a se submeter a determinado tratamento terapêutico ou intervenção cirúrgica.

O postulante à modificação cirúrgica de seu corpo deve possuir capacidade civil plena e estar em pleno gozo de suas faculdades mentais, sendo certo que no caso dos menores ou incapazes a autonomia da vontade poderá ser suprida por intermédio da autorização concedida pelos pais ou responsáveis legais, tutores ou curadores.

O direito, por si só, não é capaz de estabelecer quais são os limites da intervenção médica-cirúrgica, tampouco assegura o Estado a total impossibilidade do indivíduo se submeter, de forma clandestina, a tratamentos médicos ou por conta própria, com o objetivo de mudança de sexo, sem que atenha atingido a maioria civil.

Deve, desta feita, o Estado, tão somente regulamentar a forma de atuação dos profissionais de saúde, nesses casos onde estão envolvidos o direito à aparência do corpo e muitas vezes até a própria dignidade humana, mesmo porque ao legislador é impossível estabelecer regras intransponíveis e transcrever minuciosamente os casos de sua aplicação.

Assim, a autonomia da vontade, desde que aliada à capacidade civil do indivíduo, no tocante às alterações estéticas de seu corpo, deve prevalecer, ainda que o Estado não tenha regulado, por intermédio da atuação do Poder Legislativo, a edição de normas e limites de atuação dos profissionais de saúde com estabelecimentos de critérios fixos quanto às modificações pretendidas. A única ressalva que poderá restar quanto a essas modificações na aparência física do indivíduo são aquelas decorrentes da própria atuação decorrente da conduta médica e respeito à vontade do paciente.

#### 6. Identidade de gênero e Lei Maria da Penha

A Lei Maria da Penha cria, em seu artigo primeiro, mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da Constituição Federal, normas infraconstitucionais, tratados e convenções internacionais, dispondo sobre os Juizados da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher e estabelece medidas de proteção e assistência às mulheres em situação de violência física ou familiar.

Toda a Lei, ao longo de vários dispositivos, faz referência no corpo de seu texto à mulher, sendo certo que aquela é descrita como sendo a pessoa do sexo feminino, assim definido pelo Código Civil Brasileiro.

Uma das perguntas que se faz hoje com grande ênfase é acerca da possibilidade de ampliação do termo “mulher”, para aquelas pessoas que não ostentam o gênero civil feminino, mas assim se definem e comportam socialmente, seja pela aparência física ou pelo modo de agir dentro da sociedade. Seria assim possível aplicar a Lei Maria da Penha em favor dessas pessoas, identificadas civilmente como sendo do sexo masculino, mas que ostentam gênero social contrário, ou seja, feminino?

Essa indagação, como muitas outras, não possui resposta pronta ou direta, devendo para tanto, nos valeremos das normas positivas de direito, para fundamentarmos a possibilidade de adoção das regras definidas na Lei Maria da Penha em favor dessas pessoas.

#### 7. Dispositivos da Lei dos Registros Públicos

Importante fonte formal do direito, reguladora da identificação civil das pessoas perante a sociedade

é a lei federal brasileira nº 6.015/73, que traz as regras inerentes aos Registros Públicos, possuindo os mesmos presunção de veracidade quanto à forma, autenticidade e segurança jurídica, definidoras das relações sociais, conforme deixa claro o próprio artigo 1º, § 1º, I da citada norma, *in verbis*:

Art. 1º Os serviços concernentes aos Registros Públicos, estabelecidos pela legislação civil para autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, ficam sujeitos ao regime estabelecido nesta Lei.

§ 1º Os Registros referidos neste artigo são os seguintes: I – o registro civil de pessoas naturais.

A identificação civil das pessoas é obrigatória nos termos da Lei de Registros Públicos e deve obedecer aos critérios ali estabelecidos para sua confecção, não sendo possível fazer o registro civil de pessoas sem que conste o sexo, conforme regra constante nos artigos 50 e 54 da mencionada Lei.

Art. 50. Todo nascimento que ocorrer no território nacional deverá ser dado a registro, no lugar em que tiver ocorrido o parto ou no lugar da residência dos pais, dentro do prazo de quinze dias, que será ampliado em até três meses para os lugares distantes mais de trinta quilômetros da sede do cartório.

Art. 54. O assento do nascimento deverá conter:

- 1º) o dia, mês, ano e lugar do nascimento e a hora certa, sendo possível determiná-la, ou aproximada;
- 2º) o sexo do registrando.

Realizada a identificação civil do indivíduo, o próprio legislador previu e estabeleceu regras quanto à possibilidade de modificação do prenome e apelidos de família dos indivíduos, conforme resta descrito no artigo 58 da norma citada.

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

#### 8. Alcances da Lei Maria da Penha

A Lei nº 11.340/2006 foi criada com o objetivo de proteger as mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, não estabelecendo o legislador a possibilidade de ampliação de seu alcance para abranger outras pessoas que ostentem sexo diverso do feminino.

Pensamento contrário nos levaria a concluir que qualquer pessoa que se identifique como sendo: homossexual, bissexual ou transsexual, acaso adotassem

socialmente um comportamento próprio feminino, poderia valer-se das proteções definidas na citada norma, aptas a postular a proteção estatal sob a égide da referida Lei.

Não podemos nos esquecer que a gênese da Lei é realmente restritiva, no tocante ao acolhimento somente de pessoas identificadas civilmente como sendo do sexo feminino, conforme exposição de motivos enviados ao Legislativo por ocasião da elaboração da proposta de edição da norma positiva, *in verbis*:

6. O projeto delimita o atendimento às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, por entender que a lógica da hierarquia de poder em nossa sociedade não privilegia as mulheres. Assim, busca atender aos princípios de ação afirmativa que têm por objetivo implementar “ações direcionadas a segmentos sociais historicamente discriminados, como as mulheres, visando a corrigir desigualdades e a promover a inclusão social por meio de políticas públicas específicas, dando a estes grupos um tratamento diferenciado que possibilite compensar as desvantagens sociais oriundas da situação de discriminação e exclusão a que foram expostas.

7. As iniciativas de ações afirmativas visam “corrigir a defasagem entre o ideal igualitário predominante e/ou legitimado nas sociedades democráticas modernas e um sistema de relações sociais marcado pela desigualdade e hierarquia”. Tal fórmula tem abrigo em diversos dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro precisamente por constituir um corolário ao princípio da igualdade.

8. A necessidade de se criar uma legislação que coíba a violência doméstica e familiar contra a mulher, prevista tanto na Constituição como nos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, é reforçada pelos dados que comprovam sua ocorrência no cotidiano da mulher brasileira.

Não se discute, nessa oportunidade, acerca dos requisitos exigidos pela Lei de Registros Públicos, necessários a modificação do prenome ou de todo o nome civil, mas o fundamento quanto a impossibilidade da adoção das regras contidas na Lei 11.340/2006, face à própria presunção de veracidade contida no Registro Civil, sendo aquela a norma que a identifica como a pessoa do sexo masculino, tornando impossível a aplicação da Lei Federal nº 11.340/2006 à qualquer pessoa identificada civilmente e com sexo definido como diverso do feminino.

Destarte, concluímos que somente é possível às pessoas que não possuem identificação civil como do sexo feminino, serem beneficiárias das regras estabelecidas pela Lei Maria da Penha após

a modificação do seu Registro Civil de Nascimento, nos moldes do artigo 58 da Lei nº 6.015/73, passando a constar que a mesma ostenta o sexo feminino.

## 9. Conclusões

Concluímos que enormes avanços ainda necessitam da atuação do legislador, na tentativa de elaborar norma positiva de direito, seja ela fonte principal, como o caso de lei, ou secundária, derivada de resolução, buscando, no anseio da sociedade, atribuir ao ser humano o direito de escolher a sua identidade de gênero – sexo – podendo se submeter a tratamento médico, inclusive cirúrgico, estabelecendo uma verdadeira relação de confiança entre o médico e o paciente.

Do lado oposto, não nos parece encontrar argumentos fortes, aqueles relacionados a eventuais problemas biológicos decorrentes da impossibilidade de procriação humana, vez que as pessoas que são submetidas à mudança de sexo, não passam a pertencer, sob o aspecto biológico, ao novo sexo, mantendo as características genéticas que herdou de seus genitores.

Nos afeiçoa como impertinente a discriminação e verdadeira exclusão social das pessoas rotuladas como trans e afins, ou mesmo aquelas que se submeteram a mudança cirúrgica de sexo, vez que devemos sempre respeitar a vontade individual, na medida que aquela não se sobressaia ao coletivo.

Por fim, concluímos pela não aplicabilidade das normas constantes na Lei Maria da Penha a qualquer pessoa que ostente em seu Registro Civil de Nascimento sexo diverso do feminino.

## Referências bibliográficas

- RABINOVICH, Ricardo Berkman. *Trilhas abertas na história do Direito*, Buenos Aires.
- LOURO, Guacira Lopes. *Gênero, Sexualidade e Educação. Uma perspectiva pós-estruturalista*. 3ª Edição, Petrópolis-RJ, Vozes, 1997
- FOUCAULT, Michel. *A história da sexualidade*, 1. a vontade saber. 12ª Edição, Tr. Maria Treresia da Costa Albuquerque, Rio de Janeiro, Graal, 1997.
- Anita Negri, *Ley de identidad de género*. Opinión, <http://mendozaacademica.com/2012/05/30/ley-de-identidad-de-genero>.
- Bioética Y dignidad de la persona, Segunda edición, versión Española ampliada y actualizada del texto original en francés, La bioéthique et la dignité de la personne, Presses Universitaires de France, Paris, 1997, Editorial Tecnos, Madrid, 2012.
- Artículo: Reflexiones sobre la ley de muerte digna, Tinant, Eduardo Luis, Publicado en: *Sup. Esp. Identidad de género – Muerte digna* 2012 (mayo), 28/05/2012, 141.
- Pesquisa na internet em <http://ambito-juridico.jusbrasil.com.br/noticias/100495477/projeto-de-lei-estabelece-direito-a-identidade-de-genero>

\* A íntegra deste artigo encontra-se no site da Editora JC ([www.editorajc.com.br](http://www.editorajc.com.br))