



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

GABRIELLE MATHIAS DE ARAÚJO LEITE

MENINA OU MENINO: A TRANSEXUALIDADE E O DIREITO DE SER

**Assis/SP
2016**



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

GABRIELLE MATHIAS DE ARAÚJO LEITE

MENINA OU MENINO: A TRANSEXUALIDADE E O DIREITO DE SER

Projeto de pesquisa apresentado ao curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão.

**Orientando(a): Gabrielle Mathias de Araújo Leite
Orientador(a): Ms. Fernando A. Soares de Sá Junior**

**Assis/SP
2016**

FICHA CATALOGRÁFICA

LEITE, Gabrielle.

Menina ou Menino: A Transexualidade e o Direito de Ser / Gabrielle Mathias de Araújo Leite. Fundação Educacional do Município de Assis –FEMA – Assis, 2016.
59 páginas.

1. Direito. 2. Transexualidade.

CDD:
Biblioteca da FEMA

MENINA OU MENINO: A TRANSEXUALIDADE E O DIREITO DE SER

GABRIELLE MATHIAS DE ARAÚJO LEITE

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, como requisito do Curso de Graduação, avaliado pela seguinte comissão examinadora:

Orientador: _____
Fernando A. Soares de Sá Junior

Examinador: _____
Leonardo de Gênova

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à minha família, meus pais José Carlos Leite e Jovelina Mathias de Araújo e ao meu padrasto João Fernando de Maio, que me ensinaram valores e princípios fundamentais para me tornar a mulher que sou.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a minha família.

Agradeço meu amado pai e melhor amigo por ser o homem forte e batalhador que é, e me ensinar através de sua jornada profissional o valor da dedicação diária e do amor pela profissão. Agradeço também por ter me ensinado através de sua constante luta pela recuperação que a família é o bem mais precioso do mundo e que sem o amor de nossos pais nada somos.

Agradeço minha mãe e melhor amiga por ser a mulher guerreira que me ensinou que quando se tem amor não existem obstáculos para realização de seus sonhos, que sonhos são necessários e que sem eles não se chega a lugar algum.

Agradeço meu padrasto e segundo pai por me apoiar sempre e por me ensinar através de cada medalha e cada primeiro lugar no pódio que com perseverança, dedicação, suor e amor podemos conquistar o mundo.

Agradeço meu orientador Professor Mestre Fernando Antonio Soares de Sá Junior, por aceitar minha proposta e ingressar comigo nessa maravilhosa pesquisa jurídica.

Agradeço também a todos meus amigos e amigas que durante essa longa jornada me incentivaram, me ensinaram a arte da paciência, e caminharam ao meu lado.

Agradeço a todos os advogados do Escritório de Advocacia Piccolo Bórnea por serem não apenas meus chefes, mas também meus amigos, por me ensinarem todos os dias a prática forense e o amor por esta maravilhosa profissão.

Agradeço imensamente a cada pessoa que eu conheci durante a elaboração desta pesquisa. Agradeço cada conversa com cada um dos transexuais que eu pude conhecer e hoje posso chamar de amigos.

“O diferente é necessário, imprescindível, essencial. Respeitar o outro é querer respeito consigo. Somos todos uns em função do outro. Não nos cabe o preconceito, a intolerância, a estupidez, a barbárie.”

Wellington Nery

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo fazer uma breve análise sobre como o judiciário brasileiro está se comportando no que tange a transexualidade.

Em primeiro lugar será feita uma abordagem sobre a transexualidade em si, seu conceito, evolução histórica e projetos de lei relacionados ao tema.

Logo após uma análise acerca da cirurgia de transgenitalização e as decisões acerca do tema pelo ordenamento jurídico.

Em seguida, será discutida a retificação do Registro Civil dos transexuais redesignados e não redesignados, com apontamentos jurisprudenciais.

Por fim será explanado sobre a possibilidade da transexual feminina ser vítima de feminicídio e protegida pela lei Maria da Penha.

Palavras-chave: Transexualidade. Direito. Cirurgia de Transgenitalização. Retificação Registro Civil.

ABSTRACT

This work aims to make a brief analysis on the Brazilian judiciary is behaving in relation to transsexuality .

First will be a discussion of transsexualism itself , its concept, historical evolution and bills related to the topic .

Soon after an analysis about the reassignment surgery and decisions on the subject by the legal system .

Then will discuss the rectification of the Civil Registry of reassigned transsexuals and not re-appointed , with jurisprudential notes.

Finally it will be explained about the possibility of transgendered women being victim of femicide and protected by the Maria da Penha law.

Keywords: Transsexuality . Right. Reassignment surgery . Rectification Civil Registry .

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. UMA VISÃO GERAL SOBRE A TRANSEXUALIDADE	12
2.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	13
2.1.1. IMPÉRIO ROMANO.....	13
2.1.2. RENASCIMENTO.....	14
2.1.3. SÉCULO XIX.....	14
2.1.4. SÉCULO XX.....	14
2.2 PROJETOS DE LEI.....	17
3. A CIRURGIA	20
4. ALTERAÇÃO DO NOME E DO SEXO NO REGISTRO CIVIL DO TRANSEXUAL.....	27
5. QUESTÃO PENAL	40
5.1. FEMINICÍDIO (LEI Nº 13104/2015).....	40
5.1.1. TERMINOLOGIA.....	40
5.1.2. CONCEITOS E MUDANÇAS NA LEGISLAÇÃO.....	40
5.1.3. A TRANSEXUAL FEMININA COMO VÍTIMA DE FEMINICÍDIO.....	43
5.2. LEI MARIA DA PENHA (LEI Nº 11340/2006).....	47
5.2.1. CRIAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA.....	47
5.2.2. APLICAÇÃO DA LEI 11340/06 À TRANSEXUAL FEMININA.....	49
6. CONCLUSÃO.....	56
7.REFERÊNCIAS BLIOGRÁFICAS.....	57

LISTA DE ABREVIATURAS

CCJC – Comissão de Constituição e Justiça e da Cidadania

CDHM – Comissão de Direitos Humanos e Melhorias

CEDAW – Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher

CEJIL – Centro pela Justiça e o Direito Internacional

CFM – Conselho Federal de Medicina

CID – Código Internacional de Doenças

CLADEM – Comitê Latino Americano e do Caribe para a Defesa da Mulher

CSSF – Comissão de Seguridade Social e Família

DSM – Manual de Diagnóstico e Estatística de Distúrbios Mentais

LGBT – Lésbicas, Gays, Bissexuais , Transexuais e Travestis

OMS – Organização Mundial de Saúde

SOC – State of Care

SUS – Sistema Único de Saúde

1. INTRODUÇÃO

Esta pesquisa tem como objetivo principal o estudo da transexualidade e a forma como o ordenamento jurídico brasileiro vem se comportando no que tange a garantia de direitos fundamentais para a população transexual do país.

Através de uma pesquisa doutrinária e jurisprudencial foi constatado que em pelo ano de 2016 não temos os olhos do legislativo voltados para a população trans. Muito pouco se faz para que sejam criadas leis que protejam a dignidade dessas pessoas. No decorrer do trabalho serão apontados e discutidos alguns dos projetos de lei que hoje tramitam pela Câmara dos Deputados e que trazem luz e esperança sobre a questão.

No primeiro capítulo foi colocado em pauta a transexualidade e a pessoa transexual. Discorreremos acerca de seu conceito, sua evolução história desde o império romano até os dias atuais, passando pela questão da luta dos movimentos sociais pela despatologização da transexualidade, sua retirada do rol dos transtornos mentais pelo DSM –V e a luta recente pela retirada do transexualismo do rol das doenças do CID-11.

Foram elencados, ainda no primeiro capítulo, os projetos de lei que versam sobre os temas relacionados a transexualidade desde o ano de 1979 até os dias atuais.

No segundo capítulo comentamos acerca da cirurgia de transgenitalização, suas vertentes (neoculvovulvoplastia e neofaloplastia), o histórico da realização da cirurgia de redesignação sexual no Brasil, o posicionamento do Conselho Federal de Medicina acerca do assunto, bem como o posicionamento do ordenamento jurídico acerca do mesmo.

No terceiro capítulo discutimos acerca da retificação do registro civil dos transexuais que passaram pela cirurgia de transgenitalização e também dos transexuais que não passaram pela cirurgia. Foram elencadas posições jurisprudenciais acerca do tema, bem como projetos de lei acerca do mesmo.

No quarto e ultimo capítulo, foi versado acerca de duas questões do direito penal que envolvem a transexualidade. A primeira delas é a possibilidade de figurar a transexual feminina como vítima no crime de feminicídio. E a segunda questão discutida é a aplicação da Lei Maria da Penha à transexual feminina vítima de violência doméstica ou familiar.

2. UMA VISÃO GERAL SOBRE A TRANSEXUALIDADE

*“Se variam na casca, idêntico é o miolo”
Mário Quintana*

O ser humano é identificado de acordo com o seu sexo a partir do momento de seu nascimento através da simples observação de sua genitália, sendo considerado homem aquele que nasce com um pênis e mulher aquela que nasce com uma vagina. Há muitos anos é possível vislumbrar o sexo do bebê antes mesmo do seu nascimento através da ultrassonografia, trazendo consigo a possibilidade de um enxoval rosa ou azul, brinquedos, modelos de roupas, um nome masculino ou feminino, planos e sonhos para o seu futuro de acordo com o sexo mostrado na tela do aparelho de ultrassom.

“Observe uma mulher grávida. Conforme os meses passam, aumenta a ansiedade sobre o sexo da criança. Quando o sexo da criança é revelado, o que era uma abstração passa a ter concretude. O feto já não é feto, é um menino ou uma menina. Essa revelação evoca um conjunto de expectativas e suposições em torno de um corpo que ainda é uma promessa.” (BENTO, 2008, p. 33)

A criança chega ao mundo exterior e já está cercada de estereótipos do gênero ao qual pertence biologicamente, contudo o sexo não se define apenas pelo elemento biológico mas também pelo elemento psicológico. É exatamente a desconformidade entre o sexo biológico e o sexo psíquico que faz uma pessoa ser transexual, ou seja, uma pessoa que não se identifica como pertencente ao seu sexo de nascimento, mas sim com o sexo oposto, e que possui intenso desejo de pertencer àquele sexo.

Pelas palavras de Maria Berenice Dias, *apud*, Rosineide Claudia Pereira Leite:

“(...) Para a Medicina Legal, não se pode mais considerar o conceito de sexo fora de uma apreciação plurivetorial, resultante de fatores genéticos, somáticos, psicológicos e sociais. A Psicologia define a sexualidade humana como uma combinação de vários elementos: o sexo biológico (o sexo que se tem), as pessoas por quem se sente desejo (a orientação sexual), a identidade sexual (quem se acha que é) e o comportamento ou papel sexual.” (LEITE, 2009, p.11)

O transexual vive em constante desacordo entre o sexo biológico e o sexo psíquico, pois não aceita seu órgão genital e trava uma constante batalha para não desenvolver as características pertencentes ao gênero indesejado, podendo acarretar, em casos extremos, a mutilação de seu órgão genital.

Em sua obra intitulada *Adequação de Sexo do Transexual: aspectos psicológicos, médicos e jurídicos*, Tereza Rodrigues Vieira conceitua transexual como:

“Transexual, é o indivíduo que possui a convicção inalterável de pertencer ao sexo oposto ao constante em seu Registro de Nascimento, reprovando veementemente seus órgãos sexuais externos, dos quais deseja se livrar por meio de cirurgia. Segundo uma concepção moderna, o transexual masculino é uma mulher com corpo de homem. Um transexual feminino é, evidentemente, o contrário. São, portanto, portadores de neurodiscordância de gênero. Suas reações são, em geral, aquelas próprias do sexo com o qual se identifica psíquica e socialmente. Culpar este indivíduo é o mesmo que culpar a bússola por apontar para o norte. O componente psicológico do transexual caracterizado pela convicção íntima do indivíduo de pertencer a um determinado sexo se encontra em completa discordância com os demais componentes, de ordem física, que designaram seu sexo no momento do nascimento. Sua convicção de pertencer ao sexo oposto àquele que lhe fora oficialmente dado é inabalável e se caracteriza pelas primeiras manifestações da perseverança desta convicção, segundo uma progressão constante e irreversível, escapando a seu livre arbítrio.” (VIEIRA, 2000, p.89)

De acordo com Miriam Ventura, em sua obra *A transexualidade no tribunal: saúde e cidadania*, a pessoa transexual é aquela “que recorre à prática das transformações corporais para atender a seu desejo de viver e ser identificada como pessoa do sexo oposto ao seu sexo biológico”.

Para melhor entendimento da transexualidade, objeto de estudo deste trabalho, será feita uma breve análise da cronologia da transexualidade, passando pelos avanços da medicina chegando ao posicionamento do legislativo brasileiro no que diz respeito aos direitos e garantias dessa população.

2.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TRANSEXUALIDADE

2.1.1. IMPÉRIO ROMANO

Partimos do Império Romano, pois não foi encontrado nenhum registro anterior durante a presente pesquisa.

Segundo LEITE (2009), neste período os métodos de castração eram utilizados como forma de domesticação de escravos, onde seus testículos eram retirados, esses escravos eram chamados “eunucos”. Eles se travestiam e viviam como mulheres, pois tinham aversão e ódio de serem vistos como homens.

Durante esse período, dois imperadores se destacaram por se travestirem como mulheres, sendo eles Nero e Heliogábalos.

Nero (37 – 68 d.C.), depois de golpear sua esposa até a morte, se arrependeu e ordenou que um escravo seu fosse castrado e transformado em mulher. Nero casou-se com o escravo castrado e esse viveu como mulher até o fim de seus dias. (COUTO, 2013)

Já o imperador Heliogábalos (203 – 222 d.c.) casou-se com um de seus escravos e assumiu o papel de esposa. O imperador ofertou metade de seu império ao cirurgião que conseguisse lhe dar genitais femininos. (COUTO, 2013)

2.1.2. RENASCIMENTO

Durante o período renascentista temos notícia do caso do Rei Henrique III que se apresentou vestido de mulher perante os deputados da corte.

2.1.3. SÉCULO XIX

No século XIX surgiram os primeiros estudos sobre a homossexualidade e a elaboração de teorias para se compreender a sexualidade.

Neste mesmo século foi publicada a obra “Psychopathia Sexualis” de Kraft-Ebbing, na qual o autor utiliza o termo Metamorfose Sexual Paranoica para conceituar o que hoje entendemos como transexualidade. (COUTO, 2013)

2.1.4. SÉCULO XX

Em 1910 foi publicado o livro “Die Transvestiten” por Magnus Hirschfeld, que foi o primeiro a utilizar o termo transexual para se referir a um paciente. Em 1918 foi fundado o Instituto de Ciências Sexuais em Berlim, totalmente direcionado para o estudo da sexualidade. Em 1949 foi escrito por Claudwell o artigo “Psychopathia Transexuallis”, onde foi utilizado pelo autor o termo psicopatía transexual. (COUTO, 2013)

No ano de 1952, após passar por longo período de tratamento hormonal, George Jorgensen, ex militar do exército americano, submeteu-se à uma cirurgia de redesignação sexual, a qual foi realizada pelo médico Christian Hamburger e sua equipe, na Dinamarca. O jovem George, após a realização da cirurgia passa a se chamar Christine. Esse foi o caso de redesignação sexual por meio de cirurgia de transgenitalização que deu origem ao estudo do endocrinologista Harry Benjamin acerca do “fenômeno transexual” . (PERELSON, 2011)

Segundo Berenice Bento, o endocrinologista Harry Benjamin “dedicou-se com afinco para estabelecer as frequências que justificariam a diferenciação das pessoas

transexuais”. O médico publicou em 1966 seu livro intitulado “O Fenômeno Transexual”, o qual forneceu as bases necessárias para se identificar o transexual verdadeiro e definiu “a cirurgia de transgenitalização como a única alternativa terapêutica possível para as pessoas transexuais.” (BENTO, 2008).

No ano de 1969 aconteceu em Londres o primeiro Congresso da Associação Harry Benjamin, a qual se chama nos dias de hoje Harry Benjamin Internacional Gender Dysphoria Association (HBIGDA). Na ocasião a transexualidade passou a ser chamada de disforia de gênero. Esta associação foi uma das responsáveis por normatizar o tratamento das pessoas transexuais no mundo todo, sendo que publica com frequência as Normas de Tratamento (State of care ou SOC) dando orientação aos profissionais que trabalham com transexuais.(BENTO, 2008)

Além do SOC temos outros dois documentos relacionados ao diagnóstico da transexualidade, o Manual de Diagnóstico e Estatística de Distúrbios Mentais (DSM) da Associação Psiquiátrica Americana e o Código Internacional de Doenças (CID) da Organização Mundial de Saúde.

Dentro do Código Internacional de Doenças, a transexualidade está classificada como Transexualismo e encontra-se dentro do capítulo de Transtornos mentais e comportamentais, tendo como código CID F64.

“Um desejo imenso de viver e ser aceito como do sexo oposto, usualmente acompanhado por uma sensação de desconforto ou impropriedade de seu próprio sexo anatômico e o desejo de se submeter a tratamento hormonal de cirurgia, para seu corpo ficar tão congruente quando possível com o sexo preferido.” (CID-10)

O DSM-IV considerava a transexualidade como um Transtorno de Identidade de Gênero, conceituando-a como:

“Uma forte e persistente identificação com o gênero oposto (não um mero desejo de obter qualquer vantagens culturais atribuídas ao fato de ser do sexo oposto). Em crianças, a perturbação é manifestada por quatro (ou mais) dos seguintes quesitos: 1. declarou repetidamente o desejo de ser, ou insistência de que é, do sexo oposto; 2. em meninos, preferência pelo uso de roupas do sexo oposto ou simulação de trajes femininos; em meninas, insistência em usar apenas roupas do esteótipo masculino; 3. Preferências intensas e persistentes por papéis do sexo oposto em brincadeiras de faz de conta, ou fantasias persistentes acerca de ser do sexo oposto; 4. Intenso desejo de participar de jogos e passatempos do

estereótipo do sexo oposto; 5. Forte preferência por colegas do sexo oposto. Em adolescentes e adultos, o distúrbio manifesta-se por sintomas tais como o desejo declarado de ser do sexo oposto, fazer-se passar frequentemente por alguém do sexo oposto, desejo de viver ou ser tratado como alguém do sexo oposto, ou a convicção de ter os sentimentos e reações típicos do sexo oposto. Desconforto persistente com seu sexo ou sentimento de inadequação no papel de gênero deste sexo. Em crianças, a perturbação manifesta-se por qualquer das seguintes formas: em meninos, afirmação de que seu pênis ou testículos são repulsivos ou desaparecerão, declaração de que seria melhor não ter um pênis ou averção a brincadeiras rudes e rejeição a brinquedos, jogos e atividades do estereótipo masculino; em meninas, rejeição a urinar sentada, afirmação de que se desenvolverá um pênis, afirmação de que não deseja desenvolver seios ou menstruar ou acentuar aversão à roupas do estereótipo feminino. Em adolescentes ou adultos, o distúrbio manifesta-se por sintomas tais como preocupação em ver-se livre de características sexuais primárias ou secundárias (p. ex., solicitação de hormônios, cirurgia ou outros procedimentos para alterar fisicamente as características sexuais, com o objetivo de simular o sexo oposto) ou crença de ter nascido com o sexo errado.”

Entretanto, em novembro de 2012, a Associação Americana de Psiquiatria aprovou a revisão do Manual de Diagnóstico e Estatísticas de Transtornos Mentais, que passou a ser chamado de DSM-V, o qual deixa de classificar a transexualidade como um transtorno mental, assim como não menciona o transtorno de identidade de gênero, desassociando a transexualidade de uma patologia.

Nas palavras de Berenice Bento:

“Definir a pessoa transexual como doente é aprisioná-la, fixá-la em uma posição existencial que encontra no próprio indivíduo a finte explicativa para os seus conflitos, perspectiva diferente daqueles que a interpretam como uma experiência identitária. A transexualidade é um desdobramento inevitável de uma ordem de gênero que estabelece a inteligibilidade dos gêneros no corpo.” (BENTO, 2008, p. 18)

A despatologização da transexualidade no DSM-V é resultado da luta constante dos movimentos sociais de toda classe LGBT bem como dos movimentos de despatologização do mundo todo.

A transexualidade ainda é considerada uma doença pelo CID-10, mas os movimentos acreditam que na próxima edição, prevista para 2017, a Organização Mundial

de Saúde siga os passos da Associação Americana de Psiquiatria, tirando do rol das doenças mentais, a transexualidade.

2.2 PROJETOS DE LEI

Desde o ano de 1979 até os dias atuais foram apresentados vários Projetos de Lei no que tange a questão da transexualidade. Dentre eles temos projetos relacionados à cirurgia de transgenitalização e o fato de sua realização ser ou não punível criminalmente; projetos relacionados ao assento da palavra transexual no registro civil; bem como projetos relacionados a identidade de gênero em si.

No dia 25 de setembro de 1979, foi apresentado pelo Deputado José de Castro Coimbra (MDB/SP) o Projeto de Lei nº 1909/1979¹, que visava o acréscimo de parágrafo ao artigo 129 do Código Penal a fim de amparar o médico que realizasse cirurgia que implicasse na ablação de órgãos e partes do corpo humano.

Se aprovado seria acrescentado ao artigo 129 o parágrafo 9º com a seguinte redação: “Não constitui fato punível a ablação de órgãos e partes do corpo humano, quando considerada necessária em parecer unânime de junta médica e precedida de consentimento expresso de paciente maior e capaz.”

O PL foi vetado totalmente no dia 04 de junho de 1984 pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados.

Em 25 de junho de 1985, foi apresentado pelo Deputado Bocayuva Cunha (PDT/RJ), o Projeto de Lei nº 5789/1985², que tinha como objetivo acrescentar parágrafo ao artigo 129 do Código Penal, acrescentar o inciso II ao artigo 29 da Lei nº 6015/73 e dar nova redação ao artigo 59 da mesma Lei.

O projeto visava à permissão da realização da cirurgia de redesignação sexual nas pessoas transexuais e a averbação das sentenças que decidirem pela mudança de sexo e alteração do prenome, dando ao transexual operado o direito de obter nova certidão de nascimento.

¹ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=197570>

² Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=228944>

O PL encontra-se arquivado desde o dia 01 de fevereiro de 1987, pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados nos termos do artigo 116 do Regimento Interno DCN1 07 04 87 pag. 0990 col.01.

No dia 09 de dezembro de 1992 foi apresentado pelo Deputado Antonio de Jesus (PMDB/GO), o Projeto de Lei nº 3349/1992³, que pretendia alterar o artigo 58 da Lei nº 6015/73, proibindo a alteração do prenome nos casos de transexuais redesignados, pois considerava absurda a inserção da palavra transexual no assento de nascimento, o que na visão do PL criaria um terceiro sexo.

O PL foi arquivado pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados em 02 de fevereiro de 1995, nos termos do artigo 105 do Regimento Interno DC1S 03 02 95 pag. 0093 cod. 01.

Em 22 de fevereiro de 1995, foi apresentado pelo Deputado José Coimbra o PL nº 70/1995⁴, que dispõe sobre intervenções cirúrgicas que visem a mudança de sexo. No PL admite-se a mudança de prenome por meio de autorização judicial quando o requerente já está redesignado e altera o decreto nº 2848 de 1940. Atualmente o PL 70/1995 encontra-se pronto para pauta no Plenário.

Encontram-se apensados à esse projeto de lei outros 9 projetos de lei, sendo eles: PL 3727/1997 de autoria do Deputado Wigberto Tartuce (PPB/DF) que admite a mudança do nome mediante autorização judicial nos casos de realização da cirurgia; PL 5872/2005, de autoria do Deputado Elimar Máximo Damasceno (PRONA/SP), que proíbe a mudança de prenome em casos de transexualismo; PL 2976/2005, de autoria da Deputada Cida Diogo (PT/RJ), que cria a possibilidade dos travestis utilizarem ao lado do nome civil seu nome social; PL 1281/2011, de autoria do Deputado João Paulo Lima (PT/PE), que autoriza a mudança do prenome de transexual que realiza cirurgia de mudança de sexo; PL 4241/2012, de autoria da Deputada Erika Kokay (PT/DF), que dispõe sobre o direito à identidade de gênero; PL 1475/2015, de autoria do Deputado Carlos Bezerra (PMDB/MT), que dispõe sobre o assento de nascimento de pessoas intersexuais; PL 5255/2016, de autoria da Deputada Laura Carneiro (PMDB/RJ), que dispõe sobre o registro civil de recém-nascido sob o estado de intersexo; PL 5453/2016, de autoria da Deputada Laura Carneiro, que dispõe sobre a indicação do sexo em documento de identificação; e PL

³ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=211915>

⁴ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=15009>

4870/2016, de autoria da Deputada Laura Carneiro, que dispõe sobre a substituição do prenome e alteração de sexo no registro civil de nascimento de transexuais e travestis.

Em 21 de fevereiro de 2006 foi apresentado o Projeto de Lei nº 6655/2006⁵ de autoria do Deputado Luciano Zica (PT/SP), que altera o artigo 58 da Lei 6015/73 possibilitando a substituição do prenome de pessoa transexual. Atualmente o PL está aguardando apreciação pelo Senado.

O Projeto de Lei mais recente que vem sendo alvo de maiores discussões no judiciário brasileiro é o PL nº 5002/2013⁶, de autoria do Deputado Jean Wyllys (PSOL/RJ) e a da Deputada Erika Kokay (PT/DF), que dispõe sobre o direito à identidade de gênero e altera o artigo 58 da Lei 6015/73. Atualmente o PL está pronto para Paula na Comissão de Direitos Humanos e Minorias.

Essas são as principais iniciativas do legislativo brasileiro. Vemos que desde o primeiro projeto de lei acerca dos direitos inerentes aos transexuais já se passaram quase 40 anos e nada foi efetivamente realizado pelo poder legislativo no sentido de garantir segurança jurídica para essas pessoas.

⁵ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=315120>

⁶ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565315>

3. A CIRURGIA

*“ O pássaro livre pensa em outra brisa
e no transitar do vento por entre as árvores suspirantes
e os gordos vermes esperando em um gramado sob o brilho da aurora
e ele nomeia seu o céu.*

*Mas um pássaro engaiolado fica no túmulo de sonhos
sua sombra berra em um grito de pesadelo
suas asas são cortadas e os seus pés são amarrados
então ele abre a garganta e canta.*

*O pássaro engaiolado canta
com medo trinado
das coisas desconhecidas
mas desejadas ainda
e sua música é ouvida
na colina distante
porque o pássaro enjaulado
canta a liberdade.”
Maya Angelou*

A primeira cirurgia de transgenitalização ocorrida no Brasil foi no ano de 1971, realizada pelo cirurgião plástico Dr. Roberto Farina. O procedimento foi feito em Waldir Nogueira, cujo nome social era Waldirene, sendo realizado com sucesso, proporcionando ao paciente plena satisfação.

No entanto, o ato cirúrgico não foi visto com bons olhos pelo judiciário brasileiro, o que rendeu ao cirurgião dois processos, sendo um disciplinar pelo Conselho Federal de Medicina e outro criminal, por ter sido a cirurgia considerada pelo Judiciário, mutiladora, ou seja, ferindo o Código Penal e Código de Ética Médica vigente à época.

Roberto Farina foi condenado no processo criminal a dois anos de reclusão por ter infringido o disposto do artigo 129, §2º, III, do Código Penal Brasileiro. Em 17 de outubro de 1978, o Juiz de Direito Adalberto Spagnuolo proferiu a decisão sobre o caso Roberto Farina, no qual entendeu que o cirurgião plástico atuou dentro dos limites do exercício regular do direito, artigo 23, III, CP, não cometendo assim, crime algum.

Devido a esta decisão, em 06 de novembro de 1979, a 5ª Câmara do Tribunal de Justiça de Alçada Criminal de São Paulo, por meio de votação majoritária, deu provimento ao apelo e absolveu o cirurgião plástico. É o que diz a ementa:

“Não age dolosamente o médico que, através de cirurgia, faz a ablação de órgãos genitais externos de transexual, procurando curá-lo ou reduzir seu sofrimento físico ou mental. Semelhante cirurgia não é vedada pela lei, nem pelo Código de Ética Médica.” (VIEIRA, 2000, p.06)

Como consequência da decisão da referida Câmara, em 10 de setembro de 1997, o Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução nº 1482/1997⁷, decidiu autorizar a realização da cirurgia definindo-a como possuidora de uma intenção de beneficência e baseando sua realização em dois princípios básicos, sendo o primeiro o terapêutico, buscando integração total entre corpo e mente, e o segundo o da autonomia e da justiça.

A Resolução 1482/1997 autorizou a realização da cirurgia de transgenitalização em hospitais universitários e públicos, a título experimental e tendo como objetivo principal a pesquisa.

Um mês após a Resolução 1482/1997, em 14 de outubro de 1997, o magistrado José Henrique Rodrigues Torres, em sentença proferida na cidade de Campinas, e com parecer favorável do Promotor de Justiça Artur Pinto de Lemos Junior, autorizou Edilson M. ser submetido à cirurgia de redesignação sexual. O juiz embasou sua decisão nos artigos 5º, III, 6º e 196 da Constituição Federal; artigo 3º do Código de Processo Penal; artigos 1104 e seguintes do Código de Processo Civil; princípios gerais do direito e princípios da jurisdição voluntária. (VIEIRA, 2000, p.94)

A Resolução nº 1482/1997 foi revogada pela Resolução nº 1652/2002⁸ que entrou em vigor no dia 02 de dezembro daquele ano. Tal Resolução retirou o caráter experimental da cirurgia de neoculповulvoplastia e ainda autorizava os médicos a realizarem a cirurgia de transgenitalização após dois anos de tratamento do paciente por equipe multidisciplinar e mediante o diagnóstico de transexualismo ou disforia de gênero. A Resolução estabeleceu o local de realização das cirurgias, ficando definido que as cirurgias em transexuais femininos podem ser realizadas em qualquer hospital, público ou privado, e que as cirurgias em transexuais masculinos apenas podem ser realizadas em hospitais escolas e com caráter de pesquisa.

No ano de 2008 houve grande avanço na questão da realização da cirurgia e processo transexualizador no país através da edição de duas portarias: a portaria do

⁷ Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1997/1482_1997.htm

⁸ Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2002/1652_2002.htm

Ministério da Saúde – Portaria nº 1707⁹; e a portaria da Secretaria de Atenção à Saúde – Portaria nº 457¹⁰. Tais portarias instituem, respectivamente, o processo transexualizador no âmbito do SUS e a regulamentação do processo transexualizador, incluindo acesso ao tratamento livre de discriminação, tratamento hormonal e cirúrgico.

A mais recente das resoluções é a Resolução do Conselho Federal de Medicina – CFM nº 1955/2010¹¹, que entrou em vigor em 03 de setembro de 2010 e revogou a Resolução CFM nº 1652/2002, e que dispõe acerca da cirurgia de transgenitalização.

Como visto anteriormente, durante muitos anos a cirurgia de mudança de sexo foi considerada crime previsto no art. 129 do Código Penal Brasileiro, mas hoje ela é vista como um procedimento médico capaz de adequar a genitália ao sexo psicológico do indivíduo.

A Resolução traz uma superação ao artigo 199, §4º da Constituição Federal da República de 1988, que discorre acerca das “condições e requisitos para a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização”. A ressalva é feita para deixar claro que a cirurgia de transgenitalização é realizada por ser a etapa mais importante do tratamento ao paciente portador de transexualismo (CID F64).

Em seu artigo 1º a Resolução autoriza a realização da cirurgia de transgenitalização do tipo neoculpovulvoplastia (masculino para feminino), e em seu artigo 2º autoriza a realização, a título experimental, da cirurgia de transgenitalização do tipo neofaloplastia (feminino para masculino).

Em seguida a Resolução define os critérios nos quais a pessoa transexual precisa se enquadrar para que possa realizar a cirurgia de adequação. São esses os critérios:

Art. 3º Que a definição de transexualismo ocorrerá, no mínimo, aos critérios abaixo enumerados:

- 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;

⁹ Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2008/prt1707_18_08_2008.html

¹⁰ Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/sas/2008/prt0457_19_08_2008.html

¹¹ Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm

4) Ausência de transtornos mentais. (BRASIL, CFM, Resolução nº 1955/2010))

Desse modo, de acordo com os critérios estabelecidos pela Resolução, para que o transexual, que mais do que ninguém sabe o que é e conseqüentemente sabe pelas humilhações e sofrimentos que passa todos os dias, ao ir à busca da realização do único procedimento que o/a impede de ser por inteiro quem realmente é, precisa ainda passar por uma equipe multidisciplinar, onde deverá permanecer sob acompanhamento desta equipe por dois anos para que assim possa obter o diagnóstico de transexualismo e assim realizar a cirurgia, se for maior de 21 anos, de acordo com o art. 4º da Resolução CFM 1955/2010:

“Art. 4º Que a seleção dos pacientes para a cirurgia de transgenitalização obedecerá a avaliação médica de equipe multidisciplinar constituída por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, obedecendo os critérios a seguir definidos, após, no mínimo, dois anos de acompanhamento conjunto:

- 1) Diagnóstico de transgenitalismo;
- 2) Maior de 21 (vinte e um) anos;
- 3) Ausência de características físicas inapropriadas para a cirurgia.”

Por último, a Resolução, em seu artigo 5º, define em qual tipo de hospital cada cirurgia poderá ser realizada, deixando claro que a neoculpevulvoplastia poderá ser realizada em hospital público ou privado, e que a neofaloplastia apenas poderá ser realizada em hospital universitário ou público, por estar, essa categoria de cirurgia, em fase experimental.

A grande discussão que gira em torno dessa resolução é acerca do movimento de despatologização do transexualismo, porque como dito alhures a resolução dispõe acerca da realização da cirurgia para os casos em que o transexualismo é diagnosticado e após o paciente atingir os critérios de seleção e passar pela equipe multidisciplinar.

O que faz pensar que, ao atingir a tão sonhada despatologização a resolução não mais valerá, ficando assim os transexuais mais uma vez sem nenhum tipo de amparo legal.

Percebe-se a necessidade de continuidade do atendimento a essas pessoas pelo SUS, bem como a não necessidade de nenhum tipo de diagnóstico ou acompanhamento medido-psicológico para que seja possível a realização de cirurgia de transgenitalização

ou tratamento hormonal, pois a adequação da genitália ao sexo psíquico do indivíduo é uma questão de saúde pública e bem estar social.

Visando garantir o direito à realização da cirurgia sem que seja necessário o diagnóstico de “disforia de gênero”, bem como para garantir o direito à identidade de gênero, entre outros direitos que serão discutidos mais tarde nesse trabalho, que foi apresentado em 20 de fevereiro de 2013, o Projeto de Lei nº 5002/2013, denominado Lei João W. Nery ou Lei de Identidade de Gênero, de autoria do Deputado Jean Wyllis e da Deputada Érika Kokay.

O Projeto de Lei tem como homenageado João W. Nery por ser ele o primeiro trans homem operado do Brasil.

O PL 5002/2013 foi baseado principalmente na lei de identidade de gênero argentina (Ley 26.743), considerada a lei de identidade de gênero mais avançada do mundo. A lei argentina foi aprovada pela maioria na Câmara dos Deputados daquele país e por unanimidade no Senado, tendo o apoio da presidenta Cristina Kirchner e da maioria dos líderes da oposição.

O PL João W. Nery tem como última ação legislativa o parecer da Comissão de Direitos Humanos e Minorias (CDHM)¹² do Deputado Luiz Albuquerque Couto (PT-PB) pela aprovação, com emenda, em 03 de maio de 2016.

O Projeto de Lei 5002/2013 tem como pano de fundo um objetivo sócio-educativo, tendo em vista que boa parte da população brasileira vira as costas à questão LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais e Travestis) como um todo. Principalmente em um país com um histórico assustador de casos de homofobia, lesbofobia e transfobia.

O legislativo brasileiro pensa ser suficiente as poucas portarias e resoluções que existem em relação a transexualidade, continuando de olhos vendados para os direitos e garantias inerentes a toda a comunidade LGBT brasileira.

O PL pretende garantir a todos aqueles que se identificam com o gênero oposto ao seu gênero de nascimento a retificação dos seus dados registraes, emissão de nova carteira de identidade sem que seja necessária a intervenção judicial, bem como de todos

¹²

os documentos consequentes à retificação do registro civil, acesso às cirurgias de intervenção e tratamentos hormonais sem que seja necessário acompanhamento médico e posterior diagnóstico de transtorno de identidade de gênero, bem como dar visibilidade para a população trans e garantir seus direitos atingindo segurança jurídica e bem estar social.

O PL intenta implementar, dentre outros direitos a garantia, para todos os maiores de 18 anos que se identificam com o gênero oposto ao seu gênero de nascimento, da realização da cirurgia de redesignação sexual, bem como de quaisquer outras cirurgias ou tratamentos de adequação ao gênero com o qual se identifica.

“Art. 8º Toda pessoa maior de dezoito (18) anos poderá realizar intervenções cirúrgicas totais ou parciais de transexualização, inclusive as de modificação genital, e/ou tratamentos hormonais integrais, a fim de adequar seu corpo à sua identidade de gênero autopercebida.

§1º Em todo caso, será requerido apenas o consentimento informado da pessoa adulta e capaz. Não será necessário em nenhum caso, qualquer tipo de diagnóstico ou tratamento psicológico ou psiquiátrico, ou autorização judicial ou administrativa.” (BRASIL, Projeto de Lei nº 5002/2013)

Vê-se que o projeto de lei visa a despatologização da transexualidade, bem como garantir o princípio da dignidade da pessoa humana, ao transformar em lei a realização de cirurgias e tratamentos para adequação do corpo físico ao gênero do indivíduo sem que para isso seja necessário que tal pessoa passe por demorado processo de acompanhamento psicológico e que por fim receba um diagnóstico que ateste ser ele portador de um transtorno mental.

Com a aprovação do projeto de lei será possível que o transexual por livre e espontânea vontade tenha acesso, de forma gratuita mediante o Sistema Único de Saúde – SUS, bem como pela sua rede de unidades conveniadas, sendo elas o Plano Privado de Assistência à Saúde e a Operadora de Plano de Assistência à Saúde, a realização de cirurgias integrais ou parciais e de tratamentos hormonais que lhe garantam o bem estar físico e psicológico.

Será garantido mediante a aprovação do PL, que as pessoas que ainda não completaram 18 (dezoito) anos tenham acesso a todos os direitos garantidos na lei, entre eles a realização de cirurgias e tratamentos hormonais, através de seus representantes legais, e que sendo negado o consentimento de algum dos representantes, poderá o menor recorrer à Defensoria Pública para obter autorização judicial, levando em conta que

a identidade de gênero “se manifesta muito antes da maioria de idade e essa realidade não pode ser omitida” (WYLLYS; KOKAY, 2013, p. 12), e os princípios da capacidade progressiva e interesse superior da criança de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Acerca da regulamentação da cirurgia de transgenitalização e dos tratamentos hormonais, os autores do PL 5002/2013 dizem em sua justificativa:

“A lei também regulamenta as intervenções cirúrgicas e os tratamentos hormonais que se realizam como parte do processo de transexualização, garantindo a livre determinação das pessoas sobre seus corpos.

Isso já é uma realidade no Brasil: os tratamentos garantidos na presente lei já se realizam através do Sistema Único de Saúde (SUS), mas nosso projeto transforma esse direito conquistado em lei e estabelece uma série de critérios fundamentais para seu exercício, entre eles: a) a despatologização, isto é, o fim dos diagnósticos de “disforia de gênero”, proibidos em diversos países por constituir formas de estigmatização anticientífica das identidades trans, como antigamente ocorria com a homossexualidade, por muito tempo considerada erroneamente uma doença; b) a independência entre o reconhecimento da identidade de gênero e as intervenções no corpo, isto é, a garantia do direito à identidade de gênero das pessoas travestis que não desejam realizar alterações no corpo; c) a independência entre os tratamentos hormonais e as cirurgias, isto é, a garantia do direito das pessoas travestis que quiserem realizam terapias hormonais e/ou intervenções parciais para adequar seus corpos à identidade de gênero autopercebida, mas não desejarem realizar a cirurgia de transgenitalização; d) a gratuidade no Sistema Único de Saúde (SUS) e a cobertura nos planos de saúde particulares; e) a não-judicialização dos procedimentos, isto é, a livre escolha da pessoa para realizar ou não este tipo de tratamento ou intervenção.(WYLLIS, KOKAY; 2013, p.11)”

4. ALTERAÇÃO DO NOME E DO SEXO NO REGISTRO CIVIL DO TRANSEXUAL

“Um direito que se impõe a todos os seres vivos é o direito à mudança.”

Romaine Roland

Neste capítulo será discutido o posicionamento dos tribunais brasileiros em relação a alteração do registro civil dos transexuais após a realização da cirurgia de redesignação sexual e também a alteração do registro civil sem a realização da cirurgia de transgenitalização.

Não existe no Brasil uma lei que regule a alteração do registro civil no caso específico dos transexuais, desta forma resta ao transexual recorrer ao judiciário e solicitar a mudança em seu registro civil, o que se for deferido pelo juiz por meio de uma sentença judicial, deverá ser feito de imediato.

Atualmente, devido à ausência de legislação que determine qual deve ser a posição tomada pelo magistrado quando chega às suas mãos o pedido de alteração, cada juiz, de acordo com seu poder de decisão e com a legislação vigente no país, defere ou não a alteração do registro seguindo quatro caminhos distintos, sendo um deles a alteração do prenome e sexo do indivíduo, determinando que não deve ser dada publicidade a tal feito, exceto por ordem judicial ou por pedido de pessoa interessada; a alteração do nome e sexo e garantindo a publicidade do feito mediante a averbação do termo transexual em seu registro; a alteração do nome e não do sexo; o indeferimento total do pedido.

Primeiramente serão discutidas as questões relacionadas aos direitos da personalidade, que engloba o direito ao nome, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana. Em seguida será abordado o projeto de lei 5002/2013 que tramita na Câmara dos Deputados e para finalizar serão analisadas algumas decisões de tribunais brasileiros acerca desse tema.

A dignidade da pessoa humana é o princípio máximo do estado democrático de direito, estando no rol dos direitos fundamentais da Constituição Brasileira de 1988¹³, sendo considerado o mais imperioso valor do direito brasileiro.

¹³ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

Esse princípio coloca o ser humano como o bem principal a ser tutelado pelo nosso ordenamento jurídico, defendendo que a pessoa deve ser tratada como um fim em si mesma. Garante a integridade física, psíquica e intelectual absolutas do indivíduo. É um conceito moldável à realidade da sociedade, levando em conta as evoluções e necessidades da pessoa.

Segundo Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, a dignidade da pessoa humana:

“É princípio que inspira todo o sistema de direito. Tem fundamento constitucional (CF 1º, III) e dá eficácia a cada um dos institutos do direito privado, de que o instituto da personalidade é o mais importante. Porque o homem, em sua dignidade própria de ser humano (humanidade), é o sujeito de direito, tem personalidade e não pode ser objeto de direito. Toda sua atuação no mundo jurídico pauta-se pelo princípio da dignidade humana, tanto quando exerce poderes e direitos, como quando se submete a deveres e obrigações.” (NERY, 2011, p. 227)

Anderson Schreiber conceitua o princípio da seguinte forma:

“Seu conceito pode ser formulado nos seguintes termos: a dignidade humana é o valor-síntese que reúne as esferas essenciais de desenvolvimento e realização da pessoa humana. Seu conteúdo não pode ser descrito de modo rígido; deve ser apreendido por cada sociedade em cada momento histórico, a partir de seu próprio substrato cultural. Mais importante que a conceituação é a compreensão do propósito da sua incorporação ao ordenamento jurídico: proteger a condição humana, em seus mais genuínos aspectos e manifestações, tomando a pessoa “sempre como um fim e nunca como um meio”. (SCHREIBER, 2013, p. 08)

O princípio da dignidade da pessoa humana vem para acabar com os argumentos dos tribunais que são contra a alteração do registro civil das pessoas transexuais, no que diz respeito à insegurança jurídica ocasionada pela não publicidade da mudança de sexo no registro civil, fundamentando que uma pessoa poderia se casar sem saber que o parceiro é transexual, ou ainda que a alteração não deve ser feita porque mesmo passando pela cirurgia de redesignação sexual, a pessoa continua sendo biologicamente do sexo masculino ou feminino.

Esse princípio traz a ideia principal de que o Estado deve trabalhar para que a vida do ser humano seja o mais digna possível, para que a pessoa seja respeitada independente de qualquer diferença de cultura, religião, raça ou sexo.

Segundo Anderson Schreiber (2013, p. 05), foi na segunda metade do século XIX que “surgiram as primeiras construções em torno dos direitos da personalidade”. A expressão “direitos da personalidade” foi utilizada pelos jusnaturalistas franceses e alemães para “designar certos direitos inerentes ao homem, tidos como preexistentes ao

seu reconhecimento por parte do Estado”. Eram então considerados direitos essenciais à condição humana e que “sem os quais a pessoa não seria mais pessoa”

Durante muito tempo foi negada a validade jurídica desses direitos, sob o argumento de que os direitos da personalidade “configuravam uma contradição nos próprios termos, já que tinha como *objeto* o próprio *sujeito*”, o que ia de encontro a noção de personalidade tutelada pelo Direito Civil, ou seja, “se, para o direito civil, a personalidade consistia na capacidade de ter direitos, não podia essa mesma personalidade figurar como objeto de direito algum.” Essa teoria era defendida por importantes juristas da época como Savigny, Von Thur e Enneccerus. (SCHREIBER, 2013, p.05).

Pouco a pouco as críticas acerca dos direitos da personalidade foram diluídas e estudos apontaram que a personalidade deve ser vista sob dois olhares diferentes, o subjetivo e o objetivo.

O subjetivo nos diz que a personalidade é a capacidade que todo indivíduo tem de ser titular de direitos e obrigações. Em contrapartida, o aspecto objetivo nos diz que a personalidade é um aglomerado de características da pessoa, sendo assim um escudo de proteção por parte do ordenamento jurídico, sendo este escudo os direitos da personalidade.

No nosso ordenamento jurídico demorou para que os direitos da personalidade fossem incluídos definitivamente no nosso Código Civil.

Em 1948, houve a Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁴, que afirmou que “o reconhecimento 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”, colocando assim a dignidade da pessoa humana como fundamento da liberdade, o que influenciou quase todas as Constituições Federais da segunda metade do século XX. O que não foi diferente no Brasil, quando a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu artigo 1º a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos, como já dito acima.

“No Brasil, como em diversos outros países, a dignidade humana assumiu posição de destaque no ordenamento jurídico. Considerado como “princípio fundamental de que todos os demais princípios derivam e que norteia todas as regras

¹⁴¹⁴ Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>

jurídicas”, a dignidade humana tem sido o valor-guia de um processo de releitura dos variados setores do direito, que vão abandonando o liberalismo e materialismo de outrora em favor da recuperação de uma abordagem mais humanista e mais solidária das relações jurídicas. Ao mesmo tempo, a visão cientificista do direito cede espaço a um viés mais principiológico e valorativo, que estimula o reenvio da solução dos casos concretos ao patamar mais elevado dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, a dignidade humana tem sido diretamente aplicada a um sem-número de casos concretos. Sua invocação tem se tornado cada vez mais frequente não apenas nos debates acadêmicos, mas também nas motivações das decisões judiciais, nas peças advocatícias, nas decisões administrativas, nos debates parlamentares, nas justificativas de projetos de lei e assim por diante.” (SCHREIBER, 2013, p.07)

Como veremos mais a frente, o principio da dignidade humana é por vezes usado pelos magistrados e desembargadores como justificativa de suas decisões no que diz respeito à alteração do registro civil dos transexuais.

Com a integração do principio da dignidade humana na Constituição Federal em seu artigo 1º inciso III, o Direito Civil abriu seus olhos para as pessoas, trazendo em seus artigos 11 a 21 os direitos da personalidade, um rol não taxativo e aberto, onde se encontra o direito ao nome.

Segundo Carlos Eduardo Nicoletti Camillo:

“Os direitos da personalidade são aqueles considerados essenciais à pessoa humana, em si mesma e/ou irradiados dentro da sociedade, previsto no ordenamento jurídico, com vista a proteger, exercer e resguardar determinados valores imprescindíveis, tais como a integridade física, intelectual e moral.” (CAMILLO, 2006, p. 87)

Os Direitos da Personalidade possuem várias características, entre elas temos a irrenunciabilidade, intransmissibilidade, indisponibilidade, extrapatrominialidade e vitaliciedade.

Por irrenunciabilidade entendemos a impossibilidade de transmissão do direito de uma pessoa para outra, nas palavras de Camillo temos que “os direitos da personalidade são, também, irrenunciáveis, de sorte que se veda ao titular a possibilidade de se abrir não desses direitos” (CAMILLO, 2006, p. 88)

São intransmissíveis visto que não é possível a sua sucessão por ato *inter vivos* ou *causa mortis*.

Esses direitos são também indisponíveis, pois o titular do direito não pode dispor do mesmo como bem quiser. Em relação a indisponibilidade, é fato que eles podem ser relativamente indisponíveis, obedecendo certos limites, de acordo com a Enunciado 4 da Jornada de Direito Civil que diz que “o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral”.

São extrapatrimoniais porque não se pode valorá-los economicamente.

São vitalícios porque os direitos da personalidade conservam-se durante toda a vida do titular, encerrando-se apenas com a morte do mesmo, haja visto que a partir desse momento o ser humano não mais existirá, perdendo assim sua personalidade jurídica, que vem a ser a capacidade da pessoa de ser titular de direitos e contrair deveres.

Sobre as características dos direitos da personalidade temos em resumo a explicação de Nery:

“Os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, sendo ilimitados por ato voluntário, inclusive de seu titular. Está compreendida na irrenunciabilidade dos direitos de personalidade, a indisponibilidade, pois seu titular deles não pode dispor livremente. Podem ser inatos, quando inerente à natureza humana (e.g., vida, liberdade, honorabilidade, autoestima) e decorrentes (derivados ou adquiridos), quando se formam em momento posterior ao nascimento da personalidade do sujeito de direito (e.g. direito moral do autor).” (NERY, 2011, p. 230)

Com base no explanado acima, o Código Civil em seus artigos 16 a 19 prevê tutela jurídica ao nome, sendo ele um direito da personalidade. A tutela ao nome também está prevista na Lei nº 6.015/73¹⁵, mais conhecido como Lei de Registro Público.

O nome tem como objetivo identificar as pessoas, individualizar cada ser humano, permitindo o reconhecimento social de sua identidade. O direito ao nome é um direito da personalidade que o sujeito tem desde o seu nascimento, que o identifica mesmo após sua morte.

“O direito à identidade pessoal, familiar e social constitui o direito que tem a pessoa de ser conhecida de maneira individual, considerada isoladamente, concernente à família e ao grupo social a que pertence. É pois, o sinal e traço característicos da pessoa, cuja essência se justifica para o nascedouro e exercício de todos os demais direitos da pessoa.” (CAMILLO, 2006, p.92)

¹⁵ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm

O artigo 16 do Código Civil prevê o prenome e o sobrenome e o artigo 19 do mesmo Código menciona o pseudônimo:

“Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.”

“Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome.”

Os elementos principais do nome são: prenome, sobrenome, agnome, pseudônimo e hipocorístico.

O prenome, também chamado de nome de batismo, é o primeiro elemento da estrutura do nome e pode ser simples ou composto, sendo que nos casos de gêmeos com o mesmo prenome ele é obrigatoriamente composto, de acordo com o artigo 63 da lei 6015/73.

O sobrenome, também chamado de apelido de família, nome de família ou patronímico, pode ser simples ou composto.

O agnome é a última estrutura do nome e serve para diferenciar as pessoas com o mesmo prenome e sobrenome pertencentes à mesma família.

O pseudônimo é utilizado por pessoas famosas ou autoridades constituídas para proteger sua identidade da sociedade em geral.

O hipocorístico nada mais é do que uma abreviação do prenome ou de outra parte do nome pela qual a pessoa é evidentemente conhecida.

“São elementos fundamentais do nome: a) prenome (praenomen), também denominado de nome de batismo, que pode ser simples ou composto, escolhido livremente pelos pais, desde que não exponha seu titular ao ridículo; b) pelo sobrenome ou patronímico (nomen = nome em sentido estrito)(nome de família, cognome), indicativo da origem, família e estirpe da pessoa, que pode ser formado pelos apelidos de família do pai, da mãe ou de ambos, bem como de outros elementos que podem vir a ser adotados como indicativos da individualidade do sujeito.” (NERY, 2011, p. 236)

O nome em regra é definitivo e imutável não sendo possível sua alteração salvo nos casos expressos em lei. Sua imutabilidade decorre das características gerais do direito da personalidade, e tem o objetivo de proteger a estabilidade jurídica.

O nome pode sofrer mudanças quando existe uma notória necessidade de adequação do indivíduo ao meio social em que ele vive, haja vista que o nome tem o escopo de identificar a pessoa perante a sociedade, e se ele não está cumprindo sua função, a imutabilidade do mesmo deve ser relativizada e seu objetivo primordial de individualização e identificação deve ser alcançado, garantindo assim o respeito ao princípio da dignidade humana.

Essa relativização da imutabilidade tem caráter pessoal e é de ordem privada, pois é de interesse apenas da pessoa que efetivamente está passando por alguma situação de constrangimento com o próprio nome, e esta deve buscar o judiciário para que seu nome seja alterado juridicamente.

As situações onde a alteração do nome é possível mediante autorização social são: homonímia, o que dificulta a identificação do sujeito e pode lhe trazer consequências de cunho econômico e moral; exposição ao ridículo, nome ou combinação de nomes que podem constranger a pessoa, bem como no caso dos transexuais que tem a aparência física de um gênero mas tem o nome civil característico do gênero oposto; proteção da vítima ou testemunha de crime, devido a fundada coação ou ameaça; adoção.

Segundo Camillo:

“O prenome é, em princípio, definitivo, admitindo-se, exclusivamente, a sua substituição por apelidos públicos notórios, ou em razão de fundada coação ou ameaça decorrente da colaboração com a apuração de crime, por determinação em sentença, uma vez ouvido o Ministério Público. A Jurisprudência dominante também vem consagrando o direito de substituição do prenome suscetível de expor ao ridículo o seu portador.” (CAMILLO, 2006, p.93)

A exposição ao ridículo, junto com o princípio da dignidade da pessoa humana, é o argumento mais utilizado por magistrados e desembargadores ao deferirem a alteração do registro civil de pessoas transexuais que passaram ou não pela cirurgia de transexualização, haja vista a inexistência de lei em nosso ordenamento jurídico que discipline sobre essa questão.

Devido à ausência de legislação específica, temos nos dias de hoje projeto de lei tramitando na Câmara dos Deputados, que visa a alteração do prenome do transexual.

O projeto de lei acerca deste tema que tramita na Câmara dos Deputados é o Projeto de Lei nº 5002/2013, de autoria do Deputado Jean Wyllys e da Deputada Érika Kokay, já mencionado anteriormente neste trabalho.

A respeito da alteração do registro civil da pessoa transexual, o projeto de lei pretende a alteração do artigo 58 da Lei 6015/73.

Em seu artigo 3º o PL diz que: “toda pessoa poderá solicitar a retificação registral de sexo e a mudança do prenome e da imagem registradas na documentação pessoal, sempre que não coincidam com a sua identidade de gênero auto-percebida”, logo em seguida em no artigo 4º apresenta os requisitos para a solicitação da retificação registral:

“Artigo 4º - Toda pessoa que solicitar a retificação registral de sexo e a mudança do prenome e

da imagem, em virtude da presente lei, deverá observar os seguintes requisitos:

I - ser maior de dezoito (18) anos;

II - apresentar ao cartório que corresponda uma solicitação escrita, na qual deverá manifestar

que, de acordo com a presente lei, requer a retificação registral da certidão de nascimento e a emissão de uma nova carteira de identidade, conservando o número original;

III - expressar o/s novo/s prenome/s escolhido/s para que sejam inscritos.

Parágrafo único: Em nenhum caso serão requisitos para alteração do prenome:

I - intervenção cirúrgica de transexualização total ou parcial;

II - terapias hormonais;

III - qualquer outro tipo de tratamento ou diagnóstico psicológico ou médico;

IV - autorização judicial.”

Em relação à menção da palavra transexual nos novos documentos, temos no parágrafo 4º do artigo 6º que “não se dará qualquer tipo de publicidade à mudança de sexo e prenome/s, a não ser que isso seja autorizado pelo/a titular dos dados. Não será realizada a publicidade na imprensa que estabelece a lei 6015/73”.

O projeto de lei ainda prevê a alteração posterior de todos os documentos de identificação do transexual, sendo eles “diplomas, carteira de identidade, CPF, passaporte, título de eleitor, Carteira Nacional de Habilitação e Carteira de Trabalho e Previdência Social”.

Com a aprovação do PL 5002/2013, a redação do artigo 58 da Lei 6015/73 passará a ser:

"Art. 58º. O prenome será definitivo, exceto nos casos de discordância com a

identidade de gênero auto-percebida, para os quais se aplicará a lei de identidade de gênero. Admite-se também a substituição do prenome por apelidos públicos notórios."

O projeto de lei tem como justificativa o fato de os transexuais viverem com um nome pelo qual não são conhecidas na sociedade, mas apenas no papel. Temos aqui a questão do nome social, que é o nome pelo qual o transexual escolhe e quer ser chamado por todos aqueles com os quais convive, nome este que não é o mesmo que consta em seus documentos, o que lhe faz passar por situações das mais constrangedoras durante seu cotidiano, causando-lhes inclusive “problemas, negação de direitos fundamentais e uma constante e desnecessária humilhação”(WYLLYS; KOKAY, 2013, p.06)

“O imbróglio jurídico sobre as identidades “legal” e “social” das pessoas travestis, transexuais e transgêneros provoca situações absurdas que mostram o tamanho do furo que ainda existe na legislação brasileira. Graças a ele, há pessoas que vivem sua vida real com um nome — o nome delas, pelo qual são conhecidas e se sente chamadas, aquele que usam na interação social cotidiana —, mas que carregam consigo um instrumento de identificação legal, uma carteira de identidade, que diz outro nome. E esse nome aparece também na carteira de motorista, na conta de luz, no diploma da escola ou da universidade, na lista de eleitores, no contrato de aluguel, no cartão de crédito, no prontuário médico. Um nome que evidentemente é de outro, daquele “ser imaginário” que habita nos papeis, mas que ninguém conhece no mundo real.” (WYLLYS; KOKAY, 2013, p. 06)

Vivemos hoje em constante insegurança jurídica no que diz respeito às pessoas transexuais que sofrem constantemente com a negação pelo ordenamento jurídico do direito básico do ser humano ser quem ele realmente é.

Devido a esta estagnação do legislativo brasileiro, temos algumas decisões de tribunais que trazem uma luz no fim do túnel e uma esperança de quem sabe um dia o legislativo tenha olhos para a questão dos transexuais.

A primeira decisão analisada neste trabalho é uma Repercussão Geral do STF acerca da utilização de banheiros públicos por transexuais, o que foi colocado como sendo questão constitucional, pois a identidade sexual está ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana:

TRANSEXUAL. PROIBIÇÃO DE USO DE BANHEIRO FEMININO EM SHOPPING CENTER. ALEGADA VIOLAÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A DIREITOS DA PERSONALIDADE. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL.1. O recurso busca discutir o enquadramento jurídico de fatos incontroversos:

afastamento da Súmula 279/STF. Precedentes.2. Constitui questão constitucional saber se uma pessoa pode ou não ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente, pois a identidade sexual está diretamente ligada à dignidade da pessoa humana e a direitos da personalidade 3. Repercussão geral configurada, por envolver discussão sobre o alcance de direitos fundamentais de minorias – uma das missões precípua das Cortes Constitucionais contemporâneas –, bem como por não se tratar de caso isolado. (STF - REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO : RG RE 845779 SC - SANTA CATARINA 0057248-27.2013.8.24.0000. Relator Ministro Roberto Barroso. Julgamento: 11/01/2014)¹⁶

Outra decisão, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, proferida pela relatora Sandra Brisolara Medeiros, autoriza a retificação do registro civil de pessoa transexual que não passou pela cirurgia de transgenitalização, pelo simples fato de o indivíduo se identificar com o gênero oposto ao seu sexo de nascimento e se comportar socialmente como pertencente ao gênero que se auto percebe.

APELAÇÃO CÍVEL. RETIFICAÇÃO DO REGISTRO CIVIL. TRANSEXUALISMO. ALTERAÇÃO DO GÊNERO. AUSÊNCIA DE CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO SEXUAL OU TRANSGENITALIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. O sexo é físico-biológico, caracterizado pela presença de aparelho genital e outras características que diferenciam os seres humanos entre machos e fêmeas, além da presença do código genético que, igualmente, determina a constituição do sexo - cromossomas XX e XY. O gênero, por sua vez, refere-se ao aspecto psicossocial, ou seja, como o indivíduo se sente e se comporta frente aos padrões estabelecidos como femininos e masculinos a partir do substrato físico-biológico. É um modo de organização de modelos que são transmitidos tendo em vista as estruturas sociais e as relações que se estabelecem entre os sexos. Considerando que o gênero prepondera sobre o sexo, identificando-se o indivíduo transexual com o gênero oposto ao seu sexo biológico e cromossômico, impõe-se a retificação do registro civil, independentemente da realização de cirurgia de redesignação sexual ou transgenitalização, porquanto deve espelhar a forma como o indivíduo se vê, se comporta e é visto socialmente. APELAÇÃO PROVIDA, POR MAIORIA. (Apelação Cível Nº 70061053880, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em 24/06/2015).¹⁷

A seguinte decisão é do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferida pelo relator Carlos Alberto Garbi, acerca de pedido de retificação de registro civil realizado por pessoa

¹⁶

Disponível

em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=5269766>

¹⁷ Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/204410928/apelacao-civel-ac-70061053880-rs>

transexual que não passou pela cirurgia de redesignação sexual e que apresenta laudo de transexualismo, bem como se apresenta perante a sociedade como mulher há mais de 20 anos e é reconhecida pelo seu nome social feminino por período equivalente.

RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. TRANSEXUAL QUE PRESERVA O FENÓTIPO MASCULINO. REQUERENTE QUE NÃO SE SUBMETEU À CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO, MAS QUE REQUER A MUDANÇA DE SEU NOME EM RAZÃO DE ADOTAR CARACTERÍSTICAS FEMININAS. POSSIBILIDADE. ADEQUAÇÃO AO SEXO PSICOLÓGICO. LAUDO PERICIAL QUE APONTOU TRANSEXUALISMO. Na hipótese dos autos, o autor pediu a retificação de seu registro civil para que possa adotar nome do gênero feminino, em razão de ser portador de transexualismo e ser reconhecido no meio social como mulher. Para conferir segurança e estabilidade às relações sociais, o nome é regido pelos princípios da imutabilidade e indisponibilidade, ainda que o seu detentor não o aprecie. Todavia, a imutabilidade do nome e dos apelidos de família não é mais tratada como regra absoluta. Tanto a lei, expressamente, como a doutrina buscando atender a outros interesses sociais mais relevantes, admitem sua alteração em algumas hipóteses. Os documentos juntados aos autos comprovam a manifestação do transexualismo e de todas as suas características, demonstrando que o requerente sofre inconciliável contrariedade pela identificação sexual masculina que tem hoje. O autor sempre agiu e se apresentou socialmente como mulher. Desde 1998 assumiu o nome de "Paula do Nascimento". Faz uso de hormônios femininos há mais de vinte e cinco anos e há vinte anos mantém união estável homoafetiva, reconhecida publicamente. Conforme laudo da perícia médico-legal realizada, a desconformidade psíquica entre o sexo biológico e o sexo psicológico decorre de transexualismo. O indivíduo tem seu sexo definido em seu registro civil com base na observação dos órgãos genitais externos, no momento do nascimento. No entanto, com o seu crescimento, podem ocorrer disparidades entre o sexo revelado e o sexo psicológico, ou seja, aquele que gostaria de ter e que entende como o que realmente deveria possuir. A cirurgia de transgenitalização não é requisito para a retificação de assento ante o seu caráter secundário. A cirurgia tem caráter complementar, visando a conformação das características e anatomia ao sexo psicológico. Portanto, tendo em vista que o sexo psicológico é aquele que dirige o comportamento social externo do indivíduo e considerando que o requerente se sente mulher sob o ponto de vista psíquico, procedendo como se do sexo feminino fosse perante a sociedade, não há qualquer motivo para se negar a pretendida alteração registral pleiteada. A sentença, portanto, merece ser reformada para determinar a retificação no assento de nascimento do apelante para que passe a constar como "Paula do Nascimento". Sentença reformada. Recurso provido. (TJ-

SP - Apelação : APL 00139343120118260037 SP 0013934-31.2011.8.26.0037.
Relator: Carlos Alberto Garbi. Julgamento em: 23/09/2014. Tribunal de Justiça de São Paulo. 10º Câmara de Direito Privado)¹⁸

Temos ainda a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal em novembro/2015, acerca de pedido de retificação de registro civil por pessoa transexual, embasada nos princípios fundamentais do direito como o princípio da dignidade da pessoa humana, intimidade, personalidade e cidadania.

CONSTITUCIONAL. REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO. ALTERAÇÃO. DESIGNATIVO. SEXO. TRANSEXUAL. NÃO SUBMETIDO À CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO SEXUAL. DIGNIDADE. PESSOA. HUMANA 1.Os direitos e garantias fundamentais são desdobramentos imediatos dos princípios fundamentais, previstos na Magna Carta. O art. 5º, X, da [Constituição Federal](#) elenca os direitos que compõem a integridade moral que deve ser respeitada assim como as demais características da pessoa. 2. O reconhecimento judicial do direito dos transexuais à alteração de seu prenome e da designação sexual constante de seus assentos de registro civil, conforme o sentimento/entendimento que possuem de si mesmos, ainda que não tenham se submetido à cirurgia de transgenitalização, é um meio de garantir o cumprimento e a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana, da intimidade, da personalidade e da cidadania, além de ser uma forma de integrá-lo à sociedade. 3. Conclui-se com facilidade que os elementos identificadores do sexo não podem ser limitados à conformação da genitália do indivíduo ou ao sexo eminentemente biológico, pois outros fatores devem ser considerados, como: o psicológico, cultural e social, para a correta caracterização sexual. 4. Recurso conhecido e provido. (TJ-DF - Apelação Cível : APC 20130710313876. Relator Maria de Lourdes Abreu. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. 5º Turma Cível. Julgamento em: 02/09/2015)¹⁹

Como visto nas decisões acima, a realização da cirurgia de transgenitalização não é requisito para que uma pessoa seja considerada transexual, muito menos requisito para que essa pessoa consiga autorização judicial para a mudança do seu nome em seu registro civil.

O que se busca no ordenamento jurídico brasileiro nos dias de hoje é o atendimento aos princípios fundamentais do direito e conseqüente respeito à dignidade da pessoa humana, trazendo consigo o bem estar social.

¹⁸ Disponível em: <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/141603228/apelacao-apl-139343120118260037-sp-0013934-3120118260037>

¹⁹ Disponível em: <http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/236025338/apelacao-civel-apc-20130710313876>

Em relação ao nome social temos várias portarias que permitem o uso do nome social por pessoas transexuais em seu local de trabalho, como por exemplo a portaria nº 233/10²⁰ do Ministério de Planejamento, Orçamento e Gestão.

Em junho/2016 a Ordem dos Advogados do Brasil, através da Resolução nº 7/16²¹ reconhece o nome social de advogados/as transexuais e travestis, sua utilização na carteira profissional, bem como nas ações em que atuar como patrono.

²⁰

Disponível

<https://conlegis.planejamento.gov.br/conlegis/legislacao/atoNormativoDetalhesPub.htm?id=7796>

²¹ Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=325645>

5. QUESTÃO PENAL

“A violência fascina os seres moralmente mais fracos.”

Albert Einstein

Neste capítulo serão discutidos alguns pontos de Direito Penal envolvendo os transexuais, sendo eles a possibilidade do transexual ser vítima no crime de feminicídio e também a aplicação da Lei Maria da Penha aos transexuais e travestis.

5.1. FEMINICÍDIO (Lei nº 13.104/2015)

5.1.1. TERMINOLOGIA

A palavra *femicide* foi utilizada pela primeira pela feminista Diana Russel em 1976 durante seu depoimento do Tribunal Internacional de Crimes contra Mulheres, na cidade de Bruxelas, Bélgica, onde estavam presentes aproximadamente 2.000 mulheres de 40 países diferentes.

Já o termo feminicídio foi utilizado pela primeira vez pela feminista mexicana Marcela Lagarde, ao traduzir os textos de Diana Russel.²²

5.1.2. CONCEITOS E MUDANÇAS NA LEGISLAÇÃO

De acordo com o Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Violência contra a Mulher²³, o Brasil ocupa a 7º posição no ranking de homicídios de mulheres, com uma taxa de 4,4 homicídios a cada 100 mil mulheres, estando atrás apenas da Colômbia, Rússia, Guatemala, Trinidad e Tobago e El Salvador.

O mesmo Relatório nos mostra que mais de 92 mil mulheres foram assassinadas no Brasil nos últimos 30 anos e que 43 mil delas só na última década. Necessário se faz então um breve estudo sobre o instituto penal do feminicídio.

Entende-se, através da legislação brasileira que feminicídio é o ato de matar uma mulher pelo simples fato de ser uma mulher.

²² Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Femicin%C3%ADdio>

²³ Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=130748&>

Esse entendimento se obtém ao interpretar o inciso VI, do parágrafo 2º, do artigo 121, do Código Penal Brasileiro, que foi incluído pela Lei nº 13.104, de 09 de março de 2015²⁴, resultado do Projeto de Lei do Senado nº 8305/2014:

“Art. 121. Matar alguém:
 Homicídio qualificado
 § 2º Se o homicídio é cometido:
 Femicídio (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)
 (...)
 Pena - reclusão, de doze a trinta anos.”

A Lei nº 13.104/2015 enquadró o feminicídio como homicídio qualificado e o incluiu no rol dos crimes hediondos, devido ao fato de que a lei nº 8072/1990²⁵ tem em seu artigo 1º um rol taxativo dos crimes hediondos onde se inclui nesse rol o homicídio qualificado, bem como consta no preâmbulo da referida Lei 13104/2015:

“Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos.” (BRASIL, Lei nº 13104/2015)

Assim sendo, hoje o feminicídio é a sexta modalidade de homicídio qualificado do Código Penal. Certo é que para ser enquadrado em tal modalidade de homicídio basta que o agente cometa homicídio contra mulher pelo fato exclusivo de ser esta pertencente ao gênero feminino e não se esquadra nessa tipificação o agente que mata uma mulher sem ser por motivo de violência de gênero, mas sim por qualquer outro motivo ou circunstancia.

“Art. 121. § 2º-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:
 I - violência doméstica e familiar;
 II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher.” (BRASIL, Lei nº 13104/2015)

²⁴ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm

²⁵ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm

No que diz respeito ao inciso I do §2º-A do artigo 121 do Código Penal, temos a definição de violência doméstica e familiar na Lei Maria da Penha (11340/06)²⁶ artigo 5º:

“Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual”. (BRASIL, Lei nº 11340/2006)

Assim sendo, para que se configure o crime de feminicídio necessário é que o crime tenha sido cometido em uma das situações previstas no artigo transcrito acima, bem como que seja resultante de violência de gênero.

No que se refere ao inciso II do §2º-A do artigo 121 do Código Penal, cabe ao magistrado a interpretação do caso em si para definir se houve ou não a discriminação e o desprezo por parte do agente para com a mulher. Para melhor definição do que se entende por discriminação contra a mulher, trago o artigo 1º da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW)²⁷, da qual o Brasil é signatário:

“Artigo 1º - Para os fins da presente Convenção, a expressão “discriminação contra a mulher” significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher independentemente de seu estado civil com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades

²⁶ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm

²⁷ Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discrimulher.htm>

fundamentais nos campos: político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.”

Após a leitura dos dois incisos, resta claro que apenas haverá feminicídio se o crime for praticado contra mulher, envolvendo violência doméstica ou familiar, ou menosprezo e discriminação contra a condição de mulher. Ou seja, se uma mulher for vítima de latrocínio, por exemplo, não há que se falar em feminicídio.

Antes da entrada da Lei do Feminicídio em vigor, a morte de mulheres em razão do gênero já era enquadrada como homicídio qualificado pelo motivo torpe devido a sua alta reprovabilidade social.

O legislador incluiu ainda o §7º ao artigo 121 do Código Penal, trazendo causas de aumento de pena referentes ao crime de feminicídio sendo elas:

“§ 7º A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado: [\(Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015\)](#)

I - durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto; [\(Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015\)](#)

II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência; [\(Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015\)](#)

III - na presença de descendente ou de ascendente da vítima. [\(Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015\)](#)” (BRASIL, Decreto-Lei nº 2848/1940)

Temos assim um apanhado geral sobre as mudanças que a Lei 13.104/2015, mais conhecida como Lei do Feminicídio, trouxe para o Código Penal Brasileiro.

5.1.3. A TRANSEXUAL FEMININA COMO VÍTIMA DE FEMINICÍDIO

A questão primordial a ser discutida neste tópico da pesquisa é a possibilidade de serem os transexuais sujeitos passivos do crime de feminicídio, tendo em vista a realização ou não da cirurgia de transgenitalização, bem em função da alteração do nome e do sexo em seu registro civil.

A jurisprudência brasileira é pacífica no que diz respeito ao fato de que ao realizar a cirurgia de transgenitalização é direito adquirido do transexual ter a retificação do seu nome e sexo no registro civil.

Foi explanado também acerca de grande parte da jurisprudência brasileira estar trilhando pelo caminho da não necessidade de realização da cirurgia para que a alteração no registro civil seja caracterizada.

Para questões de enquadramento ou não como vítima do feminicídio deve-se considerar o fato de que o crime é tipificado quando o agente mata uma mulher por motivos de violência doméstica e familiar ou por motivos de discriminação e intolerância com o gênero feminino.

Dito está nesse trabalho que o transexual é o indivíduo que não se conhecendo no seu gênero de nascimento e que se enxerga como pertencente ao gênero oposto. Ou seja, ele pertence fisicamente a determinado gênero, mas psicologicamente pertence ao gênero oposto, o que muitas vezes o leva a realização da cirurgia de transgenitalização, para que consiga enfim ter seu estado físico condizente com seu estado psicológico.

Para este tópico vamos nos ater ao transexual feminino, no que diz respeito a ser vítima do crime de feminicídio. A trans mulher se identifica como sendo do gênero e do sexo feminino, mesmo que esteja designada como pertencente ao gênero masculino devido a suas características genitais masculinas. Devido a isso, ela adota nome e características femininas, muitas vezes se submetendo à realização da cirurgia de neoculplavoplastia e como consequência à alteração de seu prenome e sexo em seu registro civil, tornando-se assim, de fato pertencente ao gênero feminino.

Segundo o Promotor de Justiça Francisco Dirceu Barros (BARROS, 2015) existem 3 correntes doutrinárias no que diz respeito a condição de mulher como sujeito passivo do crime de feminicídio, são elas:

- Critério Psicológico: mulher é toda pessoa que se identifica psíquica e comportamentalmente como sendo do gênero feminino. Ou seja, por esse critério o transexual feminino pode ser considerado vítima do crime de feminicídio.

- Critério Jurídico – por esse critério basta que a pessoa tenha em seu registro civil o sexo feminino para que seja considerada mulher. Ou seja, o transexual feminino que tendo realizado ou não a cirurgia de transexualização, teve seu registro civil retificado para o sexo feminino poderá ser considerado vítima do crime de feminicídio.

- Critério Biológico – por esse critério é mulher aquela pessoa que tem em seus genes, cromossomos referentes ao sexo feminino. Ou seja, o transexual feminino não pode ser sujeito passivo do crime de feminicídio porque mesmo com a realização da cirurgia, ele continua sendo geneticamente homem.

De acordo com Diego Luiz Victorio Pureza (PUREZA, 2015) há duas correntes no que diz respeito ao transexual ser ou não vítima de feminicídio, sendo uma mais conservadora e outra mais moderna.

A corrente conservadora leva em consideração apenas o critério biológico, descartando, portanto, os critérios psicológico e jurídico. Aqui se defende que o transexual não pode figurar como vítima de feminicídio vez que ele é homem biologicamente. Como um dos defensores dessa corrente temos o Promotor Francisco Dirceu Barros, já citado acima, que em duas palavras explica:

“O grande problema de usarmos o critério **psicológico** para conceituar “mulher” é que o mesmo é formado pela convicção íntima da pessoa que entende pertencer ao sexo feminino, critério que pode ser, diante do caso concreto subjetivo, algo que não é compatível com o direito penal moderno.

O critério jurídico cível, data venia, também não pode ser aplicado, pois as instâncias cível e penal são independentes, assim a mudança jurídica no cível representaria algo que seria usado em prejuízo do réu, afrontando o princípio da proibição da analogia in malam partem, o corolário da legalidade proíbe a adequação típica “por semelhança” entre fatos.

Ademais, o legislador, mesmo sabendo que existem outros gêneros sexuais, não incluiu os transexuais, homossexuais e travestis, sendo peremptório ao afirmar:

Considera-se que a há razões de gênero quando o crime envolve: “menosprezo ou discriminação à **condição de mulher**.” (BARROS, 2015, p. 03)

Já a corrente moderna leva em consideração os critérios psicológico e biológico, sendo assim possível a figuração do transexual feminino como sujeito passivo do crime de feminicídio, pois consideram que a partir do momento em que há a realização da cirurgia de transgenitalização o indivíduo deve ser considerado como pertencente ao sexo feminino, bem como após a alteração do seu registro civil. Como defensores dessa corrente temos o doutrinador Rogério Grecco e o também doutrinador Rogério Sanches Cunha.

Segundo Rogério Grecco, citado por Francisco Dirceu Barros, referindo-se ao crime de estupro, ensina:

“Entendemos que, nesse caso, se a modificação se der tão-somente no documento de identidade, com a simples retificação do nome, aquela pessoa ainda deverá ser considerada pertencente ao gênero masculino, não sendo, pois, passível de ser considerada vítima do delito de estupro. No entanto, se houver determinação judicial para a modificação do registro de nascimento, alterando-se o sexo do peticionário, teremos um novo conceito de mulher, que deixará de ser natural, orgânico, passando, agora, a um conceito de natureza jurídica, determinado pelos julgadores.”

Segundo Rogério Sanches Cunha, na obra de Carla Daniele Peixoto de Souza, pontua:

“A nosso ver, a mulher de que trata a qualificadora é aquela assim reconhecida juridicamente. No caso de transexual que formalmente obtém o direito de ser identificado civilmente como mulher, não há como negar a incidência da lei penal porque, para todos os demais efeitos, esta pessoa será considerada mulher. A proteção especial não se estende, todavia, ao travesti, que não pode ser identificado como pessoa do gênero feminino. Se a Lei Maria da Penha tem sido interpretada extensivamente para que sua rede de proteção se estenda à pessoa que, embora não seja juridicamente reconhecida como mulher, assim se identifique, devemos lembrar que a norma em estudo tem natureza penal, e a extração de seu significado deve ser balizada pela regra de que é vedada a analogia in malam partem. E, ao contrário do que ocorre com outras qualificadoras do homicídio em que se admite a interpretação analógica, neste caso não se utiliza a mesma fórmula, nem há espaço para interpretação extensiva, pois não é o caso de ampliar o significado de uma expressão para que se alcance o real significado da norma. Mulher, portanto, para os efeitos penais desta qualificadora,

é o ser humano do gênero feminino. A simples identidade de gênero não tem relevância para que se caracterize a qualificadora.”

No presente trabalho a frente doutrinária a ser seguida será a segunda corrente, levando em consideração todos os assuntos até aqui expostos e defendidos.

O transexual feminino deve sim ser considerado sujeito passivo do crime de feminicídio, figurando como vítima de tal, sempre que for alvo de um crime de homicídio decorrente de violência doméstica ou familiar; quando o motivo do crime for discriminação, intolerância, desprezo ou desvalorização pelo fato de ser uma mulher; e em todos os outros casos que envolvam violência de gênero.

Por ser assunto recente no ordenamento jurídico brasileiro, não há jurisprudência no que diz respeito à figuração dos transexuais no polo passivo do crime de feminicídio.

5.2. LEI MARIA DA PENHA (Lei nº 11.340/2006)

No dia 02 de agosto de 2016 foi decidido pelo Conselho Nacional de Procuradores-Gerais que todas as promotorias do país podem aplicar a Lei 11340/2006 (Lei Maria da Penha) em casos de agressão a travestis e transexuais, bem como àqueles que não passaram pela cirurgia de transgenitalização e também aos que não tiveram a retificação de seu nome e sexo no registro civil.²⁸

Em face da recente notícia, se faz necessário uma breve análise da referida lei e consequente discussão acerca de sua aplicação aos transexuais.

5.2.1. CRIAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA

A Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006, é mais conhecida como Lei Maria da Penha e leva esse nome em homenagem à biofarmacêutica Maria da Penha Maia

²⁸ De acordo com a reportagem da jornalista Monica Bergamo em sua coluna no jornal Folha de São Paulo, do dia 02/08/2016, disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2016/08/1797829-lei-maria-da-penha-podera-valer-em-agressoes-a-transexuais-e-travestis.shtml#> =

Fernandes²⁹, que foi vítima de violência doméstica e familiar durante 23 anos de casamento com Marco Antonio Heredia Viveros.

Maria da Penha sofreu duas tentativas de homicídio perpetradas por seu marido, na primeira tentativa ele utilizou uma arma de fogo para atingi-la, o que resultou na paralisia de seus membros inferiores, fadando-a a uma cadeira de rodas para o resto de sua vida. Não obtendo o resultado almejado, Heredia tentou eletrocutar sua esposa e vítima durante o banho.

Em decorrência das duas tentativas de assassinato, Maria da Penha denunciou o marido. O processo correu pelo procedimento do júri e em 1991, Marco Antonio foi condenado pelo júri popular. Porém, sua defesa alegou irregularidades durante o procedimento, o que fez com que um novo julgamento acontecesse em 1996, ocasião onde Heredia foi mais uma vez condenado. Sua defesa alegou novamente irregularidades no procedimento do júri, e assim o processo continuou tramitando por vários anos.

Anos esses que fizeram com que Maria da Penha procurasse algumas organizações a fim de contar sua história e encerrar o processo a tanto tempo tramitando no judiciário brasileiro. Foi assim que ela conseguiu contato com o CEJIL – Centro pela Justiça e o Direito Internacional e também com o CLADEM – Comitê Latino Americano e do Caribe para a Defesa da Mulher. As duas organizações levaram o caso Maria da Penha para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos no ano de 1998.

Em 2001 o Brasil foi condenado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos por negligência, omissão, tolerância e por não possuir mecanismos suficientes para o combate à violência doméstica contra as mulheres.

Nesta mesma ocasião foi recomendado o encerramento do processo e condenação de Heredia, o que veio a acontecer em 2002, bem como a criação de políticas públicas voltadas à prevenção, punição e erradicação da violência contra a mulher.

Devido a esses fatos, o Governo Brasileiro enviou ao Congresso Nacional no dia 25 de novembro de 2004 um projeto elaborado por um grupo interministerial, onde ao chegar no Congresso Nacional se transformou no Projeto de Lei de Conversão 37/2006. Foi aprovado por unanimidade e sancionado pelo ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Com a simples leitura do preâmbulo da lei temos o seu objetivo clarificado:

²⁹ Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/quem-e-maria-da-penha-maia-fernandes/>

“Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.” (BRASIL, Lei nº 11340/2006)

Necessário se faz ressaltar que o Brasil já tinha o dever de participar de toda e qualquer forma de erradicação da violência contra a mulher desde 1994, quando ratificou a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher³⁰, mais conhecida como Convenção de Belém do Pará. Bem como, através do art. 226, §8º da Constituição Federal de 1988, tinha a obrigação de tomar todas as medidas necessárias para prevenir e punir a violência contra a mulher e proteger a família.

A Lei n. 11340/06 foi elaborada como medida de proteção às mulheres no que diz respeito à violência doméstica e familiar, criando mecanismos para coibir tal violência e aumentar o rigor das punições sobre os crimes domésticos.

Esta Lei é considerada pela ONU (Organização das Nações Unidas) uma das três melhores leis contra violência doméstica do mundo.

É uma Lei de grande importância para o povo brasileiro, com caráter assistencial, pedagógico, preventivo e punitivo, que busca uma correção histórica no que diz respeito aos resquícios deixados pelo patriarcado e a discriminação do gênero feminino.

5.2.2. APLICAÇÃO DA LEI 11340/06 À TRANSEXUAL FEMININA

Neste tópico será discutida e analisada a possibilidade da Lei Maria da Penha ser aplicada para proteção das pessoas transexuais quando vítimas de violência doméstica e familiar.

Deve-se levar em consideração o fato de que uma mulher transexual assim como uma mulher cisgênero, é uma mulher e simplesmente por isso deve ser protegida pela legislação específica de nosso país para os casos de violência contra a mulher.

³⁰ Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>

Diz a Lei que uma pessoa pertencente ao gênero feminino ao ser violentada por pessoa pertencente a qualquer dos gêneros no ambiente familiar ou por pessoa que com ela tenha qualquer tipo de relação íntima, deve a primeira ser protegida pela lei 11340/06 e a última ser punida de acordo com a mesma lei. Está claro então, que ao ser uma mulher transexual violentada, nas situações previstas na lei, tem o direito de ser por ela protegida.

Assim como devemos incluir na abrangência da lei as lésbicas, pois na mesma temos que a condição de mulher protegida pela lei independe da sua orientação sexual.

Temos então que o objetivo principal da lei 11340/06 é prevenir, punir e erradicar a violência doméstica contra a mulher em razão de seu gênero.

Nos artigos 2º e 5º temos o embasamento para tais afirmações:

“Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.”

“Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: [\(Vide Lei complementar nº 150, de 2015\)](#)

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.”

Há também o embasamento doutrinário da Desembargadora Maria Berenice Dias, no que diz respeito à abrangência da lei às lésbicas, travestis, transexuais e transgêneros.

“Lésbicas, transexuais, travestis e transgêneros, quem tenham identidade social com o sexo feminino estão ao abrigo da Lei Maria da Penha. A agressão contra elas no âmbito familiar constitui violência doméstica. Ainda que parte da doutrina encontre dificuldade em conceder-lhes o abrigo da Lei, descabe deixar à margem da proteção legal aqueles que se reconhecem como mulher. Felizmente, assim já vem entendendo a jurisprudência. (DIAS, 2010, p. 58)”

Em outra oportunidade, complementa a ilustre doutrinadora, em seu texto *Violência Domestica e União Homoafetiva*:

“No momento em que é afirmado que está sob o abrigo da lei a mulher, sem se distinguir sua orientação sexual, alcançam-se tanto lésbicas como travestis, transexuais e transgêneros que mantêm relação íntima de afeto em ambiente familiar ou de convívio. Em todos esses relacionamentos, as situações de violência contra o gênero feminino justificam especial proteção. (DIAS, 2006)”

Há ainda na doutrina e na jurisprudência brasileira uma divergência de pensamento no que diz respeito à necessidade ou não da realização da cirurgia de redesignação sexual para que a transexual seja considerada mulher, bem como alteração de seu nome e sexo no registro civil.

Entende-se que não é necessária a realização da cirurgia nem a alteração do registro civil para que a transexual seja protegida pela Lei 11340/06 porque ela é uma mulher mesmo que não tenha uma genitália feminina, pois é assim que ela se porta perante a sociedade.

Em 23 de setembro de 2011, a juíza de direito Ana Claudia Veloso Magalhães, na época atuando pela 1ª Vara Criminal da Comarca de Anápolis, pertencente ao Tribunal de Justiça de Goiás, decidiu pela ampliação da aplicação da Lei Maria de Penha para proteção de transexual vítima de violência doméstica.³¹

³¹ Decisão disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/homologacao-flagrante-resolucao-cnj.pdf>

Em sua decisão esclarece a magistrada que a não aplicação da Lei 11340/2006 à pessoa transexual “transmuta-se no cometimento de um terrível preconceito e discriminação inadmissível”.

No que diz respeito à aplicação da lei às lésbicas, travestis e transexuais, diz a magistrada que:

“... partindo da premissa de que o que não é proibido é permitido, do reconhecimento da união homoafetiva pelos Tribunais e do conhecimento de que, no ordenamento jurídico, o que prevalece são os princípios constitucionais, entende-se que seria inconstitucional não proteger as lésbicas, os travestis e os transexuais contra agressões praticadas pelos seus companheiros ou companheiras. (MAGALHÃES, 2011, p.08)”

Acerca da aplicação da lei aos transexuais que não tiveram seu Registro Civil retificado, diz a juíza:

“...apesar da inexistência de legislação, de jurisprudência e da doutrina ser bastante divergente na possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha ao transexual que procedeu ou não à retificação de seu nome no registro civil, ao meu ver tais omissões e visões dicotômicas não podem servir de óbice ao reconhecimento de direitos erigidos à cláusulas pétreas pelo ordenamento jurídico constitucional. Tais óbices não podem cegar o aplicador da lei ao ponto de desproteger ofendidas como a identificada nestes autos de processo porque a mesma não se dirigiu ao Registro Civil de Pessoas Naturais para, alterando seu assento de nascimento, deixar de se identificar como Alexandre Roberto Kley e torna-se 'Camille Kley' por exemplo! Além de uma inconstitucionalidade uma injustiça e um dano irreparáveis! O apego à formalidades, cada vez mais em desuso no confronto com as garantias que se sobrelevam àquelas, não podem me impedir de assegurar à ora vítima TODAS as proteções e TODAS as garantias esculpidas, com as tintas fortes da dignidade, no quadro maravilhoso da Lei Maria da Penha. (MAGALHÃES, 2011, p. 09)”

Assim como a magistrada Ana Claudia Veloso Magalhães, muitos Tribunais vem julgando nesse mesmo sentido, o que leva a crer que o caminho a ser tomado pela jurisprudência é o da inclusão dos transexuais femininos no rol de proteção da Lei Maria da Penha, e que conseqüentemente o olhar dos nossos legisladores esteja cada vez mais voltados para a população LGBT.

Em 28 de outubro de 2014, a deputada Jandira Feghali, do PCdoB, apresentou o Projeto de Lei 8032/2014³² a fim de ampliar a proteção a Lei Maria da Penha aos transexuais e transeñeros. Diz a ementa do PL: “Amplia a proteção de que trata a Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006 – Lei Maria da Penha – s pessoas transexuais e transeñeros.”

O projeto de lei foi aprovado na Comissão de Direitos Humanos e Minorias (CDHM) pela Deputada Professora Dorinha Seabra Rezende, em 17 de agosto de 2015.

O PL aguarda os pareceres das Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF) e Comissão de Constituio e Justiça e de Cidadania (CCJC).

Em seu parecer a Dep. Professora Dorinha³³ esclarece que a Lei Maria da Penha protege a mulher em relao ao seu gênero e que por esse motivo ela abrange os transexuais e os transgeneros:

“Dessa maneira, verifica-se que, no que concerne ao elemento distintivo da incidência pessoal da norma, não se trata do sexo. Muito pelo contrário, o elemento diferenciador da abrangência da Lei 11.340/22006 é o gênero feminino, tendo em vista que o sexo biológico e a identidade subjetiva nem sempre coincidem. Por esse motivo, a Lei além de proteger o sexo “mulher”, independentemente de sua orientao sexual, incluindo nesse caso homossexuais femininos, protege tmm aqueles que tenham identidade com o gênero feminino, como os transexuais e os transgêneros. (REZENDE, 2015, p. 03)

Em 19 de outubro de 2015 a desembargadora Ely Amioka da 9 Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo³⁴, determinou que a Lei Maria da Penha fosse aplicada em favor de transexual agredido por seu ex-companheiro.

O pedido foi negado em primeira instancia com a justificativa de que a vítima não pertencia ao sexo feminino, mas sim ao sexo masculino, resultando em uma não abrangência da Lei 11340/2006. Mas ao subir para segunda instancia na forma de Mandado de Segurança e a ilustre desembargadora considerou em seu julgamento que a

³² Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=623761>

³³ Parecer disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1282632.pdf>

³⁴ Acórdão disponível em: <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/253893656/mandado-de-seguranca-ms-20973616120158260000-sp-2097361-6120158260000/inteiro-teor-253893710>

interpretação da lei deve ser feita de forma ampla e não ferir o princípio da dignidade humana.

“a Lei nº 11.340/06 não visa apenas a proteção à mulher, mas sim à mulher que sofre violência de gênero, e é como gênero feminino que a IMPETRANTE se apresenta social e psicologicamente. (AMIOKA, 2015, p.03)”

No caso dos autos do Mandado de Segurança, a vítima da violência doméstica é uma transexual feminina que não realizou a cirurgia de transgenitalização, mas se apresenta socialmente como mulher. Pelas palavras da desembargadora:

“A IMPETRANTE, apesar de ser biologicamente do sexo masculino e não ter sido submetida à cirurgia de mudança de sexo, apresenta-se social e psicologicamente como mulher, com aparência e traços femininos, o que se pode inferir do documento de identidade acostado às fls. 18, em que consta a fotografia de uma mulher. Acrescenta-se, por oportuno, que ela assina o documento como GABRIELA, e não como JEAN CARLOS. Ressalte-se, por oportuno, que o reconhecimento da transexualidade prescinde de intervenção cirúrgica para alteração de sexo. Os documentos acostados aos autos, como acima mencionado, deixam claro que a IMPETRANTE pertence ao gênero feminino, ainda que não submetida a cirurgia neste sentido. (AMIOKA, 2015, p.04)

A desembargadora Ely Amioka encerra sua decisão com as seguintes palavras:

“É, portanto, na condição de mulher, ex-namorada de RAFAEL, que a IMPETRANTE vem sendo ameaçada por este, inconformado com o término da relação. GABRIELA sofreu violência doméstica e familiar, cometida pelo então namorado, de modo que a aplicação das normas da Lei Maria da Penha se fazem necessárias no caso em tela, porquanto comprovada sua condição de vulnerabilidade no relacionamento amoroso. (AMIOKA, 2015, p. 05)

A decisão da desembargadora se dá então devido ao gênero ao qual a vítima pertence, de acordo com a forma pela qual ela se apresenta perante a sociedade, resguardando assim a sua dignidade e liberdade.

Conclui-se assim que a transexual feminina deve ser protegida pela Lei nº 11340/2006, sempre que for vítima de violência doméstica praticada dentro do ambiente familiar ou por pessoa, de qualquer dos gêneros, que com ela tenha relação íntima, independentemente de ter a trans mulher passado por cirurgia de redesignação sexual ou

ter alterado seu nome e/ou sexo no Registro Civil, por motivo de respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

6. CONCLUSÃO

De acordo com toda a pesquisa realizada por meio de lei seca, doutrina e jurisprudência, podemos concluir que o transexual após anos de esquecimento pelo legislativo brasileiro começa a ver uma ponta de esperança através dos projetos de lei que vem tramitando na Câmara dos Deputados e que tem como objetivo garantir direitos fundamentais para essa população.

A cirurgia de transexualização é permitida em nosso país, podendo ser realizada de forma gratuita pelo Sistema Único de Saúde. Porém é necessário um diagnóstico de disforia de gênero e acompanhamento do paciente por um equipe multidisciplinar durante dois anos, o que vai de encontro à luta da população trans para despatologizar a transexualidade. Afinal a transexualidade não é uma doença, portanto os transexuais não devem ser obrigados a apresentar nenhum tipo de diagnóstico para que seja possível a realização de tal cirurgia.

Entre outras coisas, esse é o posicionamento do Projeto de Lei nº 5002/2013, que além de garantir o livre acesso a cirurgia de transexualização também prega pela retificação do nome e do sexo do transexual, seja ele redesignado ou não.

Definimos com esta pesquisa que o crime de feminicídio pode ser praticado contra transexual feminina, incorrendo nas penas do homicídio qualificado quem o praticar. Constatamos também que a transexual feminina deve ser protegida pela Lei Maria da Penha se sofrer violência doméstica ou familiar.

Conclui-se com o trabalho que o transexual é vítima constante de preconceito, discriminação, ódio, e aversão da sociedade em geral, e que o ordenamento jurídico quase nada faz para que esse quadro seja revertido. Estamos caminhando, a passos lentos, para uma mudança de pensamento e posicionamento no legislativo através de iniciativas isoladas de projetos de lei que visam, de forma desesperada, garantir direitos básicos aos cidadãos pertencentes a comunidade trans.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMIOKA, Ely. Acórdão nº 2015.0000770986. Tribunal de Justiça de São Paulo. 2015. Disponível em: <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/253893656/mandado-de-seguranca-ms-20973616120158260000-sp-2097361-6120158260000/inteiro-teor-253893710>

BARROS, Francisco Dirceu. Feminicídio e neocolpovulvoplastia: as implicações legais do conceito de mulher para os fins penais. 2015. Disponível em: <http://franciscodirceubarros.jusbrasil.com.br/artigos/173139537/feminicidio-e-neocolpovulvoplastia-as-implicacoes-legais-do-conceito-de-mulher-para-os-fins-penais>
Acesso em 15/05/2016

BENTO, Berenice Alves de Mello. O que é transexualidade. São Paulo: Ed. Brasiliense. 2008.

BRASIL. Congresso Nacional. Código Penal Brasileiro. Brasília, DF. 1940.

BRASIL. Congresso Nacional. Constituição (1998). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 1988

CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti. Comentários ao Código Civil. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2006.

Convenção sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discrimulher.htm>.

COUTO, Julia Cristina Guerra de Carvalho do. Transexualidade: passado, presente e futuro. 2013. Disponível em: https://sigarra.up.pt/flup/pt/pub_geral.show_file?pi_gdoc_id=608692

DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11340/2006 de combater à violência doméstica e familiar contra a mulher. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. Violencia domestica e unicao homoafetiva. 2006. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/8985/violencia-domestica-e-as-unioes-homoafetivas>

FEGHALI, Jandira. Projeto de Lei nº 8032/2014. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=623761>

GALLI, Rafael Alves et al. Corpos Mutantes, Mulheres Intrigantes: Transexualidade e Cirurgia de Redesignação Sexual. In: Psicologia: Teoria e Pesquisa, Brasília, Out-Dez 2013, Vol. 29 n. 4, pp. 447-457. Disponível em:

https://sigarra.up.pt/flup/pt/pub_geral.show_file?pi_gdoc_id=608692

LEITE, Rosineide Claudia Pereira. Direito Jurídico do Transexual Feminino Redesignado em Contrair Matrimônio. Universidade Vale do Rio Doce. Governador Valadares, MG. 2009. Disponível em:

MAGALHÃES, Ana Claudia Veloso. Decisão nos autos nº 201103873908. Tribunal de Justiça de Goiás. 1º Vara Criminal. Comarca de Anápolis. 2011. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/homologacao-flagrante-resolucao-cnj.pdf>

NERY, Nelson Junior; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil Comentado. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2011

PERELSON, Simone. Transexualismo: uma questão do nosso tempo e para o nosso tempo. Revista Epos. Volume 02. Nº 2. Rio de Janeiro. 2011. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2178-700X2011000200004

PUREZA, Diego Luiz Victório. O transexual como vítima do feminicídio. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/42981/o-transexual-como-vitima-do-femicidio> Acesso em 15/05/2016

Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquerito da Violência contra a Mulher. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=130748&tp=1>

REZENDE, Dorinha Seabra. Comissão de Direitos Humanos e Minorias. Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=792A0D9B5A725ADD0715216FEB571C4B.proposicoesWeb2?codteor=1372701&filename=Parecer-CDHM-17-08-2015

SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade. 2ª edição. Editora Atlas S.A. 2013

SOUZA, Carla Daniele Peixoto de. **Aspectos relevantes do feminicídio na legislação brasileira**. Curitiba, 2015. (Monografia apresentada como requisito parcial para a

conclusão do Curso de Preparação à Escola de Magistratura do Paraná) disponível em: <http://www.emap.com.br/conteudo/biblioteca/monografias/Carla%20Souza.pdf>. Acesso em 15/05/2016

VENTURA, Miriam. A transexualidade no tribunal: saúde e cidadania. Rio de Janeiro: Ed. Eduerj. 2010.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. Adequação de Sexo do Transexual: Aspectos Psicológicos, Médicos e Jurídicos. In: Psicologia: Teoria e Prática, Brasília, 2 (2): 88-102. 2000. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/ptp/article/view/1113>

WILLYS, Jean; KOKAY, Érika. Projeto de Lei nº 5002/2013. Brasília. 2013. Disponível em: <http://prae.ufsc.br/files/2013/06/PL-5002-2013-Lei-de-Identidade-de-G%C3%AAnero.pdf>