

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

KELLY ARAUJO BATISTA DE CARVALHO

**O PROBLEMA DA CAPACIDADE JURÍDICA DA PESSOA NA DISPOSIÇÃO DO
GÊNERO: A autonomia da vontade do menor nas relações existenciais**

**BRASÍLIA,
NOVEMBRO 2017**

KELLY ARAUJO BATISTA DE CARVALHO

**O PROBLEMA DA CAPACIDADE JURÍDICA DA PESSOA NA DISPOSIÇÃO DO
GÊNERO: A autonomia da vontade do menor nas relações existenciais**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao curso de Direito do Instituto Brasiliense de
Direito Público – EDB/IDP como requisito
parcial para obtenção de título de bacharel em
Direito

Orientador: Prof. MSc. Danilo Porfírio de
Castro Vieira

**BRASÍLIA,
NOVEMBRO 2017**

Kelly Araujo Batista de Carvalho

O problema da capacidade jurídica da pessoa na disposição do gênero: a autonomia da vontade do menor nas relações existenciais

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito da Escola de Brasília – EDB/IDP como requisito parcial para obtenção de título de bacharel em Direito.

Brasília, 27 de novembro de 2017.

Prof. MSc. Danilo Porfírio de Castro Vieira
Professor Orientador

Prof. Dra. Júlia Maurmann Ximenes
Membro da Banca Examinadora

Prof. Cristian Fetter Mold
Membro da Banca Examinadora

Dedico este trabalho à minha família, pelo apoio incondicional, aos meus amigos, por não me deixarem desanimar, e aos meus amados professores que propiciaram minha chegada até aqui.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, aos meus pais, que, na sua imensa humildade, me apoiaram a seguir meus sonhos e meu coração. Sem a ajuda de ambos, a conclusão da presente obra científica seria impossível.

Também agradeço a ajuda inexorável dos meus orientadores Danilo Porfírio e Paulo Mendes, sem os quais este trabalho não passaria de um amontoado de ideias desconexas. Continuem sendo luz no caminho de seus alunos.

Um agradecimento especial aos meus queridos amigos que me incentivaram a continuar neste caminho, principalmente meu velho amigo Robson Gomes, por me dizer que o mundo não é cor-de-rosa (ele entenderá). Nesse passo, não poderia deixar de agradecer meus queridos colegas Francisco Araújo e Iara Rabelo pelas contribuições neste trabalho. Gratidão.

Por último e não menos importante, ao meu namorado, Maython Rubens, agradeço pelo apoio incondicional na realização desta conquista.

**“O segredo da mudança é focar toda a nossa energia,
não em lutar com o antigo, mas em construir o novo”**

(Sócrates)

RESUMO

A presente pesquisa versa sobre o exercício pessoal dos direitos existenciais por aquelas pessoas naturais consideradas absolutamente incapazes pela atual codificação civilista, por meio do reconhecimento e aplicação do princípio da capacidade progressiva. Dentre esses direitos de personalidade inclui-se a disposição do gênero. O estudo foi realizado mediante pesquisa bibliográfica e documental sob a ótica do sistema teórico *luhmanniano* em conjunto com a teoria do diálogo das fontes na tentativa de delimitar os novos contornos do direito infantojuvenil no ordenamento jurídico brasileiro. Desse modo, este trabalho pretende comprovar se com a utilização das teses retroavaliadas tem-se a tutela efetiva das prerrogativas fundamentais mencionadas ou se há a necessidade de elaboração de uma legislação infraconstitucional específica destinada a resguardar as novas concepções pertinentes à temática. Nesse passo, premente a verificação da produção legislativa acerca do assunto abordado, analisando, conseqüentemente, o projeto de Lei nº 5002/2013, que regula o direito à identidade de gênero, incluindo no rol de legitimados aqueles sujeitos de direitos com idade inferior a dezesseis anos. Destarte, leva-se em consideração o fato da criança e do adolescente serem detentores de uma capacidade moral e cognitiva em constante progressão e, portanto, capazes de entender, racionalizar e atuar nessas situações, dando sentido às expectativas da autonomia da vontade naquelas relações jurídicas sem conotação econômica imediata.

Palavras-chave: Direitos existenciais. Capacidade progressiva. Disposição do gênero. Diálogo das fontes. Autonomia da vontade.

RÉSUMÉ

Le présent recherche traite sur l'exercice personnel des droits existentiels par ces personnes naturelles considérées absolument incapables par l'actuelle codification civile, à travers la reconnaissance et application du principe de la capacité progressive. Parmi ces droits de personnalité, englobe la disposition du genre. L'étude a été réalisée à travers recherche bibliographique et documentaire sous l'optique du système théorique *luhmanniano* en conjointement avec la théorie du dialogue des sources dans la tentative de délimiter les nouveaux contours du droit infanto-juvénile de l'aménagement juridique brésilien. Ainsi, ce travail prétend prouver si avec l'utilisation des théories retro-évalués il y a tutelle effective des prérogatives fondamentales mentionnées ou s'il y a la nécessité d'élaboration d'une spécifique infra-constitutionnelle destinée à préserver les nouvelles conceptions pertinentes à la thématique. Dans cette étape, pressant la vérification de la production législative à propos du sujet abordé, en analysant, en conséquence, le projet de Loi n° 5002/2013, dont régit le droit à l'identité du genre, y compris dans le rôle de légitimés ceux sujets de droits d'un âge inférieur de seize ans. De cette façon, prend en compte le fait de l'enfant et l'adolescent soient détenteurs d'une capacité morale et cognitive en constante progression et, donc ils soient capables de comprendre, rationaliser et agir dans ces cas, en donnant sens aux attentes de l'autonomie de la volonté à celles relations juridiques sans connotation économique immédiate.

Mots-Clés : Droits existentiels. Disposition du genre. Dialogue des sources. Autonomie de la volonté.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas
Art. – Artigo
Arts. Artigos
Cap. – Capítulo
CPC – Código de Processo Civil
CC – Código Civil
CF – Constituição Federal
CFM – Conselho Federal de Medicina
CID – Classificação Internacional de Doenças
CP – Código Penal
CSDC – Convenção Sobre os Direitos da Criança
Dec. – Decreto
Dec.lei – Decreto-lei
DSM – Manual de Diagnóstico e Estatístico das Desordens Mentais
ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente
En. – Enunciado
LGBT – Lésbicas, Gays, Bissexual, Transexuais
MP – Ministério Público
MS – Ministério da Saúde
Port. – Portaria
Res. – Resolução
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
SUS – Sistema Único de Saúde
TIG – Transtorno de Identidade de Gênero

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 NATUREZA E CONDICIONANTES DA TITULARIDADE JURÍDICA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO DIREITO BRASILEIRO.....	14
2.1 NATUREZA JURÍDICA DA PESSOA NATURAL.....	14
2.2 PERSONALIDADE E SUA NATUREZA.....	18
2.2.1 <i>A natureza jurídica do nascituro e o início da personalidade da pessoa natural.....</i>	<i>20</i>
2.2.2 <i>Direitos de personalidade e sua repercussão na esfera existencial do sujeito.....</i>	<i>26</i>
2.3 A CRIANÇA E O ADOLESCENTE COMO SUJEITOS DE DIREITO PERSONIFICADOS.....	30
2.3.1 <i>Evolução histórica da doutrina “menorista” no plano internacional.....</i>	<i>30</i>
2.3.2 <i>Breve resumo histórico do direito da criança e do adolescente no Brasil.....</i>	<i>32</i>
3 A QUESTÃO DA IDENTIDADE DE GÊNERO NA INFÂNCIA E NA ADOLESCÊNCIA.....	37
3.1 CONTEXTUALIZAÇÃO ACERCA DA TEMÁTICA.....	37
3.2 A CONSTRUÇÃO DA REALIDADE SOCIAL: UMA QUESTÃO PREMENTE EM RELAÇÃO AOS DIREITOS LGBTs.....	39
3.3 SEXO, GÊNERO E IDENTIDADE DE GÊNERO.....	42
3.3.1 <i>Desconstruindo e pluralizando o gênero: as contribuições de Joan W. Scott.....</i>	<i>43</i>
3.3.2 <i>A desconstrução do sexo e do gênero sob a ótica de Judith Butler.....</i>	<i>46</i>
3.3.3 <i>Identidade de gênero e diversidade sexual.....</i>	<i>49</i>
3.4 A TRANSEXUALIDADE E CONCEITOS CORRELATOS.....	53
3.4.1 <i>Conceitos iniciais.....</i>	<i>53</i>
3.4.2 <i>Transsexualidade e etiologias.....</i>	<i>55</i>
3.4.3 <i>Transsexualismo e patologização.....</i>	<i>59</i>
3.5 TRANSEXUALIDADE NA INFÂNCIA E NA ADOLESCÊNCIA.....	63

3.5.1 <i>A importância do apoio familiar: uma difícil decisão</i>	66
3.6 PSQUIATRIA E TRANSEXUALIDADE NO BRASIL.....	67
3.6.1 <i>O direito à identidade de gênero e o Projeto de Lei João W. Nery</i>	70
4 A CAPACIDADE PROGRESSIVA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NA DISPOSIÇÃO DE GÊNERO	74
4.1 PERSONALIDADE JURÍDICA <i>VERSUS</i> CAPACIDADE DE EXERCÍCIO: UMA REANÁLISE DOS INSTITUTOS.....	74
4.2 O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE PROGRESSIVA: UMA IMPORTANTE CATEGORIA JURÍDICA PARA A POPULAÇÃO INFANTOJUVENIL.....	79
4.2.1 <i>O direito positivo sob a perspectiva da superabilidade das regras</i>	80
4.3 A CAPACIDADE PROGRESSIVA: UM PARALELO ENTRE ARGENTINA E BRASIL.....	83
4.3.1 <i>A autonomia progressiva do menor no novo Código Civil e Comercial da Argentina</i>	83
4.3.2 <i>A capacidade progressiva no Brasil: uma evolução lenta</i>	85
4.4 O PODER FAMILIAR E A AUTONOMIA DA VONTADE DO INCAPAZ NAS RELAÇÕES INTRAFAMILIARES.....	89
4.5 A INTERPRETAÇÃO SISTÊMICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO: OS NOVOS CONTORNOS DO DIREITO INFANTOJUVENIL.....	94
4.5.1 <i>A mudança social através do direito positivo: o modelo sistêmico luhmanniano</i>	94
4.5.2 <i>A capacidade progressiva sob a ótica da teoria do diálogo das fontes</i>	98
4.6 DA DISPOSIÇÃO DO CORPO POR PARTE DO ABSOLUTAMENTE INCAPAZ.....	103
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	108
REFERÊNCIAS	111

1 INTRODUÇÃO

Na atual sociedade brasileira, observa-se que determinadas proteções de direitos humanos ainda não estão explicitamente tuteladas no ordenamento jurídico pátrio, o que nos leva a um exercício de integração das normas vigentes para que haja a devida guarita dessas prerrogativas especiais. Nesse ínterim, observa-se que a atual codificação civilista veda aos absolutamente incapazes a prática de quaisquer atos da vida civil, englobando, presumidamente, o exercício dos direitos de personalidade.

Dessa forma, a separação entre as categorias jurídicas dos direitos existenciais e patrimoniais faz-se imprescindível para delimitação da profundidade a ser conferida ao instituto jurídico da capacidade de exercício outorgada apenas àquelas pessoas naturais detentoras de capacidade civil plena, sendo que essa somente é reconhecida aos sujeitos de direitos personificados, via de regra, com o passar do tempo e o conseqüente complemento da idade.

Por essa razão, o presente trabalho visa, especificamente, tratar da situação jurídica das pessoas naturais absolutamente incapazes portadoras de transtorno de identidade de gênero e a possibilidade desses entes exercerem pessoalmente os direitos existenciais que lhes são inerentes por meio do reconhecimento e aplicação do princípio da capacidade progressiva internalizado no Brasil quando da ratificação da Convenção Sobre os Direitos da Criança, no início da década de noventa.

Contudo, mesmo havendo a ratificação do referido diploma internacional há quase três décadas, observa-se que a população infantojuvenil carece de uma efetiva proteção desses direitos humanos e fundamentais na órbita jurídica infraconstitucional, acarretando na prática forense constantemente a negação da fruição dos direitos extrapatrimoniais por essas pessoas consideradas absolutamente incapazes, conforme será visto.

Ademais, o debate acerca das questões voltadas ao exercício do direito à identidade de gênero por crianças e adolescentes acendeu acalorados debates na sociedade civil nos últimos tempos, motivo pelo qual uma pesquisa mais aprofundada e específica sobre o tema se mostrou extremamente necessária e atual, tendo em vista que estamos diante de uma minoria que normalmente vive à margem da sociedade e geralmente é silenciada pela autoridade de seus pais. Nesse sentido, foi realizada pesquisa bibliográfica e documental de natureza

qualitativa com o objetivo de recolher e analisar informações e conhecimentos prévios das principais categorias teóricas objetos deste estudo.

Nessa esteira, a utilização da teoria sistêmica *luhmanniana* em conjunto com a tese do diálogo das fontes, proposta inicialmente por Erik Jayme, busca uma análise coordenada entre a pluralidade de normas pertencentes ao direito brasileiro que cuidam da situação jurídica de crianças e adolescentes, visando uma integração harmônica entre as legislações que compõem um mesmo sistema jurídico de forma justa, eficiente e coerente.

Ao lado da aplicação dessas hipóteses, foi verificado o Projeto de Lei nº 5002/2013, ainda em tramitação na Câmara dos Deputados, que regula o exercício do direito à identidade de gênero e menciona expressamente a possibilidade de as pessoas absolutamente incapazes atuarem diretamente naqueles processos que demonstrem o discernimento necessário para tanto. No mais, tendo em vista que o referido projeto legislativo buscou inspiração na lei de identidade de gênero da Argentina, mostrou-se necessária a verificação da regulamentação quanto à capacidade jurídica na infantoadolescência naquele país.

Em linhas gerais, o segundo capítulo se dedica ao estudo da pessoa natural e a respectiva aquisição da personalidade jurídica, ambos institutos regulamentados pelo Código Civil. Assim, também será alvo de análise os direitos de personalidade e a sua repercussão na esfera existencial dos sujeitos de direitos personificados. Nesses termos, verificar-se-á a transição do *status* das crianças e adolescentes de objetos de direito à pessoa, portadores de personalidade e capacidade tanto quanto um adulto absolutamente capaz, abordando os elementos inerentes a essa temática.

Em seguida, serão discutidas questões relativas à construção dos padrões sexuais dentro das sociedades humanas, com ênfase nas abordagens sobre gênero de Joan Scott e Judith Butler, na tentativa de desmistificar alguns conceitos correlacionados à sexualidade, inclusive na infância e adolescência, fases imprescindíveis para o saudável desenvolvimento psicológico do ser humano. Ainda nesse ponto, se abordará o problema da transexualidade, quer dizer, das pessoas que apresentam identidade de gênero cruzada, especialmente nas manifestações ocorridas na infantoadolescência, sua possível gênese e a patologização e posterior procedimentalização terapêutica do que se convencionou chamar, nos anais da medicina moderna, de transtorno de identidade de gênero.

Por fim, se buscará redefinir novos contornos para o exercício dos direitos de personalidade por aqueles que ainda não detêm a capacidade civil plena, visto que a questão enfrentada não era sequer cogitada na sociedade brasileira quando da promulgação da atual legislação civil. Destarte, realizar-se-á um estudo acurado acerca da teoria da superabilidade das regras jurídicas, proposta por Humberto Ávila, bem como a inclusão do instituto da capacidade progressiva no ordenamento jurídico nacional com base na interpretação sistêmica histórico-dogmática das normas que circundam a discussão proposta neste trabalho.

Nesse ínterim, a escolha da teoria do diálogo das fontes se deu pelo fato de ela sugerir que a interpretação da legislação vigente em um determinado ordenamento jurídico deve ser realizada de forma una, coordenada e não isoladamente, o que coaduna com perfeição à teoria sistêmica proposta por Niklas Luhmann, crítico ferrenho da positividade dogmatizada do direito, que também foi suscitada como possível resposta às inquietações lançadas.

2 NATUREZA E CONDICIONANTES DA TITULARIDADE JURÍDICA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO DIREITO BRASILEIRO

Neste capítulo, são abordados elementos importantes para a construção teórica do presente trabalho, perpassando pelos conceitos de pessoa natural e personalidade jurídica e os direitos a ela inerentes e como se deu a caracterização das crianças e adolescentes como sujeitos de direitos personificados e indiscriminadamente detentores de todos os atributos inerentes aos seres pertencentes à espécie humana.

2.1 NATUREZA JURÍDICA DA PESSOA NATURAL

Inicialmente, imprescindível analisarmos a conceituação jurídica dada ao termo pessoa¹. Para a doutrina civilista tradicional, pessoa é sinônimo de sujeito de direitos. Francisco Amaral, em conceito passível de críticas, pondera:

Sujeito de direito é quem participa da relação jurídica, sendo titular de direitos e deveres. São sujeitos de direito as pessoas naturais, isto é, os seres humanos, e as pessoas jurídicas, grupos de pessoas ou de bens a quem o direito atribui titularidade jurídica. Os animais não são sujeitos. São coisas e, como tal, possíveis objetos de direito².

Na lição de Washington de Barros Monteiro, a palavra pessoa pode ser tomada em três acepções distintas³:

- o *vulgar*, em que pessoa é sinônimo de ser humano, embora tal acertativa não seja precisa, ante a existência de instituições que têm direitos e deveres, sendo consideradas *pessoas* e devido ao fato de já haverem existido humanos que não eram tidos como pessoas (escravos, por exemplo);
- o *filosófico*, segundo o qual a pessoa é o ente dotado de razão, que realiza um fim moral e exerce seus atos de modo consciente;

¹ Segundo W. de Barros Monteiro, “A palavra *pessoa* advém do latim, emprestada à linguagem teatral na antiguidade romana. Primitivamente, significava *máscara*. Os atores adaptavam ao rosto uma máscara, provida de disposição especial, destinada a dar eco às suas palavras. *Personare* queria dizer, pois, ecoar, fazer ressoar. A máscara era uma *persona*, porque fazia ressoar a voz da pessoa. Por curiosa transformação no sentido, o vocábulo passou a significar o papel que cada ator representava e, mais tarde, exprimiu a atuação de cada indivíduo no cenário jurídico. Por fim, complementando a evolução, a palavra passou a expressar o próprio indivíduo que representa esses papéis. Nesse sentido é que empregamos atualmente”. In: **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1. p. 61.

² AMARAL, Francisco. **Direito Civil**. 6. ed. São Paulo: Renovar, 2006. p. 215.

³ MONTEIRO, W. de Barros. op. cit. p. 62.

- o *jurídico*, que considera como pessoa todo ente físico ou moral, suscetível de direitos e obrigações. É nesse sentido que pessoa é sinônimo de sujeito de direito ou sujeito da relação jurídica.

Ademais, Caio Mário observa que a noção de pessoa está intimamente ligada à de personalidade, “pois exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair deveres. Esta aptidão é hoje reconhecida a todo ser humano, o que exprime uma conquista da civilização jurídica⁴” e, finaliza Francisco Amaral, “a personalidade surge como projeção da natureza humana. E a pessoa passa a ser sinônimo de sujeito de direito”⁵. Em suma, A doutrina civilista clássica esclarece que pessoa é o sujeito de direito capaz de titularizar relações jurídicas.

Por essa razão, no direito moderno, todo ser humano goza, inexoravelmente, de personalidade jurídica. Isso implica dizer que a aquisição da referida prerrogativa, no Brasil, não comporta discriminação de idade, sexo, raça, cor, estado de saúde, nacionalidade e não está condicionada a forma humana como era no direito romano⁶. Assim, a personalidade jurídica não pode ser, por nenhum motivo, mitigada ou suprimida, não restando a existência de pessoa sem o gozo dessa peculiar característica.

Nesses termos, a atual codificação civil cuida, em primeiro plano, da intitulada *pessoa natural* como sujeito de direitos e deveres, entre os arts. 1º a 39. Carlos Roberto Gonçalves, coadunando com a inteligência da lei, pontua que, “como o direito regula a vida em sociedade e esta é composta por pessoas, o estudo do direito deve começar por elas, que são os sujeitos das relações jurídicas”⁷. Nesse sentido, o dispositivo inaugural da norma privada enuncia que “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”⁸.

⁴ PEREIRA, Caio Mario da Silva, **Instituições de Direito Civil**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 1. p. 181.

⁵ AMARAL, Francisco. **Direito Civil**. 6. ed. São Paulo: Renovar, 2006. p. 217.

⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil Interpretado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 2.

⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1. p. 97.

⁸ O jurista Flávio Tartuce (2016, p. 73) afirma que podem ser retiradas três constatações acerca do art. 1º do atual Código Civil em comparação com o art. 2º da codificação anterior: a primeira diz respeito à substituição da palavra *homem* por pessoa “adaptando-se à Constituição Federal, que consagra a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III). Destaca que tal mudança ocorreu por conta do movimento feminista, entabulando a pós-modernidade jurídica. A segunda constatação diz respeito à referência a deveres e não a obrigações como ocorria na lei anterior, tendo em vista a existência de deveres não obrigacionais. E, por fim, a terceira constatação ressalta que, “ao mencionar a pessoa na ordem civil, há um sentido de sociabilidade.

Vale notar que o Código Civil de 2002 substituiu o termo *homem* por *pessoa* em razão do apego à absoluta igualdade entre os sujeitos de direitos personificados pertencentes a espécie humana, em conformidade com o disposto na atual Constituição Federal⁹. No mais, houve a tentativa de substituir a palavra *homem* por *ser humano*, mas a comutação da terminologia foi meramente cosmética, visto que sempre se entendeu que a referência a *homem*, de forma genérica, diz respeito à humanidade como um todo¹⁰.

Aprofundando a questão, Teixeira de Freitas apontava a confusão em torno do conceito jurídico conferido à pessoa¹¹:

Toullier quis ver pessoas distintas em cada estado ou situação das pessoas, como representantes mascarados da antiga comédia. Deslisle e Saint-Prix concordam com Toullier. Duraton quer que a palavra pessoa seja sinônimo de indivíduo. Marcadé censura com razão a Toullier não admitindo distinção entre a pessoa e o homem. Demolonibe diz que as palavras pessoa, estado, capacidade, não são suscetíveis de uma definição rigorosamente exata; o que não impediu de reconhecer (suas expressões) a existência de certas pessoas puramente fictícias e jurídicas como o Estado, os municípios e os estabelecimentos públicos. Ainda ultimamente, o Projeto do Cód. Civ. de Portugal trouxe estampado, em seu artigo 1º, que só o homem era pessoa.

Desse modo, até os dias atuais persiste a divergência doutrinária no que se refere à terminologia “pessoa natural”, copiada do velho Código Civil de 1916 e não esclarecida pela codificação civilista vigente.

Em comparação, o Código Civil Argentino de 1871, sob a influência de Teixeira de Freitas, adotou em seus *artículos* 31 e 32 a nomenclatura “ser de existência visível” em contraste com os “seres de existência ideal”, que seriam as pessoas jurídicas¹². Maria Helena Diniz critica essa expressão por atender apenas à corporalidade do ser humano¹³.

Adotando uma postura mais juspositivista, Paulo Lôbo defende que o termo “pessoa física” é a mais tradicional e adequada. Nesse sentido, o autor fomenta que “A CF não alude a ‘pessoa natural’, preferindo simplesmente pessoa no sentido de portadora de direitos e deveres civis; ‘pessoa humana’ e ‘indivíduo’ são termos empregados para as questões pertinentes à

⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil Interpretado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 2.

¹⁰ *Ibid.*, loc. cit.

¹¹ FREITAS, A. Teixeira de. **Esboço do Código Civil**, s.i., s.n., 1864, p. 10.

¹² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1.

¹³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 163.

cidadania”¹⁴. Ademais, a legislação brasileira, no que concerne ao imposto de renda, aderiu à denominação pessoa física¹⁵.

Para melhor decifrar a questão, far-se-á um breve paralelo entre as teorias do positivismo jurídico contraposto à ideia de direito natural. Nesse diapasão, Norberto Bobbio recorda que¹⁶:

Toda a tradição do pensamento jurídico ocidental é dominada pela distinção entre o “direito positivo” e “direito natural”, distinção que, quanto ao conteúdo conceitual, já se encontra no pensamento grego e latino; o uso da expressão “direito positivo” é, entretanto, relativamente recente, de vez que se encontra apenas nos textos latinos medievais.

A distinção conceitual entre direito natural e direito positivo já podia ser encontrada em Platão e em Aristóteles. No livro V de sua *Ética a Nicômaco*, esse último pensador inicia o capítulo VII¹⁷:

Da justiça civil uma parte é de origem natural, outra se funda em lei. Natural é aquela justiça que mantém em toda parte o mesmo efeito e não depende do fato de que pareça boa a alguém ou não; fundada na lei é aquela, ao contrário, de que não importa se suas origens são estas ou aquelas, mas sim como é, uma vez sancionada.

Nesse passo, Aristóteles emprega dois critérios para estabelecer uma diferenciação entre o direito natural e o direito positivo. Assim, o direito natural tem em toda parte a mesma eficácia, em contrapartida ao direito positivo, que só é eficaz nas comunidades políticas em que é posto no mundo dos fatos. O segundo critério se refere ao ponto de que o direito natural prescreve ações cujo valor não depende do juízo que sobre elas tenha o sujeito, mas existe independentemente de parecerem boas ou ruins a uns ou a outros. Em oposição, o direito positivo é aquele que estabelece ações que, antes de serem reguladas, podem ser desempenhadas de qualquer forma pelo sujeito, mas após a regulação por meio de lei, só podem ser exercidas dentro da moldura estabelecida¹⁸.

Ainda nesse tema, Bobbio revela a distinção entre o *jus gentium* e o *jus civile*:

¹⁴ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Parte Geral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 94.

¹⁵ Maria Helena Diniz (2002, p. 137) esclarece que a designação “pessoa jurídica” é utilizada na França e na Itália e nosso ordenamento utiliza a expressão para regulamentar o imposto de renda. Criticou a imprecisão da terminologia ao afirmar que desnaturava o homem, pois desconsiderava suas qualidades morais e espirituais, enquanto realçava apenas o aspecto material.

¹⁶ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995. p. 15.

¹⁷ Da tradução de A. Plebe, ed. Laterza, p. 144-145 *apud* BOBBIO, Norberto. op. cit., p. 15.

¹⁸ BOBBIO, Norberto. op. cit., 1995.

O *jus gentium* e o *jus civile* correspondem à nossa distinção entre direito natural e o direito positivo, visto que o primeiro se refere à natureza (*naturalis*) e o segundo às instituições do *populus*. Das distinções ora apresentadas temos que são dois os critérios para distinguir o direito positivo (*jus civile*) do direito natural (*jus gentium*):

- a) O primeiro limita-se a um determinado, ao passo que o segundo não tem limites;
- b) O primeiro é posto (isto é, por uma entidade social criada pelos homens), enquanto o segundo é posto pela *naturalis ratio*¹⁹.

Já no pensamento moderno, destaca-se a dicotomia entre direito natural e direito positivo apresentada por Hugo Grócio²⁰:

O direito natural é um ditame da justa razão a mostrar que um ato é moralmente torpe ou moralmente necessário segundo seja ou não conforme à própria *natureza racional* do homem, e mostra que tal ato é consequência disto vetado ou comandado por Deus, enquanto autor da natureza [...] Os atos relativamente aos quais existe um tal ditame da justa razão são obrigatórios ou ilícitos por si mesmos.

Desse modo, em razão da própria condição especial do ser humano, que não pode ficar preso a um conceito legalista incauto e enrijecido, a doutrina aderiu, majoritariamente, à nomenclatura *pessoa natural* “para enxergar a pessoa tal como existe, com todos os predicados que sua individualidade enfeixa, a fim de lhe conferir, neste estado, os atributos da personalidade”²¹. Pessoa natural é, portanto, o *homem* tal como ele é com todas as qualidades que incorporam a sua individualidade, é o ser sujeito a deveres e revestido de direitos inatos, dotado de personalidade jurídica²².

2.2 PERSONALIDADE E SUA NATUREZA

Precipuamente, conforme conceituação retirada do *Dicionário Jurídico*, no Direito Civil a terminologia personalidade jurídica se refere a:

¹⁹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995. p. 18.

²⁰ *De jure belli ac pacis* (1, 10), Grócio formula a distinção entre os termos *jus naturale* e *jus voluntarium apud* BOBBIO, Norberto. op. cit., loc. cit.

²¹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2014, p. 182.

²² Em complemento a esse entendimento, Farias e Rosendal (2015, p. 257) acrescentam que “A pessoa Natural é gente, é o ser humano com vida, aquele ente dotado de estrutura biopsicológica, pertencente à natureza humana. Daí a denominação abraçada pelo Texto Positivado: pessoa natural, isto, é, aquele que pode assumir obrigações e titularizar direitos”.

1. Aptidão legal de ser sujeito de direitos. 2. Qualidade da pessoa natural que se inicia com o nascimento, gerando direitos e deveres, no âmbito patrimonial ou obrigacional, na seara cível, resguardando-se, contudo, os direitos da personalidade do nascimento, e *in potentia* os seus direitos patrimoniais e pessoais desde a concepção²³.

Nesses termos, a personalidade, no direito, é “um atributo que consiste na aptidão para o desempenho de um papel jurídico, ou seja, para adquirir direitos e contrair obrigações”²⁴, sendo conferida a todo ser vivo advindo de mulher, independentemente de cor, sexo, idade ou aparência, possibilitando a titularidade das relações jurídicas, conforme já foi esclarecido.

Segundo Farias e Rosenvald, “a noção de personalidade jurídica é o cerne, a base, que sustenta juridicamente, todas as pessoas, garantindo-lhes um mínimo de proteção fundamental”²⁵. Nesse sentido, Venosa ensina que “A personalidade jurídica é projeção da personalidade íntima, psíquica de cada um; é projeção social da personalidade psíquica, com consequências jurídicas”²⁶. Por sua vez, Beviláqua a define como “a aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém, para exercer direitos e contrair obrigações”²⁷.

Em tese, entende-se que a personalidade é uma prerrogativa inerente à pessoa natural, por meio da qual se permite o ingresso na ordem jurídica, sendo uma condição preliminar de todos os direitos e deveres. Atualmente a legislação civil, diferentemente do Código de 1916, refere-se a deveres no lugar de obrigações, evidentemente para englobar não somente as relações patrimoniais, mas também as existenciais²⁸. Portanto, é por meio da personalidade que o ser humano é juridicamente reconhecido como pessoa natural e existe não apenas no mundo dos fatos, mas também no mundo do direito.

Não obstante, Donizetti e Quintella fazem algumas observações quanto à suposta “crise da personalidade”, enfrentada hodiernamente:

Uma leitura contemporânea, atenta e crítica da teoria da personalidade jurídica não pode deixar de contemplar a crise ocasionada pelas pressões pelo reconhecimento da aptidão para serem sujeitos de direitos de outros

²³ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. 2a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 661. v. 3.

²⁴ PELUSO, César et. al. **Código Civil Comentado**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Manole, 2010. p. 15.

²⁵ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. 13. ed. rev. ampl. e atua. São Paulo: Atlas, 2015. p. 132.

²⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 137. v. 1.

²⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1975. p. 78-79.

²⁸ PELUSO, César et. al. op. cit., p. 15.

entes, como o nascituro e alguns animais não humanos, como revela vasta produção bibliográfica e acadêmica atualmente²⁹.

Nesse sentido, os autores observam a existência de propostas de substituição da teoria da personalidade por outras teses relativas à predisposição, capacidade e aptidão para ser sujeito de direitos, como, por exemplo, a “teoria relativa-dogmática dos sujeitos de direito sem personalidade”³⁰, proposta por Cezar Fiúza³¹.

Aliás, independentemente de haver ou não uma crise da personalidade jurídica, o que se pode esclarecer de pronto é que a referida categoria jurídica, em analogia ao Direito Romano Clássico³², é a máscara conferida ao ser humano, em determinado momento da sua existência³³, independente de quaisquer condições ou vontade, para que esse adentre no cenário jurídico-social com todos os atributos, qualidades e prerrogativas imanentes à sua condição de ente juridicamente tutelado, ou seja, a personalidade, como dito, garante ao sujeito a possibilidade jurídica de adquirir direitos e contrair deveres³⁴.

Enfim, a simples existência do ser humano vivo outorga-lhe a qualidade de pessoa natural portadora de personalidade jurídica, não havendo, *a priori*, possibilidade de supressão ou mitigação dessa qualidade fundamental, como ocorre com a capacidade jurídica, instituto esse que será objeto de estudos em momento oportuno³⁵.

2.2.1 A natureza jurídica do nascituro e o início da personalidade da pessoa natural

A situação jurídica do nascituro é um dos temas mais sensíveis no direito civil brasileiro, causando embaraço tanto na doutrina quanto na jurisprudência, porquanto a letra fria do art. 2º do Código Civil é deveras ambígua, ao assim dispor:

²⁹ DONIZETTI, Elpídio; Felipe Quintella. **Curso Didático de Direito Civil**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016. p. 89.

³⁰ *Ibid.*, loc. cit.

³¹ FIUZA, César. **Teoria Filosófico-Dogmática dos sujeitos de direitos sem personalidade**. Disponível em: <<https://vetustup.files.wordpress.com/2013/05/teoria-filosofico-dogmatica-dos-sujeitos-de-direito-sem-personalidade-cesar-fiuza.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

³² Cf. nota 1 deste capítulo.

³³ Deve-se levar em consideração que cada ordenamento jurídico irá determinar o momento que inicia a personalidade jurídica de seus pares. Como veremos, este é ponto deveras controverso no ordenamento jurídico brasileiro.

³⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil Interpretado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p 1.

³⁵ PELUSO, César et. al. **Código Civil Comentado**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Manole, 2010. p. 16.

A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro³⁶.

Observa-se que o legislador previu o início da personalidade jurídica, mas, ao salvaguardar os direitos do nascituro desde a concepção, permitiu que se instalasse uma celeuma no meio doutrinário. Afinal, o feto teria ou não personalidade jurídica? E, se tiver, em qual momento ela se inicia? Para respondermos a essas e outras questões, devemos nos atentar a alguns pontos relevantes ao tema.

A princípio, a palavra nascituro deriva do verbete latino: *nasciturus*, significando aquele que está sendo gerado no seio materno, que está por nascer³⁷. Daí a definição de Pontes de Miranda no sentido de que nascituro “é o concebido ao tempo que se apura se alguém é titular de direito ou de pretensão, ação, ou exceção, dependendo a existência de que nasça com vida”³⁸, melhor dizendo, é o ser concebido, “mas não nascido, ainda se acha nas entranhas maternas”³⁹.

Não obstante, conforme salientando, “Acirrados debates doutrinários são travados no que tange à natureza jurídica do nascituro, ou seja, quanto à sua posição topológica no quadro do Direito Civil”⁴⁰. Isso tudo porque o legislador perdeu a oportunidade histórica de aclarar a natureza jurídica do concebido, mas não nascido. De modo diverso, o Congresso Nacional manteve a imprecisão conceitual do art. 4º do Código de Beviláqua⁴¹, deixando que a controvérsia fosse dirimida doutrinariamente.

Nesses termos, a personalidade jurídica é direito fundamental conferido a toda pessoa natural nascida com vida, possibilitando a titularidade das relações jurídicas, mas, ao resguardar os direitos do nascituro, o legislador permitiu que este também titularizasse essas mesmas relações e, inclusive, as que versem sobre matéria patrimonial imediata: “O nascituro é beneficiário de doação (art. 542) e herança (art. 1.799), direitos patrimoniais materiais,

³⁶ BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22 out. 2017.

³⁷ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, v. 1.

³⁸ *Ibid.*, p. 217.

³⁹ PELUSO, César et. al. **Código Civil Comentado**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Manole, 2010. p. 16.

⁴⁰ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. 13. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 260

⁴¹ “Art. 4. A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”.

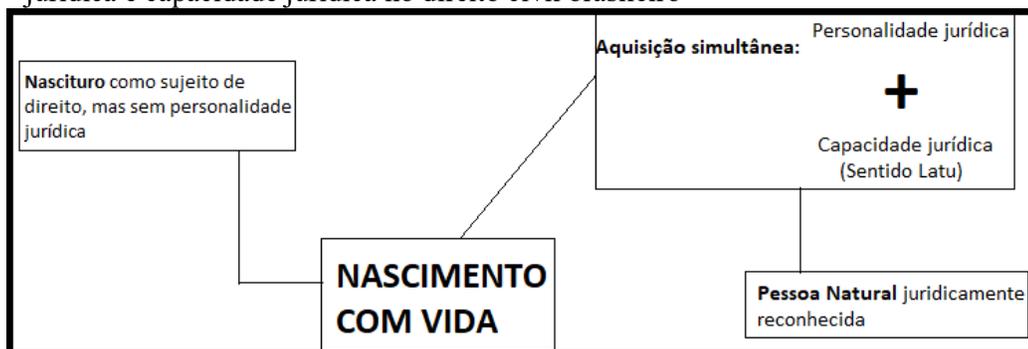
podendo o representante legal entrar na posse de bens doados ou herdados, provando-se a gravidez, por meio da posse em nome do nascituro[...]”⁴².

Visto isso, a doutrina se vale de três teorias na tentativa de decifrar a contradição existente na lei civil. Veja-se⁴³:

[...] A *natalista* afirma que a personalidade civil somente se inicia com o nascimento com vida; a da *personalidade condicional* sustenta que o nascituro é pessoa condicional, pois a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida, não se tratando propriamente de uma terceira teoria, mas de um desdobramento da teoria natalista, visto que também parte da premissa de que a personalidade tem início com o nascimento com vida; e a *concepcionista* admite que se adquira a personalidade antes do nascimento, ou seja, desde a concepção, ressalvados apenas os direitos patrimoniais, decorrentes de herança, legado e doação, que ficam condicionados ao nascimento com vida.

Embora a doutrina utilize argumentos sofisticados e, muitas vezes, complexos para tentar desmistificar o que o legislador quis dizer ao instituir o Código Civil atualmente em vigor, a interpretação dada ao nebuloso artigo 2º pode ser feita de maneira muito simples e mesmo assim coerente. Nesse sentido, observe o esquema a seguir:

Figura 1 – Quadro esquemático exemplificando a aquisição dos institutos da personalidade jurídica e capacidade jurídica no direito civil brasileiro



Fonte: Elaborado pela autora.

Nessa perspectiva teórica, o nascituro se encontra na categoria de sujeito de direito sem personalidade jurídica, amoldando-se com certa tranquilidade na tese da crise da personalidade jurídica que defende a existência de seres ou coisas que têm a natureza jurídica de sujeitos de direito despersonalizados.

⁴² MACHADO, Costa (Coord.); CHINELLATO, Silmara Juny. **Código Civil Interpretado**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 3. ed. São Paulo: Manole, 2010. p. 29.

⁴³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1, p. 103.

No mais, a doutrina civilista clássica majoritariamente utiliza os termos sujeitos de direitos e pessoa natural como sinônimos, haja vista que apenas caberia a um ente personificado a titularidade em uma relação jurídica. Nesse sentido, o autor Francisco do Amaral, no trecho citado no primeiro parágrafo deste trabalho, enquadra como coisas os animais, sendo que nessa categoria poderíamos facilmente incluir o nascituro, a massa falida e todos os demais sujeitos despersonificados não humanos.

Em contrapartida, César Fiuza⁴⁴ reconhece no homem o epicentro do ordenamento jurídico pátrio, sendo a pessoa sujeito de direito, por suas qualidades ínsitas, adquirindo a prerrogativa de adquirir direitos e deveres de acordo com as normas vigentes. Acrescenta que não se trata de um simples ente jurídico, “mas um ser complexo, inserido num meio complexo, titular de direitos e deveres também complexos [...] Esta, no fim de tudo, é a visão de pessoa resultante de todas as teorias preocupadas com sua essência. Ser pessoa é, antes de tudo, ser sujeito de direito”, mas não se resume a apenas isto.

Visto isso, uma parcela de estudiosos suscita pela existência de sujeitos de direitos sem personalidade jurídica. É nesse sentido que Luiz Walter Coelho Filho identifica 81 tipos e 38 subtipos legais de entes jurídicos no Direito Brasileiro, sendo que a classificação desenvolvida em seu trabalho cataloga 37 sujeitos de direitos não personificados.

A classificação adota quatro fins: civis, públicos, ideais e econômicos. A tradicional divisão em Direito Público e Privado pode e deve ser reduzida à noção de fins. Este método permite uma ordenação dos sujeitos a partir da finalidade utilizando um critério muito simples: alguns sujeitos existem para servir à condição do homem e do indivíduo (civil), outros organizam a totalidade dos cidadãos (público), outros servem aos propósitos ideais do homem (ideais) e, por fim, outros tantos instrumentalizam a atividade econômica. Estas são as quatro faces da relação entre finalidade e tipos de sujeitos⁴⁵.

Desse modo, a referida classificação de sujeitos de direito adota a finalidade civil, público, ideais e econômicos, não cabendo mais a velha máxima de utilizar como sinônimos as terminologias: sujeito de direito e pessoa natural, uma vez que a tutela jurídica de determinados entes não pode estar vinculada à aquisição de personalidade jurídica. Em vista disso:

⁴⁴ FIUZA, César. **Teoria filosófico-dogmática dos sujeitos de direitos sem personalidade**. Disponível em: <<https://vetustup.files.wordpress.com/2013/05/teoria-filosofico-dogmatica-dos-sujeitos-de-direito-sem-personalidade-cesar-fiuza.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

⁴⁵ COELHO FILHO, Luiz Walter. **Sujeitos de Direito**: Teoria Geral. Campo Grande: Contemplar, 2015. p. 28.

A relação entre titularidade e proteção também serve para distinguir sujeito e objeto. Uma floresta pode ser objeto de proteção, mas jamais será titular de direitos. Entretanto, o nascituro pode ser protegido e é titular de direitos. Ao nascer com vida, ele se transforma em indivíduo e traz em si os direitos que adquiriu enquanto era feto⁴⁶.

Decerto, não é o fato de o nascituro gozar de proteção legal que o reveste automaticamente de personalidade jurídica, muito embora deter capacidade para alguns atos não significa dizer que a ordem jurídica nacional lhe tenha atribuído personalidade⁴⁷. Corroborando com essa posição, Ana Lúcia P. de Barros acrescenta que o nascituro desfruta apenas de uma expectativa de direito, isto é, encontra-se em uma condição suspensiva que lhe garante os direitos apenas se vier a nascer com vida⁴⁸.

Diante do exposto, entende-se o nascituro como um sujeito de direito não personificado, visto que a personalidade jurídica somente é conferida à pessoa natural após o nascimento com vida, garantindo ao *homem* a passagem do estado de mera expectativa de direito a ser capaz de titularizar, exercer e tutelar direitos e deveres na órbita jurídica nacional.

Em suma, “a personalidade somente advém do nascimento com vida”⁴⁹. Esse evento ocorre quando a criança é separada do útero materno, independentemente de o parto ter ocorrido pela via natural ou mediante intervenção cirúrgica ou medicamentosa: o importante é que a unidade biológica seja desfeita em dois corpos com vida orgânica própria, mesmo que ainda não tenha havido o rompimento do cordão umbilical⁵⁰. Por esse ângulo, “Quando o nascimento se consuma, a personalidade jurídica começa. Não é preciso que se haja cortado o cordão umbilical; basta que a criança haja terminado de nascer (= sair da mãe) com vida”⁵¹.

Por conseguinte, desnecessário o efetivo desligamento entre os corpos do infante e sua genitora para que a aquisição da personalidade jurídica seja concluída. Assim, prevalece em nosso ordenamento a inteligência do art. 53, § 2º da Lei de Registros públicos:

⁴⁶ COELHO FILHO, Luiz Walter. **Sujeitos de Direito**: Teoria Geral. Campo Grande: Contemplar, 2015. p. 28.

⁴⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil Interpretado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 4.

⁴⁸ BARROS, Ana Lúcia Porto de et. al. **O Novo Código Civil Comentado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002. p. 4.

⁴⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. op. cit., loc. cit.

⁵⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Parte Geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1, p. 101.

⁵¹ MIRANDA, PONTES de. **Tratado de Direito Privado**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. v. 1. p. 217.

No caso de a criança morrer na ocasião do parto, tendo, entretanto, respirado, serão feitos os dois assentos, o de nascimento e o de óbito, com os elementos cabíveis e com remissões recíprocas⁵².

Por outro lado, para adquirir personalidade jurídica, é imprescindível que ao nascer a pessoa em potencial esboce sinais vitais suficientes, ou seja, deve respirar ao menos uma vez. A propósito, a norma civil brasileira não determina a viabilidade do sujeito como ressalva à aquisição da personalidade jurídica, não exigindo, nesse ínterim, aptidão para vida. Para ilustrar, a legislação civil da Espanha condicionava o reconhecimento da personalidade à forma humana e estipulava um prazo de vinte e quatro horas para que fosse conferido ao nascido a condição de pessoa. Contudo, atualmente, o artigo 30 da legislação daquele País possui a seguinte redação:

*La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno*⁵³.

Assim, a legislação infraconstitucional, para que haja o reconhecimento da personalidade, não requer outra condicionante a não ser o nascimento com vida⁵⁴. Dispensa-se, portanto, a exigência de viabilidade ou de que o ser exiba feições humanas, tendo em vista o referendado princípio da dignidade da pessoa humana⁵⁵. Enfim, mesmo que o infante nasça, respire e morra, será reconhecida a sua personalidade e a respectiva condição de pessoa. No mais, a constatação acerca da morte do feto durante o parto terá repercussão nas questões sucessórias: “O nascimento sem vida atua, para doação e herança, como condição resolutiva, problema que não se apresenta em se tratando dos direitos não-patrimoniais”⁵⁶.

Desse modo, se o nascituro, na ocorrência do parto, nasceu, respirou e viveu, mesmo que por poucos segundos, durante esse breve instante recebeu todo patrimônio a título de

⁵² BRASIL. Lei nº 6.015. de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 28 set. 2017.

⁵³ A última modificação à lei espanhola, realizada em 6 de outubro de 2015, alterou o artigo 30 que passou a condicionar a aquisição da personalidade jurídica da pessoa apenas ao nascimento com vida, se aproximando muito da nossa atual legislação. *ESPAÑA. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil*. Disponível em: <<http://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2017.

⁵⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1. p. 101-102.

⁵⁵ Pontes de Miranda esclarece que “o Código Civil desconhece monstro, *monstra*. Quem nasce de mulher é ser humano.”. In: MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. v. 1. p. 217.

⁵⁶ MACHADO, Costa (Coord.); CHINELLATO, Silmara Juny. **Código Civil Interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. 3. ed. São Paulo: Manole, 2010. p. 29.

herança e o transmitiu a seus herdeiros. Se for natimorto, não adquiriu personalidade jurídica e, por conseguinte, não chegou a receber nem a transmitir legado algum.

Em última análise, verifica-se o nascimento com vida por meio da respiração:

Comprova-se o nascimento com vida através da presença de ar nos pulmões, pela respiração, por meio de um procedimento médico denominado *docimasia hidrostática de Galeno* ou *docimasia pulmonar*. Ou seja, é a presença do ar atmosférico nos pulmões que determina o início da personalidade. Assim, respirou, nasceu com vida⁵⁷.

Aliás, a medicina já dispõe de outros meios, inclusive o exame de outros órgãos, para aferir a circulação ou não de ar no corpo do infante pré-morto⁵⁸.

Em conclusão, repisa-se que a personalidade é um direito fundamental inerente à natureza jurídica da pessoa natural que tem início a partir de seu nascimento com vida, mas os direitos do nascituro, de acordo com que foi narrado, devem ser respeitados desde a concepção.

2.2.2 Direitos de personalidade e sua repercussão na esfera existencial do sujeito

A priori, indaga-se a natureza jurídica da personalidade: seria ela apenas uma particularidade relativa à natureza humana ou um direito subjetivo propriamente dito? Nesse sentido, Pontes de Miranda advoga que “a personalidade em si não é direito; é qualidade, é o ser capaz de direitos, o ser possível estar nas relações jurídicas como sujeito de direitos⁵⁹”. Diante de tal assertiva, o autor refuta que “andaram mal os juristas em verem que, *edictando-se* regras jurídicas de cuja incidência resulta personalidade, conseqüentemente se criou *direito de personalidade*”⁶⁰.

No entanto, Farias e Rosenvald afirmam que a personalidade não é uma simples aptidão genérica reconhecida a toda e qualquer pessoa para titularizar relações jurídicas, não podendo, pois, estar aprisionada no singelo conceito de sujeito de direito:

⁵⁷ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. p. 259.

⁵⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 102. v. 1.

⁵⁹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. v. 1, p. 216.

⁶⁰ *Ibid.*, loc. cit.

Enfim, além de servir como fonte de afirmação da aptidão genérica para titularizar relações jurídicas, a personalidade civil traduz o valor maior do ordenamento jurídico, servindo como órbita ao redor da qual gravitará toda a legislação infraconstitucional. É valor ético, oriundo dos matizes constitucionais, especialmente a *dignidade da pessoa humana*.

Afirma-se, pois, “que a personalidade não se resume à possibilidade de ser titular de direitos e obrigações, ou seja, ao conceito abstrato de pessoa próprio do ideário oitocentista, importando o reconhecimento de direitos que tocam somente ao ser humano, expressão de sua própria existência”, no dizer de Rafael Garcia Rodrigues⁶¹.

Assim sendo, não pode a personalidade jurídica ser considerada mera qualidade de sujeito de direito, visto que tal prerrogativa é a base que sustenta todo o ordenamento jurídico, influenciando, conseqüentemente, na edição das legislações de natureza infraconstitucional, que devem garantir e preservar a dignidade da pessoa humana⁶².

Doutro modo, verifica-se que a pessoa natural é titular de relações jurídicas tanto patrimoniais quanto existenciais. Dessarte, têm-se situações jurídicas individuais passíveis de mensuração econômica, isto é, o patrimônio do ente personificado. Por outro lado, os direitos de personalidade são voltados à afirmação dos valores não-patrimoniais do *homem*. Vale mencionar que os direitos existenciais são eivados de mensuração econômica imediata, não se destacando da pessoa de seu titular⁶³. Assim, os direitos extrapatrimoniais constituem verdadeiros direitos de índole subjetiva, inerentes à própria condição de pessoa⁶⁴, melhor dizendo, tais direitos são a “medula da personalidade”⁶⁵.

Compreender a importância dos direitos de personalidade terá grande relevância para o melhor entendimento acerca da discussão proposta no quarto capítulo desta pesquisa. Dessa

⁶¹ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. p. 136.

⁶² “conceito de dignidade humana não se esgota em uma mera funcionalidade constitucional, porque a ideia da livre constituição e pleno desenvolvimento do indivíduo sob o manto de instituições justas (igualitária e fraterna) caracteriza-se por ser um elemento axiológico objetivo de caráter indisponível que, junto com os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o respeito à lei e aos direitos dos demais, configuram o fundamento último da ordem política e da paz social. A dignidade da pessoa humana não é, portanto, mais uma ideia valorativa (o melhor) dentro do esquema constitucional, senão que expressa um dos fundamentos da ordem estabelecida. A sua colocação na Constituição como princípio normativo fundante (o devido) dota-o de um significado especialmente relevante: como princípio constitucional fundamental, inviolável e indisponível e, como tal, como critério axiológico, normativo, vinculante e irrenunciável da práxis jurídico-interpretativa”. In: FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Manuella Maria. **Valores e princípios constitucionais: a dignidade humana**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI67162,21048-Valores+e+princípios+constitucionais+a+dignidade+humana>>. Acesso em: 5 out. 2017.

⁶³ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. op. cit. p. 138-139.

⁶⁴ Ibid., p. 139.

⁶⁵ NETO, Inácio de Carvalho; FUGIE, Érica Harumi. **Novo Código Civil Comparado e Comentado**. Curitiba: Juruá, 2004. v. 1, p. 38 apud FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, op. cit., p. 139.

forma, deve-se ter em mente que é a partir do princípio da dignidade da pessoa humana que se desencadeia a teoria dos direitos existenciais.

Historicamente, uma categoria de direitos personalíssimos foi percebida com mais inquietação com a apreensão dos Direitos Fundamentais, cuja positivação inicial se originou no século XIII com a publicação da Carta Magna do Rei João sem Terra. De certo, a proteção da pessoa e da sua dignidade é objetivo primordial em qualquer ordenamento jurídico que se preze, motivo pelo qual a Constituição Federal de 1988 prevê alguns direitos associados à personalidade, em particular o direito à vida, liberdade, segurança, intimidade, vida privada, imagem, nome, liberdade de expressão etc.

Nessa perspectiva, os direitos de personalidade são de extrema importância, na medida em que é a partir deles que a pessoa se realiza como sujeito de direitos e titular de deveres inatos. Certamente, os direitos existenciais podem ser entendidos como as faculdades jurídicas cujo objeto são os variados aspectos do próprio indivíduo, cuja emanções e extensões envolvem, essencialmente, a proteção, juridicamente reconhecida, da pessoa natural.

Em acréscimo, os direitos personalíssimos estão regulados explicitamente no capítulo II do Código Civil, segundo o qual tais prerrogativas fundamentais, com exclusão dos casos legalmente previstos, são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer qualquer limitação voluntária⁶⁶. Ainda, os direitos não patrimoniais são imprescritíveis, razão pela qual não se extinguem pelo não uso, nem pela inação da pretensão de exercê-los ou protegê-los. Os referidos direitos também são vitalícios, sendo adquiridos no momento da concepção e escoltam a pessoa até a sua morte.

Em suma, direitos personalíssimos são aqueles que não têm reverberação imediata na esfera patrimonial da pessoa natural, sendo prerrogativas existenciais e exercíveis, via de regra, exclusivamente pelo indivíduo titular desses direitos. Sobre essa questão nos debruçaremos com mais afinco no capítulo final do presente trabalho, momento em que trataremos da disposição dos direitos não patrimoniais por pessoas consideradas absolutamente incapazes pela legislação civil.

Em continuidade, observa-se que, dentro do rol exemplificativo disposto na Constituição Federal vigente, o direito à identidade pessoal enquadra-se devidamente ao

⁶⁶ BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Art. 11. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22 out. 2017.

problema abordado nesta obra. Tal prerrogativa engloba o direito a real identificação da pessoa, quer dizer, o direito de ser reconhecida da forma que realmente se sente. Nesse sentido, a conformação do sexo importa na mudança de prenome para adequá-lo ao sexo psíquico do sujeito transexual⁶⁷. Em relação às cirurgias transgenitalizadoras, percebe-se a proteção estabelecida no art. 13 do Código Civil:

Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes⁶⁸.

Ainda, o direito à saúde está expressamente resguardado no art. 196 da Constituição Federal vigente⁶⁹, sendo o “principal elemento incentivador dos interesses dos transexuais em ver reconhecido o seu direito à adequação de sexo e prenome”⁷⁰. Logo, a prerrogativa existencial em comento garante que o cidadão receba o tratamento condigno em consonância com as circunstâncias atuais da Medicina Moderna. Sem saúde, impossível o desenvolvimento adequado da personalidade moral e cognitiva da pessoa natural.

Nesse seguimento, o direito à saúde possibilita que a pessoa busque o melhor e mais adequado tratamento para o seu caso. Significa reivindicar o bem-estar geral, físico, psíquico e social, contribuindo beneficentemente para o desenvolvimento saudável da pessoa transexual, superando a angústia experimentada pela imposição da aceitação de seu sexo anatômico, dissociada de sua identificação psíquica⁷¹.

Nesse passo, os direitos à saúde e à integridade física estão imbricados, uma vez que, em razão dos progressos científicos, o legislador teve de regular a disposição do próprio corpo mediante consentimento do ofendido. Ademais, em vista da complexidade da situação, o capítulo seguinte abordará com mais afinco as questões aqui mencionadas.

Em suma, os direitos de personalidade correspondem àqueles inerentes à pessoa natural, abarcando o amplo universo de interesses relativos à pessoa e à sua dignidade. A

⁶⁷ VIEIRA, Tereza Rodrigues; PAIVA, Luiz Airton Saavedra de (Orgs.). **Identidade sexual e transexualidade**. São Paulo: Roca, 2009. p. 186

⁶⁸ BRASIL. Civil. Art. 11. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22 out. 2017.

⁶⁹ “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

⁷⁰ VIEIRA, Tereza Rodrigues; PAIVA, Luiz Airton Saavedra de (Orgs.). op. cit., p. 186.

⁷¹ Ibid., loc. cit.

expressão se refere a todo o espectro de direitos imanente ao homem que, protegidos pela Lei Maior, passam a merecer, sob o foco da visão constitucional do direito civil, especial tutela, sendo a sua proteção estrela de primeira grandeza. Assim, os direitos à honra, ao nome, à intimidade, à privacidade e à liberdade estão englobados no direito à dignidade, verdadeiro fundamento e essência de cada preceito constitucional relativo aos direitos da pessoa natural⁷².

2.3 A CRIANÇA E O ADOLESCENTE COMO SUJEITOS DE DIREITO PERSONIFICADOS

Diante do exposto, percebe-se que, no atual cenário do ordenamento jurídico brasileiro, crianças e adolescentes são sujeitos de direitos personificados e, dessa feita, adquirem concomitantemente ao nascimento com vida duas importantes características fundamentais: a personalidade e a capacidade, quer dizer, as pessoas com menos de dezoito anos de idade também estão aptas a adquirir direitos e contrair deveres, titularizando relações com consequências jurídicas relevantes. Portanto, vivenciamos um momento ímpar no plano do direito infantojuvenil.

Nesse ínterim, as crianças transpassaram a órbita de meros objetos de proteção, passando a gozar da condição de sujeitos-cidadãos, “beneficiários e destinatários da doutrina da proteção integral”⁷³. Assim sendo, embora o avanço experimentado pela nossa sociedade tenha sido vultoso, imperioso destacar que o presente é uma soma dos erros e acertos vivenciados no passado, motivo pelo qual iremos revisitá-lo nas linhas seguintes.

2.3.1 Evolução histórica da doutrina “menorista” no plano internacional

As manifestações legislativas no plano internacional em prol dos direitos da criança e do adolescente começaram a ganhar fôlego apenas em 1920, com o advento da Convenção para a Repressão do Tráfico de Mulheres e Crianças, concluída em Genebra. Vale destacar que a primeira menção a “direito das crianças” ocorreu no ano de 1924 quando a Assembleia

⁷² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 80.

⁷³ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 43.

da Liga das Nações aprovou uma resolução endossando a Declaração dos Direitos da Criança, promulgada pelo Conselho da organização *Save the Children International Union*⁷⁴.

Ademais, transcorridas algumas décadas a despeito da evolução da situação jurídica da população infantojuvenil, a ONU, no ano de 1989, adotou a Convenção Sobre os Direitos da Criança, sendo considerada

o primeiro instrumento internacional que fixou um enquadramento jurídico completo para a proteção dos direitos das crianças, representando “o mínimo que toda sociedade deve garantir às suas crianças, reconhecendo em um único documento as normas que os países signatários devem adotar e incorporar às suas leis”⁷⁵.

O referido documento se destaca como o tratado internacional de direitos humanos com o maior número de ratificações, sendo considerado o instrumento de direitos humanos mais aceito na história universal e, nesses termos, foi ratificada por 196 países. Apenas os Estados Unidos não internalizaram a referida Convenção, mas manifestaram sua intenção em fazê-lo ao formalmente assiná-la⁷⁶.

Nos termos do art. 1º da Convenção em comento, a criança é definida como “todo ser humano com menos de 18 anos de idade, a não ser que, pela legislação aplicável, a maioridade seja atingida mais cedo”. O documento internacional abriga a compreensão do desenvolvimento integral do infante, reconhecendo-o “como verdadeiro sujeito de direito, a exigir proteção especial e absoluta prioridade”⁷⁷. Diversos são os direitos estabelecidos nesse importante diploma, sendo que este é extremamente abrangente em escopo, abarcando todas as áreas tradicionalmente definidas no campo dos direitos humanos, ou seja, a Convenção abarca os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais no que se refere à esfera jurídica da criança e do adolescente.

Desse modo, a Convenção Sobre os Direitos da Criança é uma mudança fundamental na forma como era entendida a infância e a adolescência. A troca de paradigma fez com que as crianças fossem efetivamente reconhecidas como sujeitos de direitos e, portanto, passaram a

⁷⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 278.

⁷⁵ PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 5. apud FONSECA, Antonio Cezar Lima de. **Direito da criança e do adolescente**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 4

⁷⁶ Informações obtidas no sítio eletrônico do Unicef Brasil. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm>. Acesso em: 20 jul. 2017.

⁷⁷ PIOVESAN, Flávia. op. cit., p. 278.

desfrutar de uma proteção integral, visto que em razão de sua condição de pessoa em desenvolvimento merecem, em igual medida, uma proteção especializada.

2.3.2 Breve resumo histórico do direito da criança e do adolescente no Brasil

Embora no plano externo tenha surgido todo um arcabouço legislativo, Maria Regina Fay de Azambuja⁷⁸, ao analisar a evolução histórica do direito menorista no Brasil, sustenta que, “quanto mais se retroage na história, maiores são as chances de observarmos a falta de proteção jurídica à criança, com registros de abandono, morte, espancamento e violência física e sexual”.

No Brasil colônia, sob a égide das Ordenações Filipinas, para o resguardo da autoridade parental, ao genitor era garantido o direito de castigar fisicamente seus filhos como uma forma de educá-los, retirando a ilicitude da conduta paterna se no exercício da função “educativa” a prole viesse a sofrer algum tipo de lesão ou até mesmo falecer⁷⁹.

Logo, durante a fase imperial, se inicia a preocupação com os delinquentes, tanto maiores quanto menores. Na vigência das Ordenações Filipinas, a imputabilidade penal era atingida aos sete anos, sendo que a partir dessa idade a criança recebia tratamento parecido com o do adulto. Destarte, havia certo abrandamento da pena aplicada à pessoa entre os sete e dezessete anos de idade, não podendo, por exemplo, sofrer a pena de morte natural (por enforcamento)⁸⁰.

Merece menção o fato de que o Estado agia por meio da Igreja católica. Desse modo, no ano de “1551 foi fundada a primeira casa de recolhimento do país, gerida pelos jesuítas que buscavam isolar crianças índias e negras da má influência dos pais, com seus costumes ‘bárbaros’. Consolidava-se, portanto, o início da política de recolhimento⁸¹”.

Alguns estudiosos afirmam que a Lei do Ventre Livre, de 28 de setembro de 1871, foi a primeira que procurou defender os direitos das crianças no Brasil. Em contrapartida, a mencionada norma não salvaguardaria todos os direitos dos infantes libertos, uma vez que, do

⁷⁸ AZAMBUJA, Maria Regina Fay. **Violência sexual intrafamiliar**: é possível proteger a criança? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 21.

⁷⁹ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 45.

⁸⁰ *Ibid.*, loc. cit.

⁸¹ *Ibid.*, loc. cit.

ponto de vista prático, causava mais prejuízos do que benefícios às crianças negras. Isso porque a Lei do Ventre Livre obrigava os senhores a arcar com a criação e cuidados das crianças libertas até os oito anos de idade⁸². Em consequência, o número de menores abandonados em praças, terrenos baldios e portas de igrejas era tão elevado que o orçamento do Estado só podia assegurar uma assistência deveras precária. Nessa perspectiva, em consonância com a tradição portuguesa que, tendo como uma possível solução ao problema gerado pela retroavaliada lei, foi criada a “Roda dos Expostos” nas Santas Casas de Misericórdia⁸³.

Nesse cenário de abandono e incertezas enfrentado pela população infantojuvenil, no decorrer da história do Brasil, ressalta-se que o

pensamento social oscilava entre assegurar direitos ou ‘se defender’ dos menores. Casas de recolhimento são inauguradas em 1906 dividindo-se em escolas de prevenção, destinadas a educar menores em abandono, escolas de reforma e colônias correccionais, cujo objetivo era regenerar menores em conflito com a lei⁸⁴.

Assim, em 1912 o Deputado João Chaves apresentou um projeto de lei, alinhado aos movimentos internacionais da época, que alterava a concepção sobre os direitos da criança e do adolescente, afastando desses a aplicação da lei penal e propondo a especialização de tribunais e juízes.

Em 1927, foi sancionado o primeiro Código de Menores brasileiro, conhecido como “Código Mello Matos” (baixado com o Decreto nº 17943 – A, de 12 de outubro de 1927), em homenagem ao primeiro Juiz de Menores do Rio de Janeiro, tendo como princípio fundamental a Filosofia de Amparo ao Menor Abandonado, baseado na repressão e correção de condutas inadequadas, porém, não enfatizando a prevenção. Esse foi, também, o primeiro Código de Menores da América Latina e era fundado na Declaração de Genebra de 1924. Posteriormente, tem-se a Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979, que disciplinou o Novo Código de Menores do Brasil, baseado na doutrina da Situação Irregular do Menor⁸⁵.

⁸² Atingida essa idade, os senhores poderiam receber uma indenização do Estado no montante de 600\$000 ou empregar gratuitamente os serviços do menor até que este completasse os 21 anos de idade. Dessa forma, aos oito anos, a criança era submetida às condições de trabalho similares a dos adultos.

⁸³ No século XVIII, as primeiras “rodas” foram instaladas nas cidades de Salvador e no Rio de Janeiro, caracterizando um problema urbano. O depósito da criança na “roda” garantia que o anonimato dos pais fosse preservado. SAETA, Beatriz Regina Pereira. **História da criança e dos adolescentes no Brasil**. Disponível em <<http://www.ces.uc.pt/lab2004/inscricao/pdfs/painel23/beatrizSaeta.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2017.

⁸⁴ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 46.

⁸⁵ VASCONCELOS, Terezinha Pereira de. **Direitos Infanto-juvenis e seus desdobramentos sociais**. 2002. 49 f. Dissertação (Mestrado em Psicanálise na educação e saúde) – Departamento de Pós-Graduação e Pesquisa FUNESO/ UNESF/ UNIDERC, Belo Horizonte, 2002.

Não obstante, apenas em 1979⁸⁶ a história dos menores começou a ter notoriedade no direito interno, sendo aquele instituído como o ano da criança. A partir desse momento, foram surgindo no Brasil associações de âmbito nacional em defesa dos direitos dos infantes, o que diretamente influenciou na criação do Estatuto da Criança e do Adolescente que entrou em vigor no ano 1990⁸⁷.

Em continuidade, na seara política, houve a necessidade de reafirmação de valores preciosos que tinham sido arrebatados durante o Regime Militar. No âmbito das relações privadas, e inspirado no lema da Revolução Francesa, “se fazia imprescindível atender aos anseios de uma sociedade mais justa e fraterna, menos patrimonialista e mais liberal”⁸⁸. Os movimentos europeus pós-guerras também influenciaram os constituintes na busca de um direito pró-sociedade. Assim, houve a substituição do binômio individual-patrimonial pelo coletivo-social.

Vale destacar que durante a constituinte a Comissão Nacional Criança e Constituinte conseguiu reunir um milhão e duzentas mil assinaturas para emenda, promovendo intensa pressão entre os parlamentares pela inclusão dos direitos da criança e do adolescente na Carta de 1988⁸⁹. Tal esforço despendido teve como resultado a aprovação da redação dos artigos 277 e 228 da Constituição Federal. Nesse sentido:

Coroando a revolução constitucional que colocou o Brasil no seletorol das nações mais avançadas na defesa dos interesses infantojuvenis, para os quais crianças e jovens são sujeitos de direitos, titulares de direitos fundamentais, foi adotado o sistema garantista da doutrina da proteção integral. Objetivando regulamentar e implementar o novo sistema, foi promulgado a Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, de autoria do Senador Ronan Tito e relatório da Deputada Rita Camata. O Estatuto da Criança e do Adolescente resultou da articulação de três vertentes: o movimento social, os agentes do campo jurídico e as políticas públicas⁹⁰.

Em suma, influenciado pelas intensas mobilizações de organizações populares nacionais⁹¹ e de especialistas da área da infância e juventude e tendo em vista a pressão

⁸⁶ Em 1976, o Unicef (Fundo das Nações Unidas para a Infância) estabeleceu 1979 como o Ano Internacional da Criança, com o intuito de alertar a população mundial para os problemas que afetavam as crianças de até sete anos no mundo inteiro.

⁸⁷ PASSETTI, E. O menor no Brasil Republicano. In: PRIORI, M. D. (Org.). **História da criança no Brasil**. 4. ed. São Paulo: Contesto, 1996. p. passim.

⁸⁸ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 49.

⁸⁹ PEREIRA, Almir Rogério. **Visualizando a política de atendimento**. Rio de Janeiro: Kroart, 1998. p. 33.

⁹⁰ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). op. cit., p. 50.

exercida por organismos internacionais, em especial o Unicef, o legislador constituinte originário sensibilizou-se à causa já reconhecida como primordial em diversos documentos internacionais⁹², rompendo com o já consolidado modelo da situação irregular do menor e adotando a Doutrina da Proteção Integral em relação ao grupo infantojuvenil⁹³.

Não obstante, a Carta Magna de 1988, em consonância com as evoluções que vinham sendo propostas no plano externo, incorporou como uma de suas prioridades a proteção dos direitos da criança e do adolescente, considerando a saúde como uma de suas necessidades básicas e um direito de todo cidadão. Nessa lógica, a Constituição Federal trouxe consigo significativas mudanças em nosso ordenamento jurídico, estabelecendo novos paradigmas.

Por outro lado, em relação ao termo “estatuto” empregado na nomenclatura da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, a doutrina o elogia, visto que essa coaduna com a ideia de “conjunto de direitos fundamentais indispensáveis à formação integral de crianças e adolescentes, mas longe está de ser apenas uma lei que se limita a enunciar regras de direito material”⁹⁴. Por esse ângulo que o Estatuto da Criança e do Adolescente se trata de um microsistema jurídico que cuida de todo o arcabouço necessário para a efetivação dos ditames constitucionais de larga defesa dos direitos infantojuvenis no Brasil.

Corroborando para essa virada paradigmática acerca da situação jurídica da criança e do adolescente em solo brasileiro que foi ratificada, também no ano de 1990, a Convenção Sobre os Direitos da Criança, confirmando esses entes como sujeitos de direito efetivamente reconhecidos⁹⁵. Resumidamente, em substituição da Doutrina da Situação Irregular se implanta a Doutrina da Proteção Integral, com caráter de política pública. Nessa acepção, a pessoa com idade inferior a dezoito anos de idade deixa de ser objeto de proteção assistencial e passa a titularizar direitos subjetivos, polarizando as relações jurídicas que a envolve.

⁹¹ Merece destaque a atuação do Movimento Nacional dos Meninos e Meninas de Rua (MNMMR) que tinha como objetivo discutir e sensibilizar a sociedade para as questões envolvendo o público infantojuvenil que eram rotulados como “menores abandonados” ou “meninos de rua”. O MNMMR tinha como objetivo alcançar uma Constituição que garantisse e ampliasse os direitos sociais e individuais das crianças e adolescentes.

⁹² Cita-se como inspirações para a quebra de paradigmas envolvendo as políticas voltadas à criança e ao adolescente no Brasil: a Declaração de Genebra de 1924; a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas (Paris, 1948); a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, 1969) e Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e Juventude – Regras Mínimas de Beijing (Res. 40/33) da Assembleia-Geral de 1985.

⁹³ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 50.

⁹⁴ *Ibid.*, loc. cit.

⁹⁵ BRASIL. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 6. set. 2017.

Apesar das inúmeras mudanças paradigmáticas, a vigência de um ordenamento jurídico fundado na Doutrina da Proteção Integral não é capaz, por si só, de mudar o imaginário acerca da proteção conferida à criança e ao adolescente e de efetivar a aplicação da norma de acordo com os novos preceitos. A implementação da Doutrina da Proteção Integral requer uma disputa constante de conceitos e de ideias acerca da proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes. Para isso, faz-se necessária a presença contínua dos movimentos sociais nos espaços políticos, a fim de dialogar com todos os setores da sociedade sobre a representação da proteção integral. Pois, enquanto a sociedade não tiver consciência da importância da proteção integral da infância, haverá um déficit de efetividade do novo ordenamento jurídico, permanecendo a Doutrina da Proteção Integral apenas no campo teórico⁹⁶.

Todavia, nessa mudança de perspectiva, todas as crianças e adolescentes passam a ter assegurados os seus direitos e garantias individuais, gozando o privilegiado *status* de sujeito de direitos com personalidade jurídica reconhecida.

Trata-se de um novo modelo, democrático e participativo, no qual família, sociedade e Estado são cogestores do sistema de garantias que não se restringe à infância e juventude pobres, protagonistas da doutrina da situação irregular, mas sim de *todas* as crianças e adolescentes, pobres ou ricos, lesados em seus direitos fundamentais de pessoa em desenvolvimento⁹⁷.

Em suma, a concepção de criança como pessoa natural e, por isso, detentora de personalidade jurídica tanto quanto um adulto plenamente capaz representa um corte na antiga visão “adultocêntrica”, tão comum ao longo da história da humanidade, direcionando-nos a uma perspectiva mais humanizada daqueles sujeitos que já foram tidos como meros objetos ao alvedrio do pátrio poder.

⁹⁶ QUEIROZ, Paulo Eduardo Cirino de. **Da Doutrina "Menorista" à Proteção Integral: mudança de paradigma e desafios na sua implementação.** Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/doutrina-menorista-%C3%A0-prote%C3%A7%C3%A3o-integral-mudan%C3%A7a-de-paradigma-e-desafios-na-sua-implementa>>. Acesso em: 01 out 2017.

⁹⁷ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos.** Saraiva: Rio de Janeiro, 2014. p. 51.

3 A QUESTÃO DA IDENTIDADE DE GÊNERO NA INFÂNCIA E NA ADOLESCÊNCIA

Nossa sociedade está acostumada a dividir o sexo de forma binária: masculino e feminino. Desde o nascimento, meninos e meninas aprendem que precisam desempenhar papéis de gênero quase opostos. Mas o que acontece quando a criança não se encaixa no que a sociedade espera? O que acontece quando a pessoa quer se transformar em mulher apesar da anatomia masculina? Ou quer assumir o papel do gênero masculino tendo nascido com o corpo feminino? A ousadia de romper esses códigos milenares ainda é um tabu em nossa sociedade, motivo pelo qual nos dedicaremos neste capítulo a tentar esclarecer algumas questões pontuais sobre a sexualidade humana.

3.1 CONTEXTUALIZAÇÃO ACERCA DA TEMÁTICA

A sexualidade é deveras importante para o bom desenvolvimento corporal e psíquico do indivíduo, visto que ela se relaciona com a busca do prazer, uma das necessidades mais básicas da espécie humana. Nesse ínterim, a sexualidade é compreendida como uma característica intrínseca, que se manifesta na pessoa a partir do nascimento até a morte, de variadas formas a cada fase do desenvolvimento. Para além desses conceitos, devemos ter em mente que a sexualidade é produto de uma construção pessoal ao longo da vida, estando necessariamente marcada tanto pela história, cultura, ciência, como pelos afetos e sentimentos, expressando-se com peculiaridade em cada indivíduo⁹⁸.

Contudo, apesar da vasta literatura freudiana acerca da existência da sexualidade infantil⁹⁹; apesar da natural curiosidade que a criança tem a respeito de sua origem e das “dificuldades emocionais decorrentes quando elas não conseguem ter essas questões

⁹⁸ POLEJACK, Larissa et. al. (Orgs.). **Psicologia e políticas públicas na Saúde: experiências, reflexões, interfaces e desafios**. Porto Alegre: Rede Unida, 2015.

⁹⁹ “Na concepção popular do instituto sexual, ele está ausente na infância e desperta somente no período da vida que designamos como puberdade. Isso não é um erro qualquer, mas de grandes consequências, principalmente a ele devemos nosso atual desconhecimento das condições sexuais infantis provavelmente revelaria os traços essenciais do instinto sexual, mostraria seu desenvolvido e nos faria ver sua companhia a partir de várias fontes [...] É certo que encontramos, na literatura sobre o tema, notícias ocasionais sobre atividade sexual precoce em crianças pequenas, sobre ereções, masturbação e até mesmo condutas análogas ao coito, mas sempre são apresentados como eventos excepcionais curiosidades ou exemplos assustadores de depravação precitada. Ao que eu saiba, nenhum autor percebeu claramente a regularidade de um instinto sexual na infância e nos trabalhos – agora numerosos – sobre o desenvolvimento da criança é geralmente omitido o capítulo “Desenvolvimento sexual”. In: FREUD, Sigmund. **Obras completas volume 6 Três ensaios sobre a teoria da sexualidade**, análise fragmentada de uma histeria (“O caso Dora) e outros textos (1901-1905). São Paulo: Companhia das Letras, 2016. p. 73-74.

respondidas, alguns preconceitos e tabus dificultam pais e educadores de lidarem adequadamente com essas manifestações das crianças”¹⁰⁰.

Não obstante, experimentamos, nos últimos tempos, uma intensa rejeição ao discurso do gênero em nossa sociedade. Assim, em exemplo recente cita-se o caso da mostra “*Queermuseu – cartografias da diferença na arte brasileira*”, que estava em exposição no museu de Porto Alegre e tinha como objeto a discussão da diversidade de gênero e as questões voltadas à população LGBT. Diante dos ataques impetrados por movimentos sociais e grupos religiosos, o Santander Cultural se viu obrigado a fechar a exposição um mês antes do previsto¹⁰¹.

Outro caso que parou o país ocorreu no mês de setembro no Museu de Arte Moderna de São Paulo (MAM), onde uma criança, acompanhada de sua mãe, participou de uma performance artística interagindo com um homem nu, e o vídeo reverberou negativamente nas redes sociais¹⁰². Em ambos os casos, a Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) dos Maus-Tratos, destinada a investigar maus-tratos em crianças e adolescentes, no Senado Federal aprovou, no dia 8 de novembro, requerimentos de condução coercitiva nº 156/2017 e 157/2017, convocando para prestar esclarecimentos o artista Wagner Schwartz, responsável pela performance de nudez com menores, e o curador da exposição “*Queermuseu*”, Gaudêncio Fidélis, respectivamente¹⁰³.

Não obstante, aliou-se a esses fatos a conturbada vinda de Judith Butler ao país para um seminário sobre democracia no Sesc Pompeia, em São Paulo. No dia 7 de novembro, dois grupos favoráveis e contrários à presença da filósofa estadunidense se manifestaram em frente ao local do evento, sendo que, nas semanas que antecederam sua chegada, uma petição virtual foi criada, solicitando o cancelamento da palestra e chegando a atingir a marca de quase 370 mil assinaturas¹⁰⁴.

¹⁰⁰ SILVA, Maria Cecília da et. al. **Sexualidade começa na infância**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2007. p. 17.

¹⁰¹ Para saber mais, consulte a matéria. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/rio-grande-do-sul/veja-imagens-da-exposicao-cancelada-pelo-santander-no-rs/>>. Acesso em: 18 out. 2017.

¹⁰² Para saber mais, consulte a matéria. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2017/09/29/internas_polbraeco,630101/interacao-de-criancas-com-homem-nu-no-mam-em-sao-paulo-gera-polemica.shtml>. Acesso em: 18 out. 2017.

¹⁰³ Para saber mais, consulte a matéria. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/cultura/cpi-dos-maus-tratos-aprova-conducao-coercitiva-de-artista-nu-22048272>>. Acesso em: 9 nov. 2017.

¹⁰⁴ Para saber mais, consulte a matéria. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/11/07/manifestantes-protestam-contra-filosofa-americana-judith-butler-em-sao-paulo.htm>>. Acesso em: 9 nov. 2017.

Quanto a essa repressão da sexualidade na infância, Michael Foucault dispõe que

As crianças, por exemplo, sabe-se muito bem que não têm sexo: boa razão para interdité-lo, razão para proibi-las de falarem dele, razão para fechar os olhos e tapar os ouvidos onde quer que venham a manifestá-lo, razão para impor um silêncio geral e aplicado. Isso seria próprio da repressão e é o que a distingue das interdições mantidas pela simples lei penal: a repressão funciona, decerto, como condenação ao desaparecimento, mas também como injunção ao silêncio, afirmação de inexistência e, conseqüentemente, constatação de que, em tudo isso, não há nada para dizer, nem para ver, nem para saber. Assim marcharia, com sua lógica capenga, a hipocrisia de nossas sociedades burguesas. Porém, forçada a algumas concessões¹⁰⁵.

Diante desse cenário permeado por controvérsias, rodeado por tabus, preconceitos e franca falsidade que ousamos discorrer na tentativa de trazer à voga a visibilidade daquelas pessoas naturais com menos de dezesseis anos de idade que se veem obrigadas a viver, seja por imposição familiar ou por imposição social, enclausuradas em um sexo que não corresponde a sua identidade de gênero.

3.2 A CONSTRUÇÃO DA REALIDADE SOCIAL: UMA QUESTÃO PREMENTE EM RELAÇÃO AOS DIREITOS LGBTs

Segundo a doutrina de Peter Berger e Thomas Luckmann, a realidade social é uma construção humana e não uma consequência natural da interação do homem com o meio, melhor dizendo, diferentemente dos ambientes naturais pertencentes às demais espécies de animais não humanos, a pessoa natural não possui um ambiente específico da sua espécie, um ambiente firmemente estruturado por sua organização instintiva, pois não há uma restrição a uma distribuição geográfica específica e a relação do homem com o meio caracteriza-se pela abertura que este tem para o mundo¹⁰⁶.

Para os referidos sociólogos, a construção da realidade social é um fenômeno eminentemente sociológico e, portanto, a sociologia do conhecimento tem o dever de sopesar de que forma este fato se dá¹⁰⁷. Logo, o entendimento é de que a sociologia do conhecimento

¹⁰⁵ FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: a vontade de saber**. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1999. p. 10.

¹⁰⁶ BERGER, L. Peter; LUCKMANN, Thomas. **A Construção social da Realidade**. Tratado de Sociologia do Conhecimento. 24. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2004. p. 70.

¹⁰⁷ Ibid. p. 11.

tem por fito averiguar as relações existentes entre o pensamento do ser humano e o contexto mediante o qual esse pensamento manifesta-se, tendo por objetivo o dever de

ocupar-se com o que os homens “conhecem” como “realidade” em sua vida cotidiana, vida não teórica ou pré-teórica. Em outras palavras, o “conhecimento” do senso comum, e não das “ideias”, deve ser o foco central da sociologia do conhecimento. É precisamente este “conhecimento” que constitui o tecido de significados sem o qual nenhuma sociedade poderia existir. [...] A sociologia do conhecimento, portanto, deve tratar da construção social da realidade¹⁰⁸.

Partindo desses conceitos primordiais, Berger e Luckmann afirmam que, desde o nascimento, grande parte do ser biológico e o desenvolvimento orgânico do homem estão diretamente submetidos a uma contínua interferência socialmente determinada, ou seja, a flexibilidade da construção biológica do indivíduo é rotineiramente subjugada a uma multiplicidade de determinações socioculturais¹⁰⁹. Nesse sentido, os autores defendem que o homem é capaz de construir a sua própria natureza, produzindo-se a si mesmo¹¹⁰.

Nessa lógica, a construção biológica do ser humano é constantemente submetida a uma pluralidade de fatores construídos a partir de acordos sociais, sendo que a sua sexualidade também sofre com as influências dessas imposições. Veja-se:

Embora o homem possua impulsos sexuais comparáveis aos de outros mamíferos superiores, a sexualidade humana caracteriza-se por um grau muito alto de flexibilidade. Não só é relativamente independente dos ritmos temporais, mas é flexível tanto no que diz respeito aos objetos a que se dirige quanto em suas modalidades de expressão. As provas etnológicas mostram que em questões sexuais o homem é capaz de quase tudo. O indivíduo pode estimular sua própria imaginação sexual até o ponto da sensualidade febril, mas é improvável que possa evocar alguma imagem que não corresponda àquilo que em outra cultura é uma norma estabelecida ou pelo menos uma ocorrência calmamente aceita¹¹¹.

Assim, as normas socioculturais, no que se refere à sexualidade, delimitam os padrões de comportamento considerados aceitáveis dentro de uma determinada sociedade, o que impossibilita a aplicação do termo “normalidade” às variáveis formas de expressão sexual da pessoa humana¹¹². Nesse sentido:

¹⁰⁸ BERGER, L. Peter; LUCKMANN, Thomas. **A Construção social da Realidade**. Tratado de Sociologia do Conhecimento. 24. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2004. p. 29-30.

¹⁰⁹ Ibid., p. 71-72.

¹¹⁰ Ibid., p. 72.

¹¹¹ Ibid., p. 72-73.

¹¹² Ibid., p. 73.

a sexualidade humana é dirigida, às vezes de maneira rigidamente estruturada, em cada cultura particular. Toda cultura tem uma configuração sexual distintiva, com seus próprios padrões especializados de conduta sexual e seus pressupostos ‘antropológico’ na área sexual¹¹³.

Em suma, a sexualidade humana é fruto de um construto das formações socioculturais próprias do homem e não necessariamente de uma natureza humana biologicamente fixa¹¹⁴, quer dizer, as expressões da sexualidade partem de um acordo social de padrões considerados “normais” para o homem médio e, destarte, tudo aquilo que foge dessas delimitações preestabelecidas será considerado como um comportamento desviante, ou melhor dizendo, “anormal”.

Quanto a esse ponto, ressalta-se que a sexualidade é inerente ao sujeito humano e tem influência direta no seu desenvolvimento psicológico e, portanto,

forma parte integral da personalidade de cada um. É uma necessidade básica e um aspecto do ser humano que não pode ser separado de outros aspectos da vida. A sexualidade não é sinônimo de coito e não se limita à presença ou não do orgasmo. Sexualidade é muito mais do que isso, é a energia que motiva encontrar o amor, contato e intimidade, e se expressa na forma de sentir, na forma de as pessoas tocarem e serem tocadas. A sexualidade influencia pensamentos, sentimentos, ações e interações e tanto a saúde física como a mental. Se a saúde é um direito humano fundamental, a saúde sexual também deveria ser considerada como um direito humano básico¹¹⁵.

Conclui-se, desse modo, que a sexualidade é mais vasta do que o mero ato sexual. Ela forma a personalidade individual, constituindo-se de elementos físicos, culturais, afetivos e, segundo Michel Foucault¹¹⁶, compõe uma categoria social que só encontra validade no contexto social. Ora, se normatizamos a sexualidade a partir de padrões heterossexuais em detrimento de outras formas existentes, estamos constantemente reforçando preconceitos e impondo “verdades”.

Finalmente, Berger e Luckmann apregoam que a construção social da realidade é feita por meio de padrões institucionalizados de ações habituais com carga valorativa histórica da

¹¹³ BERGER, L. Peter; LUCKMANN, Thomas. **A Construção social da Realidade**. Tratado de Sociologia do Conhecimento. 24. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2004. p. 73.

¹¹⁴ Ibid., loc. cit.

¹¹⁵ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. 1975. Disponível em: <<http://www.who.int/country/bra/en>>. Acesso em: 18 out. 2017.

¹¹⁶ FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: a vontade de saber**. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1999.

qual é produto¹¹⁷. Conquanto, a própria atividade tornada habitual abre margem para a deliberação e inovação, visto ser mais provável que o indivíduo desvie de programas estabelecidos para ele pelos outros do que de padrões que ele próprio ajudou a estipular¹¹⁸.

3.3 SEXO, GÊNERO E IDENTIDADE DE GÊNERO

Precipualemente, vale mencionar que o ser humano é sexualmente distinguindo por uma categorização binária: homem e mulher. Ambos possuem características biológicas específicas que os diferem, sendo essas originadas do sexo e do gênero. Desse modo, o sexo é a característica naturalmente conferida à pessoa e se conforma aos atributos biológicos, fisiológicos, anatômicos, de produção hormonal, e de código genético. Por outro lado, o gênero seria o resultado de um padrão sociocultural com grande carga histórica¹¹⁹.

Nessa concepção, os sociólogos pós-estruturalistas entendem o gênero como um produto socialmente construído: “Diferentemente do sexo, o gênero é uma produção social, aprendido, representado, institucionalizado e transmitido ao longo de gerações”¹²⁰. Em razão dessas concepções binárias, que o gênero é entendido como as nuances que diferem os sexos, apresentadas de forma categórica, ou seja, a sociedade cria diversos padrões destinados ao homem e à mulher no intuito de diferenciá-los.

Quanto às forças socioculturais que amoldam nossos significados sexuais, Carole Vance pondera:

O uso generalizado da expressão “construção social”, como termo e como paradigma, obscurece o fato de que os autores e autoras construcionistas têm usado este termo com diferentes sentidos. É verdade que todos rejeitam definições transhistóricas e transculturais da sexualidade e sugerem, em vez disso, que a sexualidade é mediada por fatores históricos e culturais. Mas uma leitura mais cuidadosa dos textos construcionistas mostra que a construção social abrange um campo teórico bastante diversificado das coisas que podem ser construídas, indo desde os atos sexuais, as identidades

¹¹⁷ BERGER, L. Peter; LUCKMANN, Thomas. **A Construção social da Realidade**. Tratado de Sociologia do Conhecimento. 24. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2004. p. 79.

¹¹⁸ Ibid., loc. cit.

¹¹⁹ MUSSKOPF. André Sidnei. **Quando sexo, gênero e sexualidade se encontram**. Disponível em: <http://www.koinonia.org.br/tpdigital/detalhes.asp?cod_artigo=161&cod_boletim=9&tipo=Artigo>. Acesso em: 29 out. 2017.

¹²⁰ DINIZ, Margareth; VASCONCELOS, Renata Nunes; MIRANDA, Shirley Aparecida. O que produz o silenciamento das mulheres no magistério? In: DINIZ, Margareth; VASCONCELOS, Renata Nunes (Orgs.). **Pluralidade cultural e inclusão na formação de professoras e professores**. Belo Horizonte: Formato Editorial, 2004. p. 27.

sexuais, as comunidades sexuais e a direção do desejo sexual (a escolha do objeto) até ao impulso sexual ou à própria sexualidade¹²¹.

Nesse quadro, Jeffrey Weeks esclarece que todas as abordagens de construção social do gênero amparam-se na visão de que os atos sexuais corporalmente iguais podem ter várias significações sociais e variados sentidos subjetivos, a depender de como eles são estipulados e compreendidos em diferentes contextos sociais e períodos históricos¹²².

Em síntese, nota-se que, para o senso comum, sexo e gênero representam a mesma significação, ou seja, o fato de o indivíduo ostentar determinada conformação biológica o obriga, automaticamente, a representar um dos papéis sociais destinados àquele sexo. Destarte, o que se observa na prática é a reprodução de padrões ou estereótipos de gênero previamente determinados. É por meio do aprendizado de papéis que cada indivíduo aprende o que é considerado adequado (e inadequado) para uma mulher ou para um homem em uma dada sociedade, devendo responder a essas expectativas preestabelecidas.

Em vista de tais imposições, homens e mulheres nem mesmo conhecem as possibilidades de escolha sobre a sua sexualidade, quer dizer, ignoram o fato de que poderiam ser quem desejam ao invés de se obrigarem a reproduzir comportamentos que consideram desagradáveis para si. Destarte, as estereotípias de gênero encontram-se impregnadas na cultura de cada civilização, influenciando as condutas individuais e determinando padrões comportamentais considerados como masculinos ou femininos, limitando, portanto, as conquistas pela equidade entre os gêneros.

3.3.1 Desconstruindo e pluralizando o gênero: as contribuições de Joan W. Scott

Joan Wallach Scott, no final dos anos 1980, publicou um artigo instigante intitulado: “Gênero: uma categoria útil de análise histórica”. O texto passou a ser utilizado por aqueles interessados nas relações de gênero¹²³. A historiadora estadunidense apresentou uma visão diferenciada sobre as velhas concepções do gênero, visando desconstruir a oposição existente entre os sexos até então investigada. Por mais que Scott estabeleça que existem diferenças

¹²¹ VANCE, Carole S. “Social construction theory: problems in the history of sexuality”. In NIEKERK, A. van Kooten; MEER, T. van der (Orgs.). **Homosexuality, which homosexuality**. Londres: GMP Publishers, 1989 apud LOURO, Guacira Lopes. **O corpo educado: pedagogias da sexualidade**. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2000. p. 43.

¹²² LOURO, Guacira Lopes. op. cit., p. 43.

¹²³ Ibid., p. 30.

entre os sexos, a forma como essas diferenças são apresentadas é resultado de um construto sociocultural que normalmente tende a manter a heteronormatividade como padrão comportamental, isto é, a dominação do masculino sobre o feminino e a heterossexualidade como norma de conduta geral¹²⁴.

Desse modo, Scott defende a necessidade de desconstrução do caráter permanente da oposição binária entre o masculino-feminino. Em outros termos:

Joan Scott observa que é constante nas análises na compreensão das sociedades um pensamento dicotômico e polarizado sobre os gêneros; usualmente se concebem homem e mulher como polos opostos que se relacionam dentro de uma lógica invariável de dominação-submissão. Para ela seria indispensável implodir essa lógica¹²⁵.

Ademais, Scott esclarece que a utilização mais recente do termo “gênero” teve sua aparição inicial entre as feministas americanas que desejavam enfatizar o caráter fundamentalmente social das distinções baseadas nas diferenciações anatômicas dos indivíduos. Nesse sentido, a palavra “gênero” apontava um certo desprezo ao determinismo biológico implícito no uso de locuções como “sexo” ou “diferença sexual”¹²⁶.

Nessa senda, Scott relata que as feministas do século XX utilizavam “gênero” como sinônimo de mulheres e tal substituição se dava visto que “o uso do termo ‘gênero’ visa sugerir a erudição e a seriedade de um trabalho, pois ‘gênero’ tem uma conotação mais objetiva e neutra do que ‘mulheres’”¹²⁷. Assim, o “gênero”, além de um substituto ao termo “mulher”, também passou a ser utilizado para sugerir que as informações sobre as mulheres seriam, necessariamente, informações sobre os homens, implicando num estudo mútuo entre os sexos¹²⁸.

Conforme as pesquisas na área foram surgindo, uma nova terminologia para o “gênero” teve de ser elaborada. Por conseguinte, na língua inglesa, ao longo de trinta anos, o termo *gender*, emprestado da gramática, tornou-se comum em discussões. Logo, a palavra em

¹²⁴ SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. **Revista Educação & Realidade**, Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Educação. v. 20, n. 2, p. 71-93. jul./dez. 1995. ISSN 0100-3143.

¹²⁵ LOURO, Guacira Lopes. **O corpo educado: pedagogias da sexualidade**. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2000. p. 30.

¹²⁶ SCOTT, Joan. op. cit., 1995.

¹²⁷ Ibid., p. 75.

¹²⁸ Ibid., loc. cit.

estudo vem de um radical que significa “produzir” dando origem a designações que exprimem “tipo” ou “classe” em vários idiomas¹²⁹. Nesses termos:

Vale notar que, implicado linguística e politicamente no debate anglo-saxão, o termo não poderia ser simplesmente transposto para outros contextos sem que sofresse, também nesses novos espaços, um processo de disputa, de ressignificação e de apropriação. Assim, no Brasil, será já no final dos anos 80 que, a princípio timidamente, depois mais amplamente, feministas passarão a utilizar o termo “gênero”¹³⁰.

Assim, Scott defende que “gênero” também designa as relações sociais entre os sexos, visto que seu uso rejeita explicitamente as explicações biológicas, “como aquelas que encontram um denominador comum, para diversas formas de subordinação feminina, nos fatos de que as mulheres têm a capacidade para dar à luz e de que os homens têm uma força muscular superior”¹³¹. Nesse cenário, o termo gênero indica “construções culturais”, ou seja, a criação completamente sociocultural das ideias sobre os comportamentos adequados aos homens e às mulheres¹³².

Destarte, segundo essa corrente, gênero é uma forma de indicar as origens eminentemente sociais das identidades subjetivas que são compulsoriamente atribuídas aos sexos. Gênero é, portanto, “uma categoria social imposta sobre um corpo sexuado”¹³³ e oferece meios para distinguir as práticas sexuais dos papéis de gênero atribuídos a ambos os sexos. Dessa maneira, “O uso de ‘gênero’ enfatiza todo um sistema de relações que pode incluir o sexo, mas não é diretamente determinado pelo sexo, nem determina diretamente a sexualidade”¹³⁴.

Em suma, Scott propõe a desconstrução da polaridade rígida entre os gêneros, problematizando tanto a oposição existente entre eles quanto a unidade interna de cada um. Em consequência, a desconstrução dessa categoria social trabalha contra a eterna oposição binária masculino-feminino, demonstrando que tal polaridade não é inerente e fixa da espécie humana, mas socialmente determinada. Outrossim, a desconstrução do gênero implica na

¹²⁹ CONNELL, Raewyn; PEARSE, Rebecca. **Gênero: uma perspectiva global**. 3. ed. São Paulo: nVerso, 2015. p. 44-45.

¹³⁰ LOURO, Guacira Lopes. **Gênero, sexualidade e educação: uma perspectiva pós-estruturalista**. 6. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997. p. 27.

¹³¹ SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. **Educação & realidade**, Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Educação. v. 20, n. 2, p. 75. jul./dez. 1995. ISSN 0100-3143.

¹³² *Ibid.*, p. 75.

¹³³ *Ibid.*, loc. cit.

¹³⁴ *Ibid.*, loc. cit.

busca por processos e condições que instituíram essa oposição, supondo que se “historicize a polaridade e a hierarquia nela implícita”¹³⁵.

Nos dizeres de Teresa Lauretis, “a construção do gênero também se faz por meio de sua desconstrução”¹³⁶. Para a autora, se assentirmos que essa idealização do gênero é histórica e se faz constantemente, estaremos compreendendo que as relações entre macho-fêmea, os diálogos e as representações desses vínculos estão em constante mutação¹³⁷. Nesse sentido, Lauretis acrescenta que “a construção do gênero é tanto o produto quanto o processo de sua representação”¹³⁸.

Por fim, da análise abordada, conclui-se que o gênero, enquanto categoria analítica, está em contínua transformação. Destarte, imprescindível atestar que as teorias e práticas feministas estão construindo o gênero a partir de suas críticas sobre o binarismo do gênero e suas propostas de desconstrução¹³⁹.

3.3.2 *A desconstrução do sexo e do gênero sob a ótica de Judith Butler*

Na pesquisa sobre gênero, a filósofa estadunidense Judith Butler se destaca e introduz ao tema questionamentos que divergem de Scott. Suas teorias visam não apenas desconstruir o gênero, mas também a própria materialidade do corpo, e indagá-lo como parte de uma determinação sociocultural. Desse modo, Butler teoriza que, ao pensarmos em sexo como algo natural, fixo, imutável e preestabelecido, subentende-se a existência de um “eu puro”, uma essência, que é constantemente subjugada ao gênero, quer dizer, um sexo que deverá ser transmutado em papéis sociais. Sem embargo, Butler defende que o sexo é tão culturalmente construído quanto o gênero e que, de fato, o sexo talvez tenha sido desde sempre gênero, de forma que a distinção entre eles não seria distinção alguma¹⁴⁰.

Nessa acepção, Ferreira Dias pondera que

¹³⁵ LOURO, Guacira Lopes. **Gênero, sexualidade e educação: uma perspectiva pós-estruturalista**. 6. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997. p. 32.

¹³⁶ LAURETIS, T. A tecnologia do gênero apud HOLLANDA, B.H. **Tendências e impasses: o feminismo como crítica da cultura**. Rio de Janeiro: Rocco, 1994. p. 235.

¹³⁷ DIAS, Alfrancio Ferreira. **Identidade e relações de gênero sobre múltiplos olhares**. São Paulo: Baraúna, 2012. p. 34.

¹³⁸ LAURETIS, T. A tecnologia do gênero apud HOLLANDA, B.H. op. cit., p. 211.

¹³⁹ LOURO, Guacira Lopes. op. cit. p. 35.

¹⁴⁰ SALIH, Sara. **Judith Butler e a Teoria Queer**. Belo Horizonte: Autêntica, 2012. p. 71.

Cotidianamente, temos tendência a considerar natural o que são masculino e feminino. A representação da figura masculina e feminina, no entanto, não se restringe à condição “do ser macho e do ser fêmea”; ultrapassam bastante esses limites biológicos. Trata-se, com efeito, de construções e desconstruções sociais e culturais de grande complexidade, modeladas por regras e códigos simbólicos da sociedade. Em decorrência disso, a categoria “sexo” tem sido criticada na contemporaneidade, sendo marcada por essa concepção equivocada para enunciar a categoria do “gênero”, a fim de que se possam reconhecer os procedimentos que lhe são constituídos¹⁴¹.

Diante dessas afirmações, percebe-se que gênero e sexo não são uma substância permanente, visto que a cultura heteronormativista estabelece a correlação dessas categorias na tentativa de manter o que Adrienne Rich nomeou de “heterossexualidade compulsória”, em que uma ordem dominante obriga homens e mulheres a seguirem o padrão da heterossexualidade¹⁴². Assim, a inconformação de alguns sujeitos com o “sistema da heterossexualidade compulsória e naturalizada” comprova que as normas de gênero são socialmente instituídas e mantidas, demonstrando, conseqüentemente, ser o gênero uma produção ficcional¹⁴³.

Percebe-se que Butler critica os sistemas normativos de sexo-gênero nos quais prepondera o discurso de que o sexo é algo biologicamente definido, fundamentado no corpo orgânico, biológico e genético, e de que o gênero é uma definição histórico-social. Inspirada em Michel Foucault, defende que o sexo também não deve ser concebido como um dado natural sobre o qual se constrói de forma artificial o gênero, mas como sendo o resultado de uma determinação social, quer dizer, o “sexo é uma construção do ideal que é forçosamente materializado através do tempo”¹⁴⁴.

Em miúdos, a estudiosa defende que sexo, gênero e desejo não passam de construções socioculturais e que as pessoas performaticamente se expressam a partir do seu sexo (ou gênero). Essa performatividade ratifica a construção dos corpos femininos e masculinos e, conseqüentemente, reproduzimos e fortalecemos os estereótipos de gênero. Assim, o “gênero não é um substantivo, mas demonstra ser um verbo, isto é, constitui a identidade da pessoa

¹⁴¹ DIAS, Alfrancio Ferreira. **Identidade e relações de gênero sobre múltiplos olhares**. São Paulo: Baraúna, 2012. p. 35.

¹⁴² SALIH, Sara. **Judith Butler e a Teoria Queer**. Belo Horizonte: Autêntica, 2012. p. 71.

¹⁴³ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁴⁴ BUTLER, Judith. **Undoing Gender**. Nova York/Londres: Routledge, 2004.

que se consolida por meio de ações. Nesse sentido o gênero é sempre um fazer, embora não um fazer por um sujeito que poderia dizer que preexiste ao feito”¹⁴⁵.

Nessa perspectiva, Butler desenvolve a seguinte ideia:

O gênero é a contínua estilização do corpo, um conjunto de atos repetidos no interior de um quadro regulatório altamente rígido e que se cristaliza ao longo do tempo para produzir a aparência de uma substância, a aparência de uma maneira natural de ser. Para ser bem-sucedida, uma genealogia política das ontologias dos gêneros em seus atos no interior dos quadros compulsórios estabelecidos pelas várias forças que policiam a sua aparência social¹⁴⁶.

Por essa razão, na visão de Butler, quando o assunto é gênero, não existe liberdade de escolha, visto que estamos insertos numa cultura que impossibilita a opção inteiramente livre do “ser”, sendo bem provável que inclinemos a trajar as “roupas metafóricas” ajustadas às expectativas esperadas pelo ambiente social que estamos inseridos, sem ao menos nos dar conta que inconscientemente fazemos isso¹⁴⁷.

Sara Salih, ao construir uma espécie de ponto de partida para a leitura de Butler, afirma que o gênero é um estilo corporal ou a sequência de ações estratégicas que têm como finalidade a sobrevivência cultural, quer dizer, nessa ótica, quem não interpreta corretamente o seu papel de gênero é punido pela sociedade¹⁴⁸.

Nesse panorama, somos a repetição de uma cópia e, primordialmente, a “paródia do gênero”, descrita por Butler, em que não pressupomos a existência de um protótipo, visto que é a própria noção de um original que está sendo corriqueiramente parodiada¹⁴⁹. Desse modo, os performativos do gênero, que não pretendem ocultar sua genealogia fazendo o possível para enfatizá-la, deslocam os pressupostos heterossexistas “ao revelar que as identidades heterossexuais são tão construídas e ‘não originais’ quanto as suas imitações”¹⁵⁰.

Destarte, percebe-se que o gênero é teorizado radicalmente independente do sexo, sendo o próprio gênero transformado num artifício flutuante com a consequência de que o

¹⁴⁵ SALIH, Sara. op. cit. p. 72.

¹⁴⁶ BUTLER, Judith. **Gender Trouble**, 1999, p. 33 *apud* SALIH, Sara. **Judith Butler e a Teoria Queer**. Belo Horizonte: Autêntica, 2012. p. 89.

¹⁴⁷ SALIH, Sara. op. cit. p. 72-73.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 94.

¹⁴⁹ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁵⁰ *Ibid.*, loc. cit.

homem e masculino podem significar tanto um corpo feminino quanto um masculino, e mulher e feminino podem representar tanto um corpo masculino quanto um feminino¹⁵¹.

Louro acrescenta:

Visto isso, o gênero e sexo se tornam duas categorias distintas, já que o sexo não seria uma indicação natural para designar se o indivíduo pertence ao gênero feminino ou masculino ou se a sua orientação sexual será heterossexual, homossexual ou bissexual, o que irá determinar esses fatores são as afirmações praticadas constantemente pelo indivíduo durante a sua construção pessoal¹⁵².

Dessa feita, vislumbra-se que o gênero não acontece de forma definitiva na vida do indivíduo a partir de seu nascimento, mas se deve a uma sucessão de ações repetitivas que se fortalece com o tempo até adquirir a aparência desejada pelo sujeito. Vale ressaltar que não podemos simplesmente adquirir a roupagem de um novo gênero, porquanto, como afirma Butler, “tudo o que existe é apenas escolhas dos instrumentos onde estão, sendo que a própria escolha é tornada possível pelo fato de o instrumento estar ali”¹⁵³.

Por fim, se o gênero é uma construção socialmente determinada, ele teve um começo, uma formação inicial, e essa estrutura pode chegar a um fim dependendo do desenvolvimento do pensamento em relação ao modo de pensar o gênero naquela comunidade. Em consonância com esse posicionamento, Connell e Pearse defendem que “ser um homem ou uma mulher, então, não é um estado predeterminado. É um tornar-se; é uma condição ativamente em construção”¹⁵⁴.

3.3.3 *Identidade de gênero e diversidade sexual*

O conceito de identidade de gênero é tão complexo, abstrato e controverso quanto a distinção já proposta entre as categorias sociais do sexo e do gênero. A primeira dificuldade que encontramos é a aparente contradição do termo, visto que identidade remete à ideia daquilo que é idêntico, como a própria raiz da palavra sugere: atribui-se sentimento de identificação com as coisas ou seres vivos que são semelhantes entre si, mas em relação aos

¹⁵¹ BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 24-25.

¹⁵² *Ibid.*, p. 25.

¹⁵³ BUTLER, Judith. **Gender Trouble**. 1999, p. 33 apud SALIH, Sara. **Judith Butler e a Teoria Queer**. Belo Horizonte: Autêntica, 2012. p. 94.

¹⁵⁴ CONNELL, Raewyn; PEARSE, Rebecca. **Gênero: uma perspectiva global**. 3. ed. São Paulo: nVerso, 2015. p. 38.

demais, que não pertencente a mesma espécie, são diferentes. Assim, a própria construção da identidade pessoal passa pelo processo de identificação em relação aos outros¹⁵⁵.

Em primeira análise, subentende-se que os sujeitos podem praticar sua sexualidade de diversos modos, podendo viver seus prazeres e desejos corporais de variadas maneiras, quer dizer,

Suas identidades sexuais se construiriam, pois, através das formas como vivem sua sexualidade, como parceiros/as do mesmo sexo, do sexo oposto, de ambos os sexos ou sem parceiros/as. Por outro lado, os sujeitos também se identificam, social e historicamente, como masculinos ou femininos e assim constroem suas *identidades de gênero*. Ora, é evidente que essas identidades (sexuais e de gênero) estão profundamente inter-relacionadas; nossa linguagem e nossas práticas muito frequentemente as confundem, tornando difícil pensá-las distintivamente¹⁵⁶.

Grosso modo, homens e mulheres podem se assumir heterossexuais, homossexuais, bissexuais etc. O que se leva em consideração é que as identidades – tanto em relação a gênero como em relação ao sexo – são construídas, isto é, em conformidade com o que já foi dito; elas não são dadas ou acabadas num momento preciso. Assim, durante as diversas fases da vida, as identidades estão reiteradamente constituindo-se, sendo elas volúveis e, por isso, passíveis de modificação¹⁵⁷.

Nesse cenário, ao imaginarmos a diversidade sexual da espécie humana, procuramos abarcar toda a gama de sujeitos que se identificam como homossexuais, bissexuais, pansexuais, transexuais, transgênero, travestis etc., os quais transpassam as barreiras dos padrões ocidentais de heteronormatividade e sexismo, que, como mencionado, são moldados pela cultura e construídos socialmente. Nos dizeres de Deborah Britzman:

Nenhuma identidade sexual – mesmo a mais normativa – é automática, autêntica, facilmente assumida. Nenhuma identidade sexual existe sem negociação ou construção. Não existe, de um lado, uma identidade heterossexual lá fora, pronta, acabada, esperando para ser assumida e, de outro lado, uma identidade homossexual instável, que deve se virar sozinha.

¹⁵⁵ LIMA, Rita de Lourdes. Diversidade, identidade de gênero e religião: algumas reflexões. **Revista Pauta**, 2011. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaempauta/article/view/2940/2104>>. Acesso em: 20 out. 2017.

¹⁵⁶ LOURO, Guacira Lopes. **Gênero, sexualidade e educação**: uma perspectiva pós-estruturalista. 6. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997. p. 26-27,

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 27.

Em vez disso, toda identidade sexual é um construto instável, mutável e volátil, uma relação social contraditória e não finalizada¹⁵⁸.

Todavia, a percepção sobre o corpo, a parte material do ser, não deve ser renegada a esse processo de construção da identidade, visto que, conforme disse Lipiansky, “o corpo é a base e o suporte privilegiado do sentimento de identidade”¹⁵⁹. Por essa razão que a “forma como nos sentimos em relação ao nosso corpo e como percebemos que os outros nos veem interfere no nosso processo identitário. Assim, a identidade corporal se adapta às diversas fases da nossa vida – infância, juventude, maturidade e velhice”¹⁶⁰, sendo que cada uma dessas etapas interfere diretamente na construção do eu.

É nesse momento que traremos ao debate a questão da identidade de gênero, que também faz parte de nossa identidade corporal, visto que desde muito pequenos somos convidados a nos reconhecer como meninas ou meninos e, na vida adulta, como mulheres ou homens. Aqui devemos nos atentar a um detalhe, pois a nossa identidade de gênero não está relacionada ao sexo biológico com o qual que nascemos. Portanto, a identidade é construída a partir da identificação ou não com o sexo e a adaptação ou não com o significado socialmente designado ao gênero.

Em suma, nem sempre a identidade de gênero corresponderá ao sexo com o qual o indivíduo nasce, já que o sexo está para a identidade sexual quanto o gênero está para a identidade de gênero. Assim, o fato de o indivíduo se entender como homem ou mulher (identidade de gênero) não tem, obrigatoriamente, relação com o seu sexo (identidade biológica), tampouco tem correspondência com a sua orientação sexual (heterossexual, homossexual, bissexual etc.).

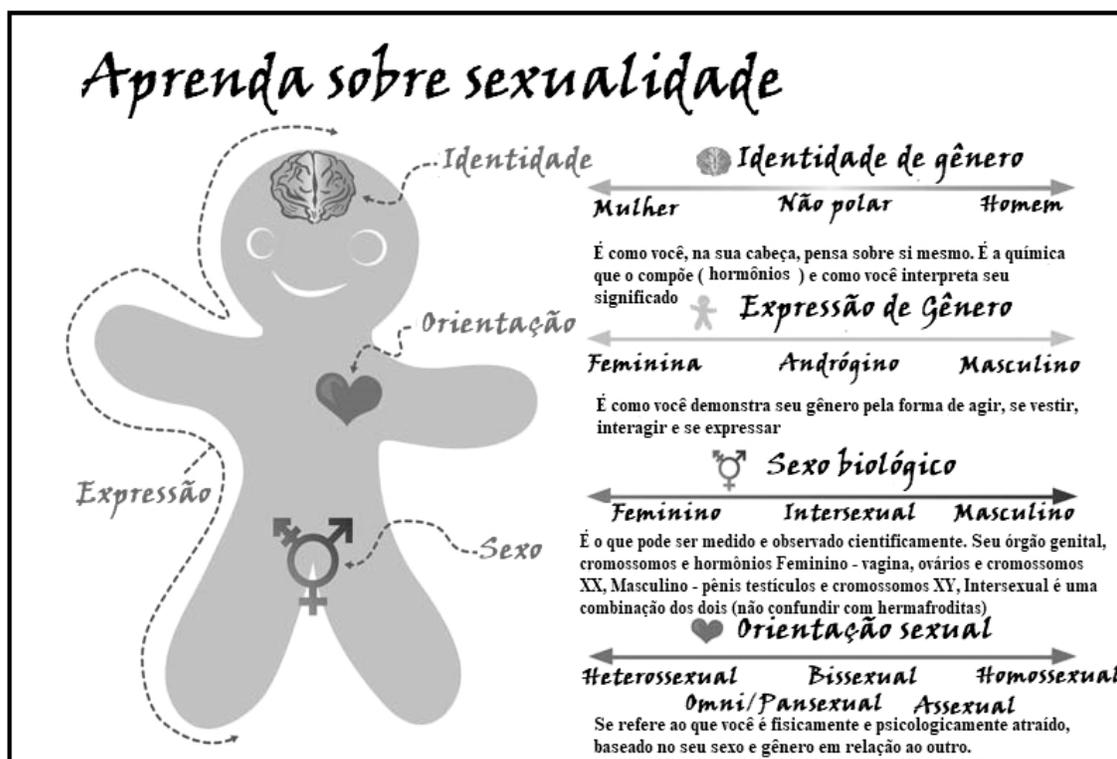
Para melhor compreensão da temática, observe a seguinte ilustração:

Figura 2 – Sexualidade humana

¹⁵⁸ BRITZMAN, Deborah. O que é esta coisa chamada amor: identidade homossexual, educação e currículo. **Revista Educação & Realidade**, Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Educação. v. 21. p. 74, jan./jun. 1996.

¹⁵⁹ LIPIANSKY, E. M. **Identité e communication: L'esperience groupale**. Paris: Press Universitaires de France, 1992. p. 25. Tradução nossa.

¹⁶⁰ LIMA, Rita de Lourdes. Diversidade, identidade de gênero e religião: algumas reflexões. **Revista Pauta**, 2011, p. 167-168. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaempauta/article/view/2940/2104>>. Acesso em: 20 out. 2017.



Fonte: Adaptada do site <http://itspronouncedmetrosexual.com/2012/01/the-genderbread-person/>.

Nessa oportunidade, elucida-se que a identidade e expressão de gênero são duas categorias comportamentais que não se confundem, tendo em vista que identidade diz respeito ao sentimento e à noção que a pessoa tem de pertencer a um dos gêneros, ao passo que a expressão de gênero está ligada ao reforço social definido pela comunidade como masculino ou feminino, traduzindo-se no modo de andar, falar, corte de cabelo, roupas, gestos etc. Em Noutros termos, a

identidade de gênero é resultante da evolução genética ao passo que o papel de gênero é fruto da evolução cultural. Apesar de o papel de gênero ser definido pelas práticas culturais, ela não deixa de receber influência da evolução genética, na medida em que a seleção natural das espécies influencia na evolução das práticas culturais dos organismos¹⁶¹.

Enfim, a diversidade sexual do ser humano é tema bastante extenso e não seria interessante esgotar a temática sob pena de desviarmos o foco da nossa pesquisa, mas a princípio devemos ter em mente que muitas das práticas sociais que violam direitos humanos, incluindo aqui o direito à liberdade sexual, podem ter indícios nos processos de segregação

¹⁶¹ VIEIRA, Tereza Rodrigues; PAIVA, Luiz Airton Saavedra de (Orgs.). **Identidade sexual e transexualidade**. São Paulo: Roca, 2009. p. 59.

social em que minorias estão sujeitas a variadas formas de violência: física, social, cultural, humana e até mesmo simbólica.

3.4 A TRANSEXUALIDADE E CONCEITOS CORRELATOS

3.4.1 Conceitos iniciais

A transexualidade se diferencia de todos os demais fenômenos referentes à sexualidade humana. O termo transexual “surgiu pela primeira vez em 1953, e foi utilizado pelo endocrinologista americano Harry Benjamin para designar indivíduos que, embora biologicamente normais, encontravam-se inconformados com seus órgãos sexuais”¹⁶² e buscavam a adequação genital. Entretanto, a concretização do desejo de pertencer não somente à alma, mas também à fisionomia do sexo oposto, por meio de cirurgias de adequação, só ocorreu no ano de 1931¹⁶³, e até a década de 1950 o feito se repetiu poucas vezes. A partir de 1960 e até os dias atuais, a temática ganhou atenção dos estudiosos, tendo em vista que se trata de fenômeno não tão raro¹⁶⁴, mas que, por sua complexidade, atrai curiosidade e desperta interesse.

A transexualidade é caracterizada pela intensa rejeição que o indivíduo afetado ostenta em relação ao seu sexo biológico¹⁶⁵, quer dizer, os transexuais apresentam identidade de gênero cruzada. Tal fenômeno não se confunde com a homossexualidade, já que os homossexuais aceitam seu sexo anatômico, embora se sintam atraídos por pessoas com a mesma configuração biológica. Igualmente, não se pode confundir o transexual com o travesti, pois nesse último verificamos que o uso das vestimentas do sexo oposto é fonte de prazer, mas sua identidade de gênero coaduna com a sua anatomia¹⁶⁶.

¹⁶² LOPES, André Cortes Vieira. **Transexualidade:** reflexos da redesignação sexual. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/229.pdf>. Acesso em: 23 out. 2017.

¹⁶³ Trata-se do famigerado caso do pintor dinamarquês Einar Magnus Wegener, que, após cirurgias experimentais que alteraram sua genitália masculina, assumiu a identidade de Lily Elbe. Lily faleceu três meses após uma complexa cirurgia de implantação de útero. Alguns livros foram escritos sobre a sua vida, por exemplo, *Man into Woman – The First Sex Change* e *A Garota Dinamarquesa*, por David Ebershoff. Essa última obra foi adaptada ao cinema com título homônimo.

¹⁶⁴ A prevalência estimada para essa patologia é de 1 para cada 30.000 adultos masculinos e de 1 para cada 100.000 adultos femininos. In: FERREIRA, F. D. **Transtornos de Identidade Sexual:** Sexualidade Humana e seus Transtornos. São Paulo: Lemos-Editorial, 2000.

¹⁶⁵ VIEIRA, Tereza Rodrigues; PAIVA, Luiz Airton Saavedra de (Orgs.). **Identidade sexual e transexualidade.** São Paulo: Roca, 2009. p. 46.

¹⁶⁶ O travestismo também não afeta a orientação sexual da pessoa, quer dizer, não há relação entre o travestismo e a homossexualidade.

Vale ressaltar que, no Brasil, o termo transgeneridade abrange um grupo diversificado de indivíduos que não se identificam, em diferentes níveis, com a expressão do gênero condizente com o sexo de nascimento, ou seja, é aquele grupo de indivíduos que, de alguma maneira, quer poder se expressar de algum modo como sexo oposto, mas não sente a necessidade de modificar sua configuração biológica¹⁶⁷.

À vista disso, o transexual não consegue se sentir bem com sua genitália, acarretando-lhe profundo sofrimento psicológico, apresentando características de inconformismo, depressão, angústia e repulsa pelo próprio corpo¹⁶⁸. O transexual apresenta desconforto psíquico com o seu sexo biológico, desejando obcecadamente ter sua estrutura corpórea redesignada ao sexo que acredita pertencer. Para essa população, a operação de transgenitalização é uma questão de vida ou morte, recusando-se veementemente a se comportar de acordo com o sexo antagônico¹⁶⁹.

Assim, a jurista Argentina Elena Inés Highton de Nolasco pontua que

O transexualismo é uma questão que está em uma situação limítrofe, de névoa, em que se compreende e confunde, muitas vezes dramaticamente, normalidade e desvio, aparência orgânica e inclinação psíquica, vida individual e relação. É um problema de limites entre o conhecido e o desconhecido onde se confrontam ideologias opostas e diversas hierarquias de valores. O transexual representa emblematicamente a patologia do incerto; é um sujeito onde se aprecia um eloquente e definido contraste entre o elemento físico, quer dizer, suas características sexuais externas, e aquelas de natureza psíquica. Isto conduz a uma ansiosa busca por uma correspondência entre a sua aparência física e seus comportamentos, hábitos, gestos, vestimentas e atitudes em geral, que são próprias do sexo que realmente sente-se pertencer e que profundamente vivencia em seu cotidiano. Essa tendência, destinada a atingir sua própria identidade sexual, leva os transexuais a submeterem-se a intervenções cirúrgicas de suas genitais, embora seja doloroso e insuportável o processo de “substituí-los” pelos que correspondam a seu estado psicológico e a seus costumes de vida¹⁷⁰.

¹⁶⁷ JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre a população transgênero**: conceitos e termos. Disponível em:

<https://www.sertao.ufg.br/up/16/o/ORIENTA%C3%87%C3%95ES_POPULA%C3%87%C3%83O_TRANS.pdf?1334065989>. Acesso em: 4 out. 2017.

¹⁶⁸ LOPES, André Cortes Vieira. **Transexualidade**: reflexos da redesignação sexual. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/229.pdf>. Acesso em: 23 out. 2017.

¹⁶⁹ Ibid.

¹⁷⁰ HIGHTON, Elena, La salud, la vida y la muerte. Un problema ético-jurídico: el difuso límite entre el daño y el beneficio a la persona. **Revista de Derecho Privado y Comunitario**, Rubinzal-Culzoni: Santa Fé, n. 1, 1993. p. 207. Tradução nossa.

Assim, o transexual tem uma intensa aspiração de viver e ser aceito pela sociedade como um ente do sexo oposto à sua genitália, e nenhum argumento terá a capacidade de dissuadi-lo do contrário, visto que a dita transmutação corporal é tão importante para ele que impregna todo o seu interesse, podendo chegar ao ponto de expor a própria vida e integridade física a riscos na tentativa de adequar o corpo ao seu gênero psíquico.

3.4.2 *Transexualidade e etiologias*

Quanto à gênese, a transexualidade mostra ser uma incógnita, existindo, todavia, diversas teorias e trabalhos experimentais, na tentativa de aclarar suas causas. Uma parte dos estudiosos considera que o problema tem causa orgânica, ao passo que outros propõem que a etiologia seria psicológica, com possível interação psique/ambiente¹⁷¹. Há quem misture essas duas correntes, cada uma com a sua porcentagem, o que torna a solução da celeuma ainda mais complexa ou não conclusiva. Todas as teorias que visam desmistificar a origem da transexualidade têm seus defensores e detratores, mas mostram que, no fim das contas, nada se observa de realmente concreto. Por essa razão, apresentaremos alguns pontos de vista partilhados por alguns estudiosos sem a pretensão de esgotar a controvérsia existente.

As teses que abrangem a organicidade, as hormonais e as genéticas, são as mais difundidas. Seus teóricos defendem que a organização cerebral dependeria da atuação de androgênios sexuais em momentos cruciais do desenvolvimento do feto. De acordo com alguns pensadores, a exposição pré-natal ao hormônio testosterona, por fatores ambientais ou genéticos, seria imprescindível para a masculinização do cérebro, o que acarretaria, conseqüentemente, futuros comportamentos masculinos. Destarte, quanto mais elevados os níveis hormonais (testosterona ou progesterona), maior seria a predisposição de o indivíduo estampar comportamentos bissexuais ou homossexuais ou, até mesmo, a transexualidade¹⁷².

De modo diverso, Robert J. Stoller relata, no livro *A experiência transexual*, a conclusão de seus estudos com pessoas com identidade de gênero cruzada, desenvolvendo uma teoria não biológica para a origem do transexualismo. O pesquisador acompanhou nove casos de pessoas com idades variando entre os cinco e quarenta anos. Com base nisso,

¹⁷¹ VIEIRA, Tereza Rodrigues; PAIVA, Luiz Airton Saavedra de (Orgs.). **Identidade sexual e transexualidade**. São Paulo: Roca, 2009. p. 51.

¹⁷² CORDEIRO, Silvia N.; KLEIN, Silvana M.R. Poncio; PEREIRA, Cláudia B.D.; SOUSA, Livia M. de; YOSHIDA, Luzia Aparecida Martins. **Transexualismo**: uma visão psicanalítica. Rev. Latinoam. Psicopat. Fund., IV, 2. passim.

verificou que uma determinada configuração familiar acarretava o transexualismo em homens. Stoller pondera que apenas com a reunião de quatro fatores o transexualismo masculino poderia acontecer:

mãe bissexual; pai ausente física e psicologicamente; um longo período de união ininterrupto entre mãe e filho e a beleza especial do menino. Para Stoller, a mãe do menino transexual é uma mulher que não pôde desenvolver sua feminilidade e tem uma intensa inveja do pênis, colocando seu filho no lugar desse pênis desejado. A intensa aproximação com a mãe leva a um desenvolvimento não traumático e não conflituoso de feminilidade no filho. A ausência do pai leva à impossibilidade de identificação com ele e com isso à impossibilidade de desenvolvimento da masculinidade¹⁷³.

Nesse aspecto, a transexualidade não é encarada como uma psicose e o sentimento de pertencer ao sexo oposto não é um devaneio, mas uma ilusão que o infante foi levado a crer. Segundo as conclusões de Stoller, assim como um sujeito do sexo masculino se entende como homem, o transexual masculino acredita ser mulher¹⁷⁴. É nesse sentido que o teórico defende que as construções da identidade de gênero não são consequências isoladas do

interjogo dinâmico de identificações e defesas, mas, em primeiro lugar, são consequências de marcas deixadas por condicionamentos, numa época em que a criança ainda não possui um aparelho psíquico desenvolvido para usar defesas capazes de criar uma proteção contra as influências familiares¹⁷⁵.

Dentro dessa temática, impossível deixar de falar nos estudos sobre gênero realizados John William Money. O estudioso encabeçou pesquisas com crianças intersexuais¹⁷⁶, com o intuito de estabelecer as correlações entre a identidade nuclear da pessoa, sua formação biológica, sua fórmula cromossômica e seus hormônios. Money introduziu a ideia de gênero para diferenciar o sexo biológico do indivíduo da sua identidade sexual e, com isso, apresentou novas possibilidades para aclarar os motivos de haver pessoas que apresentam comportamentos desviantes, como ocorre com os transexuais¹⁷⁷.

Substituir o sexo pelo gênero permite propor, à primeira vista, uma explicação elegante do transexualismo: haveria, de um lado, o sexo real, o da reprodução sexuada, imposto pela natureza, consagrado em geral pela

¹⁷³ CORDEIRO, Silvia N.; KLEIN, Silvana M.R. Poncio; PEREIRA, Cláudia B.D.; SOUSA, Livia M. de; YOSHIDA, Luzia Aparecida Martins. **Transexualismo**: uma visão psicanalítica. Rev. Latinoam. Psicopat. Fund., IV, 2, p. 95.

¹⁷⁴ Ibid., loc. cit.

¹⁷⁵ Ibid., loc. cit.

¹⁷⁶ Crianças com anomalias sexuais congênitas.

¹⁷⁷ AMARAL, Daniela Murta. **A psiquiatria da transexualidade**: análise dos efeitos do diagnóstico de transtorno de identidade de gênero nas práticas de saúde. 2007. 129 f. Dissertação (Mestrado em Saúde Coletiva) – Instituto de Medicina Social, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

aparência e quase sempre aceito pelo indivíduo; e, do outro, o registro subjetivo do gênero que, na maioria dos indivíduos, concordaria com o sexo, o transexualismo mostrando, no entanto, a possibilidade de uma discordância¹⁷⁸.

Assim, Money tenta demonstrar a total independência entre o biológico e o social, defendendo que as formas de expressão masculina e feminina são influenciadas pela comunidade em que a pessoa está inserida. Destarte, o modo como o indivíduo é educado influenciaria diretamente em seu gênero e esse teria prevalência sobre o sexo anatômico. Segundo o psicólogo, a identidade de gênero é construída a partir dos primeiros anos de vida, quer dizer, quando nascemos o nosso gênero é neutro e nossa identidade se forma de acordo com a educação que recebemos¹⁷⁹.

Contudo, Money tomou ao pé da letra e levou às últimas consequências a célebre frase de Simone de Beauvoir¹⁸⁰, invertendo o “sinal sexual, e estampando no corpo de meninos a noção de que ‘não se nasce homem’”¹⁸¹, fazendo com que sua tese fosse alvo de muitas críticas, tendo em vista as visões estereotipadas proposta pelo pesquisador.

Ocorre que, nos anos de 1960, Money teve a oportunidade perfeita de comprovar empiricamente sua teoria, com o nascimento dos gêmeos Bruce e Brian Reimer. Após sete meses de vida, os meninos, que exibiam genitálias perfeitas, começaram a apresentar dificuldade para urinar. Assim, os infantes foram levados ao hospital para serem circuncidados. Na manhã seguinte à internação, seus pais receberam uma ligação do hospital informando que os médicos utilizaram uma agulha cauterizadora em vez de um bisturi e desse erro resultou na extirpação total do pênis de Bruce¹⁸².

Após vários meses do fato, os pais de Bruce assistiram a uma entrevista de Money na televisão, que explicava que as crianças nascem sexualmente neutras e só pela criação se tornam meninas ou meninos. Bruce foi levado à clínica de Money, foi castrado, sofreu

¹⁷⁸ FRIGNET, Henry. **O transexualismo**. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2002. _____ *Identité sexuelle et transexualisme. Logos et Anankè. Revue de Psychanalyse et de Psychopathologie*, n.1, 1999. p. 88.

¹⁷⁹ MONEY, J. Sex reassignment as related to hermaphroditism and transsexualism. In: GREEN, R; MONEY, J. **Transsexualism and Sex reassignment**. Baltimore: The Johns Hopkins Press, 1969.

¹⁸⁰ “Não se nasce mulher, torna-se mulher.” In: BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo**. Tradução de Sérgio Milliet. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980. vs. I e II.

¹⁸¹ CORRÊA, Mariza. **Não se nasce homem**. Disponível em: <http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/uploads/publicacoes/942_926_naosenascehomem.pdf>. Acesso em: 30 out. 2017.

¹⁸² DOCUMENTÁRIO conta drama de gêmeo criado como menina após perder pênis. 24.11.2010. **BBC Brasil**. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2010/11/101123_gemeos_mudancasexo>. Acesso em: 30 out. 2017.

inúmeras cirurgias até a puberdade para afeminar seu corpo e passou a se chamar Brenda. Money advertiu, como forma de garantir o sucesso da experiência, que nenhuma das crianças poderia saber da verdade sobre o passado de Brenda, mas deveriam passar por um acompanhamento anual para que fosse aferido o progresso do tratamento¹⁸³. Durante anos, o caso foi conhecido, nos anais médicos, como a história de John/Joan.

Em 1975, Bruce publicou um artigo detalhando a sua experiência e considerando o feito um sucesso total. No entanto, ao chegar à puberdade, Brenda sentiu impulsos suicidas. Seus genitores começaram a relatar que a menina era muito masculina, rebelde e rejeitava tudo que vinha do mundo feminino. Observando a piora no quadro da adolescente, os pais suspenderam as consultas com Money e contaram a Brenda que ela havia nascido como menino que assumiu, após duas semanas da descoberta, a identidade de David¹⁸⁴. Ele passou por procedimentos cirúrgicos de reconstrução do pênis e chegou a casar, mas, quando passou dos trinta anos de idade, entrou em depressão ao perder o emprego e a esposa. No dia 4 de maio de 2004, David cometeu suicídio aos 38 anos de idade¹⁸⁵.

Esse fato ficou muito famoso e acendeu o debate sobre a situação da oposição entre biologia e sociologia. Money foi duramente criticado pela leitura perversa que fez da obra de Beauvoir ao tentar “corrigir” o aparato anatômico de Bruce, transformando-o em Brenda, levando toda uma geração de estudiosos a tentar “consertar” o sexo com as convenções de gênero vigentes na sociedade em que se encontra o indivíduo¹⁸⁶.

Em suma, quando o assunto é a etiologia da transexualidade, nota-se, portanto, a existência de duas grandes teorias – uma endocrinológica e outra psicossocial – que foram desenvolvidas durante o século XX no intuito de tentar desvendar a questão da transexualidade, ainda que nos dias atuais não se tenha chegado a um consenso¹⁸⁷. Sobre a controvérsia, Sérgio de Almeida questiona:

¹⁸³ DOCUMENTÁRIO conta drama de gêmeo criado como menina após perder pênis. 24.11.2010. **BBC Brasil**. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2010/11/101123_gemeos_mudanca_sexo>. Acesso em: 30 out. 2017.

¹⁸⁴ Ibid., 2010.

¹⁸⁵ Ibid., 2010.

¹⁸⁶ CORRÊA, Mariza. **Não se nasce homem**. Disponível em: <http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/uploads/publicacoes/942_926_naosenascehomem.pdf>. Acesso em: 30 out. 2017.

¹⁸⁷ AMARAL, Daniela Murta. **A psiquiatrização da transexualidade: análise dos efeitos do diagnóstico de transtorno de identidade de gênero nas práticas de saúde**. 2007. 129 f. Dissertação (Mestrado em Saúde Coletiva) – Instituto de Medicina Social, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

Pesquisas são feitas e aprofundadas diariamente no mundo todo. Prevalece o biológico? Prevalece o psicológico? Haverá uma mistura dos dois? Que papel desempenhará a educação familiar? Ser homem? Ser Mulher? Por que a identidade se cruza em alguns? Porque, quase na totalidade das pessoas, isto não ocorre? Questionamentos e mais questionamentos não cessam. Hoje, com segurança, não sabemos qual a etiologia da transexualidade. Será que um dia elucidaremos esse enigma?¹⁸⁸.

Por fim, independentemente da gênese ou da corrente ideológica prevalente, o que se deve levar em conta é o fato de os indivíduos transgêneros também serem pessoas naturais, portadoras de personalidade jurídica e detentoras de direitos humanos e fundamentais que rotineiramente são violados. Dessa sorte, imprescindível a harmonização entre o direito de o indivíduo dirimir seu conflito identitário e assumir sua identidade de gênero, como expressão do exercício do direito à liberdade e à saúde psicológica. Essa harmonização pode ser atingida, por exemplo, pela aceitação da identidade de gênero, entre os direitos existenciais.

3.4.3 Transexualismo e patologização

Do mesmo modo como aconteceu com a homossexualidade, o marco histórico patologizador favoreceu o afastamento da transexualidade do campo moral, em que era enquadrada como perversão, para adentrar no campo da medicina como um distúrbio, uma patologia. Com isso, o cidadão transexual deixou de ser um devasso para ser catalogado como um doente¹⁸⁹. Em linhas gerais, Heleno C. Fragoso argumenta:

Trata-se de anomalia hoje bem caracterizada e conhecida, claramente distinta de outros fenômenos de intersexualidade, como o homossexualismo e o transvestismo. Entende-se por transexualismo uma inversão da identidade psicossocial, que conduz a uma neurose relacional obsessivo-compulsiva, que se manifesta pelo desejo de reversão sexual integral. A etiologia do transexualismo (que é fenômeno relativamente raro) é basicamente desconhecida, embora existam várias hipóteses especulativas. cf. PAUL A. WALKER, transexualismo, no volume *Sex and Life Cycle*, OAKS (W.), ed., Nova York, Grune & Stratton, 1966; MONEY (J.) e GASKIN (R.J.), *Sex Reassignment*, *Journal of Psychiatry*, Nova York, Science House, 1970- 1971, vol. 9, 249. O desconhecimento das causas levou à formulação de definições fenomenológicas, com as quais se descreve o fenômeno. Assim, o professor JOHN MONEY, uma das maiores autoridades na matéria, entende que o transexualismo constitui um distúrbio na identidade do próprio gênero, no qual a pessoa manifesta, com persistente

¹⁸⁸ VIEIRA, Tereza Rodrigues; PAIVA, Luiz Airton Saavedra de (Orgs.). **Identidade sexual e transexualidade**. São Paulo: Roca, 2009. p. 55.

¹⁸⁹ DIAS, Maria Berenice; ZENEVICH, Leticia. Um histórico da patologização da transexualidade e uma conclusão evidente: a diversidade é saudável. **Periódico do Núcleo de Estudos e Pesquisa sobre Gênero e Direito**, Paraíba, n. 2, p. 11-23, 2º semestre 2005.

e constante convicção, o desejo de viver como membro do sexo oposto integralmente. Como diz o Dr. IHLENFELD (Charles L.), no transexualismo, o indivíduo sente que nasceu com o corpo errado (*The patient feels simply that he was born with the wrong body*). *Thoughts on the treatment of transsexuals, Journal of Contemporary Psychotherapy*, vol. 6 no. 1, 63 (1973). E, por isso, busca desesperadamente realizar a reversão sexual, passando a ter aparência e o status social do sexo oposto. “Os homossexuais convivem com o próprio sexo, e estão certos de pertencer a ele. Os costumes e vestuários próprios do sexo masculino não os agridem psicologicamente, embora alguns prefiram uma aparência bizarra e excêntrica, afetada e efeminada. Outros, ao contrário, desejam uma aparência máscula, cultivando atributos masculinos (barba, bigode, costeletas), e vestuário adequado. Os transexuais, ao contrário, sentem-se como indivíduos “fora do grupo” desde o início, não participando com espontaneidade e integração do ambiente por eles frequentado¹⁹⁰.”

Nessa lógica, começou-se a desenvolver o entendimento de que o desejo de pertencer ao sexo oposto deveria ser conceituado como uma doença mental com vários estágios e passível de tratamento: *psychopathia transexualis*. Conforme definição de David Oliver Cauldwell,

Quando um indivíduo que é afetado psicologicamente de forma desfavorável decide viver como um membro do sexo ao qual ele ou ela não pertence, essa pessoa é o que pode ser chamado de *transexual psicopata*. Isto significa, simplesmente, que é mentalmente incapaz e, por isso, a pessoa deseja viver como se pertencesse ao sexo oposto.

O que cabe ao transexual psicopático pode ser chamado de psicopatia transexual. Existem vários graus de transexualidade psicopática [...] ¹⁹¹.

Dessa forma, visto que a transexualidade é um fenômeno bem mais complexo do que a preferência sexual divergente, houve a necessidade de as redesignações sexuais serem inseridas em processos terapêuticos formais e que os procedimentos estivessem regulamentados, culminando na criação de protocolos de atendimento voltados especialmente para essa população¹⁹².

¹⁹⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Transexualismo. Cirurgia – Lesão Corporal. **Revista de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 25-34. v. 25. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo27.pdf>. Acesso em: 23 out. 2017.

¹⁹¹ CAULDWELL, D.O. Psychopathia Transexualis. **International Journal of Transgenderism**. Minnesota, v. 5, n. 2, abr./jun. 2001. Disponível em: <https://www.atrria.nl/ezines/web/IJT/97-03/numbers/symposion/cauldwell_02.htm>. Acesso em: 24 out. 2017. Tradução nossa.

¹⁹² AMARAL, Daniela Murta. **A psiquiatrização da transexualidade**: análise dos efeitos do diagnóstico de transtorno de identidade de gênero nas práticas de saúde. 2007. 129 f. Dissertação (Mestrado em Saúde Coletiva) – Instituto de Medicina Social, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

A partir dessas premissas, podemos organizar de forma cronológica os acontecimentos mundiais acerca da formalização e procedimentalização do transexualismo¹⁹³:

- 1973: Norman Fisk fundamenta uma nosografia psiquiátrica para a transexualidade, ancorando-se fundamentalmente no autodiagnóstico do paciente;
- 1977: o transexualismo é efetivamente incorporado à categoria psiquiátrica de disforia de gênero, que acrescentava outras “enfermidades” relacionadas à identidade de gênero;
- 1980: o transexualismo foi agregado ao Manual de Diagnóstico e Estatístico das Desordens Mentais, terceira edição (DSM III), formalizando um lugar na psiquiatria e na medicina, além de conferir legitimidade aos critérios diagnósticos e a descrição dessa “desordem”;
- 1994: com a publicação do DSM-IV, o termo transexualismo foi alterado por Transtorno de Identidade de Gênero (TIG), haja vista ser um estado psicológico no qual a identidade de gênero conflita com o sexo anatômico.

Nesse sentido, a Classificação Internacional de Doenças, 10ª edição (CID-10), para o transtorno de identidade de gênero (F 64.0) considera alguns preceitos para melhor diagnosticar a patologia¹⁹⁴:

- persistência mínima de dois anos;
- não ser o sintoma de outra doença mental grave como, por exemplo, a esquizofrenia que também envolve alterações comportamentais;
- dissociação a qualquer anomalia sexual genética ou cromossômica sexual.

Ademais, de acordo com o DSM-IV, as características diagnósticas do TIG obedecem a dois componentes que necessariamente devem estar presentes na sua identificação:

¹⁹³ AMARAL, Daniela Murta. **A psiquiatrização da transexualidade**: análise dos efeitos do diagnóstico de transtorno de identidade de gênero nas práticas de saúde. 2007. 129 f. Dissertação (Mestrado em Saúde Coletiva) – Instituto de Medicina Social, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

¹⁹⁴ VIEIRA, Tereza Rodrigues; PAIVA, Luiz Aírton Saavedra de (Orgs). **Identidade sexual e transexualidade**. São Paulo: Roca, 2009. p. 46.

Deve haver evidências de uma forte e persistente identificação com o gênero oposto, que consiste do desejo de ser, ou a insistência do indivíduo de que ele é do sexo oposto [...]. Também deve haver evidências de um desconforto persistente com o próprio sexo atribuído ou uma sensação de inadequação no papel do gênero deste sexo. Para que este diagnóstico seja feito, deve haver evidências de sofrimento clinicamente significativo ou prejuízo no funcionamento social ou ocupacional ou em outras áreas importantes da vida do indivíduo¹⁹⁵.

Em sentido diverso e demonstrando profundo descontentamento com esta patologização da transexualidade, Berenice Bento pondera:

São múltiplas as violências cometidas as pessoas transexuais. A patologização da experiência talvez seja a mais cruel, pois irradia a convicção de que são pessoas inferiores. Cruzar os limites dos gêneros é colocar-se em uma posição de risco. Quando se afirma que existe uma norma de gênero, deve-se pensar em regras, leis, interdições e punições¹⁹⁶.

Seguindo sua crítica, a autora afirma que o “metamorfoseamento” da pessoa transexual a transforma em ré num processo perverso de retirar sua humanidade. Ainda, a socióloga avalia que a possibilidade de vindicar direitos humanos acaba se restringindo a um grupo muito particular de indivíduos que, por suas características (heterossexuais, brancos, homens masculinos, membros da elite econômica/política/intelectual), são alçados ao topo da hierarquia¹⁹⁷. Argumenta:

O afastamento desses pontos qualificadores de humanidade reduz a capacidade de o sujeito entrar na espera dos direitos e de reivindicá-los. Os direitos humanos se transformam, nesse processo, num arco-íris: lindo de ser ver, impossível de se alcançar. As normas de gênero só conferem inteligibilidade, ou seja, vida, àqueles seres que estão alocados em gêneros apropriados aos corpos sexuais¹⁹⁸.

Não obstante, para além das críticas de Bento, a transexualidade continua sendo encarada como uma patologia pela maioria dos estudiosos da área médica e jurídica e ainda consta como moléstia na Classificação Internacional de Doença da Organização Mundial da Saúde como um transtorno de identidade. Contudo, assim como os homossexuais já ocuparam o lugar em que consta a transexualidade na CID, nada afasta a esperança de que o tema seja reexaminado em futuro próximo.

¹⁹⁵ BENTO, Berenice. **O que é transexualidade?** 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 2012. p. 165.

¹⁹⁶ Ibid., p. 163.

¹⁹⁷ Ibid., p. 164.

¹⁹⁸ Ibid., loc. cit.

3.5 TRANSEXUALIDADE NA INFÂNCIA E NA ADOLESCÊNCIA

A infância é entendida como algo utópico, considerando que nessa etapa da vida está inserido apenas o direito de aprender, ler, escrever, brincar e se divertir, desse modo, a criança estaria isenta de preocupações. Por essa razão, tratar da transexualidade infantil é demasiadamente delicado, visto que a temática é encoberta pela falta de informação e, obviamente, o total despreparo vindo inicialmente dos genitores e, posteriormente, da escola.

Notório que, desde o nascimento, o infante é forçosamente submetido às regras e convenções socialmente impostas que são próprias de um sistema simbólico, no qual esse sujeito deve, necessariamente, se comportar de acordo com aquilo que é masculino ou feminino relacionado diretamente à sua anatomia, embora não seja realmente assim que ele sinta por dentro. “É o sexo de atribuição, e não o anátomo-biológico, que assegura à criança o sentimento de ser menino ou menina”¹⁹⁹.

A aquisição da identidade de gênero na infância se dá pela percepção da criança de sua genitália externa, forças biológicas e pela interação afetiva emocional da criança por seus pais até desenvolver o senso de identidade pessoal como um todo²⁰⁰.

Destarte, a convicção de pertencer ao sexo oposto aparece na infância no transexual primário e o transexualismo secundário se manifesta após a puberdade. Destarte, Yoshida esclarece com mais precisão essa distinção proposta por Stoller:

Os transexuais primários são homens anatômica e fisiologicamente normais, com aparência feminina muito natural. Relatam uma história de terem sido femininos por toda a sua vida, sem episódios de masculinidade, ou mesmo comprometimentos transitórios com papéis tipicamente masculinos. Desde a tenra idade queriam vestir-se e viver exclusivamente como mulheres. Em geral não têm vida sexual ativa devido ao constrangimento que sentem em relação aos seus genitais [...]. Os transexuais secundários apresentam uma história de vida diferente daquela dos transexuais primários, pois o comportamento de gênero cruzado não aparece no início da infância. É

¹⁹⁹ CECCARELLI, Paulo Roberto. (2010). *Psicanálise, sexo e gênero: algumas reflexões*. **Revista Diversidades: Dimensões de Gênero e sexualidade real**. Florianópolis: Ed. Mulheres. Disponível em: <http://ceccarelli.psc.br/pt/wp-content/uploads/artigos/portugues/doc/psicanalise_e_genero.pdf>. Acesso em: 26 out. 2017.

²⁰⁰ VIEIRA, Tereza Rodrigues; PAIVA, Luiz Airton Saavedra de (Orgs.). **Identidade sexual e transexualidade**. São Paulo: Roca, 2009. p. 74.

pontuado com episódios de comportamento masculino comum e está permeado de experiências de prazer com os genitais masculinos²⁰¹.

Nesses termos, a experiência transexual na infância é vivenciada e marcada por sentimentos e percepções contraditórias, desde tenra idade, pelo desenvolvimento de uma sensação de ser diferente dos demais²⁰². No transexual primário, os sentimentos de divergência surgem nos primeiros anos de vida, quando a criança começa a estabelecer sua identidade sexual, desenvolvendo a consciência sobre seu corpo. A não conformação de si mesmo, ocasionalmente, causa no menor o sentimento de revolta, rejeição e frustração²⁰³.

Nesse ponto, a inversão da identidade de gênero em meninos manifesta-se por meio de hábitos como brincadeiras e comportamentos tipicamente femininos; de igual modo, as meninas transexuais demonstram interesse ao mundo do sexo oposto. Junto dessa contradição, surge um significativo sofrimento psíquico, em que o infante tem plena convicção que houve um erro na determinação de seu sexo anatômico²⁰⁴.

Quando a pessoa transexual chega à puberdade, as diferenças sexuais ficam ainda mais evidentes, conduzindo o indivíduo a um sentimento negativo de inadequação, vergonha e não aceitação de sua conformação sexual anatômica. De modo geral, os infantes disfóricos têm uma vida sexual precária, visto que não se tocam e não permitem serem tocados em suas genitálias como forma consciente de que “aquilo” não lhes pertence e não os representa.

Vale mencionar que a Classificação Internacional de Doenças também cataloga a disforia de gênero na infância como um transtorno comportamental passível de tratamento (CID-10 F 64.2), esclarecendo que a transexualidade usualmente se manifesta no início da infância e bem antes da puberdade, tendo como característica o persistente e intenso sofrimento da criança com relação a ideia fixa de pertencer ao gênero oposto ao seu sexo biológico, junto com a insistência ou desejo de possuir os caracteres fisiológicos do outro sexo.

²⁰¹ CORDEIRO, Silvia N.; KLEIN, Silvana M.R. Poncio; PEREIRA, Cláudia B.D.; SOUSA, Livia M. de; YOSHIDA, Luzia Aparecida Martins. **Transexualismo**: uma visão psicanalítica. Rev. Latinoam. Psicopat. Fund., IV, 2. p. 95.

²⁰² PINTO, M. J. C.; BURNS, M. A. T. **Vivência Transexual**: o corpo desvela seu drama. Campinas: Átomo, 2006.

²⁰³ RODRIGUES, Cássio Moreira; BARROS, Charles Sullivan. **Transexualidade na Infância**: Reflexões a partir do documentário “Meu eu secreto – histórias de crianças trans. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/bagoas/article/view/11456/8066>>. Acesso em: 25 out. 2017.

²⁰⁴ VIEIRA, Tereza Rodrigues; PAIVA, Luiz Airtton Saavedra de (Orgs.). **Identidade sexual e transexualidade**. São Paulo: Roca, 2009. p. 74-75.

Por outro lado, a produção de seres ignóbeis e a desumanização da pessoa é um projeto que encontra nas instituições sociais o lugar para se (re)produzir, sendo a escola uma das instituições centrais nesse projeto²⁰⁵. De acordo com o DSM-IV, a escola tem o papel de alertar os pais sobre os comportamentos considerados desviantes de seus filhos:

Segundo o DSM-IV, “o isolamento e o ostracismo contribuem para a baixa autoestima e podem levar à aversão e abandono da escola. O ostracismo e a zombaria por parte dos seus pares são sequelas especialmente comuns para meninos com o transtorno.” [...] “Tipicamente, as crianças são encaminhadas [ao psicólogo] por ocasião de seu ingresso na escola, em vista da preocupação dos pais de que aquilo que consideravam uma ‘fase’ parece não estar sendo superado”²⁰⁶.

Dessa forma, a criança transexual encontra na escola um ambiente hostil e incapaz de lidar com as variadas nuances da sexualidade humana, reproduzindo automaticamente o padrão da heterossexualidade. Assim, não raro, o jovem disfórico é levado a abandonar os estudos por não suportar o preconceito vivenciado no cotidiano escolar²⁰⁷.

As experiências estigmatizadas acarretam diversos sentimentos negativos na pessoa, como medo, isolamento, depressão, angústia, pensamentos suicidas, podendo levar ao uso, abuso ou dependência de substâncias psicoativas, prostituição e a marginalidade, afetando de maneira definitiva suas vidas quando adultos.

O que muitos pais acabam não percebendo é que crianças transexuais querem curtir sua infância: brincar, sonhar e ser livre. Este é um comportamento comum em todas as crianças, no qual não é possível identificar diferenças “convencionais” ao seu gênero. A partir dessa infância roubada e reprimida, sem entender o que incomoda seus genitores, crianças transexuais acabam com marcas que ressurgem na fase adulta²⁰⁸.

Sendo assim, precisa-se, primeiramente, aceitar que as crianças e adolescentes transexuais existem e necessitam de apoio e cuidados especiais, devendo ser tratados como realmente são, e não como a sociedade decidiu que eles sejam. Portanto, é importante o diálogo aberto sobre o assunto, para que essa parte da população tenha perspectivas de uma vida saudável e mais próxima do normal no futuro.

²⁰⁵ BENTO, Berenice. **O que é transexualidade?** 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 2012. p. 165.

²⁰⁶ Ibid., loc. cit.

²⁰⁷ Ibid., loc. cit.

²⁰⁸ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Departamento de Apoio à Gestão Participativa. **Transexualidade e travestilidade na saúde**. Brasília: Ministério da Saúde, 2015. p. 17.

Nesse sentido, observou-se que, nos casos em que o tratamento clínico com hormônios femininos (no caso do transexual masculino) teve início mais precocemente do que é aceito hoje (por volta dos 12 anos de idade), a pessoa transexual teve uma vida psíquica dentro na normalidade devido ao desenvolvimento dos seios, ausência de pelos e manutenção da voz ou timbre feminino, possibilitando uma transição do sexo mais harmoniosa e menos traumática²⁰⁹.

3.5.1 A importância do apoio familiar: uma difícil decisão

A dificuldade enfrentada pelos genitores é a suspeita ou a descoberta de que seu(u) filho(a) não consegue se encaixar nos papéis designados para seu sexo. Muitas famílias tentam disfarçar esse transtorno de identidade, precipuamente, com a não aceitação da condição do infante. Nesse caso, costumam tratar o(a) filho(a) como um(a) doente, encaminhando-o(a) para sessões de terapia na esperança de erradicar o suposto problema. “Muitos familiares não compreendem e acabam por ver o transexual como alguém com defeito, um pervertido ou que escolheu ser assim”²¹⁰.

As famílias que convivem com essa situação precisam de um tempo para amadurecê-la, o que necessita ser compreendido pelo menor. Contudo, os familiares da criança disfórica são os que apresentam maior dificuldade para assimilar a sua nova identidade social e de gênero, cometendo diversos erros nesse aspecto. Os genitores e os irmãos continuarão chamando a pessoa pelo nome de batismo, especialmente se não houver assertividade desenvolvida que conduza essa criança em transmutação a exigir que o seu entorno a respeite da maneira condizente²¹¹.

Resta claro que o apoio familiar, o diálogo constante e a busca por ajuda médica especializada são fatores importantes e fundamentais para o bom desenvolvimento pessoal, intelectual e social de uma criança transexual. Em compêndio, quando a pessoa não encontra o cenário favorável para expressar seus anseios e sua essência, ele se fecha para as perspectivas vindouras, repercutindo não somente na sua vida pessoal, mas também na

²⁰⁹ VIEIRA, Tereza Rodrigues; PAIVA, Luiz Airton Saavedra de. **Identidade sexual e transexualidade**. São Paulo: Roca, 2009. p. 46.

²¹⁰ MATURANO, Ana Cássia. Sobre a transexualidade na infância e adolescência. [Versão eletrônica]. **Gênero, Direitos Humanos e Ativismos “Atas do V Congresso Internacional Em Estudos Culturais 247”**, 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/platb/dicas-para-pais-e-filhos/2013/11/11/sobre-a-transexualidade-na-adolescencia/>>. Acesso em: 26 out. 2017.

²¹¹ VIEIRA, Tereza Rodrigues; PAIVA, Luiz Airton Saavedra de (Orgs.). op. cit., p. 89.

profissional, causando, assim, outras possíveis perturbações e maiores riscos em desenvolver transtornos psicológicos²¹².

A orientação familiar das crianças transexuais é importantíssima, para que os parentes consigam compreender a dimensão das questões apresentadas por elas, visto que se trata de um transtorno, uma patologia, e não de um mero capricho. É deveras aconselhável que a família aprenda e se estruture para lidar com a nova identidade de gênero do menor para que esse tenha melhores condições de suportar a transição e os novos desafios que eventualmente venham a se apresentar.

3.6 PSIQUIATRIA E TRANSEXUALIDADE NO BRASIL

No Brasil, o Conselho Federal de Medicina (CFM), por meio da Resolução nº 1.652/2002, posteriormente revogada pela Resolução nº 1.955/2010, regulamentou a realização de cirurgias de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia e/ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento dos casos de transexualismo e, a título experimental, autorizou a realização de cirurgia do tipo neofaloplastia²¹³.

Antes de essa norma ser aprovada, as cirurgias de redesignação sexual e os demais procedimentos eram considerados como crimes de lesão corporal, medidas não éticas e passíveis de punição tanto pelo Poder Judiciário quanto pelo CFM, ocasionando a busca por cirurgias ilegalmente no país ou no exterior²¹⁴. Contudo, a situação era agravada pelos

²¹² MATURANO, Ana Cássia. Sobre a transexualidade na infância e adolescência. [Versão eletrônica]. **Gênero, Direitos Humanos e Ativismo “Atas do V Congresso Internacional Em Estudos Culturais 247”**, 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/platb/dicas-para-pais-e-filhos/2013/11/11/sobre-a-transexualidade-na-adolescencia/>>. Acesso em: 26 out. 2017

²¹³ BRASIL. **Resolução 1.955 de 03 de setembro de 2010**, Seção, I, p. 109-110. Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2010/1955_2010.htm>. Acesso em: 25 out. 2017.

²¹⁴ Nos anos 70, o cirurgião plástico Roberto Farina, médico que realizou a primeira operação transexual no Brasil correu o risco de responder pelo crime de lesão corporal gravíssima. Contudo, sua paciente Valdirene Nogueira declarou estar muito satisfeita com o resultado da operação alegando uma melhora em sua vida pós-transgenitalização. Para mais informações, acesse o link a seguir. Disponível em: <<https://noticias.r7.com/saude/anos-70-cirurgiao-pode-ser-presos-por-fazer-a-primeira-operacao-transexual-do-brasil-09102013>>. Acesso em: 31 out. 2017.

resultados desastrosos de procedimentos malsucedidos ocasionando sequelas físico-mentais irreversíveis no paciente²¹⁵.

Ademais, a Carta Magna indiretamente autoriza os procedimentos cirúrgicos transexualizadores ao dispor:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação²¹⁶.

Desse modo, as cirurgias de modificação plástico-reconstrutivas da genitália externa, interna e caracteres sexuais não mais se enquadram na conduta típica prevista no art. 129 do Código Penal brasileiro (mutilação), tendo em vista que a finalidade do procedimento é terapêutica. Nesse sentido, Elimar Szaniawski advoga que:

A atividade médica tem sempre por escopo a conservação da vida e da saúde do indivíduo mediante a cura das moléstias. Por isso, nas atividades médicas curativas, está ausente o dolo na prática de lesões corporais. Outrossim, a terapia cirúrgica, que visa à cura do doente, mesmo que ocorram mutilações, não se enquadra no tipo lesão corporal, descrito nos Códigos Penais²¹⁷.

Corroborando com esse entendimento, Clonet, Francisconi e Goldim defendem que:

O consentimento informado tem grande relevância nas práticas que envolvem reprodução assistida, aborto voluntário, transplante de órgãos, recusa do tratamento e eutanásia, entre outros vários assuntos de grande atualidade. **E acrescenta-se, no caso dos transexuais também**²¹⁸ (grifos nossos).

Dessa sorte, as cirurgias de readequação são plenamente possíveis em território brasileiro, tendo-se em conta o consentimento informado da pessoa interessada, e, desde 2008, o Ministério da Saúde aprovou, por meio da Portaria nº 457/2008²¹⁹, a regulamentação do processo transexualizador no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) para pacientes com

²¹⁵ VIEIRA, Tereza Rodrigues; PAIVA, Luiz Airton Saavedra de (Orgs.). **Identidade sexual e transexualidade**. São Paulo: Roca, 2009. p. 77.

²¹⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 26 out. 2017.

²¹⁷ SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual** – estudo sobre o transexualismo – aspectos médicos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 276.

²¹⁸ CLONET, J.; FRANCISCONI, C. F.; GOLDIM, J. R. **Consentimento Informado e a sua Prática na Assistência e Pesquisa no Brasil**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. passim.

²¹⁹ BRASIL. **Portaria nº 457, de 19 de agosto de 08. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde**. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/sas/2008/prt0457_19_08_2008.html>. Acesso em: 25 out. 2017.

diagnóstico de TIG (F 64.0). Ademais, o referido órgão público ampliou o serviço por meio da portaria nº 2.803/2013²²⁰, inserindo novos procedimentos hospitalares e métodos para a mudança de sexo em transexuais mulheres. Estão inseridos nos procedimentos cirúrgicos a mastectomia (remoção dos seios), histerectomia (retirada do útero), plástica mamária reconstrutiva (incluindo próteses de silicone) e tireoplastia (procedimento que estende as pregas vocais para mudança da voz), a terapia com hormônios e atendimento especializado, psicológico e de assistência social.

De acordo com o art. 3º da Res. 1.955/2010 do CFM, a definição de transexualidade obedecerá, no mínimo, aos critérios a seguir listados:

- 1) Desconforto com o sexo anatômico natural;
 - 2) Desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto;
 - 3) Permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos;
 - 4) Ausência de outros transtornos mentais.
- (Onde se lê “Ausência de outros transtornos mentais”, leia-se “Ausência de transtornos mentais”)²²¹.

Nota-se que o CFM não inova em relação aos critérios diagnósticos elencados no CID-10. Ademais, o indivíduo que pretende se submeter à cirurgia de transgenitalismo no Brasil deverá ser avaliado por uma equipe multidisciplinar composta por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social por, no mínimo, dois anos de acompanhamento conjunto. Não bastasse, a pessoa necessitará, após o período obrigatório de acompanhamento, obter diagnóstico médico de transgenitalismo, ser maior de 21 anos de idade e não exibir características físicas que desaconselhem o procedimento cirúrgico²²².

De resto, por mais que haja a oferta gratuita da cirurgia de redesignação sexual, ainda há a rigorosa necessidade de diagnóstico médico do paciente. Se a princípio a institucionalização da assistência à população transexual em território brasileiro foi associada

²²⁰ BRASIL. **Portaria nº 2.803, de 19 de novembro de 2013**. Redefine e amplia o Processo Transexualizador no Sistema Único de Saúde (SUS). Ministério da Saúde. Disponível em: <http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt2803_19_11_2013.html>. Acesso em: 25 out. 2017.

²²¹ BRASIL. **Resolução 1.955 de 03 de setembro de 2010**, Seção, I, p. 109-110. Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2010/1955_2010.htm>. Acesso em: 25 out. 2017.

²²² BRASIL. **Resolução 1.955 de 03 de setembro de 2010**, Seção, I, p. 109-110. Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2010/1955_2010.htm>. Acesso em: 25 out. 2017.

ao modelo biomédico, hodiernamente a noção de saúde integral deve promover uma abertura para a releitura da experiência transexual.

Ocorre que os procedimentos de readequação do corpo de quem não se identifica com o sexo biológico são feitos em apenas cinco estados brasileiros (Rio de Janeiro, São Paulo, Pernambuco, Goiás e Rio Grande do Sul) e em escala bem menor do que a demanda exige. Nesse sentido, no ano de 2015 foram realizados 3.440 procedimentos transexualização pelo SUS. Segundo o *Estadão*, a fila de espera para a cirurgia de redesignação pode chegar até 12 anos e só no estado de São Paulo 72 pacientes estão agendados até 2021²²³. Assim, não podemos afirmar que o direito à saúde e à disposição do corpo é eficientemente assegurado no país, que conta com poucas unidades hospitalares aptas a realizarem os procedimentos necessários, o que acaba levando o transexual a tomar medidas drásticas.

Entretanto, mesmo não sendo o cenário ideal, não podemos deixar de reconhecer que a cirurgia de transgenitalização é uma conquista de grande valia no direito brasileiro, mas, em contrapartida, prevalece ainda a burocratização excessiva no processo de readequação sexual do indivíduo, e a carência de leis que defendam efetivamente o direito à identidade de gênero dos transexuais só agrava ainda mais esses problemas.

3.6.1 O direito à identidade de gênero e o Projeto de Lei João W. Nery

Em linhas gerais, presume-se que, quando o assunto é deveras polêmico, as controvérsias que margeiam a temática só são findadas com advento de uma legislação específica. Desse modo, o exercício pessoal do direito à identidade de gênero por aqueles que são legalmente considerados absolutamente incapazes não foge a essa regra.

Nesse sentido, corre no Congresso Nacional o polêmico Projeto de Lei 5002, apresentado em 20 de fevereiro de 2013, de autoria dos Deputados Jean Wyllys e Érica Kokay, que dispõe sobre o direito à identidade de gênero e altera o art. 58 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. O PL está na Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados e recebeu parecer favorável do relator em maio de 2016.

²²³ PALHARES, Isabela; DIÓGENES, Juliana. Mudança de sexo demora até 12 anos no Brasil. **O Estado de S. Paulo**, 25 maio 2016. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,mudanca-de-sexo-demora-ate-12-anos-no-brasil,10000053963>>. Acesso em: 31 out. 2017.

O retrocitados projeto recebeu a alcunha de Lei João W. Nery em homenagem ao primeiro transexual homem a ser submetido a cirurgias de redesignação sexual no país, há mais de 30 anos. Nery nasceu Joana e, no ano de 1977, época do regime militar, os procedimentos de mudança de sexo eram proibidos e orientações sexuais e identidades de gênero diferentes da regra geral heteronormativa eram considerados “subversivos”. Os médicos que ousassem realizar tais intervenções eram considerados criminosos. João, mesmo ciente dos riscos, seguiu seu desejo e prosseguiu com a transição. Contudo, enquanto Joana, Nery se formou em psicologia, mas com mudança de gênero, teve seu diploma cassado e todo o seu passado apagado, tendo que aos 27 anos de idade recomeçar sua vida do zero²²⁴. Em razão disso, Nery se tornou um símbolo daqueles que buscam ter sua identidade de gênero respeitada.

O livro “Viagem solitária”, maravilhosa narração autobiográfica de João W Nery, é um testemunho imprescindível para entender o quanto a reforma legal que estamos propondo é necessária. Para driblar uma lei que lhe negava o direito a ser ele mesmo, João teve que renunciar a tudo: sua história, seus estudos, seus diplomas, seu currículo. Foi só dessa maneira, com documentos falsos, analfabeto nos registros apesar de ter sido professor universitário, que ele conseguiu ser João. O presente projeto de lei, batizado com o nome de João Nery, numa justa homenagem a ele, tem por finalidade garantir que isso nunca mais aconteça. Se aprovado, garantirá finalmente o respeito do direito à identidade de gênero, acabando para sempre com uma gravíssima violação dos direitos humanos que ainda ocorre no Brasil, prejudicando gravemente a vida de milhares de pessoas²²⁵.

Quanto ao conteúdo, o PL 5002/2013 busca dar efetividade aos direitos da pessoa transexual, protegendo a sua identidade de gênero, construída a partir de suas vivências internas e individuais. A Lei de Identidade de Gênero brasileira, se vier a ser aprovada, visa desburocratizar as questões atinentes à retificação registral de sexo e à mudança do prenome e da imagem registrada na documentação pessoal do indivíduo transexual. Nesse sentido:

Artigo 3º - 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 autopercebida.

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

²²⁴ NERY, João W. **Viagem solitária**: Memórias de um transexual trinta anos depois. São Paulo: Leya, 2011.

²²⁵ BRASIL. **Projeto de Lei nº 5002 apresentado em 20 de fevereiro de 2013**. Dispõe sobre o direito à identidade de gênero e altera o art. 58 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Justificativas. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1059446>. Acesso em: 26 out. 2017.

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 judicial²²⁶.

O projeto legislativo também visa desburocratizar o processo de realização de intervenções cirúrgicas totais ou parciais de transexuais, reduzindo para os 18 anos de idade a possibilidade de execução dos procedimentos e tornando desnecessário qualquer tipo de tratamento psicológico ou psiquiátrico, ou a exigência de autorização judicial ou administrativa para tanto (art. 8º).

O ponto polêmico da Lei João W. Nery é o fato de incluir também no exercício desses direitos os menores de 18 anos, ou seja, com a advento dessa lei crianças e adolescentes poderiam pleitear em cartório a mudança de nome e até mesmo solicitar a realização de intervenções médicas por meio de seus representantes legais e com a expressa conformidade de sua vontade, levando em consideração os princípios da capacidade progressiva e interesse superior da criança, de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (art. 5º).

Não bastasse, o projeto ainda permite, nos casos em que há divergência entre o interesse do menor e de seus representantes legais, que aquele recorra à assistência da Defensoria Pública da União para obter autorização judicial, mediante procedimento sumaríssimo, levando-se em consideração os princípios retrocitados (§ 1º, art. 5º).

O grande problema que visualizamos de pronto é que o projeto não define o que vem a ser a capacidade progressiva, visto que se trata de princípio implícito na Convenção Sobre os Direitos da Criança que, de igual modo, não está expressamente previsto no ECA. Ademais, para que houvesse uma aplicabilidade menos controversa da referida proposta legislativa, necessárias mudanças estruturais no instituto jurídico da incapacidade absoluta regulado pelo Código Civil, incluindo o princípio em comento como forma de antecipação da capacidade plena do menor. Nesse sentido, os autores apenas justificam o seguinte:

Levando em consideração os princípios de capacidade progressiva e interesse superior da criança, em tudo de acordo com a Convenção sobre os

²²⁶ BRASIL. **Projeto de Lei nº 5002 apresentado em 20 de fevereiro de 2013**. Dispõe sobre o direito à identidade de gênero e altera o art. 58 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1059446>. Acesso em: 26 out. 2017.

Direitos da Criança, a Lei também garante a participação dos representantes legais da Criança e do Adolescente no processo, impede que qualquer decisão seja tomada sem o consentimento informado da pessoa que ainda não tenha 18 anos e prevê a assistência da Defensoria Pública, de acordo com o estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente²²⁷.

Dessa feita, os nobres deputados se basearam na lei de identidade de gênero da Argentina, sem se atentar para o fato daquele país regulamentar em sua legislação civil as questões pertinentes à capacidade progressiva das crianças e adolescentes para o exercício de seus direitos. Contudo, não nos aprofundaremos com afínco na discussão, visto que dedicamos o capítulo final deste trabalho para tratar das críticas que suscitamos no parágrafo anterior, buscando dar uma nova interpretação a forma do exercício dos direitos existências por parte da população infantojuvenil.

²²⁷ BRASIL. **Projeto de Lei nº 5002 apresentado em 20 de fevereiro de 2013**. Dispõe sobre o direito à identidade de gênero e altera o art. 58 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Justificativas. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1059446>. Acesso em: 26 out. 2017.

4 A CAPACIDADE PROGRESSIVA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NA DISPOSIÇÃO DE GÊNERO

Neste capítulo final, abordaremos a questão da capacidade progressiva do menor no ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, devido à ausência de uma lei que regule devidamente a temática, traçamos algumas diretrizes para a compreensão do exercício dos direitos eminentemente existenciais por aqueles considerados absolutamente incapazes pela atual legislação civilista.

4.1 PERSONALIDADE JURÍDICA *VERSUS* CAPACIDADE DE EXERCÍCIO: UMA REANÁLISE DOS INSTITUTOS

Recapitulando os conceitos desposados na parte inicial deste trabalho, entreviu-se que a criança e o adolescente, em decorrência da evolução de pensamento no direito contemporâneo, gozam de personalidade e capacidade jurídica. Nesse molde, cuida-se de sujeitos de direitos em condição especial de desenvolvimento.

O reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos, a serem protegidos e garantidos pelo Estado, pela sociedade e pela família com prioridade absoluta, como deflui do dispositivo constitucional antes mencionado, implica não apenas a sua consagração como direitos fundamentais, direitos humanos, mas a primazia de sua garantia, à medida que a prioridade nessa proteção tem como corolário a valoração e a dignidade da pessoa humana, no caso, pessoas humanas especiais. A compreensão de que a expressão de todo o seu potencial quando pessoas adultas, maduras, tem como precondição absoluta o respeito às suas necessidades enquanto pessoas em desenvolvimento²²⁸

Sendo assim, entende-se que a personalidade é a aptidão genérica reconhecida a toda pessoa, no momento de seu nascimento com vida, permitindo ao ente a titularidade nas relações jurídicas. Visto isso, a personalidade jurídica é conceito elementar, básico, do Direito Civil moderno, já que é extensiva a todas as pessoas, devendo ser vislumbrada, de igual modo, na órbita constitucional, servindo como valor de máxima relevância na ordem jurídica²²⁹.

²²⁸ SANTOS, Eliane Araque dos. **Crianças e adolescentes** – Sujeitos de direitos. Disponível em: <<http://www.brapci.inf.br/index.php/article/download/10214>>. Acesso em: 10 out. 2017.

²²⁹ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. p. 136.

Além do mais, viu-se que a personalidade jurídica não é mera característica de alguns sujeitos específicos, mas, trata-se de uma prerrogativa fundamental que envolve os chamados direitos de personalidade “enraizados na esfera mais íntima da pessoa e não mensuráveis economicamente, voltados à afirmação dos seus valores existenciais”²³⁰.

Não obstante, para além da personalidade jurídica, a pessoa concomitante ao nascimento com vida também adquire a capacidade (sentido *latu*). Os dois institutos são elementos imprescindíveis para a caracterização do ser como pessoa natural, ou seja, não há pessoa sem personalidade, como também não haverá sem capacidade. Portanto, não há que se falar em pessoa sem a existência de ambas.

Em consulta ao *Dicionário Jurídico*, observa-se que, na linguagem jurídica, a capacidade é definida como:

a) a aptidão de determinada coisa ou pessoa para atender a uma finalidade pretendida; b) autoridade ou soma de poderes de que uma pessoa está investida; c) aptidão legal para contrariar obrigações, adquirir e exercer²³¹.

Mais adiante, o mesmo verbete conceitua a capacidade civil como sendo a

maior ou menor extensão dos direitos de uma pessoa para adquiri-los, praticar atos e contrair obrigações na vida civil. Pode ser plena ou limitada, segundo possa a pessoa praticar sem restrições todos os atos da vida civil ou sofra alguma limitação no exercício de seus direitos²³².

Nesse diapasão, podemos notar que tanto a personalidade quanto a capacidade são muito próximas em suas definições, tendo como ponto de convergência a entrega de aptidão à pessoa natural para titularizar as mais diversas relações jurídicas de forma pessoal ou por meio de seu representante ou assistente legal. Contudo, embora haja similitude conceitual, personalidade e capacidade jurídica não se confundem, pois,

enquanto a *personalidade* tem alcance generalizante, dizendo respeito de um valor jurídico reconhecido a todos os seres humanos (e elástico para alcançar também agrupamentos de pessoas), dizendo respeito a um valor jurídico reconhecido a todas as pessoas, a *capacidade jurídica* concerne à

²³⁰ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: Parte Geral e LINDB. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. p. 138-139.

²³¹ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. 2. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1. p. 579.

²³² *Ibid.*, loc. cit.

possibilidade de aqueles que são dotados de personalidade serem sujeitos de direitos de relações patrimoniais²³³.

Destarte, a personalidade diz respeito a um valor jurídico reconhecido indistintamente a todos sujeitos pertencentes à espécie humana, ao passo que a capacidade jurídica se refere à possibilidade de a pessoa personificada exercer pessoalmente atos da vida civil. Ademais, a separação entre o exercício das relações existenciais e patrimoniais aparece com certa timidez na doutrina civilista, mas começa-se a perceber que a capacidade civil tem um papel bem delimitado no ordenamento jurídico: conferir à pessoa a possibilidade de agir em nome próprio naquelas relações que se revestem de caráter patrimonial.

Por essa razão, a capacidade jurídica se apresenta como uma medida da personalidade²³⁴. Ademais, titularizar a personalidade significa, de fato, ter uma tutela jurídica especialíssima, consistente em invocar direitos fundamentais, indispensável ao exercício de uma vida com dignidade²³⁵. Nesse sentido, surge a seguinte indagação: o exercício dos direitos de personalidade, que por natureza não possuem expressão econômica imediata, pode estar subordinado à aquisição da capacidade de fato?

Para responder a essa inquietação, deve-se ter em mente que a capacidade jurídica pode ser bipartida em capacidade de direito (ou gozo) e capacidade de fato (ou de exercício), sendo que essa ainda se subdivide em incapacidade absoluta e incapacidade relativa. Ademais, a capacidade jurídica plena, ou geral, é conferida ao indivíduo que comunga tanto da capacidade de direito quanto da capacidade de fato.

Percebe-se que a capacidade de direito é conferida indistintamente a toda pessoa natural. Contudo, a capacidade de fato remonta à aptidão para a prática pessoal dos atos da vida civil. Nesse sentido, uma criança²³⁶ possui capacidade de direito, tendo em vista que detém potencialidade de ser titular de relações jurídicas, embora não goze de capacidade de exercício, sendo-lhe vedada, grosso modo, a prática pessoal de qualquer ato jurídico. Dessa forma,

²³³ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. p. 136.

²³⁴ BRAGA, Renato; REIS, Leonardo. **Direito Civil Facilitado: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 7.

²³⁵ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD. op. cit. p. 135.

²³⁶ O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, em seu art. 2º, *caput*, considera como criança a pessoa de até doze anos de idade incompletos.

enquanto a *capacidade de direito* exprime a ideia genérica e potencial de ser sujeito de direitos (reconhecida a todas as pessoas humanas e estendida aos agrupamentos morais), a *capacidade jurídica* é a possibilidade de praticar, pessoalmente, os atos da vida civil²³⁷.

Nesse passo, a capacidade de fato pressupõe a capacidade de direito, mas a recíproca não se aplica ao caso. Nem todo aquele que desfruta de capacidade de direito dispõe de capacidade para o exercício pessoal de atos da vida civil com repercussão jurídica relevante²³⁸. Como mencionado, existem duas hipóteses de incapacidade: as incapacidades absoluta e relativa. Segundo Nader, verifica-se um interessante parêntese sobre a questão:

Enquanto na incapacidade absoluta a pessoa fica impedida de praticar, por si mesma, qualquer ato da vida jurídica e por isso a lei indica o seu representante, na *relativa* deve participar do ato devidamente assistida por alguém. Os negócios jurídicos praticados diretamente pelos absolutamente incapazes são nulos de pleno direito, conforme previsão do art. 166, I, do Código Civil. Nessa hipótese, se o participante do negócio provar que a importância paga trouxe proveito para o incapaz, poderá pleitear a sua devolução²³⁹.

Vale ressaltar que os negócios jurídicos são conceituados como um acordo de vontades que tem origem na participação humana, projetando efeitos desejados e criados por ela, tendo por objetivo a aquisição, transferência, extinção ou modificação de direitos²⁴⁰. Quando falamos de negócio jurídico, estamos nos referindo, portanto, a uma composição de interesses, tendo a declaração de vontade um fim negocial como ocorre na celebração de um contrato, por exemplo. Dessa forma, o negócio jurídico se manifesta nas relações essencialmente patrimoniais.

Observa-se que a capacidade de fato se torna essencial para a prática de situações jurídicas com expressão econômica, tendo em vista que o exercício de tais atos depende, portanto, do discernimento, “cujo critério é prudência, juízo, inteligência”²⁴¹ e, sob o prisma

²³⁷ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. p. 271.

²³⁸ *Ibid.*, loc. cit.

²³⁹ NADER, Paulo. **Curso de Civil – Parte Geral**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1. p. 238.

²⁴⁰ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *op. cit.* p. 501.

²⁴¹ CASSETTARI, Christiano. **Elementos de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 60.

jurídico, a capacidade de exercício se reveste na “aptidão que tem a pessoa de distinguir o lícito do ilícito, o conveniente do prejudicial”²⁴².

Nesse íterim, questiona-se o alcance da teoria das incapacidades na vida daqueles enquadrados na moldura legislativa como absolutamente incapazes. Se, de maneira isolada, nos voltarmos para a questão, concluiremos precipitadamente que o legislador, em razão da vulnerabilidade²⁴³ da criança e do adolescente, vetou a esses sujeitos de direito a possibilidade de praticar, por si sós, atos jurídicos de qualquer natureza.

Sendo assim, necessário fazer uma observação mais acurada sobre este ponto, visto que a personalidade e a capacidade de direito têm como principal característica o exercício das relações de cunho extrapatrimonial; em contrapartida, a capacidade de exercício refere-se às questões suscetíveis de apreciação econômica²⁴⁴. Nessa perspectiva, vale destacar o enunciado nº 138, aprovado na III Jornada de Direito Civil, que estabelece ser a vontade do absolutamente incapaz juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a ele concernentes, desde que demonstre discernimento bastante para tanto²⁴⁵.

Ademais, em relação ao exercício dos direitos fundamentais, Paulo Gonet pondera que nem sempre é interessante o recurso dos institutos civilísticos em comento, “sob pena, de a pretexto de se aplicar a regra da capacidade de fato, termina-se por restringir indevidamente direitos fundamentais”²⁴⁶, quer dizer, quanto ao exercício dos referidos direitos “que não implicam na exigência de conhecimento da tomada de decisão, não seria possível cogitar da distinção entre capacidade de fato ou de direito, pois o direito fundamental não poderia ser visto como dependente de limitação de idade”²⁴⁷, isso porque a sua fruição não necessita diretamente da capacidade cognitiva do titular, como o direito à vida e à integridade pessoal.

Data venia, entendemos de modo diverso. Isso porque o exercício pessoal dos direitos existenciais não pode ser suprimido ou mitigado de maneira injustificada, tendo em vista que

²⁴² CASSETTARI, Christiano. **Elementos de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 60.

²⁴³ Conforme conceito de EHRHARDT JÚNIOR, Marcos (2011, p. 137), vulnerabilidade é *um estado inerente de risco que enfraquece um dos contratantes, desequilibrando uma relação jurídica*.

²⁴⁴ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. p. 136.

²⁴⁵ Adverte-se que o enunciado em comento foi elaborando antes do advento da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (13.146/15) que modificou estruturalmente a teoria das incapacidades. Contudo, a hipótese estabelecida no enunciado é única hipótese de incapacidade absoluta que se admite no direito vigente.

²⁴⁶ MENDES, Gilmar, Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 172.

²⁴⁷ *Ibid.*, loc. cit.

a capacidade de exercício erradia seus efeitos na esfera patrimonial do sujeito e, portanto, não constitui critério idôneo para determinar, de maneira cogente, se dada pessoa tem ou não aptidão para o exercício de situações jurídicas não patrimoniais.

4.2 O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE PROGRESSIVA: UMA IMPORTANTE CATEGORIA JURÍDICA PARA A POPULAÇÃO INFANTOJUVENIL

A opção do legislador pela fixação de marcos temporais para a aquisição da capacidade de exercício se justifica, em regra, pela necessidade de proteger crianças e adolescentes da sua própria imaturidade. Desse modo, “a fixação etária da maioridade é uma questão de política legislativa de cada ordenamento, não havendo identidade no direito comparado²⁴⁸.

Nessa análise, a legislação civil veda expressamente a prática de atos com consequências jurídicas ao detentor de incapacidade originária, sendo essa proibição suprimida apenas se a criança ou adolescente viesse a ter sua vontade substituída pela vontade de seu representante legal. Parece-nos um contrassenso, visto que o ordenamento jurídico pátrio adota o princípio do melhor interesse da população infantojuvenil, o que nos remonta à ideia de autodeterminação, mas nos deteremos com mais vagar sobre a questão adiante.

À vista disso, observa-se que o meio acadêmico cada vez mais preza pelo reconhecimento da capacidade progressiva da pessoa em condição peculiar de desenvolvimento, naquelas questões referentes ao exercício dos direitos de personalidade. O objetivo é alcançar o respeito ao desenvolvimento individual da criança e do adolescente, primando pela sua independência e incluindo, essencialmente, a sua progressiva capacidade para a responsabilidade sobre si mesmo²⁴⁹.

Precipuamente, é importante conceituar o instituto em comento. A célebre jurista argentina Aída Kemelmajer de Carlucci conceitua a capacidade para consentir como sendo um

conceito pertencente ao campo do exercício dos direitos da personalidade; não se alcança em um momento preciso, mas forma-se progressivamente,

²⁴⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil Interpretado*. São Paulo. Atlas, 2013. p. 7.

²⁴⁹ JONAS, Hans. *The Imperative of Responsibility: in search of an ethics for the technological age*. Trans. Hans Jonas and David Herr. Chicago; London: The University of Chicago Press, 1984. p. 134.

requer uma evolução; não se adquire ou perde em um dia, ou em uma semana. Sob essa denominação, analisa-se se o sujeito pode ou não entender perfeitamente aquilo que se diz, qual o alcance dessa compreensão, se pode comunicá-la, se pode raciocinar sobre as alternativas e se tem valores para exercer um juízo²⁵⁰.

Isto posto, a capacidade progressiva exprime a ideia de evolução, de aquisição paulatina, gradual, pouco a pouco de discernimento pela criança e pelo adolescente. É pela aferição da capacidade para a prática de atos existenciais que o menor incapaz pode representar em nome próprio seus interesses.

À primeira vista, parece ser inócua a defesa da possibilidade de exercício de direitos tão expressivos àqueles que não gozam de capacidade civil plena, isso porque o direito brasileiro encontra-se sedimentado em um positivismo legalista ainda não superado pela prática, motivo pelo qual abriremos um parêntese para discutir a questão.

4.2.1 O direito positivo sob a perspectiva da superabilidade das regras

Destarte, diante da delimitação apresentada, resta saber se a aplicação do princípio da capacidade progressiva importa na superação das regras civilistas limitadoras da capacidade de exercício da pessoa incapaz. Desse forma, o que se propõe é uma interpretação acurada dos diplomas legais que regulam a situação jurídica da criança e do adolescente, buscando promover a reconstrução da significação e dos sentidos não imaginados pelo legislador na época de sua elaboração²⁵¹. Nesse sentido é que a atividade do intérprete não consiste em apenas descrever o significado dos dispositivos, mas construir esses significados, não sendo aceitável a ideia de que a aplicação dos textos legais “envolve uma atividade de subsunção entre conceitos prontos antes mesmo do processo de aplicação”²⁵².

Para que haja a harmoniosa coexistência entre os mais diversos institutos que compõem o ordenamento jurídico, não se faz necessária a exclusão de qualquer deles do sistema, pelo contrário. A interpretação idônea é capaz de estabelecer a coerência adequada

²⁵⁰ *Um concepto perteneciente al área del ejercicio de los derechos personalísimos; no se alcanza em um momento preciso sino que se va formando, requiere una evolución; no se adquire o perde em um dia, o una semana. Bajo esta denominación, se analiza si el sujeto puede o no entender acabadamente aquello que se disse, caules son los alcances de la comprensión, si puede comunicarse, si perde razonar sobre las alternativas y si tiene valores para poder juzgar.* In: CARLUCCI, Aída Kemelmajer de. *El derecho del menor a su propio cuerpo.* In: BORDA, Guillermo Antonio (Org.). **la persona humana.** Buenos Aires: La ley, 2001, p. 255. Tradução da autora.

²⁵¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios.** 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 32.

²⁵² *Ibid.*, loc. cit.

entre regras e princípios que aparentemente se repelem. Humberto Ávila leciona que “o intérprete não só constrói, mas reconstrói sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso linguístico e construídos na comunidade do discurso”²⁵³. A interpretação é a construção feita a partir de algo previamente estabelecido pelo legislador, ou seja, utiliza-se como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentido dentro daquilo que se considera justo e razoável.

A atividade de integração da legislação em vigor deve ser realizada dentro da razoabilidade aceitável para o caso concreto, ou seja, a interpretação deve ser feita em conformidade com aquilo que, para o senso comum, seria aceitável²⁵⁴. Em face disso, até mesmo as regras jurídicas que possuem natureza cogente podem, sob adequada fundamentação, deixar de ser aplicadas em face de razões substancialmente consideradas pelo intérprete como superiores àquelas que justificam a sua existência²⁵⁵.

A derrotabilidade demonstra que a proposta de uma incidência automática e infalível, alheia a qualquer conduta humana, mostra-se inviável. São elencados os casos de derrotabilidade e os seus requisitos materiais e formais, destacando-se a coerência e a fundamentação como exigências indispensáveis²⁵⁶.

Nesse diapasão, o conteúdo de sentido da hipótese normativa pode ser ampliado ou restringido ou pode-se recorrer a outras razões baseadas em leis diversas que justifiquem a não aplicação de determinada regra²⁵⁷. Nesse sentido, Ávila pondera não ser adequado que as regras possuam aplicabilidade em caráter absoluto (*all-or-nothing*). Longe disso, as normas que aparentam um modo de aplicação incondicional também podem ser alvos de superação por motivos inimagináveis pelo legislador naquelas situações consideradas como normais²⁵⁸. Nesse sentido, o autor arguiu que

A consideração de circunstâncias concretas e individuais não diz respeito à estrutura das normas, mas à sua aplicação, tanto que os princípios como as regras podem envolver a consideração a aspectos específicos, abstratamente desconsiderados²⁵⁹.

²⁵³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 32.

²⁵⁴ *Ibid.*, loc. cit.

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 47.

²⁵⁶ MARCOS, Henrique. **O que é “Superabilidade” ou “Derrotabilidade” das regras?** Disponível em: <<https://aexperienciajuridica.wordpress.com/2014/12/31/o-que-e-superabilidade-ou-derrotabilidade-das-regras/>>. Acesso em: 06 nov. 2017.

²⁵⁷ ÁVILA, Humberto. *op. cit.*, p. 47.

²⁵⁸ *Ibid.*, loc. cit.

²⁵⁹ *Ibid.*, loc. cit.

Outrossim, poderíamos sustentar que o reconhecimento do exercício de determinados direitos por aqueles que não contam com a idade necessária para tanto implicaria, de modo concreto, na superação em absoluto da regra positivada no art. 3º do Código Civil. Contudo, vislumbra-se que o princípio da capacidade progressiva não adentra no âmbito de incidência da capacidade de exercício e vice-versa. Trata-se, por conseguinte, de esferas de incidência distintas e bem delimitadas, e, portanto, a aplicação imediata das normas civis incapacitantes nessas situações existenciais mostra-se inadequada.

Dessa sorte, nota-se que o reconhecimento da aplicabilidade do princípio da capacidade progressiva às pessoas naturais absolutamente incapazes acarreta a superação parcial das regras estabelecidas no Código Civil que regulam a capacidade de agir destes sujeitos, quer dizer, cuida-se da delimitação razoável e justa do alcance que deve ser dado às regras civis que regulam o exercício dos direitos patrimoniais, reconhecendo-se que a autonomia progressiva tem relevância nas relações eminentemente existenciais.

Nesse sentido, Ávila adverte que princípios e regras permitem o exame de aspectos concretos e individuais de acordo com o caso que estiver em análise, sendo que

O ponto decisivo não é, portanto, o suposto caráter absoluto das obrigações estatuídas pelas regras, mas o modo como as razões que impõe a implementação das suas consequências podem ser validamente ultrapassadas; numa falta de consideração a aspectos concretos e individuais pelas regras, mas o modo como essa consideração deverá ser validamente fundamentada – o que é algo diverso²⁶⁰.

Por essa razão, diante do caso concreto o juiz poderá realizar a ponderação ou balanceamento entre princípios e regras, desde que dentro de critérios razoáveis de interpretação, sem que haja necessariamente a declaração de invalidade das regras jurídicas, mas a abertura de uma exceção à aplicabilidade do dispositivo legal com o fito de contornar a suposta incompatibilidade existente entre as normas que compõem o sistema.

Por fim, diferentemente dos institutos jurídicos totalizantes e dicotômicos, como a capacidade para o exercício, nos termos que vem sendo defendido nos ordenamentos jurídicos internacionais²⁶¹, a categoria da capacidade progressiva possui todos os requisitos necessários

²⁶⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p

²⁶¹ Por essa razão será utilizado como base de análise o importante avanço legislativo trazido pelo atual Código Civil da Argentina (Lei nº 26.994/2014), que positivou a autonomia progressiva dos adolescentes.

para coexistir com os institutos jurídicos limitadores da capacidade atualmente em vigor no direito brasileiro.

4.3 A CAPACIDADE PROGRESSIVA: UM PARALELO ENTRE ARGENTINA E BRASIL

4.3.1 A autonomia progressiva do menor no novo Código Civil e Comercial da Argentina

Como dito, a proposta legislativa que recebeu a alcunha de Lei João W. Nery foi diretamente inspirada na legislação de identidade de gênero Argentina e, portanto, faz-se necessária a análise da codificação civilística daquele país que trata do exercício dos direitos por aquela parte da população em especial condição de desenvolvimento.

Desse modo, observa-se que, inspirado na Convenção Sobre os Direitos da Criança de 1989, o legislador argentino, quando da elaboração de seu Novo Código Civil e Comercial – Lei nº 26.994/2014, internalizou em seu ordenamento jurídico o princípio da capacidade progressiva²⁶². Assim, O *artículo 26* dispõe:

Exercício dos direitos pela pessoa menor de idade. A pessoa menor de idade exerce seus direitos por meio de seus representantes legais.

Não obstante, a que conta com idade e grau de maturidade suficiente pode exercer por si os atos que lhes são pertinentes pelo ordenamento jurídico. Em situações de conflito de interesses com seus representantes legais, pode intervir com assistência jurídica.

A pessoa menor de idade tem o direito de ser ouvida em todo o processo judicial que diz respeito a ela, podendo participar nas decisões sobre a sua pessoa.

Presume-se que o adolescente entre treze e dezesseis anos tem aptidão para decidir por si mesmo a respeito daqueles tratamentos não invasivos que não comprometam seu estado de saúde ou provoquem risco grave à sua vida ou integridade física.

No caso dos tratamentos invasivos que comprometam seu estado de saúde ou que coloquem em risco sua integridade física ou sua vida, o adolescente deve prestar o seu consentimento devidamente assistido por seus genitores; o conflito entre ambos se resolve tendo em conta seu superior interesse, embasado em opinião médica a respeito das consequências da realização ou não do ato médico.

²⁶² VIOLA, Sabrina. **Autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes en el Código Civil**: une deuda pendiente. Disponível em: <http://www.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/sitios_catedras/electivas/816_rol_psicologo/material/unidad2/obligatoria/autonomia_progresiva_ni%F1os_new.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2017.

A partir dos dezesseis anos o adolescente é considerado como um adulto para as decisões pertinentes ao cuidado com o seu próprio corpo²⁶³.

Dessa análise, denota-se que o princípio da autonomia progressiva, que emerge a partir do paradigma da proteção integral, garante aos absolutamente incapazes o exercício de seus direitos conforme a evolução de suas faculdades mentais, de modo que sejam eles que decidam e escolham como e quando pretendem exercê-los, de acordo com o seu projeto pessoal de vida, seus desejos e seus interesses²⁶⁴.

Nesse molde, ao instituir o novo Código Civil, o legislador argentino introduziu importantes modificações no sistema da capacidade de direito, recepcionando de vez o princípio da autonomia progressiva, com a consequente eliminação de marcos temporais rígidos para determinar a aptidão de as crianças e adolescentes exercerem seus direitos. Dentro das novas modificações, ou melhor dizendo, inovações, em matéria de capacidade de direito, encontra-se a regulamentação específica da capacidade para o exercício da pessoa impúbere no que se refere ao cuidado com o próprio corpo, estando esses atos integrados na sua esfera de autodeterminação, como a manifestação da liberdade²⁶⁵.

Sobre o tema, Rosenvald correlaciona as legislações civis brasileira e argentina, explanando que

A noção de autonomia progressiva no exercício de situações existenciais transcende o estático conceito de capacidade, rigidamente determinado a

²⁶³ *ARTICULO 26.- Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona. Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.* Argentina. *Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994*, de 07.10.2014. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#2>>. Acesso em: 4 set. 2017.

²⁶⁴ DELLE VEDOVE, Maria Julia. **La autonomía progresiva: el principio que garantiza el ejercicio personal de los derechos del niño**. Disponível em: <http://www.derecho.unc.edu.ar/njrj/vol.-iii-no-1-serie-i/abogados-en-accion/la-autonom_a-progresiva-el-principio-que-garantiza-el-ejercicio-personal-de-los-derechos-del-ni_o-la-posible-colisi_n-con-el-inter_s-superior-especial-an_lisis-de-los-actos-m_dicos-del-adolescente-ab-maria-julia-delle-vedove/at_download/file>. Acesso em: 1 out. 2017.

²⁶⁵ *Ibid.*

partir de faixas etárias predeterminadas em abstrato pelo onipotente legislador. Enquanto no Brasil, o Código Civil categoriza o menor de 16 anos de idade como absolutamente incapaz – silenciado pela voz de seu(s) representante(s) -, o novo Código Civil Argentino se vale da dinâmica noção de competência, emanada da bioética. Ao invés do artificialismo do par capacidade/incapacidade, a competência se localiza em cada ato concretamente praticado por uma determinada pessoa humana em fase de desenvolvimento da personalidade, legitimando a sua atuação direta e a conseqüente responsabilidade nas situações em que o consentimento for suficiente para formar convicção e decisão razoável sobre determinadas questões que digam respeito a sua intimidade. Em respeito à regra de proporcionalidade, criam-se parâmetros objetivos para o estabelecimento de quais pessoas e em quais condições e matérias, a autonomia gradualmente alçará de um mínimo a um máximo espaço de liberdade. Assim, o autogoverno de um menino de 3 anos não é o mesmo que o de um jovem de 14 anos. Da mesma forma, decisões autorreferentes sobre tratamentos anticoncepcionais são bem mais palatáveis que aquelas atinentes à própria sobrevivência de um Testemunha de Jeová²⁶⁶.

Em suma, o Novo Código Civil e Comercial Argentino, em consonância com as disposições da Convenção Sobre os Direitos da Criança, possibilitou às crianças e adolescentes, até então considerados um grupo de pessoas naturais absolutamente incapazes, o exercício pessoal de seus direitos mesmo quando houver conflito de interesses entre esses sujeitos e seus representantes legais.

4.3.2 A capacidade progressiva no Brasil: uma evolução lenta

Diferentemente da Argentina, o Brasil ainda não estabeleceu qualquer regra ou parâmetros que proporcionalize o dado da gradual conquista da autonomia para o exercício dos direitos por crianças e adolescentes. Aliás, apesar de o Estatuto da Pessoa com Deficiência traçar novos contornos para a autodeterminação daqueles que antes eram interditados como pessoas sem discernimento e privados de suas escolhas existenciais, a Lei 13.146/2015 apresenta novo rol dos absolutamente incapazes, agora monopolisticamente composto por indivíduos com idade inferior a dezesseis anos²⁶⁷.

Interessante notarmos que, embora nossa legislação não tenha positivado expressamente o princípio da capacidade progressiva, nosso arcabouço normativo não exclui por completo a possibilidade de aferição empírica da maturidade do menor para a prática

²⁶⁶ ROSENVALD, Nelson. **A autonomia progressiva dos adolescentes**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/10/26/a-autonomia-progressiva-dos-adolescentes/>>. Acesso em: 11 set. 2017.

²⁶⁷ Ibid., 2015. O autor ainda acrescenta que reduzir a capacidade de autodeterminação de crianças e adolescente é tratá-los como seres humanos completamente “inaptos para o estabelecimento de qualquer deliberação moral sem o escrutínio de seus responsáveis”.

autônoma de determinados atos de conteúdo jurídico. Porquanto, tal categoria jurídica se encontra inferida em diversas passagens do Estatuto da Criança e Adolescente, que posteriormente foi internalizada pela Convenção Sobre os Direitos da Criança.

Vale ressaltar que a referida Convenção Internacional integra o arcabouço jurídico nacional e por ser um importante diploma que versa sobre direitos humanos possui natureza de norma supralegal²⁶⁸. O documento fundamenta-se basicamente no reconhecimento da dignidade e dos interesses iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana, o que inclui, obviamente, crianças e adolescentes.

O diploma internacional rememora o disposto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em que as Nações Unidas proclamaram que a infância tem direito a cuidados e assistências especiais. Acrescenta em seu preâmbulo, de modo expresso, a necessidade premente de que a criança, para que ocorra o pleno desenvolvimento de sua personalidade, “deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão”²⁶⁹.

Em primeira análise, observa-se que a dita Convenção tem em seu corpo quatro princípios fundamentais: a participação da criança nas decisões que afetam seu futuro; a proteção da população infantojuvenil contra a discriminação e todas as formas de abandono e exploração; a prevenção contra danos ao infante; e a prestação de assistência aspirando suas necessidades básicas²⁷⁰. Ademais, todos os princípios citados devem ser aplicados concomitantemente não havendo prevalência de um sobre o outro.

Interpretar a Convenção dessa maneira possibilita sua melhor compreensão, proporcionando uma maior disseminação de seus princípios, bem como implica o incremento da responsabilidade de aplicação pelos Estados-membros do disposto em seu texto²⁷¹. Nota-se que de todos os princípios acima mencionados o mais significativo deles é o da participação

²⁶⁸ Supralegal é aquela norma que está abaixo da Constituição Federal, mas se encontra acima das leis infraconstitucionais, sendo que estas devem se adequar à norma supralegal. Assim, a Convenção Sobre os Direitos da Criança é hierarquicamente superior ao Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente, por exemplo. Nesse sentido, o Recurso Extraordinário n. 466.343 consolidou o seguinte posicionamento: “O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação”.

²⁶⁹ BRASIL. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 6 set. 2017.

²⁷⁰ MUNHOZ, Luciana Batista. **O princípio da autonomia progressiva e a criança como paciente**. 2014. 160 f. Dissertação (Mestrado em Bioética) – Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

²⁷¹ Ibid., 2014.

da pessoa impúbere nas decisões que lhe afetam sendo este, provavelmente, o mais controverso.

Quanto ao princípio da capacidade progressiva, a Convenção introduz pela primeira vez o conceito em seu quinto artigo:

Os Estados Partes respeitarão as responsabilidades, os direitos e os deveres dos pais ou, onde for o caso, dos membros da família ampliada ou da comunidade, conforme determinem os costumes locais, dos tutores ou de outras pessoas legalmente responsáveis, de proporcionar à criança instrução e orientação adequadas e acordes com a evolução de sua capacidade no exercício dos direitos reconhecidos na presente convenção.

Nesse sentido, a capacidade progressiva

é descrita como um princípio interpretativo da própria Convenção, reconhecendo que as crianças estão constantemente aperfeiçoando suas capacidades. Isso significa que à medida que a criança cresce e se desenvolve há uma menor necessidade de dependência e uma maior capacidade de assumir as responsabilidades por decisões que afetem sua vida. Esse princípio reconhece efetivamente que as crianças possuem capacidades cognitivas e morais que se desenvolvem ao longo da vida, bem como certifica que determinar a criança como incapaz de fazer parte de processos de tomada de decisão é errôneo. A proposta do artigo 5º não é atribuir excessivas responsabilidades à criança e ao adolescente, mas conceder-lhes tudo aquilo que suas capacidades os permitem²⁷².

Ademais, é salutar comungar o art. 5º com o art. 12 do importante tratado, que reforça a possibilidade de a criança estar envolvida no processo de tomada de decisões que circundem seus interesses. Assim, dentro de um contexto que engloba o exercício do direito à identidade de gênero, percebe-se que o menor possui capacidade progressiva e, por isso, detém o direito de estar a par do processo a despeito da referida disposição. Essa autonomia progressiva expressa a ideia de que a criança, ao passo que se desenvolve cognitivamente e moralmente, conseguirá formular suas próprias opiniões sobre si mesma e terá o direito de ter essas convicções levadas a efeito.

Desse modo, os dois artigos comentados permitem ao absolutamente incapaz a efetiva participação nos processos de tomada de decisão nas relações existenciais, desde que se leve

²⁷² MUNHOZ, Luciana Batista. **O princípio da autonomia progressiva e a criança como paciente**. 2014. 160 f. Dissertação (Mestrado em Bioética) – Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

em consideração seu nível de desenvolvimento psíquico e moral, bem como lhe seja assegurado um nível de participação condizente à sua capacidade²⁷³.

Igualmente, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em diversas passagens, determina que os incapazes por critério etário são considerados pessoas em condição peculiar de desenvolvimento²⁷⁴, quer dizer, a criança não é um ser estático, mas em constante evolução físico-psicológica. Com efeito, Moacyr Pereira aduz:

Cada fase do desenvolvimento deve ser reconhecida como revestida de singularidade e de completude relativa, ou seja, a criança e o adolescente não são seres inacabados, a caminho de uma plenitude a ser consumada na idade adulta, enquanto portadora de responsabilidades pessoais, cívicas e produtivas plenas. Cada etapa é, à sua maneira, um período de plenitude que deve ser compreendida e acatada pelo mundo adulto, ou seja, pela família, pela sociedade e pelo Estado²⁷⁵.

Coadunando com esse raciocínio que o Estatuto da Criança e do Adolescente sofreu alterações na redação do art. 28, determinadas pela Lei nº 12.010/2009. Por meio dela, antecipou-se para os 12 anos de idade a possibilidade de o menor absolutamente incapaz manifestar-se nos processos em que esteja envolvido e se discuta guarda, tutela ou adoção. Vejamos a letra da lei:

§ 1º sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada.
§2º Tratando-se de maior de 12 (doze) anos de idade, será necessário consentimento, colhido em audiência²⁷⁶.

Destarte, a materialização do conceito de autonomia progressiva “postula a prévia escuta da criança ou adolescente nas questões que firmam os seus atributos existenciais, sendo-lhes concedido um assistente sempre que deponente num conflito de interesses com os seus pais”²⁷⁷. Nesse passo, o direito à escuta não se transveste apenas numa garantia processual,

²⁷³MUNHOZ, Luciana Batista. **O princípio da autonomia progressiva e a criança como paciente**. 2014. 160 f. Dissertação (Mestrado em Bioética) – Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

²⁷⁴ Cf. os artigos 6º, 69, inc. I, 71 e 121 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

²⁷⁵ MENDES, Moacyr Pereira. **A proteção integral da criança e do adolescente: novidade utópica ou realidade esquecida?** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site./index.php?artigo_id=2257&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 6 set. 2017.

²⁷⁶ BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 2 nov. 2017.

²⁷⁷ ROSENVALD, Nelson. **A autonomia progressiva dos adolescentes**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/10/26/a-autonomia-progressiva-dos-adolescentes/>>. Acesso em: 11 set. 2017.

mas em princípio vetor de todas as matérias concernentes aos absolutamente incapazes nas esferas administrativa, judicial, educativa e familiar.

Enquanto a escuta é uma prerrogativa de qualquer criança – independente do nível efetivo de entendimento –, distinto será o impacto que a escuta terá na posterior tomada de decisão, essa, sim, condicionada à idade e maturidade da pessoa em correspondência ao tipo de questão que se encontra em jogo. Qualquer decisão que se afaste daquilo que o jovem manifestou será submetida a um ônus argumentativo. Por mais que a opinião infantil não se mostre determinante, em função do peso que ela manifesta na formação do conceito do interesse superior da criança, caberá ao magistrado aportar argumentos de peso que justifiquem a manifestação em sentido diverso àquela colhida da pessoa mais interessada na decisão²⁷⁸.

Dessa assertiva, podemos inferir que crianças e adolescentes são detentores de uma capacidade moral e cognitiva em constante aperfeiçoamento, o que abre espaço para a possibilidade da tomada de certas decisões a depender do estágio de desenvolvimento psicológico que se encontrem.

De resto, todas essas legislações serviram para a sedimentação da população infantojuvenil como um sujeito de direitos, humanos e fundamentais, destinatários de uma especial proteção, inclusive na esfera intrafamiliar²⁷⁹. Nessa lógica, a dificuldade é delimitar os contornos jurídicos seguros entre o restringir a liberdade da criança e o emancipar da sua capacidade de autoavaliação, conforme se discorrerá a seguir.

4.4 O PODER FAMILIAR E A AUTONOMIA DA VONTADE DO INCAPAZ NAS RELAÇÕES INTRAFAMILIARES

Nessa temática, imprescindível traçar uma nova moldura para que os institutos jurídicos do poder familiar e da autonomia progressiva da criança convivam harmoniosamente sem a indevida sobreposição de um em relação ao outro. Corroborando com os avanços sociais, a atual norma civil estabelece que, entre os componentes do grupo familiar, prevalecem as relações coordenadas orientadas pela solidariedade entre seus membros. Nesse cenário, os filhos são efetivamente reconhecidos como sujeitos de direito na órbita jurídico-

²⁷⁸ ROSENVALD, Nelson. **A autonomia progressiva dos adolescentes**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/10/26/a-autonomia-progressiva-dos-adolescentes/>>. Acesso em: 11 set. 2017.

²⁷⁹ O art. 229 da CF/88 estipula que “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”. Já o art. 1.634 do Código Civil descreve o exercício do poder familiar, que passou a ser de competência de ambos os pais.

social e protagonistas da construção de sua personalidade, mesmo estando sob a orientação de seus genitores²⁸⁰.

Por esta razão, a partir das últimas décadas do século XX, o ambiente familiar retornou a um modelo mais desejável porquanto um de seus principais atrativos passou a ser o respeito por cada um de seus membros, tanto entre os cônjuges e companheiros quanto dos pais em relação à prole, superando as antigas relações de excessiva autoridade antes existente²⁸¹. Destarte, a tendência da família ocidental moderna é tornar-se um grupo cada vez mais desorganizado, pouco hierarquizado e independente de laços sanguíneos, valorando mais os laços afetivos e embasado em valores compartilhados²⁸².

Nesse seguimento, com o advento do Código Civil de 2002, houve uma troca significativa de paradigma no direito de família brasileiro ao substituir a ultrapassada nomenclatura *pátrio poder* (que carregava a ideia de autoridade do pai sobre a vida do filho) por *poder familiar*, que traz em seu íntimo a possibilidade de autonomia dos menores de idade frente aos poderes paternos. Na órbita externa, as legislações estrangeiras preferem o termo autoridade parental ao invés de utilizarem o vocábulo *poder*, o que denota uma noção de maior flexibilidade quanto à capacidade em construção do menor²⁸³.

Assim sendo, a mudança de pensamento quanto ao alcance da autoridade parental possibilitou o estabelecimento da igualdade entre os cônjuges e propiciou alterações nas relações de excessiva autoridade antes existente entre pais e filhos²⁸⁴. Nesse ângulo, a atual legislação civil deu uma nova cara à função do poder familiar. Agora, ambos os genitores contribuem para o desenvolvimento da personalidade dos filhos menores, promovendo e respeitando as liberdades de escolha desses e não mais as cerceando²⁸⁵.

Em relação ao conteúdo, o poder familiar abstém-se da antiga forma de “poder” sobre a pessoa do absolutamente incapaz e converte-se numa função que visa à proteção da criança

²⁸⁰ MENEZES, Joyceane Bezerra de; MORAES, Maria Celina Bodin de. Autoridade Parental e privacidade do filho: O desafio de cuidar para emancipar. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. v. 20. n. 02. maio/ago. 2015. INSS Eletrônico 2175-0491.

²⁸¹ *Ibid.*, 2015.

²⁸² ROUDINESCO, Elisabeth. **A família em desordem**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

²⁸³ NETO, Edgard Audomar Marx. Exercício dos direitos da personalidade por crianças e adolescentes: entre o exercício exclusivo e regime de incapacidade. **Revista jurídica da Presidência**. Brasília. v. 13. n. 100, p. 343-373, jul./set. 2011. ISSN 2236-3645.

²⁸⁴ MENEZES, Joyceane Bezerra de; MORAES, Maria Celina Bodin de. *op. cit.*, 2015.

²⁸⁵ VILLELA, João Baptista. Liberdade e família. Série Monografias. **Movimento Editorial da Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte: Edição da Faculdade de Direito da UFMG, v. 1, n. 2. 1980.

e a tutela de seus interesses. Em relação às atribuições à autoridade parental, “deixa de marcar a onipotência do pai e passa a ser exercida em conjunto, com fundamento na liberdade, pelos pais”²⁸⁶. Logo, poder familiar não mais é um “poder” a serviço dos pais, mas uma tutela a serviço dos filhos incapazes.

Nessa acepção, a representação e assistência de crianças e adolescentes, como atributo da autoridade parental, constituem não apenas um poder dos pais em relação aos filhos, mas também um dever

com a atribuição de responsabilidade dos pais por esses atos. Essa atuação deve ser realizada em harmonia com seu objetivo (proteção e promoção dos interesses do filho) e vinculada a seu fundamento (desenvolvimento integral da criança) (Moreira, 2001, p. 166). A visão do pátrio poder como poder-sujeição (“ao pai cabiam as decisões, à mãe ser ouvida, ao filho obedecer”) tornou-se insustentável “numa família onde a autoridade justa e estável dos pais passou a ser fomentada pela solidariedade, mútuo respeito e participação entre todos os seus membros” (Moreira, 2001, p. 165). Assim, o modelo contemporâneo de autoridade familiar passa pela construção consensual do consentimento dentro do núcleo familiar. “É [...] no categórico reconhecimento do menor como interlocutor dentro da família que se traduz a mais profunda alteração no tradicional quadro de valores que definia as relações entre pais e filhos” (VILELLA, 1980, p. 32)²⁸⁷.

Assim, diante dessas novas perspectivas de modelo familiar, a população infantojuvenil não deve ser percebida como um grupo de adultos mais jovens, mas como sujeitos enquadrados em uma situação jurídica diferente, pois, embora estejam numa fase importante de crescimento e formação, são portadores de planos de vida pessoais, carentes em buscar, justamente, sua promoção integral.

A respeito da incapacidade civil da criança, hodiernamente é inegável o reconhecimento do direito de agir, garantindo-lhe a possibilidade de exercer suas escolhas existenciais, personalíssimas, para as quais demonstre o discernimento suficiente. Todavia, na

²⁸⁶ MASSIP, Jacques. rapport français. In: **Travaux de L’association Henri Capitant**. La Protection de L’enfante: Journées Egyptiennes, Tome XXX, 1979. Paris: *Economica*, 1981, p. 102 apud. NETO, Edgard Audomar Marx. Exercício dos direitos da personalidade por crianças e adolescentes: entre o exercício exclusivo e regime de incapacidade. **Revista jurídica da Presidência**. Brasília. v. 13. n. 100, p. 343-373, jul./set. 2011. ISSN 2236-3645.

²⁸⁷ NETO, Edgard Audomar Marx. op. cit., 2011.

realidade fática, ainda ressoa entre nós a ideia de que tanto a criança quanto o adolescente são sujeitos passivos na relação com seus pais como meros objetos de direito do poder familiar²⁸⁸.

Entretanto, a Carta Magna de 1988, em seu art. 227, *caput*, preconiza que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à pessoa incapaz, com absoluta prioridade, “o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”, resguardando-os de toda e qualquer forma de discriminação, negligência, violência, exploração, crueldade e opressão²⁸⁹.

É nesse sentido que os pais devem respeitar as inclinações e aspirações naturais dos filhos, bem como estimular o exercício de sua autonomia responsável, exercendo sua autoridade de maneira negociada. Não obstante, durante o processo educativo e em nome do melhor interesse da criança, os pais podem restringir a liberdade e privacidade de sua prole²⁹⁰.

Aliás, Menezes e Moraes ponderam que:

O exercício do poder familiar requer responsabilidade; portanto, certa maturidade e alguma saúde, razão pela qual os pais também precisam ser assistidos e orientados quando não conseguirem levar a efeito o seu ofício parental. Ainda que o planejamento familiar seja livre decisão da pessoa e/ou do casal, uma vez que lhes sobrevenham filhos, a responsabilidade por sua criação, é inexorável. Caberá a eles a tarefa de promover o desenvolvimento dos seus filhos, proporcionando-lhes as condições materiais e imateriais necessárias, independentemente das marcas e das cicatrizes que já acumularam ao longo da vida²⁹¹.

Nessa senda, o sujeito capaz de protagonizar a sua própria história deverá ter a sua intimidade e vida privada preservadas, mesmo sob a influência da autoridade parental. Do mesmo modo, a medida do entendimento e maturidade das crianças e adolescentes determina a extensão da sua liberdade e privacidade em face de seus pais, tendo em vista que os

²⁸⁸ MENEZES, Joyceane Bezerra de; MORAES, Maria Celina Bodin de. Autoridade Parental e privacidade do filho: O desafio de cuidar para emancipar. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. v. 20. n. 02. maio/ago. 2015. INSS Eletrônico 2175-0491.

²⁸⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Artigo 227. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 set. 17.

²⁹⁰ MENEZES, Joyceane Bezerra de; MORAES, Maria Celina Bodin de. op. cit. 2015.

²⁹¹ *Ibid.*, 2015.

elementos essenciais à sua personalidade são inalienáveis e fruem de especial proteção jurídica²⁹².

Da mesma maneira, caso a criança demonstre imaturidade, característica inerente à sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, a submissão aos cuidados parentais se mostra necessária, desde que a intervenção de seus representantes legais seja justa, necessária e esteja em consonância com o disposto nas normas de proteção ao superior interesse do menor. Não obstante, nas relações pessoais ou não patrimoniais é imprescindível a superação de como vêm sendo enfrentados os institutos jurídicos da incapacidade e da maioridade, expressões de uma alternativa jurídica formal que não mais corresponde às expectativas da moderna sociedade brasileira²⁹³. Nessa ótica, Vilella entende que

Já não se trata simplesmente de rever os limites etários da capacidade civil, da nupcialidade ou mesmo de reconhecimento da validade dos negócios jurídicos empreendidos por menores em tenra idade. Penetra-se mais fundo a problemática subjacente às determinações tópicas de aptidão etária para se compreender que o fenômeno do crescimento biológico e emocional, que é contemporâneo da vida, tem de encontrar resposta permanente no direito, que requer assim determinações matizadas e flexíveis para a material. Sente-se nas suas novas tendências que o regime jurídico das relações paterno-filiais procura exprimir o que SCHWARTZ chamou de “pedagogia da escolha”, que é, em suas próprias palavras, uma pedagogia de contrato, vale dizer, da liberdade²⁹⁴.

Resumidamente, a capacidade de querer e entender são expressões da gradual evolução que é inerente à natureza humana, titular de uma ampla gama de direitos e garantias fundamentais que, pela sua essência, são, em regra, intransmissíveis e irrenunciáveis²⁹⁵. Desse modo, crianças e adolescentes são titulares de direitos fundamentais cujo exercício não pode estar subordinado aos mecanismos de substituição da vontade estipulados no Código Civil²⁹⁶. Nessa monta, os filhos têm capacidade para o exercício de direitos extrapatrimoniais mesmo

²⁹² A atual Constituição Federal trata a intimidade e a vida privada como elementos fundamentais ao aperfeiçoamento da personalidade.

²⁹³ PERLINGIERI, Pietro. *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*. Camerino-Napoli: Jovene, 1972. p. 137.

²⁹⁴ VILLELLA, João Baptista. *Liberdade e família*. Série Monografias. **Movimento Editorial da Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte: Edição da Faculdade de Direito da UFMG, v. 1, n. 2, 1980. p. 32.

²⁹⁵ Nesse sentido, Farias e Rosenvald lecionam que “o art. 11 do Código de 2002 é de clareza solar ao dispor que, ‘com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis’, permitindo antever o seu caráter indisponível relativamente”. In: FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 142.

²⁹⁶ Estamos nos referindo aos institutos civis da representação da assistência de acordo com o disposto no art. 71 do NCCP: “O incapaz será representado ou assistido por seus pais, por tutor ou por curador, na forma da lei”. BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 10 out. 2017.

em face de seus genitores, e a esses cabe a função restrita de promover o desenvolvimento da personalidade de seus representados e/ou assistidos.

Reforçando o disposto, Rosa Martins afirma que a criança é detentora de “uma capacidade progressiva, igual em dignidade ao adulto, sujeito ativo na construção do seu futuro numa relação intersubjetiva com os pais, titular de direitos fundamentais²⁹⁷”. Nessa acepção, percebe-se que, ao longo da vivência, a pessoa humana se constrói e se reconstrói, sendo decisiva a guarida da família, especialmente nos primeiros anos de vida.

Resumidamente, a pessoa nasce incapaz para consentir e integralmente dependente da autoridade parental. À medida que se desenvolve, torna-se apta para prescindir de certos cuidados de seus genitores ou tutores, conquistando progressivamente a autodeterminação para a prática de atos jurídicos.

Nesse sentido, Marx Neto analisa a inserção da criança na vida social antes de verificar a extensão de seus direitos e, assim, considera “o enquadramento da resposta na interpretação sistemática do direito vigente, reconhecendo-se o direito da criança em ser ouvida e a obtenção da resposta por meio do acertamento familiar”²⁹⁸. A solução apresentada pelo estudioso teve como fundamento a realização do melhor interesse da criança e o reconhecimento efetivo de seus direitos.

4.5 A INTERPRETAÇÃO SISTÊMICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO: OS NOVOS CONTORNOS DO DIREITO INFANTOJUVENIL

4.5.1 A mudança social através do direito positivo: o modelo sistêmico luhmanniano

Destarte, o reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direito com capacidade em progressão ganha ainda mais veracidade quando se concilia o referido instituto com os princípios fundamentais positivados tanto na Constituição Federal quanto na Convenção Sobre os Direitos da Criança e no Estatuto da Criança e do Adolescente,

²⁹⁷ MARTINS, Rosa. Responsabilidades parentais no século XXI: a tensão entre o direito de participação das crianças e a função educativa dos pais. In: OLIVEIRA, G.; SILVA PEREIRA, T. **Cuidado e vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 86-87.

²⁹⁸ NETO, Edgard Audomar Marx. Exercício dos direitos da personalidade por crianças e adolescentes: entre o exercício exclusivo e regime de incapacidade. **Revista jurídica da Presidência**. Brasília. v. 13. n. 100, p. 343-373, jul./set. 2011. ISSN 2236-3645.

pacificando a situação da pessoa absolutamente incapaz portadora de transtorno de identidade de gênero com a evolução constante da sociedade brasileira moderna.

Assim, a interpretação sistêmica do ordenamento jurídico dá ao juiz a possibilidade de efetivar o direito fundamental que lhe é apresentado mesmo que a interpretação dali resultante se dê ao arripio da lei (*stricto sensu*). Dessa forma, é salutar que o direito não seja interpretado de maneira fragmentada, mas de forma una, conforme a teoria sistêmica de Niklas Luhmann, segundo a qual o direito é um

sistema funcionalmente diferenciado da sociedade, cuja função é manter estável as expectativas, ainda que estas sejam frustradas na prática. As expectativas são as normas jurídicas, que, assim, permanecem estáveis independentemente de uma eventual violação²⁹⁹.

Nesse passo, Luhmann critica a positividade dogmatizada do direito como sendo estatuída por força própria. Tal assertiva não é capaz de satisfazer à sociologia, que sempre procura considerar outras alternativas além daquelas consolidadas por meio do processo legislativo³⁰⁰. Portanto, a decisão regulamentada não pode ser tratada como a causa explicativa da vigência do sentido estatuído de uma norma, tendo em vista que o direito não é criado a partir da vontade do legislador, mas “resulta de estruturas sistêmicas que permitem o desenvolvimento de possibilidade e sua redução a uma decisão consistindo na atribuição de vigência jurídica a tais decisões”³⁰¹.

O que se busca dizer é que a vigência do direito positivo está subordinada a um fator cuja variável é uma decisão. Desse modo, o direito vige não apenas pela força de um ato legislativo histórico, mas, enquanto continuar sendo alvo de escolha dentre outras possibilidades, estando sujeito a qualquer momento a revogação ou modificação³⁰². Luhmann explica que

A constância das possibilidades de modificação mantém a consciência de que o direito a cada momento vigente é resultante de uma seleção de que ele vige por força dessa seleção a qualquer momento modificável³⁰³

²⁹⁹ ANDAKU, Juliana Almenara. **O Direito na Teoria de Niklas Luhmann**. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwj6uo3jlaDWAhUHmJAKHUK3BWcQFggxMAI&url=http%3A%2F%2Fwww.agu.gov.br%2Fpage%2Fdownload%2Findex%2Fid%2F692917&usg=AFQjCNEEnXjeA1g0b7Ud_1SxKFTiJRF-E_g>. Acesso em: 12 set. 2017.

³⁰⁰ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 7.

³⁰¹ *Ibid.*, p. 8.

³⁰² *Ibid.*, p. 9.

³⁰³ *Ibid.*, p. 9-10.

Nesse aspecto, o direito positivo não pode ser utilizado como óbice ao progresso social; muito pelo contrário, “ele exclui outras possibilidades, mas não as elimina do horizonte da experimentação jurídica para o caso de que pareça oportuna uma modificação correspondente do direito vigente”³⁰⁴. Luhmann acrescenta que “o direito positivo é irrestritamente determinado, mas não irrestritamente determinável”³⁰⁵.

Nesse ponto, o jurista alemão Friedrich Müller leciona:

Assim, se evidenciou que o positivismo legalista ainda não superado pela teoria e práxis refletidas, com uma subsunção estritamente lógica, e com a sua eliminação de todos os elementos da ordem social não reproduzidos no texto da norma é tributário de uma ficção que não pode ser mantida na prática³⁰⁶.

Desse modo, sob a perspectiva do modelo sistêmico luhmanniano, a evolução do direito positivo manifesta-se com a transformação do improvável em provável, melhor sintetizando, ocorre evolução quando “aquilo que é desviante passa a integrar a estrutura do respectivo sistema³⁰⁷”. Nesse aspecto, o fenômeno evolutivo só é completado quando preenchidas três condições reciprocamente: variação, seleção e restabilização (ou retenção)³⁰⁸.

Nas lições de Marcelo Neves, a “variação consiste em uma reprodução desviante dos elementos através dos elementos do sistema”³⁰⁹. A variação, por si só, não representa a evolução sistêmica, tendo em vista a necessária seleção de estruturas que possibilitem a continuidade do elemento inovador³¹⁰. A restabilização é o mecanismo que assegura à estrutura inovadora “duração e capacidade de resistência”³¹¹.

Luhmann reduz o conceito da positividade “à formulação de que o direito não é só estatuído (ou seja, escolhido) através de decisões, mas também *vige* por força de decisões (sendo então contingente e modificável)³¹²”. Assim, enquanto a lei positiva fizer parte das escolhas sociais, o seu texto será aplicado.

³⁰⁴ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 10.

³⁰⁵ *Ibid.*, loc. cit.

³⁰⁶ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho no direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 32-33.

³⁰⁷ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: Uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 1.

³⁰⁸ São os chamados mecanismos evolutivos ou funções da evolução. In: *Ibid.*, p. 2.

³⁰⁹ *Ibid.*, loc. cit.

³¹⁰ *Ibid.*, loc. cit.

³¹¹ *Ibid.*, loc. cit. Trecho em destaque é uma citação direta à obra de Luhmann.

³¹² LUHMANN, Niklas. *op. cit.*, p. 10.

Ocorre que as construções socioculturais evoluem de maneira muito mais célere que a produção legislativa, isto é, o conteúdo normativo nem sempre será condizente com aquilo que se enfrenta no meio social. Desse modo, no sentido temporal, hoje pode estar vigorando um direito que ontem não se imaginava e amanhã, possivelmente, não mais valerá para representar os anseios dos agrupamentos humanos³¹³.

Nessa perspectiva, Luhmann defende que pequenas reformas legislativas podem ser antecipadas, visto que as grandes não podem ser decididas de maneira célere³¹⁴. Em suma, o direito positivo está provisoriamente em vigor, não sendo óbice para que um tema novo possa integrar materialmente o ordenamento jurídico, tornando possível a regulamentação de muitas novas formas de comportamento humano. Para o sociólogo,

o “bom direito” parece residir não mais no passado, mas em um futuro em aberto. Resumindo: pode-se recorrer à dimensão temporal para a caracterização da complexidade do direito. Com isso, o direito passa a fluir de forma legítima e controlável; ele se adequa ao fato de que nas sociedades funcionalmente diferenciadas o alto grau de interdependência de todos os processos faz com que o tempo se torne escasso e passe a fluir mais rapidamente³¹⁵.

Em compêndio, o direito não mais impossibilita o desenvolvimento da sociedade; muito pelo contrário, o direito serve como um mecanismo do avanço social, buscando estabelecer um equilíbrio entre as normas positivadas e as evoluções empiricamente experimentadas no seio da comunidade.

Em linhas gerais, o presente trabalho teve como problema central a adequação da capacidade progressiva do menor transexual ou transgênero no exercício das relações existenciais sem que haja, necessariamente, a total superação das regras jurídicas traçada pelo atual código civil, mas promovendo a integração das normas que circundam a esfera jurídica da população infantojuvenil, redefinindo o alcance das normas civis incapacitantes.

Na atualidade, presumidamente, crianças e adolescentes dispõem de amplo acesso à informação, goza das benesses de viver em um mundo globalizado e, portanto, ao experimentar novas possibilidades, acaba atingindo grau de discernimento suficiente para tomada de decisões nas questões extrapatrimoniais muito mais cedo que outrora. Em

³¹³ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 10.

³¹⁴ *Ibid.*, p. 11.

³¹⁵ *Ibid.*, loc. cit.

consequência dessa revolução do mundo moderno, aqueles que estão na fase da infantoadolescência, enquanto sujeitos de direito, não podem mais ter a sua voz silenciada com base no entendimento ultrapassado sobre a existência de um “texto rígido” da lei. Não há justiça, não há eficácia, se o direito não for capaz de acompanhar as nuances da contemporaneidade, prendendo-se a um passado cada dia mais distante.

Em suma, a positividade do direito brasileiro não é argumento contundente o bastante para barrar o reconhecimento da capacidade progressiva do menor na disposição de gênero, tendo em vista que, mesmo na ausência de uma lei específica regulando a temática o arcabouço jurídico-normativo, dispõe de ferramentas suficientes para a efetivação dos direitos estabelecidos tanto na Lei Maior quanto na Convenção Sobre os Direitos da Criança e no ECA.

4.5.2 A capacidade progressiva sob a ótica da teoria do diálogo das fontes

Nesse contexto, em vista do atual pluralismo jurídico pós-moderno de um direito detentor de inúmeras fontes normativas, surge a necessidade de coordenação entre os diplomas legislativos pertencentes ao mesmo ordenamento como exigência para se alcançar um sistema jurídico justo, eficiente e coerente, em que todas as normas dialoguem constantemente de maneira a formar um todo harmônico³¹⁶.

Essa é a proposta da famigerada teoria do diálogo das fontes (*dialogue des sources*), que surgiu na Alemanha com Erik Jayme, professor da Universidade de Helderberg, e foi importada para o território nacional por Cláudia Lima Marques, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Nas palavras de Flávio Tartuce:

A essência da teoria é que as normas jurídicas não se excluem – supostamente porque pertencentes a ramos jurídicos distintos –, mas se complementam. Como se pode perceber há nesse marco teórico, do mesmo modo, a premissa de uma visão unitária do ornamento jurídico³¹⁷.

Destarte, cada vez mais se legisla nacional e internacionalmente sobre temas convergentes e, dessa forma, o primeiro desafio a ser enfrentado pelo aplicador da lei é a

³¹⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2003. p. 71-72.

³¹⁷ TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 65.

existência de uma pluralidade de normas coexistentes³¹⁸. Nesse cenário, a Convenção Sobre os Direitos da Criança, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil estariam em aparente conflito por tratarem sob diversas perspectivas a capacidade conferida à criança, porquanto esse último silencia sobre a capacidade progressiva, negando, aparentemente, aos absolutamente incapazes a prática de todos os atos da vida civil.

Pela teoria do conflito de leis no tempo, haveria uma suposta “colisão” ou conflito entre os campos de aplicação dos diplomas legislativos. A solução apresentada por aqueles que defendem a referida tese era que a solução da antinomia deveria ser realizada por meio da prevalência de uma lei sobre a outra e a consequente exclusão de uma delas do sistema, por meio dos institutos jurídicos da ab-rogação, derrogação ou revogação³¹⁹.

De forma sintética, a doutrina clássica, em regra, apresenta três critérios de resolução dos conflitos de lei no tempo, quais sejam, a anterioridade, especialidade e a hierarquia, sendo esse último prevalente sobre os demais, conforme os ensinamentos propugnados por Norberto Bobbio³²⁰. Contudo, se levássemos em consideração o critério da hierarquia entre as normas conflitantes, naturalmente, a Convenção Internacional Sobre os Direitos da Criança, por se tratar de diploma legislativo hierarquicamente superior, sobrepor-se-ia às disposições contrárias estabelecidas no Código Civil.

Em contrapartida, observa-se que a doutrina moderna não busca mais a exclusão das leis em aparente conflito, mas a harmonia e coordenação entre as normas jurídicas pertencentes ao mesmo sistema. Essa é a chamada coerência derivada ou restaurada (*coherence devirée ou restaurée*):

[...] que, em um momento posterior à descodificação, à tópica e à microrrecodificação, procura uma eficiência não hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, a evitar a “antinomia”, a “incompatibilidade” ou a “não coerência”³²¹.

Vale destacar que só há conflito de normas quando o campo de aplicação das leis é o mesmo no caso concreto. Destarte, quando uma criança ou adolescente busca exercer seus direitos existenciais e vê seus interesses negados diante da incidência do Código Civil que pretere as disposições gerais estabelecidas na Convenção Sobre os Direitos da Criança

³¹⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2003. p. 72.

³¹⁹ *Ibid.*, 2003.

³²⁰ *Ibid.*, p. 72.

³²¹ *Ibid.*, p. 72-73.

e do Estatuto da Criança e do Adolescente – que reconhecem a pessoa juridicamente incapaz como um ser em desenvolvimento e, por isso, detentor de uma capacidade em progressão –, estamos diante de um caso em que há o conflito de normas.

Não bastasse, a convergência de campos de aplicação das leis pode levar ao conflito; doutro modo, a convergência de princípios é o meio pelo qual ocorre o diálogo entre as fontes legisladas. Assim, a convergência de princípios é fator, deveras positivo, para a coabitação de leis no mesmo ordenamento legal³²².

Por outro lado, é demasiadamente importante a análise do campo de aplicação subjetivo das leis, visto que a concentração no sujeito de direitos é hoje característica predominante no nosso ordenamento jurídico. É para proteger os sujeitos que leis especiais são elaboradas, a exemplo do Estatuto da Criança e do adolescente, compositor de um microsistema jurídico. Em sequência, “o aplicador deve examinar o conflito com olhos plurais, pois a nova teoria do sujeito é outra: o sujeito está fragmentado e é plural³²³”, como é o grupo composto por crianças e adolescentes.

Nesse segmento, Erik Jayme avalia que, hodiernamente, onde a pluralidade, a complexidade, a distinção impositiva dos direitos humanos e do direito de ser diferente e de ser tratado de forma diferente, sem a necessidade de ser igual a seus pares, não mais admite que haja uma monossolução para casos complexos. Desse modo, “a solução sistemática pós-moderna deve ser mais fluida, mais flexível, a permitir maior mobilidade e fineza de distinções³²⁴”.

A superação de paradigmas é substituída pela conveniência dos paradigmas; a revogação expressa é substituída pela incerteza da revogação tácita indireta pela incorporação do novo modelo hermenêutico ao sistema. Assim sendo, há a conveniência de leis com campos de aplicação ora divergentes, ora convergentes dentro de um mesmo sistema jurídico que parece ser agora plural, fluído, mutável e complexo³²⁵.

Em síntese, para Marques o que Jayme propõe é a coordenação das fontes, desde que seja uma sistematização flexível e útil entre as leis em conflito no sistema, a fim de

³²² MARQUES, Cláudia Lima. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2003. p. 78.

³²³ *Ibid.*, p. 79.

³²⁴ *Ibid.*, p. 73.

³²⁵ *Ibid.*, loc. cit.

restabelecer a sua coerência no ordenamento jurídico, ou seja, a efetiva mudança de paradigma sem que haja a exclusão e/ou inclusão de novos diplomas legislativos³²⁶.

Assim, a tese tem o intuito de trazer ao intérprete uma nova ferramenta hermenêutica hábil a solucionar problemas de aparente conflito entre os diplomas legais no sentido de interpretá-los de forma coordenada e sistemática, em conformidade com os preceitos constitucionais. Marques pondera os fundamentos da tese:

Na belíssima expressão de Erik Jayme, é o atual e necessário ‘diálogo das fontes’ (*dialogue des sources*) a permitir a aplicação simultânea, coerente, coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes. ‘Diálogo’ porque há influências recíprocas, ‘diálogos’ porque há aplicação conjunta de duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente (especialmente em matéria de convenções internacionais e leis-modelos), ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato. Uma solução flexível e aberta, de interpenetração, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes)³²⁷.

Nessa senda, o diálogo entre as fontes normativas ora se dará através da aplicação conjunta de duas normas ao mesmo tempo, ora será feita mediante a complementação de uma norma à outra, isto é, por meio da aplicação subsidiária de uma norma em complemento à outra³²⁸.

Nas lições de Flávio Tartuce, a primeira justificativa para a aplicação da tese em comento refere-se à sua funcionalidade, tendo em vista que o mundo pós-moderno e globalizado, complexo e abundante por natureza, convive com uma crescente quantidade de leis, “a deixar o aplicador do Direito até desorientado³²⁹”. Nesse sentido, o jurista mineiro transcreve em sua obra importante passagem retirada da doutrina de Marques, na qual se expõem, de maneira clara e concisa, as razões filosóficas e sociais para a aplicação da tese:

Segundo Erik Jayme, as características da cultura pós-moderna no direito seriam o pluralismo, a comunicação, a narração, o que Jayme denomina “*le retour des sentiments*”, sendo o *Leitmotiv* da pós-modernidade a

³²⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, 2003. p. 74.

³²⁷ *Ibid.*, p. 74.

³²⁸ PRADO, Sérgio Malta. **Da teoria do diálogo das fontes**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI171735,101048-Da+teoria+do+dialogo+das+fontes>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

³²⁹ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 66.

valorização dos direitos humanos. Para Jayme, o direito como parte da cultura dos povos muda com a crise da pós-modernidade. O pluralismo manifesta-se na multiplicidade de fontes legislativas a regular o mesmo fato, com a descodificação ou a implosão dos sistemas genéricos normativos (*'Zersplietierung'*), manifesta-se no pluralismo de sujeitos a proteger, por vezes difusos, como o grupo de consumidores ou os que se beneficiam da proteção do meio ambiente, na pluralidade de agentes ativos de uma mesma relação, como os fornecedores que se organizam em cadeia e em relações extremamente despersonalizadas. Pluralismo também na filosofia aceita atualmente, onde o diálogo é que legitima o consenso, onde os valores e princípios têm sempre uma dupla função, o *'double coding'*, e onde os valores são muitas vezes antinômicos. Pluralismo nos direitos assegurados, nos direitos à diferença e ao tratamento diferenciado aos privilégios dos 'espaços de excelência' (JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye, 1995, II, Kluwer, Haia, p. 36 e ss.*)³³⁰.

Apenas a título exemplificativo, a teoria do diálogo das fontes já é amplamente aplicada nas relações consumeristas, visto que a primeira tentativa de emprego da tese se dá com a possibilidade de subsunção concomitante do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil a determinadas relações obrigacionais, em especial os contratos³³¹. Não obstante, há a possibilidade de diálogo entre o direito civil e o direito do trabalho, sendo totalmente viável e, mais do que isso, plenamente recomendável³³².

Contudo, a tese em comento não se limita a ramos específicos do direito, podendo ser aplicada, inclusive, para solucionar aparentes conflitos das mais diversas naturezas, como o que propomos com a presente pesquisa, ou seja, conciliar as disposições do Código Civil com todos os demais diplomas legislativos que envolvam direitos da criança e do adolescente, incluindo-se nesse espectro a própria Constituição Federal e suas disposições concernentes.

Nesse contexto, Flávio Tartuce³³³ arquiteta uma relação direta entre a teoria do diálogo das fontes, a constitucionalização do direito civil (direito civil constitucional), a eficácia dos direitos fundamentais e a personalização do direito civil. Acrescenta:

³³⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, p. 24. Trata-se de introdução da obra coletiva escrita em coautoria com Antonio Herman de V. e Benjamin e Bruno Miragem e que praticamente apresentou o diálogo das fontes para a comunidade jurídica nacional.

³³¹ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 67.

³³² *Ibid.*, p. 70.

³³³ *Ibid.*, p. 72.

Ora, a constitucionalização do Direito Civil nada mais é do que um diálogo entre o Código Civil e a Constituição (Direito Civil Constitucional). Com isso se vai até a Constituição, onde repousa a proteção da pessoa como a máxima do nosso ordenamento jurídico (personalização).

Para que essa proteção seja possível, deve-se reconhecer a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, que as normas que protegem a pessoa, previstas no Texto Maior, têm aplicação imediata nas relações entre particulares. A porta de entrada dessas normas protetivas, nas relações privadas, pode se dar por meio das cláusulas gerais (eficácia horizontal mediata), ou mesmo de forma direta (eficácia horizontal imediata)³³⁴.

De igual modo, Cleyson de Moraes Mello considera que a norma jurídica civil não pode ser assimilada a um juízo hipotético

ancorado nos princípios da lógica formal, a partir de um rigorismo da separação dos mundos do 'ser' e 'dever ser'. O direito civil e o direito constitucional devem estar em perfeita harmonia a fim de que possa espelhar a realização e a concretização do direito³³⁵.

Por fim, vislumbrou-se a necessidade da análise coordenada das normas que resguardam crianças e adolescentes, possibilitando a visão de um sistema unitário, em que existem inúmeros diálogos e o reconhecimento da interdisciplinaridade entre o direito, a psicologia e a sociologia³³⁶. Assim, diante do exposto, conclui-se pela existência da capacidade progressiva do menor quanto ao exercício dos direitos de personalidade no direito brasileiro. A harmonia entre as diversas fontes normativas que incidem sobre a esfera jurídica das crianças e dos adolescentes orientam no sentido da inaplicabilidade imediata do art. 3º do Código Civil de 2002 nas questões que não envolvem direitos patrimoniais.

4.6 DA DISPOSIÇÃO DO CORPO POR PARTE DO ABSOLUTAMENTE INCAPAZ

O reconhecimento das crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e detentores de prerrogativas fundamentais é potencialmente revolucionário no direito civil e demanda uma reconstrução dos institutos jurídicos do poder familiar e da incapacidade originária. Ao longo deste capítulo, suscitamos a confusão gerada entre a autoridade parental nas esferas patrimoniais e extrapatrimoniais. Essa dicotomia se apoia na distinção entre os institutos da

³³⁴ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. 72.

³³⁵ MELLO, Cleyson de Moraes. **Direito Civil Parte Geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2017. p. 28.

³³⁶ TARTUCE, Flávio. op. cit. p. 73.

personalidade e capacidade, motivo pelo qual se fez uma interpretação sistemática e histórico-dogmática do ordenamento jurídico pátrio.

Essa fragmentação da autoridade parental se completa mediante uma reinterpretação da capacidade jurídica. Concebida originalmente como um instituto do direito patrimonial, a incapacidade pode ser preservada em suas relações com o poder familiar. Entretanto, como visto, as modalidades clássicas de interdição de direitos sugerem uma certa impossibilidade de convivência com os direitos à autodeterminação e ao livre desenvolvimento da personalidade dos menores, razões pelas quais o exercício de atos jurídicos e a prática de situações jurídicas que envolvam o exercício de direitos existenciais devem ser mediadas pelo reconhecimento da capacidade progressiva.

Apesar de a legislação civil brasileira não prever explicitamente o instituto jurídico da autonomia progressiva, o caráter essencialmente patrimonial de que é revestida a capacidade de exercício faz com que essa categoria jurídica não seja adequada à legitimação para a prática de situações jurídicas extrapatrimoniais. Nesse sentido, empreendemos um esforço hermenêutico da modelagem da capacidade progressiva, apoiando-nos na teoria sistêmica de Luhmann e na tese do diálogo das fontes, especialmente a partir da interpretação das normas gerais que cuidam da criança e do adolescente, a autonomia privada, os direitos da personalidade e a evolução social³³⁷.

Em epítome, a Convenção Internacional Sobre os Direitos da Criança vem sedimentar a possibilidade de os infantes participarem das decisões concernentes à sua pessoa, sendo ouvidos em todas as fases processuais. Nesse segmento:

O objeto da Convenção é promover os direitos das crianças e facilitar seu exercício, principalmente por meio do direito processual. A criança não deve ser somente informada da existência do processo como lhe deve ser facultado o direito de intervir: “a palavra da criança permite ao tribunal se pronunciar com conhecimento de causa” (RIOMET, 1996, p. 91). Com essas medidas, pretende-se tomar a sério a manifestação da criança, ao invés de simplesmente ter essa circunstância como uma formalidade processual. Tanto é que, verificado o conflito entre a criança e os detentores da autoridade parental, deve ser nomeado um representante especial para salvaguardar a vontade manifestada, reconhecendo-se à criança o direito de ser acompanhada por um advogado. Apesar da menoridade, a criança

³³⁷ A releitura da obra da importante jurista brasileira Claudia Lima Marques nos permitiu uma análise mais aprofundada acerca da interpenetração das leis que cuidam da criança e do adolescente no ordenamento jurídico nacional.

pode pretender um representante distinto daquele legalmente constituído (RIOMET, 1996, p. 89-93)³³⁸.

Esse avanço no tratamento dessa parte da população tem como principal objetivo evitar ingerências na vida familiar, bem como garantir às crianças e adolescentes a efetividade dos direitos processuais que lhe foram reconhecidos. E, para que tal afirmativa seja possível, aumentam-se as prerrogativas e responsabilidade das autoridades envolvidas na resolução desses conflitos de interesses entre pais e filhos³³⁹.

Nessa seara, o conflito de interesses que venham a existir entre os sujeitos que compõem o grupo familiar necessita de uma resolução equilibrada entre a autoridade e direção de quem possa e a capacidade de a criança autodeterminar-se naquelas situações que envolvam a disposição de gênero. Nesse sentido, o melhor interesse da criança estaria preservado na efetiva aplicação do disposto na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como na Convenção Internacional Sobre os Direitos da Criança.

No mais, a resolução da celeuma apresentada não pode estar limitada a posicionamentos antagônicos (protecionistas *versus* libertacionista). Para o autor, não mais se admite a reificação das pessoas juridicamente incapazes nas relações intrafamiliares, concedendo aos pais um poder verticalizado e imperioso sobre as decisões dos filhos menores; não se pode também admitir o abandono da estrutura de proteção das crianças e adolescentes “em favor de um modelo de *aprender fazendo*”³⁴⁰.

Importante mencionar que o fato daqueles entendidos como absolutamente incapazes poderem autodeterminar-se como pertencentes ao sexo oposto ao do seu nascimento não implica dizer que tal decisão não esteja sujeita a arrependimentos posteriores. O principal argumento defendido pelos libertacionistas diz respeito ao fato daquele que tem o direito de fazer não se confunde, necessariamente, com o dever de não errar³⁴¹. Assim, os maiores de dezoito anos, pelo fato de possuírem capacidade jurídica plena, não estão imunes a erros, e a possibilidade de falhar não inibe a tentativa de corrigir a equação e tentar sempre o melhor numa próxima vez³⁴². Por conseguinte, o representante legal tem a obrigação de concretizar o

³³⁸ NETO, Edgard Audomar Marx. Exercício dos direitos da personalidade por crianças e adolescentes: entre o exercício exclusivo e regime de incapacidade. **Revista jurídica da Presidência**. Brasília. v. 13. n. 100, p. 343-373, jul./set. 2011. ISSN 2236-3645.

³³⁹ *Ibid.*, 2011.

³⁴⁰ *Ibid.*, 2011.

³⁴¹ *Ibid.*, 2011.

³⁴² *Ibid.*, 2011.

melhor interesse do representado, concedendo e retirando poderes dentro da função pedagógica da autoridade parental.

Como sugestão, a aferição da capacidade progressiva daqueles ditos incapazes no exercício da disposição de gênero pode ser adequada aos moldes do que já vem sendo praticado nos casos que envolvem guarda, tutela e adoção, ou seja, o juiz devidamente assistido por uma equipe multidisciplinar, após oitiva do Ministério Público³⁴³, entrevista pessoalmente a pessoa impúbere e as demais que lhe prestarão apoio³⁴⁴. É interessante chamar ao processo os representantes legais do menor pleiteante, para que haja uma integração entre pais e filhos e necessariamente uma melhor complementação da vontade da criança e do adolescente.

É importante que os pais também sejam assistidos por essa equipe multidisciplinar como forma de melhor compreender a delicada situação em que se encontra seu filho incapaz, vivendo em um corpo que não representa a percepção que possui de si mesmo, e sendo obrigado a esperar uma idade determinada para tentar reverter os malefícios que anos de submissão e negligência lhes proporcionaram.

Uma vez estabelecidos tais parâmetros, resolve-se um problema dogmático absolutamente fundamental: a objetificação do infante. Enquanto responsáveis patrimoniais de crianças e adolescentes, pode-se afirmar que os genitores ou tutores estão investidos de um poder jurídico que tem como objeto os direitos patrimoniais daqueles sujeitos. No mais, na qualidade de responsáveis extrapatrimoniais por um infante, compete aos detentores do poder familiar conquistá-la e exercê-la em conformidade com a autodeterminação e a capacidade progressiva da criança e do adolescente.

Nessa linha de raciocínio, a comunidade familiar hodierna não comporta o exercício de poderes jurídicos existenciais que não estejam justificados com base na cooperação e

³⁴³ Em consonância com a inteligência do art. 178, II, NCPC: O ministério será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam: II interesse de incapaz. BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 10 out. 2017.

³⁴⁴ A matéria está disciplinada pelo art. 751, NCPC, que trata da situação da seguinte forma: o interditando será citado para, em dia designado, comparecer perante o juiz, que o entrevistará minuciosamente acerca de sua vida, negócios, bens, vontades, preferências e laços familiares e afetivos e sobre o que mais lhe parecer necessário para convencimento quanto à sua capacidade para praticar atos da vida civil, devendo ser reduzidas a termo as perguntas e respostas. Percebe-se que se trata de regulamentação para processo de interdição, mas pode ser perfeitamente aproveitada nos casos em que tratamos neste trabalho.

negociação entre os membros da entidade familiar, ou em uma absoluta incapacidade para consentir, resultante da insuficiência de idade.

Em síntese, reconhecer o direito das crianças e adolescente à participação no processo decisório não significa a outorga da deliberação final. Assim, um juízo de aprovação por parte da pessoa em peculiar situação de desenvolvimento abre o caminho para as demais avaliações de oportunidade de seus responsáveis. Nesse sentido:

Os pais devem exercer seus direitos apenas onde a criança não é competente para entender completamente as consequências dos seus actos ou onde não intervir possa pôr a criança em risco ou possa interferir com os direitos dos outros” (MOREIRA, 2001, p. 174). Isso não quer dizer que se deve forçar a criança a decidir ou diminuir a autoridade paterna, mas reconhecer que a criança deve exprimir o que pensa. Esse é um direito seu, e não um favor dos pais.

Em relação ao poder familiar, o menor que detenha condições suficientes de maturidade pode exercer os direitos da personalidade, o que não implica necessariamente na proibição de os pais atuarem na defesa de seus interesses³⁴⁵.

Em conclusão, todo o exposto nestas páginas ganharia muito em operacionalidade se adviesse uma reforma legislativa infraconstitucional, regulamentando especificamente da capacidade progressiva do menor nas questões que envolvam a disposição de gênero. Registre-se, porém, que tal reforma apenas deixaria mais claro o ambiente normativo que já vigora entre nós, consoante amplamente demonstrado ao longo deste estudo. Contudo, enquanto não há a positivação do exercício de direitos pela pessoa considerada incapaz, a resposta apresentada parte de uma atividade integrativa que harmonize os diversos diplomas normativos que regem a temática.

³⁴⁵ NETO, Edgard Audomar Marx. Exercício dos direitos da personalidade por crianças e adolescentes: entre o exercício exclusivo e regime de incapacidade. **Revista jurídica da Presidência**. Brasília. v. 13. n. 100, p. 343-373, jul./set. 2011. ISSN 2236-3645.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da análise doutrinária e documental empreendida no decorrer deste trabalho acadêmico, conclui-se, inicialmente, que o âmbito do direito civil brasileiro ainda carece de estudos mais acurados sobre a temática envolvendo a aplicação do princípio da capacidade progressiva do menor absolutamente incapaz nas questões existenciais, incluindo, nesse cenário, a disposição do gênero.

Ademais, a partir dos casos demonstrados, presume-se que a ausência de tutela legislativa desses sujeitos de direito absolutamente incapazes se dá com base em uma sociedade que ainda demonstra não estar preparada para o enfrentamento dos discursos referentes à libertação sexual da população infantojuvenil. Dessa forma, a omissão do legislador frente à temática debatida mostra-se uma ferramenta legítima e democrática, visto que esse representa os anseios do povo que o elegeu.

Nesse ínterim, demonstrou-se que a criança e o adolescente não são seres estáticos, estagnados, mas sujeitos de direito personificados detentores de uma capacidade moral e cognitiva em constante progressão e aperfeiçoamento, motivo pelo qual a proibição desmotivada ao exercício dos direitos de personalidade se revela inapropriado na atual conjuntura da sociedade brasileira. A criança e o adolescente de hoje, presumidamente, não pode ser equiparado em questão de capacidade ao menor de ontem, tendo em vista o rápido acesso a um variado e denso número de informações.

Entretanto, observa-se que, nesse panorama, o Código Civil não faz qualquer diferenciação entre o exercício dos direitos patrimoniais e existenciais, exigindo, em ambos os casos, que seu titular seja detentor da capacidade de fato, prerrogativa essa adquirida, em regra, pelo atingimento da maioridade civil. Dessa feita, desconsidera-se, até os dias atuais, a aplicação ao caso concreto dos preceitos formalmente internalizados pelo Brasil quando da ratificação da Convenção Sobre os Direitos da Criança, referentes à possibilidade de aferição da capacidade cognitiva e moral do menor, quanto ao exercício daqueles direitos personalíssimos.

Em continuidade, Paulo Gonet sustenta que para o exercício dos direitos fundamentais não há necessidade de aferimento da capacidade de fato quando o direito em comento prescindir de conhecimento para a tomada de decisão como, por exemplo, o direito à vida ou à

integridade física. Nesse cenário, não caberia cogitar da distinção entre capacidade de direito e capacidade de fato, sob pena de restringir-se indevidamente direitos essenciais. De modo diverso, concluiu-se que o exercício dos direitos existenciais não propaga, ou não deveria propagar, efeitos na esfera patrimonial da pessoa natural, quer dizer, o exercício dos direitos de personalidade não atrai para o seu campo de incidência os institutos civilistas incapacitantes.

Logo, diante da recorrência dos casos de crianças e adolescentes que apresentam identidade de gênero cruzada e, ainda, da relevância dessa temática, buscou-se analisar a atual codificação civil sob a perspectiva da teoria da derrotabilidade das normas jurídicas, para verificar se apenas pelo uso dessa tese há a possibilidade da superação parcial da regra que impossibilita que a criança exerça por si mesma qualquer ato com reflexos jurídicos, flexibilizando tais disposições no sentido de permitir que, diante da verificação da capacidade de agir do menor, esse possa tutelar pessoalmente seus direitos extrapatrimoniais.

Dessa feita, diante da omissão do legislador frente a um dos grupos mais marginalizados e excluídos da sociedade brasileira, suscitou-se a impossibilidade de o juiz silenciar frente ao direito que lhe é apresentado. Por essa razão, mesmo que haja normatização em sentido contrário, o intérprete pode se valer de diversas ferramentas hermenêuticas para melhor responder aos anseios daqueles sujeitos que se encontram à penumbra da lei.

Nesse sentido é que a atividade do intérprete não se resume em apenas descrever o significado das normas postas, mas construir sentidos novos, não sendo concebível a ideia de que a aplicação da legislação positivada envolve apenas uma subsunção entre conceitos prontos e acabados antes mesmo do processo de aplicação. É nesse sentido que se verificou a possibilidade da inaplicabilidade imediata do art. 3º do Código Civil naquelas relações jurídicas envolvendo interesse de crianças e adolescentes em que não se discutam questões com conteúdo econômico.

Outrossim, vislumbrou-se a possibilidade de se promover microrreformas no ordenamento jurídico positivado, mesmo que o Poder Legislativo ainda não tenha se manifestado a respeito, tendo em vista que a vigência do direito está diretamente subordinada a um fator cujo a variável é uma decisão que não deriva da vontade do legislador ordinário, mas resulta de estruturas sistêmicas que proporcionam o desenvolvimento das possibilidades e a sua redução a uma decisão que seja condizente com a realidade social.

Aliada a essa ideia, a teoria do diálogo das fontes preconiza que, diante do atual pluralismo pós-moderno de um direito detentor de inúmeras fontes legislativas, urge a necessidade de coordenação entre as normas existentes em um mesmo sistema jurídico como meio de se atingir um direito mais justo, eficiente e coerente, em que todas as leis dialoguem constantemente no intuito de formar um todo harmônico.

Não obstante, analisamos o Projeto de Lei nº 5002/2013, atualmente em trâmite no Congresso Nacional, que visa regulamentar a questão do direito à identidade de gênero no país. A iniciativa, no entanto, aparentemente não contribui de forma decisiva para atenuar o problema. Isso decorre do fato de que os argumentos trazidos por seus autores foram buscados em legislações estrangeiras, sendo que é fundamental, para que uma lei realmente atinja o objetivo que se propõe, a verificação das características da sociedade no âmbito interno. Sendo assim, o legislador ordinário buscou institutos alienígenas sem desposar a devida atenção às características da nossa sociedade, tendo em vista que as normas argentinas que cuidam da capacidade de exercício do menor têm uma configuração bem mais branda, uma vez que a nossa finalidade é primeiramente de inclusão.

Por essa razão, o ideal seria que os autores do referido projeto de lei aproveitassem o ensejo para promover uma interação entre os profissionais da psicologia, sociologia, psiquiatria, antropologia, direito, dentre outras áreas do conhecimento, com a finalidade de se buscar soluções com maior aplicabilidade prática, sem que haja espaço para maiores questionamentos.

Um exemplo evidente do que se falou acima é que o PL nº 5002/2013 prevê a participação do menor nos processos que incluem o exercício da identidade de gênero e, de maneira expressa, aduz ao princípio da capacidade progressiva, mas ignora o fato de que o reconhecimento do referido instituto esbarra, de forma direta, na categoria jurídica da incapacidade civil que não foi alvo da proposta em comento. Nesse ponto, o projeto demonstra-se inócuo, pois não põe fim em definitivo à controvérsia apresentada.

Por fim, a hipótese suscitada mostrou-se confirmada diante dos argumentos esposados na presente pesquisa, mas não se pode deixar de reconhecer que a positivação do caminho aqui traçado ganharia e muito em aplicabilidade caso viesse uma proposta legislativa que efetivamente alterasse a teoria das incapacidades concernentes à população infantojuvenil em relação ao exercício, ao menos, de seus direitos de personalidade.

REFERÊNCIA

AMARAL, Daniela Murta. **A psiquiatrização da transexualidade**: análise dos efeitos do diagnóstico de transtorno de identidade de gênero nas práticas de saúde. 2007. 129 f. Dissertação (Mestrado em Saúde Coletiva) – Instituto de Medicina Social, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**. 6. ed. São Paulo: Renovar, 2006. p.

ANDAKU, Juliana Almenara. **O Direito na Teoria de Niklas Luhmann**. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwj6uo3jlaDWAhUHmJAKHUK3BWcQFggxMAI&url=http%3A%2F%2Fwww.agu.gov.br%2Fpage%2Fdownload%2Findex%2Fid%2F692917&usg=AFQjCNEnXjeA1g0b7Ud_1SxKFTiJRF-E_g>. Acesso em: 12 set. 2017.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay. **Violência sexual intrafamiliar**: é possível proteger a criança? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 21.

BARROS, Ana Lúcia Porto de et. al. **O Novo Código Civil Comentado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

BENTO, Berenice. **O que é transexualidade?** 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 2012.

BERGER, L. Peter; LUCKMANN, Thomas. **A Construção social da Realidade**. Tratado de Sociologia do Conhecimento. 24. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2004.

BEVILÀQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1975.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BRAGA, Renato; REIS, Leonardo. **Direito Civil Facilitado**: Parte Geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 7.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 26 out. 2017.

_____. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 6 set. 2017.

_____. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22 out. 2017.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 28 set. 2017.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 2 nov. 2017.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Departamento de Apoio à Gestão Participativa. **Transexualidade e travestilidade na saúde**. Brasília: Ministério da Saúde, 2015.

_____. **Portaria nº 2.803, de 19 de novembro de 2013**. Redefine e amplia o Processo Transexualizador no Sistema Único de Saúde (SUS). Ministério da Saúde. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt2803_19_11_2013.html>. Acesso em: 25 out. 2017.

_____. **Portaria nº 457, de 19 de agosto de 08**. **Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde**. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/sas/2008/prt0457_19_08_2008.html>. Acesso em: 25 out. 2017.

_____. **Projeto de Lei nº 5002 apresentado em 20 de fevereiro de 2013.** Dispõe sobre o direito à identidade de gênero e altera o art. 58 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Justificativas. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1059446>. Acesso em: 26 out. 2017.

_____. **Resolução 1.955 de 03 de setembro de 2010**, Seção, I, p. 109-110. Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2010/1955_2010.htm>. Acesso em: 25 out. 2017.

_____. **Resolução 1.955 de 03 de setembro de 2010**, Seção, I, p. 109-110. Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2010/1955_2010.htm>. Acesso em: 25 out. 2017.

BRITZMAN, Deborah. O que é esta coisa chamada amor: identidade homossexual, educação e currículo. **Revista Educação & Realidade**, Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Educação. v. 21. p. 74, jan./jun. 1996.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

_____, Judith. **Undoing Gender**. Nova York/Londres: Routledge, 2004.

CASSETTARI, Christiano. **Elementos de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 60.

CAULDWELL, D.O. Psychopathia Transexualis. **International Journal of Transgenderism**. Minnesota, v. 5, n. 2, abr./jun. 2001. Disponível em: <https://www.atria.nl/ezines/web/IJT/97-03/numbers/symposion/cauldwell_02.htm>. Acesso em: 24 out. 2017. Tradução nossa.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CECCARELLI, Paulo Roberto. (2010). Psicanálise, sexo e gênero: algumas reflexões. **Revista Diversidades: Dimensões de Gênero e sexualidade real**. Florianópolis: Ed. Mulheres.

Disponível em: <http://ceccarelli.psc.br/pt/wp-content/uploads/artigos/portugues/doc/psicanalise_e_genero.pdf>. Acesso em: 26 out. 2017.

CLONET, J.; FRANCISCONI, C. F.; GOLDIM, J. R. **Consentimento Informado e a sua Prática na Assistência e Pesquisa no Brasil**, Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

COELHO FILHO, Luiz Walter. **Sujeitos de Direito: Teoria Geral**. Campo Grande: Contemplar, 2015.

CONNELL, Raewyn; PEARSE, Rebecca. **Gênero: uma perspectiva global**. 3. ed. São Paulo: nVerso, 2015.

CORDEIRO, Silvia N.; KLEIN, Silvana M.R. Poncio; PEREIRA, Cláudia B.D.; SOUSA, Livia M. de; YOSHIDA, Luzia Aparecida Martins. **Transexualismo: uma visão psicanalítica**. Rev. Latinoam. Psicopat. Fund., IV, 2.

DELLE VEDOVE, Maria Julia. **La autonomía progresiva: el principio que garantiza el ejercicio personal de los derechos del niño**. Disponível em: <http://www.derecho.unc.edu.ar/njrj/vol.-iii-no-1-serie-i/abogados-en-accion/la-autonom_a-progresiva-el-principio-que-garantiza-el-ejercicio-personal-de-los-derechos-del-ni_o-la-posible-colisi_n-con-el-inter_s-superior-especial-an_lisis-de-los-actos-m_dicos-del-adolescente-ab-maria-julia-delle-vedove/at_download/file>. Acesso em: 1 out. 2017.

DIAS, Alfrancio Ferreira. **Identidade e relações de gênero sobre múltiplos olhares**. São Paulo: Baraúna, 2012.

DIAS, Maria Berenice; ZENEVICH, Letícia. Um histórico da patologização da transexualidade e uma conclusão evidente: a diversidade é saudável. **Periódico do Núcleo de Estudos e Pesquisa sobre Gênero e Direito**, Paraíba, n. 2, p. 11-23, 2º semestre 2005.

DINIZ, Margareth; VASCONCELOS, Renata Nunes; MIRANDA, Shirley Aparecida. O que produz o silenciamento das mulheres no magistério? In: DINIZ, Margareth; VASCONCELOS, Renata Nunes (Orgs.). **Pluralidade cultural e inclusão na formação de professoras e professores**. Belo Horizonte: Formato Editorial, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Dicionário Jurídico**. 2. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 579. v. 1.

_____. **Dicionário Jurídico**. 2a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 3.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. 13. ed. rev. ampl. e atua. São Paulo: Atlas, 2015.

DONIZETTI, Elpídio; Felipe Quintella. **Curso Didático de Direito Civil**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

FERREIRA, F. D. **Transtornos de Identidade Sexual: Sexualidade Humana e seus Transtornos**. São Paulo: Lemos-Editorial, 2000.

FIUZA, César. **Teoria Filosófico-Dogmática dos sujeitos de direitos sem personalidade**. Disponível em: <<https://vetustup.files.wordpress.com/2013/05/teoria-filosofico-dogmatica-dos-sujeitos-de-direito-sem-personalidade-cesar-fiuza.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

FONSECA, Antonio Cezar Lima de. **Direito da criança e do adolescente**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: a vontade de saber**. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1999.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Transexualismo. Cirurgia – Lesão Corporal. **Revista de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 25-34. v. 25. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo27.pdf>. Acesso em: 23 out. 2017.

FREITAS, A. Teixeira de. **Esboço do Código Civil**, s.i., s.n., 1864.

FREUD, Sigmund. **Obras completas volume 6 Três ensaios sobre a teoria da sexualidade, análise fragmentada de uma histeria (“O caso Dora) e outros textos (1901-1905)**. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

FRIGNET, Henry. **O transexualismo**. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2002. _____ *Identité sexuelle et transexualisme*. **Logos et Anankè. Revue de Psychanalyse et de Psychopathologie**, n.1, 1999. p. 88.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1. p. 97.

HIGHTOM, Elena, La salud, la vida y la muerte. Un problema ético-jurídico: el difuso límite entre el daño y el beneficio a la persona. **Revista de Derecho Privado y Comunitario**, Rubinzal-Culzoni: Santa Fé, n. 1, 1993. p. 207. Tradução nossa.

HOLLANDA, B.H. **Tendências e impasses: o feminismo como crítica da cultura**. Rio de Janeiro: Rocco, 1994.

JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre a população transgênero: conceitos e termos**. Disponível em: <https://www.sertao.ufg.br/up/16/o/ORIENTA%C3%87%C3%95ES_POPULA%C3%87%C3%83O_TRANS.pdf?1334065989>. Acesso em: 4 out. 2017.

JONAS, Hans. **The Imperative of Responsibility: in search of an ethics for the technological age**. Trans. Hans Jonas and David Herr. Chicago; London: The University of Chicago Press, 1984.

LIMA, Rita de Lourdes. Diversidade, identidade de gênero e religião: algumas reflexões. **Revista Pauta**, 2011. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaempauta/article/view/2940/2104>>. Acesso em: 20 out. 2017.

LIPIANSKY, E. M. **Identité e communication: L'esperience groupale**. Paris: Press Universitaires de France, 1992. p. 25. Tradução nossa.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Parte Geral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES, André Cortes Vieira. **Transexualidade: reflexos da redesignação sexual**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/229.pdf>. Acesso em: 23 out. 2017.

LOURO, Guacira Lopes. **O corpo educado: pedagogias da sexualidade**. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

MACHADO, Costa (Coord.); CHINELLATO, Silmara Juny. **Código Civil Interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. 3. ed. São Paulo: Manole, 2010.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARCOS, Henrique. **O que é “Superabilidade” ou “Derrotabilidade” das regras?** Disponível em: <<https://aexperienciajuridica.wordpress.com/2014/12/31/o-que-e-superabilidade-ou-derrotabilidade-das-regras/>>. Acesso em: 06 nov. 2017.

MARQUES, Cláudia Lima. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, 2003.

MATURANO, Ana Cássia. Sobre a transexualidade na infância e adolescência. [Versão eletrônica].

Gênero, Direitos Humanos e Ativismos “Atas do V Congresso Internacional Em Estudos Culturais 247”, 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/platb/dicas-para-pais-e-filhos/2013/11/11/sobre-a-transexualidade-na-adolescencia/>>. Acesso em: 26 out. 2017.

MELLO, Cleyson de Moraes. **Direito Civil Parte Geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2017. p. 28.

MENDES, Gilmar, Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENDES, Moacyr Pereira. **A proteção integral da criança e do adolescente: novidade utópica ou realidade esquecida?** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site./index.php?artigo_id=2257&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 6 set. 2017.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; MORAES, Maria Celina Bodin de. Autoridade Parental e privacidade do filho: O desafio de cuidar para emancipar. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. v. 20. n. 02. maio/ago. 2015. INSS Eletrônico 2175-0491.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, v. 1.

MONTEIRO, W. de Barros. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho no direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MUNHOZ, Luciana Batista. **O princípio da autonomia progressiva e a criança como paciente**. 2014. 160 f. Dissertação (Mestrado em Bioética) – Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

MUSSKOPF, André Sidnei. **Quando sexo, gênero e sexualidade se encontram**. Disponível em:

<http://www.koinonia.org.br/tpdigital/detalhes.asp?cod_artigo=161&cod_boletim=9&tipo=Artigo>. Acesso em: 29 out. 2017.

NADER, Paulo. **Curso de Civil – Parte Geral**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1. p. 238.

NERY, João W. **Viagem solitária**: Memórias de um transexual trinta anos depois. São Paulo: Leya, 2011.

NETO, Edgard Audomar Marx. Exercício dos direitos da personalidade por crianças e adolescentes: entre o exercício exclusivo e regime de incapacidade. **Revista jurídica da Presidência**. Brasília. v. 13. n. 100, p. 343-373, jul./set. 2011. ISSN 2236-3645.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: Uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

OLIVEIRA, G.; SILVA PEREIRA, T. **Cuidado e vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 86-87.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. 1975. Disponível em: <<http://www.who.int/country/bra/en>>. Acesso em: 18 out. 2017.

PALHARES, Isabela; DIÓGENES, Juliana. Mudança de sexo demora até 12 anos no Brasil. **O Estado de S. Paulo**, 25 maio 2016. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,mudanca-de-sexo-demora-ate-12-anos-no-brasil,10000053963>>. Acesso em: 31 out. 2017.

PELUSO, César et. al. **Código Civil Comentado**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Manole, 2010.

PEREIRA, Almir Rogério. **Visualizando a política de atendimento**. Rio de Janeiro: Kroart, 1998.

PEREIRA, Caio Mario da Silva, **Instituições de Direito Civil**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 1.

PERLINGIERI, Pietro. **La personalità umana nell'ordinamento giuridico**. Camerino-Napoli: Jovene, 1972.

PINTO, M. J. C.; BURNS, M. A. T. **Vivência Transexual: o corpo desvela seu drama**. Campinas: Átomo, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

POLEJACK, Larissa et. al. (Orgs.). **Psicologia e políticas públicas na Saúde: experiências, reflexões, interfaces e desafios**. Porto Alegre: Rede Unida, 2015.

PRADO, Sérgio Malta. **Da teoria do diálogo das fontes**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI171735,101048-Da+teoria+do+dialogo+das+fontes>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

PRIORI, M. D. (Org.). **História da criança no Brasil**. 4. ed. São Paulo: Contesto, 1996.

QUEIROZ, Paulo Eduardo Cirino de. **Da Doutrina "Menorista" à Proteção Integral: mudança de paradigma e desafios na sua implementação**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/da-doutrina-menorista-%C3%A0-prote%C3%A7%C3%A3o-integral-mudan%C3%A7a-de-paradigma-e-desafios-na-sua-implementa>>. Acesso em: 01 out 2017.

RODRIGUES, Cássio Moreira; BARROS, Charles Sulivan. **Transexualidade na Infância: Reflexões a partir do documentário “Meu eu secreto – histórias de crianças trans**. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/bagoas/article/view/11456/8066>>. Acesso em: 25 out. 2017.

ROSENVALD, Nelson. **A autonomia progressiva dos adolescentes**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/10/26/a-autonomia-progressiva-dos-adolescentes/>>. Acesso em: 11 set. 2017.

ROUDINESCO, Elisabeth. **A família em desordem**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

SALIH, Sara. **Judith Butler e a Teoria Queer**. Belo Horizonte: Autêntica, 2012.

SANTOS, Eliane Araque dos. **Crianças e adolescentes – sujeitos de direitos**. Disponível em: <<http://www.brapci.inf.br/index.php/article/download/10214>>. Acesso em: 10 out. 2017.

SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. **Revista Educação & Realidade**, Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Educação. v. 20, n. 2, p. 71-93. jul./dez. 1995. ISSN 0100-3143.

SILVA, Maria Cecília da et. al. **Sexualidade começa na infância**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2007.

SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual** – estudo sobre o transexualismo – aspectos médicos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 276.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

VASCONCELOS, Terezinha Pereira de. **Direitos Infanto-juvenis e seus desdobramentos sociais**. 2002. 49 f. Dissertação (Mestrado em Psicanálise na educação e saúde) – Departamento de Pós-Graduação e Pesquisa FUNESO/ UNESF/ UNIDERC, Belo Horizonte, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil Interpretado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VIEIRA, Tereza Rodrigues; PAIVA, Luiz Airton Saavedra de (Orgs.). **Identidade sexual e transexualidade**. São Paulo: Roca, 2009.

VILLELA, João Baptista. Liberdade e família. Série Monografias. **Movimento Editorial da Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte: Edição da Faculdade de Direito da UFMG, v. 1, n. 2. 1980.

VIOLA, Sabrina. **Autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes en el Código Civil:** una deuda pendiente. Disponível em:
<[http://www.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/sitios_catedras/electivas/816_r
ol_psicologo/material/unidad2/obligatoria/autonomia_progresiva_ni%F1os_new.pdf](http://www.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/sitios_catedras/electivas/816_r
ol_psicologo/material/unidad2/obligatoria/autonomia_progresiva_ni%F1os_new.pdf)>.
Acesso em: 17 ago. 2017.