

CRIANÇAS E ADOLESCENTES LGBTQIA+: A TUTELA JURÍDICA DA IDENTIDADE À LUZ DA DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

LGBTQIA+ CHILDREN AND ADOLESCENTS: THE LEGAL PROTECTION OF IDENTITY ACCORDING TO THE DOCTRINE OF INTEGRAL PROTECTION

LYGIA MARIA COPPI*

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo a análise da possibilidade de exercício de direitos relacionados à identidade de gênero por crianças e adolescentes LGBTQIA+, a partir dos ditames da doutrina da proteção integral. Nessa ótica, a criança e o adolescente não são mais considerados como personagens secundários e despidos de autonomia, mas reconhecidos como pessoas em desenvolvimento destinatárias de tutela prioritária. Todavia, as regras de capacidade, como atualmente codificadas, mostram-se insuficientes para as questões que envolvem direitos existenciais de pessoas que não atingiram a maioridade e em dissonância em relação à doutrina da proteção integral. Diante disso, revela-se necessário repensar o estatuto jurídico das (in)capacidades a partir do princípio da autonomia progressiva e do direito à participação, em prol da redução das vulnerabilidades e da promoção da dignidade de indivíduos oprimidos e invisibilizados.

PALAVRAS-CHAVE: Doutrina da proteção integral. Infância e adolescência trans e intersexual. Direito à identidade sexual. Autonomia progressiva. Direito de participação.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the possibility of exercising identity rights by LGBTQIA+ children and adolescents, based on the dictates of the doctrine of integral protection. From this point of view, children and adolescents are no longer considered as secondary characters and without autonomy, but recognized as people in development who are recipients of priority guardianship. However, the capacity rules, as currently codified, are insufficient for issues involving the existential rights of people who have not reached the age of majority and in dissonance with the doctrine of integral protection. In view of this, it is necessary to rethink the legal status of (in)capacities from the principle of progressive autonomy and the right to participation, in order to reduce vulnerabilities and promote the dignity of oppressed and invisible individuals.

KEYWORDS: *Doctrine of integral protection. Trans and intersexual childhood and adolescence. Right to sexual identity. Progressive autonomy. Participation right.*

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, as crianças e os adolescentes foram juridicamente reconhecidos como sujeitos vulneráveis, diante do que foi erigida à condição de exigência constitucional a priorização do seu cuidado por parte da família, do Estado e da sociedade como um todo. Nessa perspectiva, o Estatuto da Criança e do Adolescente – decorrente da ratificação da Convenção sobre os Direitos da

* Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Padre João Bagozzi. Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná.
E-mail: lygiamariacoppi@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3246-0656>.

Criança – define em seu artigo 15 que “A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.”¹

É incontestável que a proteção jurídica à infância e à adolescência se tornou expressiva desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, que incluiu a doutrina da proteção integral no direito brasileiro, o que levou à criação do ECA. No entanto, não é possível afirmar que, na prática, todas as infâncias são igualmente beneficiadas por esses documentos legais e suas estipulações, uma vez que, exemplificativamente, crianças e adolescentes infratores, em situação de rua e LGBTQIA+ permanecem em condição de extrema vulnerabilidade.

A perspectiva adotada neste trabalho compreende a heterossexualidade como “norma”. A norma torna os indivíduos comparáveis aos demais, pois estabelece um parâmetro, pressupõe dispositivos, procedimentos, uma forma física do poder, que pode se dar a partir das disciplinas ou da biopolítica, e que tem no direito um importante mecanismo para o desenvolvimento da sociedade disciplinar e para sua manutenção². No que tange à identidade de gênero, a heteronormatividade estabelece um modelo hegemônico de inteligibilidade que supõe que, para o corpo tenha coerência e sentido é necessário existir um sexo estável expresso mediante um gênero estável³.

A fixação da “norma” identitária de gênero é garantida por normas médicas e jurídicas. Em relação ao direito, o reflexo dessa conjuntura de poder é verificável na insuficiência da tutela jurídica da infância e adolescência trans⁴ e intersexual⁵, identidades que desafiam o padrão heteronormativo e binário. Observa-se que as políticas públicas destinadas à proteção da população infantil não atingem as crianças e adolescentes LGBTQIA+, sujeitando-os a uma situação de invisibilidade. As consequências desse ocultamento são diversas: depressão, suicídio, exclusão social, evasão escolar, abandono familiar, exploração sexual,

1 BRASIL. Lei nº 8.069, de 16 de julho de 1990. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 1990.

2 FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: Curso no Collège de France (1975-1976)*, 2010.

3 BENTO, Berenice Alves de Melo. *O que é transexualidade*. São Paulo: Brasiliense, 2008.

4 As experiências de gênero em desacordo com a heteronormatividade são abarcadas pela palavra *trans*, utilizada como um “guarda-chuva” terminológico capaz de englobar as pessoas cuja(s) identidade(s) de gênero questiona(m) a atribuição que lhes foi dada ao nascer, apresentando formas de vivência de gênero fora do padrão de normalidade.

5 Apresenta-se, para a presente discussão, não apenas a situação de pessoas transexuais, que se identificam com o gênero oposto ao sexo “biologicamente determinado” (ponto que será questionado adiante), mas também aquelas denominadas intersexuais, que não são reconhecidas (por critérios médicos e/ou jurídicos) pertencentes a determinado sexo, bem como aquelas cuja existência social não se traduz dentro dos parâmetros binários de gênero masculino ou feminino, ficando, por isso, numa espécie de limbo existencial, tanto do ponto de vista do direito, quanto, como consequência, no viés social, uma vez que inseridas numa sociedade que não permite sua existência de forma plena.

prostituição, envolvimento com drogas, dentre outras⁶. Para essas pessoas, o princípio da proteção integral não passa de uma promessa não cumprida.

Dentre os direitos fundamentais *prometidos* às crianças e aos adolescentes pelo artigo 227 da Constituição Federal, consta a proteção à liberdade. Trata-se, todavia, de previsão incongruente com a lógica do Direito Civil. Isso porque o regime das incapacidades do Código Civil, ao instituir a representação e a assistência como regra, afasta a possibilidade de exercício autônomo de atos da vida civil por aqueles que não atingiram a maioridade – inclusive em questões referentes à própria existência. Com isso, restam privados de escolhas sobre o próprio corpo, a exemplo do consentimento livre e informado para procedimentos médicos, do testamento vital, da doação de órgãos⁷ e da participação em pesquisas científicas⁸, recaindo a decisão nesses casos aos pais.

O regime das incapacidades, do modo como atualmente previsto, gera consequências ainda mais graves às crianças e aos adolescentes transgênero, pois a liberdade de expressão de gênero e de identidade sexual fica submetida a decisões dos pais. De acordo com a lógica prevalente, somente é possível àqueles que não atingiram a maioridade a alteração da imagem e do prenome mediante a autorização dos pais ou responsáveis. Assim, caso a família da pessoa menor de dezoito anos não aceite sua condição de transexual, determinados direitos personalíssimos somente poderão ser gozados após o atingimento da maioridade⁹.

O objetivo do presente estudo, nesse sentido, é de questionar se, à luz da doutrina da proteção integral, é possível que crianças e adolescentes LGBTQIA+ exerçam direitos relacionados à identidade de gênero de modo autônomo, ou seja, sem se submeterem aos institutos da representação e da assistência. A

6 NICÁCIO, Camila Silva; VIDAL, Júlia Silva. Justiça infanto-juvenil, travestilidade e transexualidade: apontamentos sobre a marcha dos direitos. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 70, p. 197 - 226, jan./jun. 2017.

7 A Lei n. 9434/1997, em seu artigo 9º, § 6º, define que “O indivíduo juridicamente incapaz, com compatibilidade imunológica comprovada, poderá fazer doação nos casos de transplante de medula óssea, desde que haja consentimento de ambos os pais ou seus responsáveis legais e autorização judicial e o ato não oferecer risco para a sua saúde.”

8 Nos termos da Resolução n. 466/2012, do Conselho Nacional de Saúde – CNS, referente às pesquisas envolvendo seres humanos, o consentimento livre e esclarecido dos incapazes é realizado por seus representantes legais, aos quais cabe a autorização para participação no estudo. (CONSELHO NACIONAL DA SAÚDE. *Resolução nº 466*, de 12 de dezembro de 2012, Brasília, DF, 2012. p. 2. Disponível em: <<http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2012/Reso466.pdf>>. Acesso em: 16 dez. 2018).

9 Necessário mencionar o Projeto de Lei n. 5002/2013, de autoria dos Deputados Jean Wyllys e Érika Kokay, que foi arquivado no dia 31 de janeiro de 2019. Pelo projeto, pretendia-se criar a Lei de Identidade de Gênero. Em seu artigo 5º, o projeto tratava da possibilidade de menores de 18 anos requererem a mudança do prenome e da imagem, “levando em consideração os princípios de capacidade progressiva e interesse superior da criança, de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente”.

metodologia que conduz a análise é a dedutiva, e o procedimento adotado é bibliográfico.

1. GÊNERO E HETERONORMATIVIDADE: OS LIMITES DA TULELA DA IDENTIDADE DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Historicamente, as identidades, que pouco têm de estáveis, pois constantemente permeadas por dúvidas, incertezas e fluidez¹⁰, foram submetidas a certezas e categorizações que afetam diretamente a potencialidade de expressão e exteriorização de características individuais incompatíveis com o padrão de normalidade de gênero. São várias as categorias delimitadoras de fronteiras entre as identidades e, conseqüentemente, entre os sujeitos de direito (e os não-sujeitos). Dentre elas, “o corpo é um dos locais envolvidos no estabelecimento das fronteiras que definem quem nós somos, servindo de fundamento para a identidade – por exemplo, para a identidade sexual¹¹.”

O gênero foi, ao longo dos séculos, social e juridicamente reforçado como delimitador de identidade, contribuindo para a perpetuação de crenças epistemológicas próprias da modernidade, divisões sociais baseadas na dicotomia masculino/feminino e suas derivações: subjetividade/ciência, lógica/imaginação, razão/paixão, ciência/arte, realidade/invenção¹². A categorização das existências humanas pelos mais diversos ramos do conhecimento provocou a exclusão daqueles que não se enquadravam aos modelos pré-determinados, renegando-os à condição de não-sujeitos, verdadeiras “vidas que não importam”¹³.

10 WOODWARD, Kathryn. *Identidade e diferença: uma introdução teórica e conceitual*. In: SILVA, Tomaz Tadeu da. *Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais*. 15 ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 20.

11 WOODWARD, Kathryn. *Identidade e diferença*, cit., p. 14-15.

12 COSTA, Pietro. *Discurso jurídico e imaginação: hipóteses para uma antropologia do jurista*. In: PETTI, Carlos (org.). *Paixões do jurista: amor, memória, melancolia, imaginação*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 168.

13 Refere-se aqui à obra de Judith Butler, *Quadros de Guerra: quando a vida é passível de luto? (Frames of War)* na qual a autora provoca a reflexão sobre as vidas que são desconsideradas, aqueles que “não importam”. A obra aborda as diversas formas de violência que permeiam as relações contemporâneas e, a partir delas, explica as diferenças entre as vidas que são consideradas passíveis de luto daquelas consideradas indignas de serem vividas e, portanto, não reconhecidas como vidas. A autora utiliza a noção de precariedade para demonstrar como tais enquadramentos são construídos e perpetuados na sociedade, a partir de discursos opressores das pessoas consideradas minoria, seja ela racial, étnica, econômica, política ou social. Segundo Butler, a diferença na resposta afetiva e valoração moral decorre dos enquadramentos que fazem com que certas vidas sejam consideradas dignas de proteção e outras não, pois não são completamente “vidas”. A autora analisa a vida sobre uma ontologia social, que foge do antropocentrismo individualista: “A questão não é saber se determinado ser é vivo ou não, nem se ele tem o estatuto de “pessoa”; trata-se de saber, na verdade, se as condições sociais de sobrevivência e prosperidade são ou não possíveis”. A vida, portanto, exige uma série de condições sociais e políticas que a possibilitem ser vivível, não bastando o mero impulso interno para viver (BUTLER, Judith. *Quadros de Guerra: Quando a vida é passível de luto?* Tradução: Sérgio Tadeu de Niemeyer Lamarão).

No que tange à identidade de gênero, de acordo com Foucault, a compreensão de que há apenas duas opções possíveis (e compulsórias) de sexo/gênero não advém de elementos *naturais* dos corpos, mas de uma interpretação cultural que denominou *dispositivo*¹⁴. Assim, a concepção moderna de identidade é reflexo da estruturação das relações de poder e, por conseguinte, a tutela jurídica procura manter a “normalização” social com o estabelecimento de categorias estanques que provocam a aniquilação das identidades destoantes/anormais.

Em reforço à leitura crítica acerca da construção da identidade, Butler entende que, assim como o gênero, o sexo é uma construção cultural e social e, portanto, não pode ser imposto por características biológicas. Ou seja, para a filósofa, a relação entre sexo e gênero é construída politicamente¹⁵. O gênero, portanto, não é extensão conceitual ou cultural do sexo cromossômico, mas uma prática discursiva centrada na heterossexualidade como norma das relações humanas. É essa heterossexualidade compulsória que provoca uma “falsa coerência entre gêneros aparentemente estáveis ligados aos sexos biológicos adequados”¹⁶. A suposta “verdade” do sexo faz com que as práticas reguladoras sejam reproduzidas por normas médicas e jurídicas, ignorando a fluidez das identidades, ao reforçar ideais presos a uma matriz de coerência obrigatória entre sexo e gênero.

Essa falsa coerência fortalece a invisibilização de questões acerca das sexualidades humanas no direito, que contribui para incrementar a vulnerabilidade social e jurídica dos sujeitos que se encontram fora da “normalidade”, como ocorre com as pessoas LGBTQIA+. Ou seja, ao seguir a lógica heteronormativa da identidade, o modelo jurídico vigente promove constante violação de direitos da personalidade e outros básicos de sujeitos que não se enquadram e/ou não desejam enquadrar-se dentro dos padrões de normalidade masculino e feminino.

A partir da leitura crítica dos critérios determinantes da identidade, observa-se como as categorias de gênero tuteladas juridicamente são, na verdade, efeitos de instituições, práticas e discursos. Isso porque, em completo contrassenso com a segurança almejada pela visão cartesiana do direito,

14 Na genealogia foucaultiana, “dispositivo” significa uma série de técnicas de assujeitamento utilizadas pelo poder, no âmbito de uma rede heterogênea de discursos, leis, práticas e instituições, que funcionam como verdadeiros mecanismos de dominação. No caso do dispositivo da sexualidade, Foucault ressalta que o poder sobre o sexo é exercido desse modo, em todos os níveis, de alto a baixo, globalmente e por vias capilares, de maneira uniforme e maciça, seguindo as engrenagens estabelecidas pela lei, pela interdição e censura, pelo Estado, pela família, sujeitando o indivíduo (FOUCAULT, M. *História da Sexualidade I: A Vontade de Saber*. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz & Terra, 2017, p. 92-93).

15 BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Tradução de Renato Aguiar. 13 ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2017, p. 44.

16 SPARGO, Tamsin. *Foucault e a teoria queer: seguido de Ágape e êxtase: orientações pós-seculares*. Tradução Heci Regina Candiani. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017, p. 42.

a identidade humana nada tem de fixa e imutável. Na verdade, há fluidez e instabilidade. São identidades, no plural: o sujeito se compõe “de várias identidades, algumas vezes contraditórias ou não resolvidas”¹⁷.

Dentro da lógica heteronormativa, o sistema jurídico invisibiliza o sujeito, o distanciando da efetivação de direitos básicos, pelo simples fato de seu corpo e/ou suas experiências de vida afrontarem aquilo que se tem por padrão de normalidade. Numa sociedade em que prevalece heteronormatividade, o sujeito que não se adéqua ao padrão identitário imposto enfrenta desafios por vezes insuperáveis para acessar direitos básicos. Contudo, outras camadas de vulnerabilidade são acrescidas quando o exercício de direitos personalíssimos do indivíduo é condicionado à atuação de outros, por serem considerados incapazes, como é a situação de crianças e adolescentes.

No caso das crianças e adolescentes LGBTQIA+, além do constante desafio de viver numa sociedade moldada pela heteronormatividade, o seio familiar, que deveria ser ambiente de acolhimento, pode se tornar o mais intenso violador de direitos. Hipoteticamente, imagine-se um adolescente transexual a quem é negado o direito de ser reconhecido pelo nome social no ambiente escolar pela falta de pedido dos pais, que não “aceitam” com sua identidade¹⁸. Trata-se de uma situação de ofensa grave à dignidade e direitos fundamentais, por ser considerado incapaz para o exercício de seus direitos personalíssimos.

Ao conjugar as vulnerabilidades identitária de gênero e etária, a reflexão proposta neste artigo busca demonstrar como o sistema jurídico fundado na categorização limita a atuação de crianças e adolescentes, que ficam sujeitos à vontade de seus representantes, para a realização de atos da vida civil, mesmo aqueles que digam respeito unicamente a questões personalíssimas, tais como a identidade de gênero. Assim, além da crítica às categorizações identitárias derivadas da heteronormatividade compulsória, apresenta-se também uma crítica à falta de profundidade do critério etário para concessão da capacidade civil aos sujeitos de direito.

Em comum, as categorizações identitárias baseadas na normalização de gênero, pela subordinação da identidade de gênero à suposta imposição biológica do sexo, bem como à sujeição da capacidade civil para exercício de direitos personalíssimo exclusivamente ao critério etário, ignoram as peculiaridades de cada pessoa. Portanto, a reflexão quanto aos limites impostos à atuação de crianças e adolescentes, no que diz respeito a direitos da personalidade, é passo fundamental para a interpretação e aplicação das normas jurídicas a partir de

17 HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*, cit., p. 11.

18 A hipótese aventada tem por base a previsão da Portaria n. 33/2018 do Ministério da Educação, que traz a possibilidade do uso do nome social nos registros escolares da Educação Básica por alunos travestis e transexuais maiores de 18 anos, ficando a solicitação dos menores de 18 anos condicionada a pedido dos pais ou representantes legais. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portaria n. 33, de 17 de janeiro de 2018, publicada no Diário Oficial da União em 18/02/2018.

uma perspectiva capaz de, tanto no âmbito social quanto jurídico, reconhecer identidades emancipatórias, buscando garanti-las autonomia e dignidade.

2. A INADEQUAÇÃO DO REGIME DAS INCAPACIDADES PARA DIREITOS PERSONALÍSSIMOS: A BUSCA POR OUTRAS RESPOSTAS

O Código Civil atual, mantendo o intento da codificação anterior, definiu quem são os indivíduos relativamente e absolutamente incapazes, impossibilitando ou limitando seus atos negociais com o fito de proteger-lhes o patrimônio, “uma vez que submetê-lo à simples vontade do titular possibilitaria a ruína de seus próprios interesses.”¹⁹. O fundamento por excelência do regime das incapacidades é a tutela daqueles que, por presunção, não apresentam condição para a administração de seus interesses de cunho patrimonial.

A partir da análise do regime das incapacidades disposto no ordenamento civil pátrio, verifica-se que a categoria da capacidade, moldada originalmente para relações de cunho patrimonial, não se revela adequada às situações jurídicas subjetivas existenciais – circunscritas especialmente nos direitos da personalidade. Isso porque é diversa a lógica subjacente às situações jurídicas patrimoniais e existenciais: enquanto as primeiras têm por fundamento a liberdade para atos proprietários – comprar, vender, doar, testar e herdar, em especial –, as segundas buscam garantir o livre desenvolvimento da personalidade humana.

Ao se tratar de direitos existenciais, torna-se questionável a separação entre titularidade e exercício, uma vez que é possível a violação à autonomia individual quando o direito é exercido por terceiro²⁰. Os institutos de suprimento da capacidade aplicáveis às crianças e aos adolescentes – representação e assistência – devem ser repensados quando estão em pauta os direitos da personalidade.

Sobre esta temática, Freire de Sá e Moureira questionam: “a presunção de incapacidade de um indivíduo menor de 16 anos, ou menor de 18 anos, é absoluta? Não poderiam estes indivíduos decidir sobre questões existenciais que digam respeito a sua autobiografia, ou a presunção de incapacidade impede seja construída sua personalidade?”²¹.

19 RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 14.

20 Consoante afirmam Joyceane B. de Menezes e Renata V. Multedo, “não parece razoável atribuir-se a alguém a titularidade de uma situação existencial sem lhe conceder a capacidade de exercício.”. MENEZES, Joyceane Bezerra de; MULTEDO; Renata Vilela. A autonomia ético-existencial do adolescente nas decisões judiciais sobre o próprio corpo e a heteronomia dos pais e do Estado no Brasil. IN: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado, ALMEIDA, Vitor (coords). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 317.

21 SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. *Autonomia para morrer: eutaná-*

A aquisição da autonomia é um dos principais aspectos da infância e da adolescência. Neste momento que antecede a vida adulta, a pessoa criança e adolescente se desenvolve e constrói sua personalidade e identidade, edificando suas bases espirituais, corporais e biopsíquicas para que possa decidir sobre seu próprio destino²².

Duas são as principais características do processo de autonomização da criança e do adolescente: a progressividade e a heterogeneidade. De um lado, a capacidade de autodeterminação não é atingida como um todo quando atingida a maioridade, mas obtida ao longo desse percurso. Por outro lado, o desenvolvimento da autonomia é heterogêneo e dependente do ambiente, dos estímulos e das experiências vividas por cada um. É possível, assim, que antes mesmo de atingir a maioridade, o jovem se encontre apto a tomar decisões autônomas referentes a questões que tocam sua própria existência – o que, no entanto, é vedado pelo regime de incapacidades.

Na medida em que a vontade de pessoas que não atingiram a maioridade ganha relevância no cenário social e jurídico, as regras de capacidade dispostas na codificação se mostram inaptas à resolução das situações concretas. Isso porque, enquanto nas situações jurídicas patrimoniais busca-se a segurança jurídica – diante do que é estabelecida de forma pontual e artificial uma idade para seu exercício autônomo –, nas situações jurídicas existenciais o escopo é o livre desenvolvimento da personalidade. É especialmente no que atine ao exercício dos direitos personalíssimos que o regime das incapacidades revela sua inadequação.

Não restam dúvidas de que os direitos da personalidade dizem respeito à esfera de intimidade e de autorrealização do indivíduo. Nesse sentido, questiona-se se o exercício dos direitos personalíssimos de crianças e adolescentes deve, na totalidade dos casos, ser realizado por seus pais ou responsáveis, através dos institutos de representação e assistência, ou se deve ser garantido a eles alguma esfera de autonomia para tomada de decisões existenciais.

Os doutrinadores que se voltam a essa questão tendem a posicionamentos polarizados: de um lado, parcela da doutrina defende que o exercício dos direitos da personalidade dos menores pelos pais ou responsáveis é uma garantia ao melhor interesse das crianças e dos adolescentes; de outro, são diversos os teóricos que afirmam que os direitos personalíssimos devem ser exercidos pelo próprio titular, mesmo quando este não tenha atingido a maioridade.

Os autores que adotam posicionamento tradicional tendem a defender que os institutos de representação e de assistência, relacionados à autoridade

sia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 169-170.

22 MACHADO, Diego Carvalho. *Capacidade de agir e pessoa humana: situações subjetivas existenciais sob a ótica civil-constitucional*. Curitiba: Juruá, 2013. p.167.

parental, se destinam à proteção do indivíduo e que, em razão disso, devem ser igualmente aplicados aos direitos da personalidade. É o caso de Rivera, para quem “o consentimento para os atos de disposição dos direitos da personalidade deve ser prestado pelo representante legal do menor”²³. Em sentido semelhante, Capelo de Sousa afirma que as incapacidades são instituídas em vistas da proteção dos interesses do menor e para tutelar a sua personalidade²⁴.

Em outra perspectiva, Corrêa, a partir da compreensão de que a previsão legislativa das incapacidades visa a tutelar primordialmente a segurança jurídica, questiona se o sistema do Código Civil é aplicável quando estão em discussão direitos da personalidade – para os quais a segurança deixa de ser valor relevante. Segundo a autora, as matérias de cunho personalíssimo podem “ser decididas apenas pela própria pessoa, excluindo-se, portanto, a possibilidade de decisão por parte do representante ou assistente”²⁵.

De acordo com Perlingieri, autor que adota posicionamento tendente ao voluntarismo, há “incongruência em separar a titularidade da possibilidade de exercício do direito, quando estão em questão interesses existenciais, pois estes são concebidos com a finalidade de promover o próprio desenvolvimento da personalidade humana”²⁶. Para o teórico, o exercício de situações subjetivas existenciais, por se referir à esfera mais íntima do indivíduo, não poderia se concretizar mediante assistência ou representação.

De acordo com essa perspectiva, ao se delegar o poder de escolha relativo a situações jurídicas existenciais a terceiros, essa medida representaria violação à dignidade humana e à liberdade da pessoa²⁷. É contrário à lógica das situações jurídicas existenciais que seu exercício ocorra mediante representação ou assistência em decorrência do não atingimento da plena capacidade pelo titular. Isso porque, em tais atos, a referência é a própria pessoa portadora do direito, bem como seus interesses e escolhas existenciais²⁸.

O posicionamento dos autores os quais afirmam que os direitos da personalidade devem ser exercidos pelo próprio titular mostra-se de grande relevância, uma vez que revela a incoerência do regime das incapacidades tal como disposto. No entanto, não é factível a afirmação de que na totalidade dos

23 RIVERA apud MARX NETO, Edgard Audomar. 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, Jul./Set. 2011. p. 363.

24 CAPELO DE SOUSA apud MARX NETO, Edgard Audomar. Exercício dos direitos da personalidade por crianças e adolescentes: entre o exercício exclusivo e regime de incapacidade. *Revista Jurídica da Presidência*, cit., p. 363.

25 CORRÊA, Adriana Espíndola. *Consentimento livre e esclarecido: o corpo objeto de relações jurídicas*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 119.

26 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*, cit., p.122.

27 RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do Novo Código Civil*, cit., p. 25-26.

28 MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia Privada e Dignidade humana*, cit., p. 126.

casos deve ser possibilitado às crianças e aos adolescentes o exercício dos seus direitos da personalidade. A busca por outras respostas, alinhadas à proteção integral de crianças e adolescentes, torna-se, então, necessária.

3. CRIANÇAS E ADOLESCENTES E O DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO: A APLICAÇÃO DA DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

A doutrina da proteção integral, inscrita pela Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, é pautada pelo reconhecimento das crianças e dos adolescentes como sujeitos de direitos em condições especiais, os quais independem de seus pais ou de outros adultos para terem seus direitos assegurados. Com o propósito de assegurar mais autonomia às personagens infantis, previu a Convenção o direito à oitiva e à participação de crianças e adolescentes em procedimentos judiciais e administrativos que os afetem.

A Convenção – adotada em 1989 pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas e ratificada pelo Brasil no ano seguinte por meio do Decreto n. 99.710/90 – é propalada como o instrumento de direitos humanos mais aceito da história²⁹. Assinado por 196 países, o documento é paradigmático por instalar a conexão entre infância e direito³⁰ ao incluir no Estado de Direito as crianças e os adolescentes, que outrora estavam dele excluídos³¹.

Em seus cinquenta e quatro artigos, o documento define como crianças os sujeitos com menos de dezoito anos, estabelece o princípio da não-discriminação e prevê os direitos à vida, ao nome, à nacionalidade, à convivência familiar, à liberdade de opinião, à liberdade de crença e de culto, à liberdade de reunião e de manifestação, à educação e à cultura, à proteção contra todos os tipos de violência, à proteção de crianças deficientes, à saúde, ao descanso e ao lazer, dentre outros.

A Convenção representa uma nova fase em matéria de direitos humanos, marcada pela expansão dos sujeitos protegidos, bem como do seu conteúdo e de seus instrumentos de aplicação. Até então, crianças e adolescentes não eram plenamente reconhecidos como titulares de direitos, de modo que sua proteção

29 A despeito da ratificação massiva dos países – à exceção dos Estados Unidos, único país que não aderiu à Convenção –, não podem ser ignoradas, como esclarece Arantes, “as dezenas de Reservas feitas aos seus artigos por diferentes países”. Isso demonstra que a aceitação da Convenção foi, em muitos países, parcial. (ARANTES, Esther M. M. Duas décadas e meia de vigência da Convenção sobre os Direitos da Criança: algumas considerações. IN: BRANDÃO, Eduardo Pontes (org.) *Atualidades em Psicologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Nau, 2016. p. 55).

30 TORRENS, María Claudia. *Autonomía progresiva: evolución de las facultades de niñas, niños e adolescentes*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea, 2019. p. 49.

31 A Observação Geral n. 13, de 2011, do Comitê dos Direitos da Criança, dispõe que “o princípio do Estado de Direito deve aplicar-se plenamente às crianças, em pé de igualdade com os adultos.”

dependeria de forma exclusiva da iniciativa de um adulto – especialmente pais e representantes do Estado.

De acordo com Cillero Bruñol, três são as principais características da Convenção:

a integralidade da proteção conferida às crianças, ao abarcar todas as dimensões de suas vidas e de seu desenvolvimento; o reconhecimento das crianças como sujeitos de direitos em condição especial, a partir da compreensão de que são destinatárias das normas jurídicas e têm capacidade para titularizar e exercer direitos, mas que necessitam de amparo adicional em decorrência da maior vulnerabilidade a que estão submetidas; e a transição das necessidades infantis para a condição de direitos, os quais devem ser garantidos pela família, pela sociedade e pelo Estado³².

Com base em comentários à Convenção, é possível afirmar que a proteção por ela conferida às crianças e aos adolescentes se fundamenta em três principais pilares: o melhor interesse da criança, a autonomia progressiva e o direito de participação e de oitiva³³.

O artigo 3º, parágrafo 1º, da Convenção estabelece que: “Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”³⁴. Diante da ausência de conteúdo precisamente estabelecido, o melhor interesse configura-se como princípio jurídico e submetido, por essa mesma razão, a diferentes abordagens. Adota-se aqui o entendimento segundo o qual este princípio é traduzido na plena satisfação dos direitos das crianças e dos adolescentes.

Assim, afasta-se da visão paternalista-autoritária segundo a qual caberia à família e ao Estado definir o que é o melhor para a criança, de modo que familiares e autoridades restam vinculados à satisfação dos direitos titularizados pelas crianças³⁵. O artigo 5º, por sua vez, estabelece o princípio da autonomia progressiva ao definir que

32 CILLERO BRUÑOL, Miguel. Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios. Minoridad y familia, *Revista interdisciplinaria sobre la problemática de la niñez- adolescencia y el grupo familiar*, Buenos Aires, n. 10, 1999.

33 Nesse sentido indicam Torrens (TORRENS, María Claudia. *Autonomía progresiva: evolución de las facultades de niñas, niños e adolescentes*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea, 2019. p. 68) e Cillero Bruñol (Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios. Minoridad y familia, *Revista interdisciplinaria sobre la problemática de la niñez- adolescencia y el grupo familiar*, Buenos Aires, n. 10, 1999).

34 BRASIL. Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990 b. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em 16 jan. 2022.

35 CILLERO BRUÑOL, Miguel. O interesse superior da criança no marco da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. IN: MÉNDEZ, Emilio Garcia; BELOFF, Mary (orgs). *Infância, Lei e Democracia na América Latina*, v. 1. Blumenau: EDIFURB, 2001. p. 102-103.

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 convenção³⁶.

O instrumento, neste ponto, indica i) que a obtenção de autonomia pelas crianças e adolescentes é um processo gradual e heterogêneo, que depende da instrução e da orientação da família; ii) que o dever de cuidado dos pais e responsáveis em relação às crianças tem como objetivo a obtenção de autonomia por parte destas e, ainda, iii) que crianças e adolescentes são aptos a exercer seus direitos de acordo com a evolução de suas capacidades. Este princípio, especialmente em virtude da terceira consequência, representa um desafio à coerência da ordem jurídica interna de diversos Estados que ratificaram a Convenção, pois, além de reconhecer que crianças e adolescentes são titulares de direitos, garante que podem também exercê-los. Desestabiliza, de tal forma, conceitos fundantes do direito moderno – capacidade de agir, direito subjetivo, autonomia privada, dentre outros³⁷.

Também na linha de garantia da autonomia individual, a Convenção estabelece, em seu artigo 12, o direito da criança e do adolescente de expressar suas opiniões sobre todos os assuntos a eles relacionados, devendo ser levadas em consideração de acordo com sua idade e a maturidade³⁸. No mesmo dispositivo é também definido o direito da criança de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que a afete, seja diretamente ou através de um representante ou órgão apropriado³⁹. Infantes, assim, deixam de ser compreendidos como sujeitos “sem fala”, uma vez que as opiniões de crianças e adolescentes devem ser respeitadas e consideradas.

Sobre o direito a ser ouvido e o direito à participação, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, na decisão referente ao caso “Atala Riffo

36 BRASIL. Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990 b. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em: 16 jan. 2022.

37 Este é o caso da Argentina, como demonstra Herrera (HERRERA, Marisa. Ensayo para pensar una relación compleja: sobre el régimen de la capacidad civil y representación legal de niños, niñas y adolescentes desde el principio de autonomía progresiva en el derecho argentino. *Justicia y Derechos del Niño*, Santiago-Chile, n. 11, p. 107-143, 2009) e é, também, o caso do Brasil.

38 Sobre esse artigo, Baratta trata da necessidade de uma leitura ampliada da expressão “sobre todos os assuntos relacionados com a criança”, pois todos os assuntos em que intervêm e decidem os adultos afetam as crianças, seja de modo direto ou indireto. De acordo com o autor, estabelece-se o princípio do interesse universal da criança (BARATTA, Alessandro. *Infância e democracia*. IN: MÉNDEZ, Emilio Garcia; BELOFF, Mary (orgs). *Infância, Lei e Democracia na América Latina*, v. 1. Blumenau: EDIFURB, 2001. p. 48.)

39 BRASIL. Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990 b. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em: 16 jan. 2022.

e crianças versus Chile”, esclarece que não basta ouvir a criança, é necessário que suas opiniões sejam seriamente consideradas “a partir do momento em que seja capaz de formar um juízo próprio, o que requer que suas opiniões sejam avaliadas mediante exame caso a caso”⁴⁰. Indica, ainda, que para não considerar a opinião da criança a autoridade deve argumentar especificamente nesse sentido⁴¹.

O que se percebe, a partir da análise feita, é que, de um lado, a Convenção sobre os Direitos da Criança garante autonomia a pessoas que não atingiram a maioridade através do princípio da autonomia progressiva e do direito de participação; de outro, as normas do direito civil impedem que a criança e o adolescente exerçam o direito à autodeterminação.

Consoante já defendido, as crianças e adolescentes que confrontam o padrão heteronormativo e binário podem ter sua dignidade ofendida também por terem sua autonomia negada e sujeitada à vontade de seus representantes legais. Diante dessa realidade, evidencia-se a necessidade de repensar a tutela jurídica dos direitos da personalidade e seu exercício à luz dos ditames da proteção integral.

4. O EXERCÍCIO DA IDENTIDADE DE GÊNERO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES LGBTQIA+: HORIZONTES PARA PROTEÇÃO

A fim de conferir ao presente artigo o aporte prático, alguns casos foram selecionados para exemplificar a temática e apontar limites e possibilidades para garantia do direito à autodeterminação a crianças e adolescentes trans e intersexuais. Consoante se demonstrará abaixo, a resposta jurídica predominante é no sentido de limitar a autonomia de pessoas menores de idade e que escapam do padrão heteronormativo.

Inicialmente, apresenta-se a situação dos bebês intersexuais, que são recém-nascidos submetidos à cirurgia de readequação sexual logo nos primeiros dias de vida. Eles recebem o diagnóstico de anomalia de diferenciação sexual a partir da constatação de ambiguidade genital, ou seja, da impossibilidade de verificação do sexo a partir de características fisiológicas. A Resolução 1664/2003 do Conselho Federal de Medicina trata da questão e estabelece o dever de adotar uma “conduta de investigação precoce com vistas a uma

40 CORTE IDH. *Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, 2012. Disponível em: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf. Acesso em: 13 jun. 2022.

41 CORTE IDH. *Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, 2012. Disponível em: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf. Acesso em: 13 jun. 2022.

definição adequada do gênero e tratamento em tempo hábil”. O tratamento indicado é a definição final do sexo e a readequação cirúrgica da genitália.

Referida Resolução, em sua exposição de motivos, reconhece que:

O nascimento de crianças com sexo indeterminado é uma urgência biológica e social. Biológica, porque muitos transtornos desse tipo são ligados a causas cujos efeitos constituem grave risco de vida. Social, porque o drama vivido pelos familiares e, dependendo do atraso do diagnóstico, também do paciente, gera graves transtornos. [...] Um dos problemas mais controversos pertinentes às intervenções na criança é a conduta diante dos recém-nascidos com genitais ambíguos. Ninguém pode garantir que, apesar dos mais criteriosos conceitos, a definição sexual tardia dessa pessoa acompanhará o que foi determinado no início de sua vida. Também não se pode generalizar, por situações isoladas, que a definição sexual só possa ser feita em idades mais tardias. Sempre restará a possibilidade de um indivíduo não acompanhar o sexo que lhe foi definido, por mais rigor que haja nos critérios. Por outro lado, uma definição precoce, mas inadequada, também pode ser desastrosa. [...] O maior objetivo dessa equipe não será apenas descobrir qual é a etiologia da anomalia da diferenciação sexual, mas sim obter uma definição racional sobre o sexo de criação mais recomendável.

No trecho acima, verifica-se um discurso que busca perpetuar a naturalização da relação entre sexo e gênero, evidenciando a percepção heteronormativa, medicalizada e binária, refletida também na tutela jurídica das identidades, uma vez que, para que se reconheçam direitos a essas pessoas, é preciso que sejam identificadas de acordo com a norma padrão⁴². Observa-se que as disposições da Resolução vão de encontro aos propósitos do reconhecimento da autonomia do indivíduo quanto ao livre desenvolvimento de sua personalidade e reforçam a heteronormatividade e a relação compulsória entre gênero e sexo criticadas neste artigo.

Se não submetido à identificação de sexo, o indivíduo acometido pela suposta anomalia sequer é reconhecido como sujeito, isso porque, em que pese breve sinalização acerca do dever de prestar informação também ao paciente, quando este apresentar condições, como se pode observar do texto dos parágrafos do artigo 4^o⁴³, isso está longe de ser observado na prática, pois as

42 Isto porque o registro de nascimento somente é feito com indicação do sexo da criança na Declaração de Nascido Vivo, que deve estar preenchida conforme os requisitos estabelecidos no art. 4º da Lei 12.662/2012. Assim, sem a indicação do sexo, a criança não existe juridicamente, o que implica na negação de uma infinidade de direitos básicos.

43 Parágrafo 1º - Durante toda a fase de investigação o paciente e seus familiares ou responsáveis legais devem receber apoio e informações sobre o problema e suas implicações.

Parágrafo 2º - O paciente que apresenta condições deve participar ativamente da definição do seu próprio sexo.

Parágrafo 3º - No momento da definição final do sexo, os familiares ou responsáveis legais, e eventualmente o paciente, devem estar suficiente e devidamente informados de modo a participar da decisão do tratamento proposto. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução 1664/2003. Disponível em: <<http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/>

cirurgias, em geral, são realizadas em recém-nascidos. Ou seja, a vulnerabilidade é reforçada pela incapacidade do indivíduo de manifestar-se sobre a intervenção em seu corpo.

Segundo estimativas apresentadas pela organização americana *InterACT* e a *HumanRightsWatch*⁴⁴, cerca de 1.7% dos recém-nascidos não se encaixam nos parâmetros médicos tipicamente utilizados para classificar corpos masculinos e femininos e, por consequência, são submetidos, com autorização da família⁴⁵, à cirurgia de “definição” de sexo⁴⁶. Muitas vezes, porém, a “anomalia” não provoca risco à vida ou inviabiliza o desenvolvimento da criança até uma idade em que possa tomar decisão, por si, quanto à submissão à intervenção cirúrgica.

De acordo com o Relatório Especial das Nações Unidas sobre tortura e outros tratamentos e punições cruéis, desumanos ou degradantes⁴⁷, crianças que nascem com características sexuais atípicas são, em geral, submetidas à designação irreversível de sexo, esterilização involuntária e cirurgia de “normalização” genital, realizadas sem seu consentimento informado, ou de seus pais. Tais cirurgias podem, inclusive, provocar problemas como infertilidade permanente e irreversível, além de causar grave sofrimento mental e contribuir com o estigma e tabu sobre essas crianças, o que pode, inclusive, levar à sua morte. A realização desnecessária do procedimento cirúrgico, ou seja, quando não se vislumbra risco à vida do paciente ou prejuízo à suas funções fisiológicas, viola a autonomia da pessoa e o direito fundamental de definir seu futuro e tomar decisões acerca de seu corpo e saúde.

A partir das reflexões propostas neste artigo quanto à normalização da identidade de gênero, à heteronormatividade e a necessidade de releitura do sistema de (in)capacidades à luz da proteção integral, defende-se que os indivíduos recém-nascidos que apresentem genitália atípica sem risco potencial à saúde não sejam submetidos a tratamentos cirúrgicos invasivos e irreversíveis até que possam expressar sua vontade. É necessário garantir que os indivíduos e suas famílias recebam apoio informativo, psicológico e jurídico a fim de

cfm/2003/1664_2003.htm>.)

44 INTERACT; HUMAN RIGHTS WATCH. “*I Want to Be Like Nature Made Me*”: medically unnecessary surgeries on Intersex Children in the US. Disponível em: <<https://www.hrw.org/report/2017/07/25/i-want-be-nature-made-me/medically-unnecessary-surgeries-intersex-children-us>>.

45 O consentimento da família é essencial para a realização do procedimento, como visto na Resolução 1664/2003 CFM, todavia, o relatório informa que, em geral, as famílias são pressionadas a conceder a autorização, sem dispor de tempo para reflexão e obtenção de mais informações, sendo, também, levadas a crer que se trata de um tratamento urgente e indispensável para a saúde da criança (INTERACT; HUMAN RIGHTS WATCH. “*I Want to Be Like Nature Made Me*”, cit.).

46 Nomenclatura de acordo com a Resolução 1664/2003 do Conselho Federal de Medicina.

47 UNITED NATIONS – UN. General Assembly. Human Rights Council. Thirty-first session. *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*. 05 jan.2016.

garantir uma vida com dignidade e autonomia para que tomem uma decisão bem informada acerca de seus corpos e modos de vida.

Salienta-se que é possível atrelar os conhecimentos médico e jurídico no que tange à proteção dos corpos e da saúde dos recém-nascidos com anomalia de diferenciação sexual. Alinhado à perspectiva da proteção integral, recentemente, o estado americano da Califórnia aprovou a Resolução n. 110, que, apesar de não banir a realização de cirurgias em crianças intersexuais, denuncia as práticas médicas desnecessárias e estritamente cosméticas, destaca a necessidade de os tratamentos de saúde buscarem o bem-estar das crianças e a adoção de ações que respeitem e garantam atenção individualizada e cuidado multidisciplinar, além de recomendar a não realização de tais procedimentos sem que os indivíduos participem da decisão⁴⁸.

No âmbito da tutela jurídica das identidades e incapacidades, provoca-se também a reflexão acerca da adoção de práticas e procedimentos médicos, tratamento hormonal e realização de cirurgias de transgenitalização. É comum que crianças e adolescentes trans enfrentem realidades cruéis, marcadas por abandono e abusos, utilização precoce de hormônios e prostituição. Como já referido, a conjugação das vulnerabilidades de gênero e etária maximizam a vulnerabilidade, pois além de estarem invisibilizados sob a pretensa universalidade da categoria “adolescente”, também são vulnerabilizados por representarem um atentado ao padrão heteronormativo e binário de gênero⁴⁹.

De acordo com o Conselho Federal de Medicina, é comum que sejam percebidas dificuldades de socialização e outros transtornos psicológicos entre crianças e adolescentes diagnosticados com transtorno de identidade de gênero. Especialmente em relação aos adolescentes, “os primeiros sinais de puberdade são frequentemente uma fonte de angústia, causando um forte efeito negativo social, emocional e problemas na escola”, de modo que a reafirmação da identidade de gênero combinada com “a supressão da puberdade seguida pelo tratamento hormonal e eventual cirurgia” apresentem inegável benefício social e psicológico⁵⁰.

Segundo as informações prestadas pelo CFM, em processo-consulta promovido pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, não há, nas Resoluções 208/08 CRM/SP e 1664/03 CFM, indicação de idade mínima para realização dos tratamentos de pessoas que apresentam anomalias de diferenciação sexual. Inclusive, a orientação médica é iniciar a intervenção

48 STATE OF CALIFORNIA. LEGISLATIVE COUNSEL'S DIGEST. *SENATE CONCURRENT RESOLUTION N° 110* – Relative to sex characteristics. RESOLUTION CHAPTER 225. 11 set. 2018.

49 NICÁCIO, Camila Silva; VIDAL, Júlia Silva. Justiça infanto-juvenil, travestilidade e transexualidade: apontamentos sobre a marcha dos direitos, cit.

50 CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Processo-Consulta CFM n° 32/12 – Parecer CFM n° 8/13.

hormonal o mais precocemente possível, aos primeiros sinais da puberdade (por volta de 12 anos), a fim de que o adolescente não inicie as alterações corporais do gênero indesejado, o que, como já mencionado, pode provocar sérios distúrbios psicossociais.

Em relação a adoção do protocolo durante a fase de desenvolvimento, é importante ressaltar que a entidade médica menciona, expressamente, a reversibilidade do tratamento:

É extremamente recomendável a supressão da puberdade do gênero de nascimento antes do desenvolvimento irreversível das características sexuais. Uma vantagem deste medicamento é que seus efeitos são reversíveis. A qualquer momento que a supressão for descontinuada o desenvolvimento da puberdade espontânea ocorrerá imediatamente.⁵¹

Durante o tratamento hormonal, caso permaneça o desejo de mudança de sexo, a partir dos 16 anos, “a puberdade do gênero oposto será induzida conforme protocolo de indução da puberdade do gênero desejado”. Segundo o documento, a adoção do protocolo tem como premissa ética a observância do consentimento informado dos adolescentes, assim como de seus representantes legais⁵².

Todavia, mesmo com indicação médica, é comum que esses indivíduos não tenham acesso aos tratamentos em razão da falta de apoio por parte da família. Especialmente em tais situações, observa-se que a vulnerabilidade do indivíduo “menor” é reforçada pela lógica do sistema vigente de incapacidades, que retira do sujeito a possibilidade de exercer seus direitos personalíssimos. Diante de tal cenário, vislumbra-se a necessidade de flexibilização da lógica etária que fundamenta o atual sistema de incapacidades, a fim de que seja garantido às crianças e adolescentes o direito à existência jurídica de acordo com sua identidade de gênero.

Em atenção à necessidade de se dar voz e tutelar as existências desafiantes à normatividade cis, hétero e binária, felicitam-se algumas decisões judiciais que reconheceram a autonomia existencial de crianças e adolescentes ao viabilizar a adoção do nome social por crianças e adolescentes transexuais no ambiente escolar e autorizar a alteração de prenome de adolescente transexual.

No primeiro caso, o Sindicato das Escolas Particulares de Santa Catarina buscava autorização para que as escolas particulares afiliadas à entidade autora se abstivessem da observância da norma extralegal expressa na Resolução n.º. 12/2015 do Conselho Nacional de combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, que garante

51 CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Processo-Consulta CFM n.º 32/12 – Parecer CFM n.º 8/13, grifo nosso.

52 CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Processo-Consulta CFM n.º 32/12 – Parecer CFM n.º 8/13.

o reconhecimento e a adoção, nos formulários, sistemas de informatização, instrumentos internos e documentos oficiais, no nome social àqueles cuja identificação civil não reflita adequadamente sua identidade de gênero. Foi concedida tutela de evidência pela 4ª Vara Federal de Florianópolis-SC, a fim de reconhecer o caráter recomendatório e não cogente da Resolução. Contudo, a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, deu provimento à remessa necessária, de modo a reconhecer o caráter obrigatório da norma, a partir do paradigma da dignidade da pessoa humana.

Na decisão, o Tribunal registrou a obrigatoriedade de observância dos instrumentos internacionais ratificados pelo Brasil, quais sejam, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais de 1966, o Protocolo de São Salvador de 1988, e os Princípios de Yogyakarta de 2006. Segundo a Corte, são tratados internacionais de que o Brasil é signatário e, portanto, devem ser observados, dada sua força de norma supra legal.

Ponto dessa decisão que merece especial destaque trata do reconhecimento do direito à utilização do nome social pelo estudante, independentemente da anuência dos pais, de modo a concretizar a dignidade da criança e adolescente, uma vez que “[a] defesa da criança e do adolescente passa pela sua proteção inclusive contra os abusos cometidos a nível familiar”, dentre os quais se inclui “a obrigação de utilização do nome que não corresponde à própria identidade, nas escolas e universidades, provocando situações vexatórias”⁵³. Assim, os direitos dos pais sobre os filhos devem respeitar limites consubstanciados em direitos fundamentais como integridade, honra, dignidade e igualdade. A decisão transitou em julgado em 25/08/2020.

Cita-se também o julgado da 2ª Vara de Registros Públicos de São Paulo que autorizou a mudança de nome de adolescente transexual do masculino para o feminino. A magistrada elencou, dentre os fundamentos da decisão, além da dignidade humana, o princípio da veracidade registrária, que implica na necessária correlação entre identidade e documentação⁵⁴.

As decisões citadas, bem como o aporte teórico apresentado ao longo deste trabalho, demonstram a viabilidade (e necessidade) de revisão do sistema de incapacidades a partir da teoria da proteção integral, em especial no que tange ao exercício de direitos personalíssimos por crianças e adolescentes. Nesse sentido, a exemplo do direito à identidade de gênero, defende-se a substituição do critério etário pelo critério da maturidade e do desenvolvimento

53 Voto do Relator, Des. Rogério Favreto, nos autos da APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA Nº 5010492-86.2016.4.04.7200/SC, em 02/08/2018.

54 Retificação de Registro Civil n. 1105709-76.2015.8.26.0100, da 2ª Vara de Registros Públicos de São Paulo. Julgado em: 10 de dezembro de 2015.

pessoal, em consonância com o princípio da autonomia progressiva, previsto na Convenção sobre os Direitos da Criança.

Entende-se necessário, que toda e qualquer ação, estatal ou privada, que envolva direitos personalíssimos de crianças e adolescentes cuja identidade desafie os parâmetros impostos pelas normas médicas, sociais e jurídicas, seja norteada pelo reconhecimento da autodeterminação na medida de sua autonomia progressiva, devendo ser consideradas suas percepções e opiniões quanto ao seu corpo e demais características pessoais.

CONCLUSÃO

No presente trabalho, provocou-se a reflexão acerca dos significados de noções como proteção integral, dignidade e autonomia de crianças e adolescentes trans e intersexuais, dentro do paradigma heteronormativo e binário de gênero e em contraponto ao sistema de tutela das incapacidades, fundado numa lógica patrimonialista do direito civil.

A questão que norteou o presente estudo foi quanto à possibilidade de crianças e adolescentes transexuais e intersexuais exercerem, de modo autônomo, o direito à identidade de gênero e os direitos conexos, por si, ou seja, sem a aplicação dos institutos da representação e da assistência.

Verificou-se, nesse sentido, a resistência do direito quanto ao reconhecimento da autodeterminação de crianças e adolescentes, especialmente quanto a questões envolvendo direitos personalíssimos. A despeito disso, a aplicação da doutrina da proteção integral no Brasil torna urgente a necessidade de se repensar o estatuto jurídico das incapacidades em prol da supressão de vulnerabilidades e promoção da dignidade de indivíduos oprimidos e invisibilizados pelo atual estado das coisas.

Defendeu-se, no estudo, que o critério etário de exercício de direitos personalíssimos, a exemplo do direito à identidade de gênero, deve ser substituído pelo critério da maturidade e do desenvolvimento pessoal, em consonância com o princípio da autonomia progressiva, previsto na Convenção sobre os Direitos da Criança. Ademais, deve-se promover – também com fulcro no documento internacional – a participação da pessoa menor de dezoito anos em todas as decisões que lhes atingem. Com efeito, o reconhecimento de autonomia jurídica aos menores de idade transgêneros e intersexuais é medida apta a promover seu melhor interesse nos casos concretos, especialmente quando os pais não aceitam a condição do filho ou filha.

Busca-se um direito novo, liberto de mecanismos de normalização, resistente às disciplinas e aos dispositivos de segurança, uma forma de libertação da submissão dos indivíduos dos mecanismos de normalização⁵⁵. Em outras

55 FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*, cit., p. 34-35.

palavras, trata-se de romper o enquadramento, de oferecer resistência à norma: “O que acontece quando um enquadramento rompe consigo mesmo é que uma realidade aceita sem discussão é colocada em xeque, expondo os planos orquestradores da autoridade que procurava controlar o enquadramento”⁵⁶.

REFERÊNCIAS

ARANTES, Esther M. M. Duas décadas e meia de vigência da Convenção sobre os Direitos da Criança: algumas considerações. In: BRANDÃO, Eduardo Pontes (org.) *Atualidades em Psicologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Nau, 2016.

BARATTA, Alessandro. Infância e democracia. IN: MÉNDEZ, Emilio Garcia; BELOFF, Mary (orgs). *Infância, Lei e Democracia na América Latina*, v. 1. Blumenau: EDIFURB, 2001.

BENTO, Berenice Alves de Melo. *O que é transexualidade*. São Paulo: Brasiliense, 2008.

BRASIL. Constituição [1988]. Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 out. 1988.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 16 de julho de 1990. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 1990.

BRASIL. Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990 b. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança.

BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Tradução de Renato Aguiar. 13 ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2017.

BUTLER, Judith. *Quadros de Guerra: Quando a vida é passível de luto?* Tradução: Sérgio Tadeu de Niemeyer Lamarão e Arnaldo Marques da Cunha. 3.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

CILLERO BRUÑOL, Miguel. Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios. *Minoridad y familia, Revista interdisciplinaria sobre la problemática de la niñez- adolescencia y el grupo familiar*, Buenos Aires, n. 10, 1999.

CILLERO BRUÑOL, Miguel. O interesse superior da criança no marco da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. IN: MÉNDEZ, Emilio Garcia; BELOFF, Mary (orgs). *Infância, Lei e Democracia na América Latina*, v. 1. Blumenau: EDIFURB, 2001.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução 1664/2003*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2003/1664_2003.htm>. Acesso em: 10 fev. 2019.

56 BUTLER, Judith. *Quadros de Guerra*, cit.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Processo-Consulta CFM nº 32/12 – Parecer CFM nº 8/13**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/pareceres/CFM/2013/8_2013.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2019

CORRÊA, Adriana Espíndola. **Consentimento livre e esclarecido: o corpo objeto de relações jurídicas**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

CORTE IDH. **Corte Interamericana de Direitos Humanos: Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, 2012**. Disponível em: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf. Acesso em: 13 jun. 2022.

COSTA, Pietro. Discurso jurídico e imaginação: hipóteses para uma antropologia do jurista. In: PETIT, Carlos (org.). **Paixões do jurista: amor, memória, melancolia, imaginação**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 167-226.

DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: O Preconceito & A Justiça**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade: Curso no Collège de France (1975-1976)**. Trad. Maria Ermantina Galvão. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I: A Vontade de Saber**. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz & Terra, 2017.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução: Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. 11ª ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

HERRERA, Marisa. Ensayo para pensar una relacion compleja: sobre el régimen de la capacidad civil y representación legal de niños, niñas y adolescentes desde el principio de autonomía progresiva em el derecho argentino. **Justicia y Derechos del Niño**, Santiago-Chile, n. 11, p. 107-143, 2009.

INTERACT; HUMAN RIGHTS WATCH. **“I Want to Be Like Nature Made Me”**: medically unnecessary surgeries on Intersex Children in the US. Disponível em: <<https://www.hrw.org/report/2017/07/25/i-want-be-nature-made-me/medically-unnecessary-surgeries-intersex-children-us>>. Acesso em 10 fev. 2019.

MACHADO, Diego Carvalho. **Capacidade de agir e pessoa humana: situações subjetivas existenciais sob a ótica civil-constitucional**. Curitiba: Juruá, 2013.

MARX NETO, Edgard Audomar. 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, Jul./Set. 2011, p. 343-373, 2011.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia Privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; MULTEDO; Renata Vilela. A autonomia ético-existencial do adolescente nas decisões judiciais sobre o próprio corpo e a heteronomia dos pais e do Estado no Brasil. IN: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado, ALMEIDA, Vitor (coords). **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 305-331.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portaria n. 33, de 17 de janeiro de 2018. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 18/01/2018. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=515&pagina=10&data=18/01/2018>>. Acesso em: 16 fev. 2019.

NICÁCIO, Camila Silva; VIDAL, Júlia Silva. Justiça infanto-juvenil, travestilidade e transexualidade: apontamentos sobre a marcha dos direitos. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 70, pp. 197 - 226, jan./jun. 2017.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do Novo Código Civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. **Autonomia para morrer**: eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SALIH, Sara. **Judith Butler e a Teoria Queer**. Tradução e notas: Guacira Lopes Louro. 1 ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017.

SPARGO, Tamsin. **Foucault e a teoria queer**: seguido de Ágape e êxtase: orientações pós-seculares. Tradução Heci Regina Candiani. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017.

STATE OF CALIFORNIA. LEGISLATIVE COUNSEL'S DIGEST. SENATE CONCURRENT RESOLUTION N° 110 – **Relative to sex charecteristics**. RESOLUTION CHAPTER 225. 11 set. 2018. Disponível em: <https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201720180SCR110>. Acesso em: 17 fev. 2019.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. 80 anos do Código Civil brasileiro: um novo Código atenderá às necessidades do país? **Revista Del Rey**, Belo Horizonte, a.1, n. 1, p. 17, dez. 1997.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro, 2004, t.1.

TORRENS, María Claudia. **Autonomía progresiva: evolución de las facultades de niñas, niños e adolescentes**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea, 2019.

TORRENS, María Claudia. Do sujeito de direito à pessoa humana. In: _____. **Temas de Direito Civil**, t. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

UNITED NATIONS – UN. General Assembly. Human Rights Council. Thirty-first session. **Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment**. 05 janeiro 2016. Disponível em: <<https://undocs.org/A/HRC/31/57>>. Acesso em: 20 fev. 2019. Item 50.

WOODWARD, Kathryn. **Identidade e diferença: uma introdução teórica e conceitual**. In: SILVA, Tomaz Tadeu da. **Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais**. 15 ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

Recebido em: 31/01/2023

Aprovado em: 25/09/2023

