



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM RELAÇÕES SOCIAIS E NOVOS DIREITOS

ANDRÉA SANTANA LEONE DE SOUZA

OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A AUTONOMIA
PRIVADA:
A QUESTÃO DAS CRIANÇAS EM SITUAÇÃO DE INTERSEXO

Salvador

2015

ANDRÉA SANTANA LEONE DE SOUZA

**OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A AUTONOMIA
PRIVADA:
A QUESTÃO DAS CRIANÇAS EM SITUAÇÃO DE INTERSEXO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Relações Sociais e Novos Direitos.

Orientador: Profa. Dra. Roxana Cardoso Brasileiro Borges

Salvador

2015

S729

Souza, Andréa Santana Leone de,

Os direitos da personalidade e a autonomia privada: a questão das crianças em situação de intersexo / por Andréa Santana Leone de Souza. – 2014.

140 f.

Orientador: Profa. Dra. Roxana Cardoso Brasileiro Borges.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2014.

1. Direitos humanos. 2. Direitos das crianças 2. Personalidade (Direito). I. Universidade Federal da Bahia

CDD- 346.0135

ANDRÉA SANTANA LEONE DE SOUZA

**OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A AUTONOMIA
PRIVADA:
A QUESTÃO DAS CRIANÇAS EM SITUAÇÃO DE INTERSEXO**

Dissertação aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Relações Sociais e Novos Direitos, Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Profª Drª Roxana Cardoso Brasileiro Borges – Orientadora

Doutora em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Universidade Federal da Bahia

Profª Drª Mônica Neves Aguiar da Silva

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Universidade Federal da Bahia

Profª Drª Isabel Maria Sampaio Oliveira Lima

Doutora em Saúde Pública pela Universidade Federal da Bahia
Universidade Católica do Salvador

Salvador, 9 de março de 2015.

Aos meus Pais e à minha irmã,
por serem a minha certeza de que
jamais estarei sozinha.

AGRADECIMENTOS

É chegado o grande momento, o mais valoroso de todos: o de agradecer. De fato, é impossível traduzir neste pequeno espaço toda a minha gratidão a cada pessoa que fez parte desta trajetória. Não são apenas dois anos de mestrado, mas uma vida direcionada àquilo, cada linha que escrevo traz consigo a minha história e a de todas as pessoas que fizeram e fazem parte dela. Aqui, são registradas apenas algumas pessoas, mais que especiais, imprescindíveis à realização deste momento.

Primeiramente, agradeço ao Grande Arquiteto do Universo que, com sua imensa sabedoria, aponta-nos ao caminho correto e nos mostra que, sem humildade, não seria possível seguir em frente.

Agradeço à minha mãe, Evangivalda Dantas de Santana, pelo seu exemplo de força e coragem, por incentivar-me a cada “vírgula” do texto de minha vida, por cada sonho compartilhado e, sobretudo, por cada momento que estive (e está) presente em minha vida. Mãe, espero um dia ser metade do que a senhora representa para mim de força e coragem.

Agradeço ao meu Pai, Adilson Leone de Souza, que me ensinou a mais nobre das lições: a de que estamos neste mundo para compartilhar o conhecimento e ajudar ao próximo. Orgulho é pouco diante do que eu sinto pelo senhor. Pai, no seu colo, posso sentir que o mundo é mais doce.

À minha irmã, Luciana Santana Leone de Souza, sobre quem a palavra “sintonia” descreve tudo; ainda bem que já encontrei minha alma gêmea.

À Raoni Costa, que “muda o dia” com amor, carinho e cuidado. Agradeço pelos momentos de alegria e mais ainda pelos momentos de paciência. Juntos, seguimos em frente de mãos dadas.

Um agradecimento especial a minha orientadora, Roxana Cardoso Brasileiro Borges, por toda paciência e compreensão diante de um assunto tão intrigante quanto complexo; por verdadeiras aulas de inquietação; por seu jeito de ver a vida, nada trivial, que nos faz acreditar em um mundo mais igualitário.

A todos os professores e amigos do Programa de Pós-graduação em Direito, em especial às amigas Tais Dórea, Carliane Carvalho, Claiz Gunça, Gabriela Gaspar e Jéssica Hind, as quais

transformaram o mestrado no verdadeiro encontro do Direito, da Arte e da Amizade; estávamos lá pelo Direito, a arte nos uniu, mas o que nos mantém é o respeito às diferenças.

Não poderia deixar de agradecer à professora Isabel Lima que, com o seu amor incondicional à docência e com a firmeza doce das suas orientações, mostrou-me, no ABC da pesquisa científica, o caminho da minha história. Nosso encontro foi uma benção na minha vida, gratidão é pouco para expressar o que eu sinto neste momento. Agradeço também aos amigos do Grupo de Pesquisa “Direitos Humanos, Direito à Saúde e Família” que partilham deste sonho comigo.

À querida Ana Karina Canguçu Campinho, que nos entusiasma com o cuidado pela temática, sempre disposta a ouvir as minhas inquietações, compartilhar conhecimento e experiência, agradeço pelo seu apoio sem receio.

À coordenadora do Ambulatório de Genética do Hospital Universitário Professor Edgar Santos, Dra. Betânia Toralles, e a toda a sua equipe multidisciplinar, Dra. Luciana Mattos, Renata Lagos, Ubirajara Barroso, Ana Karina Canguçu Campinho que, juntos, são um exemplo para a efetivação do Direito à Saúde da Criança Intersexual. Agradeço pela experiência vivenciada no ambulatório e pelo comprometimento com a causa.

À Inês Lima que, no último dia de inscrição para a seleção do Mestrado, no meio das lágrimas e do “não consigo”, despertou-me para o risco da dúvida, e, graças ao seu “e se...”, hoje estou aqui. Deus nos envia a pessoa certa na hora certa; não tenho como não acreditar nisso.

Ao “chefe”, Adriano Ahringsmann que, quando eu já não achava que seria possível conciliar Mestrado e Advocacia, com a sua generosidade, permitiu toda a flexibilidade que fosse necessária. Agradeço pela confiança e pelo apoio. A Via Láctea ainda é pequena para o tamanho da minha gratidão.

Agradeço ainda a toda equipe do ANFA (Almeida, Nasser, Fontes e Ahringsmann Advogados Associados), pelo apoio incondicional, em especial a Ivana Rios, Gustavo Matias, Cora Teixeira e Andreia Almeida, que partilharam comigo cada momento de tensão e cada momento de alegria.

A Ivan Guimarães e à Iara Hughes, o verdadeiro ponto de encontro, que só se justifica pela emanção do amor incondicional; e às minhas amigas-irmãs: Lídia Rosa, Verena Souto, Carolini Bastos, Samara Hughes e Stéfane Souto; vocês me ensinam diariamente o significado da palavra família.

Às minhas amigas de infância e de toda a vida: Rafaela Alonso, Fernanda Reis, Eliane Mariz, Elsilene Contreiras e Rosamélia Leone. Agradeço pela amizade verdadeira, por cada momento de encontro e pelo respeito quando se faziam necessários os “desencontros”.

Segundo Raul Seixas: “Nunca se vence uma guerra lutando sozinho”; e não seria possível concluir esta dissertação sem o apoio de todos vocês. Minha eterna gratidão.

*Procuro despir-me do que aprendi,
Procuro esquecer-me do modo de lembrar
que me ensinaram.
E raspar a tinta com que me pintaram os sentidos.
Desencaixotar as minhas emoções verdadeiras,
desembrulhar-me e ser eu...
É preciso esquecer a fim de lembrar.
É preciso desaprender a fim de aprender de novo...*

Alberto Caeiro

RESUMO

SOUZA, Andréa Santana Leone de. Os direitos da personalidade e a autonomia privada: a questão das crianças em situação de intersexo. 140 f. 2015. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015.

O tema direito da personalidade envolve dimensões da pessoa em todas as fases da sua vida: nome, imagem, intimidade, direito ao próprio corpo são aspectos da identidade. Quando uma criança nasce com genitália ambígua, configura-se uma situação complexa que, dada a natureza interdisciplinar, demanda análise diferenciada do padrão identitário classificatório do sexo masculino-feminino. O direito da personalidade constitui um direito humano, relevante e atual. A presente dissertação visa analisar a observância do direito da personalidade e do princípio da autonomia privada na perspectiva do nascimento e do desenvolvimento de crianças em situação de intersexo. Adotou-se a metodologia de natureza qualitativa: revisão de literatura, revisão legislativa, levantamento de decisões dos diversos tribunais do Brasil e entrevista semiestruturada. Nos resultados, constatou-se que nomenclaturas da situação intersexual variam conforme o campo do saber e da prática. A tendência da produção científica não privilegia os direitos da personalidade e a autonomia da criança intersexual. Legislações constituem um robusto mecanismo de proteção a estas crianças. Relativamente às decisões dos Tribunais foram encontradas vinte e uma decisões sobre a temática, apenas duas decisões continham a expressão “direito à identidade”. A partir da análise das entrevistas realizadas com os profissionais da área de saúde, psicologia e serviço social, e com os familiares de crianças em situação de intersexo, foi possível destacar: as dificuldades diante da necessidade do registro civil da criança para o acesso aos equipamentos e serviços de saúde, diante da insuficiência dos formulários que seguem a lógica binária (masculino e feminino); o preconceito social e cultural vivenciado por estas crianças; a importância da participação da família no processo de definição do sexo, mas que encontra como barreira a ausência de informação sobre a temática e, por fim, a importância dada à autoridade médica, diante do seu conhecimento científico; a resistência dos familiares e dos profissionais de saúde a questionar a construção social de corpos binários; a dificuldade de perceber a criança enquanto parte do processo de definição do sexo de criação, muitas vezes silenciada diante do poder familiar ou do conhecimento médico/científico. Com o entendimento da criança como sujeito de direito, e com os avanços legislativos, que tiveram como objetivo proteger a dignidade da criança, o poder familiar, outrora irrestrito, passou a ser mitigado pelo princípio do melhor interesse da criança. Entende-se como medida mais adequada à proteção da cirurgia de definição do sexo, se não for necessária à manutenção da vida da criança, visando ao direito à identidade da criança intersexual, uma vez que se trata de um dano irreparável. Percebe-se a necessidade de pesquisas nas diversas áreas de conhecimento e na interlocução com a Bioética e o Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos. Direitos da Criança. Direitos da Personalidade. Direito à Identidade. Autonomia. Intersexo.

ABSTRACT

SOUZA, Andrea Santana Leone. The rights of personality and private life: the issue of children in intersex situation. 140 f. 2015. Dissertation (Master). Faculty of Law - Federal University of Bahia, Salvador, 2015.

The concept of personal rights involves dimensions of a person in all spheres of his life: name, image, privacy, the right to your own body are aspects of identity. When a child is born with ambiguous genitalia, this complex situation, given its interdisciplinary nature, requires a special analysis of the masculine-feminine identity classification standard. Personal rights are relevant and current human rights. The goal of this dissertation is to assess the observance of personal rights and the principle of private autonomy regarding the birth and development of intersex children. A qualitative methodology was used: a literature review, a legislative review, research of decisions from various courts in Brazil and a semi-structured interview. The results showed different terminology used to refer to the intersex condition according the area of expertise and practices. There is a pattern in the literature of not paying heed to the right to identity of the intersex child. Legislation is a robust mechanism to protect these children. There were 21 court decisions found on the subject, and only 2 decisions contained the term "right to an identity". After analysis of the interviews with health, psychology and social services professionals and of relatives of intersex children, the following conclusions were drawn: the difficulties of registering the child to be able to access health facilities and services, given the deficiencies in forms that used binary logic (masculine and feminine); the social and cultural prejudice experienced by these children; the importance of the family's role in the process of defining gender, the a lack of information on the subject, and the importance of the medical professional, given his scientific knowledge; the resistance of relatives and health professionals to question the social construct of binary bodies; the difficulty of considering the child's opinions as part of the process of defining the child's gender during her childhood, when the child is often silenced before the family's power or medical/scientific knowledge. Seeing the child as a subject with rights, and given the legislative progress aimed at protecting the dignity of the child, the family's power, once unrestricted, has been reduced in the best interest of the child. Considering the child's right to an identity and the fact that the intersex condition is an irreparable harm, delaying gender-defining surgery is considered the most appropriate approach unless required to ensure the life of the child. Research is needed into the various fields of knowledge and communication between the fields of Bioethics and Law.

Keywords: Human rights. Rights of the child. Personal rights. Right to an Identity. Autonomy. Intersex.

LISTA DE SIGLAS

| | |
|--------|--|
| ABMP | Associação Brasileira de Magistrados e Promotores da Infância e da Juventude |
| ADS | Anomalia do Desenvolvimento Sexual |
| CC | Código Civil |
| CDC | Código de Defesa do Consumidor |
| CDC | Convenção sobre os Direitos da Criança |
| CF | Constituição Federativa do Brasil de 1988 |
| CFM | Conselho Federal de Medicina |
| CID | Classificação Internacional de Doenças |
| DDS | Desordem do Desenvolvimento Sexual |
| DUDH | Declaração Universal dos Direitos do Homem |
| ECA | Estatuto da Criança e do Adolescente |
| ISNA | <i>Intersex Society of North America</i> |
| OAB | Ordem dos Advogados do Brasil |
| OMS | Organização Mundial da Saúde |
| ONGs | Organizações Não Governamentais |
| STF | Supremo Tribunal Federal |
| UNICEF | <i>United Nations Children's Fund</i> |

SUMÁRIO

| | | |
|----------|--|----|
| 1 | INTRODUÇÃO | 14 |
| 2 | UMA VISITA AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE | 20 |
| 2.1 | UM BREVE HISTÓRICO SOBRE OS DIREITOS HUMANOS | 20 |
| 2.2 | NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: REGRAS E PRINCÍPIOS | 24 |
| 2.3 | DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – UM CONCEITO INDETERMINADO | 27 |
| 2.4 | DO RESPEITO ÀS DIFERENÇAS: A NOÇÃO DE PLURALISMO | 30 |
| 2.5 | A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL | 31 |
| 2.6 | TEORIA GERAL DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE | 35 |
| 3 | A CRIANÇA COMO SUJEITO DE DIREITO | 39 |
| 3.1 | OS DIREITOS HUMANOS DAS CRIANÇAS: BREVE HISTÓRICO | 39 |
| 3.2 | DA CAPACIDADE CIVIL | 42 |
| 3.3 | DA AUTORIDADE PARENTAL E SEUS LIMITES | 45 |
| 3.4 | DA AUTONOMIA DA CRIANÇA | 49 |
| 3.5 | CONSIDERAÇÕES DA BIOÉTICA PRINCIPALISTA ACERCA DA AUTONOMIA | 51 |
| 4 | A INTERSEXUALIDADE - DISTINÇÕES E ESCLARECIMENTOS | 56 |
| 4.1 | DISTINÇÃO ENTRE SEXO E GÊNERO | 56 |
| 4.2 | DA TRANSEXUALIDADE | 60 |
| 4.3 | DA HOMOSSEXUALIDADE | 62 |
| 4.4 | DA INTERSEXUALIDADE | 63 |
| 4.5 | A QUESTÃO DA CIRURGIA | 67 |
| 5 | DIREITOS DA PERSONALIDADE DA CRIANÇA INTERSEXO | 72 |
| 5.1 | DO DIREITO À IDENTIDADE | 72 |
| 5.2 | DO DIREITO AO PRÓPRIO CORPO | 79 |
| 5.3 | ELEMENTOS PARA A DECISÃO DA CIRURGIA DA CRIANÇA COM INTERSEXO: UMA NOVA PROPOSTA | 85 |
| 6 | DO PLANO TEÓRICO À VIDA REAL – DAS ENTREVISTAS APLICADAS AOS MÉDICOS E AOS FAMILIARES | 90 |

| | | |
|---------|--|-----|
| 6.1 | O PROCEDIMENTO UTILIZADO PARA A REALIZAÇÃO DAS ENTREVISTAS | 90 |
| 6.1.1 | Do questionário aplicado aos profissionais e a justificativa de cada pergunta | 91 |
| 6.2 | DAS CATEGORIAS ENCONTRADAS | 92 |
| 6.2.1 | Do Direito ao Nome | 92 |
| 6.2.2 | Do Princípio da não Discriminação da Criança e do Adolescente | 94 |
| 6.2.3 | Do Poder Familiar | 95 |
| 6.2.4 | Da Autonomia Da Criança | 97 |
| 6.2.5 | Do Direito à Identidade - Do Limite ao Poder Familiar | 98 |
| 6.3 | DO QUESTIONÁRIO APLICADO AOS FAMILIARES E A JUSTIFICATIVA DE CADA PERGUNTA | 100 |
| 6.4 | CATEGORIAS ENCONTRADAS | 102 |
| 6.4.1 | Da Autoridade Do Médico - A Participação da Família no Processo de Definição | 102 |
| 6.4.1.1 | <i>Do Respeito à Diversidade versus Padronização de Comportamento</i> | 104 |
| 6.4.2 | Do Respeito à Opinião da Criança - Do Direito à Identidade | 105 |
| 7 | CONCLUSÃO | 107 |
| | REFERÊNCIAS | 112 |
| | APÊNDICE A | 125 |
| | APÊNDICE B | 127 |
| | ANEXO A | 129 |
| | ANEXO B | 133 |
| | ANEXO C | 137 |

1 INTRODUÇÃO

Há uma série de controvérsias em torno do tema da intersexualidade, especialmente no que tange aos diagnósticos, às condutas e aos desdobramentos sociais, psicológicos e jurídicos, envolvendo a criança, os familiares e a equipe médica envolvida.

A intersexualidade constitui-se como fenômeno orgânico, resultante de um desequilíbrio entre os fatores e eventos que determinam e diferenciam o sexo do indivíduo, o qual vem a apresentar anomalias e/ou incongruências no componente biológico de sua sexualidade (SUTTER, 1993; MARCIEL-GUERRA, GUERRA JUNIOR, 2010).

Dessa forma, as crianças que nascem em situação de intersexo apresentam caracteres tanto masculinos quanto femininos. Atualmente, em termos biomédicos, esse fenômeno é classificado em quatro grandes grupos: o hermafroditismo verdadeiro; a disgenesia gonadal mista; o pseudo-hermafroditismo masculino; e o pseudo-hermafroditismo feminino (VILAR, 2009).

O pseudo-hermafroditismo feminino é conhecido, de forma equivocada e popularmente, como “hermafrodita”. Ressalte-se que, nesse grupo, hiperplasia congênita adrenal é a causa mais comum da ambiguidade da genitália externa no nascimento (CASTRO; ELIAS, 2005). Para a detecção precoce dessa anomalia, é fundamental o cuidadoso exame dos genitais de todo recém-nascido (DAMIANI; GUERRA-JUNIOR, 2007).

Na literatura sobre o tema, muitas discussões se desenrolam acerca do termo “intersexo”, visto que tal nomenclatura traz um sentido intermediário ou de um terceiro sexo, o que não se mostraria adequado para o paciente, passando a ser nomeado como Anomalia do Desenvolvimento Sexual (ADS) ou Desordem do Desenvolvimento Sexual (DDS) (DAMIANI; GUERRA-JÚNIOR, 2007).

Nesta dissertação, a abordagem desenvolvida dialoga com o modelo social de deficiência, que reconhece o ‘corpo com impedimentos’ como uma expressão da diversidade humana e não apenas como resultado de um diagnóstico biomédico de “anomalias” (DINIZ, BARBOSA, SANTOS, 2009).

Com base nessa perspectiva, entende-se que as nomenclaturas ADS ou DDS podem transmitir a ideia de que a intersexualidade é resultado de “anomalias” ou “desordens” e, por conseguinte, acabam reforçando o estigma sobre as pessoas com intersexo. Diante desse embate sobre qual vocábulo seria mais adequado à presente discussão, optou-se pelo termo

‘intersexo’ em face da tensão entre as opções supracitadas, advindas da Endocrinologia Pediátrica, apesar de não entender este termo seja o mais apropriado.

A estigmatização referente às pessoas com intersexo se configura como um assunto delicado, requerendo largas discussões em prol da melhor compreensão e desdobramentos a respeito. O tratamento médico pode vir a se prolongar, em algumas circunstâncias, durante a existência da pessoa, com a necessidade de realização de exames, da utilização de medicamentos e, em alguns casos, da realização de cirurgias corretivas. A pessoa com intersexo ainda tem que enfrentar o preconceito social e cultural perante a sua situação, bem como a ignorância e a invisibilidade que ainda pairam sobre o assunto no meio acadêmico e científico (DAMIANI; GUERRA-JÚNIOR, 2007).

Ao analisar a questão do nascimento da criança com intersexo na perspectiva do direito da personalidade, da autonomia privada e do princípio do melhor interesse do recém-nascido, o presente estudo se depara com o seguinte questionamento: qual o limite do poder familiar diante da autonomia privada da criança com intersexo na definição do sexo de criação?

Frente à problemática disposta acima, toma-se como hipótese básica para o desenvolvimento deste estudo: os direitos da personalidade juntamente com o princípio da autonomia privada podem servir como instrumentos para garantir a proteção da criança com intersexo.

Dessa forma, delimita-se como objeto de estudo deste constructo teórico a abordagem acerca da necessidade da criança com intersexo de ser protegida na perspectiva do direito ao próprio corpo, tendo em vista a garantia da inviolabilidade do direito à vida e do direito à liberdade e respeitando a premissa de que a legitimidade do princípio da autonomia familiar está condicionada ao respeito aos direitos fundamentais dos filhos.

Para o desenvolvimento dessa abordagem, traça-se o seguinte objetivo geral: analisar a observância do direito da personalidade e do princípio da autonomia privada na perspectiva do nascimento e do desenvolvimento de crianças com intersexo. Nessa techedura, também são delineados os seguintes objetivos específicos: discutir o limite do poder familiar diante da autonomia privada da criança com intersexo na definição do sexo de criação; e analisar o reconhecimento da autonomia da criança com intersexo pela família e pela equipe de saúde.

Como bolsista pelo PIBIC/FAPESB e integrante do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos, Direito à Saúde e Família (CNPq/UCSal), coordenado pela Professora Doutora Isabel Maria Sampaio Oliveira Lima (ISC-UFBA/UCSAL), foram iniciados os trabalhos acadêmicos junto à linha de pesquisa “Intersexualidade: gênero, sexualidade e direito na integralidade em saúde”.

Essa linha de pesquisa existe desde 2004, cujas temáticas decorrentes vêm sendo discutidas no projeto de pesquisa específico, bem como do acompanhamento de famílias com criança com intersexo e profissionais da equipe multidisciplinar do ambulatório de genética do Hospital Professor Edgar Santos. Esse ambulatório público é o responsável pelo atendimento das crianças com intersexo do estado da Bahia, e, nele, a candidata que aqui se manifesta atuou como voluntária, ocasião em que pôde aprofundar os conhecimentos acerca da temática sobre intersexo e perceber a sua importância e relevância bem como seus reflexos tanto na pessoa individualmente quanto na sua família e na sociedade.

A participação no Grupo de Pesquisa em Direito Civil e Direito Ambiental, cuja linha de pesquisa é “Construção e Reconstrução do Direito Civil” e a coordenação é da Professora Doutora Roxana Cardoso Brasileiro Borges, foi possível construir uma maior aproximação da temática dos Direitos da Personalidade e da autonomia privada. Tal envolvimento deflagrou o interesse em tratar do tema sob a perspectiva da intersexualidade, sendo corroborado pela constatação dos casos. Depois de aprofundado levantamento de artigos e publicações acerca dessa temática, consideradas as diversas perspectivas, discussões e debates a respeito e verificadas as tendências sobre a questão dos direitos da personalidade e da autonomia privada da criança com intersexo, a importância deste estudo se pronuncia.

Os trabalhos identificados tratam, em grande porcentagem, da originalidade da polêmica questão cirúrgica corretiva logo após o nascimento da criança com intersexo; e esse fenômeno acaba ensejando outros delineamentos para além da originalidade do tema. Essa questão anseia por efetivo debruçar-se do Poder Público, cujas políticas devem visar à proteção da criança com intersexo. Para isto, é necessária não só a movimentação da sociedade civil como o envolvimento acadêmico-científico, responsável por estudos aprofundados que, muitas vezes, servem de base para políticas públicas.

No que diz respeito à metodologia utilizada para a construção deste estudo, optou-se pela abordagem de natureza qualitativa, visto que possibilita uma análise mais profunda das relações, dos processos e dos fenômenos que não serão reduzidos à operacionalização de variável (MYNAIO, 2006).

O desenvolvimento deste trabalho se estrutura por meio de três fases, a saber: a primeira é a do levantamento da produção científica sobre o tema – pesquisa bibliográfica – para a consequente revisão de literatura, a qual se fará por meio da seleção de livros e artigos constantes em bases de dados eletrônicas, como a *Scientific Electronic Library Online* (SciELO), utilizando pares ou tríades de palavras-chave: “intersexo” + “criança”+ “direito”;

“intersexo”+ “família” + “direito”; “ADS” + “criança” + “direito”; “ADS” + “família” + “direito”; “DDS” + “criança” + “direito”; “família” + “direito” + “DDS”.

A segunda fase está relacionada ao levantamento normativo e jurisprudencial, cuja seleção se fez por meio de bases legislativas pela disposição dos seguintes descritores: criança, intersexo, Direitos Humanos e Direitos da Personalidade. Além disso, fez-se o levantamento das jurisprudências nos Tribunais de Justiça dos 26 Estados e do Distrito Federal, cujo critério de busca foi definido pela escolha das seguintes palavras-chave: “intersexo”; “direito à identidade” e “direitos da personalidade”, adicionando o termo “hermafrodita” que, apesar de não ser o termo utilizado pelas ciências da saúde de um dos tipos do intersexo, é um termo utilizado comumente pela sociedade para identificar o pseudo-hermafroditismo. Diante destas observações, buscou-se em cada Estado, no site do seu respectivo Tribunal de Justiça, no ícone pesquisa de jurisprudência, as seguintes palavras-chave: “intersexo”; “hermafrodita”; “direito à identidade” + “hermafrodita”; “direitos da personalidade + “hermafrodita”; “Anomalia do Desenvolvimento Sexual”; “Desordens do Desenvolvimento Sexual”; e “Distúrbios do Desenvolvimento Sexual”.

A terceira fase estruturou-se pela pesquisa de campo, que se deu por meio de entrevistas realizadas junto a dois segmentos: os familiares de crianças e/ou adolescentes intersexuais; e os médicos envolvidos nessa situação¹. Planejou-se a realização de entrevistas semiestruturadas que, como menciona Triviños (1987), parte de alguns questionamentos básicos que interessam à pesquisa, dos quais podem surgir outras interrogativas à medida que são recebidas as respostas dos entrevistados. Os critérios utilizados para a escolha dos entrevistados partiram do vínculo profissional por pelo menos 2 anos com crianças intersexuais, sendo consideradas as seguintes áreas: endocrinologia pediátrica; urologia; genética; e psicologia.

Além disso, a fim de construir uma discussão a respeito do reconhecimento da autonomia da criança com intersexo pela família e pela equipe de saúde, foram selecionadas e entrevistadas dez famílias pelo critério da amostragem aleatória sob a seguinte distinção: cinco famílias que tinham filhos/tutelados que realizaram a cirurgia de definição do sexo até a primeira infância; e cinco famílias que tinham realizado esta cirurgia apenas na adolescência; ambos os grupos cadastrados no Ambulatório de Genética do Hospital Universitário Professor Edgar Santos (HUPES). Essa unidade ambulatorial é da esfera pública e a responsável pelo atendimento das crianças com intersexo do estado da Bahia.

¹ O projeto de pesquisa foi avaliado e aprovado pelo Comitê de ética em Pesquisa do Hospital Universitário Professor Edgar Santos (CAAE nº: 40341115.6.0000.0049).

Tanto profissionais quanto familiares tiveram os seus nomes suprimidos e substituídos por codinomes no intuito de preservar suas identidades e manter o sigilo dos mesmos. Todas as entrevistas foram devidamente gravadas e transcritas pela pesquisadora, cujos dados foram analisados mediante a identificação de categorias analíticas, a partir da teoria jurídica dos direitos da personalidade, traçando como categorias: direito ao próprio corpo; direito ao nome; direito à identidade; direito à imagem; autonomia da criança; e poder familiar. A discriminação da criança a partir da condição congênita e a participação dos profissionais de saúde no processo da garantia do direito da criança são elementos colocados em análise.

Dando início ao estudo dos “direitos da personalidade e da autonomia privada da criança em situação de intersexo”, esta dissertação começa com a Revisão de Literatura sobre Direitos Humanos, a sua distinção dos Direitos Fundamentais. Depois, passe-se a analisar dois importantes fundamentos da República Federativa, quais sejam: a Dignidade da Pessoa Humana e o Pluralismo. Com isto, serão traçados os alicerces que justificaram a Constitucionalização do Direito Civil e que guiaram o estudo da Teoria Geral dos Direitos da Personalidade, ponto crucial deste estudo, mas que, para ser compreendido, requer um estudo prévio sobre os Direitos Humanos e Fundamentais.

No capítulo seguinte, toma-se como objeto de estudo o processo histórico evolutivo das crianças enquanto sujeitos de direito, cuja análise fundamental perpassa pelo entendimento do direito civil no que tange à autonomia da criança, bem como de que forma essa autonomia é tratada pela bioética e as suas implicações diante do poder familiar. Também serão trabalhados o conceito de capacidade civil e os limites do poder familiar.

Após breve revisão de literatura sobre os direitos humanos, os direitos da personalidade, os direitos da criança e as discussões sobre a autonomia do infante diante do poder familiar, segue, nesse capítulo, a abordagem sobre a criança em situação de intersexo. Para tanto, antes de iniciarem as discussões, serão pontuados, em breve linhas, alguns tópicos que se reputam importantes para a elucidação da temática, a exemplo das distinções de sexo e gênero, bem como entre homossexualidade, transexualidade e intersexualidade.

Ao analisar o limite do poder familiar diante da autonomia da criança no momento da definição do sexo de criação em situação de intersexualidade, bem como a definição do sexo biológico de um indivíduo que nasce com ambiguidade genitália, este estudo esbarrou-se em dois principais direitos da personalidade desse sujeito: o direito ao próprio corpo e o direito à identidade, que passarão a ser analisados na perspectiva da proteção da criança intersexual.

Dando continuidade à terceira etapa metodológica deste estudo, o penúltimo capítulo tem como objetivo analisar as entrevistas aplicadas aos médicos e aos familiares que lidam

com crianças em situação de intersexo, sob a perspectiva do entendimento dessas enquanto sujeitos de direito, do princípio da não discriminação, do direito à identidade e do direito ao próprio corpo.

Finalizadas as revisões – literária e legislativa – e analisadas as entrevistas com os profissionais médicos e com as famílias, apresentar-se-ão as considerações finais acerca da criança em situação de intersexo enquanto sujeito de direitos dentro da presente dissertação, pontuando os entraves e as assertivas acerca da persecução da lei e dos desdobramentos que se apresentam no entorno das discussões sobre intersexualidade, identidade e direito.

2 UMA VISITA AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

O presente capítulo dá início ao estudo sobre os direitos da personalidade e a autonomia privada da criança em situação de intersexo, com vista à aproximação dos Direitos Humanos, perpassando pela distinção entre este e os Direitos Fundamentais. Em seguida, este estudo encarrega-se da análise dos dois importantes fundamentos da República Federativa do Brasil, quais sejam: a Dignidade da Pessoa Humana e o Pluralismo. Dessa forma, serão traçados os alicerces que justificaram a chamada Constitucionalização do Direito Civil e, por conseguinte, trabalhar-se-á a questão dos direitos da personalidade, ponto crucial deste trabalho.

2.1 UM BREVE HISTÓRICO SOBRE OS DIREITOS HUMANOS

Antes tratados como um mito político, os direitos do homem passaram a ter uma grande importância prática após a Segunda Guerra Mundial revelada com a Carta das Nações Unidas, que veio afirmar a preocupação com a garantia da efetividade dos direitos humanos (SICHES, 1959; SÁNCHEZ, 2010).

Destaca Comparato (2013, p. 24) que “foram necessários vinte e cinco séculos para que a primeira organização internacional [...] proclamasse, na abertura de uma Declaração Universal de Direitos Humanos, que ‘todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos’.”.

Consoante Siches (1959), a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), proclamada em 1948, visando dar efetividade às disposições da Carta das Nações Unidas, representa o dever do Estado em converter os direitos “ideais” em direitos subjetivos dentro do ordenamento jurídico positivo.

A declaração supracitada, conforme assevera o mencionado autor, garante a dignidade da pessoa humana como atributo inseparável aos membros da família humana, que implica diretamente a concretização do princípio da liberdade individual (SICHES, 1959).

Para Trindade (1997, p. 23), “[...] era preocupação corrente, na época, a restauração do direito internacional em que viesse a ser reconhecida a capacidade processual dos indivíduos e grupos sociais no plano internacional”.

A mencionada Declaração representa o marco para o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, “mediante a adoção de inúmeros tratados internacionais voltados à proteção de direitos fundamentais” (PIOVESAN, 1998, p. 81). Esses instrumentos internacionais que sucederam à DUDH foram o “sistema normativo global de proteção dos direitos humanos no âmbito das Nações Unidas” (id., 2012, p. 81).

Destaca Piovesan (1998; 2012, p. 81) que, no âmbito desse sistema global de proteção, coexistem “sistemas geral e especial de proteção dos direitos humanos”. Os sistemas gerais de proteção são aqueles que objetivam a proteção do ser humano em sua totalidade, a exemplo dos Pactos Internacionais de Direitos Civis Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966. Já o sistema especial de proteção tem como objetivo proteger um sujeito específico, que, muitas vezes, encontra-se em situação de vulnerabilidade histórica, a exemplo das crianças e das mulheres.

A Constituição Federal (CF) é um marco no campo da normatização de direitos e garantias fundamentais, sendo um resultado normativo do processo de democratização do Estado e do Direito, conhecida como “constituição cidadã” (RIZINNI, 2000, p. 77). Essa nova concepção ensejou não somente a ratificação de tratados e convenções internacionais de proteção dos Direitos Humanos como também a inclusão de princípios consagrados nos referidos instrumentos internacionais em seu texto constitucional, dando-lhes força de norma de aplicabilidade imediata (ALBERNAZ-JÚNIOR, 1998).

No Brasil, o sistema internacional de proteção dos direitos humanos apenas passou a ser observado a partir da Constituição Federal de 1988, que “constitui o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil” (PIOVESAN, 1998, p. 83). Dentre as inovações trazidas neste texto constitucional, destacam-se a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais e a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado democrático de direito, respectivamente artigos art. 4º, II e art. 1º, III, da Constituição Federal (CF) de 1988.

As normas de Direito Internacional não eram vinculantes, porém, com o advento da CF de 1988, os direitos enunciados nos tratados internacionais, dos quais o Brasil faz parte, foram incluídos “no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos” (PIOVESAN, 2012, p. 108), consoante o artigo 5º, § 2º, da CF/88. A emenda constitucional nº 45 de 2004, incluiu o § 3º ao art. 5º, e determinou que os tratados e convenções sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Para Comparato (2013, p. 75), essa inclusão é um “retrocesso” por desconsiderar “o princípio da supremacia absoluta da norma imperativa de direito internacional (*jus cogens*)”; para o autor, agindo desta forma, o ordenamento jurídico está pretendendo sobrepor-se ao *jus cogens* internacional².

Neste sentido, Trindade (1999, p. 36) entende que “ao ratificar os tratados de direitos humanos, os Estados-partes contraem, a par das obrigações específicas relativas a cada um dos direitos protegidos, a obrigação geral de adequar seu ordenamento jurídico interno às normas internacionais de proteção”.

A doutrina internacionalista aponta duas correntes principais para estudar a relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno: a monista e a dualista. A corrente monista considera a existência de uma única ordem jurídica e se subdivide em: o monismo com a prevalência do direito interno; e monismo com a prevalência do direito internacional. A corrente dualista, por sua vez, considera a existência de duas ordens jurídicas distintas; e, para que a norma internacional tenha aplicabilidade no direito interno, é necessário lei própria (ACCIOLY, 1948; REZEK, 2000).

A Constituição Federal é silente sobre qual corrente é adotada pelo Brasil, porém, o Supremo Tribunal Federal (STF) se posicionou na ADI 1480³ no sentido de que o Brasil

² No mesmo sentido Amaral Júnior (2002).

³ Como se pode perceber lendo parte da ementa: os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico (*lex posterior derogat priori*) ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes. Tratado Internacional e Reserva Constitucional de Lei Complementar. O primado da Constituição, no sistema jurídico brasileiro, é oponível ao princípio *pacta sunt servanda*, inexistindo, por isso mesmo, no direito positivo nacional, o problema da concorrência entre tratados internacionais e a Lei Fundamental da República, cuja suprema autoridade normativa deverá sempre prevalecer sobre os atos de direito internacional público. Os tratados internacionais celebrados pelo Brasil - ou aos quais o Brasil venha a aderir - não podem, em consequência, versar matéria posta sob reserva constitucional de lei complementar. É que, em tal situação, a própria Carta Política subordina o tratamento legislativo de determinado tema ao exclusivo domínio normativo da lei complementar, que não pode ser substituída por qualquer outra espécie normativa infraconstitucional, inclusive pelos atos internacionais já incorporados ao direito positivo interno. Legitimidade Constitucional Da Convenção nº 158/OIT, desde que observada a interpretação conforme fixada pelo Supremo Tribunal Federal. - A Convenção nº 158/OIT, além de depender de necessária e ulterior intermediação legislativa para efeito de sua integral aplicabilidade no plano doméstico, configurando, sob tal aspecto, mera proposta de legislação dirigida ao legislador interno, não consagrou, como única consequência derivada da ruptura abusiva ou arbitrária do contrato de trabalho, o dever de os Estados-Partes, como o Brasil, instituírem, em sua legislação nacional, apenas a garantia da reintegração no emprego. Pelo contrário, a Convenção nº 158/OIT expressamente permite a cada Estado-Parte (Artigo 10), que, em função de seu próprio ordenamento positivo interno, opte pela solução normativa que se revelar mais consentânea e compatível com a legislação e a prática nacionais, adotando, em consequência, sempre com estrita observância do estatuto fundamental de cada País (a Constituição brasileira, no caso), a fórmula da reintegração no emprego e/ou da

adota a corrente dualista moderada. Para esta corrente, não é necessária uma lei própria para incorporar o tratado, mas qualquer ato normativo pode ser um decreto. Apesar do recente posicionamento adotado pelo STF, a doutrina ainda diverge sobre qual corrente é adotada pelo Brasil.

No que tange a essa discussão, Piovesan (2012, p. 112) entende que “na hipótese de eventual conflito entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e os Direitos institucionalizados, adota-se o critério da prevalência da norma mais favorável à vítima”.

Os direitos institucionalizados que visam garantir o respeito à dignidade do ser humano foram denominados de “Direitos humanos fundamentais” (MORAES, 2011). Na atual concepção jurídica de pessoa humana, bastaria possuir a qualidade de ser humano para que o ordenamento jurídico reconhecesse a qualidade de digno (BORGES, 2007). Essa denominação é utilizada por constitucionalistas “para designar o conjunto de direitos da pessoa humana expressa ou implicitamente reconhecidos por uma determinada ordem constitucional” (VIEIRA, 2006, p. 36).

Para Dallari (2005, p. 171), “a expressão direitos fundamentais está ligada à busca de realização do Estado democrático, à proteção e à promoção dos direitos básicos da pessoa humana”. Szaniawski (2005, p. 100), por sua vez, entende que esses direitos, além de protegerem o indivíduo contra o Estado, são “legítimos preceitos para a realização da vida social, possuindo um elevado significado para as relações entre os particulares”.

Cabe salientar que esses direitos, em que pese serem tratados como direitos positivados, possuem uma carga moral, justamente por incorporação de direitos fundamentais de valores morais, a exemplo da dignidade humana, a igualdade ou a liberdade (VIEIRA, 2006; ALEXY, 2008). Esses direitos possuem características comuns que os identificam, tais como: Historicidade, Universalidade, Inalienabilidade, Imprescritibilidade, Irrenunciabilidade, Interdependência e Indivisibilidade (CUNHA-JÚNIOR, 2008).

A principal diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais, para Nunes Júnior (2009, p. 24), não consiste no instrumento formal que os hospedam, mas “na função que estão dispostos a cumprir”. Esse autor salienta que existem direitos que estão tanto nos diplomas internacionais como nas constituições, e, sob a perspectiva do conteúdo, o significado é o

indenização compensatória. Análise de cada um dos Artigos impugnados da Convenção nº 158/OIT (Artigos 4º a 10).

(ADI 1480 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 04/09/1997, DJ 18-05-2001 PP-00429 EMENT VOL-02031-02 PP-00213).

mesmo, mas, sob a perspectiva da função, quando “previsto na ordem interna, consagrará um direito, uma prerrogativa ou uma liberdade, podendo inclusive ser judicializado”.

Nesse sentido, atenta Vieira (2006, p. 47) que “o reconhecimento expresso ou implícito pela Constituição de um direito fundamental tem como consequência colocá-lo no topo da hierarquia das escolhas públicas”. Sobre isso, Amaral (2011, p. 107) evidencia que são várias as teorias dos direitos fundamentais, dentre elas estão a liberal, a institucional e a axiológica – “as diferentes teorias dão contornos e extensões diversas aos direitos fundamentais, estabelecendo hierarquia e prevalência de uns direitos sobre outros”.

Para Alexy (2008, p. 85-87), “as normas de direitos fundamentais não são raras caracterizadas como princípios”, destacando ainda que, sem a distinção entre princípios e regras, “não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico”. Esse autor entende que os direitos fundamentais são normas que possuem como espécies regras e princípios.

2.2 NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: REGRAS E PRINCÍPIOS

No entendimento de Bobbio (2010, p. 15), “a melhor maneira de se aproximar da experiência jurídica e compreender seus traços característicos é considerar o direito como um conjunto de normas ou regras de conduta”; dessa forma, diante de uma norma jurídica, pode-se questionar sobre a eficácia, justiça e validade (ibid., p. 37).

No que tange à eficácia, o mencionado autor acentua que esta deve ser analisada desde o comportamento da sociedade e dos seus interesses, a partir da análise histórica e sociológica de um determinado local, para que, dessa forma, seja possível evidenciar a aplicação dessas normas jurídicas (BOBBIO, 2010, p. 44). Informa ainda que essa mudança de perspectiva, para a análise do direito, justifica-se a partir da percepção de que o direito consuetudinário surge como expressão das necessidades de um povo, que, muitas vezes, não é expressa diante do direito imposto pelo “grupo dominante”, representado pela lei (ibid., p. 56).

No mesmo sentido, Engisch (2001, p. 148-9) entende que, apesar das técnicas elementares de interpretação – gramatical, sistemática e teleológica – utilizadas para sanar alguma questão duvidosa, é de suma importância que o jurista, ao interpretar, desperte para

uma análise extensiva que englobe todo o contexto filosófico, político e cultural, visando a real compreensão contextualizada da lei.

O referido autor divide o estudo em direito subjetivo e direito objetivo, entendendo este como fundamentado em regras jurídicas que abrange a noção de norma jurídica atributiva, e aquele como o poder ou legitimação conferida pelo Estado. Compreende ainda que as regras jurídicas “exprimem uma vontade da comunidade jurídica do Estado ou do legislador. Esta se dirige a uma determinada conduta dos súditos, exige esta conduta com vistas a determinar a sua realização” (ENGISCH, 2001, p. 38).

Em um momento anterior, consolidou-se a ideia de que normas deveriam expressar uma clareza e segurança jurídica absoluta, garantindo uma decisão judicial que não coubesse interpretação divergente, assim uma concepção de que o juiz seria o “escravo da lei”. Com a crise do positivismo e com a percepção de que as leis precisariam corresponder às demandas de uma sociedade cada vez mais dinâmica, os tribunais foram se “libertando” e passaram a ter mais autonomia para interpretar a lei em conformidade com o contexto social da época (ENGISCH, 2001, p. 207).

Nota-se que o então denominado “neoconstitucionalismo” representou a manifestação da crise do positivismo e a instauração do pós-positivismo jurídico, calcado na reaproximação das Constituições de substrato ético dos valores sociais e abriu “espaço para o reconhecimento da força normativa da Constituição e de uma nova interpretação constitucional de base principiológica” (SOARES, 2010, p. 126).

Os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais são expressões da aquisição da autonomia do órgão julgador em face da legislação. Entende Engisch (2001, p. 208) que esses conceitos trazem como característica a incerteza de sua medida e da sua extensão.

Conforme salienta Neves (2013, p. 18):

Enquanto os princípios abrem o processo de concretização jurídica, instigando, à maneira de Hidra, problemas argumentativos, as regras tendem a fechá-lo, absorvendo a incerteza que caracteriza o início do procedimento de aplicação normativa. A incerteza é qualificada, e a complexidade torna-se relativamente estruturada (ou estruturável) por força dos princípios jurídicos, pois eles dão certos contornos e pontos de referência – ancorados em expectativas normativas presentes na sociedade e diretamente envolvidos no processo – à discussão travada na busca de solução do caso, mas só as regras viabilizam a transformação da incerteza do ponto de partida à certeza obtida com a decisão. Só as regras levam à redução de complexidade ou à seleção suscetível de determinar a solução do caso.

Diante da distinção entre princípios e regras, é necessário iniciar a discussão pelo debate de tipos normativos, para, dessa forma, ser possível a sua caracterização. Nesse sentido, entende-se que os princípios e as regras situam-se “no plano da norma (do significado), entre os planos do texto normativo (significante) e do fato jurídico (referente)” (NEVES, 2013, p. 5).

Orienta Ávila (2008, p. 40) que “as regras possuem um elemento frontalmente descritivo, ao passo que os princípios apenas estabelecem uma diretriz”. E ainda destaca que, apesar desse caráter “absoluto” das regras, ao contextualizá-las, diante das considerações específicas de cada caso, é possível perceber que a sua destinação pode ser completamente modificada.

Diametralmente oposto, Alexy (2008, p. 91) compreende que os princípios são “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, que são “mandamentos de otimização”⁴; enquanto que as regras “são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas.”

Diante do conflito entre regras, não seria possível solucionar com ponderação, apenas seria solucionado “se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida”. Porém, diante de uma colisão entre princípios, “um dos princípios terá que ceder”, mas não significa que o cedente será declarado inválido, apenas que, na análise do caso concreto, um dos princípios possui um “peso” maior e deverá prevalecer para solucionar o caso (ALEXY, 2008, p. 92-4).

Tanto os princípios quanto as regras, segundo parecer de Neves (2013, p. 128), tratam de normas abstratas, e o que as diferenciam é o grau de generalidade e abstração. Entende-se que os princípios expressam em seu conteúdo as “expectativas normativas com pretensão de validade moral, valores- preferência ou valores: identidade de grupos”.

Essa expressão valorativa, em muitos casos, apresenta-se de forma conflituosa, pois ao analisar o contexto sociocultural de uma determinada sociedade, esses valores diferenciar-se-ão a depender do grupo, justificado pela existência de uma sociedade divergente e plural (NEVES, 2013).

Dessa forma, acentua-se que é incontestável a importância dos princípios para a flexibilização dos entendimentos e para trazer a melhor resposta que se adeque caso a caso, todavia, faz-se necessário ter limite diante da utilização daqueles como justificativa para que

⁴ Para Alexy (2008, p. 90), os princípios são mandamentos de otimização, pois “são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo dato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”.

não seja refletida uma insegurança jurídica “incontrolável”. Do mesmo modo, não se deve utilizar de forma excessiva as regras para não limitar a interpretação e, dessa forma, não ser possível resolver os problemas sociais complexos. Propõe-se que, para a melhor resolução de um “caso”, torna-se necessária a ponderação entre o uso dos princípios e o uso das regras (NEVES, 2013).

Nesse sentido, a Apelação Cível 58755-7, 5ª Câmara Cível, Pernambuco, em que o relator Joaquim de Castro, rejeita o pedido de nulidade pela não utilização de formas processuais, por entender que o apego à forma não deve sobrepor ao ideal de justiça, e defere a retificação do registro civil de nascimento, em suas palavras, de um “hermafrodita” após a realização da cirurgia, *in verbis*:

Na interpretação hodierna do princípio da instrumentalidade do processo pelo exegeta, o apego à forma, que haverá de se ter na formação do processo, não será daquele que se sobreponha ao ideal de justiça, se por outros meios, "aunque" de forma de nulidade do processo, por não se ter seguido cânones sacramentais, que se rejeita. Mesmo a teor do artigo 58 da lei 6.015/73, o pré-nome e o sexo anotados primitivamente, serão retificados no documento registral, se constatado que o transexual, hermafrodita, em regular técnica cirúrgica, quedou-se pelo sexo que, afinal, lhe restou preponderante.

Essa decisão demonstra a importância dos princípios na flexibilização dos entendimentos, com o objetivo de garantir a efetivação⁵ da dignidade da pessoa da pessoa humana, no caso específico de uma pessoa intersexual.

2.3 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – UM CONCEITO INDETERMINADO

No que tange à conceituação, Sarlet (2011) atenta para a dificuldade em alcançar um conceito satisfatório de “dignidade da pessoa humana” e em estabelecer um rol exaustivo de violações da dignidade.

A esse respeito, Castán (2007) reforça essa dificuldade pelo entendimento do significado de dignidade, cuja compreensão se mostra em uma categoria pluridisciplinar e pluridimensional.

⁵ Consoante Barroso (2004, p. 247), o princípio da efetividade, em que pese ser um princípio relativamente recente, traduz uma preocupação do constitucionalismo que se situa “no plano da realidade, fora da teoria convencional”. É justamente a concretização da norma que atingiu a sua finalidade no momento em que foi aceito pela sociedade.

Na acepção de Immanuel Kant (2003), o conceito de dignidade estaria estreitamente vinculado ao conceito de liberdade, pois a autonomia seria essencial para a dignidade da pessoa humana.

Nesse diapasão, afirma Sarlet (2011) que a garantia do direito à liberdade é o fundamento principal para a concretização da dignidade, ressaltada a importância de garantir a dignidade da pessoa humana ao absolutamente incapaz. Essa posição é defendida por Aftalión, Olano e Vilanova (1956), para quem o direito à liberdade (direito à vida, à integridade corporal, à liberdade etc.) seria um direito subjetivo, que dependeria da vontade do titular para sua garantia e efetividade.

Acentuam Barroso e Maciel (2012, p. 37) que “no mundo contemporâneo, a dignidade humana tornou-se o centro axiológico dos sistemas jurídicos, a fonte dos direitos materialmente fundamentais, o núcleo essencial de cada um deles”. E ainda destacam que, no plano dos direitos individuais, a dignidade “se expressa na autonomia privada, que decorre da liberdade e da igualdade das pessoas”, corroborando o entendimento kantiano a esse respeito.

A dignidade da pessoa humana, apesar de não ter um conteúdo exato, possui um conteúdo mínimo, e sobre este, Barroso e Maciel (2012, p. 37) sinalizam que a autodeterminação individual e o direito ao igual respeito e consideração são núcleos essenciais que integram este conteúdo. Evidenciam que “as pessoas têm o direito de eleger seus projetos existenciais e de não sofrerem discriminações em razão da sua identidade e de suas escolhas”.

Conforme evidencia Fachin (2005, p. 61), “esses pilares, que delimitam a dignidade da pessoa humana, se aproximam dos direitos da personalidade, os quais, quando integrados, compõem uma noção que pode ser dita como conformadora da dignidade humana”.

Nessa esteira, pode-se destacar que o conteúdo da dignidade parte de duas perspectivas: como autonomia; e como heteronomia. A dignidade como autonomia envolve justamente “a capacidade de autodeterminação, o direito de decidir os rumos da própria vida e desenvolver livremente a própria personalidade” (BARROSO; MACIEL, 2012, p. 39).

Enquanto a dignidade como heteronomia “não é compreendida na perspectiva do indivíduo, mas como uma força externa a ele, tendo em conta os padrões civilizatórios vigentes e os ideais sociais do que seja uma vida boa” (RODRIGUES, 2007, p. 42).

Sarmiento (2010, p. 270), por sua vez, entende que “a dimensão da solidariedade também é uma emanção do princípio da dignidade da pessoa humana”. Para esse autor, o conteúdo essencial da dignidade humana parte de três premissas: igualdade, liberdade e solidariedade.

A noção de dignidade da pessoa humana é o que fundamenta todos os direitos humanos, e reconhece o alto grau de subjetivismo que suporta o termo “dignidade da pessoa humana”; trata-se de um termo de larga importância e reconhecido pela Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da Unesco (GONZALO, 2009, p. 131).

Esse reconhecimento fortaleceu esse conceito, sobretudo para a sua inserção enquanto princípio fundamental na Constituição Federal de 1988, como assevera Felipe (1996, p. 67): “significa representá-la empiricamente. Agregando-se nas normas infraconstitucionais e nas próprias normas constitucionais, dados da experiência social”; o que implica a obrigatoriedade de sua carga axiológica, segundo orienta Borges (2007), e a sua relação com a concretização do princípio da liberdade individual (CASTÁN, 2007).

Para SOARES (2010, p. 137), o princípio da liberdade individual se “desdobra em inúmeros outros princípios e regras constitucionais, conformando um arcabouço de valores e finalidades a ser realizado pelo Estado e pela sociedade civil”. Esse autor ainda destaca que esses valores são utilizados como base para concretizar os direitos fundamentais que estão garantidos na Carta Magna, e, ainda, nas normas infraconstitucionais.

Como garantia do princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da Não Discriminação, inserido no texto da DUDH, opera como condição e pressuposto para o pleno exercício dos Direitos Humanos nele enunciados (MEIRELES, 2009, p. 77). Esse princípio suporta alta carga garantista do princípio da Isonomia na atuação da proteção da criança com intersexo, que ainda tem de ser percebida como igual às outras crianças. Ou seja, deve ser concebida como “ser humano, devendo ter sua integridade e desenvolvimento assegurados” (CANGUÇU-CAMPINHO, 2009, p. 1158).

Segundo Lima Neto (2008, p. 83)⁶ as “condutas discriminatórias, sejam aquelas contrárias à lei, sejam aquelas praticadas com apoio em uma norma discriminatória, as quais seriam inválidas justamente porque nesse ponto estariam ferindo a Carta Política”. Entende-se, com isso, que a “garantia de um tratamento não discriminatório está intrinsecamente conectada com a proteção da personalidade e da dignidade humana, inserindo-se no rol dos direitos da personalidade”.

Adverte Santos (2003, p.18) que “as pessoas e os grupos sociais têm o direito de ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferente, quando a igualdade os

⁶ Neste sentido, Fachin (2004, p.180) sustenta que “A vedação constitucional à discriminação em razão de sexo, idade, cor, raça ou religião, aliada ao princípio da igualdade configuram parcela substancial da proteção jurídica da dignidade humana, fundada no respeito aos atributos pessoais, à liberdade, à integridade e à autonomia corporal”.

descaracteriza”. Esta afirmação traduz o real objetivo dos direitos humanos, que está preocupado em garantir um tratamento especial àqueles que estão em condição de vulnerabilidade, como é o caso das crianças, que estão em fase de desenvolvimento, e que, por isso, demandam do Estado e da sociedade um cuidado/ preocupação especial.

2.4 DO RESPEITO ÀS DIFERENÇAS: A NOÇÃO DE PLURALISMO.

A Constituição Federal de 1988 adotou como um dos seus fundamentos, juntamente com a dignidade da pessoa humana, o pluralismo político. Para Teixeira (2010, p. 87), estes fundamentos são a base que consolidam o significado de autonomia privada. Destaca a autora que, ao reconhecer o pluralismo como um dos fundamentos da República Federativa, implicou a aceitação, “pelo texto constitucional, de uma multiplicidade das visões de mundo, que acarretam a possibilidade de cada pessoa construir uma concepção própria do que seja bom para si”. Essa noção de respeito à diversidade abrange diferentes áreas: religião, política, cultura; bem como as singularidades existenciais.

Maria Helena Diniz (1998, p. 612) conceitua pluralismo político como a “teoria que se opõe à concentração de poderes em um só poder central, propugnando a descentralização e a limitação do poder”. No entanto, destaca Pinto-Júnior que o Pluralismo político não se limita à existência da pluralidade de partidos políticos ou forças sociais, mas abrange o respeito à diversidade e a construção identitária de cada indivíduo.

Com base na acepção de Habermas (2002, p. 19), “com a passagem para o pluralismo ideológico nas sociedades modernas, a religião e o *ethos* nela enraizado se decompõem enquanto fundamentos públicos de validação de uma moral partilhada por todos”.

Dessa forma, neste Estado democrático, onde a pluralidade é validada pelo próprio Estado, “a inclusão do outro significa que as fronteiras da comunidade estão abertas a todos – também e justamente àqueles que são estranhos um ao outro – e querem continuar sendo” (HABERMAS, 2002, p. 8).

Essa perspectiva de respeito mútuo às diferenças, para Cittadino (2009, p. 93), “é configurado de tal maneira na sociedade contemporânea que não nos resta outra alternativa senão buscar o consenso no meio da heterogeneidade, do conflito e da diferença.” A citada autora conceitua pluralismo como:

[...] uma concepção vinculada à figura do indivíduo, enquanto ser capaz de agir segundo a sua concepção sobre a vida digna. Em outras palavras, os liberais contemporâneos estabelecem uma vinculação entre pluralismo e individualidades diferenciadas por concepções de bem distintas. Importa ressaltar, entretanto, que a ideia de pluralismo não se restringe à diversidade das concepções individuais sobre a vida digna que caracteriza a sociedade moderna. O pluralismo possui uma outra dimensão, que está associada não à diversidade das concepções individuais sobre o bem, mas à existência de uma pluralidade de identidades sociais, que são específicas culturalmente e únicas do ponto de vista histórico (CITTADINO, 2009, p. 100).

Wolkmer (2001, p. 176), por sua vez, aponta que, ao admitir o pluralismo, a sociedade tratou de “admitir a diversidade de seres no mundo, realidades díspares, elementos ou fenômenos desiguais e corpos sociais semiautônomos, irreduzíveis entre si”; [...] “o sistema pluralista provoca a difusão, cria uma normalidade estruturada na proliferação das diferenças, dos dissensos e dos confrontos”.

Neste sentido, reforça Warat (1994, p. 22) que o Estado de Direito “fracassa” na medida em que “fecha as práticas feitas em seu nome a todo desenvolvimento produtivo dos antagonismos sociais”, destaca ainda que “o sentido democrático de uma forma social pode-se perder se as dimensões simbólicas organizadas por sua lei têm aversão a tudo quanto é novo, rejeitam o devir, sempre incerto e conflitivo das práticas sociais” (WARAT, 1994, p. 23).

Para Pinto-Júnior, o pluralismo político (2011, p. 44) “é uma espécie de bússola inserida nas Constituições dos Estados Democráticos de Direito na Era Contemporânea, exercendo uma função primordial de ordem política e jurídica, preservando as diferenças entre os membros da sociedade”. Nesse contexto de entendimento do ser humano como sujeito de Direito, possibilitou-se a abertura da discussão do direito civil a partir de uma perspectiva não patrimonialista (PERLINGIERI, 2002), bem como uma releitura deste direito a partir dos princípios consagrados na Constituição Federal.

2.5 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

Por muito tempo, afirmou-se que o Código Civil era a disciplina legal que regia as relações privadas, e que o direito público, por sua vez, não poderia interferir na esfera privada. Neste sentido, Tepedino (2008, p. 3) expõe que “a crença do individualismo como verdadeira religião” marca as codificações do século XIX e, portanto, o nosso Código Civil de 1916.

Tal situação foi pouco a pouco sendo modificada a partir dos anos 30, no Brasil, com a promulgação de uma série de leis extravagantes que versavam sobre as relações privadas, mitigando o caráter exclusivo do Código Civil em tratar sobre o tema. “Os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade: a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família”; matérias tipicamente tratadas pelo Direito Privado, mas que passaram a integrar à ordem Constitucional (TEPEDINO, 2008, p. 5-7).

Para Tepedino (2008, p. 7) “a legislação especial é o instrumento dessa profunda alteração, avalizada pela Constituição”. Neste contexto, o Código Civil, ainda disciplinava, sob uma ótica mais conservadora, as situações gerais, enquanto que as legislações especiais versavam sobre questões jurídicas específicas, sob uma ótica intervencionista, subtraindo do Código determinados setores da vida privada.

Destaca Steinmetz (2005, p. 26) que “a vinculação dos particulares a direitos fundamentais como objeto da jurisprudência e da dogmática constitucionais tem origem na República Federal da Alemanha na década de 50 do século XX”.

Neste sentido, Fachin (2005, p. 63) aponta que “a doutrina vem gradativamente acolhendo essa perspectiva de aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais às relações privadas, haja vista que ela é derivada da própria natureza intrínseca da dignidade da pessoa humana”.

Frente ao princípio de interpretação, Lobo (2011, p. 22) salienta como sendo “uma das mais importantes contribuições constitucionalistas nas últimas décadas”, cuja base é a busca pela compatibilização da Constituição às normas infraconstitucionais, consagrando como uma nova fase de interpretação do Código Civil.

Segundo Tepedino (2008, p. 8), a Constituição “retrata uma opção legislativa concordatária, em favor de um Estado Social destinado a incidir, no que concerne às relações jurídicas privadas, sobre um direito civil repleto de leis especiais, chamadas de estatutos”.

Na percepção de Pierlingieri (2002), esses estatutos disciplinam matérias outrora exclusivas do Código Civil, que, conforme salienta Borges (2007, p. 86), “foi perdendo, assim, sua posição central no direito civil”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), o Código de Defesa do Consumidor (CDC) e o Estatuto da Terra são alguns dos exemplos de legislações especiais que foram promulgadas e que trataram das relações privadas “na esteira do texto constitucional, que impõe

inúmeros deveres extrapatrimoniais nas relações privadas, tendo em mira a realização da personalidade e a tutela da dignidade da pessoa humana” (TEPEDINO, 2008, p. 10).

A interpretação do Código Civil sob o prisma da Constituição permitiu uma nova “roupagem” de direito civil, “muitos deles defasados da realidade contemporânea e, por isso mesmo, relegados ao esquecimento e à ineficácia, repotencializando-os, de modo a torná-los compatíveis com as demandas sociais e econômicas da sociedade atual” (TEPEDINO, 2008, p. 21). Essa repotencialização está relacionada ao processo de ressignificação do direito no seu tempo e lugar, isto é, diz respeito à natureza relativa do direito na sociedade. Referindo, igualmente, à força do eixo Constitucional enquanto código de interpretação de direito no novo momento da Democracia.

Nesse sentido, assevera Fachin (2003, p. 218) que o Código Civil deve ser entendido “como ‘serviço da vida’, a partir de sua real raiz antropocêntrica, não para repor em cena o individualismo do século XVIII, nem para retomar a biografia do sujeito jurídico da Revolução Francesa, mas sim para se afastar do tecnicismo e do neutralismo”.

Na perspectiva de Lobo (2011, p. 23), “o advento do novo código traz à baila essas demarcações conceituais, imprescindíveis à sua interpretação adequada. Significa dizer que suas normas não de ser interpretadas em conformidade com os princípios e regras”, estabelecidas pela Constituição de 1988. Os valores estabelecidos para a família pelo ordenamento jurídico são inteiramente diferentes dos que “predominavam na sociedade brasileira na época em que se deu a redação do capítulo relativo ao pátrio poder do Código de 1916, que, em grande medida, manteve-se no capítulo destinado ao poder familiar para a família do século XXI”.

Considerando esse contexto, salienta Fachin (2003, p. 133) que “a ‘repersonalização’ tanto diz respeito ao modo de pensar o Direito quanto à inserção de outro sentido do sujeito de direito, diverso do sistema clássico, que foi calcado em uma abstração, em um corte da realidade”. Para esse autor, o movimento de repersonalização do Direito Civil representa a valorização do homem enquanto sujeito de direito, a quem lhe deve ser assegurado o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nessa perspectiva, Carvalho (1981, p. 90) propõe que:

A ‘repersonalização’ do direito civil – seja qual for o invólucro em que esse direito se contenha –, isto é, a acentuação da sua raiz antropocêntrica, da sua ligação visceral com a pessoa e os seus direitos. Sem essa raiz, um tal direito é ininteligível, não tanto porque o grosso das instituições civilísticas apela ainda para a autonomia da vontade, pelo menos na forma da liberdade de conclusão, mas principalmente

porque o civismo ou civilismo é uma ideia que ou já não tem qualquer nexos ou tempo justamente por ser o círculo da pessoa.

Em consonância a essa proposição, Perlingieri (2002, p. 33) assevera que, para quem a despatrimonialização do Direito Civil inaugurou uma releitura do ordenamento jurídico, “vai concretizando, entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim a si mesma, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores)”. Para esse autor, a prevalência da pessoa sobre o valor patrimonial gerou como consequência uma reconstrução do sistema para que fosse possível efetivar essa garantia.

As teorias que distinguem direito público e privado datam do direito romano, e, “ao longo da história, enquanto alguns defenderam que todo direito se encaixa num ou noutro ramo dessa divisão fundamental, outros a consideraram arbitrária ou sem fundamentação suficiente” Para o estudo dos direitos da personalidade, é fundamental a análise, ainda que não seja aprofundada, das teorias que distinguem direito público e privado e as implicações destas teorias (BORGES, 2007, p. 74).

Ainda paira uma clássica distinção que separa os Direitos Humanos e os direitos fundamentais dos direitos da personalidade: os dois primeiros como direitos públicos; e os últimos como direitos privados (DELGADO, 2006).

Essa classificação acarreta dificuldades para a proteção plena da pessoa humana, haja vista a inviabilidade de entender a complexidade e o alcance dos direitos da personalidade em função de sua restrição à concepção privada, sem que sejam vinculados aos direitos humanos e aos direitos fundamentais (TEPEDINO, 2008; SÁNCHEZ, 2010).

Nesse sentido, Oliveira e Muniz (1980, p. 228) garantem ser necessário “vincular a noção de direitos da personalidade à noção de direitos do homem”, com o fito de conferir a real amplitude aos direitos da personalidade.

De acordo com a acepção de Canotilho (2003), os direitos fundamentais, cada vez mais, tendem a ser direitos de personalidade e vice-versa. As características dos direitos fundamentais, quais sejam: Historicidade, Universalidade, Inalienabilidade, Imprescritibilidade, Irrenunciabilidade, Interdependência e Indivisibilidade (CUNHA-JÚNIOR, 2008), alinham-se com as características dos direitos da personalidade, que seriam, segundo Orlando Gomes (1996), imprescritíveis, intransmissíveis, impenhoráveis, extrapatrimoniais, absolutos, vitalícios e necessários. Nesse contexto, ao analisar ambas as características em conjunto, percebe-se uma complementaridade entre os direitos fundamentais e os direitos da personalidade.

2.6 TEORIA GERAL DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

No tocante à teoria geral dos direitos da personalidade, Pontes de Miranda (1955, p. 7) pontuou que “começou, para o mundo, nova manhã do direito”. Aguiar (2008, p. 86-7) assevera que “vários aspectos da personalidade, a saber: a vida, a honra, a imagem, a intimidade, o corpo”, fazem parte do conjunto de direitos englobados na dignidade da pessoa humana (VERA, 2012).

Segundo Amaral (2008, p. 283-312), os direitos da personalidade tutelam os direitos subjetivos, e visa à proteção “de valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual”, sendo classificados como: direito à integridade física (direito à vida e direito ao próprio corpo); direito à integridade intelectual (direito autoral); e direito à integridade moral (direito à identidade pessoal, direito à honra, direito ao recato, direito à imagem e direito ao nome).

Os direitos supracitados são caracterizados como inatos, absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios necessários e oponíveis erga *omnes* (GOMES, 1966; BITTAR, 2008). O Código Civil, no capítulo dos direitos da personalidade, art. 11, determinou que esses direitos são irrenunciáveis e intransmissíveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária. Sobre este ponto a doutrina moderna entende pela relativização da disponibilidade destes direitos, desde que se tenha o mínimo existencial garantido, e que tenha como limite a dignidade da pessoa humana (BORGES, 2007).

Acrescenta Groeninga (2006) que os direitos da personalidade representariam uma proteção ao indivíduo de qualquer ato que venha pôr em risco sua integridade física ou moral.

Enquanto conjunto de atributos humanos, entende Lima Neto (2008, p. 79) que, nesse repertório da personalidade, estão incluídos “aspectos morais e psicológicos que exigem respeito à dignidade dos membros da espécie humana”. A violação desse respeito à dignidade provoca um agravo que pode ser moral ou material e, uma vez efetivado, gerará uma compensação indenizatória (LIMA NETO, 2008).

Entende CUPIS (2008, p. 24) que os direitos da personalidade estão vinculados aos “direitos essenciais”, os quais são “certos direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto”.

Tais direitos são concebidos por Bittar (2008, p. 1) da seguinte forma: “consideram-se como da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previsto no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem”.

A categoria dos direitos da personalidade surgiu a partir da segunda metade do século XIX, nas doutrinas germânicas e francesas: “compreendem-se sob a denominação de direitos de personalidade, os direitos atinentes à tutela da pessoa humana, considerados essenciais à sua dignidade e integridade” (TEPEDINO, 2008, p. 26).

Na percepção de Perlingieri (2002, p. 19) os direitos de personalidade “consistem na proteção dos atributos da personalidade humana”. Esse autor acrescenta que a personalidade “não é um direito, mas um valor (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela” (id., p. 115).

Nesse sentido, Pereira (2014, p. 204) destaca que estes direitos “embora de expressão econômica intrínseca, representam para o seu titular um alto valor, por se prenderem a situações específicas do indivíduo e somente dele”.

Há de se tornar notável que “o reconhecimento dos direitos da personalidade como categoria de direito subjetivo é relativamente recente, porém sua tutela jurídica já existia na antiguidade, punindo ofensas físicas e morais à pessoa, através da *actio injuriarum*, em Roma” (DINIZ, 2010, p. 118).

Ocorre que, no Direito Romano, para ter personalidade jurídica completa, duas condições eram essenciais: uma natural, relativa ao nascimento perfeito; e outra civil, relativa ao ‘*status*’ da condição civil de capacidade “de direito”. Esta requeria liberdade, cidadania e família; enquanto que naquela condição, escravo não era cidadão; atualmente, basta ser humano para ser pessoa (CRETELLA-JÚNIOR, 2003, p. 62; FIUZA, 2003).

Miguel Reale (2013), ao tecer considerações sobre o novo Código Civil, evidencia a importância da adequação das transformações históricas de uma determinada sociedade, contribuindo para as modificações dos direitos da personalidade, vinculando, neste sentido, cada direito da personalidade com um valor fundamental diverso, para cada civilização.

Na perspectiva de Fachin (2005, p. 53-4), “não é possível, na contemporaneidade, se fazer uma análise mais ampla dos direitos da personalidade desvinculada de um exame de proteção da dignidade humana e dos direitos a ela correlatos”, apesar de se encontrarem codificados. Esse autor reforça dizendo que optar por este caminho significa “sustentar a impossibilidade de uma visão puramente privatista de direitos da personalidade, desvinculada

dos direitos do homem, e pressupõe um exame acurado da fundamentação da dignidade da pessoa humana que subjaz aos direitos da personalidade”.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p.180-193) entendem como direitos da personalidade aqueles que visam à proteção dos atributos “físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais”, classificando estes direitos em: proteção à vida e a integridade física (corpo vivo, cadáver, voz); proteção à integridade psíquica e criações intelectuais (liberdade, criações intelectuais, privacidade, segredo); integridade moral (honra, imagem, identidade pessoal).

Os direitos da personalidade estão categorizados por Orlando Gomes (1966) como: Direito à Integridade Física – subdividido em direito à vida, direito sobre o próprio corpo e direito ao cadáver – e Direito à Integridade Moral – que se subdivide em direito a honra, direito à liberdade, direito à imagem, direito ao nome e direito moral do autor.

De acordo com Borges (2007), os direitos da personalidade não constituem rol taxativo, mas uma série aberta de direitos, com fundamento no artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal, que garante a proteção de qualquer situação que venha a expor a dignidade da pessoa humana (PERLINGIERI, 2002; BITTAR, 2008; ZANINI, 2011).

A impossibilidade de exaurir as possíveis violações aos direitos da personalidade decorreria da evolução e constante mutação da sociedade que geram situações inéditas demandando a proteção do Estado (BORGES, 2007).

A esse respeito, Lima Neto (2008, p. 81) assevera que admitir essa condição taxativa seria “aceitar o enjaulamento da personalidade e restringir o caminhar evolutivo do homem, que, a cada passo que dá, precisa de garantias e proteção para ir mais além, defendendo-se daqueles que teimam em frear a sua caminhada, sejam outros homens”. Por essas razões, revela Perlingieri (2002, p. 155):

Devem ser superadas as discussões dogmáticas sobre a categoria do direito (ou dos direitos) da personalidade. Nestas discussões controvertia-se principalmente sobre a possibilidade de assimilar a personalidade à categoria (em aparência “geral”, e, portanto, vista – sem razão – como “universal”) do direito subjetivo, como tinha sido elaborado pela tradição patrimonialística.

A presente dissertação entende que a utilização destas categorias tem importância metodológica e didática, bem como a importância de cada categoria e da interação entre as categorias, consoante a interdependência, característica dos direitos fundamentais. Assim, é ordem neste trabalho o entrelaçamento entre o estudo da proteção da criança com intersexo –

diante das questões pertinentes ao sexo de criação – confrontando a decisão da definição do sexo de criação com a análise do direito ao próprio corpo e ao direito à identidade.

O capítulo que segue se encarrega de estabelecer uma aproximação com a temática, tomando como foco dissertativo as crianças enquanto sujeitos de direito.

3 A CRIANÇA COMO SUJEITO DE DIREITO

Neste capítulo, toma-se como objeto de estudo o processo histórico evolutivo das crianças enquanto sujeitos de direito; cuja análise fundamental perpassa pelo entendimento do direito civil no que tange à autonomia da criança, bem como de que forma esta autonomia é tratada pela bioética e as suas implicações diante do poder familiar. Também serão trabalhados o conceito de capacidade civil e os limites do poder familiar.

3.1 OS DIREITOS HUMANOS DAS CRIANÇAS: UM BREVE HISTÓRICO

Influenciada pelos princípios que regem a Declaração Universal de Direitos Humanos, a Assembleia Geral da ONU aprovou a Declaração dos Direitos das Crianças (DDC) em 1959, “constituindo esse documento um verdadeiro divisor de águas, pois a criança passou a ser vista como sujeito de direitos, abandonando-se o conceito de que era objeto de proteção” (ROSSATO, 2014, p. 50).

A Declaração de 1959 “apresenta o problema dos direitos da criança como uma especificação da solução dada ao problema dos Direitos” (BOBBIO, 2004, p. 34), assim, “os direitos da criança são considerados como um *ius singulare* com relação a um *ius commune*; o destaque se dá a essa especificidade, através do novo documento, deriva de um processo de especificação do genérico”.

Em que pese à importância dada à DDC, a Assembleia Geral das Nações Unidas percebeu a necessidade de um documento que tivesse coercibilidade, para evitar que os Estados-Partes descumpram os compromissos pactuados. Nesse contexto, a Assembleia Geral aprovou a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 1989, documento este com “força jurídica obrigatória, cujo cumprimento poderia ser exigido dos Estados-Partes” (ROSSATO, 2014, p. 60).

Vale salientar que, anteriormente a essa Convenção, outros documentos fizeram referência a alguns direitos das crianças, como a “Declaração Universal de Direitos do Homem, de 1948 (artigos 25 e 26), o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966 [artigos 10(3), 12(2) (a) e 13(2)], o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966 (artigos 23 e 24)” (DOLINGER, 2003, p. 85).

Nos dias atuais, os direitos da criança estão internacionalmente tutelados pela supracitada Convenção de 1989 (ROSSATO, 2014). A proclamação da Convenção sobre os Direitos da Criança (CDC), determinou que, as crianças, devido ao especial estado peculiar de desenvolvimento (MARTINEAU, 1999; FREEMAN, 1997), têm direito à ajuda e à assistência especial, e que a família deve receber a proteção e a assistência necessárias para desempenhar seu papel na comunidade.

No entendimento de Piovesan (2008), essa convenção acolhe a concepção da proteção integral da criança e a reconhece como verdadeiro sujeito de direitos e deveres em peculiar condição de desenvolvimento a exigir absoluta prioridade. Assim, a concepção contemporânea dos Direitos Humanos prevê direitos civis e políticos ao lado de direitos econômicos, sociais e culturais, partindo do entendimento que esses direitos são interdependentes e indivisíveis.

Tal convenção garante ainda medidas adequadas para a não discriminação e para ajuda apropriada aos pais na educação de seus filhos. Seus princípios norteadores estão elencados nos artigos 2º, 3º, 6º e 12 e são eles, respectivamente: a não discriminação; o melhor interesse da criança; o direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento; e o respeito pelas opiniões das crianças. Princípios esses essenciais para a proteção da criança e, neste trabalho especificamente, para a proteção da criança com intersexo.

A convenção estabelece como princípio norteador “o interesse maior da criança”, que significa a “obrigação dos Estados de respeitar as responsabilidades, direitos e obrigações dos pais de prover direção apropriada para o exercício, pela criança, dos direitos reconhecidos na Convenção, de uma forma consistente com a evolução das suas capacidades” (DOLINGER, 2003, p. 95).

Na perspectiva da formação de um sujeito responsável, “são necessárias condições básicas na família para que se dê o livre desenvolvimento da personalidade, por meio do processo de identificações”. Neste sentido, “a personalidade desenvolve-se sobre uma base corporal e apoia-se nas relações com os cuidadores – em geral a mãe e o pai que, por sua vez, precisam ser minimamente cuidados pelo Estado” (GROENINGA, 2006, p. 450).

No ordenamento jurídico brasileiro, os direitos humanos passaram a ocupar posição de supremacia com a Constituição Federal de 1988, que, nesse contexto, engloba como direitos fundamentais os direitos à vida, à saúde, à igualdade, à infância.

No capítulo intitulado: “Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso”, A constituição traz a inovação mais significativa quanto à proteção da criança e do adolescente, com a inclusão do artigo 227, que lhes assegura direito à saúde, à família, à

dignidade, entre outros, e impõe o dever à família, à sociedade e ao Estado de colocar a criança e o adolescente a salvo de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O artigo 227 da Constituição Federal obteve o peso de trezentas mil assinaturas de eleitores e mais dois milhões de assinaturas de crianças e adolescentes a partir da emenda popular denominada “Criança, Prioridade Nacional”, que ganhou certa irreversibilidade no Congresso Nacional. Essa emenda foi fruto da mobilização de um conjunto de instituições que incluía a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), a Sociedade Mineira de Pediatria, o Movimento Nacional dos Meninos de Rua, a UNICEF (*United Nations Children’s Fund*) e mais sete ministérios da área social que aderiram ao UNICEF e não deixaram dúvidas quanto aos anseios dos cidadãos por mudanças e pela remoção do antigo Código de Menores (COSTA, 2009).

Com a inserção do artigo 227 na CF, “a criança e o jovem se transformam em prioridades de Estado. A legislação pretende protegê-los da família desestruturada e dos maus tratos que venham a sofrer”. Nesse contexto de proteção aos direitos da criança e do adolescente e com a adoção do Estatuto da Criança e do Adolescente, o papel do Estado passa a ser redimensionado, em relação às políticas sociais facilitando o aparecimento das Organizações Não Governamentais – ONGs (PASSETI, 2004, p. 366).

O Estatuto da Criança e do adolescente (ECA), Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990, que entrou em vigor na data de 14 de outubro de 1990, surge seguindo a orientação principiológica da Constituição Federal, abandonando o termo “menor” que, para Nogueira (1966, p. 7), “não deixa de ser estigmatizante”.

Dentre os dos avanços trazidos pelo ECA em relação ao Código de menores, podemos destacar: o entendimento da criança e do adolescente enquanto sujeitos de direito, diferenciando-os do revogado Código de Menores, Lei nº 6.697/79, que tratava os menores como objetos de medidas judiciais (RIZINNI, 2000; MENDEZ, 2004); e a proteção a toda e qualquer criança e adolescente, diferente do que se previa o Código de Menores, que, no art. 2º, limitava sua aplicação a menores em situação de risco pessoal (NOGUEIRA, 1966). Nesse sentido, destaca Mendez (1994, p. 53):

Pela primeira vez, uma construção do direito positivo, vinculada à infanto-adolescência, rompe explicitamente com a chamada doutrina da ‘situação irregular’, substituindo-a pela doutrina da ‘proteção integral’, também denominada de ‘Doutrina das Nações Unidas para a proteção dos direitos da infância’.

O ECA impõe o Princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, constituindo verdadeiro emparelhamento com as diretrizes internacionais que entraram em vigor com a Convenção sobre os Direitos da Criança. O Estatuto garante à população infanto-juvenil condições para promoção de seu desenvolvimento físico, mental, moral, social e espiritual, com dignidade e liberdade (BRASIL, 1990). O desafio é colocar em prática as inovações trazidas por este Estatuto (MENDEZ, 1994). Nesse sentido, Veronese (1997, p. 15) infere:

O Estatuto da criança e do adolescente tem a relevante função, ao regulamentar o texto constitucional, de fazer com que este último não se constitua em letra morta. No entanto, a simples existência de leis que proclamem os direitos sociais, por si só não consegue mudar as estruturas. Antes há que se conjugar aos direitos uma política social eficaz, que de fato assegure materialmente os direitos já positivados.

O conceito de proteção integral é abrangente, refere-se “à vida, à saúde, à liberdade, ao respeito, à dignidade, à conveniência familiar e comunitária, à educação, à profissionalização, ao lazer e ao esporte” (ELIAS, 2005, p. 2). Destaca Sêda (1995, p. 24) que “na doutrina da proteção integral, o Direito, muito mais que dizer o que é justo (o que torna apenas retórico), define como buscar a justiça quando alguém a ameaça ou viola”. Essa busca à justiça não está apenas no judiciário, como determinava o código de menores, mas “está distribuída em todo o complexo social” (SÊDA, 1995, p. 24).

3.2 DA CAPACIDADE CIVIL

A capacidade de adquirir direito e contrair deveres é nomeada pela doutrina de “capacidade de direito ou de gozo”, atribuída a todo ser humano que nasce com vida. Porém, para adquirir a capacidade “plena”, é preciso conjugar a “capacidade de direito” com a “capacidade de fato ou de exercício”. Capacidade de fato ou de exercício “é a capacidade de exercer por si só os atos da vida civil” (DINIZ, 2010, p. 153).

O Código Civil de 2002 (CC/02) apontou dois tipos de incapacidade: o absolutamente incapaz, quando há proibição total do exercício destes direitos, gerando, em caso de violação, a nulidade do ato, sendo assim, os absolutamente incapazes os menores de 16 anos, ou os que, por algum motivo, não puderem exprimir a sua vontade; e os relativamente incapazes, quando há proibição parcial do exercício destes direitos, que pode gerar a anulação do ato, sendo

assim, os relativamente incapazes os maiores de 16 e menores de 18, os que por algum motivo tiverem seu discernimento reduzido e os pródigos (RODRIGUES, 2003).

No que tange aos menores de 16 anos, o entendimento é que, “devido à idade, não atingiram o discernimento para distinguir o que podem ou lhes é conveniente ou prejudicial. Por isso, os pais ou os tutores detentores do poder familiar, irão representar os filhos menores de 16 anos, ou assisti-los, se maiores de 16 anos e menores de 18 anos, consoante enunciado nº 138 da Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, que se alinha ao entendimento de Poder Familiar” (DINIZ, 2010, p. 157).

Destaca Aguiar (2012, p. 87) que o ordenamento jurídico brasileiro reconhece maioridades diversas a depender da área de conhecimento, a saber: “civil, penal, eleitoral, trabalhista, empresária (equivalente à maioria civil – art. 972, CC) e estatutária (criança e adolescente) em decorrência do sistema civil *law* ao qual pertence o ordenamento jurídico brasileiro”.

O ordenamento jurídico, ao fixar essas bases limítrofes para atingir a capacidade e, assim, “praticar pessoalmente os atos atinentes ao macrosistema privado, representado pelo Código Civil ou aquele microsistema jurídico específico entre os já referidos”, não leva em consideração “se, eventualmente, para determinado indivíduo em particular a maturidade ontológica ocorra em apartado da maioria legalmente indicada” (AGUIAR, 2012, p. 87).

Segundo Aguiar (2012, p. 88), “a escolha legislativa se dá, certamente, em razão da necessidade de ofertar-se aos cidadãos, sob a égide da lei, segurança jurídica de que os atos praticados com a pessoa em idade maior são plenamente válidos”, mas essa autora observa criticamente que “essa segurança jurídica baseia-se, precipuamente, no campo do direito civil na atividade envolvendo atos e negócios jurídicos, de forte cunho econômico.”.

Dessa forma, para Aguiar (2012, p. 88):

[...] no tocante aos atos pertinentes ao seu próprio corpo e à sua vida, portanto, que dizem de perto com os direitos de personalidade correspondentes, a pessoa deve ter reconhecida, igualmente, uma maioria específica legalmente fixada, a qual possibilite a tomar as decisões que bem lhe aprouver no tocante a esses bens.

Percebe-se que, em que pese o contínuo entendimento da capacidade legal para a efetivação da autonomia, faz-se necessário a flexibilização deste pensamento para refletir na prática a proteção integral da criança e o respeito às suas opiniões como garantido na CDC e chancelado pelo ECA (AGUIAR, 2012).

Ainda sob o entendimento de Aguiar (2012, p. 90), percebe-se que, hoje, com o largo acesso à mídia “não se mostra incomum reparar-se a precocidade com que as crianças de hoje lidam, sem embaraços quaisquer, com assuntos concernentes à sexualidade, tudo de uma forma espontânea, quase natural”.

Reforça essa autora que a mudança da maioridade civil de 21 para 18 anos, com o código de 2002, foi justamente o reflexo da “percepção de experiência comum de que os jovens vinham atingindo mais cedo a maturidade necessária para entender a prática dos atos civis e, por consequência, por eles se responsabilizar.”(AGUIAR, 2012, p. 90).

Conforme percepção de Aguiar (2012, p. 96-7), “o direito-dever surgido para os maiores de 18 anos de serem responsáveis, pessoalmente, por todos os atos da vida civil é insuficiente quando se leva em conta o direito à saúde.” Essa autora questiona se, quando estamos tratando de direito à saúde, a autonomia não deveria estar desvinculada ao conceito de capacidade civil, e continua com a seguinte questão: “sob qual fundamento o corpo e a saúde devem ser geridos por um adulto que desses direitos correspondentes não é o próprio titular?”.

Por se tratar de aspecto não patrimonial, qualquer ação que interfira na integridade física de uma pessoa, principalmente as interferências irreversíveis, não devem ser tratadas da mesma “forma que os atos jurídicos em geral para os quais foi construída a maioridade civil.” (AGUIAR, 2012, p. 97).

Sobre esse aspecto Perlingieri (2002, p. 260) salienta que:

É necessário superar a rígida separação que se traduz em uma fórmula alternativa jurídica, entre minoridade e maioridade, entre incapacidade e capacidade. A contraposição entre capacidade e incapacidade de exercício e entre capacidade e incapacidade de entender e de querer, principalmente, as relações patrimoniais, não corresponde à realidade: as capacidades de entender, de escolher, de querer são expressões da gradual evolução da pessoa que, como titular de direitos fundamentais, por definição não-transferíveis a terceiros, deve ser colocada na condição de exercê-los paralelamente à sua efetiva idoneidade, não se justificando a presença de obstáculos de direito e de fato que impedem o seu exercício: o gradual processo de maturação do menor leva a um progressivo cumprimento a programática inseparabilidade entre titularidade e exercício nas situações existenciais.

Nesse sentido, quando se tratou, no capítulo dois, sobre os direitos da personalidade e indicou-se como uma das suas características a indisponibilidade “a primeira questão que se cinge à viabilidade de renúncia – e, portanto, de exercício – de direitos de personalidade por outrem, *in casu*, pelos pais, no exercício da autoridade parental. Poderiam eles exercer tais direitos pelos filhos?” (AGUIAR, 2012, p. 99).

Não é possível, segundo Aguiar (2012, p. 99), o exercício dos direitos da personalidade pela autoridade parental, uma vez que os direitos personalíssimos “só podem ser exercidos pelo titular, sob pena de se descaracterizarem como tal, além de não cumprir sua função constitucional de tutela da personalidade”.

3.3 DA AUTORIDADE PARENTAL E SEUS LIMITES

Com o entendimento da criança como sujeito de direito e com os avanços legislativos, que tiveram como objetivo proteger a dignidade da criança, o poder familiar, outrora irrestrito, passou a ser mitigado pelo princípio do melhor interesse da criança (CDC, 1989).

Essa perspectiva de família democrática implica o respeito mútuo, a autonomia da criança e do adolescente e a tomada de decisão através do diálogo, enquanto estratégia para garantir sua autonomia. Isso não significa que os pais perderam a autoridade sobre os filhos (GONÇALVES; SILVA-FILHO, 2013).

Em analogia aos limites do poder familiar, Fachin (2005, p. 62) atenta para que “o princípio da dignidade da pessoa humana impõe (em um primeiro momento) limites à atividade estatal, uma vez que impede a violação, por qualquer dos poderes veiculados pelo Estado, da dignidade pessoal de qualquer particular”.

A criança, a depender do seu desenvolvimento, possui o direito de organizar os seus pertences, de escolher a religião, a orientação sexual, decidir sobre tratamento médico etc. (TEPEDINO, 2004, p. 33).

Segundo Tepedino (2008, p. 17), quando o ECA consagrou a igualdade de todos os filhos, matéria incluída no art. 227§ 6º da CF, acabou por determinar a inserção do filho na relação familiar “como protagonista do próprio processo educacional”. Vale dizer que o filho está autorizado a discutir os critérios de avaliação educacional e pedagógica, sendo estimulado ao controle do exercício do pátrio poder.

Em consonância com o entendimento supramencionado, Gonçalves e Silva-Filho (2013) ressaltam a importância de considerar a vontade do menor balanceando com o exercício do poder familiar, sem abdicar do dever de zelo.

Destaca Delgado (2006, p. 724) que “se o princípio da autonomia familiar proporciona aos pais a liberdade no exercício do poder familiar, a legitimidade desse exercício está condicionada ao respeito dos direitos fundamentais dos filhos”.

Acompanhando a evolução do século XX, o instituto do poder familiar, denominação adotada pelo novo Código Civil, modificou substancialmente “distanciando-se de sua função originária – voltada ao exercício de poder dos pais sobre os filhos – para constituir um múnus, em que ressaltam os deveres” (LÔBO, 2011, p.19).

A denominação “poder familiar”, para Lobo (2011, p. 19) “ainda não é a mais adequada, porque mantém a ênfase no poder. Todavia, é melhor que a resistente expressão “pátrio poder”, mantida pelo Estatuto da criança e do adolescente, somente derogada com o novo Código Civil”.

Neste sentido Perlingieri (2002, p. 258) salienta que “a relação educativa não é mais entre um sujeito e um objeto, mas uma correlação de pessoas, onde não é possível conceber um sujeito subjugado a outro”.

O equívoco na nomenclatura se dá, justamente, porque a mudança não se deu apenas ao deslocar o poder do pai (pátrio) para o poder compartilhado entre os pais, a mudança a se deu a partir do entendimento do filho enquanto sujeito de direito (SILVA, 2002), que gera aos pais uma série de deveres, “na medida em que o interesse dos pais está condicionado ao interesse do filho, ou melhor, no interesse de sua realização como pessoas em formação” (LÔBO, 2011, p. 19).

As legislações estrangeiras optam pela expressão “autoridade parental”, mas o Código Civil de 2002 pouco inovou no que tange à matéria. As fortes modificações vivenciadas pelo mundo ocidental reverberaram no conteúdo do poder familiar, a emancipação da mulher casada, o entendimento da criança enquanto sujeito de direito, a busca pela efetivação da dignidade da pessoa humana, todos estes fatos atrelados ao tratamento legal isonômico influenciaram na redução do conteúdo do “poder” no que tange ao poder familiar, gerando uma contrapartida de deveres (LOBO, 2011, p. 19-20).

Dessa forma, o poder familiar “converteu-se em múnus, concebido como encargo legalmente atribuído a alguém, em virtude de certas circunstâncias, a que se não pode fugir. O poder familiar dos pais é o ônus que a sociedade organizada a eles atribui” (LOBO, 2011, p. 21). Esses deveres estão atrelados ao determinado no art. 227 da CF, já mencionado neste capítulo que determina como dever da família, do Estado e da sociedade a garantia, às crianças e aos adolescentes, do direito à vida, à alimentação, à saúde etc.

Nesse mesmo entendimento, Teixeira e Penalva (2008, p. 295) entendem que a autoridade parental “é um múnus de direito privado, um poder jurídico, isto é, um feixe de poderes-deveres atribuídos pelo Estado aos pais, para serem exercidos no interesse dos filhos”.

Para Perlingieri (2002, p. 259), esse interesse do menor é identificado “também com a obtenção de uma autonomia pessoal e de juízo e pode concretizar-se também na possibilidade de exprimir escolhas e propostas alternativas que possam ter relação com os mais diversos setores”.

O Código Civil de 2002 dedicou capítulo específico para tratar do poder familiar, o seu exercício e as causas de suspensão e extinção, art. 1630 ao 1638. No art. 1630⁷, o Código civil impõe que os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores. Ressalte-se que o Código Civil art. 1634, alterado pela Lei nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014, que estabelece o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispõe sobre sua aplicação, determina em que consiste o exercício do poder familiar, *in verbis*:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

- I - dirigir-lhes a criação e a educação;
- II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
- III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
- V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
- VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

A interpretação do Código Civil deve ser feita de forma sistemática atrelada ao art. 227, da CF e ao Estatuto da Criança e do adolescente, visando o melhor interesse da criança e tendo como limite para o exercício deste poder os direitos fundamentais destes menores. Expressa Delgado (2006, p. 728) que “o exercício desse poder-dever não pode ir além, a ponto de suprimir a intimidade dos filhos, ou mesmo coagi-los psicologicamente. Qualquer atitude nesse sentido viola direito da personalidade”.

Destaca Teixeira e Penalva (2008, p. 296) que, a partir da interpretação do Poder familiar sob um viés constitucional, faz-se necessário uma análise criteriosa do exercício deste poder para que seja possível garantir aos menores a necessária proteção que a sua condição de vulnerabilidade requisita. E “à medida que vão crescendo, faz-se menos necessária a

⁷ Art. 1.630. Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.

intervenção parental, vez que, através dessa mesma convivência e do processo educacional, vivenciam situações que lhes conduzem à paulatina aquisição da maturidade”.

É possível analisar, segundo Teixeira e Penalva (2008, p. 296-7), a autoridade parental a partir de duas perspectivas: a abrangência quantitativa e a qualitativa. Pelo viés qualitativo, é necessário um exercício do poder familiar que respeite “a formação do menor bem como as fases galgadas de construção da personalidade por ele”, visando, com isso, à efetivação do princípio da proteção integral da criança. Já pelo viés quantitativo, entende-se que “é possível uma redução gradativa da abrangência da autoridade parental, em prol da realização da personalidade da criança e do adolescente”. Dessa forma, quando estão em jogo os interesses existenciais da criança e do adolescente, é possível a relativização dos arts. 3º e 4º do CC/02, que versam sobre a incapacidade absoluta e relativa, respectivamente. Sendo assim, esses menores podem e devem “participar das decisões que definirão o rumo de suas vidas”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente já trata da necessidade de oitiva dos menores nos casos de guarda e visita, bem como nos casos de adoção, efetivando o princípio do respeito às opiniões tutelado desde o CDC. Pensando analogamente, Teixeira e Penalva (2008, p. 297) ressaltam que “devemos pensar na valorização da vontade do menor em situações ligadas ao biodireito, como, por exemplo, na continuidade ou na interrupção de tratamentos médicos”.

A doutrina não indica um conceito rígido e uniforme sobre o conteúdo do poder familiar, até mesmo porque o exame deve ser feito ao analisar o caso concreto. Contudo, alertam Teixeira e Penalva (2008, p. 297) que “não obstante seja impossível defini-lo de antemão, temos que buscar seu núcleo essencial, que se constitui na possibilidade de o menor exercer seus direitos fundamentais”.

Em que pese o código civil tratar como titular do poder familiar os pais – já que o artigo cita os filhos- e o ECA estabelecer que será exercido pelo pai e pela mãe “ante o princípio da interpretação em conformidade com a Constituição, a norma deve ser entendida como abrangente de todas as entidades familiares, onde houver quem exerça o múnus, de fato ou de direito, na ausência de tutela regular”(LOBO, 2011, p. 24)

Vale pontuar que o Código Civil, bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente, indicam causas de suspensão ou extinção do poder familiar, nos casos de violação dos deveres inerentes a este instituto. São legitimados para a ação de ou suspensão do poder familiar o Ministério Público ou quem tem legítimo interesse, consoante a ECA arts. 21 a 24 e 155 a 163, que versam sobre o poder familiar.

3.4 A AUTONOMIA DA CRIANÇA

Autonomia privada, segundo Borges (2007), seria um dos princípios fundamentais do direito privado, em que o poder seria atribuído pelo ordenamento jurídico aos sujeitos, e essa delimitação do “poder” visaria garantir os interesses sociais e assegurar a dignidade da pessoa humana.

Segundo Meireles (2009), o princípio da Autonomia Privada apresentar-se-ia como verdadeiro instrumento de promoção da personalidade. Assim, dentro da esfera da autonomia privada, os atos individuais de autonomia constituiriam a “expressão da vontade como meio de desenvolvimento da personalidade do declarante” (MEIRELES, 2009, p. 77).

Sobre esse aspecto, Perlingieri (2002) destaca a dificuldade de conceituação da autonomia privada por abranger questões complexas, inclusive a partir da constitucionalização do direito civil, em que esta autonomia não mais se limitou à liberdade econômica, mas passou a ser observada sob o prisma da liberdade da pessoa.

Enquanto Steinmetz (2005, p. 23-8) afirma que “a autonomia privada não é só um princípio fundamental do direito privado, mas também um princípio relevante para toda a ordem jurídica, por quem, em última análise, ela é uma das múltiplas manifestações do princípio de autonomia da pessoa; [...] é um poder geral de autodeterminação e de autovinculação – também é constitucionalmente protegida”.

Na Constituição Federal Brasileira, é possível fundamentar a tutela constitucional da autonomia privada com diferentes argumentos. A afirmação dessa tutela resulta de um argumento de tipo indutivo cujas premissas são o direito geral da liberdade (CF, art. 5º, caput), o princípio da livre iniciativa (CF, art. 1º, IV, e art 170, caput) (STEINMETZ, 2005, p. 27-8).

Na perspectiva de Fachin (2005, p. 62), “o sujeito moderno é concebido enquanto ser que se autodetermina, que decide livremente sobre a sua vida, com vistas ao autodesenvolvimento da personalidade, já que este possui capacidade de dominar a si e à natureza através da razão”.

O princípio da autonomia privada é entendido pelo campo do direito como a “fonte do poder atribuído pelo ordenamento jurídico ao indivíduo para que este possa reger, com efeitos jurídicos, suas próprias relações”. Esse poder é responsável por conferir a esses sujeitos de direito a capacidade de “regular, por si mesmas, as próprias ações e suas consequências jurídicas, ou de determinar o conteúdo e os efeitos de suas relações jurídicas, tendo o

reconhecimento e podendo contar com a proteção do ordenamento jurídico” (BORGES, 2012, p. 157).

As limitações à autonomia, que seriam a ordem pública e os bons costumes, para Teixeira (2010, p. 192) traduzem uma lógica patrimonialista anterior à noção de constitucionalização do Direito Civil, neste ponto destaca a autora que:

Liberdade para decisões pessoais em situações existenciais tem seu fundamento prioritário na Constituição, que colocou a pessoa no centro do ordenamento e, por essa razão, deve ser ela senhora de si mesma. Por isso, se configuraria ilegítima a decisão de um terceiro sobre aspectos atinentes à identidade que singulariza cada pessoa humana, pois violaria o comando normativo do respeito à pessoa humana, intrínseco à dignidade.

Sujeitos titulares de direitos e deveres na medida de sua capacidade, a criança e o adolescente processam a edificação de sua autonomia (FREEMAN, 1997). Isto quer dizer, na perspectiva da educação para valores (RODRIGUES, 2001), que o ser humano constrói-se socialmente; que não recebe qualquer determinação por natureza. O processo de aquisição de autonomia extrapola o mero desenvolvimento de habilidades para alcançar a ideia da formação de cidadãos (FREEMAN, 1997). Esse processo constituiria a formação de um sujeito ético (CARRERAS, 1999), com autonomia para organizar os modos de existência e com a responsabilidade pelas suas ações e escolhas.

Segundo Teixeira (2010, p. 190), “a pessoa não nasce plenamente autônoma. Ela vai adquirindo, paulatinamente, as condições necessárias para o exercício da autonomia, por meio de uma relação dialógica com ‘os outros’”.

Na concepção de Rodrigues (2007, p. 168), faz-se imperioso privilegiar a autonomia do “incapaz no caso concreto, independentemente de categorias de incapacidade e restrições de atuação predefinidas”, pois, dessa forma, é possível a efetivação da dignidade desta criança. Freeman (1997), por sua vez, destaca que a limitação da autonomia da criança apenas se justifica na medida necessária para prevenir o dano imediato ou para desenvolver as capacidades de escolha racional pela qual o indivíduo possa ter uma chance razoável de autodeterminar-se.

A doutrina diverge no que tange ao entendimento da autonomia da criança diante do seu processo de desenvolvimento. Porém, é indiscutível que, apesar de, ao nascer, a criança depender totalmente de cuidados alheios, a ela deverá ser garantido seus direitos de personalidade. O Código Civil reforça esse entendimento garantindo que toda a pessoa é

detentora de direitos e deveres, e que a personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida.

Na opinião de Garcia (2012, p. 64), “o caminho da autonomia no sentido da maioridade individual exige o conhecimento da sua rota, de seu terreno, de seus acidentes, dos abismos a contornar, do perscrutar o horizonte e de sua interpretação”, e, para que seja possível esta análise, é necessário entrelaçar este estudo à filosofia e à psicologia, que são áreas do conhecimento que proporcionam elementos necessários para o “caminho do autoconhecimento”.

Sobre essa questão, vale pontuar que Borges (2012, p. 180) reconhece as crianças e os adolescentes como sujeitos de direito que merecem ter a sua dignidade garantida, todavia, salienta que “o direito civil e mesmo o direito das crianças e adolescentes ainda não se dedicaram de forma suficiente à compreensão sobre o exercício desses direitos por pessoas que o ordenamento jurídico considera incapazes”.

Essa afirmação se justifica pelo tradicional debruçar-se do direito civil para as questões patrimoniais, não privilegiando as questões existenciais. Diferentemente do direito civil, o campo da bioética demonstra certo avanço sobre esta questão, reconhecendo “os direitos da personalidade e da dignidade da criança e adolescente, independentemente de seus responsáveis legais” (BORGES, 2012, p. 180).

3.5 CONSIDERAÇÕES DA BIOÉTICA PRINCIPIALISTA ACERCA DA AUTONOMIA

A bioética “se ocupa, sobretudo, da resolução dos problemas morais colocados pelas ciências e técnicas, e busca uma reflexão cuidadosa sobre o ser humano, suas ações e seus valores” (CELA-CONDE, 1999, p. 59; LUNA, 2008; PUYOL, 2012).

Diversos são os modelos teóricos que alicerçam os diferentes entendimentos sobre a bioética; dentre eles, destaca-se o principialismo que “trata-se de um modelo dedutivista, individualista e linear, que, em vista de um conflito moral, decide-o a partir de princípios éticos previamente definidos” (ARAUJO, 2004, p. 49).

Destaca Aguiar (2013, p. 212) que “a chamada escola principiológica da bioética surgiu no meio acadêmico norte-americano pelos ensinamentos de professores da Universidade de Georgetown, em Washington, vinculados ao Instituto Kennedy de ética”. Nesse sentido, reforça a autora que:

[...] a busca de um enfoque principialista para a solução de problemas de natureza ética se coadunava com a visão, em termos culturais, de fornecer à comunidade científica um balizamento claro, simples e direto para a aplicação nos casos que envolvessem questões de difícil solução, de modo a assegurar ao cientista certa ‘imunidade’ ao adotar a resposta que a ele parecesse a mais adequada e que, porém, poderia ser questionada posteriormente pela comunidade exógena, especialmente, juízes, advogados, parentes dos pacientes atendidos etc.

Em outras palavras, esse modelo teórico tem como objeto definidor para a resolução de problemas éticos e morais a utilização de princípios, os quais se consagram em quatro tipos na literatura bioética, a saber: autonomia, beneficência, não-maleficência e justiça (ARAÚJO, 2004; BORGES, 2012).

Em breves palavras, Borges (2012, p. 150) pontua que:

Segundo o princípio da autonomia, a pessoa tem domínio sobre sua própria vida e sua intimidade e deve ser respeitada. O princípio da beneficência determina que o profissional de saúde ou o pesquisador promova o bem do paciente. O princípio da não maleficência proíbe o profissional de fazer o mal, de prejudicar a saúde da pessoa. O princípio da justiça orienta à distribuição equitativa e universal dos benefícios das pesquisas científicas.

A bioética principialista, corrente proposta por Beauchamp e Childress (2002), analisa o princípio da autonomia a partir de três perspectivas: o da autonomia plena; o do julgamento substituto; e o dos melhores interesses (AGUIAR, 2010, p. 399; BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, p. 1196).

Prepondera Aguiar (2010, p. 399) que “no modelo da pura autonomia, ainda que o agente não esteja no momento da decisão no exercício de sua capacidade plena, atender-se-á ao quanto tiver ele decidido em momento anterior quando se achava no gozo dessa capacidade”.

Para Beauchamp e Childress (2002, p. 199), o modelo da pura autonomia “se aplica exclusivamente a pacientes que já foram autônomos e que expressaram uma decisão autônoma ou preferência relevante”. De acordo com esse modelo, “é possível respeitar as decisões autônomas prévias de pessoas que são agora incapazes, mas que tomaram decisões referentes a si mesmas quando eram ainda capazes”.

Segue observação de Beauchamp e Childress (2002, p. 205):

[...] de acordo com o modelo dos melhores interesses, um decisor substituto deve determinar o maior benefício entre as opções possíveis, atribuindo diferentes pesos aos interesses que o paciente tem em cada opção e subtraindo os riscos e os custos inerentes a cada uma. Emprega-se o termo “melhor” porque a obrigação é a de

maximizar os benefícios por meio de uma avaliação comparativa que encontra o maior conjunto de benefícios.

No que tange ao modelo dos melhores interesses, ensina Aguiar (2010, p. 401) que “é decidido por outrem o que mais se adequaria aos interesses em disputa, ainda quando não seja o paciente incapaz”. Essa autora atesta que, apesar das mudanças do Código de ética médica, ao médico ainda é permitido “agir em consonância com o modelo dos melhores interesses, mesmo quando esteja ele diante de um paciente capaz”.

O julgamento dos melhores interesses, apesar de avaliar os riscos e benefícios para a pessoa envolvida, ensinam Beauchamp e Childress (2002, p. 205) que “ele não deve se basear apenas em preferências subjetivas conhecidas ou em outros tipos de valores pessoais”. Esses autores ainda pontuam que esse modelo “recorre indiretamente a considerações de autonomia, na medida em que proporcionam uma base para a compreensão do bem estar e para a interpretação dos interesses” (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 205).

O referido modelo foi utilizado pelos responsáveis de menores e incapazes, em uma época em que a lei entendia que os responsáveis legais agiam no melhor interesses dos filhos/tutelado, e que o Estado não deveria interferir a não ser em circunstâncias extremas. Porém, atualmente, com a aplicação da autonomia e da privacidade aos incapazes e menores, este pensamento foi mitigado. Assim sendo, tal modelo passou a ser recomendado “para pacientes que nunca foram capazes e para pacientes anteriormente capazes cujas preferências precedentes não podem ser determinadas de maneira confiável” (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 206).

Apesar dos avanços da bioética, a posição dos juristas é que, em se tratando de crianças e adolescentes, o titular do poder familiar, responsável pela representação ou assistência jurídica da criança, é quem decide sobre como deve ocorrer o exercício dos direitos da personalidade, refletindo no modo de proteção de sua dignidade (BORGES, 2012, p. 180).

No modelo do julgamento substituto, “alguém, normalmente da família, é chamado para decidir pelo paciente que é incapaz para fazê-lo”. Pelo prisma civilista, isso é perfeitamente possível, haja vista que “isso se daria em razão do instituto do poder familiar reconhecido pelo ordenamento positivo aos pais pelo art. 1630 do CC/2002” (AGUIAR, 2010, p. 402).

Vale-se ressaltar que, no caso da transfusão de sangue, de pais testemunhas de Jeová, agindo como julgadores substitutos, esses escolheriam pela religião, e diante deste quadro, faz-se mister a utilização do modelo dos melhores interesses pelo “qual o médico decidirá, sopesados os interesses envolvidos, em substituição aos pais, diretamente ou mediante prévia autorização judicial desde que haja tempo suficiente para obtê-la” (AGUIAR, 2010, p. 402).

Ainda sobre este modelo, ressalte-se que “a decisão não pode ser aquela que se adequa à tábua de valores do decisor substituto, mas a que se possa previsivelmente deduzir que seja a relativa àquele em nome de quem se age.” (AGUIAR, 2013, p. 214).

Para Beauchamp e Childress (2002, p. 196-8) “o julgamento substituto parte da premissa de que as decisões sobre tratamentos pertencem propriamente ao paciente incapaz ou não autônomo, em virtude dos direitos à autonomia e à privacidade”. Esses autores ainda salientam que o modelo do julgamento substituto deve ser rejeitado para pacientes que nunca foram capazes, pois sua autonomia não está envolvida.

A autonomia é o princípio basilar da bioética, seu principal objetivo é “fazer respeitar a liberdade individual da pessoa (do paciente), por se considerar que a própria pessoa sabe o que é melhor para si” (BORGES, 2012, p. 161). Para a citada autora, “o princípio da autonomia em bioética gera deveres como o respeito à pessoa, à sua liberdade, à sua visão de mundo, à sua intimidade e à sua privacidade, impondo aos médicos, por outro lado, dever de veracidade e esclarecimento” (id., p.157), estes componentes fortalecem a construção da personalidade e garantem a noção de dignidade da pessoa humana.

Evidenciam Beauchamp e Childress (2002, p.138-141) que a “autonomia, portanto, não é um conceito unívoco nem na língua comum nem na filosofia contemporânea”. Estes autores entendem que “os indivíduos podem exercer sua autonomia ao escolher aceitar e submeter-se às exigências de autoridade de uma instituição, tradição ou comunidade que considerem fontes legítimas de direcionamento”.

No entendimento de Bueso (2012), a autonomia do paciente deriva do direito à integridade física e moral, pontuando a importância “da informação adequada para empoderar o paciente e, desta forma, garantir a sua autonomia”.

Beauchamp e Childress (2002, p. 142) reforçam ainda que, no contexto médico, enfrentam-se muitos problemas de autonomia, “em razão da condição dependente do paciente e da posição de autoridade profissional”. Destaca Aguiar (2010, p. 404) que “no campo biomédico, tem-se afastado a capacidade do agente para assumir-se uma vulnerabilidade presumida, em decorrência da dissociação entre autonomia e capacidade”.

A Constituição Federal de 1988 incorporou a saúde como direito do cidadão e dever do Estado, evidencia Wanssa (2011, p. 109) que, associada a esta incorporação, “na VII Conferência Nacional da Saúde, foram estabelecidos os direitos da população não só ao acesso aos diferentes níveis de assistência à saúde, mas também a sua participação na formulação das prioridades da saúde por mecanismos legais.” Nesse contexto, de afirmação do paciente enquanto sujeito autônomo, participante do processo como um todo, mitigando o

modelo da beneficência e dando lugar ao modelo da autonomia que “reformula o Código de Ética Médica e se institui o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, ambos de importância na afirmação do direito do paciente à informação e ao consentimento livre”.

Acentua Wanssa (2011, p. 106) que “o direito à autodeterminação vem questionando profundamente a chamada atitude paternalista do médico, que, à primeira vista, saberia o que é melhor para o paciente”. Esse autor destaca que “frente à necessidade de promover a autonomia do paciente, cabe ao médico prover a informação, assegurar a compreensão e garantir a livre adesão do mesmo ao tratamento proposto”.

Nesta esteira, o supracitado autor diferencia o respeito a um “ser autônomo” de um respeito a um “agente autônomo”, em suas palavras: “respeitar um agente autônomo é, no mínimo, reconhecer o direito dessa pessoa de ter suas opiniões, fazer escolhas e agir com base em valores e crenças pessoais”. Para este autor, não é necessário apenas uma atitude respeitosa, mas uma ação respeitosa que empodere o paciente ao alcance da sua autonomia (WANSSA, 2011, p. 143).

Beauchamp e Childress (2002, p. 144) afirmam que “a autonomia não é nosso único valor e que o respeito pela autonomia não é o único imperativo moral”. Destacam estes autores que, ainda nos dias atuais, é perceptível a utilização da autoridade médica em detrimento da promoção da autonomia do paciente, e ressaltam que, muitas vezes, o próprio paciente se coloca neste papel de dependência, que se justifica pelo processo histórico de submissão ao modelo de beneficência.

Essa discussão ética-moral é vivenciada pelos médicos e pelos familiares de crianças em situação de intersexo, principalmente aquelas que nascem com ambiguidade genitália e por um entendimento biomédico- cultural realizam a cirurgia de definição de sexo biológico. Sobre essas questões, o capítulo seguinte encarregar-se-á de discuti-las.

4 INTERSEXUALIDADE - DISTINÇÕES E ESCLARECIMENTOS

Após breve revisão de literatura sobre os direitos humanos, os direitos da personalidade, os direitos da criança e as discussões sobre a autonomia da criança diante do poder familiar, segue, neste capítulo, a abordagem sobre a criança em situação de intersexo. Para tanto, antes de iniciarem as discussões, serão pontuados em breve linhas alguns tópicos que se reputam importantes para a elucidação da temática, a exemplo das distinções de sexo e gênero, bem como entre homossexualidade, transexualidade e intersexualidade.

4.1 DISTINÇÃO ENTRE SEXO E GÊNERO

Alguns termos/vocábulos geram dúvidas sobre em que contextos aplicar, assim, Matilde Josefina Sutter (1993, p. 27-43) afirma que o sexo é o resultado de uma combinação de fatores, sendo estes o sexo biológico (sexo genético, sexo endócrino, sexo) e o sexo psicológico, de modo a abranger diversos fatores de ordem física, psíquica e social. Assim sendo, num indivíduo tido como “normal”⁸, há uma perfeita integração de todos os aspectos, tanto de forma isolada, como no equilíbrio entre os fatores.

Dessa forma, o sexo biológico é constituído pelas “características orgânicas cujo resultado é o fenótipo (aparência do indivíduo)” (SUTTER, 1993, p. 31), sendo elas compostas pelo sexo genético, correspondente aos cromossomos. O sexo endócrino, que corresponde à composição hormonal que exerce influência no organismo da pessoa. O sexo morfológico “que diz respeito à forma ou à aparência de uma pessoa na conformação anatômica de seus órgãos genitais, na presença dos caracteres sexuais secundários – mamas, pilosidade, timbre de voz” (SZANIAWSKI, 1997; CHOERI, 2004, p. 84).

O sexo psicológico corresponde à “reação psicológica do indivíduo frente a determinados estímulos” (SUTTER, 1993, p. 43), entendida por Choeri (2004, p. 86) como sendo o resultado de um conjunto de características “formadas, *a priori*, da educação (gênero educacional – orientação e pressões impostas quando criança), da expressão pública da

⁸ Em que pese se tratar de transcrição da fala do autor, este trabalho não dialoga com as terminologias “normal” ou “anormal”, justamente por entender que as diferenças são expressões da diversidade humana.

identidade (papel do gênero – coisas que a pessoa faz, fala ou sente), da identidade de gênero”.

Choeri (2004, p. 86) traz ainda a distinção de sexo civil (jurídico ou legal), que, para esse, “consiste na determinação do sexo em razão da vida civil de cada pessoa, em suas relações na sociedade, trazendo inúmeras consequências jurídicas”. A definição do sexo civil tem como base a análise do sexo morfológico (SZANIAWSKI,1998). No caso das crianças com intersexo, que nascem com ambiguidade genital, este procedimento já encontra o primeiro obstáculo, tendo em vista que não é possível definir o sexo apenas com o exame da genitália⁹.

Ressalta Barbosa (2012, p. 135) que, na contemporaneidade, a categoria sexo é analisada criticamente, uma vez que “as figuras do homem e da mulher são construções sociais e culturais de grande complexidade, modeladas por regras e códigos simbólicos meticulosos, e que, se restringem, portanto, à condição de macho ou de fêmea”. Entende esta autora que, no lugar do sexo, deve ser adotada a noção de gênero “que permite reconhecer os procedimentos que são constitutivos do homem e da mulher” (BARBOSA, 2012, p. 135).

Ao diferenciar sexo de gênero, salienta Barbosa (2012, p. 136) que:

[...] enquanto o gênero corresponde ao papel que é atribuído a cada sexo, configurando o que é masculino e feminino, de acordo com regras preestabelecidas, o sexo encontra-se atrelado francamente ao determinismo biológico, ou melhor, genital, sendo estabelecido por ocasião do nascimento. A partir deste momento, é designado o que compete ao recém-nascido fazer ao longo de sua vida, os âmbitos privado e público, em razão do seu sexo.

Na década de 1950, o psicólogo John Money (1987) desenvolveu a distinção conceitual de sexo e gênero. No seu entendimento, o gênero era estabelecido apenas e somente por uma construção social, sendo esse modificável, assim como a identidade sexual.

Pontua Colapinto (2001) que, durante décadas, a teoria de Money foi utilizada como fundamento para a intervenção cirúrgica de crianças hermafroditas, com um considerável apoio da comunidade científica internacional. Esse autor destaca que Money utilizava os recursos terapêuticos para produzir em crianças submetidas às cirurgias “comportamentos adequados” a seu sexo, principalmente referentes ao controle de suas sexualidades. Estas condutas passaram a ser denunciadas por militantes de associações de intersexos, que lutavam contra a prática comum nos hospitais americanos de realizar cirurgias em crianças que nasciam com genitálias ambíguas.

⁹ Sobre a questão do registro civil da criança com intersexo trataremos no capítulo 5.

Na abordagem de Guimarães Júnior (2014, p. 58), verifica-se que “a teoria da plasticidade do gênero desenvolvida pelo psicólogo era amplamente aceita pela Medicina, e fundamentava as prescrições terapêuticas para os casos de mutilação genital e de criança intersexo com ambiguidade genital”.

Ainda sobre a tese formulada por Money, Bento (2006, p.1) destaca que “sobre a estrutura naturalmente dimórfica do corpo e a heterossexualidade como a prática normal desse corpo não previu que algumas dessas meninas intersexuais seriam lésbicas e reivindicariam o uso alternativo de seus órgãos”.

Em contraposição ao defendido pelo supracitado autor, Diamond (1965) entendia que o equívoco de Money era defender que, ao nascer, o gênero do ser humano seria neutro. Embora Diamond (1997) concordasse quanto ao fato de que, no caso das crianças com ambiguidade genitália, teria mais flexibilidade para assumir papéis opostos ao do sexo genético ou morfológico.

Segundo Britto (2012, p. 17), “a sexualidade¹⁰, por sua vez, é uma condição complexa, relacionada com a atividade e a diversidade sexual na espécie”, sendo então “componente da personalidade, tendo todos os indivíduos o direito de manifestá-la, em sua integralidade, sob pena de redução da personalidade e, conseqüentemente, da sua própria humanidade”.

“A partir da década de 1970, o termo ‘sexo’ passou a ser usado para referir-se à divisão biológica macho e fêmea, e a expressão ‘gênero’ foi utilizada para referir-se ao papel social atribuído a uma pessoa baseado no sexo aparente e/ou em outros fatores contingentes” (BRITO, 2012, p. 20). Entendendo o gênero enquanto construção social, destaca Bulter (2007) que não se pode considerar o “gênero” como um produto do “sexo”.

John Money (1972) também se encarregou de diferenciar as categorias: “identidade de gênero” e “papel de gênero”. Para o psicólogo, a primeira se refere à “autoidentificação como masculino feminino ou ambivalente”, enquanto que a segunda diz respeito “a tudo que a pessoa diz e faz para indicar aos outros ou a si própria, o grau de que é masculino ou feminino ou ambivalente” (MONEY, 1972 *apud* GUIMARÃES JÚNIOR, 2014, p. 29).

No rol das diferenciações, Vieira (2008, p. 158) toma a identidade de gênero como “uma condição em que a pessoa nasce com o sexo biológico de um sexo, mas se identifica

¹⁰ Para Britto (2012, p. 20) “a sexualidade está fortemente relacionada aos sexos ou gêneros a que pertencem indivíduos da mesma espécie”. Ressalta ainda que “nossa sexualidade manifesta-se: a) na dimensão do ‘eu’: plano da autodefinição sexual ou da autoconsciência do que somos em termos de gênero (como o indivíduo vê a si próprio); b) na dimensão do ‘outro’: plano do relacionamento EU/OUTRO ou da preferência do sexo (gênero) com quem se relaciona sexualmente; e c) na dimensão da forma (ou modo) da prática sexual (como relacionar-se sexualmente): plano da modalidade da prática sexual preferencial ou da forma de sexo preferencial.

com os indivíduos pertencentes ao gênero oposto, e considera isso como desarmônico e profundamente desconfortante”.

Um grupo de especialistas em direitos humanos se reuniu e desenvolveu os “princípios de Yogyakarta”¹¹ que têm como objetivo adotar uma forma unânime para a aplicação dos direitos humanos, para questões relativas à orientação sexual e à identidade de gênero. Esses princípios entendem que orientação sexual é a capacidade de cada pessoa de se sentir atraída emocionalmente, afetivamente ou sexualmente por pessoas do seu mesmo gênero ou de gênero oposto, *in verbis*:

Entendiendo que la ‘orientación sexual’ se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas.

Esses princípios diferem a “orientação sexual” do conceito de “identidade de gênero”, por entender que este se refere à vivência interna de cada indivíduo e como este indivíduo sente que pode corresponder ou não ao sexo biológico, *in verbis*:

Entendiendo que la ‘identidad de género’ se refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

Na pesquisa realizada, foi encontrada uma decisão judicial da relatoria de Roberto Lucas Pacheco, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Santa Catarina, em que uma pessoa intersexual, registrada civilmente como sendo do sexo masculino, diagnosticada com pseudo-hermafroditismo feminino, é vítima de violência doméstica, e requer a aplicação da Lei nº 11.340/2006. Diante da alegação da incompetência do juízo suscitante, o supracitado relator entendeu pela aplicabilidade, ao caso concreto, da lei nº 11.340/06, bem como pela improcedência do conflito.

¹¹ *Un distinguido grupo de especialistas en derechos humanos ha redactado, desarrollado, discutido y refinado estos Principios. Luego de reunirse en la Universidad de Gadjah Mada en Yogyakarta, Indonesia, del 6 al 9 de noviembre de 2006, 29 reconocidas y reconocidos especialistas procedentes de 25 países, de diversas disciplinas y con experiencia relevante en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, adoptaron en forma unánime los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género. Disponible em: <http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_sp.htm> Acesso em: 13 nov. 2014.*

Processo: 2009.006461-6 (Acórdão)
Relator: Roberto Lucas Pacheco
Origem: Capital
Órgão Julgador: Terceira Câmara Criminal
Julgado em: 23/06/2009
Juiz Prolator: Não Informado
Classe: Conflito de Jurisdição

Ementa:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR. HOMOLOGAÇÃO DE AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE. AGRESSÕES PRATICADAS PELO COMPANHEIRO CONTRA PESSOA CIVILMENTE IDENTIFICADA COMO SENDO DO SEXO MASCULINO. VÍTIMA SUBMETIDA À CIRURGIA DE ADEQUAÇÃO DE SEXO POR SER HERMAFRODITA. ADOÇÃO DO SEXO FEMININO. PRESENÇA DE ÓRGÃOS REPRODUTORES FEMININOS QUE LHE CONFEREM A CONDIÇÃO DE MULHER. RETIFICAÇÃO DO REGISTRO CIVIL JÁ REQUERIDA JUDICIALMENTE. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO, NO CASO CONCRETO, DA LEI N. 11.340/06. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITANTE. CONFLITO IMPROCEDENTE.

Essa decisão privilegia o entendimento de sexo psicológico, que vai além dos resultados biológicos de determinação do sexo. A partir de decisões judiciais como esta é possível visualizar a concretização dos direitos, bem como da dignidade da pessoa com intersexo.

Nesse sentido, segue a oportuna lição de Oliveira e Muniz (1980, p. 236) no que tange ao Poder Judiciário:

[...] a exigência de magistrados realmente independentes para a realização autônoma do Direito radica na fundamental missão do juiz na concreta realização histórica do Direito. O juiz, em sua tarefa de dizer o direito, deve ser capaz de dizê-lo, se necessário, em contradição com as próprias razões de Estado, na defesa da pessoa. Ele há de ser um servidor do Homem muito mais do que um servidor de Estado.

Diante da parca evolução legislativa brasileira, principalmente no que tange o entendimento de identidade de gênero, emerge a necessidade de flexibilização dos entendimentos à luz dos princípios constitucionalmente tutelados, tendo como objetivo a tutela da pessoa humana.

4.2 DA TRANSEXUALIDADE

Destaca Bento (2006, p.44) que “transexualismo é a nomenclatura oficial para definir as pessoas que vivem uma contradição entre corpo e subjetividade”. Este termo é criticado, pois o sufixo “ismo” é denotativo de condutas sexuais perversas.

Em uma sociedade que tem como base a patologização, ainda no que tange à nomenclatura, denominam-se “transexuais femininos” as mulheres que vivenciam a experiência transexual, e de “transexuais masculinos” os homens que vivenciam esta experiência. Bento (2006, p. 44) critica estas nomenclaturas por entender que todo o processo de reconhecimento do gênero de identificação pelos transexuais é esquecido no momento em que a nomenclatura indica o seu sexo biológico.

No entendimento de Bento (2006, p. 45), “para muitos transexuais, a transformação do corpo por meio dos hormônios já é suficiente para lhes garantir um sentido de identidade, e eles não reivindicam, portanto, as cirurgias de transgenitalização”.

Choeri (2004, p. 93) reforça essa ideia ao afirmar que transexual “é o indivíduo que se identifica como pertencente ao sexo oposto e experimenta grande frustração ao tentar se expressar através de seu sexo genético”.

Segundo o Conselho Federal de Medicina (CFM), na Resolução nº 1955/2010, o transexual é “portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e/ou autoextermínio” (CFM, 2010). A transexualidade está na Classificação Internacional de Doenças – CID¹², nº CID-10. F-64.0, na categoria Transtornos da identidade sexual, no grupo de Transtornos da personalidade e do comportamento adulto.

Ressalta Bento (2006, p. 47) que “o diagnóstico de transexualidade é realizado a partir de uma exaustiva avaliação que inclui um histórico completo do caso, testes psicológicos e sessões de terapia”. Nesse contexto, uma série de intervenções são realizadas para a “construção” de um sujeito transexual e o “olhar do especialista está ali para limpar, cortar, apontar, assinalar os excessos, fazer o trabalho de assepsia” (id., p. 61).

De maneira geral, o paciente estabelece uma relação com o hospital e com a equipe de favor. Desse modo, a “noção de direito e cidadania é uma abstração que não encontra nenhum respaldo na efetivação das microrrelações que se dão no âmbito do hospital” (id., p. 61).

Na temática da transexualidade, encontram-se duas vertentes de produção do conhecimento, quais sejam: “o desenvolvimento de teorias sobre o funcionamento endocrinológico do corpo e as teorias que destacaram o papel da educação na formação da identidade de gênero” (BENTO, 2006, p. 42).

Em que pese se tratar de duas correntes distintas, uma “biologista” e outra “construtivista”, entende Bento (2006, p. 42) que as divergências existentes nas mencionadas

¹² Disponível em: <<http://www.cid-10.org/codigos/f64-0-transexualismo>> Acesso em: 15 dez. 2014.

correntes, “não constituiu impedimento para que uma visão biologista e outra, aparentemente construtivista, trabalhassem juntas na oficialização dos protocolos e nos centros de transgenitalização”.

A discussão sobre a transexualidade ainda carrega um peso patologizante e que, por isso, emerge a necessidade de desconstrução desse caráter. Para tanto, Bento (2006, p. 43) entende que devemos “começar pela problematização da linguagem que cria e localiza os sujeitos que vivem essa experiência”.

Diferentemente do que ocorre com os intersexuais, quando tratamos dos transexuais, não é possível falar, em termos biomédicos, de uma “disfunção” biológica, que precisa de uma intervenção cirúrgica para “definição” e “ajustamento” “aos corpos sexuais hegemônicos” (BENTO, 2006, p. 51).

Para essa autora, a transexualidade nada mais é do que a nomenclatura dada para “os conflitos do sujeito que não encontra no mundo nenhuma categoria classificatória e, a partir daí, buscará “comportar-se como transexual” (id., 2006, p. 47).

Faz-se importante pontuar que transexual difere do ‘Travesti’ que, como assevera Vieira (2008, p. 157), trata-se de “alguém de um sexo com fortes impulsos eróticos para utilizar roupas do outro sexo, com as quais se veste para obter satisfação sexual”.

Essas diferenciações conceituais, muitas vezes carregadas de preconceitos, estão sendo elencadas neste trabalho para destacar as diferenças entre as nomenclaturas, sem o objetivo de exaurir o tema.

4.3 HOMOSSEXUALIDADE

A homossexualidade é descrita desde a Idade Antiga; naquela época considerada “mais nobre que a relação heterossexual” (AGUIAR, 2009, p. 88), passou a ser vista pelo Cristianismo como uma prática desonrosa.

Na percepção de Vieira (2008, p. 156), a “homossexualidade é vista como a relação amorosa entre duas pessoas do mesmo sexo”, e destaca que “uma das principais diferenças entre o transexual e o homossexual é que este está satisfeito com o seu sexo”, o biológico, no caso.

Entende-se por “homossexual o indivíduo que se sente atraído sexualmente por pessoa do mesmo sexo, mas não tem, psicologicamente, a intenção ou o desejo de mudar sua

autonomia para o sexo oposto”, enquanto que o heterossexual “caracteriza-se por apresentar orientação sexual pelo sexo oposto ao seu” (CHOERI, 2004, p.89-90).

A Organização Mundial de Saúde (OMS), na sua Classificação Internacional de Doenças (CID), até a sua nona edição, entendia que a homossexualidade era um transtorno mental (AGUIAR, 2009). Essa caracterização revela o quanto o modelo biomédico, de natureza restritiva, com ênfase na moldura biomédica, centrado no patológico, ainda servia, até bem pouco tempo, para interpretar a escolha da identidade em padrões fisiológicos/patológicos, restringindo o rol das identidades humanas.

Contudo, na medida em que ocorria uma movimentação para a exclusão da homossexualidade da CID, a décima revisão, lançada em 1993, deixou de considerar a homossexualidade como um transtorno mental, *per si*. Contudo, o termo ainda é encontrado no Manual e pode ser utilizado para caracterizar algum transtorno psicológico e de comportamento associado ao desenvolvimento e orientações sexuais, CID – F66 (OMS, 1993).

No Brasil, cinco anos antes, o Conselho Federal de Medicina já havia determinado que a homossexualidade não consistia em um transtorno mental (KURASHIGE; REIS, 2012).

4.4 DA INTERSEXUALIDADE

Diferenciados os conceitos de transexualidade e homossexualidade, parte-se para o foco deste trabalho que versa sobre as crianças em situação de intersexo. A intersexualidade constitui-se como resultado de um desequilíbrio entre os fatores que determinam o sexo (SUTTER, 1993).

Dessa forma, os indivíduos apresentam caracteres tanto masculinos quanto femininos. Esse desequilíbrio ocorre de 1 em cada 4.500 nascimentos, sendo fundamental para sua detecção precoce o cuidadoso exame dos genitais de todo recém-nascido (DAMIANI; GUERRA-JÚNIOR, 2007; VILAR, 2009).

Atualmente, em termos biomédicos, o intersexo é classificado em quatro grandes grupos: 1. hermafroditismo verdadeiro; 2. disgenesia gonadal mista 3. pseudo-hermafroditismo masculino 4. pseudo-hermafroditismo feminino(VILAR, 2009). Neste último grupo, a hiperplasia congênita adrenal é a causa mais comum da ambiguidade da genitália externa no

nascimento (CASTRO; ELIAS, 2005). O pseudo-hermafroditismo feminino é conhecido popularmente, e de forma equivocada, como “hermafrodita”.

A palavra hermafrodita tem origem do mito grego “hermafrodito” (CANGUÇU-CAMPINHO e LIMA, 2014). Por muito tempo, pensou-se no hermafrodita como um ser monstruoso, por abalar a ordem “natural” (FOUCAULT, 2001, p. 83). Segundo Foucault (2001, p. 91), apenas no século XIX “desaparece, portanto, a monstruosidade como mistura dos sexos”, dando espaço para o julgamento moral das condutas, não levando mais em consideração as diferenciações naturais.

A partir do século XX a intersexualidade “sai do campo moral para inserir-se nas más-formações; os intersexuais passam a ser percebidos pela sociedade como seres incompletos que devem recorrer, o mais cedo possível, aos cuidados médicos” (CANGUÇU-CAMPINHO, et al, 2009, p.1153). Neste sentido, Costa (2012, p.15) anota que “a intersexualidade deslizou do registro da monstruosidade para o do indivíduo passível de correção”.

A intersexualidade requer uma reflexão interdisciplinar para a sua melhor compreensão, pois, além de ser um fato biológico, perpassa “pelas concepções sobre o corpo, gênero e sexualidade” (COSTA, 2012, p. 12).

De acordo com o relatório da UNICEF (2013) sobre a situação mundial da criança¹³, a população com menos de cinco anos de idade do Brasil perfaz um total de 14.662 (quatorze milhões seiscientos e sessenta e duas mil) crianças. Com base na proporção apontada por Vilar (2009), é evidente que há uma frequência considerável a demandar maior atenção para este grupo populacional.

A revisão de literatura sobre o tema iniciou com um levantamento na base de dados Scielo, na qual foram inseridos os seguintes descritores: “intersexo”, “direito” e “criança”, cuja pesquisa não logrou resultados. Depois, inseridos “ADS”, “criança” e “direito”, sem resultado. Num terceiro momento, pesquisou-se com as palavras-chave “DDS”, “criança” e “direito”, igualmente sem achados. A inserção dos descritores “intersexo” e “direito” permitiu encontrar apenas 1 resultado, embora o artigo identificado não privilegie o tema do direito à identidade da criança com intersexo. Finalmente, com a inserção da palavra-chave “intersexo” apareceram 24 artigos e com a inserção da palavra-chave “intersex” foram encontrados 29 artigos.

A partir do levantamento no Scielo com os termos “intersexo” e “intersex” foi possível identificar referenciais teóricos trazidos para a revisão de literatura (CANGUÇU-

¹³Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/PT_SOWC2013.pdf> Acesso em: 20 nov. 2014.

CAMPINHO *et al.*, 2009; MACHADO, 2005; GUERRA-JÚNIOR, MACIEL-GUERRA, 2007) contribuindo ora com o estado da arte sobre o tema, ora com a discussão na análise das entrevistas realizadas.

Os trabalhos identificados tratam, sobretudo, dos critérios para o diagnóstico e a ocorrência dos diferentes tipos de intersexo (GUERRA-JÚNIOR, MACIEL-GUERRA, 2007; DAMIANI, DICHTCHEKENIA, SETIAN, 2000; HACKEL *et al.*, 2005; PEREZ, GUERRA-JÚNIOR, 2000; DAMIANI, *et al.*, 2005a; DAMIANI, *et al.*, 2005b; REY, 2005; SCOLFARO, CARDINALLI, GUERRA-JÚNIOR, 2003); a importância da equipe multidisciplinar e da família para a definição do sexo de criação, bem como os desafios para a realização da cirurgia corretiva (GUERRA-JÚNIOR, MACIEL-GUERRA, 2007; DAMIANI, 2005b; DAMIANI, 2005c; SPÍNOLA-CASTRO, 2005). Poucos artigos enfrentam a discussão sobre despatologização da intersexualidade (KNAUTH e MACHADO, 2013; LEITE-JÚNIOR, 2012).

Apenas dois artigos traçaram o estudo da intersexualidade sob uma perspectiva de identidade de gênero, sendo o primeiro com enfoque na perspectiva dos pais (HEMESATH, 2013), e o segundo focou a experiência vivenciada pelos intersexuais, situação que transborda os limites binários de identidade impostos pela sociedade (PINO, 2007).

Na literatura sobre o tema, o termo “intersexo” já não vem sendo mais usado, porque traz um sentido intermediário ou de um terceiro sexo, o que não seria adequado para o paciente (DAMIANI; GUERRA-JUNIOR, 2007), passando a ser nomeado como Anomalia do Desenvolvimento Sexual (ADS) ou Desordem do Desenvolvimento Sexual (DDS) (DAMIANI; GUERRA-JUNIOR, 2007).

A presente dissertação, porém, dialoga com o modelo social de deficiência, que reconhece o corpo com impedimentos como uma expressão da diversidade humana e não apenas como resultado de um diagnóstico biomédico de “anomalias” (DINIZ; SANTOS, 2009). De onde se entende que as nomenclaturas ADS ou DDS transmitiriam uma ideia de que a intersexualidade seria resultado de “anomalias” ou “desordens”, reforçando o estigma sobre as pessoas com intersexo (DAMIANI; GUERRA-JÚNIOR, 2007). Optou-se pelo termo “intersexo” em face do tensionamento entre as opções supra, advindas da Endocrinologia Pediátrica.

O estigma em relação às pessoas com intersexo é um assunto delicado. O tratamento médico pode vir a se prolongar, em algumas circunstâncias, durante a existência da pessoa, com a necessidade de realização de exames, da utilização de medicamentos e, em alguns casos, da realização de cirurgias corretivas (GUERRA-JUNIOR; MACIEL-GUERRA, 2007).

A pessoa com intersexo ainda tem que enfrentar o preconceito social e cultural perante a sua situação, assim como a ignorância e invisibilidade, que ainda pairam sobre o assunto no meio acadêmico e científico (GUERRA-JUNIOR; MACIEL-GUERRA, 2007).

Os pacientes em situação de intersexo muitas vezes não são bem informados sobre suas histórias médicas e cirúrgicas, o que dificulta o entendimento sobre a sua situação, destacando Migeon et al (2002) que, para os pacientes que apresentam ambiguidade externa, o impacto é tão grande que contribuiu para alguns relatos de suicídios.

No levantamento da jurisprudência dos Tribunais Estaduais, dos 26 Estados e do Distrito Federal, ao utilizar a palavra-chave “intersexo” não foi encontrada nenhuma decisão judicial, deixando evidente que o termo não é privilegiado pelos operadores do direito e/ou pelos próprios autores das demandas. Ao utilizar a palavra-chave ADS, apareceram 42 julgados, mas apenas 7 tratavam sobre o assunto. Com a palavra-chave DDS, apenas 2 decisões, mas nenhuma destas faziam referência ao assunto. As 44 decisões foram do Rio Grande do Sul.

Na pesquisa com a palavra-chave “hermafrodita”, apareceram 31 decisões judiciais, distribuídas diversamente: região Nordeste, uma; região Sudeste, doze, sendo que nove versavam sobre o tema; região Sul, 18, sendo apenas quatro sobre o tema.

Na revisão legislativa, foram encontrados documentos essenciais para a proteção da criança com intersexo, quais sejam: a Convenção sobre Direitos da Criança, a Constituição Federal do Brasil (CF), o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Código Civil, Resolução nº 1664/2003 do Conselho Federal de Medicina e a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos, que juntos formam uma rede de proteção, tanto no que tange ao seu peculiar estado de desenvolvimento, quanto à necessidade de garantir a efetivação da sua dignidade, a exigir efetivação. Acerca da revisão legislativa de projetos de lei, encontrou-se um projeto que dispõe sobre o direito à identidade de gênero e altera o artigo 58 da Lei 6.015 de 1973 (BRASIL, 2013).

A Resolução 1664/2002, emitida pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), trata do intersexo e propõe, entre outras medidas, que a criança com intersexo seja considerada caso de urgência médica e social, cujo tratamento deve ser buscado em tempo hábil, de forma a garantir a Dignidade da Pessoa Humana, princípio basilar dos Direitos Humanos.

De acordo com Guimarães Junior (2014, p. 85) a referida Resolução “é fruto de diversos debates havidos entre a Sociedade Brasileira de Pediatria (SBP), de Saúde Mental (ABRASME), de cirurgia infantil, de genética (SBG) e de Endocrinologia e Metabologia”.

Em jornal publicado em março/maio de 2003¹⁴, a SBP informou que a Resolução nº 1664 foi preparada a partir da solicitação do Ministério Público e da iniciativa da própria SBP. Nesse informativo, a referida Sociedade destaca que a Câmara Técnica, constituída para a produção da Resolução sobre a temática, baseou-se no material produzido em reunião promovida pela SBP, com a participação da Associação Brasileira de Magistrados e Promotores da Infância e da Juventude (ABMP).

Em que pese a intersexualidade não se tratar apenas de uma diferenciação genética, faz-se imperativo a utilização da Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos, promulgada em 1997 pela UNESCO, para a proteção integral da criança com intersexo, pois essa Declaração estabelece, dentre princípios basilares, no art 2º, alíneas “a” e “b” que:

- a) A todo indivíduo é devido respeito à sua dignidade e aos seus direitos, independentemente de suas características genéticas.
- b) Esta dignidade torna imperativa a não redução dos indivíduos às suas características genéticas e ao respeito à sua singularidade e diversidade.

Ressalta Lima Neto (2008, p. 86) que “a discriminação por motivos genéticos fere os direitos da personalidade porque coloca o ser humano na posição de um simples objeto da natureza, uma mera consequência da ação biológica”. A criança que nasce em situação de intersexo, justamente por ser impossível definir o sexo biológico no momento do nascimento, precisa de uma atenção especial que abrange o direito a realização de exames, atendimento interdisciplinar, acolhimento familiar e atenção psicológica.

4.5 A QUESTÃO DA CIRURGIA

A resolução nº 1664 do CFM resolveu que, diante do nascimento de uma criança em situação de intersexo, deve ser assegurado ao paciente uma investigação precoce para que seja possível em tempo hábil realizar o tratamento e definir o gênero, consoante arts. 2º ao 4º, *in verbis*:

¹⁴Disponível em: <http://www.sbp.com.br/img/sbp_noticias/Sbp24.pdf> Acesso em: 20 nov. 2014.

Art. 2º - Pacientes com anomalia de diferenciação sexual devem ter assegurada uma conduta de investigação precoce com vistas a uma definição adequada do gênero e tratamento em tempo hábil;

Art. 3º - A investigação nas situações acima citadas exige uma estrutura mínima que contemple a realização de exames complementares como dosagens hormonais, citogenéticos, imagem e anatomopatológicos.

Art. 4º - Para a definição final e adoção do sexo dos pacientes com anomalias de diferenciação faz-se obrigatória a existência de uma equipe multidisciplinar que assegure conhecimentos nas seguintes áreas: clínica geral e/ou pediátrica, endocrinologia, endocrinologia-pediátrica, cirurgia, genética, psiquiatria, psiquiatria infantil [...] (BRASIL, 2014).

Esta resolução em seu artigo 4º determina que para a definição final do sexo, faz-se obrigatória a existência de uma equipe multidisciplinar. Neste sentido, aponta Machado (2005, p. 4-5) que a definição do sexo é tomada a partir do entrelaçamento dos dados apontados pela equipe multidisciplinar e pela família, destacando que:

[...] no que se refere à cirurgia, a principal preocupação é com o resultado ‘estético’ ou ‘cosmético’ dos genitais construídos. As técnicas cirúrgicas são empregadas no sentido de tornar a genitália da criança ‘o mais próximo possível do normal’, de acordo com determinados padrões de tamanho, forma, ‘terminação do trajeto urinário’ (mais na ponta do pênis para os meninos; mais abaixo nas meninas) e uso (construir vaginas ‘penetráveis’ e pênis ‘que penetrem’).

A referida Resolução propõe que, por não existir estudos em longo prazo “sobre as repercussões individuais, sociais, legais, afetivas e até mesmo sexuais de uma pessoa que enquanto não se definiu sexualmente viveu anos sem um sexo estabelecido”(BRASIL, 2013), a partir de um estudo multidisciplinar é devida a cirurgia de definição do sexo. Neste sentido, Silva *et al.* (2011, p. 81) para quem “a definição adequada do sexo da criança deve ser realizada o mais precocemente possível pois essa identidade pode reduzir a ansiedade e a angústia dos pais”.

Posição essa confrontada pelo *Intersex Society of North America* (ISNA)¹⁵, cuja missão é impedir a “correção” da genitália na criança, por entender ser uma atitude precoce. Afirmando que a justificativa de que, para os pais, seria uma situação mais confortável, demonstra-se fragilizada, uma vez que a angústia, o sentimento evidenciado pelos pais de crianças com intersexo se mantém de qualquer forma.

Nesse sentido, Machado (2009, p. 37) observa que “os medos dos pais e as dúvidas que não deixaram de existir mesmo após os procedimentos denunciam a fragilidade das intervenções enquanto garantia de solução para os jovens intersex e para essas famílias”.

¹⁵ *Intersex Society of North America*. Disponível em < <http://www.isna.org/> > Acesso em: 8 set. 2013.

Salienta Guimarães Júnior (2014, p. 90) que, em 2001, a promotoria de Justiça Criminal de Defesa dos Direitos dos Usuários dos Serviços de Saúde do Ministério Público do Distrito Federal elaborou a Recomendação nº 0010091/01-8 (RMP) através da qual, dentre outros encaminhamentos, determinava que nos casos em que a ambiguidade não punha risco à vida, só seria possível a realização da cirurgia após a intervenção do Ministério Público.

Esse autor informa que a Recomendação foi objeto de impugnação do Conselho Regional de Medicina sob o fundamento de que a referida recomendação interferia na autonomia do médico e que expunha a risco a vida das crianças – após 2 anos de vigência a RMP foi revogada. Apesar de se tratar de uma medida radical, e de não resolver a questão, pois só transfere o “poder”, tal recomendação sinaliza o movimento de preocupação social que questiona a lógica biomédica, objetivando a proteção dos direitos de personalidade da criança intersexual.

Nesse sentido, o 3º Fórum Internacional Intersex¹⁶ apontou como demanda pôr fim às práticas de normalização, tais como cirurgias genitais, e outros tratamentos médicos, garantido às pessoas intersexuais o poder para tomar as decisões que afetam a própria integridade física, autonomia e autodeterminação¹⁷. Entende Guimarães Júnior (2014, p. 9) que “à luz da bioética laica¹⁸, não são justificáveis as intervenções médico-cirúrgicas em genitálias ambíguas de crianças diagnosticadas como intersexo quando não houver risco de vida”.

Em que pese a Resolução 1664/2003, garantir a participação da família, bem como do paciente, quando possível, no processo de definição, para Suess (2014, p. 132), o que se percebe é a ausência da família na participação no processo de definição, bem como um crescente silêncio vivenciado entre a família e o médico.

Esta ausência no processo de definição da família e do paciente pode ser explicada pelo histórico paternalismo existente no cotidiano médico-paciente, justificado pelo conhecimento sobre diagnóstico, tratamento e cura. “A incorporação da racionalidade científica à medicina, nos fins do século XIX, conferiu ao médico autonomia técnica para a tomada de decisão, legitimando seu poder de decisão pelo domínio do conhecimento específico” (WANSSA, 2011, p. 105-6).

Expõe Guimarães-Júnior (2014, p.12) que “é razoável considerar que pais autorizam tais procedimentos não apenas porque confiam na palavra do médico, mas porque acreditam

¹⁶ Disponível em: <http://www.ilga-europe.org/home/news/latest/intersex_forum_2013. > O 3º Fórum Internacional Intersex ocorreu entre 29 de novembro e 1 de dezembro de 2012, em Valleta, Malta.

¹⁷ Neste sentido Beh e Diamond (2005)

¹⁸ O autor utiliza a expressão bioética laica para fazer referência àquela bioética não religiosa, que investiga a partir de pilares racionais (Guimarães Júnior, 2014, p. 9).

estar atuando em prol do melhor interesse daquela criança”. Contudo, após a DUDH e do entendimento do paciente como sujeito de direito o respeito “a autonomia do paciente tem assumido crescente importância nos debates bioéticos atuais” (WANSSA, 2011, p. 106).

Para Canguçu-Campinho *et al.* (2009, p. 1146), a intersexualidade é tratada, basicamente, pela lógica biomédica e atenta para o fato de que “as práticas ainda estão direcionadas para a doença e não para a saúde. As diferenças orgânicas ou relativas à peculiaridade dessa experiência são quase sempre ressaltadas como limitações e quase nunca como potencialidades.”

A propósito da relevância de refletir criticamente sobre os paradigmas que consideram a integralidade da pessoa humana, destaca Ayres (2007) o debate sobre a concepção hermenêutica de saúde. Décadas antes, Canguilhem (2002) já discutia o normal e o patológico¹⁹, assim como as concepções classificatórias que limitam a própria interdisciplinaridade ou a compreensão mais ampla dos fenômenos.

Ressalta Canguçu-Campinho *et al.* (2009, p. 1147) que em que pese a intersexualidade ainda está fortemente vinculada a um conceito que não privilegia a noção de promoção à saúde integralizada, após a abertura da temática para outras áreas do conhecimento já foi possível verificar alguns avanços que, para a autora, pode ser um exemplo de paradigma para a análise da concepção hermenêutica de saúde, “além disso, suscita a discussão de questões sociais relevantes: relação gênero e corpo e o processo de medicalização”.

Segundo Bento (2006, p. 41), “as formulações sobre a pertinência de intervenções nos corpos ambíguos dos intersexos e dos transexuais terão como matriz comum à tese da heterossexualidade natural”. Assim, a intersexualidade desafia a normalização da identidade, demanda considerar valores culturais e as determinações binárias que nos são impostas (CABRAL, 2001).

Para Cabral (2001), a intersexualidade não é uma doença, mas uma condição de não conformidade física com os critérios culturalmente definidos de normalidade corporal. Nesse sentido, entende Canguçu-Campinho(2012) que, para as ciências sociais, a questão da criança com intersexo já não é tratada como uma patologia, mas como uma diversidade de sexo e gênero.

No âmbito do ativismo, já é possível constatar um surgimento de um movimento com o objetivo de discutir a lógica biomédica às pessoas intersexuais, com o objetivo de abolir protocolos e práticas patologizantes, efetivar a garantia os direitos humanos e abrir espaço

¹⁹ Na crítica sobre a medicalização e normalização dos corpos, destaca-se a obra de Foucault, “A história da sexualidade”, de 1999.

para a diversidade corporal e de gênero (SUESS, 2014, p. 130). Esse autor ainda evidencia que:

[...] ante esta situación de limitación de los derechos ciudadanos, situaciones de patologización, discriminación y violencia, vulneración del derecho a La integridad personal y falta de autonomía em el procesos de toma de decisión clínica, a ló largo de lãs ultimas décadas han surgido movimientos y activismos trans e intersex com um discurso crítico sobre el modelo biomédico de La transexualidade e intersexualidad em diferentes partes del mundo, conuna creciente articulación a nível internaciona²⁰ (SUESS, 2014, p. 132).

Essa autora (id., p. 134) ainda reforça que diante de uma tradicional visão biomédica de teorização sobre os processos de gênero, bem como as conceituações de corpos que diferem da projeção binária de sexo e diante de uma situação de intersexualidade, emerge a necessidade do questionamento da construção biomédica imposta.

Nesse enfoque, a teoria entende que a intersexualidade é o símbolo da ruptura da lógica binária imposta pelo conhecimento biomédico (NAMASTE, 2000; HOLMES, 2002; CABRAL; BENZYR, 2005). Pensamento ratificado por Machado (2009, p.37), para quem “os corpos intersex seguem mostrando a falência da norma que estabelece que existem dois- e apenas dois- sexos, gêneros”.

Destacam Roberta Tourinho Dantas Fraser e Isabel Maria Sampaio Oliveira Lima (2002) que, diante do nascimento da criança com intersexo, emerge a discussão sobre a necessidade de adequar a ordem normativa à realidade social, indicando que cabe ao Direito, enquanto ciência social, entender a relevância da temática, por se tratar de criança em seu peculiar estado de desenvolvimento e produzir meios para a concretização do princípio da dignidade, que é violado diante da lacuna normativa.

²⁰ Que diante desta situação de limitação dos direitos humanos, situação de patologização, discriminação e violência, vulnerabilidade no direito de integridade física e falta de autonomia nos processos de tomada de decisão clínica, nas últimas décadas têm surgido um movimento ativista trans e intersex com um discurso crítico sobre o modelo biomédico da transexualidade e intersexualidade em diferentes partes do mundo com uma crescente articulação a nível nacional (tradução nossa).

5 DIREITOS DA PERSONALIDADE DA CRIANÇA COM INTERSEXO

Ao analisar o limite do poder familiar diante da autonomia da criança no momento da definição do sexo de criação em situação de intersexualidade, bem como a definição do sexo biológico de um indivíduo que nasce com ambiguidade genitália, este estudo esbarrou-se em dois principais direitos da personalidade deste: o direito ao próprio corpo e o direito à identidade. Neste capítulo, serão analisadas essas duas categorias de direitos da personalidade na perspectiva da proteção da criança intersexual.

5.1 DO DIREITO À IDENTIDADE

A noção de pertencimento e de identidade, conforme pontua Bauman (2005) não é estática, visto que é moldada durante toda a vida da pessoa; e a formação da identidade sofre interferência de todos os fatos vividos pelo sujeito individualmente.

Para Cupis (2008, p. 179) a identidade consiste “no distinguir-se das outras pessoas nas relações sociais”, e o indivíduo, como uma unidade da vida social e jurídica, tem necessidade de afirmar a própria individualidade, diferenciando-se dos outros indivíduos, e, por conseguinte, ser conhecido por quem é na realidade (VERA, 2012).

Enquanto conceito que integra a interdisciplinaridade, o direito à identidade interessa não só ao mundo jurídico, pois ele dialoga com a Filosofia, com a antropologia filosófica, vista como uma análise da ação humana e da identidade pessoal e com a Bioética, que busca uma reflexão cuidadosa sobre o ser humano, suas ações e seus valores (LUNA, 2008).

O tema tem contínua interlocução com o direito à saúde da criança, resguardado no art. 6º CF/88, entendido como:

[...] o direito ao desenvolvimento integral do seu ser, sem restrição de qualquer espécie à sua potencialidade, com efetivo acesso a todos os meios, serviços e programas que assegurem e promovam a sua saúde, com respeito e integração do seu acervo étnico, familiar, cívico, cultural no projeto que poderá cultivar para a sua vida pessoal e comunitária, ressignificando a sua existência pelo compromisso com as gerações futuras (LIMA, 2002, p. 89).

Na concepção de Perlingieri (2002, p. 158), a noção de saúde “se exprime não apenas sob um ponto de vista estritamente sanitário, mas também sob aquele do comportamento social e ambiental”, noção esta que dialoga com a definição de saúde para a Organização Mundial de Saúde (OMS, 1946)²¹. Assim, diante dessa flexibilização do conceito de saúde (AYRES, 2007) que “será possível a tutela integral da pessoa humana, atrelada aos direitos da personalidade” (TEIXEIRA, 2010, p. 86).

Do ponto de análise de Menezes e Gonçalves (2012, p. 110), “a representação jurídica dessa individualidade ordinariamente se aperfeiçoa através da atribuição de rótulos, como nome, estado civil e nacionalidade”, e entendem que essa identidade está sujeita a alterações no decorrer da vida de um determinado sujeito, corroborando o parecer de Bauman (2005).

Afirma Groeninga (2006, p. 449) que “a identidade é composta de três níveis inseparáveis – individual, grupal e social. Identidade dada pela incorporação no indivíduo de códigos e valores dos pais e da sociedade, transmitidos de geração em geração.”

Sobre o direito à identidade, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011) compreendem que o seu objeto é a proteção dos “elementos distintivos da pessoa, natural ou jurídica, no seio da sociedade”, e, dentre eles, está a proteção do direito ao nome. Segundo Bittar (2008, p. 128), esse direito “inaugura o elenco dos direitos de cunho moral, exatamente porque se constitui no ‘elo de ligação’ entre o indivíduo e a sociedade em geral”.

Nessa linha de pensamento, Vieira (2008, p. 163) assevera que deve ser incluído a esse conceito o direito à identidade de gênero, “tendo em vista a busca incessante da real identificação, ou seja, o direito de cada um ser conhecido como realmente é”. Destaca a autora que “a adequação do corpo importa na mudança de prenome para adequá-lo ao sexo real correspondente à identidade de gênero”. Denominando de identidade sexual, Choeri (2004) e Szaniawski (1997) acrescentam que, para a definição da identidade sexual de alguém, faz-se necessária uma análise de todos os fatores que determinam o sexo desde o biológico até o psíquico.

Essa necessidade de adequação se justifica, pois vive-se em uma sociedade binária que exige essa definição, inclusive, para o “pleno exercício de seus direitos. Observa-se que, para cada sexo, há um tratamento diferenciado, como sói(sic) acontecer no Direito de Família, no Previdenciário, no Trabalhista, no Penal” (CHOERI, 2004, p. 52).

Nesse sentido, assevera Szaniawski (1997, p. 34) que:

²¹ A Organização Mundial da Saúde – OMS – define saúde como “o completo estado de bem-estar físico, mental e social, e não simplesmente a ausência de enfermidade”.

A identidade sexual é considerada como um dos aspectos fundamentais da identidade pessoal, que possui uma estreita ligação com uma pluralidade de direitos, que permitem o livre desenvolvimento da personalidade que possui em seu conteúdo, a proteção à integridade psicofísica, a tutela à saúde e o poder de disposição de partes do próprio corpo, pela pessoa.

No que tange ao direito à identidade, Francisco Amaral (2008, p. 64) entende que o mesmo integra a noção de direito à integridade moral, diante da importância do reconhecimento de uma pessoa a partir de uma denominação própria. Em consonância a esse entendimento, Fiuza (2003, p. 183) concorda que o nome é “uma forma de individualização do ser humano na sociedade”, pontuando ainda que o nome é a “manifestação mais expressiva da personalidade”, visto que é através dele que as pessoas se reconhecem e se distinguem.

Explica Maria Celina Bodin (2000, p. 71) que foi por entender essa importância que a doutrina italiana desenvolveu a noção de direito à identidade pessoal, que vai transbordar a tutela do direito ao nome e alcançar as inúmeras situações decorrentes deste direito. E ainda reforça que, para a conceituação deste direito à identidade, será necessário abranger duas instâncias: a estática e a dinâmica.

Dessa forma, entende-se que “a identidade estática compreende o nome, a origem genética, a identificação física e a imagem; e a identidade dinâmica se refere à verdade biográfica, ao estilo individual e social da pessoa, isto é, àquilo que a diferencia e singulariza.” (MORAES, 2000, p. 72).

Inserido na teoria dos direitos de personalidade, o direito ao nome deixa de ser um mero elemento do estado da pessoa natural para se tornar o principal elemento de identificação do indivíduo (VERA, 2012), revelando-se um verdadeiro direito à identidade pessoal, necessário para a concretização da dignidade da pessoa humana (BORGES, 2007).

Atesta-se, pois, a importância do nome como forma de reconhecimento da personalidade da pessoa humana, que contribui para a efetividade da sua dignidade. Nesse ponto, encontra-se o registro civil como necessário ao exercício da cidadania, conforme a Lei nº. 9.534, de 10 de dezembro de 1997, a gratuidade, independentemente da capacidade econômico-financeira dos interessados desse serviço.

O registro civil de nascimento é um direito fundamental de todos e também uma obrigação legal dos pais, do Estado e da sociedade, de acordo com o art. 227 da Constituição Federal²². No mesmo sentido, determina o Estatuto da Criança e do Adolescente, nos seus

²² “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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, além de colocá-los a **salvo de toda forma** de negligência, **discriminação**, exploração, violência, crueldade e opressão” (grifo nosso).

artigos 3º e 4º²³. A lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre registros públicos, em seu artigo 54²⁴, impõe, dentre os requisitos para o registro do nascimento, o sexo e o prenome.

Ressalte-se que, no art. 50, da referida lei, determina que os pais têm o prazo de quinze dias para registrarem seus filhos, sendo este prazo, prorrogável por mais quinze dias. Assim, dentre os atributos necessários para o assentamento do registro civil, temos o nome e o sexo como os dois entraves para o registro da criança com intersexo.

Diante do nascimento de uma criança em situação de intersexo, é impossível definir o sexo biológico da criança sem que sejam feitos todos os exames pertinentes para a investigação, o que gera a primeiro obstáculo: como registrar, se hoje, no Brasil²⁵, vivencia-se uma lógica binária de registro civil? E o segundo obstáculo, que nome colocar se o nome sugere o gênero? Mas e então, não registrar?

A equipe médica tem se posicionado no sentido de registrar a criança apenas com o resultado dos exames, mas, ainda assim, não é levada em consideração a análise do sexo psicológico (FRASER; LIMA, 2002, p. 358-66). A análise do sexo psicológico demanda uma maior percepção da criança enquanto parte do processo.

²³ Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

²⁴ Art. 54. O assento do nascimento deverá conter:

- 1º) o dia, mês, ano e lugar do nascimento e a hora certa, sendo possível determiná-la, ou aproximada;
- 2º) **o sexo do registrando;**
- 3º) o fato de ser gêmeo, quando assim tiver acontecido;
- 4º) **o nome e o prenome, que forem postos à criança;**
- 5º) a declaração de que nasceu morta, ou morreu no ato ou logo depois do parto;
- 6º) a ordem de filiação de outros irmãos do mesmo prenome que existirem ou tiverem existido;
- 7º) Os nomes e prenomes, a naturalidade, a profissão dos pais, o lugar e cartório onde se casaram, a idade da genitora, do registrando em anos completos, na ocasião do parto, e o domicílio ou a residência do casal.
- 8º) os nomes e prenomes dos avós paternos e maternos;
- 9º) os nomes e prenomes, a profissão e a residência das duas testemunhas do assento, quando se tratar de parto ocorrido sem assistência médica em residência ou fora de unidade hospitalar ou casa de saúde.
- 10) número de identificação da Declaração de Nascido Vivo - com controle do dígito verificador, ressalvado na hipótese de registro tardio previsto no art. 46 desta Lei.(grifo nosso)

²⁵ Destaque-se que a Alemanha foi o primeiro país a permitir o registro de sexo “indefinido” em bebês, esta lei começou a vigorar em novembro de 2013. Esta lei é criticada pela Organização Internacional Intersexual, pois entendem que esta lei pode estimular os pais à realização da cirurgia, para não ficarem com um filho “indefinido”, diante de uma cultura binária. Entrevista realizada em 20 de agosto de 2013, por Lúcia Muzzel, com o porta-voz da Organização Internacional Intersexual, Vincent Guillot. Disponível em <<http://www.portugues.rfi.fr/geral/20130820-Vincent%20Guillot-e-o-primeiro-pais-permitir-o-registro-de-sexo-indefinido-de-bebes>. Acesso em: 22 fev. 2015.

Na visão de Guimarães Júnior (2014, p. 17), a Resolução 1664, ao considerar a criança intersexual como urgência biológica e social, incentiva a realização da cirurgia, para os casos de ambiguidade genital, justificada pela necessidade de “ajustamento” aos padrões sociais, que exigem respostas binárias imediatas, a exemplo da necessidade de informar o sexo na Declaração de Nascido Vivo para que seja possível a realização do registro civil.

Pontua Szaniawski (1997, p. 257) que a Lei 6.015/73 deve ser interpretada à luz dos preceitos constitucionais, uma vez que se trata da discussão de direitos inerentes à pessoa humana”. Nesse contexto, uma vez definido o sexo de criação, se aquela criança já tiver sido registrada, faz-se mister a retificação do registro que terá sua competência na vara de registro públicos (BRASIL, 1973), se maior de idade, ou na vara da infância e da adolescência, quando menor de idade, em nome do melhor interesse da criança e da proteção integral (BRASIL, 1990).

No parecer de Barros (1990, p.17), no procedimento de retificação, deverá o promotor se atentar na instrução processual a quatro pontos primários, quais sejam: o sexo genético do paciente; o sexo gonadal do paciente; o sexo fenotípico do paciente; e a estrutura morfológica dos condutos genitais. Ocorre que, ao se limitar a esta análise, esse Promotor corre o risco de não garantir o direito à identidade dessa criança, os seus desejos ou mesmo a sua autonomia.

É dispensável qualquer observação sobre seu estado anterior nos registros, por entender que “todo o intersexual pode ter corrigido seu sexo (exceção feita ao cromossômico) a ponto de atingir plena funcionalidade qualquer que seja a sua síndrome” (BARROS, 1990, p. 17). No entanto, a mesma autora entende que isso não se aplicaria aos transexuais, embora não seja o tema foco deste trabalho, representa uma máxima que vai de encontro à dignidade da pessoa humana, princípio que alicerça este trabalho.

Sobre esse aspecto, Vieira (2008, p. 164) afirma que “não basta simplesmente proteger a identidade. Há que se tutelar também a modificação sofrida nos caracteres sexuais”. E acrescenta: “a identidade daquele que se submeteu à cirurgia de adequação de sexo só estará assegurada quando representar de modo fiel à realidade expressada por sua identidade de gênero”.

Mais adiante Vieira (2008, p. 182-4) salienta que “alguém que reclama possuir sexo oposto ao registrado legalmente está em exposição constante a inúmeros dissabores, uma vez que sua aparência física e seu modo de vida contradizem o disposto no ato registral”. Para a essa autora, a adequação do nome nada mais é do que a efetivação de um direito da personalidade, e em nenhuma hipótese prejudica direitos de terceiros, haja vista que “aquele

que adequou o nome sempre poderá responder, civil, administrativamente ou criminalmente, pelos dois nomes, protegendo direitos de 3^o.

Um paliativo, utilizado de forma muito tímida, é o uso do nome social, que como ressaltado por Vieira (2008), está presente apenas em alguns decretos, a exemplo da portaria nº 1612 de 18.11.2011, do Ministério da Educação e da Portaria nº 1820 de 13.8.2009, do Ministério da Saúde, que dispõe sobre os direitos e deveres dos usuários da saúde, estabelece em seu art. 4º, § único inciso I.

O anteprojeto do Estatuto da Diversidade Sexual²⁶ prevê em seu art. 50 que os estabelecimentos de ensino devem coibir no ambiente escolar situações que visem intimidar, ameaçar, constranger, ofender ou expor aluno a constrangimento físico ou moral, em decorrência de sua orientação sexual ou identidade de gênero. Esse Estatuto, em seu art. 44, garante aos transexuais, travestis e intersexuais que possuam identidade de gênero distinta do sexo morfológico o direito ao nome social, pelo qual são reconhecidos e identificados em sua comunidade.

O 3º Fórum Internacional Intersex, em sua declaração pública, apontou como exigência a possibilidade de retificação do nome através de um procedimento administrativo simples, bem como a retirada das categorias sexo e gênero de qualquer documento de identificação.

Neste sentido, o projeto de lei, encabeçado pelos Deputados Federais Jean Wyllys e Érica Kokay, tem como objetivo garantir o direito à identidade de gênero a toda e qualquer pessoa, e entende como identidade de gênero a forma como o indivíduo se reconhece perante a sociedade, visando garantir neste projeto, dentre outras coisas, a possibilidade de retificação do registro civil para readequação à identidade de gênero.

O direito à identidade corresponde, portanto, a uma singularidade diferenciadora que confere o perfil único do sujeito. Identidade é constituída, portanto, a partir de um conjunto de atributos. Quando uma criança nasce com genitália ambígua, configura-se uma situação complexa, a demandar do direito uma análise diferenciada que foge ao padrão identitário classificatório (FRASER; LIMA, 2012) de sexo masculino ou feminino (SOLEY-BELTRAN, 2014).

Em uma posição de vanguarda, entende Menezes e Gonçalves (2012, p. 107) que “considerando o direito à autodeterminação e a liberdade geral, o sujeito, dotado de dignidade, pode ao longo da vida construir e reconstruir de sua identidade”.

²⁶ Disponível em: < <http://www.estatutodiversidadesexual.com.br/> > Acesso em: 01 dez. 2014.

Sobre isso, Groeninga (2006, p. 440) nota que “o direito à integridade psíquica implica o direito a ter uma personalidade humana – o direito a ser humano”. Essa autora ainda salienta que “o ser humano constitui-se nas semelhanças e diferenças, e o próprio conceito de personalidade contempla a especificidade e o reconhecimento das igualdades e desigualdades”

Na pesquisa jurisprudencial realizada, ao utilizar as palavras-chave “direito à identidade” + “hermafrodita”, apareceram apenas 2 (duas) decisões judiciais, ambas no Estado de São Paulo, destaque-se que as duas decisões não tratam de pessoas intersexuais, mas sim transexuais, o que evidencia o equívoco na utilização das referidas nomenclaturas pelos operadores do direito.

Porém, optou-se por trazer as decisões neste trabalho por se tratarem de decisões em que o relator, para deferir a retificação do assentamento civil, privilegia o direito à identidade e a dignidade da pessoa humana, princípios fundamentais para a existência de uma sociedade democrática e livre de qualquer preconceito. São as seguintes decisões:

0074021-08.2010.8.26.0224 Apelação / Registro Civil das Pessoas Naturais

Relator(a): A.C. Mathias Coltro

Comarca: Guarulhos

Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 09/05/2012

Data de registro: 05/06/2012

Ementa: retificação de registro público prenome civil transexual que se submeteu à transgenitalização nome constante em seu registro de nascimento que o submete a ridículos transexualismo, que, ademais, é patologia e não perversão sexual entendimento - possibilidade de modificação do nome inteligência dos artigos 55, parágrafo único e 109 da lei de registros públicos solução que, além disso, **atende ao postulado da dignidade da pessoa humana alteração do sexo também deferida, até porque solução contrária, tal como a aposição do termo transexual, em lugar do masculino ou feminino, seria adversa ao próprio direito constitucional vigente**, importando séria violação à dignidade humana - sentença reformada, acolhendo-se, ademais, o pedido de concessão do benefício da justiça gratuita e a retificação do registro civil público do assentamento do autor, quanto ao seu prenome, que passa a ser Josiany Neres Glória, modificado também o gênero para o feminino e observando-se que as modificações procedidas decorreram de decisão judicial - recurso provido

9088482-34.2001.8.26.0000 Apelação Com Revisão / RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL

Relator(a): Elliot Akel

Comarca: Comarca não informada

Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Privado

Data de registro: 19/04/2002

Outros números: 002.09.101400-0

Ementa: RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL - ASSENTO DE NASCIMENTO - TRANSEXUAL - ALTERAÇÃO NA INDICAÇÃO DO SEXO - DEFERIMENTO - NECESSIDADE DA CIRURGIA PARA A MUDANÇA DE SEXO RECONHECIDA POR ACOMPANHAMENTO MÉDICO MULTIDISCIPLINAR - CONCORDÂNCIA DO ESTADO COM A CIRURGIA QUE NÃO SE COMPATIBILIZA COM A MANUTENÇÃO DO ESTADO SEXUAL ORIGINALMENTE INSERTO NA CERTIDÃO DE NASCIMENTO - NEGATIVA AO PORTADOR DE DISFORIA DO GÊNERO DO DIREITO À ADEQUAÇÃO DO SEXO MORFOLÓGICO E PSICOLÓGICO E A CONSEQUENTE REDESIGNAÇÃO DO ESTADO SEXUAL E DO PRENOME NO ASSENTO DE NASCIMENTO QUE ACABA POR AFRONTAR A LEI FUNDAMENTAL - **INEXISTÊNCIA DE INTERESSE GENÉRICO DE UMA SOCIEDADE DEMOCRÁTICA EM IMPEDIR A INTEGRAÇÃO DO TRANSEXUAL - ALTERAÇÃO QUE BUSCA OBTER EFETIVIDADE AOS COMANDOS PREVISTOS NOS ARTS. 1º, III, E 3º, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL** - RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NEGADO, PROVIDO O DO AUTOR PARA O FIM DE ACOLHER INTEGRALMENTE O PEDIDO INICIAL, DETERMINANDO A RETIFICAÇÃO DE SEU ASSENTO DE NASCIMENTO NÃO SÔ NO QUE DIZ RESPEITO AO NOME, MAS TAMBÉM NO QUE CONCERNE AO SEXO.

Percebe-se que esse número reduzido de julgados com a expressão “direito à identidade”, advém de um movimento ainda tímido da luta pela garantia do direito à identidade. Diante do tímido avanço legislativo, decisões como essas que privilegiam o entendimento de direito à identidade devem ser utilizadas como decisões paradigmas para a tutela da criança em situação de intersexo.

5.2 DO DIREITO AO PRÓPRIO CORPO

No que se refere ao direito ao próprio corpo, Reale (2013, p. 02) determina que seria “a condição essencial do que somos, do que sentimos, percebemos, pensamos e agimos”, sendo assim esse direito abrange a representação do corpo, o que justifica a proibição de se dispor dele, tendo como exceção razões de urgência médica.

Na concepção de Pereira (2014, p. 212) o direito ao próprio corpo integra o conceito de integridade física, “no que se configura a disposição de suas partes, em vida ou para depois da morte, para finalidades científicas ou humanitárias, subordinado, contudo, à preservação da própria vida ou de sua interidade”.

O Código Civil de 2002, no capítulo II, destinado a tratar sobre os Direitos da personalidade, dispõe sobre o direito ao próprio corpo, art.13, e veda os atos de disposição do corpo quando ocasionam uma diminuição permanente de integridade física ou quando sejam contrários aos bons costumes. Ressalva-se, contudo, a hipótese de necessidade médica (RODRIGUES, 2003; TEPEDINO, 2008). Essa ressalva do Código Civil é utilizada como justificativa legal para a realização das cirurgias nas crianças que nascem com ambiguidade genitália.

Esta necessidade médica, que trata o art. 13 do Código Civil no que tange às crianças em situação de intersexo, é justificada por uma lógica binária que gera a necessidade de ablação de órgãos para “ajuste” das pessoas intersexuais. No entendimento de Bittar (2008, p. 84), essa ablação é considerada uma violação à integridade física da pessoa, e, segundo o autor, nota-se “a tendência de negar-se autorização para operações dessa ordem”.

Segundo Borges (2007), a reflexão sobre “direito ao próprio corpo” e sobre a “autonomia privada” deve ser orientada por três artigos da Constituição Federal sendo eles: o artigo 1º, inciso III, que garante a dignidade da pessoa humana; o artigo 5º, caput, que garante a inviolabilidade do direito à vida e do direito à liberdade; e o artigo 4º, que traz a disponibilidade de partes do corpo.

Na perspectiva de Fiuza (2003, p. 179), ter direito ao próprio corpo significa que “ninguém pode ser constrangido à invasão de seu corpo contra sua vontade”. Esse autor salienta que, para qualquer disposição do próprio corpo, é necessário reconhecer os limites morais e éticos recepcionados pelo Direito.

Em que pese uma das características dos direitos da personalidade ser da indisponibilidade, a doutrina e a jurisprudência já a entendem pela relativização dessa característica, tendo como contraponto a autonomia, desde que sejam garantidos a dignidade da pessoa humana, a ordem pública e os bons costumes (BORGES, 2007).

Ao analisar a disposição do próprio corpo, Barboza (2012, p. 126) destaca a importância de o ordenamento identificar de que corpo se está falando, para que seja possível efetivar essa garantia. Essa autora evidencia que a multiplicidade de aspectos envolvidos revela a complexidade do tema, e que, para ser melhor compreendido, requer uma leitura interdisciplinar; e ressalta que o corpo “pode ser entendido como expressão material da identidade de cada indivíduo, fiel tradutor de sua biografia”. Esta proteção ao próprio corpo reflete diretamente no direito à identidade (id., p. 133).

Neste contexto, a característica de indisponibilidade prioritariamente destacada pelo Código Civil deve ser analisada a partir de uma perspectiva que privilegie a efetivação da

Dignidade da Pessoa Humana e, conforme orienta Teixeira e Penalva (2008, p. 229) “mediante uma análise na qual fato e norma dialoguem, de modo a perquirir a função de determinada situação jurídica, vez que é por meio dessa perspectiva que se cumprirão os objetivos constitucionais”.

Ao analisar as conexões entre bioética e direitos da personalidade, pontua Borges (2012, p. 157) que o princípio da autonomia emerge como um importante ponto de convergência e que, através desse princípio, é possível perceber que “muito de seu conteúdo é a versão jurídica, nos direitos da personalidade, do princípio bioético da autonomia”.

Como destacado no capítulo três, “A Criança como Sujeito de Direito”, diferentemente do direito civil que entende que as crianças e os adolescentes até 16 anos de idade são absolutamente incapazes, e, por isso, praticamente desconsidera a opinião destes indivíduos, a bioética entende que deve ser levada em consideração a opinião das crianças e adolescentes “diante de fatos que impactam sua vida, independentemente de seu estado jurídico” (BORGES, 2012, p. 181), e ainda pontua que a decisão destes sujeitos é válida, inclusive, para afastar intervenções médicas (id., p. 161).

Diante da complexidade das relações e da dificuldade para o direito de apontar uma solução para cada caso concreto, percebe-se a necessidade da leitura dos problemas à luz dos princípios e da interdisciplinaridade (GRUBER, 2006), que desvela a verdade, guiando para a solução mais adequada da questão. Dessa forma, este trabalho de apoia na Bioética para auxiliar no entendimento da questão. Segundo evidencia Baiges (2006, p. 1), os avanços biomédicos possuem uma dimensão ética e jurídica que “afetam muitas vezes as questões sociais fundamentais, como o uso do corpo”.

No entender de Aguiar (2012, p. 87), a “maioridade bioética, referente aos atos da vida da pessoa humana que digam respeito ao seu próprio corpo e à saúde” é o termo majoritariamente adotado, em detrimento do termo “maioridade sanitária”, adotado no meio médico. Essa autora insiste que “a maioridade sanitária encontra-se apartada da legal, dando conta de que o médico tem receio de reconhecimento de autonomia ao adolescente na forma como referida no art. 74 do Código de Ética Médica²⁷”. Ela ainda põe em evidência que o Código de ética médica Resolução nº 1931/2009, art. 74, reconhece, a título de maioridade sanitária, a idade de 12 anos, garantindo o sigilo profissional relacionado ao paciente menor de idade, inclusive de seus pais.

²⁷ Art. 74. Revelar sigilo profissional relacionado a paciente menor de idade, inclusive a seus pais ou representantes legais, desde que o menor tenha capacidade de discernimento, salvo quando a não revelação possa acarretar dano ao paciente.

Ainda sobre a maioria bioética, Aguiar (2012, p. 98) evidencia a sua construção a partir do “ECA art. 28 §1º e §2º, que estabelece o consentimento do adolescente nos casos de colocação em família substituta e que a criança seja ouvida nesta hipótese, respeitando seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão”. No entendimento dessa autora, “a idade de 12 anos representa aquela a partir da qual é indispensável o consentimento do adolescente a gerar uma presunção absoluta de que já pode ele/ela expressar autonomamente sua vontade para os fins de guarda”. Sobre esse aspecto, ela informa que a manifestação do sujeito que não tenha discernimento suficiente deverá ser levada em consideração de forma “temperada pelo seu estágio de desenvolvimento e compreensão”.

Nesta esteira, o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 4º²⁸ garante a proteção da criança e do adolescente diante da sua peculiar situação de vulnerabilidade. Destaca Aguiar (2012, p. 99), que “a vulnerabilidade não deve servir de fundamento para a limitação da autonomia dos menores de 18 anos nos fatos concernentes à sua saúde e à sua vida”, garantindo aos menores a autonomia na medida do seu desenvolvimento.

Essa autora continua sua defesa apontando para que, muitas vezes, os responsáveis legais, sob o argumento de proteção, acabam impondo “um valor coletivo ao seu interesse pessoal [...], desrespeitando-os sob o argumento de proteger sua condição de vulnerabilidade” (2012, p. 100). Mais adiante, Aguiar pontua a distinção entre a autonomia e a vulnerabilidade, salientando que todos estão expostos a algum tipo de vulnerabilidade, todavia, isso não promove o afastamento da autonomia de cada indivíduo.

Nesse sentido, Aguiar (2012, p. 101) expõe que “a maioria bioética deve ser admitida como presunção absoluta dentro do sistema positivo brasileiro, com fundamento legal no art. 28, § 1º do ECA”. Para a autora, essa presunção não significa a adoção da teoria do menor maduro, adotada nos países de common Law, mas entende que se faz necessário a leitura do Código Civil de 2002 sob a perspectiva do princípio da autonomia “fazendo com que médicos que lidam diuturnamente com questões envolvendo adolescentes não se vejam tolhidos no exercício da relação médico-paciente pelo temor de agir como um ‘fora da lei’”.

²⁸ Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;

d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Vale pontuar que Aguiar (2010, p. 145) defende a dissociação entre o respeito à autonomia e a capacidade civil de forma pura e simples. Diametralmente opostos, Beauchamp e Childress (2002, p. 145-9) entendem que o princípio do respeito à autonomia “não deve se aplicar a pessoas que não podem agir de forma suficientemente autônoma (e que não podem se tornar autônomas), pois elas são imaturas, inaptas, ignorantes, coagidas ou exploradas. Crianças são exemplos típicos disso”. As escolhas de uma pessoa, muitas vezes, modificam com o passar dos anos, e com as experiências vividas. Nesse sentido, “quando as escolhas atuais de uma pessoa contradizem suas escolhas anteriores, que podem ter tido o propósito explícito de prevenir futuras mudanças de opinião, surgem problemas morais e interpretativos”.

Uma ação autônoma é aquela que privilegia o caráter pessoal do sujeito, faz-se imprescindível que sejam analisados os sinais de alerta para que se faça possível investigar se aquele sujeito está de fato agindo autonomamente. No ambiente hospitalar, assim como em outros ambientes, o julgamento “sobre a capacidade distingue os indivíduos cujas decisões autônomas devem ser respeitadas daqueles cujas decisões precisam ser checadas e talvez suplantadas por um representante” (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, p.149-51).

É importante ressaltar que a palavra “capacidade” possui definições diversas, a depender da área de conhecimento e da corrente filosófica em que uma determinada pessoa acredite como verdadeira. Assim, segundo Beauchamp e Childress (2002, p. 152), a palavra “capacidade” “acumulou várias camadas de significados, interligados de diversas maneiras, mas com diferentes propósitos e funções protetoras por trás das várias ideias”.

E, para a análise do grau de capacidade de um indivíduo, “é conveniente avaliar o entendimento do paciente, sua habilidade deliberativa e sua coerência ao logo do tempo, fornecendo, concomitantemente, aconselhamento, apoio e informação” (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, p. 153).

Vale ressaltar que essas conceituações possuem uma importância prática, devendo ser levada em consideração a incapacidade apontada pela lei “visam à proteção da propriedade, e não das pessoas, e, portanto, não são apropriadas para as decisões médicas”. Assim, esses autores, reconhecem que um paciente tem capacidade para tomar uma decisão quando possuir capacidade para “entender a informação material, fazer um julgamento sobre a informação à luz de seus próprios valores, visar a um resultado determinado e comunicar livremente seu desejo àqueles que o tratam” (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, p. 153-4).

Em que pese “autonomia” (significa autogoverno) e “capacidade” (a habilidade de executar uma tarefa) possuírem significados distintos, “os critérios que definem a pessoa

autônoma e a pessoa capaz são surpreendentemente similares”. A diferença é que os institutos que classificam as pessoas como capazes ou incapazes não proporciona “meio termo”, são categóricos, enquanto que a autonomia é um conceito contínuo que permite uma variação conceitual (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, p. 154-5).

O critério etário é convencionalmente utilizado para validar a autorização, porém este limite varia de acordo com o grau de risco envolvido, com a importância dos benefícios esperados e com o modelo de uma comunidade. Para Beauchamp e Childress (2002, p. 158), “critérios desse tipo são utilizados para proteger pessoas imaturas ou propensas a enganar contra possíveis decisões que não promovam o seu melhor interesse”.

Encontram-se na doutrina dois sentidos do modelo de capacidade: um sentido faz referência aos critérios para determinar a capacidade, utiliza-se como exemplo um adolescente maduro que possui discernimento para decidir sobre um transplante de rim; o outro sentido é o pragmático, a exemplo do adolescente que apesar de “maduro” é legalmente incapaz em virtude da idade (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, p. 159).

O consentimento informado foi planejado com o objetivo de possibilitar o empoderamento do paciente para que este possua elementos suficientes para decidir de forma autônoma sobre o seu próprio corpo. No entendimento de Beauchamp e Childress (2002, p. 163) “um consentimento informado é uma autorização autônoma dada por indivíduos para uma intervenção médica ou um envolvimento numa pesquisa”. Para tanto, a pessoa deve expressar formalmente a concordância através de um ato de consentimento livre e esclarecido.

Este termo de consentimento fora planejado a partir de duas perspectivas: a primeira visa “à proteção dos pacientes e dos sujeitos de pesquisa contra danos e ao encorajamento dos profissionais médicos para que ajam de forma responsável nas interações com pacientes e sujeitos de pesquisas”; e a segunda tem como objetivo proteger as instituições que “têm de obter consentimento legalmente válido para pacientes ou sujeitos de pesquisa antes de proceder aos procedimentos terapêuticos ou própria pesquisa” (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, p. 162-4).

Nesse sentido, esses autores salientam que “é fácil criticar as regras institucionais como superficiais, mas os profissionais da área da saúde nem sempre podem obter um consentimento que satisfaça as exigências das rigorosas regras de proteção da autonomia” (id., p. 165).

Pode-se categorizar primariamente as principais influências a esse respeito, são elas: a coerção, a persuasão e a manipulação. A primeira influência, a coerção, se dá quando são utilizados instrumentos, a exemplo de uma séria ameaça ou utilização da força para submeter

a pessoa a fazer aquilo que seja da vontade de outrem. A segunda, a persuasão, ocorre quando é colocada em prática a estratégia do convencimento pelas razões de mérito. Enquanto que a terceira, a manipulação, deflagra-se quando o manipulador impõe a pessoa a fazer aquilo que ele quer através de outros meios que não sejam a coerção ou a persuasão (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, p. 188-9).

No caso das crianças que nascem em situação de intersexo percebe-se que, para a proteção integral desta criança, é necessário apoiar-se em outras áreas do conhecimento, a exemplo da bioética, que apresenta avanços significativos no que tange ao entendimento da criança enquanto sujeito de direito autônomo na medida da sua capacidade.

5.3 ELEMENTOS PARA A DECISÃO DA CIRURGIA DA CRIANÇA COM INTERSEXO: UMA NOVA PROPOSTA

No que tange às principais questões levantadas por pessoas intersexuais, Guimarães-Júnior (2014, p. 63), sinaliza relatos de sofrimento vivenciado e o desajuste psicosssexual, tendo os procedimentos cirúrgicos como determinantes para o drama vivenciado.

Sobre esses questionamentos, Szaniawski (2005, p.119) acentua que grande parte destas pessoas:

São indivíduos intranquilos, deprimidos, angustiados, inconformados com sua situação peculiar, anômala. São indivíduos infelizes, e os que não pertencem a uma família economicamente abastada, são marginalizados. São pessoas que não encontram correspondência na parte afetiva, já que se sentem, psiquicamente, como indivíduos de sexo diverso do sexo que morfológicamente possuem, vindo, conseqüentemente, o intenso desejo de mudar de sexo, a fim de possuírem, sob o ponto de vista morfológico, sexo idêntico ao sexo psíquico.[...] A possibilidade que a Medicina lhes oferece, de adequar o desajuste do sexo biológico em relação ao sexo psíquico, devolverá, certamente, ao indivíduo o equilíbrio necessário para fazê-lo desenvolver as atividades normais, a função que lhe cabe desempenhar na sociedade.

Segundo parecer de Guimarães-Júnior (2014, p. 63), o suposto princípio da beneficência, utilizado pela medicina para justificar as intervenções nos corpos dessas pessoas, representa um sentido reverso, pois contradiz os sentimentos desses indivíduos e resulta em “inequívoca maleficência”.

Nesse mesmo sentido, a psicóloga Suzanne Kessler (1998) que se posiciona contrária à lógica médico-interventor, predominante nos casos de ambiguidade genitália, entende que a justificativa de busca do equilíbrio físico, que fundamenta as intervenções, não é alcançada, uma vez que não é realizando um acompanhamento integralizado e contínuo com o foco na busca da satisfação pessoal do paciente.

Como reforço discursivo, Guimarães-Júnior (2014, p. 102) traz à baila a discussão sobre “a hegemonia da medicina para estabelecer verdades e certezas que fundamentam algumas terapêuticas e normas representa uma espécie de limite à sua própria eficácia”. E continua destacando que a padronização, e até mesmo a tecnologia, não garante que os princípios da bioética – beneficência, não maleficência, autonomia e justiça – sejam efetivados.

Sobre a hegemonia do “saber-poder” médico (CANGUÇU- CAMPINHO, 2014, P.125), destaca-se a crítica elaborada por Foucault (1979) no que tange ao atrelamento do poder fonte de “verdades”. Nesse sentido, Foucault (1999) questiona a padronização dos corpos que é imposta pela sociedade, bem como a medicalização.

Por esse viés, Machado (2008, p. 118) evidencia a ausência de uniformidade nas intervenções realizadas em pacientes intersexuais, não só pelos médicos como pelas associações, corporações, pesquisadores e também pelos próprios intersexuais. Para essa autora, esse fato se justifica pelas múltiplas possibilidades de diagnóstico, o que faz da intersexualidade um desafio para a medicina, e, dessa forma, “qualquer tentativa de estabelecer um protocolo padrão torna-se insuficiente”.

Nesse contexto, de angústias e ausência de respostas uniformizadas, encontram-se as famílias que precisam estar empoderadas para conseguir participar do processo de forma a garantir a proteção integral desta criança, inclusive, garantido à mesma estrutura suficiente para que possa desenvolver-se e construir sua autonomia (PEREIRA, 2013).

Como destacam Pereira e Giacóia Júnior (2013, p. 24), deve nortear a família “o respeito ao outro enquanto um ser único detentor de direitos e deveres, dentro e fora do núcleo familiar”.

Antes tratados de forma patrimonialista, com o advento da Constituição Federal e a positivação do princípio da dignidade da pessoa humana, os direitos da personalidade passaram a ser interpretados sob um viés constitucional. Esta modificação refletiu em diversos ramos do Direito, convidando ao operador do direito a refletir sobre questões que envolviam problemas bioéticos (PENALVA e TEIXEIRA 2008, p. 301).

Apesar desta paulatina mudança de pensamento da sociedade brasileira, sinaliza Guimarães-Júnior (2014, p. 26) que “médicos insistem em afirmar que a ocorrência da

genitália ambígua representa uma “urgência biológica e social”, a qual requer pronta intervenção com vistas à elucidação do sexo daquele recém-nascido, de modo a se evitar a instalação e o desenvolvimento de problemas psicosssexuais”. O referido autor traz como contrapartida a essa afirmação, relatos de adultos que passaram pela cirurgia quando criança, mas que mesmo assim, contestam a sua beneficência.

Autores como Fausto Sterling (2000), Lavigne (2009) e Kessler (2002), questionam o conceito de “urgência médica” e destacam que a urgência da definição do sexo, na maioria das vezes, é muito mais de caráter cultural/social, justificada pela cultura binária imposta à sociedade e por pais que se sentem fragilizados diante da situação de “indefinição”.

Indica Rosário (2007, p. 269) que “é crescente o número de médicos que se filiam a uma perspectiva conservadora, e aguardam que pesquisas e estudos possam substanciar os benefícios funcionais e psicológicos relativos à cirurgia precoce de reconstrução genital”. Nesse mesmo sentido, Silva *et al.* (2011, p. 84) compreende que “a decisão que sujeito faz ao eleger seu sexo foi construída desde cedo e está intimamente relacionada à sua história, às relações que estabeleceu com o outro primordial, a partir do qual se constituiu”. Dessa forma, para esses autores, parece equivocado pensar que o ideal seria permitir a definição do sexo quando o sujeito já tivesse capacidade para tal.

Esses autores acreditam que a intervenção médica precocemente contribui para a minimização do sofrimento que este sujeito poderá sofrer, bem como facilitará a sua inserção social (SILVA *et al.*, 2011, p. 84). Diametralmente oposto, entende Rosário (2006, p. 6) que a cirurgia realizada precocemente pode potencializar uma série de complicações a exemplo da disfunção sexual, dor, depressão, bem como potencializar o tabu vivenciado por estas pessoas que, muitas vezes, submetem-se ao tratamento quando pequenos e sequer são informados sobre a sua circunstância. Contudo, Rosário (2006, p. 23) salienta que, nos casos em que ocorre risco à saúde da criança a cirurgia, deve ser feito, sob pena de negligenciar o direito à saúde daquela pessoa.

A partir da revisão de literatura sobre a temática, entende-se que a autonomia da criança existe e deve ser considerada na medida de sua capacidade. A observância a este princípio mostra-se relevante na análise da precocidade da cirurgia da genitália da criança em situação de intersexo (BISHOP, 2007).

Para a análise do limite do poder familiar diante da autonomia da criança intersexual, é preciso fundamentar-se nos princípios, de modo que seja possível considerar a complexidade dos fatos e, assim, conseguir responder às demandas da sociedade (NEVES, 2013). Afinal, a legislação vigente traz critérios objetivos para definir a capacidade, mas não considera o ser

humano em sua complexidade e completude. Nesse sentido, Hannah Arendt (2007, p. 16) destaca que “a pluralidade é a condição da ação humana pelo fato de sermos todos os mesmos, isto é, humanos, sem que ninguém seja exatamente igual a qualquer pessoa que tenha existido, exista ou venha existir”.

Destaque-se que, diante da ausência de positivação do direito à identidade da criança intersexual, para que seja possível efetivar a proteção integral dessa criança o “poder judiciário cumpre o papel de guardião desse fundamento e de garantidor do exercício da cidadania integral” (AGUIAR, 2008, p. 106). Nesse entendimento, ressaltam as lições de Oliveira e Muniz (1980, p. 234) que “o positivismo, que esvazia a noção de pessoa, e esvazia a noção de Direito, esvazia a noção de Estado de Direito, visto pelo ângulo meramente formalista do positivismo jurídico, nada mais é que mero Estado de legalidade”.

Atentam Menezes e Gonçalves (2012, p. 113) que “nas mais variadas sendas, há entraves, omissões ou mesmo simplificações legislativas a minar a concretude do projeto pessoal de cada um de formar sua subjetividade”. Contudo, a sociedade e os operadores de Direitos não podem permitir que o judiciário, sob o fundamento de aparente omissão, negligencie a tutela da pessoa humana, “porque a principiologia constitucional e os direitos fundamentais dão suporte à defesa integral da pessoa”.

Dialogando com entendimento de Fachin (2005, p. 69-70), “para dar início a esta caminhada da efetivação prática desses direitos, é imperativo que se parta de uma hermenêutica constitucional que efetivamente coloque a Constituição com centro real do ordenamento”. Afinal, apenas sob o prisma da dignidade da pessoa humana será possível garantir a estas crianças a tutela dos seus direitos da personalidade.

Expõe Aguiar (2008, p. 106) que “o direito à diferença deve ser entendido como sub-princípio do princípio da dignidade humana e, como tal, deve ser assegurado judicialmente para que se possam cumprir os fundamentos do Estado democrático de direito”.

Encontra-se no princípio do melhor interesse da criança, princípio estruturante da Convenção sobre os Direitos das Crianças e do Adolescente, a possibilidade para alicerçar possíveis decisões que interfiram no poder familiar, mas que visem tutelar a autonomia da criança e a formação da sua personalidade. Para tanto, pensou-se em alguns critérios de ponderação para a protelação da cirurgia de definição do sexo, quais sejam: mal irreversível ou dano irreparável, desde que a cirurgia não seja necessária para garantir a saúde da criança; e a idade da criança, vinculando a noção de crescimento e, assim, maior autonomia para decisões.

De fato, da discussão sobre a intersexualidade, emerge a necessidade de se questionar a imposição binária a qual os indivíduos, na sociedade atual, são submetidos (LAVIGNE, 2009; FAUSTO-STARLING, 2000) e de se desconstruir os axiomas a que lhes são impostos (DERRIDA, 1995). Afinal, para que haja mudanças na ciência, é preciso superar os obstáculos epistemológicos para a criação de um novo paradigma (KUHN, 2006).

6 DO PLANO TEÓRICO À VIDA REAL – DAS ENTREVISTAS APLICADAS AOS MÉDICOS E AOS FAMILIARES

Dando continuidade à terceira etapa metodológica deste estudo, este capítulo tem como objetivo analisar as entrevistas aplicadas aos médicos e aos familiares que lidam com crianças em situação de intersexo, sob a perspectiva do entendimento desta criança enquanto sujeito de direito, do princípio da não discriminação, do direito à identidade e do direito ao próprio corpo.

6.1 O PROCEDIMENTO UTILIZADO PARA A REALIZAÇÃO DAS ENTREVISTAS

A entrevista foi focada em dois segmentos: os familiares de crianças e/ou adolescentes intersexuais; e os médicos que atuam na área. Planejou-se a realização de entrevista semiestruturada que, como menciona Triviños (1987), parte de alguns questionamentos básicos que interessam à pesquisa, nos quais surgirão outras interrogativas à medida que se recebem as respostas dos informantes.

Como critério para seleção dos entrevistados, os profissionais precisavam ter inserção na área da endocrinologia pediátrica, urologia, genética, psicologia e serviço social, que atuem ou tivesse atuado por mais de dois anos com crianças intersexuais, no ambulatório de Genética do Hospital Universitário Professor Edgar Santos (HUPES), ambulatório público responsável pelo atendimento às crianças com intersexo do estado da Bahia, bem como profissionais que tivessem inserção na área de endocrinologia e que atuasse na maternidade pública de referência do Estado da Bahia.

Dessa forma, foram entrevistados no ambulatório de Genética: um assistente social, um psicólogo, um urologista pediátrico, um geneticista e um endocrinologista, com o objetivo de entender a perspectiva destes profissionais diante da definição do sexo de criação. Na maternidade de referência, foi entrevistado um endocrinologista, com o objetivo de entender a perspectiva desse profissional que participa das primeiras informações e condutas diante da criança em situação de intersexo.

Além dos profissionais, foram entrevistadas cinco famílias que tinham filhos/tutelados com ambiguidade na genitália e realizaram a cirurgia de definição do sexo ainda quando

crianças e que estavam cadastradas no Ambulatório de Genética do Hospital Universitário Professor Edgar Santos (HUPES). A escolha dessas famílias decorreu por amostragem aleatória, a fim de construir uma discussão a respeito do reconhecimento dos direitos de personalidade e autonomia da criança em situação de intersexo pela família.

As entrevistas foram gravadas e transcritas pela própria pesquisadora, sendo utilizados codinomes para os entrevistados, com a finalidade de manter o sigilo dos mesmos. Os dados foram analisados mediante a identificação de categorias analíticas, a partir da teoria jurídica dos direitos da personalidade, traçando como categorias: Direito ao próprio corpo; Direito à identidade; Autonomia da criança; Poder Familiar. Elementos como a discriminação da criança a partir da condição congênita e a participação dos profissionais de saúde no processo da garantia do direito da criança foram, igualmente, analisados.

6.1.1 Do Questionário Aplicado aos Profissionais e a Justificativa de cada Pergunta

Para melhor ilustração do questionário (Apêndice A) utilizado nas entrevistas junto aos profissionais da área de saúde neste espaço, optou-se pela disposição das questões e de suas respectivas justificativas, organizadas conforme assunto.

Quadro 1 – Questionário aplicado junto aos profissionais da área de saúde.

| INFORMAÇÕES GERAIS | JUSTIFICATIVA |
|---|--|
| Nome | <ul style="list-style-type: none"> ▪ Aproximação do entrevistado; ▪ Identificar a proximidade com o tema tratado. |
| Profissão | |
| Área de atuação | |
| Há quanto tempo trabalha com crianças em situação de *intersexo (a expressão intersexo poderá vir a ser substituída por Distúrbio do Desenvolvimento Sexual se o entrevistado expressar qualquer discordância ao termo) | |
| Trabalha com crianças em situação de intersexo na clínica privada e no SUS? | |
| INFORMAÇÕES SOBRE O NASCIMENTO | JUSTIFICATIVA |
| Qual a orientação do(a) senhor(a) no que tange ao registro civil da criança que nasce em situação de intersexo? | Identificar a conduta que vem sendo adotada pelos profissionais da área de saúde, com o objetivo de verificar o respeito aos direitos da personalidade, a exemplo do direito ao nome e |

| | |
|---|--|
| | do direito à identidade. |
| Ao longo da sua atuação profissional, o senhor (a) recorda de algum caso de discriminação familiar ou social da criança em situação de intersexualidade? | Verificar a existência de discriminação. |
| Em algum momento da sua atividade profissional o senhor já recebeu criança/adolescente em situação de intersexualidade que tenha passado por cirurgia (realizada por outros médicos) que não tenha resultado em benefício para a identidade da criança? | Identificar o respeito ao direito à identidade e da autonomia da criança. |
| INFORMAÇÕES SOBRE A CIRURGIA | JUSTIFICATIVA |
| Conforme a sua experiência profissional, a família pode participar do processo de decisão sobre a definição do sexo? Como? | Analisar a perspectiva dos profissionais no que tange a atuação das famílias. Categoria: Poder Familiar |
| Conforme a sua experiência, a criança pode participar no processo de definição da cirurgia? Como? | Analisar o reconhecimento da autonomia da criança na perspectiva dos profissionais de saúde. |
| Ao longo da sua atuação profissional, a situação de intersexualidade da criança pode ser resolvida apenas com a cirurgia? | Analisar a perspectiva dos profissionais no que tange a situação de intersexualidade – categorias: direito à identidade, direito ao próprio corpo. |
| Conforme a sua experiência, qual o papel da cirurgia na vida destas crianças? | Analisar o reconhecimento da autonomia da criança. Categoria: Direito à identidade e autonomia da criança. |
| Conforme a sua experiência, a família precisa de profissional de outra área no processo de definição da cirurgia? | Analisar a perspectiva dos médicos no que tange ao tratamento interdisciplinar |

A seguir estão disposta as análises construídas a partir das respostas e observações captadas ao longo das entrevistas com os profissionais e pareceres em consonância com a bibliografia selecionada sobre as temáticas aqui trabalhadas.

6.2 DAS CATEGORIAS ENCONTRADAS

6.2.1 Do Direito ao Nome

Quando se questionou sobre o momento em que deveria ser realizado o registro civil, os profissionais da área de saúde foram unânimes no entendimento de que se deve aguardar a realização dos exames para a definição do sexo e, então, a realização do registro.

Um dos profissionais da área de saúde destacou a impossibilidade de definição antes dos exames e, com isso, a insuficiência dos formulários no que tange às crianças com ambiguidade na genitália, pois os formulários só possuem a determinação “masculino e feminino”. Aponta a possibilidade de mudança da lógica binária dos formulários para facilitar o acesso a essas crianças, bem como a posterior identificação.

Olha eu acho que se a gente conseguir chegar a um ponto de da como indeterminado para poder ser registrado, porque do jeito que é hoje não tem como registrar e também a gente não pode dizer que é feminino sem ter certeza, sem ter feito todos os exames, que é a comprovação de que é feminino. Eu acho que se a gente chegar ao ponto de poder dá a declaração de nascido vivo como indeterminado até um estabelecimento, uma determinação futura, melhor. Eu acho que era não colocar nem masculino nem feminino, teria uma informação de que tem ambiguidade genital e isso seria encaminhado porque se for fazer a correção é um trabalho tão grande para o nosso sistema que eu acho que gera até mais estresse para família do que esperar às vezes uns meses e fazer o registro definitivo [ENTREVISTADO L].

Os profissionais muitas vezes não sabem como identificar qual é o sexo, então realmente fica essa questão porque os formulários aqui, eles não dão conta do que se espera, então, por exemplo, o caso da lei da Alemanha que já foi criado uma possibilidade de você deixar o sexo indeterminado e ao longo do tempo você pode tanto manter o sexo indeterminado como você pode alterar esse sexo. Então eu não sei se isso é a melhor solução, acho que a gente deveria pensar sobre isso [ENTREVISTADO AK].

O entrevistado da área de serviço social atentou para o fato de que, na sociedade contemporânea, o registro civil também significa acesso aos serviços de saúde e afins e, por isso, teme a demora da realização do registro, principalmente no atendimento público em que a realização dos exames pode demorar mais tempo do que o esperado, como é possível identificar no seguinte trecho da entrevista:

Optaria por aguardar, se houvesse a possibilidade desse aguardo, no entanto para a utilização de todos os serviços de saúde, equipamentos e serviços de saúde, que a criança vai precisar até chegar em um diagnóstico mais fechado vem requerendo um documento de identificação. Então a solução seria um tipo de serviço, teria que ter uma possibilidade de um registro que desse a possibilidade dos familiares e as crianças o acesso aos serviços de saúde, um registro provisório algo desse tipo, no entanto não é tão fácil porque a dúvida perpassa pelo sexo e pelo nome, no entanto poderia ser opção RN de... [...] o diagnóstico de uma pessoa com intersexo pode ser logo, pode não ser 2 meses ou 3 meses, e o que fazer?[ENTREVISTADO A].

O registro civil de nascimento é um direito fundamental de todos e também uma obrigação legal dos pais, do Estado e da sociedade. Esta necessidade de adequação à lógica binária como acentua Choeri (2010) têm consequências em todas as áreas do conhecimento,

inclusive no que tange à diferenciação de tratamento diante da definição do sexo para fins previdenciários e trabalhistas.

Na Cartilha “Dignidade da criança em situação de intersexo”, de autoria de Canguçu-Campinho e Lima (2014), numa perspectiva inovadora, esses autores apontam como opção para garantir a essa criança o registro civil, e, então, o acesso integral aos serviços de saúde, enquanto não se define o sexo de criação, a realização de um registro provisório que não seja identificado o sexo biológico da criança e, no lugar do nome, a identificação “RN de (nome dos pais)”.

Ressalte-se que essas possibilidades judiciais são possíveis a partir de uma análise orientada basicamente por princípios, que possibilitam a flexibilização dos entendimentos (NEVES, 2013), com o objetivo de garantir a efetivação da dignidade da pessoa intersexual.

6.2.2 Do Princípio da não Discriminação da Criança e do Adolescente

Quando se questionou sobre algum caso de discriminação familiar ou social da criança em situação de intersexualidade, os profissionais da área de saúde, área de serviço social, e psicologia, por maioria identificaram o sofrimento vivenciado por estas pessoas, apenas um profissional da área de saúde não recordou alguma situação específica.

Foi relatada por um dos profissionais de saúde a discriminação vivenciada por um paciente que mora em um interior, e que, até hoje, não tem coragem de vivenciar um relacionamento amoroso, pois os moradores o chamam de “macho-fêmea”.

A gente tem um paciente que ele hoje tem quase trinta anos e ele leva uma vida na cidade dele que você vê assim, ele tem uma identidade masculina, ele tem amores platônicos, mas ele nem se joga no mercado porque na cidade ele é conhecido como um macho-fêmea que nasceu, ninguém sabia se era mulher ou homem, imagina a cidade inteira sabendo, quem é que vai querer casar com ele? [ENTREVISTADO L].

No que tange à discriminação intrafamiliar, foi contado pelo profissional da área de psicologia, relatos de crises conjugais, diante da situação de intersexualidade da criança.

Na família tem aquelas famílias em que é relatado principalmente a questão dos pais que tinham uma fantasia do que era de repente ser uma menina ou ser um menino e quando vem uma criança que é diferente do que ele esperava socialmente, qual corporeidade que ele esperava muitos pais não sabem lidar com isso e é muito

comum em alguns casos a gente viu de ter crises conjugais, do pai e da mãe e um relato especificamente eu me lembro de um pai ter separado da mãe assim muito fortemente e de um avô ter tocado fogo no berço do bebê, então chegou para mim, não foi nessa época não, chegou adulta mas ela tem uma memória do que é dito na família do que aconteceu com ela, então ela sofreu muito, foi muito discriminada na família [ENTREVISTADO A].

Algumas famílias relataram situações de discriminação intrafamiliar, bem como discriminação social.

A minha família sempre acolheu, me deu força, agora eu ainda tenho um pouco de preconceito, assim, na escola... na escola ela teve muito. Falavam: essa menina é macho ou é fêmea?. Ela ficava... né? Até hoje ela tem aquele..., até hoje no colégio que ela começou a estudar tem gente que ainda tem essa dúvida [ENTREVISTADO I].

Logo do início tinha lá no colégio tinha muitas crianças mas eu cortei logo e me falaram que qualquer coisa se tivesse algum preconceito que eu podia falar e botar na justiça porque eu tinha direito aí e ela é retada se meter a mão aí com ela ela reta mesmo não leva desaforo pra casa não. Aí eu falo se vocês quiser ter dinheiro pra pagar eu falo logo...[ENTREVISTA R].

Essa discriminação narrada pelos profissionais e pelos familiares é trazida pela revisão de literatura, que destaca o preconceito social e cultural vivenciado pelas pessoas intersexuais (DAMIANI; GUERRA-JÚNIOR, 2007). Nota-se que, o princípio da não discriminação é tratado em diversos diplomas internacionais, a exemplo da Declaração Universal de Direitos Humanos, a Convenção sobre os Direitos da Criança, além de ter sido incorporado pela Constituição Federal, art. 3º, como objetivo fundamental da República Federativa, foi também incorporado no Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 5º. Assim, evidencia-se que, sobre esse aspecto, o arcabouço legislativo é extenso, porém, faz-se imperiosa a efetivação deste princípio.

6.2.3 Da Autoridade Parental

Quando questionados se os familiares poderiam participar do processo de definição do sexo de criação, todos os profissionais identificaram a importância da participação desses nessa decisão. Questionados de que forma a família pode fazer parte disso, os profissionais sinalizaram algumas maneiras, a saber: buscando informação para o empoderamento, participando das consultas, engajando-se na causa.

Olha a família pode participar, na verdade a família deve participar. Antigamente, a gente pensando historicamente a família ela era excluída das definições se acreditava que a situação de intersexo era um diagnóstico que era da alçada apenas dos médicos, os profissionais da saúde era quem detinha o poder da definição. Ai teve o Consenso de Chicago em 2006 e nesse consenso definiu: a família tem que participar. Agora como? O como é que é assim uma construção, não tem descrito o como, então cada ambulatório específico cria sua forma de participação da família, no nosso caso a família vai participando desde o início, então na primeira vez que a família chega com a criança é, eu converso com a família para compreender a história, a história dessa criança, como a família imaginou essa criança, o desejo em torno do gênero da criança, que criança foi essa esperada pela família, como foi a gestação, no que isso influenciou, tudo isso faz parte na construção do desejo daquela família sobre aquela criança, para a gente poder entender até na participação dessa família, pode ser que a família esteja focada em uma fantasia sem enxergar quem é aquela criança por exemplo, a gente vai tentando dar conta disso, então a família participa de todos os atendimentos, então a criança com a família vai participando, então os exames eles são trazidos e eu acho uma fase importante é os médicos poderem colocar para a família as possibilidades, os limites e possibilidades daquela criança serem criadas de um gênero ou de outro porque a gente não tem opção, aqui no Brasil não se vislumbra uma possibilidade de um corpo ficar sem a cirurgia por exemplo e o gênero vim depois, então a família vai junto com os profissionais de saúde eles vão colocar dentro desse diagnóstico se ficar como menino ou menina como é que vai ser o desenvolvimento físico, para que a família possa estar avaliando junto com a criança o que é que seria melhor [ENTREVISTADO A].

Nos relatos dos profissionais, emerge uma fala comum que diz respeito à importância da participação, entendimento e aceitação da família no momento da definição do sexo de criação, pois a mesma será um dos principais fatores que contribuem para a construção da identidade de gênero dessa criança.

Quem vai criar aquela criança é aquela família então a participação deles é essencial. Por que? Porque a gente sabe que as expectativas que a pessoa traz vão interferir nisso e o que ela acredita hoje vai interferir mais ainda, por que assim, ah o meu sonho era ter uma filha, mas nasceu um menino, eu vou vestir o meu filho de menina? Não. Isso nas pessoas normais não acontecem, na hora que você chega e explica não, é um menino, então tá é um menino, eu talvez venha a ter uma outra filha ou vou adotar ou eu vou cuidar da filha do meu irmão porque eu queria ter uma filha, mas assim as pessoas normais não entram nesse comportamento de eu vou escolher o que mais me agrada, mas essa não é a leitura que eu tenho, não é a leitura que eu tenho. Então é importante, e até pela questão da criação porque a identidade de um indivíduo é formada pelo que é refletido para ele [ENTREVISTADO L].

A importância acima relatada pelos profissionais sobre a participação efetiva dos pais ao longo desse processo dialoga com o entendimento de Migeon et al (2002) que destaca que o grau de compreensão dos pais acerca da condição intersexual de seu filho pode ter um grande impacto no momento em que este tiver conhecimento médico sobre a sua situação. Salienta Diamond (1997) que devem ser incentivadas perguntas entre pais, filhos e médicos, para evitar a ignorância e o medo que perpassam sobre a temática.

Pontua-se que a autoridade parental é justificada pelo ordenamento jurídico civil que aponta que o menor de 16 anos deverá ser representado pelos pais/ responsáveis, pois é caracterizado como absolutamente incapaz. Vale ressaltar ainda que, com a despatrimonialização do direito civil (PERLINGIERI, 2002), esse entendimento deverá ser interpretado à luz do princípio do melhor interesse da criança e da dignidade da pessoa humana. O poder familiar, outrora irrestrito, após o entendimento da criança enquanto sujeito de direito, passou a ter como limite a dignidade da criança e seus direitos de personalidade (TEIXEIRA E PENALVA, 2008; LOBO, 2011).

6.2.4 Da Autonomia Da Criança

Quando perguntado se a criança poderia fazer parte do processo de definição do sexo de si mesma, em sua maioria, os profissionais destacaram a importância da participação dela nesse. Como exemplifica a fala do Entrevistado “L”:

Acho que sim, a gente tem feito assim, na verdade quem faz essa avaliação da criança é AK, então, ela trabalha com desenhos, eu não sei exatamente qual é o método que ela usa, mas ela trabalha para perceber a identidade daquela criança sabe? Porque de forma indireta você vê quanto que aquela criança tem da compreensão, não o bebezinho, o bebezinho não tem participação nenhuma, mas quando ele está com um ano, com dois ele tem uma participação ali, ele já tem uma identidade, ele já tem um padrão de comportamento então eu acho que sim [ENTREVISTA L].

Apenas um profissional da área de saúde apontou que a participação no processo de definição deveria ser restrita aos adolescentes, que a criança não deveria participar do processo. “Só se tiver na adolescência, antes disso aí... eu acho que não [ENTREVISTADO B]”.

Os profissionais destacaram a inviabilidade da participação da criança quando bebê, diante da impossibilidade dessa emitir opinião. Foi relatado pelo profissional da área de psicologia o caso de um bebê que passou a ser percebido no processo de definição, pois toda vez que marcava a cirurgia adoecia.

Tinha um bebê que toda vez que marcava a cirurgia a criança adoecia, ai eu dei uma pausa e falei “vamos conversar sobre isso” e a família? Vamos incluir isso, vamos conversar, vê o que está acontecendo e dei uma pausa mesmo. Claro que não era uma cirurgia que era risco de vida, não tinha que se fazer naquela hora, mas foi naquele momento uma coisa que a família também não estava dando conta em

relação a criança, então é assim uma dinâmica mesmo, não tem como viver separado criança e família, você está vendo uma dinâmica familiar, criança, bebê e a mãe [ENTREVISTADO A].

Um profissional da área de saúde destacou que, no caso do ambulatório, os profissionais deixavam para fazer as cirurgias mais irreversíveis em momento posterior, justamente para esperar esta maturação da identidade da criança.

A gente geralmente não faz as cirurgias mutiladoras em bebezinhos, a gente deixa, posterga para uma idade mais velha para você vê se deu certo então ela vai fazendo essa checagem “olha, ele ta adequado, ta um menino adequado ou não. Olha ele ‘ta muito confuso” Você vê em algumas situações ta indefinido ainda e tal e ai a gente vai vendo, mas a criança participa sim[ENTREVISTADO L].

A autonomia da criança no ordenamento jurídico ainda é vista de forma muito limitada, mas, a partir da leitura desta autonomia sob um viés interdisciplinar, é possível apoiar-se em outras áreas a exemplo da bioética, que vem avançando no estudo sobre a autonomia da criança e garantindo a esta criança seus direitos da personalidade, independente do posicionamento dos responsáveis (BORGES, 2012; AGUIAR, 2012).

6.2.5 Do Direito à Identidade – Do Limite ao Poder Familiar

Foi relato pelo profissional de saúde um caso em que a pessoa nasceu em situação de intersexo, fez a cirurgia na infância e na adolescência não se identificava com o sexo biológico outrora definido, identificando no relato a não percepção da criança no momento da definição.

Esse já era adulto e durante a infância foi criado em um sexo que com o seu amadurecimento na adolescência não estava satisfeito com o sexo escolhido pelos pais, manifestava isso, mas os pais do interior obrigaram que ele se casasse com o sexo que eles achavam que a criança deveria ter, essa pessoa sofreu muito depois rompeu com a família, submeteu-se a cirurgias, cirurgias mal feitas em lugares inadequados então tinha uma genitália completamente comprometida. Se identificava com o sexo masculino, mas já tinha a genitália operada, urinava sentado, era um transtorno enorme, era um adulto já, mas com problemas psíquicos e físicos importantes por causa desse problema com a família [ENTREVISTADO AF].

Tem o caso de [...]. Ele foi criado como menina e quando chegou na adolescência ele queria ser menino. Ele fez a cirurgia, quando criança para menina, mas agora disse que se sente um homem [ENTREVISTADO B].

No relato da profissional de saúde, é destacada a importância de acolher a família para que ela não faça prevalecer seus desejos na criação daquela criança e possibilitando-a a maturação da sua identidade de gênero, sem a influência de um desejo familiar.

Converso com a família para compreender a história, a história dessa criança, como a família imaginou essa criança, o desejo em torno do gênero da criança, que criança foi essa esperada pela família, como foi a gestação, no que isso influenciou, tudo isso faz parte na construção do desejo daquela família sobre aquela criança, para a gente poder entender até na participação dessa família, pode ser que a família esteja focada em uma fantasia sem enxergar quem é aquela criança, por exemplo, a gente vai tentando dar conta disso, então a família participa de todos os atendimentos, então a criança com a família vai participando.

Em que pese os profissionais de saúde, em sua maioria, concordarem com a cirurgia de definição do sexo, quando não correr risco à vida da criança, em momento posterior. Quando questionados sobre o momento certo para a realização da definição do sexo de criação, todos entenderam que diante da necessidade de adequação social, faz-se imperiosa a definição do sexo de criação.

Uma criança que tem um pênis e uma vagina ela não se parece com ninguém, elas são completamente diferente e em uma sociedade falocêntrica com é a nossa em que cada vez mais o homem tem um pênis, não é só um pênis, um pênis grande e a mulher quer ter uma vagina, mas é uma vagina jovem a prova disso é que o número de adolescentes que querem aumentar o pênis e o número de idosas que querem operar a vagina, isso pode ser encarado como uma bobagem e é, mas é assim que nossa sociedade é, a gente não vive em Marte, a gente vive na Terra [ENTREVISTADO U].

O relato do profissional da área de psicologia destaca a preocupação da família com a sociedade que julga o “diferente”, e ressalta que ela espera, com a cirurgia, a adequação da criança a este sistema binário.

Na verdade a cirurgia ela vem de uma necessidade de ajustar vamos dizer assim, então não que haja a necessidade da criança do ajuste, mas o que é que eu vejo de argumento: o argumento dessa família é de que essa criança ela sofra menos se ela estiver em conformidade com sua identidade seu corpo, e os médicos também eles não, é, eles buscam evitar um identidade que não seja conforme com o feminino e o masculino certo? Então é isso que termina não criando muitas práticas, que são práticas binárias que você vê ou um ou outro, as possibilidades diversas das corporeidades elas não são incluídas, então se busca um corpo que se adeque ao masculino ou um corpo que se adeque ao feminino, mas essa diversidade que o intersexo vem trazer para a gente muitas vezes eles são moldados, **você quer desfazer de uma ambiguidade para evitar uma ambivalência** (grifo nosso).

A resolução 1664 do CFM, justifica a necessidade de definição do sexo biológico, por não haver estudos em longo prazo sobre as repercussões individuais e sociais de uma pessoa que não definiu o sexo biológico e viveu anos sem um sexo estabelecido. Entende-se a preocupação emanada pelos profissionais de saúde e pelos familiares, pois de fato vive-se em um “planeta terra”, vive-se a ditadura da beleza, o binarismo, a “perfeição”.

Porém, como ressaltado por Canguçu- Campinho e Lima (2014, p.16) “o novo pode gerar impacto. Mas também o novo pode contribuir para mudar”. Todas as transformações sociais iniciaram-se a partir de grandes impactos sociais, não devendo ser utilizada como justificativa a ausência de pesquisa em longo prazo sobre o tema, para se tornar imprescindível a urgência de definição do sexo de criação, bem como do sexo biológico. Diante destas angústias vivenciadas pelos profissionais, pais e familiares, no que tange às crianças em situação de intersexo, emerge uma pergunta: quando se deixaremos de lado a ditadura da “perfeição” e entenderemos que todos nós somos diferentes em alguma medida? Bom! Seria importante discutir essa questão com referências.

6.3 DO QUESTIONÁRIO APLICADOS AOS FAMILIARES E A JUSTIFICATIVA DE CADA PERGUNTA.

A fim de complementar a análise acerca da condição e entorno da criança com intersexo, bem como das decisões que a envolvem, foram realizadas entrevistas junto aos familiares. Dessa forma, optou-se pela disposição das questões e de suas respectivas justificativas num quadro ilustrativo, organizadas conforme assunto.

Quadro 2 – Questionário aplicado junto aos familiares da criança com intersexo.

| INFORMAÇÕES GERAIS | JUSTIFICATIVA |
|---|--|
| Nome | Aproximação com o entrevistado. |
| Parentesco | Identificação do vínculo |
| Quantidade de Filhos e Nomes com idades | Identificação do perfil familiar com levantamento de gravidezes anteriores |
| Data de Nascimento da Criança com intersexo | Identificação de um marcador cronológico para a família e do contexto das relações interpessoais vivenciadas pela criança. |

| | |
|---|--|
| Local do Nascimento (Cidade/ Nome do Hospital ou outro local) | Pretende-se analisar a região de ocorrência dos casos de intersexualidade. |
| Quem fez o parto? | Identificação de profissional de saúde – doula, parteira, enfermeira ou obstetra. |
| INFORMAÇÕES SOBRE O NASCIMENTO | |
| A pessoa/profissional que fez o parto disse o sexo da criança quando nasceu? Foi este o sexo que se confirmou? | Esta pergunta tem como objetivo verificar a conduta adotada pelos médicos diante de uma situação de intersexo e o impacto desta informação para os responsáveis. |
| Em que local (sala de parto? Quarto de hospital? Consultório? Outro local?) estava quando recebeu a informação sobre a situação de intersexualidade da criança? | Identificar de que maneira a situação é informada aos pais. Analisar a forma de acolhimento. |
| O/A senhor(a) lembra o que a pessoa (profissional) lhe informou sobre a situação de intersexualidade da criança? | Verificar qual a área de atuação do profissional que está informando aos pais, no primeiro momento, a situação de intersexualidade. Analisar se o hospital designa à assistente social ou à psicóloga a função de fazer o acolhimento desta família. |
| Como o(a) senhor(a) reagiu a esta informação? (aceitou ? perguntou? Pediu ajuda?) | Analisar a reação dos pais diante desta situação. |
| Já tinha ouvido falar de circunstâncias como esta? Existem outros casos na família? | Verificar a frequência desta situação na sociedade, levantar nível de informação e/ou proximidade com o tema antes da circunstância do nascimento da criança. |
| Quando sua criança nasceu, como a família reagiu? (houve manifestação de rejeição de algum parente, pai, mãe, avós, tios, irmãos?) | Analisar a reação dos familiares diante desse assunto relacionado ao direito da personalidade da criança. |
| Quando a sua criança foi registrada? Com qual nome e com qual sexo? | Analisar a conduta que vem sendo adotada pelos pais, diante desta situação. Categoria: Direito ao nome, direito à identidade. |
| O (A) senhor(a) acha que a criança sofre ou sofreu algum tipo de discriminação? Como? | Analisar a eventual ocorrência e a forma de discriminação. |
| Quais os passos/etapas que o(a) senhor (a) percorreu para encontrar o Ambulatório de Referência? | Analisar a divulgação e conhecimento do tema, bem como a divulgação do local para realização do tratamento. |
| O senhora(a) sabe o diagnóstico da sua criança? Qual é? (Hiperplasia Adrenal Congênita? Hispospádia? Outro). | Verificar o nível de informação da família frente à situação de intersexo |
| Quanto tempo decorreu entre o nascimento da criança e o diagnóstico da situação pelos médicos especializados? | Analisar o tempo que as famílias esperaram para conseguir o diagnóstico. Analisar o acesso à saúde para garantir o direito da criança. |
| INFORMAÇÕES SOBRE A CIRURGIA | |
| Quando ficou sabendo que seria necessário fazer cirurgia? Qual a idade da sua criança? | Identificar o momento em que os pais tomam conhecimento da necessidade da cirurgia e a idade da criança / direito ao diagnóstico precoce e à |

| | |
|---|--|
| | intervenção oportuna. |
| O (A) senhor(a) (família) se encontrou com médicos, assistente social ou psicólogo para conversar sobre a cirurgia? Se sim - A família achou importante? | Analisar a perspectiva dos familiares no que tange ao atendimento interdisciplinar e a disponibilização deste procedimento ocorre nos hospitais. |
| Como foi o processo de definição da cirurgia? Vocês fizeram parte? De que forma? | Analisar a participação dos pais no momento da definição. Categoria: Poder familiar. |
| Para vocês, qual o papel da cirurgia na vida da sua criança? | Analisar a perspectiva dos pais no que tange a realização da cirurgia. Categoria: Poder familiar. |
| Você acha que esta cirurgia é eletiva ou obrigatória? | Verificar o nível de informação dos pais a respeito do momento da escolha pela cirurgia. |
| Qual o resultado que o(a) senhor(a) esperava da cirurgia? A cirurgia atendeu a sua expectativa? | Analisar a expectativa dos familiares diante da cirurgia. Categoria: Poder Familiar X Autonomia da Criança. |
| O que mudou em relação à vida da sua criança depois da cirurgia? (Brincadeiras? Ir à escola? Registro civil?) | Analisar a perspectiva dos pais acerca do resultado da cirurgia. Categoria: Poder familiar X Autonomia da criança |
| INFORMAÇÕES SOBRE A FAMÍLIA | |
| A sua criança é criada em qual gênero? Quais as brincadeiras preferidas pela sua criança? Alguma brincadeira lhe incomoda? Quando lhe incomoda, o que você faz? | Analisar o direito à identidade da criança, bem como o limite do poder familiar. |
| O que você deseja para o futuro de sua criança? Quais as suas expectativas e preocupações em relação ao futuro da sua criança? | Analisar a perspectiva da família sobre o futuro da criança. |

A seguir, serão dispostas as análises e observações colhidas ao longo das entrevistas, levando em conta os registros das falas em confronto e/ou corroboração com a literatura pesquisada aqui neste estudo.

6.4 DAS CATEGORIAS ENCONTRADAS

6.4.1 Da Autoridade Do Médico - A Participação da Família no Processo de Definição

Quando questionadas sobre de que forma participaram na definição do sexo de criação da criança, a maioria das famílias indicaram que não fizeram parte do processo de definição,

destacando a importância do conhecimento médico sobre o assunto para conduzir da melhor forma a questão.

Aqui eles só informaram a gente: “vai ter que fazer essa cirurgia para corrigir”. Foi uma orientação que agente recebeu e aceitou, porque sabíamos que era necessário [ENTREVISTADO P].

O médico me explicou o que era a cirurgia e que o sexo dela era feminino, porque os exames tinha dado feminino [ENTREVISTADO J].

Não, eu nunca opinei não, porque quando fez exame, os médicos sempre falavam “sua filha é uma menina”. Os médicos estavam dizendo, os exames estavam acusando. Teve um exame mesmo que estava demorando e eu ficava “meu Deus, porque tá demorando tanto?” um exame da boca, tudo estava dando menina, e eu queria uma menina [ENTREVISTADO I].

Apenas uma família indicou que fez parte do processo “levando e trazendo” a criança para a consulta.

Sim, porque eu “tô” trazendo ela aqui, se eu não trouxer não tem como participar
Sim, porque eu “tô” trazendo ela aqui, se eu não trouxer não tem como participar [ENTREVISTADO M].

Esse relato dos familiares dialoga com o posicionamento de Suess (2014, p. 132) que destaca a ausência da família na participação no processo de definição, bem como um crescente silêncio vivenciado entre a família e o médico, apesar da Resolução 1664/2003 garantir a participação da família, bem como do paciente, quando possível.

Esta ausência da família no processo de definição do sexo de criação pode ser explicada pelo histórico de paternalismo existente no cotidiano médico-paciente, justificado pelo conhecimento sobre o diagnóstico, o tratamento e a cura (WANSSA, 2011, p. 105/106). Ressalta Wanssa (2011, p. 105) que “a incorporação da racionalidade científica à medicina, nos fins do século XIX, conferiu ao médico autonomia técnica para a tomada de decisão, legitimando seu poder de decisão pelo domínio do conhecimento específico”.

Destaca Guimarães-Júnior (2014, p. 12) que “é razoável considerar que pais autorizam tais procedimentos não apenas porque confiam na palavra do médico, mas porque acreditam estar atuando em prol do melhor interesse daquela criança”. Nesse sentido, Machado (2009, p. 35) observa que “os pais depositam total confiança nos médicos, esperando que se cumpra a promessa desses últimos no sentido de restituir a ‘normalidade’ de seus filhos”.

Destaque-se que, apesar da evolução das discussões bioéticas que mitigou o modelo da beneficência e deu lugar ao modelo da autonomia (WANSSA, 2011), na prática, observa-se a

prevalência da autoridade médica diante da necessidade de definição do sexo de criação da criança em situação de intersexo.

6.4.1.1 Do Respeito à Diversidade versus Padronização de Comportamento

Nos discursos dos familiares percebeu-se a angústia no que se refere ao comportamento das crianças (brincadeiras, interesses) serem compatíveis, ao que se entende como comportamento adequado para a caracterização de determinado gênero.

Quando era criança ela gostava mais de brincadeira de menino, porque o outro lá era menino. Ela veio brincar mais com coisa de menina depois de grande, porque nasceu a outra menina. Fazia roupa de boneca, fazia crochê, mas ela gostava mais de brincadeira de homem e isso me incomodava, mas não podia fazer nada, né?[ENTREVISTADO I].

Eu já fiz algumas observações. Ela tem alguns comportamentos de menino. Ela gosta de correr, jogar bola, ela é mais ativa do que outras meninas da nossa convivência. No início eu me preocupava, mas depois a gente vai amadurecendo, estudando e hoje eu não me importo. Mas, eu tenho certeza que a escolha foi correta. Quando ela brincava de espada eu reclamava e dizia que isso era coisa de menino, mas explicava a ela, quando ela dizia que ela era o Super-herói, que também existia a Super-heroína [ENTREVISTADO P].

Ela gostava muito de brincar com coisas de homem, bola, aí eu bati nela e ela chorava, então...[ENTREVISTADO I].

Essa discussão perpassa pela imposição cultural binária a que os sujeitos são submetidos, questionada por Bulter (2007) e Foucault(1999), os quais destacam a radicalidade do sistema que pretende padronizar corpos, em vez de considerar as diferenças desses.

Dentre os relatos, que emergiram enquanto categorias destacou-se a fala recorrente do silêncio, enquanto estratégia para tornar esta situação “invisível” e, assim, evitar qualquer interferência da sociedade, que poderá ter uma carga de preconceito.

No caso, eu escondi muito a primeira filha, para ninguém ver. Porque ela teve alta como um menino e ficaram 15 dias em casa. Depois ficou 15 dias internada e voltou como menina. Houve alguns comentários na família, especulações. Chegou nos meus ouvidos que achavam que era caso de hermafroditismo, mas depois as pessoas levaram como se nada tivesse acontecido. Eu nunca expus ela a ninguém, nunca deixei ninguém vê até fazer a cirurgia de correção, e, mesmo hoje, eu não deixo ninguém ver para não expor a criança [ENTREVISTADO P].

Na minha vida também, porque, assim, quando eu vou trocar ela tem outras crianças. Eu não deixo que as outras crianças vejam, senão vão dizer coisas que ela não é, vão dizer que ela é um hominho. Eu acho isso [ENTREVISTADO M].

Dialogando com o relato dos familiares, destaca Machado (2009, p. 35) que “a rede de segredos e silêncios estende-se para a vida cotidiana das famílias envolvidas nessas situações. Normalmente, criam-se estratégias para manter o segredo acerca da condição “intersexo” das crianças”.

Essa angústia permanente vivenciada pelos pais, mesmo após a definição do sexo de criação, bem como a cirurgia de definição do sexo biológico, dialoga com o entendimento do ISNA que afirma que a cirurgia de “correção” da genitália, justificada para aliviar o sentimento de angústia dos pais, demonstra-se fragilizada, posto que a angústia, mantém-se de qualquer forma. Esse entendimento é reafirmado por Machado (2009, p. 39), segue: “as cirurgias, idealizadas como solução para o problema da ‘indefinição do sexo’, mostram-se insuficientes para tanto”.

No âmbito do ativismo já é possível constatar o surgimento de um movimento com o objetivo de discutir a lógica biomédica às pessoas intersexuais, com o objetivo de abolir protocolos e práticas patologizantes, efetivar a garantia os direitos humanos e abrir espaço para a diversidade corporal e de gênero (SUESS, 2014, p. 130)

6.4.2 Do Respeito à Opinião da Criança - Do Direito à Identidade

Os familiares relataram a preocupação com seus filhos/tutelados e sobre a importância de se conduzir a situação com urgência, visando o bem-estar integral do menor. No entanto, não foi possível vislumbrar em nenhum dos relatos a preocupação com a opinião da criança, bem como não foi possível identificar nenhuma situação em que a criança tenha participado do processo de definição do sexo.

Não. Elas já cresceram com essa decisão nossa, até porque, como a delas era “perdedora de sal” se descobriu muito cedo [ENTREVISTADO P].

Não. Ela só começou a entender as coisas agora depois de grande. Foi difícil para mim imagine para ela [ENTREVISTADO J].

Destacou-se, ainda, o relato de um dos familiares que informaram que a criança manifesta verbalmente a vontade de ser de outro sexo, mas não que essa situação é contornada através do desejo deste familiar de ter um filho de determinado sexo.

Não, ainda não sei. Acredito que sim, que não por que ela não quer brincar com boneca, mas isso não quer dizer ne? Mas o jeito dela as vezes parece com menino, gosta mais de brincar com menino... pelo preconceito da sociedade.. eu fico brincando com ela que já tenho menino quando ela diz que gostaria de ser menino eu falo que quero menina pra beijar morder e fazer cachinho no cabelo (e incomoda a senhora isso?) incomoda assim não pelo fato dela.. incomoda pelo preconceito da sociedade [ENTREVISTADO M].

A partir desses relatos, evidenciou-se a resistência dos familiares em perceber a criança como parte do processo de definição do sexo de criação, atentando Aguiar (2012, p. 100) para o fato de que, muitas vezes, os responsáveis legais impõem “um valor coletivo ao seu interesse pessoal [...] desrespeitando-os sob o argumento de proteger sua condição de vulnerabilidade”.

O respeito à opinião da criança foi positivada na Convenção sobre os Direitos das Crianças e chancelada pelo ECA, porém, na prática, esse respeito ainda é percebido de forma limitada, influenciada pela interpretação patrimonialista dada ao art. 3º do Código Civil de 2002, que determina que os menores de 16 anos são incapazes e deverão ser representados pelos seus responsáveis.

Não se questiona o amor incondicional e as angústias vivenciadas pelos familiares das crianças em situação de intersexo, justificada pela ausência de informação sobre a temática, que traz como solução o sigilo; mas se aproveita o estudo para trazer à sociedade as recentes discussões sobre a autonomia da criança na medida da sua capacidade. No que tange às crianças em situação de intersexo, não havendo risco à saúde da criança, essa cirurgia não é obrigatória; o sexo é determinado por uma série de fatores, dentre eles, o sexo biológico e o sexo psicológico.

Este estudo não tem a finalidade de exaurir o tema, até porque se trata de um processo evolutivo de mudança cultural, mas acredita-se que a pesquisa científica é responsável pela inovação e é através dela que se pode desmistificar e repensar os axiomas que encontram aceitação social absoluta, mas que não são rediscutidos a fim de verificar seu potencial para orientar ações na prática.

7 CONCLUSÃO

A presente dissertação teve como objetivo geral analisar a observância do direito da personalidade e do princípio da autonomia privada na perspectiva do nascimento e do desenvolvimento de crianças com intersexo; e como objetivos específicos: discutir o limite do poder familiar diante da autonomia privada da criança com intersexo na definição do sexo de criação; e analisar o reconhecimento da autonomia da criança com intersexo pela família e pela equipe de saúde.

Para tanto, utilizou-se o método de abordagem qualitativa, com os seguintes procedimentos: Revisão de Literatura, Revisão Legislativa e Entrevistas semi-estruturadas.

No que tange a Revisão de Literatura iniciamos com a análise dos Direitos Humanos, Direitos Fundamentais e Direitos da Personalidade. Através desta análise identificamos que a distinção de Direitos Fundamentais e Direitos da Personalidade, os primeiros como se fossem Direitos Públicos, e os segundos como de Direito Privado, com a Constitucionalização do Direito Civil, e com a preocupação do homem enquanto sujeito de Direito, não mais se justifica.

A dignidade da pessoa humana e o pluralismo, fundamentos da República Federativa do Brasil, emergiram como elementos imprescindíveis para a proteção integral da criança intersexual. Nesse contexto, a importância dos princípios na flexibilização dos entendimentos tem como objetivo garantir a efetivação da dignidade da criança intersexual.

A criança, com a Convenção sobre os Direitos da Criança, passou a ser tratada como sujeito de direito, seus princípios norteadores são: o da não discriminação; o do melhor interesse da criança; o do direito à vida e à sobrevivência, ao desenvolvimento e o respeito pelas opiniões das crianças. Estes princípios foram incorporados ao Estatuto da Criança e do Adolescente, constituindo um verdadeiro emparelhamento legal para a proteção integral da criança intersexual.

A capacidade plena, resultada da conjugação da capacidade “de fato” com a “capacidade de direito”, reconhecida pelo nosso ordenamento jurídico pátrio, aponta os menores de 16 anos como absolutamente incapazes, e os jovens entre 16 a 18 anos como relativamente incapazes. Os primeiros devendo ser representados pelos responsáveis, e os segundos assistidos pelos responsáveis.

O poder familiar, antes tratado como absoluto, com o entendimento da criança e do adolescente enquanto sujeitos de direito, passou a ter como limite a dignidade da pessoa

humana e o melhor interesse da criança. Na discussão sobre a possibilidade do exercício dos direitos da personalidade pela autoridade parental, apontou-se a impossibilidade diante da característica da intransmissibilidade, intrínseca a esse direito.

Através da revisão de literatura sobre autonomia, identificou-se que a legislação vigente ainda se encontra arraigada à noção patrimonialista, que definiu a importância da conceituação de “capacidade”, tornando esta conceituação incipiente quando estamos tratando de questões existenciais.

Nesse sentido, o Direito precisa apoiar-se em outras áreas do conhecimento, a exemplo da bioética, para garantir a proteção da criança a partir do respeito às suas opiniões, bem como da noção de autonomia da criança na medida da sua capacidade. Dentre os avanços da bioética, encontramos o respeito à opinião das crianças, diante das decisões que irão impactar a suas vidas, o que se alinha aos objetivos tutelados pelo ECA e pelo CDC.

Devemos ter em conta que a intersexualidade não deve ser confundida com homossexualidade ou com transexualidade. Sendo homossexualidade quando uma pessoa tem interesse por pessoas do mesmo sexo biológico, e a transexualidade quando uma pessoa não se sente adequada em seu corpo, o que não significa dizer que se sentirá atraída por um pessoa do mesmo sexo biológico.

A intersexualidade é um fator biológico em que não é possível definir o sexo biológico da pessoa, por existir características de ambos os sexos. O tratamento médico pode prolongar-se por toda a existência da pessoa, tendo em alguns casos a necessidade da realização de cirurgias. As pessoas que nascem em situação de intersexo ainda precisam enfrentar o preconceito social e cultural, bem como a invisibilidade que ainda paira sobre o assunto no meio acadêmico e social.

Na literatura sobre o tema, o termo “intersexo” está em desuso, pois traz um sentido intermediário ou de um terceiro sexo, o que não seria adequado para o paciente, passando a ser nomeado como Anomalia do Desenvolvimento Sexual (ADS) ou Desordem do Desenvolvimento Sexual (DDS). Neste trabalho, optou-se pela utilização do termo intersexo, por reconhecer o corpo com diferenças como uma expressão da diversidade humana e não apenas como resultado de um diagnóstico biomédico de “anomalias” ou “desordens”.

Em que pese se tratar de um fator biológico, no estudo sobre a intersexualidade emerge a discussão de gênero, bem como a percepção de corpos que diferem da projeção binária de sexo que nos é imposta.

A partir do levantamento na base de dados eletrônica Scielo com os termos “intersexo” e “intersex”, foi possível identificar referenciais teóricos trazidos para a revisão de literatura

(CANGUÇU-CAMPINHO et al, 2009; MACHADO, 2005; GUERRA-JÚNIOR, MACIEL-GUERRA, 2007) contribuindo ora com o estado da arte sobre o tema, ora com a discussão na análise das entrevistas realizadas.

Os trabalhos identificados tratam, sobretudo, dos critérios para o diagnóstico e a ocorrência dos diferentes tipos de intersexo (GUERRA-JÚNIOR, MACIEL-GUERRA, 2007; DAMIANI, DICHTCHEKENIA, SETIAN, 2000; HACKEL et al., 2005; PEREZ, GUERRA-JUNIOR, 2000; DAMIANI, et al., 2005a; DAMIANI et al, 2005b; REY, 2005; SCOLFARO, CARDINALLI, GUERRA-JUNIOR, 2003); a importância da equipe multidisciplinar e da família para a definição do sexo de criação, bem como os desafios para a realização da cirurgia corretiva (GUERRA-JÚNIOR, MACIEL-GUERRA, 2007; DAMIANI, 2005b; DAMIANI, 2005c; SPÍNOLA-CASTRO, 2005). Poucos artigos enfrentam a discussão sobre despatologização da intersexualidade (KNAUTH e MACHADO, 2013; LEITE-JÚNIOR, 2012).

Apenas dois artigos traçaram o estudo da intersexualidade sob uma perspectiva de identidade de gênero, sendo o primeiro com enfoque na perspectiva dos pais (HEMESATH, 2013) e, o segundo, focou na experiência vivenciada pelos intersexuais, situação que transborda os limites binários de identidade impostos pela sociedade (PINO, 2007).

No levantamento da jurisprudência dos Tribunais Estaduais, dos 26 Estados e do Distrito Federal, ao utilizar a palavra-chave “intersexo”, não foi encontrada nenhuma decisão judicial, deixando evidente que o termo não é privilegiado pelos operadores do direito e/ou pelos próprios autores das demandas. Ao utilizar a palavra-chave “ADS”, apareceram 42 julgados, mas apenas sete tratavam sobre o assunto. Com a palavra-chave DDS, apenas 2 decisões, mas nenhuma destas faziam referência ao assunto. As 44 decisões foram do Rio Grande do Sul.

Na pesquisa com a palavra-chave “hermafrodita” apareceram 31 decisões judiciais, distribuídas diversamente: região Nordeste, uma; região Sudeste, doze, sendo que 9 versavam sobre o tema; região Sul, 18, sendo apenas 4 sobre o tema.

Na revisão legislativa, foram encontrados documentos essenciais para a proteção da criança com intersexo, quais sejam: a Convenção sobre Direitos da Criança, a Constituição Federal do Brasil (CF), o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Código Civil, Resolução nº 1664/2003 do Conselho Federal de Medicina e a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos, que juntos formam uma rede de proteção, tanto no que tange ao seu peculiar estado de desenvolvimento, quanto à necessidade de garantir a efetivação da sua dignidade, a exigir efetivação.

A resolução nº 1664 do CFM, resolveu que, diante do nascimento de uma criança em situação de intersexo, deve ser assegurado ao paciente uma investigação precoce para que seja possível em tempo hábil realizar o tratamento e definir o gênero. A citada resolução, em seu artigo 4º, determina que para a definição final do sexo, faz-se obrigatória a existência de uma equipe multidisciplinar, garantindo, ainda, a participação da família no processo de definição.

Dentre os direitos da personalidade, o direito ao próprio corpo e o direito à identidade, são direitos da personalidade que se destacam na tutela da criança em situação de intersexo diante da definição do sexo de criação.

Nesse sentido, o princípio do melhor interesse da criança, princípio estruturante da Convenção sobre os Direitos das Crianças e do Adolescente, emerge como o limite do poder familiar, objetivando tutelar a autonomia da criança e a formação da sua personalidade.

Para tanto, pensou-se em alguns critérios de ponderação para a realização da cirurgia de definição do sexo, quais sejam: o mal irreversível ou dano irreparável, desde que não seja necessário para garantir a vida da criança; e a idade da criança, vinculando-a à noção de crescimento e, assim, maior autonomia para decisões.

Por último, ao analisarmos as entrevistas realizadas com os profissionais da área de saúde, psicologia e serviço social, e com os familiares de crianças em situação de intersexo, foi possível destacar: as dificuldades diante da necessidade do registro civil da criança para o acesso aos equipamentos e serviços de saúde, diante da insuficiência dos formulários que seguem a lógica binária (masculino e feminino); o preconceito social e cultural vivenciado por estas crianças; a importância da participação da família no processo de definição do sexo, mas que encontra como barreira à ausência de informação sobre a temática e, por fim, a importância dada à autoridade médica, diante do seu conhecimento científico; a resistência dos familiares e dos profissionais de saúde a questionar a construção social de corpos binários; a dificuldade de perceber a criança enquanto parte do processo de definição do sexo de criação, muitas vezes silenciada diante do poder familiar ou do conhecimento médico/científico.

Esses resultados não têm finalidade conclusiva, pois parte de uma pequena amostragem. Espera-se ampliar esta pesquisa no futuro para que seja possível encontrar resultados mais sólidos.

A questão é complexa e vai demandar um cuidado específico em cada caso, porém a partir destes critérios de ponderação, e partindo do pressuposto de que a cirurgia não será necessária para a manutenção da vida da criança, entende-se pela a protelação do procedimento cirúrgico de definição do sexo, visando permitir a vinculação da vontade da

criança, uma vez que se trata de um dano irreparável, e por violar o direito ao próprio corpo, que como todo direito de personalidade, é um direito intransmissível.

Nesse cenário, é preciso investir em campanhas públicas educativas para combater à discriminação histórica da qual essas crianças são vítimas, bem como chamar a atenção do poder legislativo de que urge a necessidade de uma ordem normativa que acompanhe as demandas da sociedade.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, H. **Manual de Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 1948.

AFTALIÓN, E. R.; OLANO, F. G.; VILANOVA, J. **Tomo I Nociones Preliminares Teoría General Del derecho**. Librería “EL ATENEO” Editorial. 5 ed. Buenos Aires, 1956.

AGUIAR, M. A proteção do direito à diferença como conteúdo do princípio da dignidade humana: a desigualdade em razão da orientação sexual. In: ALENCAR, R. A. R. C. (Org.). **Direitos fundamentais na constituição de 1988**, Estudos comemorativos aos seus vinte anos. Nubia Fabris editora. Porto Alegre, 2008.

_____. Respeito à autonomia do direito civil à bioética. In: DIDIER JR. F.; EHRHARDT JR, M. **Revisitando a teoria do fato jurídico**. Homenagem a Marcos Bernardes de Mello. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Para além da capacidade: o impacto da vulnerabilidade em matéria de autonomia em questões de saúde. In.: LOTUFO, R.; NANNI, G.E.; MARTINS, F.R. (Coord.). **Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo**: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. São Paulo: IDP; ATLAS. 2012.

_____. Modelos de Autonomia e sua (In)Compatibilidade com Sistema de Capacidade Civil No Ordenamento Positivo Brasileiro: Reflexões sobre a Resolução 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina. In: CONPEDI; UNICURITIBA. (Org.). **Modelos de autonomia e sua (in)compatibilidade com o sistema de capacidade civil no ordenamento positivo brasileiro**: reflexões sobre a Resolução 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina. 1ed. Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 208-222.

ALBERNAZ-JÚNIOR, V. H.; FERREIRA, P. R. V. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. São Paulo: Centro de Estudos; 1998.

ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

AMARAL, F. **Direito civil**: introdução. 7 ed. rev., atual. E aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

AMARAL, G. Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes. In: TORRES, R. L. (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Temas. 2ª ed. Rev. e atual. São Paulo: Renovar. 2011.

AMARAL-JÚNIOR, A. A proteção internacional dos direitos humanos. **Revista de Informação legislativa**. Brasília, ano 39, nº 155, jul./set., 2002.

ARAÚJO, A. F. M. **Fundamentos de antropologia bioética**. São Paulo: Annablume, 2004.

ARENDT, H. **A Condição Humana**. Trad. de Roberto Raposo. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ÁVILA, H. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

AYRES, J.R.C. M. “Uma concepção hermenêutica de saúde”. **Physis**, v. 17, n. 1, Rio de Janeiro, 2007. Disponível em:
<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312007000100004&lng=pt&nrm=iso> Acesso em: 28 out. 2014

BAIGES, V. M. Las relaciones entre La bioética y el derecho. **Revista de bioética y derecho**. Num 66, marzo 2006, p. 1-4.

BARBOZA, H. H. Disposições do próprio corpo em face da bioética: o caso dos transexuais. In: GOZZO, D.; LIGEIRA, W.R. (Org.). **Bioética e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROS, I.G. Intersexualidade – retificação de registro civil – quesitos da curadoria de família. **Justitia**. São Paulo, 52(150), abr/jun, 1990.

BARROSO, L. R.; MACIEL, L.C.V. In: GOZZO, D.; LIGEIRA, W.R. (Org.). **A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida**. Bioética e direitos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2012.

BAUMAN, Z. **Identidade**: entrevista a Benedetto Vecchi. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 2005.

BEAUCHAMP, T.L.; CHILDRESS, J.F. **Princípios de ética biomédica**. Trad. Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002.

BENTO, B. **A reinvenção do corpo**. Sexualidade e gênero na experiência transexual. Rio de Janeiro: Garmond, 2006.

BEH, H. G.; DIAMOND, M. David Reimer's legacy: limiting parental discretion. **Cardozo Journal of Law & Gender**, v. 12. 2005, p.5-30.

BITTAR, C.A. **Os Direitos da Personalidade**. 7 ed. rev., atual. por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BISHOP, E. A. A child's expertise: establishing statutory protection for intersexed children who reject their gender of assignment. **New York University Law Review**, v. 82, 2007, p. 531-64.

BOBBIO, N. **Teoria geral do direito**. Trad. Denise Agostienetti; rev. Trad. Silvana Cobucci Leite. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 7 reimp. Nova Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BORGES, R. C. B. Conexões entre direito de personalidade e bioética. In: GOZZO, D.; LIGEIRA, W.R. (Org.). **Bioética e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007(Col. Prof. Agostinho Alvim/coordenação Renan Lotufo).

BRASIL. Lei João W. Nery. **Lei de Identidade de Gênero** . Projeto de Lei nº__2013. Dep. Jean Wyllys e Érica Kokay. Dispõe sob o direito à identidade de gênero e altera o artigo 58 da Lei 6.015 de 1973. Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1059446&filena me=PL+5002/2013. > Acesso em: 08 set. 2013.

BRASIL. **Lei n. 8069**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências (13 de Junho de 1990). Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm.> Acesso em: 03 abr. 2012.

BRASIL. **Lei nº6.015**. Dispõe sobre os registros públicos e dá providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015.htm> Acesso em: 8 set. 2013.

BRITO, P. J. A. Sexualidade como Direito de Personalidade três planos de manifestação. **Cad. ESM-PA**, Belém, v. 5, n. 8, p. 16-40, maio 2012.

BUESO, L.D. La garantía de La autonomía del paciente. **Revista de Bioética y Derecho**. N.24, mayo 2012, p.33-44.

BUTLER, J. **El género en disputa**: El feminismo y la subversión de la identidad. Barcelona, Buenos Aires , Mexico: Páidos, 2007.

CABRAL, M.; BENZUR, G. Cuando digo intersex. Un diálogo introductorio a la intersexualidad. **Cadernos Pagu**. 24: 283-304, 2005.

CABRAL, M. Pensar la intersexualidad, hoy Dedicado a Mario Perelstein. In: MAFFIA, D. (Org.)“**Sexualidades Migrantes, Género y Transgénero**”. Editorial Feminaria: Buenos Aires, Argentina 2003, p. 117-126 .

CANGUÇU-CAMPINHO, A. K. F. Aspectos da Construção da Maternidade em Mulheres com Filhos Intersexuais. 2008. Dissertação (Mestrado em Saúde Comunitária) - Instituto de Saúde Coletiva da Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, 2001.

_____. A Construção Dialógica da Identidade em Pessoas Intersexuais: O X e o Y da questão. 2012. Tese (**Doutorado em Saúde Pública**). Instituto de Saúde Coletiva. Universidade Federal da Bahia, Salvador.

CANGUCU-CAMPINHO, A. K.; BASTOS, A.C.S. B.; LIMA, I. M. S. O. O discurso biomédico e o da construção social na pesquisa sobre intersexualidade. **Physis**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 4, 2009.

CANGUCU-CAMPINHO, A.K.; LIMA, I. M. S. O. **Dignidade da Criança em situação de intersexo**: orientação para família, Salvador, UFBA/UCSAL, 2014.

CANGUILHEM, G. **O normal e o patológico**. Trad. Maria Thereza Redig de C. Barrocas e Luiz Octávio FB Leite. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

CANOTILHO, J.J.G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003.

CARRERAS, M. R. **Adaptabilidad social en niños de cuatro y cinco años: um estudio piloto**. Cádiz: Universidad de Cádiz, 1999.

CARVALHO, O. **A teoria geral da relação jurídica – se sentido e limites- 2 ed.** Actualizada. Centelha, 1981.

CASTÁN, M. L. M. La dignidad humana, los Derechos Humanos y los derechos constitucionales. **Revista Bioética y Derecho**. N. 9. enero 2007. pg 1-8.

CASTRO, M.; ELIAS, L.L. Causas raras de pseudo-hermafroditismo feminino: quando suspeitar?. **Arq Bras Endocrinol Metab**, São Paulo , v. 49, n. 1, Feb. 2005 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0004-27302005000100017&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 24 Ago. 2014.

CELA-CONDE, C. J. Ética, diversidade e universalismo a herança de Darwin. In: CHANGEUX, J.P. **Uma ética para quantos?** Trad. Maria Dolores Prades Vianna, Waldo Mermelstein. Bauru, SP: EDUSC, 1999.

CHOERI, R.C.S. **O conceito de identidade e a redesignação sexual**. Rio de Janeiro, Renovar, 2004.

COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8 ed. São Paulo; Saraiva, 2013.

COSTA, A. C. G. Entrevista concedida ao Portal Conselhos de MG [14/10/2009] [acesso em 04 mai 2011]. Disponível em: <<http://www.conselhos.mg.gov.br/informativos/7>> Acesso em: 04 mai. 2014.

COSTA, L. S. A invisibilidade da intersexualidade na saúde pública: reflexões a partir da inserção do psicólogo na saúde. 2012. **Monografia**. UniCEUB – Centro Universitário de Brasília. Psicólogo da Faculdade de Ciências da Educação e Saúde. Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Tatiana Lionço.

CITTADINO, G. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva – Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

COLAPINTO, J. **Sexo trocado, a história real do menino criado como menina**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução 1955/2010**. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução 1652/2002. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm, Acessado em: 24 de nov. 2014.

CRETELLA-JÚNIOR, J. **Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro, no Novo Código Civil. rev. e aum. – Rio de Janeiro: Forense, 2003.**

CUNHA-JÚNIOR, D. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2008.

CUPIS, A. **Os direitos da personalidade**. Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008.

DALLARI, D. A. Estado de direito e direitos fundamentais. In: ALMEIDA FILHO, A.; CRUZ, D.R. **Estado de direito e direitos fundamentais homenagem ao jurista Mario Moacyr porto**. Rio de janeiro: Editora forense, 2005.

DAMIANI, D.; DICHTCHEKENIAN, V.; SETIAN, N. O enigma da determinação gonadal: o que existe além do cromossomo Y? *Arq Bras Endocrinol Metab*, vol.44, Nº.3, Jun 2000, p. 248-256.

DAMIANI, D. et al. “Homem XX: relato de três casos na faixa etária pediátrica”. **Arq Bras Endocrinol Metab**, v. 49, n.1, Fev 2005a. p.79-82.

_____. “Hermafroditismo verdadeiro: experiência com 36 casos” . **Arq Bras Endocrinol Metab**, v. 49, n.1, Fev., 2005b, p.71-78.

_____. “Sexo cerebral: um caminho que começa a ser percorrido”. **Arq Bras Endocrinol Metab**, v.49, n.1, Fev 2005c. p. 37-45.

DAMIANI, D.; GUERRA-JÚNIOR, G. As novas definições e classificações dos estados intersexuais: o que o Consenso de Chicago contribui para o estado da arte?. **Arq Bras Endocrinol Metab**, São Paulo, v. 51, n. 6, Aug. 2007.

DELGADO, M. L. Direito da Personalidade nas Relações de Família. In: PEREIRA, R.C. **Família e dignidade humana/V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. São Paulo; IOB Thomson, 2006, p. 679-739.

DERRIDA, J. **A Escritura- A Diferença**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1995.

DIAMOND, M. A Critical Evaluation of the Ontogeny of Human Sexual Behavior . **The Quarterly Review of Biology**, v. 40, n. 2, June, 1965.

_____. Sexual identity and sexual orientation in children with traumatized or ambiguous genitalia. **Journal of Sex Research**, 34(2), 199-222, Mar., 1997.

DINIZ, D.; BARBOSA, L.; SANTOS, W.R. Deficiência, Direitos humanos e Justiça. Sur, **Revista Internacional dos Direitos Humanos**, São Paulo, v. 6, n. 11, dez. 2009.

DINIZ, M.H. **Curso de direito civil brasileiro**. v. 1: Teoria Geral do Direito Civil. 27 ed. - São Paulo: Saraiva, 2010

_____. **Dicionário Jurídico**. v.3. São Paulo. Saraiva, 1998.

DOLINGER, J. **Direito Internacional Privado: A criança no Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ELIAS, R. J. **Direitos Fundamentais da criança e do adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2005.

ENGISCH, K. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FACHIN, L.E. Fundamentos Limites e Transmissibilidade. Anotações para uma leitura crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade do código civil brasileiro. **Revista da Emerj**, v. 8, nº 31, 2005.

_____. **Teoria Crítica do Direito Civil à luz do novo Código Civil Brasileiro**. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, L. E. Discriminação por motivos genéticos. In: SÁ, M. F. F.; OLIVEIRA NAVES, B. T.(Org.). **Bioética, Biodireito e o novo Código Civil de 2002**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FAUSTO-STERLING, A. **Sexing in the body**: Gender Politics and the construction of sexuality. New York: Basic Book, 2000.

FIUZA, C. **Direito Civil**: curso completo. 7 ed. rev., atual e ampl. de acordo com o Código Civil de 2002. Belo Horizonte: Del Rey, 2003

FOUCAULT , M. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

_____. **A História da sexualidade I**: a vontade de saber. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J.A. Guilhon Albuquerque. 13ª edição. Rio de Janeiro: Graal, 1999.

_____. Os anormais : curso no Collège de France (1974-1975). Trd. Eduardo Brandão. - São Paulo: Martin, Fontes. 2001. - (Coleção Tópicos).

FRASER, R.T.D.; LIMA, I. M.S.O. Intersexualidade e Direito à identidade: uma discussão sobre o assentamento civil de crianças intersexuais. **Journal of Human Growth and Development**. 2002; 22(3); p.358-366.

FREEEMAN, M. **The moral status of children**: Essays on th rights of child. Canadá: Martins Nijhoff Publishers, 1997.

GAGLIANO, P.S.; PAMPLONA-FILHO, R. **Novo Curso de direito civil**. v I: parte geral.13.ed.São Paulo: Saraiva, 2011

GARCIA, M. Bioética e o princípio da autonomia: a maioria Kantiana e a condição do autoconhecimento humano. In: GOZZO, D.; LIGEIRA,W.R. (Org.) **Bioética e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, O. Direito de Personalidade. **Revista de Informação Legislativa**. Setembro de 1966.

GONÇALVES, C. F.O.; MENEZES, J.B. A construção da identidade pela articulação dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade: expressão do direito geral de personalidade. **Direitos fundamentais & justiça**. Ano 6, n. 1, p. 105-123, out/dez, 2012.

GONÇALVES, C.F.O.; SILVA-FILHO, E.O. A autonomia da criança e do adolescente e a autoridade parental: entre o cuidado e o dever de emancipação. Universidade de Fortaleza. Disponível em < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f1e5284674fd1e36>> Acesso em: 20 de jan. de 2013

GONZALO, F.Yá. La dignidad y el derecho a La vida (vivir com dignidad) In: CASADO, M. **Sobre la dignidad y los principios**: análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos Unesco . PublisherCizur Menor: Civitas Thomson Reuters. 2009, p. 131-144.

GROENINGA, G. C. O Direito à Integridade Psíquica e o Livre Desenvolvimento da personalidade. In: PEREIRA, R. C. **Família e dignidade humana**/ V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 439-455.

GRUBER, N. Ethics in medicine: with a special focus on the concepts of sex and gender in intersex management. **Cardozo Journal of Law. & Gender**, v. 12, 2005, p.117 -124

GUERRA-JÚNIOR, G; MACIEL-GUERRA, A.T. O pediatra frente a uma criança com ambiguidade genital. **J. Pediatr. (Rio J.)**, Porto Alegre, v. 83, n. 5, nov. 2007 .

GUIMARÃES-JÚNIOR, A.R. Identidade cirúrgica: o melhor interesse da criança intersexo portadora de genitália ambígua. Uma perspectiva bioética. 2014. **Tese (doutorado)**. Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca. Rio de Janeiro.

HABERMAS, J. A inclusão do outro: estudos de teoria política. Trad. Georde Sperber Paulo **Astor Soethe** [UFPR], Edições Loyola, São Paulo, Brasil, 2002.

HACKEL, C. *et al.* “Deficiência de 5^a-redutase tipo 2: experiências de Campinas (SP) e Salvador (BA)”. **Arq Bras Endocrinol Metab**, , v. 49, n.1, Fev 2005, p.103-111.

HEMESATH, T.P. “Anomalias da diferenciação sexual: representações parentais sobre a constituição da identidade de gênero”. **Psicol. Reflex. Crit.**, v. 26, n.3, 2013, p.583-590.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo Demográfico 2010**. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br>> Acesso em: 20 out. 2014.

ISHIDA, V.K. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Doutrina e Jurisprudência. 15 ed. atual., São Paulo, 2014.

JABUR, G. H. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada**. Conflitos entre direitos da personalidade. São Paulo: Editora ecista dos Tribunais Ltda, 2000.

KANT, I. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

KNAUTH, D.R.; MACHADO, P.S. “Corrigir, prevenir, fazer corpo’: a circuncisão masculina como estratégia de prevenção do HIV/AIDS e as intervenções cirúrgicas em crianças intersex”. **Sex., Salud Soc. (Rio J.)**, n.14, Ago 2013, p. 229-241.

KURASHIGE, K. D; DOS REIS, A. F. As Leis e as Sexualidades Dissidentes: Consequências dos Discursos, Pressupostos e Omissões. **ANAIS DO ENCONTRO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS**, v. 1, n. 1, 2012.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2006.

LAVIGNE, L. Laregulación biomédica de La intersexualidad. Um abordaje del as representaciones socioculturales dominantes. In: CABRAL, M. (Org.). **Interdicciones: Escrituras de La intersexualidad em Castellano**. Anarresy, Córbona. Febrero del 2009

LEITE-JÚNIOR, J. Transitar para onde?: monstrosidade, (des)patologização, (in)segurança social e identidades transgêneras. **Rev. Estud. Fem.**, Ago 2012, v 20. n. 2, p. 559-568. ISSN 0104-026X.

LIMA NETO, F.V. **O direito de não sofrer discriminação genética: uma nova expressão dos direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LIMA, I. M. S. O. Direito à Saúde: garantia de direito humano para crianças e adolescentes. 2002. **Tese (Doutorado)**. ISC-Universidade Federal da Bahia, Salvador.

LÔBO, P. L. N. **Do Poder Familiar**. RDF Nº 67, Assunto especial- doutrina. São Paulo, Ago-Set/2011

LUNA, F. Nuevas dimensiones para La bioética: antropología filosófica y bioética. **Revista de bioética y derecho**. Numero 14- septiembre 2008.pg. 10-17. Disponível em: <[HTTP://www.bioeticayderecho.ub.es](http://www.bioeticayderecho.ub.es)> Acesso em: 3 ago. 2014.

MACHADO, P.S. "Quimeras" da ciência: a perspectiva de profissionais da saúde em casos de intersexo. **Rev. bras. Ci. Soc.**, São Paulo, v. 20, n. 59, out. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092005000300005&lng=pt&nrm=iso> Acesso em: 20 out. 2014.

MACHADO, P. S. No fio da navalha: reflexões em torno da interface entre intersexualidade, (bio)ética e direitos humanos. In: GROSSI, M. P.; HEILBORN, M. L. MACHADO, L. Z. (Org). **Antropologia e direitos humanos 4**. ABA, Nova Letra: Gráfica &Ed. Florianópolis, 2009, p.15-56.

MACIEL-GUERRA, A.T.; GUERRA-JÚNIOR, G. Classificação. In: MACIEL-GUERRA A.T.; GUERRA-JÚNIOR, G. **Menino ou Menina? Distúrbios da Diferenciação do Sexo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Rubio; 2010. p. 89-95.

MACIEL, K. R. F. L.A. O Estatuto da Criança e do Adolescente no Novo Código Civil. **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, n. especial, p.132-139, jul.2002/abr.2003. p.132.

MARTINEAU, S. Rewriting resilience: A critical discourse analysis of childhood resilience and the politics of teaching resilience to "kids at risk". 1999. **Tese (Doutorado)**, University of

British Columbia, Vancouver, Canadá.

MAZZUOLI, V.O. **Curso de Direito Internacional Público**. 2 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MENDEZ, E. G. **Parte I**. Das necessidades aos direitos. São Paulo: Malheiros editores Ltda, 1994.

_____. **Infância**: de los derechos y de La justicia. 1ª Ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.

MEIRELES, R.M.V. **Autonomia Privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro. Renovar, 2009.

MIGEON, C. J.; WISNIEWSKI, A. B.; BROWN, T. R.; ROCK, J. A., MEYER-BAHLBURG, H.F.L; MONEY, J.; BERKOVITZ, G. D. 46, XY Intersex Individuals: Phenotypic and Etiologic Classification, Knowledge of Condition, and Satisfaction with Knowledge in Adulthood. **Pediatrics. Official Journal of the American Academy of Pediatrics**. 2002, vol.110, nº 3.

MINAYO, M.C.S. **O desafio do conhecimento: pesquisa qualitativa em saúde**. 9. ed. São Paulo: Hucitec, 2006.

MONEY, J. This week's Citation Classic. **CURRENT CONTENT**, n. 11, march 16, 1987.

MORAES, A. **Direitos Humanos Fundamentais**. Teoria Geral, Comentário aos arts.1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, M.C. B. Sobre o Nome da Pessoa Humana. **Revista da Emerj**.v.3.nº 12. 2000.

NEVES, M. **Entre Hidras e Hércules** – princípios e regras constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NOGUEIRA, P. L. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 . 3 ed. rev e ampl.. São Paulo: Saraiva, 1996.

NUNES JÚNIOR, V. S. **A Cidadania Social na Constituição de 1988** – Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Verbatim, 2009.

OLIVEIRA, J. L. C.; MUNIZ, F. J. F. O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, nº19, ano 19, Curitiba: UFPR, 1980.

OMS. **Organização Mundial de Saúde**. Classificação de Transtornos Mentais e de comportamentos da CID 10: Descrições Clínicas e Diretrizes Diagnósticas . Trad. Dorgival Caetano. Porto Alegre: Artes Médicas, 1993.

OMS. **Organização Mundial de Saúde**. Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO). Nova York, 22 de julho de 1946. Disponível em:
<<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o->

Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>
Acesso em: 21 fev. 2015.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, de 10 de dezembro de 1948.

ONU. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**, de 13 de dezembro de 2006.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. Adotada e proclamada pela Resolução 1386 da Assembleia Geral das Unidas. Promulgada na República Federativa do Brasil com o Decreto nº 99.710 (20 de novembro de 1989). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm> Acesso em: 30 out. 2014.

PASSETTI, E. Crianças Carentes e Políticas Públicas. In: DEL PRIORE, M.(Org.) **História das Crianças**. 4 ed. São Paulo, Contexto, 2004, p.347-375.

PEREZ, E.G.S.; GUERRA-JÚNIOR, G. “Hormônio anti-mülleriano: revisão e contribuição para a investigação das ambigüidades genitais”. **Arq Bras Endocrinol Metab**, v. 44, n.5, Out 2000, p.425-433.

PEREIRA, C. M. S. **Instituições de Direito Civil**. 27ªed. Rio de Janeiro, Forense, 2014.

PEREIRA, S.C.D.; GIACÓIA-JÚNIOR, O. A responsabilidade da família na defesa dos direitos de personalidade do familiar infrator com transtorno mental. In: FRÓES, C.B.L.; TOLEDO, I.R.; PEREIRA, S.C.D. (Org.). **Estudos acerca da efetividade dos direitos de personalidade no Direito das Famílias: construção do saber jurídico & Crítica aos fundamentos da dogmática jurídica**. 1 ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2013, p.23-40.

PEREIRA, D. M. Direito de família e sua influência na formação da personalidade do indivíduo e garantia da dignidade humana. In: FRÓES, C.B.L.; TOLEDO, I.R.; PEREIRA, S.C.D. (Org.). **Estudos acerca da efetividade dos direitos de personalidade no Direito das Famílias: construção do saber jurídico & Crítica aos fundamentos da dogmática jurídica**. 1ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2013, p. 233-254.

PERLINGIERI, P. **Perfis de Direito Civil**. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2ª Ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIOVESAN, F. A Constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. In: **Revista dos Tribunais**, ano. 6. n. 23, abril-junho de 1998.

_____. **Direitos Humanos e o direito constitucional**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. Grandes Convenções de Direitos Humanos. In: Brasil Direitos Humanos, 2008: A realidade do país aos 60 anos da Declaração Universal- Brasília SEDH, c 2008, p. 33-35.

_____. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 13ª Ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

PINO, N. P. A teoria queer e os intersex: experiências invisíveis de corpos des-feitos. **Cadernos Pagu** (28), janeiro-junho de 2007:149-174

PINTO JÚNIOR, N. F. O princípio do pluralismo político e a Constituição Federal. **Revista Eleitoral TER/RN** – Volume 25, 2011.p.37-45.

PONTES DE MIRANDA. “**Tratado de direito privado**”. v. 7. Direito de Personalidade. Direito de Família. Rio de Janeiro: Borsoi,1955.

PUYOL, A. Hay bioética más Allá de La autonomía. **Revista de Bioética y Derecho**. Num.24, mayo 2012, p.45-58

REY, R. “Anti-Müllerian hormone in disorders of sex determination and differentiation”. **Arq Bras Endocrinol Metab**, v. 49, n.1, Feb 2005, p. 26-36.

REZEK, J.F. **Direito Internacional Público** – Curso Elementar. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

RIZZINI, I. **A criança e a lei no Brasil**: revisitando a história. Brasília, DF: UNICEF. Rio de Janeiro: USD Ed. Universitária, 2000

RODRIGUES, N. Educação: da formação humana à construção do sujeito ético. **Educ. Soc.**, Campinas , v. 22, n. 76, Oct. 2001 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73302001000300013&lng=en&nrm=iso> Acesso em: 29 Jan. 2014.

RODRIGUES, S. **Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003

RODRIGUES, R.L. Incapacidade, curatela e autonomia privada. Estudo no marco do Estado Democrático de Direito. 2007. Dissertação (**Mestrado em Direito Privado, Faculdade Mineira de Direito**). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

ROSSATO, L. A.; LÉPORE, P. E.; CUNHA, R.S. **Estatuto da Criança e do adolescente** comentado artigo por artigo. 6 ed. rev. Atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SANTOS, B.S. **Reconhecer para Libertar**: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SÁNCHEZ, J. J. B. **Personas y Derechos de La Personalidad**. Director Carlos Rogel Vide. Madrid: Editora Reus, 2010.

SARLET, I.W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9.ed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SARMENTO. G. Direitos Fundamentais e Técnica Constitucional: reflexões sobre o positivismo científico de Pontes de Miranda. In: DIDIER JR, F.; EHRHARDT JR., M. **Revisitando A Teoria do Fato Jurídico** - Homenagem a Marcos Bernardes de Mello. São Paulo: Saraiva, 2010

SÊDA, E. **A criança e o direito alterativo**: um relato sobre o cumprimento da doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente no Brasil. São Paulo: Adês, 1995.

SCHREIBER, A. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011.

SCOLFARO, M.R., CARDINALI, I.A.; GUERRA JÚNIOR, G. “A importância da análise histológica morfométrica gonadal na identificação da gônada disgenética”. **Arq Bras Endocrinol Metab**, v. 47, n.2, Abr 2003., p. 128-134.

SICHES, L. Re. **Tratado General de Filosofia Del Derecho**. Primera edicion. Editorial Porrúa, S.A. Mexico, 1959.

SILVA, I.N. et al. Os dilemas da definição sexual: como proceder com a criança nascida com graves alterações genitais?. rev. **Bioética(imp)** 2011;vol. 19, nº 1,pg. 77-93.

SILVA, M. A. **Do Pátrio poder à autoridade parental**. Repensando fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SOARES, R.M.F. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOLEY- BELTRAN, P. Transexualidad y transgênero: uma perspectiva bioética. **Revista de Bioética y Derecho**. Num 30, enero 2014, p.21-39.

SPINOLA-CASTRO, A.M. “A importância dos aspectos éticos e psicológicos na abordagem do intersexo”. **Arq Bras Endocrinol Metab**, vol.49, n.1, Fev 2005, p. 46-59.

STEINMETZ, W. "Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais". In: SILVA, V. A. (org.). **Interpretação constitucional** São Paulo: Malheiros: 2005, p. 11-54.

SUESS, A. Cuestionamiento de dinâmicas de patologización y exclusión discursiva desde perspectivas trans e intersex. **Revista de Estudios Sociales**. n 49, Bogotá, mayo-agosto de 2014, p. 128- 143.

SUTTER, M.J. **Determinação e mudança de sexo**: aspectos médicos-legais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993.

SZANIAWSKI, E. Limites e possibilidade do direito de redesignação do estado sexual. Estudos sobre o transexualismo – aspectos médicos e jurídicos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 1998.

_____. Direitos de personalidade e sua tutela. 2ª Ed. rev. Atual e ampl. São Paulo, **Revista dos Tribunais**, 2005.

TEIXEIRA, A.C.B.; PENALVA, L.D. Autoridade parental, incapacidade e melhor interesse da criança : uma reflexão sobre o caso Ashely. **Revista de informação legislativa**, v. 45, n. 180, p. 293-304, out./dez. 2008.

TEIXEIRA, A.C.B. **Saúde, Corpo e autonomia privada**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

TEPEDINO, G. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 17, 2004, p. 33-49

_____. **Temas de direito civil**. 4ª edição rev. e atual., Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

TRINDADE, A.A.C. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

TRINDADE, A.C. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos Direitos Humanos nos Planos Internacional e Nacional. In: MELLO, C.A.; TORRES, R.L (org.). **Arquivos de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TRIVIÑOS, A. N. S. **Introdução à pesquisa em ciências sociais: a pesquisa qualitativa em educação**. São Paulo: Atlas, 1987.

VERA, M. A. E. **Derechos de La Personalidad**. Madrid: Marcial Pon, 2012.

VERONESE, J. R. P. **Temas de Direito da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Ltr, 1997.

VIEIRA, O.V. **Direitos fundamentais uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

VIEIRA, T.R. **Nome e sexo: mudanças no Registro Civil**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2008.

VILAR, L. **Endocrinologia clínica**. 4 ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2009

ZANINI, L.E.A. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Saraiva, 2011.

WANSSA, M.C.D. Autonomia versus beneficência. **Rev. Bioética(imp)** 2011;v. 19, n 1, p. 105-117.

WARAT, L. A. **Introdução Geral ao Direito I**. Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Editor Sérgio Antonio Fabris, 1994.

WOLKMER, A.C. **Pluralismo jurídico fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 3ª Ed atual. rev. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001.

APÊNDICE A

ROTEIRO PARA ENTREVISTA COM OS PROFISSIONAIS DA EQUIPE DE SAÚDE

Entrevista a ser aplicada aos profissionais deverão ter uma inserção na área da endocrinologia pediátrica, urologia, genética, na região Nordeste. Previamente os entrevistados serão individualmente informados da Pesquisa “Direitos da Personalidade e autonomia privada: a questão da criança com intersexo” nos termos da Resolução nº 466/2012 e, posteriormente à informação, serão convidados a ler o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido.

A entrevista será realizada após estas fases e somente após a concordância escrita e assinada no Termo de Consentimento Livre e Esclarecido.

INFORMAÇÕES GERAIS

Codificação

Profissão

Área de atuação

Q 1 - Há quanto tempo trabalha com crianças em situação de *intersexo (a expressão intersexo poderá vir a ser substituída por Distúrbio do Desenvolvimento Sexual SE o entrevistado expressar qualquer discordância ao termo)

Q 2 - Trabalha com crianças em situação de intersexo na clínica privada e no SUS?

INFORMAÇÕES SOBRE O NASCIMENTO

Q 3 - No momento em que é diagnosticada a situação de intersexo, para você, qual é a conduta mais adequada? A Declaração de Nascido Vivo (DNV) deve conter referência sobre esta circunstância? Caso afirmativo, o que deve ser escrito na Declaração de Nascido Vivo?

Q 4 - Qual a orientação do(a) senhor(a) no que tange relativamente ao registro civil da criança que nasce em situação de intersexo?

Q 5 - Ao longo da sua atuação profissional, como o (a) senhor (a) se relaciona com a família da criança em situação de intersexualidade?

Q 6 - Segundo a sua experiência profissional, quais critérios relativos à família são importantes para o diagnóstico precoce de intersexo da criança? (famílias com melhor poder aquisitivo, famílias com melhor escolaridade, famílias que moram em capitais que já enfrentaram situação antes; famílias que têm religião? Outros?)

Q 7 - Diante do que já vivenciou profissionalmente, quais as informações que considera fundamentais serem transmitidas a uma mãe/uma família que tem uma criança com intersexo?

Q 8 - Segundo a sua experiência profissional, os obstetras estão preparados para identificar quando uma criança nasce em situação de intersexo? A(o)s enfermeiros(as) estão preparados?

Q 9 - Segundo a sua experiência profissional, os cursos de medicina preparam suficientemente os profissionais para diagnóstico e/ou para lidar com situações de intersexualidade?

Q 10 - Ao longo da sua atuação profissional, o senhor (a) recorda de algum caso específico de situação de intersexualidade que exigiu uma atuação da família para acolhimento da criança?

Q 11 - Ao longo da sua atuação profissional, o senhor (a) recorda de algum caso de discriminação familiar ou social da criança em situação de intersexualidade?

Q 12 - Em algum momento da sua atividade profissional o senhor já recebeu criança/adolescente em situação de

intersexualidade que tenha passado por cirurgia (realizada por outros médicos) que não tenha resultado em benefício para a identidade da criança?

INFORMAÇÕES SOBRE A CIRURGIA

Q 13 - Conforme a sua experiência profissional, a família pode participar do processo de decisão sobre a definição do sexo? Como?

Q 14 - Conforme a sua experiência, a criança pode participar no processo de definição da cirurgia? Como?

Q 15 - Ao longo da sua atuação profissional, a situação de intersexualidade da criança pode ser resolvida apenas com a cirurgia?

Q 16 - Conforme a sua experiência, qual o papel da cirurgia na vida destas crianças?

Q 17 - Conforme a sua experiência, a família precisa de profissional de outra área no processo de definição da cirurgia?

*A explicitação do uso deste termo se encontra no projeto de pesquisa fl.06

APÊNDICE B

ROTEIRO DE ENTREVISTA PARA OS FAMILIARES

Entrevista a ser aplicada aos adultos (mãe/pai e/ou responsáveis legais) que estão identificados como responsáveis pelas crianças e/ou adolescentes inscritos no ambulatório de Genética Médica Especial. Previamente, os entrevistados serão individualmente informados da Pesquisa “Direitos da Personalidade e autonomia privada: a questão da criança com intersexo” nos termos da Resolução nº 466/2012 e, posteriormente à informação, serão convidados a ler o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido.

A entrevista será realizada após estas fases e somente após a concordância escrita e assinada no Termo de Consentimento Livre e Esclarecido.

INFORMAÇÕES GERAIS

Códificação

Parentesco

Nível de escolaridade

Ocupação

Quantidade de Filhos e Nomes com idades

Data de Nascimento da Criança com intersexo

Onde fez Acompanhamento no Pré-Natal?

Local do Nascimento (Cidade/ Nome do Hospital ou outro local)

Quem fez o parto?

INFORMAÇÕES SOBRE O NASCIMENTO

Q 1 - A pessoa/profissional que fez o parto disse o sexo da criança quando nasceu? Foi este o sexo que se confirmou?

Q 2 - Em que local (sala de parto? Quarto de hospital? Consultório? Outro local?) estava quando recebeu a informação sobre a situação de intersexualidade da criança?

Q 3 - O/A senhor(a) lembra o que a pessoa (profissional) lhe informou sobre a situação de intersexualidade da criança?

Q 4 - Como o(a) senhor(a) reagiu a esta informação? (aceitou ? perguntou? Pediu ajuda?)

Q 5 - Já tinha ouvido falar de circunstâncias como esta? Existem outros casos na família?

Q 6 - Quando sua criança nasceu, como a família reagiu? (houve manifestação de rejeição de algum parente, pai, mãe, avós, tios, irmãos?)

Q 7 - Quando a sua criança foi registrada? Com qual nome e com qual sexo?

Q 8 - O (A) senhor(a) acha que a criança sofre ou sofreu algum tipo de discriminação? Como?

Q 9 - Quando o(a) senhor (a) soube que a criança tinha intersexo, quem foi a primeira pessoa/instituição que o(a) senhor(a) procurou (Prefeitura da cidade/Conselho tutelar/Ministério Público-Promotor de Justiça/vizinho/vereador/ ambulatório de genética)?

Q 10 - Alguma pessoa da sua família ou de fora já tirou foto da criança? (Caso afirmativo – o assunto da situação de sua criança já foi tratado no facebook por alguém de sua família ou de pessoa conhecida? Como?

Q 11 - Quais os passos/etapas que o(a) senhor (a) percorreu para encontrar o Ambulatório de Referência?

Q 12 - O senhor(a) sabe o diagnóstico da sua criança? Qual é? (Hiperplasia Adrenal Congênita? Hispospádia? Outro).

Q 13 - Quanto tempo decorreu entre o nascimento da criança e o diagnóstico da situação pelos médicos especializados?

Q 14 - Em algum momento algum (a) médico (a) tirou fotografias da genitália da sua criança? Caso afirmativo – Foi solicitado autorização por escrito?

Q 15 - Em algum momento, algum (a) médico (a) lhe deu papel escrito para o(a) senhor(a) assinar (termo de consentimento) para autorizar a inclusão da sua criança e os seus dados (diagnóstico, exames e/ou tratamento) em protocolo de pesquisa ?

Q 16 - A família foi atendida por Assistente Social e/ou Psicólogo para falar da situação da criança? Se sim – A família achou importante?

INFORMAÇÕES SOBRE A CIRURGIA

Q 17 - Quando ficou sabendo que seria necessário fazer cirurgia? Qual a idade da sua criança?

Q 18 - O (A) senhor(a) (família) se encontrou com médicos, assistente social ou psicólogo para conversar sobre a cirurgia? Se sim - A família achou importante?

Q 19 - Como foi o processo de definição da cirurgia? Vocês fizeram parte? De que forma?

Q 20 - A família tinha posição quanto ao momento mais correto para fazer a cirurgia? O que foi decisivo para vocês autorizarem o caminho à cirurgia?

Q 21 - Para vocês, qual o papel da cirurgia na vida da sua criança?

Q 22 - Você acha que esta cirurgia é eletiva ou obrigatória?

Q 23 - Qual o resultado que o(a) senhor(a) esperava da cirurgia? A cirurgia atendeu a sua expectativa?

Q 24 - O que mudou em relação à vida da sua criança depois da cirurgia? (Brincadeiras? Ir à escola? Registro civil?)

INFORMAÇÕES SOBRE A FAMÍLIA

Q 25 - A sua criança é criada em qual gênero? Quais as brincadeiras preferidas pela sua criança? Alguma brincadeira lhe incomoda? Quando lhe incomoda, o que você faz?

Q 26 - O que você deseja para o futuro de sua criança? Quais as suas expectativas e preocupações em relação ao futuro da sua criança?

ANEXO A



Termo de Consentimento Livre e Esclarecido

Título do Estudo: Direitos da Personalidade e autonomia privada: a questão da criança com intersexo

Pesquisador Responsável: Ana Karina Figueira Canguçu Campinho

O (A) Senhor (a) está sendo convidado (a) a participar de uma pesquisa. Por favor, leia este documento com bastante atenção antes de assiná-lo. Caso haja alguma palavra ou frase que o (a) senhor (a) não consiga entender, converse com o pesquisador responsável pelo estudo ou com um membro da equipe desta pesquisa para esclarecê-los.

A proposta deste termo de consentimento livre e esclarecido (TCLE) é explicar tudo sobre o estudo e solicitar a sua permissão para participar do mesmo.

Objetivo do Estudo

Analisar o reconhecimento da autonomia da criança em situação intersexo pela família e pela equipe de saúde

Duração do Estudo

A duração total do estudo é de 4 meses

A sua participação no estudo será de aproximadamente 1 dia.

Descrição do Estudo

Participarão do estudo os profissionais na área da endocrinologia pediátrica, urologia, genética, bem como familiares que tenham filhos/tutelados que realizaram a cirurgia de definição do sexo, cadastrados no Ambulatório de Genética do Hospital Universitário Professor Edgar Santos (HUPES).

Este estudo será realizado no ambulatório especializado do Serviço de Genética do HUPES-UFBA, no Ambulatório Magalhães Neto - 2º Andar, Anexo ao Hospital das Clínicas, Rua Augusto Vianna, s/nº – Canela – Salvador – Bahia.

Procedimento do Estudo

Após uma leitura prévia das perguntas pela pesquisadora para os profissionais para que eles possam avaliar com mais clareza se desejam participar da pesquisa, será aplicada entrevista semi-estruturada.

As entrevistas com os profissionais serão realizadas no Ambulatório Magalhães Neto - 2º Andar, (Anexo ao Hospital das Clínicas), de forma individual, em sala privativa, designada para aplicação das entrevistas.

As entrevistas serão gravadas e transcritas e após a conclusão da pesquisa os dados serão analisando objetivando contribuir para a discussão da situação da criança intersexual.

Riscos Potenciais, Efeitos Colaterais e Desconforto

Algumas perguntas poderão provocar desconfortos. Os profissionais que necessitarem de um acolhimento e atendimento psicológico posterior à entrevista serão atendido pela psicóloga membro do Ambulatório de Genética.

Benefícios para o participante

Não há benefício direto para o participante desse estudo. Trata-se de estudo com propósito de construir uma a discussão a respeito do reconhecimento da autonomia da criança com intersexo pela família e pela equipe de saúde.

Somente no final do estudo poderemos concluir a presença de algum benefício. Porém, os resultados obtidos com este estudo poderão ajudar garantindo a inviolabilidade do direito à vida e do direito à liberdade, respeitando a premissa de que a legitimidade do princípio da autonomia familiar está condicionada ao respeito dos direitos fundamentais dos filhos.

Compensação

Você não receberá nenhuma compensação para participar desta pesquisa e também não terá nenhuma despesa adicional.

Participação Voluntária/Desistência do Estudo

Sua participação neste estudo é totalmente voluntária, ou seja, você somente participa se quiser.

Após assinar o consentimento, você terá total liberdade de retirá-lo a qualquer momento e deixar de participar do estudo se assim o desejar, sem quaisquer prejuízos à continuidade do tratamento e acompanhamento na instituição.

Novas Informações

Quaisquer novas informações que possam afetar a sua segurança ou influenciar na sua decisão de continuar a participação no estudo serão fornecidas a você por escrito. Se você decidir continuar neste estudo, terá que assinar um novo (revisado) Termo de Consentimento informado para documentar seu conhecimento sobre novas informações.

Em Caso de Danos Relacionados à Pesquisa

Em caso de dano pessoal, diretamente causado pelas entrevistas (nexo causal comprovado), o participante tem direito a tratamento psicológico na Instituição, bem como às indenizações legalmente estabelecidas.

Utilização de Registros Médicos e Confidencialidade

Todas as informações colhidas e os resultados das entrevistas serão analisados em caráter estritamente científico, mantendo-se a confidencialidade (segredo) do participante a todo o momento, ou seja, em nenhum momento os dados que o identifique serão divulgados, a menos que seja exigido por lei.

Esse termo de consentimento assinado poderá ser inspecionados por agências reguladoras e pelo CEP.

Os resultados desta pesquisa poderão ser apresentados em reuniões ou publicações, contudo, sua identidade não será revelada nessas apresentações.

Quem Devo Entrar em Contato em Caso de Dúvida

Em qualquer etapa do estudo você terá acesso aos profissionais responsáveis pela pesquisa para esclarecimento de eventuais dúvidas. A responsável pelo estudo nesta instituição é Ana Karina Canguçu-Campinho, que poderá ser encontrada no endereço: Av. Princesa Isabel, 195, apt. 201, Cep 40130-030 no respectivo telefones (71) 9205-8631.

Você também pode entrar em contanto com o Comitê de Ética e Pesquisa: Rua Augusto Viana, s/n- 1º andar, Canela, Salvador-Bahia, CEP 40.110-060, Telefone para contato: (71) 3283-8043/3283-8140.

Declaração de Consentimento

Concordo em participar do estudo intitulado " Direitos da Personalidade e autonomia privada: a questão da criança com intersexo".

Li e entendi o documento de consentimento e o objetivo do estudo, bem como seus possíveis benefícios e riscos. Tive oportunidade de perguntar sobre o estudo e todas as minhas dúvidas foram esclarecidas. Entendo que estou livre para decidir não participar desta pesquisa. Entendo que ao assinar este documento, não estou abdicando de nenhum de meus direitos legais.

Nome do Sujeito de Pesquisa Letra de Forma ou à Máquina

Data

Assinatura do Sujeito de Pesquisa

Nome da pessoa obtendo o Consentimento

Data

Assinatura da Pessoa Obtendo o Consentimento

Nome do Pesquisador Responsável

Assinatura e Carimbo do Pesquisador Responsável

Data

ANEXO B



Termo de Consentimento Livre e Esclarecido

Título do Estudo: Direitos da Personalidade e autonomia privada: a questão da criança com intersexo

Pesquisador Responsável: Ana Karina Figueira Canguçu Campinho

O (A) Senhor (a) está sendo convidado (a) a participar de uma pesquisa. Por favor, leia este documento com bastante atenção antes de assiná-lo. Caso haja alguma palavra ou frase que o (a) senhor (a) não consiga entender, converse com o pesquisador responsável pelo estudo ou com um membro da equipe desta pesquisa para esclarecê-los.

A proposta deste termo de consentimento livre e esclarecido (TCLE) é explicar tudo sobre o estudo e solicitar a sua permissão para participar do mesmo.

Objetivo do Estudo

Analisar o reconhecimento da autonomia da criança em situação intersexo pela família e pela equipe de saúde

Duração do Estudo

A duração total do estudo é de 4 meses

A sua participação no estudo será de aproximadamente 1 dia.

Descrição do Estudo

Participarão do estudo os profissionais na área da endocrinologia pediátrica, urologia, genética, bem como familiares que tenham filhos/tutelados que realizaram a cirurgia de definição do sexo, cadastrados no Ambulatório de Genética do Hospital Universitário Professor Edgar Santos (HUPES).

Este estudo será realizado no ambulatório especializado do Serviço de Genética do HUPES-UFBA, no Ambulatório Magalhães Neto - 2º Andar, Anexo ao Hospital das Clínicas, Rua Augusto Vianna, s/nº – Canela – Salvador – Bahia.

O (a) Senhor (a) foi escolhido (a) a participar do estudo porque tem filho/tutelado que realizou a cirurgia de definição do sexo, e está cadastrado no Ambulatório de Genética do Hospital Universitário Professor Edgar Santos (HUPES).

Procedimento do Estudo

Após uma leitura prévia das perguntas pela pesquisadora para os familiares para que eles possam avaliar com mais clareza se desejam participar da pesquisa, será aplicada entrevista semi-estruturada.

As entrevistas com os familiares serão realizadas no Ambulatório Magalhães Neto - 2º Andar, (Anexo ao Hospital das Clínicas), de forma individual, em sala privativa, designada para aplicação das entrevistas. Este ambulatório estará à disposição caso seja necessário atendimento psicológico durante e após as entrevistas.

As entrevistas serão gravadas e transcritas e após a conclusão da pesquisa os dados serão analisando objetivando contribuir para a discussão da situação da criança intersexual.

Considerando que as perguntas propostas podem provocar constrangimentos e mobilização emocional aos participantes, a entrevista será feita na presença de um psicólogo, membro do Ambulatório de Genética, com experiência na temática, para dar assistência caso necessário.

Riscos Potenciais, Efeitos Colaterais e Desconforto

Algumas perguntas poderão provocar desconfortos, constrangimentos e mobilização emocional. Os familiares que necessitarem de um acolhimento e atendimento psicológico posterior à entrevista serão atendido pela psicóloga membro do Ambulatório de Genética.

Benefícios para o participante

Não há benefício direto para o participante desse estudo. Trata-se de estudo com propósito de construir uma a discussão a respeito do reconhecimento da autonomia da criança com intersexo pela família e pela equipe de saúde.

Somente no final do estudo poderemos concluir a presença de algum benefício. Porém, os resultados obtidos com este estudo poderão ajudar a garantindo a inviolabilidade do direito à vida e do direito à liberdade, respeitando a premissa de que a legitimidade do princípio da autonomia familiar está condicionada ao respeito dos direitos fundamentais dos filhos.

Compensação

Você não receberá nenhuma compensação para participar desta pesquisa e também não terá nenhuma despesa adicional.

Participação Voluntária/Desistência do Estudo

Sua participação neste estudo é totalmente voluntária, ou seja, você somente participa se quiser.

A não participação no estudo não implicará em nenhuma alteração no seu acompanhamento médico tão pouco alterará a relação da equipe médica com o mesmo. Após assinar o consentimento, você terá total liberdade de retirá-lo a qualquer momento e deixar de participar do estudo se assim o desejar, sem quaisquer prejuízos à continuidade do tratamento e acompanhamento na instituição.

Novas Informações

Quaisquer novas informações que possam afetar a sua segurança ou influenciar na sua decisão de continuar a participação no estudo serão fornecidas a você por escrito. Se você decidir continuar neste estudo, terá que assinar um novo (revisado) Termo de Consentimento informado para documentar seu conhecimento sobre novas informações.

Em Caso de Danos Relacionados à Pesquisa

Em caso de dano pessoal, diretamente causado pelos procedimentos ou tratamentos propostos neste estudo (nexo causal comprovado), o participante tem direito a tratamento médico na Instituição, bem como às indenizações legalmente estabelecidas.

Utilização de Registros Médicos e Confidencialidade

Todas as informações colhidas e os resultados das entrevistas serão analisados em caráter estritamente científico, mantendo-se a confidencialidade (segredo) do participante a todo o momento, ou seja, em nenhum momento os dados que o identifique serão divulgados, a menos que seja exigido por lei.

Esse termo de consentimento assinado poderão ser inspecionados por agências reguladoras e pelo CEP.

Os resultados desta pesquisa poderão ser apresentados em reuniões ou publicações, contudo, sua identidade não será revelada nessas apresentações.

Quem Devo Entrar em Contato em Caso de Dúvida

Em qualquer etapa do estudo você terá acesso aos profissionais responsáveis pela pesquisa para esclarecimento de eventuais dúvidas. A responsável pelo estudo nesta instituição é Ana Karina Canguçu- Campinho, que poderá ser encontrados no endereço: Av. Princesa Isabel, 195, apt. 201, Cep 40130-030 no respectivo telefones (71) 9205-8631.

Você também pode entrar em contanto com o Comitê de Ética e Pesquisa: Rua Augusto Viana, s/n- 1º andar, Canela, Salvador-Bahia, CEP 40.110-060, Telefone para contato: (71) 3283-8043/3283-8140.

Declaração de Consentimento

Concordo em participar do estudo intitulado " Direitos da Personalidade e autonomia privada: a questão da criança com intersexo".

Li e entendi o documento de consentimento e o objetivo do estudo, bem como seus possíveis benefícios e riscos. Tive oportunidade de perguntar sobre o estudo e todas as minhas dúvidas foram esclarecidas. Entendo que estou livre para decidir não participar desta pesquisa. Entendo que ao assinar este documento, não estou abdicando de nenhum de meus direitos legais.

Nome do Sujeito de Pesquisa Letra de Forma ou à Máquina

Data

Assinatura do Sujeito de Pesquisa

Nome da pessoa obtendo o Consentimento

Data

Assinatura da Pessoa Obtendo o Consentimento

Nome do Pesquisador Responsável

Data

Assinatura e Carimbo do Pesquisador Responsável

ANEXO C

HOSPITAL UNIVERSITÁRIO
 PROF. EDGARD SANTOS-
 UFBA - HUPES



PARECER CONSUBSTANCIADO DO CEP

DADOS DO PROJETO DE PESQUISA

Título da Pesquisa: Direitos da personalidade e autonomia privada: a questão da criança com intersexo

Pesquisador: Ana Karina Figueira Canguçu Campinho

Área Temática:

Versão: 2

CAAE: 40341115.6.0000.0049

Instituição Proponente: Hospital Universitário Prof. Edgard Santos-UFBA

Patrocinador Principal: Financiamento Próprio

DADOS DO PARECER

Número do Parecer: 964.042

Data da Relatoria: 27/02/2015

Apresentação do Projeto:

A intersexualidade constitui-se como resultado de um desequilíbrio entre os fatores que determinam o sexo . Dessa forma, os indivíduos apresentam caracteres tanto masculinos quanto femininos . O desequilíbrio ocorre de 01 em cada 4.500 nascimentos , sendo fundamental para sua detecção precoce o cuidadoso exame dos genitais de todo recém-nascido . Na literatura sobre o tema, o termo "intersexo" está em desuso, pois traria um sentido intermediário ou de um terceiro sexo, o que não seria adequado para o paciente , passando a ser nomeado como Anomalia do Desenvolvimento Sexual (ADS) ou Desordem do Desenvolvimento Sexual (DDS) . No presente anteprojeto, porém, dialoga-se com o modelo social de deficiência, que reconhece o corpo com impedimentos como uma expressão da diversidade humana e não apenas como resultado de um diagnóstico biomédico de "anomalias" . De onde se entende que as nomenclaturas ADS ou DDS transmitiriam uma ideia de que a intersexualidade seria resultado de "anomalias" ou "desordens", reforçando o estigma sobre as pessoas com intersexo . Optou-se pelo termo "intersexo" em face do tensionamento entre as opções supra, advindas da Endocrinologia Pediátrica. O estigma em relação às pessoas com intersexo é um assunto

Endereço: Rua Augusto Maria, s/nº - 1º Andar
 Bairro: Canela CEP: 40.110-060
 UF: BA Município: SALVADOR
 Telefone: (71)3283-8043 Fax: (71)3283-8140 E-mail: cep.hupes@gmail.com

HOSPITAL UNIVERSITÁRIO
 PROF. EDGARD SANTOS-
 UFBA - HUPES



Continuação do Parecer: 004/042

delicado. O tratamento médico pode vir a se prolongar, em algumas circunstâncias, durante a existência da pessoa, com a necessidade de realização de exames, da utilização de medicamentos área da endocrinologia pediátrica, urologia e genética, na região Nordeste. Além dos profissionais, pretende-se entrevistar 5% dos familiares que tenham filhos/tutelados que realizaram a cirurgia de definição do sexo, cadastrados no Ambulatório de Genética do Hospital Universitário Professor Edgar Santos (HUPES), ambulatório público responsável pelo atendimento das crianças com intersexo do estado da Bahia, a fim de construir uma discussão a respeito do reconhecimento da autonomia da criança com intersexo pela família e pela equipe de saúde. As entrevistas serão gravadas e transcritas pela própria pesquisadora, sendo utilizados "apelidos" para os entrevistados, com a finalidade de manter o sigilo dos mesmos. Os dados serão analisados mediante a identificação de categorias analíticas, a partir da teoria jurídica dos direitos da personalidade, traçando como categorias: Direito ao próprio corpo; Direito ao nome; Direito à identidade; Direito à imagem; Autonomia da criança; Poder Familiar. Elementos como a discriminação da criança a partir da condição congênita e a participação dos profissionais de saúde no processo da garantia do direito da criança serão, igualmente, analisados.

Objetivo da Pesquisa:

Objetivo Primário:

Analisar a observância do direito da personalidade e do princípio da autonomia privada na perspectiva do nascimento e do desenvolvimento de crianças com intersexo.

Objetivos Secundários:

A) Discutir o limite do poder familiar diante da autonomia privada da criança com intersexo na definição do sexo de criação;

B) Analisar o reconhecimento da autonomia da criança com intersexo pela família e pela equipe de saúde.

Avaliação dos Riscos e Benefícios:

De acordo com o pesquisador:

Riscos:

Este projeto de pesquisa não resultará em riscos potenciais, efeitos colaterais ou desconfortos.

Endereço: Rua Augusto Viana, s/nº - 1º Andar
 Bairro: Cidade
 CEP: 40.110-060
 UF: BA Município: SALVADOR
 Telefone: (71)3283-8043 Fax: (71)3283-8140 E-mail: cep.hupes@gmail.com

HOSPITAL UNIVERSITÁRIO
 PROF. EDGARD SANTOS-
 UFBA - HUPES



Continuação do Parecer: 964.043

Benefícios:

Não há benefício direto para o participante desse estudo. Trata-se de estudo com propósito de construir uma discussão a respeito do reconhecimento da autonomia da criança com intersexo pela família e pela equipe de saúde. Somente no final do estudo poderemos concluir a presença de algum benefício. Porém, os resultados obtidos com este estudo poderão ajudar a garantir a inviolabilidade do direito à vida e do direito à liberdade, respeitando a premissa de que a legitimidade do princípio da autonomia familiar está condicionada ao respeito dos direitos fundamentais dos filhos.

Comentários e Considerações sobre a Pesquisa:

Vide conclusões.

Considerações sobre os Termos de apresentação obrigatória:

Vide conclusões.

Recomendações:

Vide conclusões.

Conclusões ou Pendências e Lista de Inadequações:

As pendências foram atendidas.

Situação do Parecer:

Aprovado

Necessita Aprovação da CONEP:

Não

Considerações Finais a critério do CEP:

O participante da pesquisa tem a liberdade de recusar-se a participar ou de retirar seu consentimento em qualquer fase da pesquisa, sem penalização alguma e sem prejuízo ao seu cuidado (Res. CNS 466/12) e deve receber uma cópia do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, na íntegra, por ele assinado.

O pesquisador deve desenvolver a pesquisa conforme delineada no protocolo aprovado e descontinuar o estudo somente após análise das razões da descontinuidade pelo CEP que o aprovou, aguardando seu parecer, exceto quando perceber risco ou dano não previsto ao sujeito participante ou quando constatar a superioridade de regime oferecido a um dos grupos da pesquisa que requeiram ação imediata.

Endereço: Rua Augusto Viana, s/nº - 1º Andar

Bairro: Castelo

CEP: 40.110-060

UF: BA

Município: SALVADOR

Telefone: (71)3283-8043

Fax: (71)3283-8140

E-mail: cep.hupes@gmail.com

HOSPITAL UNIVERSITÁRIO
 PROF. EDGARD SANTOS-
 UFBA - HUPES



Continuação do Parecer 264.042

O CEP deve ser informado de todos os efeitos adversos ou fatos relevantes que alterem o curso normal do estudo. É papel do pesquisador assegurar medidas imediatas adequadas frente a evento adverso grave ocorrido (mesmo que tenha sido em outro centro) e enviar notificação ao CEP e à Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA – junto com seu posicionamento.

Eventuais modificações ou emendas ao protocolo devem ser apresentadas ao CEP de forma clara e sucinta, identificando a parte do protocolo a ser modificada e suas justificativas.

Relatórios parciais e final devem ser apresentados ao CEP, inicialmente em ____/____/____ e ao término do estudo.

Situação: Projeto Aprovado.

SALVADOR, 25 de Fevereiro de 2015

Assinado por:
REGINA SANTOS
 (Coordenador)

Endereço: Rua Augusto Viana, s/nº - 1º Andar
 Bairro: Cidade Nova CEP: 40.110-060
 UF: BA Município: SALVADOR
 Telefone: (71)3283-8043 Fax: (71)3283-8140 E-mail: cep.hupes@gmail.com