

DESPATOLOGIZAÇÃO DA TRANSEXUALIDADE

DESAFIOS PARA SUA EFETIVAÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.

Elisa Santana Fonseca¹

Josiene Aparecida de Souza²

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo discutir os desafios para a efetiva despatologização da transexualidade na sociedade brasileira, dando-se ênfase à (im) possível acessibilidade de crianças e adolescentes transgêneros aos tratamentos previstos na Resolução nº 2.265/19. Para tanto, utilizar-se-á como referenciais teóricos as pesquisas desenvolvidas por Marina Cordeiro Matos Sillmann e Maria de Fátima Freire de Sá em que se discute a capacidade Gillick e a autonomia para consentir de crianças e adolescentes e ainda a possibilidade de recusa de tratamento médico por estas pessoas. Por último, vislumbra-se analisar os discursos que patologizam a transexualidade, implicitamente, nas decisões do Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: transexualidade; despatologização; tratamento médico;

INTRODUÇÃO

Acreditou-se por um longo período de tempo que os conceitos gênero, sexo e sexualidade eram indissociáveis e resultantes de uma ordem biológica compulsória, o que resultou na hierarquização da dicotomia masculino e feminino. Consequentemente, estabeleceu-se a heteronormatividade como regra e os papéis sociais a serem desempenhados

¹ Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete; pesquisadora do Grupo de Estudos em Bioética na Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete.

² Professora da FDCL- Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete. Mestra em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto. Especialista em Processo Civil pelo CAD/FUMEC, graduada em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto.

por cada sexo, masculino e feminino, foram devidamente estipulados, de forma a pré-determinar o comportamento de cada indivíduo.

Ante a essa dicotomia, surgem os conceitos cisgênero, que são aqueles que o gênero corresponde perfeitamente ao sexo que lhe foi atribuído ao nascer, ao passo que os transgêneros, são aquelas pessoas que se opõem ao binarismo de gênero, e transitam-se entre os gêneros, adotando tanto signos atribuídos ao sexo feminino quanto ao sexo masculino, podendo em momentos diferentes da vida se identificar com algum deles ou mesmo não se identificar com nenhum. Importante trazer à tona o conceito de transexualidade, a qual é compreendida como a identificação com o gênero psicossocial oposto ao sexo biológico, sendo fundamentalmente uma questão de autodeterminação e identificação.³

Por anos, a Organização Mundial de Saúde (OMS), responsável por editar a Classificação Internacional de Doenças (CID), que é usada como referência para o diagnóstico e controle de enfermidades, classificou os transgêneros como portadores de doenças mentais, corroborando para a construção de um cenário discriminatório e excludente. Ante as evoluções sociais e descobertas científicas, constatou-se a insensatez dessa classificação, o que deu ensejo a despatologização dessa característica.

Importante frisar que a homossexualidade deixou de ser classificada como doença mental em maio de 1.997⁴, ao passo que, apenas no ano de 2018 a transexualidade foi retirada do rol de doenças mentais. A nova versão da Classificação Internacional de Doenças, a CID 11, trouxe em seu texto um novo capítulo referente a Saúde Sexual, onde a incongruência de gênero deixou de fazer parte das doenças mentais para compor um novo capítulo, relacionado à saúde sexual.⁵

O Conselho Federal de Medicina (CFM), seguindo suas atri-

³ SILVA, Jéssica de Paula Bueno. **O reconhecimento das pessoas trans [manuscrito]: uma análise do poder de emancipação ou institucionalização do direito sob a perspectiva de Axel Honneth** /Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Ouro Preto. Escola de Direito, Turismo e Museologia. Departamento de Direito. Programa de Pós-Graduação Novos Direitos, Novos Sujeitos.

⁴ BRASIL. **OMS retira a homossexualidade da lista de doenças mentais**. [Disponível em: <http://opiniaoenoticia.com.br/vida/comportamento/oms-retira-homossexualidade-da-lista-de-doencas-mentais/>] Acesso em: 28 de maio de 2020.

⁵ WORLD HEALTH ORGANIZATION. **CID -11: Classificação das doenças para mapear a maneira como vivemos e morreremos**. [Disponível em: <https://www.who.int/health-topics/international-classification-of-diseases>.] Acesso em: 24 de março de 2020.

buições legais, na busca de ampliar o acesso à saúde das pessoas transgênero, editou a Resolução nº 2.265/2019, que estabeleceu mudanças significativas no processo transexualizador, dentre as quais faz menção ao tratamento de crianças e adolescentes transgêneros o que, até o presente momento, não era mencionado em nenhuma norma vigente.¹

Ocorre que, a referida Resolução nº 2.265/19 do Conselho Federal de Medicina (CFM) exige a apresentação do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) para a realização dos procedimentos médicos nela previstos.

Os pacientes que não possuem capacidade plena para outorgar o consentimento, incluindo-se no grupo: as crianças, os adolescentes menores de 18 anos, os portadores de doenças físicas ou mentais que apresentam algum comprometimento para discernir, pessoas inconscientes ou severamente debilitadas, devem ser representados por quem a legislação civil estabelecer, devendo apresentar, ainda, o Termo de Assentimento.²

Nas relações médico-científicas é por meio do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido e do Termo de Assentimento que há a manifestação da autonomia privada do paciente. Em se tratando de pacientes pediátricos, apesar de certas peculiaridades em razão de seu grau de desenvolvimento, sua autonomia também deve ser preservada como garantia para o exercício de seu direito à personalidade.

A autonomia privada do paciente corresponde a capacidade de autodeterminação e encontra-se correlata a liberdade e a informação para o posterior exercício do consentimento. Dessa maneira, uma vez prestadas as informações pelo profissional de saúde acerca do estado clínico do paciente, este, se dotado de autonomia, poderá decidir qual tratamento seguir ou mesmo optar pela escolha de não se tratar³.

Diante disso, perquire-se: quais os aspectos jurídicos da Re-

¹ BRASIL. Resolução nº 2.265, de 20 de setembro de 2019. **Dispõe sobre o cuidado específico à pessoa com incongruência de gênero ou transgênero e revoga a Resolução CFM nº 1.955/2010.** [Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2265>] Acesso em 24 de março de 2020.

² BRASIL. **Recomendação nº 1 de 21 de janeiro de 2016.** Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica. [Disponível em: https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf.] Acesso em: 08 de junho de 2020.

³ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. RAWICZ, Luciana Araújo. MORAES, Vivian Lacerda. **A influência do ambiente hospitalar sobre as autonomias de pacien-**

solução nº 2.265/19 podem impedir o acesso aos tratamentos nela previstos pelas crianças e adolescentes transgêneros? Seria possível construir uma relação dialógica entre: médico, paciente e o seu responsável legal de forma a garantir o acesso do menor aos tratamentos transexualizadores como exercício de sua liberdade? Como delinear os limites da autoridade parental em face da autonomia das crianças e adolescentes na tomada de decisão ao referido tratamento? Como o sistema judiciário brasileiro tem se posicionado acerca dos direitos dos transgêneros, em especial, dos transexuais?

Por fim, a presente pesquisa encontra-se substrato na vertente jurídico-dogmática que por sua vez possui o raciocínio indutivo-dedutivo⁴.

1. DESPATOLOGIZAÇÃO DA TRANSEXUALIDADE E A RESOLUÇÃO Nº 2.265/2019 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

Os conceitos de gênero e sexualidade foram construídos em termos culturais e históricos, caracterizando as relações de poder e hierarquizando universalmente a dicotomia masculino e feminino. Nesse sentido, surge a crítica quanto a perspectiva dual entre sexo/ gênero que se consubstancia em um sistema marcado por relações de poder, com comportamentos diferenciados entre homens e mulheres no cenário social, político e cultural. Mister destacar a influência deste último fator na estruturação do sistema patriarcal, idealizado pela heterossexualidade compulsória e pela socialização dos papéis de gênero.

A filósofa Judith Butler em sua obra “Problemas de gênero: Feminismo e Subversão da Identidade”, destaca que, diferente da ordem compulsória entre sexo/gênero/desejo socialmente imposta, o gênero é fruto de uma concepção cultural e social, sendo um erro acreditar que

tes e de profissionais da saúde. IN: Maria de Fátima Freire de Sá; Bruno Torquato de Oliveira Naves; Iara Antunes de Souza. (Org.). *Direito e Medicina: autonomia e vulnerabilidade em ambiente hospitalar*. 1ed. Indaiatuba, São Paulo: Foco Jurídico, 2018, v. 1, p. 82.

⁴ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 4 ed. rev. e atual.- Belo Horizonte: Del Rey, 2013. 278 p.

ele decorra de uma ordem biológica:

Concebida originalmente para questionar a formulação de que a biologia é o destino, a distinção entre sexo e gênero atende a tese de que, por mais que o sexo pareça intratável em termos biológicos, o gênero é culturalmente construído: consequentemente, não é nem o resultado causal do sexo nem tampouco tão aparentemente fixo quanto o sexo. Assim, a unidade do sujeito já é potencialmente contestada pela distinção que abre espaço ao gênero como interpretação múltipla do sexo. Se o gênero são os significados culturais assumidos pelo corpo sexuado, não se pode dizer que ele decorra de um sexo desta ou daquela maneira.⁵

Dessa maneira, segundo as interpretações de Judith Butler, não é plausível identificar a binariedade como um recurso que atribui a categorização de homens a partir de um corpo masculino, ao passo que as mulheres são interpretadas apenas pelo corpo feminino⁶. Por esse motivo, torna-se necessário desconstruir a perspectiva de que o gênero está para a cultura, assim como o sexo para a natureza, haja vista que este último também corresponde a um meio discursivo/cultural⁷. Logo, para Judith Butler⁸ a cultura determina e condiciona a definição de sexo e gênero, de modo que ambos os conceitos podem ser livres ou fixos já que dependem do discurso que os legitima, revelando-se ineficaz a diferença entre sexo e gênero.

Assim, Judith Butler⁹ propõe uma desnaturalização do sexo e do gênero que foram tratados como destino de forma estratégica pelo poder. Nesse sentido, atribui-se uma categoria social de gênero, em que este é identificado como um dispositivo pessoal de construção de si e de questionamento da identidade, de modo que “[...] o que a pessoa ‘é’ – e a rigor, o que o gênero é – refere-se sempre às relações construídas em que

⁵JUDITH, Butler. **Problemas de Gênero**: Feminismo e subversão da identidade. 17ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019. p. 25-26.

⁶JUDITH, Butler. **Problemas de Gênero**: Feminismo e subversão da identidade. 17ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019. p. 24.

⁷JUDITH, Butler. **Problemas de Gênero**: Feminismo e subversão da identidade. 17ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019. p. 25.

⁸JUDITH, Butler. **Problemas de Gênero**: Feminismo e subversão da identidade. 17ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

⁹JUDITH, Butler. **Problemas de Gênero**: Feminismo e subversão da identidade. 17ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

ela é determinada”¹⁰. Dessa forma, não há que se falar em uma substancialidade dicotômica do gênero masculino ou feminino, mas compreendê-lo como “[...] um ponto relativo de convergência entre conjuntos específicos de relações, cultural e historicamente convergentes”¹¹.

Sendo assim, a partir dos ensinamentos de Judith Butler¹² é plausível desconstruir a dicotomia entre gênero e sexo, de modo que o primeiro representa uma construção social do sexo e o segundo encontra-se associado ao campo do natural, haja vista que ambas as denominações são alicerçadas em um discurso epistemológico heteronormatizante que demarcou as concepções identitárias masculinas e femininas.

Seguindo a evolução social e os novos estudos científicos acerca dessa temática, a Organização Mundial de Saúde (OMS), na nova versão da Classificação Internacional de Doenças, a CID 11, trouxe em seu texto um novo capítulo referente a Saúde Sexual, onde a incongruência de gênero deixou de fazer parte do rol de doenças mentais para compor um novo capítulo, relacionado à saúde sexual.¹³

O capítulo de condições relacionadas à saúde sexual possui um tópico dedicado à incongruência de gênero que apresenta as seguintes codificações: HA60 para incongruência de gênero na adolescência ou idade adulta, HA61 para incongruência de gênero na infância e, por fim, HA6Z incongruência de gênero, não especificada.¹⁴

A Organização Mundial de Saúde – OMS – no preâmbulo de seu ato fundador de 1946, define saúde como “[...]o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não simplesmente como a ausência de enfermidade”¹⁵.

Ademais, importante explorar ainda uma visão civil cons-

¹⁰JUDITH, Butler. **Problemas de Gênero**: Feminismo e subversão da identidade. 17ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019. p. 29.

¹¹JUDITH, Butler. **Problemas de Gênero**: Feminismo e subversão da identidade. 17ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019. p. 29.

¹²JUDITH, Butler. **Problemas de Gênero**: Feminismo e subversão da identidade. 17ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

¹³ WORLD HEALTH ORGANIZATION. **CID -11: Classificação das doenças para mapear a maneira como vivemos e morremos**. [Disponível em: <https://www.who.int/health-topics/international-classification-of-diseases>.] Acesso em: 24 de março de 2020.

¹⁴ WORLD HEALTH ORGANIZATION. **CID -11: Para estatísticas de mortalidade e morbidade**. Disponível em: <https://icd.who.int/browse11/l-m/en>. Acesso em: 28 de maio de 2020.

¹⁵ WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Constitution of the World Health Or-**

titucional acerca do direito fundamental à saúde que vai além de uma leitura prestacional do Estado a seus cidadãos. Assim, vislumbra-se uma ligação direta entre saúde e liberdade, ou seja, a pessoa tem liberdade de autonomamente escolher o que é saúde para si e para seu próprio corpo, na medida de seu discernimento.¹⁶

A jurista Ana Carolina Brochado Teixeira¹⁷ entende o conceito de saúde àquilo que denominou como governo corporal:

O governo corporal assume grande importância, pois é a partir dele que é verdadeiramente possível se pensar em um novo conceito de saúde, determinante para a autocompreensão de bem-estar. Logo, um conceito de saúde, para além da ausência de doenças, atende, principalmente, às necessidades individuais, de modo que a própria pessoa possa construir – e projetar validamente no mundo externo – o que pretende para si e para o próprio corpo, ou seja, ‘saúde é um estado de razoável harmonia entre o sujeito e a sua própria realidade’.

Corroborando com este entendimento, Paula Camila Veiga Ferreira e Roberto Henrique Pôrto Nogueira¹⁸ entendem o direito à saúde como uma situação jurídica existencial que se respalda no governo de si mesmo e pelo discernimento para a decisão afeta ao direito ao próprio corpo. Diante disso, é possível elastecer o significado do direito à saúde como uma dimensão física atrelada à esfera psíquica.

Nos termos da Constituição da República Federativa do Brasil, a saúde, em termos gerais, passou a ser tratada como direito social, constituindo um dever do Estado, sendo ainda considerado de relevância pública as ações e os serviços de saúde. A Lei Maior tutela o acesso de todos os brasileiros, indistintamente, às ações de saúde indispensáveis

ganization. Geneva: World Health Organization, 1946.

¹⁶ SOUZA, Iara Antunes de. **Estatuto da pessoa com deficiência:** curatela e saúde mental – Conforme a Lei: 13.146/2015- Estatuto da Pessoa com Deficiência/ 13.105/2015- Novo Código Processo Civil. Belo Horizonte: Editora D’ Plácido, 2016.

¹⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Saúde, corpo e autonomia privada.** Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 233.

¹⁸ NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto; FERREIRA, Paula Camila Veiga. A opção pelo uso e a autorização para produção e fornecimento de fosfoetanolamina sintética. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, Belo Horizonte, n.35, p.57-72, mai./ago. 2018.

aos seus tratamentos preventivos ou curativos.¹⁹

Buscando adequar e ampliar o atendimento às pessoas transgêneros no Brasil, o Conselho Federal de Medicina (CFM), órgão que possui atribuições de fiscalização e normatização da prática médica, publicou no dia 09 de janeiro de 2020 a Resolução nº 2.265/2019 que trouxe mudanças dentro do processo de transexualização²⁰.

Importante esclarecer que o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina são autarquias criadas pela Lei n. 3.268, de 30 de setembro de 1957.²¹ Logo, são entes personalizados, com regime de fazenda pública, que executam as atividades estatais de forma especializada e eficiente, em decorrência da descentralização administrativa.²²

De maneira geral, a Administração Pública é dotada do poder normativo, que se traduz no poder de expedir normas gerais com eficácia *erga omnes*. Não se trata de um poder legislativo, mas sim de um mecanismo para criação de normas complementares à lei. Em sua obra, “Manual de Direito Administrativo”, Mateus Carvalho destaca a importância do poder regulamentar dado a Administração Pública para a correta execução das leis:

O Poder Normativo se traduz no poder conferido à Administração Pública de expedir normas gerais, ou seja, atos administrativos gerais e abstratos com efeitos *erga omnes*. Não se trata de poder para a edição de leis, mas apenas um mecanismo para a edição de normas complementares à lei. Trata-se de prerrogativa dada à Administração Pública de editar esses atos e permitir sua efetiva aplicação sempre limitada pela lei. O poder normativo facilita a compreensão do texto legal. Os seus atos são sempre inferiores à lei e visam regulamentar determinada situação de caráter geral e abstrato, pois facilitam a

¹⁹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. [Disponível em: www.planalto.gov.br] Acesso em: 12 de maio de 2020.

²⁰ BRASIL. Resolução nº 2.265, de 20 de setembro de 2019. **Dispõe sobre o cuidado específico à pessoa com incongruência de gênero ou transgênero e revoga a Resolução CFM nº 1.955/2010.** [Disponível em: sistemas.cfm.org.br] Acesso em 24 de março de 2020.

²¹BRASIL. Lei nº 3.268 de 30 de setembro de 1.957. **Dispõe sobre os Conselhos de Medicina e dá providências.** [Disponível em: www.planalto.gov.br] Acesso em: 27 de abril de 2020.

²² CARVALHO, Mateus. **Manual de direito administrativo**. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador, Juspodium, 2016. P. 164.

execução da lei, minudenciando seus termos.²³

Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Neves²⁴ destacam que, os conselhos de medicina são a própria administração pública exercendo suas funções de forma descentralizada e, após a devida revisão, ponderação, classificação, valoração e qualificação, os dados médicos passam a ser uma base ontológica. Em razão disso, são aptos para elaboração de normas de regulamentação da prática médica, dotadas de força cogente.

Ao elaborar a resolução nº 2.265/19, o Conselho Federal de Medicina (CFM), usando de suas prerrogativas legais, trouxe meios práticos para aplicação das novas disposições contidas na Classificação Internacional de Doenças 11 (CID 11) no que diz respeito à transexualidade, garantindo e ampliando o processo de transsexualização, o que vai de encontro com as determinações constitucionais de garantir acesso a todos os brasileiros, indistintamente, aos tratamentos de saúde necessários ao seu pleno desenvolvimento.

A Resolução nº 2.265/2019 do Conselho Federal de Medicina (CFM) trouxe, dentre outras mudanças, a idade mínima de 18 (dezoito) anos para intervenção cirúrgica de afirmação de gênero e de 16 (dezesesseis anos) para a realização de hormônio terapia, além de tratamento multidisciplinar para crianças e adolescentes.²⁵

Atualmente, de acordo com a Portaria nº 2.803/2013 do Ministério da Saúde, que redefine e amplia o processo transsexualizador no Sistema Único de Saúde (SUS), a idade mínima para se realizar o procedimento cirúrgico de afirmação de gênero é de 21 (vinte e um) anos e para o tratamento hormonal 18 (dezoito) anos. No que diz respeito ao tratamento de crianças e adolescentes, a legislação atual não traz qualquer especificação.²⁶

Conforme destacado pela endocrinologista Dra. Elaine Fra-

²³ CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador, Juspodium, 2016. p. 117.

²⁴ SÁ, Maria de Fátima Freire de e NEVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. 3. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte, Del Rey Editora, 2015. p. 15.

²⁵ BRASIL. Resolução nº 2.265, de 20 de setembro de 2019. **Dispõe sobre o cuidado específico à pessoa com incongruência de gênero ou transgênero e revoga a Resolução CFM nº 1.955/2010**. [Disponível em: sistemas.cfm.org.br] Acesso em 24 de março de 2020.

²⁶ BRASIL. Portaria nº 2.803, de 19 de novembro de 2013. **Redefine e amplia o Processo Transsexualizador no Sistema Único de Saúde (SUS)**. [Disponível em

de²⁷, representante da Sociedade Brasileira de Endocrinologia e Metabologia junto ao Conselho Federal de Medicina, a nova resolução sobre os cuidados específicos à pessoa com incongruência de gênero ou transgênero representa um grande avanço, visto que trouxe mudanças significativas para o tratamento e apresentou um texto completo, do qual três pontos importantes merecem destaque: a inclusão de todos os procedimentos e respectivos protocolos de acompanhamento, tanto psicológico quanto hormonal e cirúrgico, normatização do tratamento em crianças e adolescentes e o processo terapêutico singular.

Aderir a tais premissas contribuirá para a melhoria do atendimento às pessoas com incongruência de gênero, ampliando o escopo de serviços aos quais esse grupo passará a ter acesso na rede pública, especialmente no que diz respeito a regulamentação do acesso a tratamento por crianças e adolescentes transexuais pois, conforme constatou-se em pesquisa elaborada por Fernanda Karla Nascimento²⁸ junto a um grupo de crianças e adolescentes transgêneros brasileiros, abordou que há uma “ausência de normas ou diretrizes abordando o atendimento às crianças e adolescentes transgêneros no âmbito da saúde, torna restrito o acompanhamento dessa população”.

Tal afirmação encontra-se alinhada ao estudo realizado por Röder²⁹, o qual aborda a qualidade de vida de crianças e adolescentes transgêneros em uma Clínica de Identidade de Gênero de Hamburgo, Alemanha, onde “adolescentes transgêneros representam uma população vulnerável com probabilidade de experimentar altos níveis de sofrimento, bem como baixa qualidade de vida.”

Constata-se, assim, pelo que foi exposto, a importância de se disponibilizar meios para promoção da saúde de crianças e adolescentes transgêneros brasileiros, como forma de materializar a autonomia priva-

bvms.saude.gov.br]. Acesso em 24 de abril de 2020.

²⁷ BRASIL. **Sociedade Brasileira de Endocrinologia e Metabologia. Resolução do CFM e Incongruência de Gênero.** [Disponível em: www.endocrino.org.br] Acesso em 26 de abril de 2020.

²⁸ NASCIMENTO, Fernanda Karla. **Crianças e adolescentes transexuais brasileiros: atributos associados à qualidade de vida.** Dissertação de Mestrado, apresentada à Escola de Enfermagem de Ribeirão Preto/USP. Área de concentração: Enfermagem-memSaúdePública.

²⁹ RÖDER, M. et al. **Health-related quality of life in transgender adolescents: Associations with body image and emotional and behavioral problems.** International Journal of Transgenderism, v.19, n.1, p. 78-91, 2018. [Disponível em: < www.tandfonline.com] Acesso em: 5 Fev. 2019

da, a liberdade e a dignidade da pessoa humana, sendo estes pressupostos necessários para a viabilização das relações existenciais.

2. CAPACIDADE GILLICK E A AUTONOMIA PARA CONSENTIR DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Importante trazer à tona que a portaria nº 2.083/13 do Ministério da Saúde³⁰ e a Resolução nº 2.265/2019 do Conselho Federal de Medicina (CFM)³¹ dispõem que os procedimentos transexualizadores só serão realizados mediante a apresentação do Termo de Consentimento Livre e Esclarecimento, assinado pelo paciente maior de 18 anos com discernimento e Termo de Assentimento, assinado em caso de criança e adolescentes ou pessoas com discernimento reduzido.

Nos procedimentos médicos, a autonomia privada se materializa por meio do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) que, conforme delineado por Joyceane Bezerra de Menezes e Ana Paola de Castro e Lins³², é o meio pelo qual se garante que nas relações médicas, a autonomia do paciente seja materializada e o direito a dignidade da pessoa humana consolidado:

“É pelo viés da liberdade que a autonomia se consolida como um dos meios de realização da dignidade da pessoa humana, mormente no que toca às situações existenciais, sendo considerada como verdadeiro instrumento de promoção da perso-

³⁰ BRASIL. Resolução nº 2.265, de 20 de setembro de 2019. **Dispõe sobre o cuidado específico à pessoa com incongruência de gênero ou transgênero e revoga a Resolução CFM nº 1.955/2010.** [Disponível em: sistemas.cfm.org.br] Acesso em 26 de abril de 2020.

³¹ BRASIL. Portaria nº 2.803, de 19 de novembro de 2013. **Redefine e amplia o Processo Transexualizador no Sistema Único de Saúde (SUS).** [Disponível em bvsms.saude.gov.br]. Acesso em 24 de abril de 2020.

³² MENEZES, Joyceane Bezerra de & CASTRO E LINS, Ana Paola de. “**Identidade de gênero e transexualidade no direito brasileiro**”. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, v. 17, jul./set. 2018, pp. 17-41. [Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/269/227>.] Acesso em 26 de abril de 2020.

nalidade.”³³

Renata Pompeu³⁴ propõe a conceituação de uma autonomia a partir de uma identidade social arquitetada nas relações intersubjetivas e como uma das formas de desenvolvimento da liberdade do sujeito:

Quem é livre pode ainda não se expressar autonomamente, pois pode recusar ao poder que esta contém ou o realizar a partir de uma visão de mundo que apresenta apenas comportamentos obrigatórios ou proibidos. A construção da autonomia como poder se dá durante toda a vida do sujeito cujo desafio é ser capaz de se “contaminar” cada vez menos pela heteronomia da cultura e afirmar sua individualidade diversa dos modelos culturais tradicionalmente construídos.

Sendo assim, autonomia privada perpassa por um caminho deliberativo que recebe influências exógenas no âmbito social que impactam diretamente nas dimensões de liberdade e da dignidade da pessoa humana. Por esse motivo, Renata Pompeu³⁵ alude que a heteronomia é substrato necessário para garantir o exercício da autonomia:

[...] não é possível separar heteronomia e autonomia, ou se isso for feito, que seja apenas para fins didáticos. A separação das duas atuações representaria exatamente um idealismo que se quer evitar. Todo agir livre encontra em si mesmo elementos diversos da vontade do sujeito que a modelam e se misturam com ela gerando uma conduta imbricada de valores, crenças, superstições, raciocínios econômicos, inclinações e tendências.

Desse modo, é possível compreender a autonomia privada como um desdobramento da liberdade individual e da dignidade da pessoa humana diante das heteronomias que a compõem e lhe fazem resistência. Isso significa dizer que não é possível a realização da liberdade, e,

³³MENEZES, Joyceane Bezerra de & CASTRO E LINS, Ana Paola de. “**Identidade de gênero e transexualidade no direito brasileiro**”. Revista Brasileira de Direito Civil – RBD Civil, v. 17, jul./set. 2018, pp. 17-41. [Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/269/227>.] Acesso em 26 de abril de 2020.

³⁴POMPEU, Renata Guimarães. **Autonomia Privada na relação contratual** – Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2015, p. 29-30.

³⁵POMPEU, Renata Guimarães. **Autonomia Privada na relação contratual** – Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2015, p.97.

consequentemente construção da autonomia privada, sem a influência dos deveres, das necessidades e das limitações existentes. A autonomia, portanto, se consubstancia em um ambiente de heteronomias. Desconsiderar esse paradigma é desconhecer o pressuposto de liberdade. O que se espera então do Estado Democrático de Direito é o reconhecimento da autonomia em meio às heteronomias³⁶.

Para Ana Carolina Brochado Teixeira³⁷ diante da diversidade de fundamentação teórico-jurídica dos atos de autonomia, delimita-se como parâmetro o tipo de situações, definidas pelas funções a serem realizadas: se patrimonial, consubstancia-se na livre iniciativa, prevista pelo artigo 170 da Constituição da República de 1988³⁸; se existencial, sua base está na dignidade da pessoa humana, conforme art. 1º, III, Constituição da República³⁹; e na liberdade, art. 5º, *caput*⁴⁰, Constituição da República. A diferença de fundamento interfere, portanto, na coerência e na legitimidade dos argumentos utilizados para qualificação da situação jurídica.

A autonomia privada justifica e fundamenta o direito ao desenvolvimento da personalidade que, embora não haja previsão legal expressa, forma-se pela conjugação dos princípios da dignidade da

³⁶ POMPEU, Renata Guimarães. **Autonomia Privada na relação contratual** – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015.

³⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A travessia da mulher na pós-modernidade: da superação de vulnerabilidade à afirmação de uma pauta positiva de emancipação. **Revista de Ciências Jurídicas – Pensar**, Fortaleza, v. 23, p. 1-20, jul. /set. 2018, p.86.

³⁸ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

[...]” (BRASIL, 1988).

³⁹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

[...]” (BRASIL, 1988).

⁴⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]” (BRASIL, 1988).

pessoa humana, da liberdade e da igualdade, sendo, pois, um direito constitucional implícito. Para decidir sobre determinado procedimento médico, o paciente precisa ter discernimento, exigindo-se, assim, que ele seja capaz de compreender, distinguir e apreciar a situação em que se encontra.⁴¹

Em situações onde o paciente não possui capacidade plena para prática dos atos da vida civil, a relação entre o médico e o paciente é indireta, com a participação efetiva dos pais ou responsáveis, desde o relato quanto as necessidades do paciente até a condução do tratamento necessário.⁴² Analisando a disposição civilista, tem-se que as crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, todavia, não possuem o poder de exercê-los por si só, o que contribui para uma visão de que são dependentes e impossibilitados de se manifestarem acerca de seus próprios interesses.⁴³

Nesse contexto, crianças e adolescentes transgêneros só poderão ser submetidos a qualquer dos procedimentos previstos na resolução nº 2.265/2019 do Conselho Federal de Medicina (CFM), mediante assistência ou representação de seus representantes legais para apresentação do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE). Em outras palavras, para que crianças e adolescentes transgêneros manifestem sua autonomia para prática de procedimentos médicos de maneira juridicamente válida, far-se-á necessário o auxílio de seus pais ou responsáveis, uma vez que são sujeitos de direitos mas não podem exercê-los por si só.

Marina Cordeiro Matos Sillmann⁴⁴ apresenta uma discussão acerca do discernimento de crianças e adolescentes para recusarem ou

⁴¹ SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. 432p.

⁴² SILLMANN, Marina Cordeiro Matos. **A relação bioética e jurídica entre o pediatra, a criança e a sua família**. Revista Educação, Meio Ambiente e Saúde. v.9, n.º 3, p. 80 – 88. 2019. [Disponível em: www.faculdaadedofuturo.edu.br] Acesso em: 27 de maio de 2020.

⁴³ O Código Civil dispõe que os adolescentes com idade entre 16 (dezesseis) e 18 (dezoito) anos, aqueles que por causa transitória ou permanente, não poderem exprimir suas vontades e os ébrios eventuais e viciados em tóxicos, são relativamente incapazes, necessitando da assistência de seus representantes legais para os atos da vida civil, já os menores de 16 (dezesseis) anos são absolutamente incapazes, devendo ser representados.

⁴⁴ SILLMANN, Marina Cordeiro Matos. **Recusa de tratamento médico por crianças e por adolescentes**. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós Graduação em Direito, 2017.

aderirem a tratamentos de saúde, onde a autonomia progressiva, resultante do grau de discernimento por elas apresentado, seria o meio mais adequado para garantir o exercício de sua autonomia. A partir de uma análise crítica da competência de Gillick, Sillmann apresenta os parâmetros necessários para apurar o discernimento de menores de 16 (dezesseis) anos, discutindo a possibilidade desse conceito ser utilizado pelo ordenamento jurídico brasileiro, bem como na relação médico-paciente.

Tal discussão se mostra de grande relevância para a situação em análise, onde os pais ou responsáveis de crianças ou adolescentes transgêneros podem não autorizar o tratamento transexualizador proposto na resolução nº 2.265/2019. Doutro lado, tem-se a liberdade e a autonomia privada do paciente, a qual inclui o direito de decidir sobre questões existenciais e afetas ao próprio corpo, incluindo, assim, a possibilidade de acesso ao tratamento transexualizador.

Analizando o ordenamento jurídico brasileiro como um todo, constata-se a existência de normas onde o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e a autonomia progressiva foram positivadas. É o que ocorre na Convenção dos Direitos da Criança de 1.989⁴⁵, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1.990⁴⁶, contanto hoje status de norma supra legal e com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)⁴⁷.

Para essas normas, crianças e adolescentes são sujeitos ativos de direitos e deveres. O livre exercício dos preceitos nelas contidos está diretamente vinculado ao desenvolvimento psicológico e a capacidade de discernimento desse sujeito detentor do direito, de modo a garantir que os interesses de crianças e adolescentes sejam superiores ao de ter-

⁴⁵ BRASIL. Convenção Sobre os Direitos das Crianças. **Estabeleci critérios globais para a proteção de crianças e adolescentes, foi adotada pela Assembleia Geral da ONU em 20 de novembro de 1989. Entrou em vigor em 2 de setembro de 1990. É o instrumento de direitos humanos mais aceito na história universal. Foi ratificado por 196 países. Somente os Estados Unidos não ratificaram a Convenção.** [Disponível em: www.unicef.org.] Acesso em: 08 de junho de 2020.

⁴⁶ BRASIL. **Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990.** Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. [Disponível em: www.planalto.gov.br] Acesso em 08 de junho de 2020.

⁴⁷ Brasil. Lei 8.069 de 13 de julho de 1.990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.** [Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm.] Acesso em 08 de junho de 2020.

ceiros.

Marina Sillmann⁴⁸ destaca que a formação de juízo de valor por parte de crianças e adolescentes é um direito, ao passo que seus pais ou responsáveis tem o dever de mantê-los informados e de envolvê-los em todas as decisões que iram influenciar suas vidas, bem como de dar-lhes a oportunidade de expressar suas opiniões:

O direito a formar juízos consiste na possibilidade da criança e do adolescente obterem suas próprias conclusões a respeito dos fatos que ocorrem em sua vida. Aos adultos, cabe o dever de informar a essas pessoas as questões que envolvem o assunto, bem como, apresentar as consequências das diferentes decisões a serem tomadas [...] Já o direito a expressar opiniões e ser ouvido, representa o dever dos adultos em permitir que a criança possa se manifestar livremente nos assuntos de seu interesse e também de compreender a mensagem que o infante quer passar nas suas mais variadas formas de manifestação (fala, escrita, desenhos, gestos, etc.), prestando atenção em seu significado.⁴⁹

Ressalta-se que, respeitar a opinião de crianças e adolescentes na tomada das decisões que lhes envolvem não significa dizer que suas vontades serão aceitas indistintamente, mas sim a garantia de que serão envolvidas nos processos decisórios, “sendo que quanto mais maturidade e discernimento ela apresente, maior também será o peso de sua opinião na tomada de decisões sobre sua vida.”⁵⁰

Percebe-se um conflito entre as normas previstas na Convenção Sobre os Direitos das Crianças e Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que reconhecem as crianças e adolescentes como sujeitos de direitos aptos a exercê-los de acordo com seu desenvolvimento e o Código Civil, que reconhece às crianças e adolescentes a capacidade de

⁴⁸ SILLMANN, Marina Cordeiro Matos. **A relação bioética e jurídica entre o pediatra, a criança e a sua família**. Revista Educação, Meio Ambiente e Saúde. v.9, n.º 3, p. 80 – 88. 2019. [Disponível em: www.faculdadefuturo.edu.br] Acesso em: 27 de maio de 2020.

⁴⁹ SILLMANN, Marina Cordeiro Matos. **Recusa de tratamento médico por crianças e por adolescentes**. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós Graduação em Direito. p. 63.

⁵⁰ SILLMANN, Marina Cordeiro Matos. **Recusa de tratamento médico por crianças e por adolescentes**. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós Graduação em Direito. p.31.

direito, mas não a capacidade de fato, uma vez que estão condicionadas à representação ou assistência.

Analisando o Código Civil isoladamente, tem-se que crianças e adolescentes são titulares de direitos, todavia não podem exercê-los sem auxílio de seus representantes legais.

O diálogo de fontes de ambos os sistemas normativos faz-se necessária para que a autonomia da criança e do adolescente possa se efetivar no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, para tanto o equilíbrio do poder familiar dos pais perante aos filhos é algo indispensável.

O poder familiar está positivado nos artigos 229 da Constituição Federal⁵¹, no artigo 1.634 do Código Civil⁵² e no artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente⁵³ e nas palavras de Sillmann⁵⁴ é “um múnus jurídico que os pais devem cumprir em favor de seus filhos para auxiliar no processo de desenvolvimento destes”.

A criança ou adolescente é sujeito ativo de um processo de desenvolvimento, onde a seus pais incumbem o dever de sustento, guar-

⁵¹ (BRASIL, 1998)

“Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”

⁵² (BRASIL, 2002)

“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 (dezesseis) 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.

⁵³ (BRASIL, 1.990)

“Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.”

⁵⁴ SILLMANN, Marina Cordeiro Matos. **Recusa de tratamento médico por crianças e por adolescentes**. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós Graduação em Direito. p.81.

da e educação, observando sempre, o melhor interesses de seus filhos. Importante ressaltar que, no processo de educação os filhos possuem o direito de participação, com a possibilidade de contestarem as decisões tomadas pelos pais, devendo prevalecer uma forma relacional e lógica dentro dos limites de discernimento apresentado pela criança ou adolescente:

Não basta mais a imposição verticalizada da vontade dos pais. O menor como sujeito de direitos e possuidor de dignidade deve ter sua vontade respeitada na medida em que tenha discernimento para tomar as decisões referentes ao ato, ainda que contrarie seus pais ou que sua decisão consista em um 'erro'. Reforçamos a visão de que a intervenção paterna e materna deve se limitar à proteção necessária para o desenvolvimento do filho. Em caso de conflito, prevalece a vontade que atender ao melhor interesse do menor.⁵⁵

Nesse contexto, para a obtenção do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) de Crianças e Adolescentes transgêneros que desejam se submeter aos procedimentos transexualizadores, os pais ou responsáveis, junto à equipe médica, devem atentar-se, além do critério etário, ao desenvolvimento psicológico e a possibilidade de comunicação dos pacientes.

O exercício do poder familiar, no que diz respeito a direitos da personalidade de crianças e adolescentes, só é válido quando possibilita a atuação dos titulares do direito, devendo se reduzir a medida que esses atingem maior grau de discernimento:

Desse modo, o limite do poder familiar para exercer os atos relativos aos direitos da personalidade de crianças e adolescentes consistiria na possibilidade concreta de atuação de seus titulares. À medida que os infantes e jovens se desenvolvem, a interferência do poder familiar se reduz na mesma proporção.⁵⁶

Quando cita-se o direito de crianças e adolescentes receberem

⁵⁵ SILLMANN, Marina Cordeiro Matos. SÁ, Maria de Fátima Freire de. **A recusa de tratamento médico por crianças e adolescentes: uma análise a partir da competência de Gillick**. Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva. V. I, nº 2, 2015, p. 81.

⁵⁶ SILLMANN, Marina Cordeiro Matos. SÁ, Maria de Fátima Freire de. **A recusa de tratamento médico por crianças e adolescentes: uma análise a partir da compe-**

informações médicas, independentemente de autorização, o caso Gillick merece destaque, devido a sua contribuição às ciências jurídicas.

Em 1.974 o Departamento de Saúde e Segurança do Reino Unido emitiu a Circular HSC (IS) 32⁵⁷ dirigida a profissionais de saúde sobre planejamento familiar, nela prevê-se o tratamento menos formal aos jovens, feito por uma equipe com experiência. Dentre as atribuições do médico está, também, o aconselhamento sobre contracepção, ainda que sem o consentimento dos pais.

Vitória Gillick, mãe de cinco filhas menores dezesesseis anos, insatisfeita com a circular e sob o fundamento de seu poder familiar, enviou uma notificação às autoridades locais informando que não desejava que as filhas fossem informadas acerca dos métodos contraceptivos sem o seu conhecimento ou anuência, até que completassem dezesesseis anos.⁵⁸

As autoridades negaram o pedido de Vitória Gillick que, inconformada, recorreu às vias judiciais a fim de que fosse decretada a ilicitude da circular. Após longa discussão a House of Lords⁵⁹, decidiu pela licitude da circular e, desde então, é permitido ao menor de dezesesseis anos consentir em questões relacionadas a tratamento médico, independentemente de autorização do representante legal, desde que seja considerado apto para tanto pelo profissional da saúde. Assim, deu-se origem ao termo Competência Gillick⁶⁰ que consiste na possibilidade de o menor aderir a tratamento médico, independentemente do consentimento

tência de Gillick. Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva. V. I, nº 2, 2015, p. 83.

⁵⁷ SILLMANN, Marina Cordeiro Matos. SÁ, Maria de Fátima Freire de. **A recusa de tratamento médico por crianças e adolescentes: uma análise a partir da competência de Gillick.** Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva. V. I, nº 2, 2015, p. 73.

⁵⁸ SILLMANN, Marina Cordeiro Matos. SÁ, Maria de Fátima Freire de. **A recusa de tratamento médico por crianças e adolescentes: uma análise a partir da competência de Gillick.** Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva. V. I, nº 2, 2015, p. 73.

⁵⁹ SILLMANN, Marina Cordeiro Matos. SÁ, Maria de Fátima Freire de. **A recusa de tratamento médico por crianças e adolescentes: uma análise a partir da competência de Gillick.** Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva. V. I, nº 2, 2015, p. 73.

⁶⁰ SILLMANN, Marina Cordeiro Matos. SÁ, Maria de Fátima Freire de. **A recusa de tratamento médico por crianças e adolescentes: uma análise a partir da competência de Gillick.** Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva. V. I, nº 2, 2015, p. 73.

dos pais.

A capacidade de consentimento do menor será avaliada de acordo com sua compreensão acerca dos fatos e isso é medido por meio de aplicação de testes, criados por dois juízes que julgaram a causa de Gillick, os testes de Lorde Scarman e *Fraser Guidelines*:

O teste de Lorde Scarman parte do pressuposto que a responsabilidade parental não é absoluta e que, se o menor de dezesseis anos apresentar inteligência e discernimento para a prática de determinado ato, haveria uma flexibilização dos deveres parentais. As *Fraser Guidelines* desenvolvem um pouco mais os critérios do teste de Lorde Scarman e exigem, para a prática do ato, que reste demonstrado a presença dos critérios acima mencionados do voto do Lorde Fraser.⁶¹

Após a análise do caso concreto, os juízes concluíram que o “direito dos pais em controlar uma criança deriva dos deveres parentais com o intuito de a proteger e a beneficiar e que a duração de tal dever não deveria estar atrelada à idade, mas sim ao grau de inteligência e compreensão para tomar por si aquela decisão.”⁶²

No que diz respeito aos tratamentos previstos na Resolução nº 2.265/2019 do Conselho Federal de Medicina (CFM)⁶³ para crianças e adolescentes, importante destacar a necessidade da atenção à escolha do paciente, considerando-a na medida de capacidade de decisão individual, com base no domínio de diversas habilidades, entre as quais o envolvimento com o assunto, a compreensão das alternativas e a possibilidade de comunicação de sua preferência.

O exercício do poder familiar nessa situação não pode ser exercido de maneira absoluta, de forma que os responsáveis por crianças e adolescentes transgênero não possam tomar decisões isoladamente, sem a participação do paciente, sob o argumento de que esses não pos-

⁶¹ SILLMANN, Marina Cordeiro Matos. **Recusa de tratamento médico por crianças e por adolescentes**. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós Graduação em Direito. p.91.

⁶² SILLMANN, Marina Cordeiro Matos. **Recusa de tratamento médico por crianças e por adolescentes**. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós Graduação em Direito. p.90.

⁶³ BRASIL. Portaria nº 2.803, de 19 de novembro de 2013. **Redefine e amplia o Processo Transsexualizador no Sistema Único de Saúde (SUS)**. [Disponível em bvsms.saude.gov.br] Acesso em 24 de abril de 2020.

suem a capacidade necessária para tanto.

Para a obtenção do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) onde o paciente é criança ou adolescente, Marina Silmann⁶⁴ destaca a necessidade de se ter atenção as peculiaridades inerentes à pessoa em desenvolvimento:

O consentimento informado, via de regra, deve ser fornecido por alguém capaz e informado, sendo um ato voluntário. Para os adultos, a presença de tais requisitos é presumida. Por outro lado, a codificação civilista brasileira entende que menores de dezoito anos não têm capacidade para fornecer esse consentimento. Contudo, essa presunção legal não se mostra compatível com a realidade, devendo ser apresentadas possibilidades de exceção para o fornecimento do consentimento por menores de idade, a partir de um critério dinâmico de capacidade, moldado a partir da situação concreta.

O Conselho Federal de Medicina (CFM)⁶⁵, por meio do Termo de Assentimento, garante à crianças, adolescentes e pessoas que, mesmo com deficiência de ordem física ou mental, o direito à informação e participação acerca dos tratamentos que lhe são ofertados. Assim, esses pacientes, em conjunto com seu representante legal, podem, de forma autônoma e livre, no limite de suas capacidades, anuir aos procedimentos médicos que lhe são indicados ou deles discordar.

Assim, tem-se que, no que diz respeito à obtenção do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido para o tratamento de crianças e adolescentes transgêneros, assim como em outras situações, a questão da capacidade civil não pode ser considerada apenas sob o viés do Código Civil Brasileiro, mas sim do ordenamento jurídico como um todo, pois, em diversos pontos percebe-se que a necessidade de análise da capacidade progressiva para consentir ou não com a realização de determinado tratamento médico.

3. DISCURSOS PATOLOGIZANTES IMPLÍCITOS EM

⁶⁴ SILLMANN, Marina Cordeiro Matos. **Recusa de tratamento médico por crianças e por adolescentes**. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós Graduação em Direito. p.106.

⁶⁵ BRASIL. Recomendação nº 1 de 21 de janeiro de 2016. **Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica**. [Disponível em: portal.cfm.org.br] Acesso em: 08 de junho de 2020.

DECISÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na análise de Recursos Especiais e de pedidos de Homologação de Sentença Estrangeira, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconheceu o direito de transexuais alterarem seu prenome e gênero junto ao registro de nascimento, todavia, em análise detida das decisões, percebeu-se um discurso implícito que reafirma a patologização da transexualidade. Diante de tal fato, as discussões sobre o direito dos transgêneros se ampliou e chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF).

Em outubro de 2009, a terceira turma recursal do STJ, por unanimidade, deu provimento ao Recurso Especial nº 10008398/SP⁶⁶, onde deferiu-se a alteração de prenome e gênero do recorrente, pessoa transexual redesignada.

Nessa ocasião, a Ministra-relatora Nancy Andrichi, baseada no princípio da dignidade da pessoa humana, proferiu que:

[...] conservar o sexo masculino no assento de nascimento do recorrente, em favor da realidade biológica e em detrimento das realidades psicológica e social, bem como morfológica, pois a aparência do transexual redesignado, em tudo se assemelha ao sexo feminino, equivaleria a manter o recorrente em estado de anomalia, deixando de reconhecer seu direito de viver dignamente [...]⁶⁷

No trecho acima destacado, percebe-se a superação de uma visão patologizante quando afirma-se que conservar o sexo masculino no assento de registro civil em detrimento de uma realidade biológica que não condiz com a psicológica, seria o “equivalente a manter o recorrente em um estado de anomalia” que não existe ou se verifica.

Lado outro, há afirmação de que “a aparência do transexual se assemelha ao sexo feminino”, o que pressupõe a concepção binária de sexo, o que nas palavras de Judith Butler⁶⁸ “a hipótese de um sistema

⁶⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Terceira turma. **Recurso Especial** n. 1.008.398/SP. Voto da Relatora, Ministra Nancy Andrichi. Brasília-DF, j. 15.10.2009c. Disponível em: [www.stj.gov.br]. Acesso em: 14 de junho de 2020.

⁶⁷BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Terceira turma. **Recurso Especial** n. 1.008.398/SP. Voto da Relatora, Ministra Nancy Andrichi. Brasília-DF, j. 15.10.2009c. Disponível em: [www.stj.gov.br]. Acesso em: 14 de junho de 2020.

⁶⁸ JUDITH, Butler. **Problemas de Gênero: Feminismo e subversão da identidade**. 17ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019. p. 26.

binário dos gêneros encerra implicitamente a crença em uma relação mimética entre gênero e sexo, na qual gênero reflete ou é por ele restrito.”

Em outra oportunidade, onde buscava-se a homologação de sentença estrangeira proferida pelo tribunal de Gênova, na Itália, onde estabeleceu-se a ratificação de prenome e sexo no registro civil após a realização de cirurgia de redesignação sexual, o então Ministro Presidente Barros Monteiro, anunciou que:

Já na Declaração Universal dos Direitos de Homem, adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, afirmava-se que a dignidade é inerente a todos os membros da família humana. E a Constituição em vigor inclui, entre os direitos individuais, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (art. 5º X). Reside aqui o fundamento autorizador da mudança do sexo jurídico, pois, sem ela, ofendida estará a intimidade do autor, bem como sua honra. O constrangimento, a cada vez que se identifica, afastou o autor de atos absolutamente normais em qualquer indivíduo, pelo medo da chacota. A busca da felicidade, que é direito de qualquer ser humano, acabou comprometida.⁶⁹

Na homologação da sentença estrangeira nº 01058⁷⁰, o então, Ministro Barros Monteiro, ponderou que a pretensão não ofendia a soberania, a ordem pública ou os bons costumes e, posteriormente, afirmou que “[...] uma identidade de gênero que lhe permita resolver a grave dicotomia em sua personalidade, com a possibilidade de garantir-lhe uma vida mais serena e de favorecer a sua integração social em sintonia com sua tendência natural [...]”⁷¹, afirmação que mostra um discurso, mesmo que implícito, baseado em uma ideia patologizante acerca da transexualidade.

No ano de 2017, a quarta turma recursal do STJ, por meio

⁶⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Presidência. **Sentença Estrangeira** n. 001058. Voto do Relator, Min. Barros Monteiro. Brasília-DF, DJ 04.12.2006a. Disponível em: [www.stj.gov.br]. Acesso em: 14 de junho de 2020.

⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Presidência. **Sentença Estrangeira** n. 001058. Voto do Relator, Min. Barros Monteiro. Brasília-DF, DJ 04.12.2006a. Disponível em: [www.stj.gov.br]. Acesso em: 14 de junho de 2020.

⁷¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Presidência. **Sentença Estrangeira** n. 001058. Voto do Relator, Min. Barros Monteiro. Brasília-DF, DJ 04.12.2006a. Disponível em: [www.stj.gov.br]. Acesso em: 14 de junho de 2020.

da decisão proferida no julgamento do Recurso Especial nº 1.626.739/RS⁷², que tinha como Relator o Ministro Luís Felipe Salomão, decidiu pelo direito dos transexuais à retificação do prenome e do sexo/gênero no registro civil a exigência de realização da cirurgia de transgenitalização.

O STF, com repercussão geral reconhecida, no julgamento da ADI 4275⁷³, assim como manifestado pelo STJ, entendeu que a adequação de prenome e gênero de transgêneros independe de realização de intervenção cirúrgica ou hormonal, bem como decisão judicial que autorize:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL E REGISTRAL. PESSOA TRANSGÊNERO. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO NO REGISTRO CIVIL. POSSIBILIDADE. DIREITO AO NOME, AO RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, À LIBERDADE PESSOAL, À HONRA E À DIGNIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO OU DA REALIZAÇÃO DE TRATAMENTOS HORMONAIS OU PATOLOGIZANTES. 1. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero. 2. A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. 3. A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por auto identificação firmada em declaração escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. 4. Ação direta

⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Presidência. **REsp. 1.626739-RS**. Relator, Min. Luis Felipe Salomão, por maioria, julgado em 9/5/2017, DJe 1/8/2017. Disponível em: [www.stj.gov.br]. Acesso em: 14 de junho de 2020.

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Presidência. **ADI 4.275**. Relator, Min. Marco Aurélio. Julgado em 1/03/2018, DJe 7/03/2019. Disponível em: [jurisprudencia.stf.jus.br]. Acesso em: 14 de junho de 2020.

julgada procedente.⁷⁴

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), adequando-se aos parâmetros das decisões proferidas pelo STJ e STF, elaborou o provimento nº 73 de 28 de julho de 2018⁷⁵, que trata da averbação nos assentos de nascimento e casamento das alterações perpetradas pelos transgêneros.

Percebe-se a evolução no entendimento dos tribunais brasileiros no que diz respeito a aos direitos dos transgêneros, em especial dos transexuais, iniciando-se um caminho de superação da visão assimétrica de mundo. Assim, nota-se um início ao questionamento quanto ao binarismo de gênero por meio interpretações reconstrutivas que buscam ver o ser humano a partir de suas singularidades e auto percepção, e não mais por meio de visões pré-determinadas socialmente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, no hodierno contexto social, a crítica que se faz é na perspectiva de desinvisibilizar as pessoas transgêneras e reconhecê-las como sujeitas de direito, as quais possuem autonomia e liberdade para fazerem as suas escolhas em seus processos de autoconstrução.

Salienta-se que a incongruência de gênero pode ser identificada ainda na infância, por esse motivo, promover a assistência adequada, através de um amplo acesso aos procedimentos transexualizadores pelo Sistema Único de Saúde representa uma perspectiva eficaz para propiciar o pleno desenvolvimento identitário dessas pessoas. Para tanto, nota-se a necessidade de alinhar as disposições legais de forma a possibilitar o exercício prático dos direitos das pessoas trans, dentre eles: autonomia, liberdade e dignidade.

No caso de crianças e adolescentes transgêneros que desejarem se submeterem a tratamentos transexualizadores, se utilizar como pressuposto o Código Civil isoladamente, tem-se que elas não são capazes de decidir, por si só, quanto a realização do tratamento. Todavia,

⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Presidência. **ADI 4.275**. Relator, Min. Marco Aurélio. Julgado em 1/03/2018, DJe 7/03/2019. Disponível em: [jurisprudencia.stf.jus.br]. Acesso em: 14 de junho de 2020.

⁷⁵ BRASIL, Conselho Nacional de justiça. Provimento nº 73. Dispõe sobre a averbação da alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa transgênero Registro Civil das Pessoas Naturais (RCPN). Disponível em: [www.cnj.jus.br]. Acesso em: 14 de junho de 2020.

ao atentar-se ao ordenamento jurídico como um todo, crianças e adolescentes são sujeitos ativos de direito e, dentro de sua capacidade progressiva, devem ser incentivados a participarem das escolhas que geram impacto direto em seu desenvolvimento.

Importante trazer à baila, o movimento dos Tribunais Superiores no sentido de reconhecimento das pessoas transgênero que, ao decidirem pela possibilidade de alteração do prenome e gênero/sexo no registro de nascimento independente de autorização judicial ou intervenção cirúrgica ou hormonal, afirma-se a identidade de gênero como um direito da personalidade e, como tal, merece guarida por parte do ordenamento jurídico.

Faz-se necessário, portanto, dispensar maior atenção aos elementos necessários à efetivação do reconhecimento das pessoas transgêneras, embora as evidências agora estejam claras de que a transexualidade não é um transtorno mental e, de fato, assim classificá-la causa enorme estigma para à essas pessoas, ainda existem questões que precisam ser solucionadas para a efetivação de seus direitos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990. **Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança**. [Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm.] Acesso em 08 de junho de 2020.

BRASIL, Conselho Nacional de justiça. Provimento nº 73. **Dispõe sobre a averbação da alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa transgênero. Registro Civil das Pessoas Naturais (RCPN)**. Disponível em: [www.cnj.jus.br]. Acesso em: 14 de junho de 2020.

BRASIL. Lei nº 3.268 de 30 de setembro de 1.957. **Dispõe sobre os Conselhos de Medicina e dá providências**. [Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3268.htm.] Acesso em: 27 de abril de 2020.

BRASIL. Lei 8.069 de 13 de julho de 1.990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. [Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm.] Acesso em 08 de junho de 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**.

Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan. 2002. [Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>.] Acesso em: 26 de abril de 2020.

BRASIL. Portaria nº 2.803, de 19 de novembro de 2013. **Redefine e amplia o Processo Transexualizador no Sistema Único de Saúde (SUS).** [Disponível em http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt2803_19_11_2013.html.] Acesso em 24 de abril de 2020.

BRASIL. Recomendação nº 1 de 21 de janeiro de 2016. **Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica.** [Disponível em: https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf.] Acesso em: 08 de junho de 2020.

BRASIL. Resolução nº 2.265, de 20 de setembro de 2019. **Dispõe sobre o cuidado específico à pessoa com incongruência de gênero ou transgênero e revoga a Resolução CFM nº 1.955/2010.** [Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2265>] Acesso em 24 de março de 2020.

BRASIL. Sociedade Brasileira de Endocrinologia e Metabologia. **Resolução do CFM e Incongruência de Gênero.** [Disponível em: <https://www.endocrino.org.br/resolucao-do-cfm-e-incongruencia-de-genero/>.] Acesso em 26 de abril de 2020.

BRASIL. **Convenção Sobre os Direitos das Crianças.** Estabelece critérios globais para a proteção de crianças e adolescentes, foi adotada pela Assembleia Geral da ONU em 20 de novembro de 1989. Entrou em vigor em 2 de setembro de 1990. É o instrumento de direitos humanos mais aceito na história universal. Foi ratificado por 196 países. Somente os Estados Unidos não ratificaram a Convenção. [Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>.] Acesso em: 08 de junho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Presidência. **ADI 4.275.** Relator, Min. Marco Aurélio. Julgado em 1/03/2018, DJe 7/03/2019. Disponível em: [jurisprudencia.stf.jus.br]. Acesso em: 14 de junho de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Presidência. **REsp. 1.626739-RS.** Relator, Min. Luis Felipe Salomão, por maioria, julgado em 9/5/2017, DJe 1/8/2017. Disponível em: [www.stj.gov.br]. Acesso em: 14 de junho de 2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Terceira turma. **REsp. 1.008.398/**

SP. Voto da Relatora, Ministra Nancy Andrighi. Brasília-DF, j. 15.10.2009c. Disponível em: [www.stj.gov.br]. Acesso em: 14 de junho de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Presidência. **Sentença Estrangeira** n. 001058. Voto do Relator, Min. Barros Monteiro. Brasília-DF, DJ 04.12.2006a. Disponível em: [www.stj.gov.br]. Acesso em: 14 de junho de 2020.

BRASIL. **OMS retira a homossexualidade da lista de doenças mentais**. [Disponível em: <http://opiniaoenoticia.com.br/vida/comportamento/oms-retira-homossexualidade-da-lista-de-doencas-mentais/>] Acesso em: 28 de maio de 2020.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 3. ed. rev. ampl. E atual. Salvador, Juspodium, 2016.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 4 ed. rev. e atual.- Belo Horizonte: Del Rey, 2013. 278 p.

JUDITH, Butler. **Problemas de Gênero**: Feminismo e subversão da identidade. 17ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

MENEZES, Joyceane Bezerra de & CASTRO E LINS, Ana Paola de. **“Identidade de gênero e transexualidade no direito brasileiro”**. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, v. 17, jul./set. 2018, pp. 17-41. [Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/269/227>.] Acesso em 26 de abril de 2020.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. RAWICZ, Luciana Araújo. MO-RAES, Vivian Lacerda. **A influência do ambiente hospitalar sobre as autonomias de pacientes e de profissionais da saúde**. IN: Maria de Fátima Freire de Sá; Bruno Torquato de Oliveira Naves; Iara Antunes de Souza. (Org.). Direito e Medicina: autonomia e vulnerabilidade em ambiente hospitalar. 1ed.Indaiatuba, São Paulo: Foco Jurídico, 2018, v. 1.

NASCIMENTO, Fernanda Karla. **Crianças e adolescentes transexuais brasileiros: atributos associados à qualidade de vida**. Dissertação de Mestrado, apresentada à Escola de Enfermagem de Ribeirão Preto/USP. Área de concentração: Enfermagem em Saúde Pública.

NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto; FERREIRA, Paula Camila Veiga. **A opção pelo uso e a autorização para produção e fornecimento de fosfoetanolamina sintética**. Revista Eletrônica de Direito do Centro Uni-

versitário Newton Paiva, Belo Horizonte, n.35, p.57-72, mai./ago. 2018.

POMPEU, Renata Guimarães. **Autonomia Privada na relação contratual** – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Saúde, corpo e autonomia privada**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **A travessia da mulher na pós-modernidade: da superação de vulnerabilidade à afirmação de uma pauta positiva de emancipação**. Revista de Ciências Jurídicas – Pensar, Fortaleza, v. 23, p. 1-20, jul. /set. 2018.

RÖDER, M. et al. **Health-related quality of life in transgender adolescents**: Associations with body image and emotional and behavioral problems. International Journal of Transgenderism, v.19, n.1, p. 78-91, 2018. [Disponível em: < <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/15532739.2018.1425649>>] Acesso em: 5 Fev. 2019

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

SILVA, Jéssica de Paula Bueno. **O reconhecimento das pessoas trans** [manuscrito]: uma análise do poder de emancipação ou institucionalização do direito sob a perspectiva de Axel Honneth /Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Ouro Preto. Escola de Direito, Turismo e Museologia. Departamento de Direito. Programa de Pós-Graduação Novos Direitos, Novos Sujeitos.

SILLMANN, Marina Cordeiro Matos. **A relação bioética e jurídica entre o pediatra, a criança e a sua família**. Revista Educação, Meio Ambiente e Saúde. v.9, n ° 3, p. 80 – 88. 2019. [Disponível em: <http://www.faculdade-dofuturo.edu.br/revista1/index.php/remas/article/view/234/0>.] Acesso em: 27 de maio de 2020.

SILLMANN, Marina Cordeiro Matos. SÁ, Maria de Fátima Freire de. **A recusa de tratamento médico por crianças e adolescentes**: uma análise a partir da competência de Gillick. Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva. V. I, nº 2, 2015.

SILLMANN, Marina Cordeiro Matos. **Recusa de tratamento médico por crianças e por adolescentes**. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós Graduação em Direito.

SOUZA, Iara Antunes de. **Estatuto da pessoa com deficiência**: curatela e saúde mental – Conforme a Lei: 13.146/2015- Estatuto da Pessoa com

Deficiência/ 13.105/2015- Novo Código Processo Civil. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2016.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. CID -11: **Classificação das doenças para mapear a maneira como vivemos e morremos**. [Disponível em: <https://www.who.int/health-topics/international-classification-of-diseases>.] Acesso em: 24 de março de 2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Constitution of the World Health Organization**. Geneva: World Health Organization, 1946.