

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

**SHARA MARIA DA SILVA CHAMORRO**

**EMANCIPAÇÃO E GÊNERO: A SUPREMACIA DA AUTONOMIA DA VONTADE  
COMO VALOR JUSTIFICADOR DA INSTRUMENTALIZAÇÃO DO GÊNERO**

**BRASÍLIA,  
NOVEMBRO 2016**

**SHARA MARIA DA SILVA CHAMORRO**

**EMANCIPAÇÃO E GÊNERO: A SUPREMACIA DA AUTONOMIA DA VONTADE  
COMO VALOR JUSTIFICADOR DA INSTRUMENTALIZAÇÃO DO GÊNERO**

Trabalho de Monografia apresentado ao Curso de  
Graduação como requisito parcial para obtenção  
título de Bacharel em Direito.

Orientador: Danilo Porfírio de Castro Vieira

**BRASÍLIA,  
NOVEMBRO 2016**

**SHARA MARIA DA SILVA CHAMORRO**

**EMANCIPAÇÃO E GÊNERO: A SUPREMACIA DA AUTONOMIA DA VONTADE  
COMO VALOR JUSTIFICADOR DA INSTRUMENTALIZAÇÃO DO GÊNERO**

Trabalho de Monografia apresentado ao Curso de  
Graduação como requisito parcial para obtenção  
título de Bacharel em Direito.

Brasília-DF, 28 de novembro de 2016.

---

Prof. Me. Danilo Porfírio  
Professor Orientador

---

Prof. Cristian Fetter Mold – EDB/IDP  
Membro da Banca Examinadora

---

Prof. M<sup>a</sup>. Dulce Donaire de M. e Oliveira Furquim – EDB/IDP  
Membro da Banca Examinadora

## RESUMO

Este trabalho analisa a atuação do Supremo Corte brasileira nas questões que envolvem os direitos das minorias, busca examinar se os ministros utilizam a Teoria Queer para julgar as respectivas demandas, assegurando a efetiva concretização do direito à personalidade, com fundamento na autonomia da vontade e no princípio da dignidade da pessoa humana, em relação aos indivíduos que não se enquadram no modelo heteronormativo. A pesquisa científica é feita com base no estudo de caso do RE 845.779/SC que está em julgamento no STF, com o objetivo de verificar a ampliação da interpretação das cláusulas de direito e garantia fundamental para atender a nova política de gênero.

**Palavras-chave:** Personalidade. Capacidade. Gênero. Teoria Queer.

## ABSTRACT

This study analyses the action of The Brazilian Supreme Court on matters that involve minority's rights. It seeks to find out if the ministers use the Queer's theory to judge the potencial demands that insures the concretion of the personality's rights based on the autonomy of the will and the principles of the dignity of a person compared to others individuals that don't represent the heterormative. The scientific research was done based on the RE 845.779/SC case study that is on trial in STF with the aim of expading the interpretation of the right clauses to attend the new politic's gender.

**Keywords:** Personality. Capability. Queer theory. Gender.

<b>1 A AUTONOMIA DA VONTADE E A PERSONALIDADE CIVIL</b> .....	<b>9</b>
<b>1.1 Personalidade no Direito Civil</b> .....	<b>10</b>
1.1.1 Breve histórico .....	12
<b>1.2 Do Começo da Personalidade</b> .....	<b>15</b>
1.2.1 Requisitos da atribuição da personalidade .....	16
1.2.2 Registro civil das pessoas naturais .....	17
<b>1.3 Da Extinção da Personalidade</b> .....	<b>18</b>
<b>1.4 Dos Direitos da Personalidade</b> .....	<b>20</b>
1.4.1 Direito ao nome .....	23
1.4.2 Direito à vida e a integridade física .....	24
1.4.3 Direito à integridade moral .....	25
<b>1.5 Instituto da Capacidade</b> .....	<b>28</b>
1.5.1 Do estado de pessoas .....	30
1.5.2 Incapacidade .....	33
1.5.2.1 Incapacidade absoluta .....	35
1.5.2.2 Incapacidade relativa .....	37
<b>2 TEORIA QUEER: UMA NOVA POLÍTICA DE GÊNERO</b> .....	<b>39</b>
<b>2.1 Gênero, Sexo e Orientação sexual</b> .....	<b>40</b>
2.1.1 O que é a Teoria Queer? .....	43
2.1.2 Origem histórica .....	45
<b>3 A ATUAÇÃO DO STF NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 845.779/SC</b> .....	<b>51</b>
<b>3.1 Estudo de Caso</b> .....	<b>54</b>
<b>REFÊRENCIAS</b> .....	<b>64</b>

## INTRODUÇÃO

O tema abordado nesta pesquisa científica é a consolidação dos direitos das minorias, em respeito ao valor constitucional da autonomia da vontade e da dignidade da pessoa humana, permitindo a efetivação do direito à personalidade e à capacidade da geração *queer*, isto é, dos indivíduos que não se encaixam nas normas e conversões culturais da sociedade, na qual predomina o heterossexismo, que consiste na ideia de que a heterossexualidade é a única forma sadia de orientação sexual.

O tema tem relevância político-social tendo em vista a aversão que persiste atualmente na sociedade em relação aos gays, lésbicas, transexuais, travestis, transgêneros e outros. Todas as pessoas que rompem a barreira do gênero e da sexualidade imposta pela heteronormatividade são consideradas como anormais e esquisitas, estando sujeitos às violências e injustiças sociais, possuem seus direitos constantemente violados.

A crença no binarismo de gênero é percebida em todas as esferas da sociedade civil, negando a multidiversidade de gênero existente, e conseqüentemente, colaboram para aumentar a segregação espacial, exclusão social, assédio moral e violência física daqueles que não identificam com as normas compulsórias de “ser homem” ou “ser mulher” dentro da coletividade.

Em que medida o Supremo Tribunal Federal utiliza a Teoria Queer para assegurar a efetiva concretização do direito à personalidade das pessoas que possuem autodeterminação de gênero diverso ao que lhe foi atribuído no nascimento.

A hipótese adotada é que há indícios de que Corte Constitucional brasileira tenha ampliado a interpretação das garantias fundamentais da pessoa humana à luz das novas teorias desenvolvidas pelas minorias. Portanto, constata-se que recentemente foi utilizada Teoria Queer para julgar demanda sobre violação aos direitos básicos das minorias, tendo em vista a negação das peculiaridades que envolvem o gênero na sociedade contemporânea, e da multiplicidade, variedade e pluralidade social, em que consistem os grupos heterogêneos desafiadores da noção de normalidade.

No primeiro capítulo, será explicado os institutos da personalidade e da capacidade à luz da CF e do direito civil contemporâneo. Tendo em vista a correspondência entre liberdade e evolução da sociedade, fundada no valor

constitucional da autonomia da vontade, aborda-se os direitos que são garantidos a todos os indivíduos sem distinção de gênero e orientação sexual.

No segundo capítulo, desenvolve-se a visão adotada pela Teoria Queer, bem como origem histórica da nova política de gênero, consistindo na crítica às normas e convenções culturais que variam no tempo e de acordo com a sociedade. Busca, ainda, distinguir a compreensão de gênero, sexo e orientação sexual, diferença essa imprescindível para o estudo dos teóricos/as queer.

No terceiro capítulo, após todos os conceitos necessários para a percepção da multiplicidade de gênero e as diversas formas de expressão da sexualidade serem destrinchados, passamos para a verificação da hipótese da presente pesquisa científica, ou seja, será realizado o estudo de caso do RE 845.779 para verificar se o STF utiliza a Teoria Queer para interpretar as demandas das pessoas transgêneras.

## 1 A AUTONOMIA DA VONTADE E A PERSONALIDADE CIVIL

A relação entre liberdade e vontade é inseparável. Pode-se afirmar que é por meio do exercício da liberdade que a o indivíduo coloca em prática sua autonomia da vontade e é capaz de exercer todos os direitos garantidos na ordem constitucional, destacando-se os direitos de personalidade. José Afonso da Silva<sup>1</sup> assevera que “o conceito de liberdade humana deve ser expresso no sentido de um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade.”

Stuart Mill<sup>2</sup> foi citado por Débora Gozzo e Deyse dos Santos Moinhos para explicar a liberdade e a independência da pessoa sobre si própria:

O único propósito com o qual se legitima o exercício do poder sobre algum membro de uma comunidade civilizada contra a sua vontade é impedir dano a outrem. O próprio bem do indivíduo, seja material seja moral, não constitui justificação suficiente. O indivíduo não pode legitimamente ser compelido a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, porque tal seja melhor para ele, porque tal o faça mais feliz, porque na opinião dos outros tal seja sábio ou reto. Essas são boas razões para o admoestar, para com ele discutir, para o persuadir, para o aconselhar, mas não para o coagir, ou para lhe infligir um mal caso aja de outra forma. Para justificar a coação ou a penalidade, faz-se mister que a conduta de que se quer desviá-lo tenha em mira causar dano a outrem. A única parte da conduta por que alguém responde perante a sociedade é a que concerne aos outros. Na parte que diz respeito unicamente a ele próprio, a sua independência é, de direito, absoluta. Sobre si mesmo, sobre o seu próprio corpo e espírito, o indivíduo é soberano.

Com isso, infere-se que a liberdade e autonomia estão entrelaçadas. O princípio da autonomia da vontade é considerado como um dos mais importantes dentro do sistema jurídico privado. Em resumo, a autonomia do indivíduo está relacionada com a faculdade de poder decidir de acordo com seu querer, desde que isto não viole as regras do ordenamento jurídico, com o qual se deve sempre manter respeito. Portanto, a pessoa é capaz de tomar suas próprias decisões sobre aspectos da sua vida, determinando qual

---

<sup>1</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 233.

<sup>2</sup> GOZZO, Débora; MOINHOS, Deyse dos Santos apud Mill, Stuart, 1991. p.53. *A disposição do corpo como direito fundamental e a preservação da autonomia da vontade*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=72fed322f249b958>> Acesso em: 18 set. 2016.

será seu destino, inclusive sobre o próprio corpo, de forma livre, por meio de suas crenças e convicções, fundamentado na liberdade individual.

### 1.1 Personalidade no Direito Civil

Nos dizeres de Orlando Gomes<sup>3</sup>, a personalidade é um atributo jurídico. Com isso, todos os homens têm aptidão para figurarem como sujeito de direito e obrigações, na ordem jurídica. Conforme defendido por Caio Mário da Silva Pereira<sup>4</sup>, o instituto da personalidade é compreendido como a aptidão genérica que a pessoa natural, também chamada de pessoa física, ou a pessoa jurídica possui para adquirir direitos e contrair deveres.

Para compreender a natureza jurídica dos direitos da personalidade é necessário destacar que a ordem jurídica incontestavelmente reconhece a existência de faculdades atribuídas ao ser humano, que são inseparáveis da sua condição de indivíduo e de pessoa.

A natureza jurídica dos direitos da personalidade é denominada direitos subjetivos privados<sup>5</sup>. São privados tendo em vista que seu âmbito de atuação se restringe às relações entre particulares. Caso o Estado lesione um bem personalíssimo atingirá um direito público subjetivo. Com isso, os direitos da personalidade servem aos particulares e não ao Estado.

O direito subjetivo se manifesta como a faculdade de agir que cada indivíduo possui, tendo como princípio a natureza do homem, e como fim, a pessoa humana. A ordem jurídica possibilita ao homem o poder de ação para tutelar o direito subjetivo. Não existe direito sem sujeito e nem sem objeto. O poder de agir é o bem atribuído ao portador do direito num determinado aspecto da vida, sendo protegido pela ordem jurídica.<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup> GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

<sup>4</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

<sup>5</sup> FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. Os direitos da personalidade como direitos essenciais e a subjetividade do direito. *Revista Jurídica Cesumar*, v.6, 2006. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/viewFile/313/172>> Acesso em: 20 set. 2016.

<sup>6</sup> GOZZO, Débora; MOINHOS, Deyse dos Santos apud Mill, Stuart, 1991. p.53. *A disposição do corpo como direito fundamental e a preservação da autonomia da vontade*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=72fed322f249b958>> Acesso em: 18 set. 2016.

O direito subjetivo é protegido pelo direito objetivo e possui um caráter de direito natural, que se impõe à norma jurídica, com liberdade de ação, em amparo ao pleno desenvolvimento do ser humano, sempre cumprindo os interesses da sociedade. Consta-se que o direito subjetivo tem na vontade do indivíduo a sua essência.

Os direitos da personalidade têm por objeto os bens e os valores essenciais das pessoas. Na medida em que são direitos subjetivos conferem ao seu titular o poder de agir em defesa do seu objeto, podendo ser neles compreendidos, o direito à vida e ao próprio corpo, o direito à liberdade de pensamento e de criação, o direito de proteção à honra, à imagem, ao nome, à própria identidade.

A garantia concedida a pessoa natural está prevista no artigo 1º, do Código Civil<sup>7</sup>, dispõe que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Portanto, o direito civil atual determina que o ser humano é o sujeito da relação jurídica, com isso, a atribuição da personalidade é feita a todos indistintamente, todos são sujeitos de direitos e obrigações. Para Orlando Gomes<sup>8</sup>, a personalidade se refere à pessoa humana considerada na sua aptidão para agir juridicamente.

Entretanto, não é só a pessoa natural que é dotada de personalidade, mas também as chamadas pessoas jurídicas, isto é, os entes abstratos criados pelas pessoas, possuem esta aptidão. As pessoas jurídicas são formadas por agrupamentos de pessoas e/ou certas destinações patrimoniais que buscam atingir uma mesma finalidade, econômica ou social, aos quais é atribuída por força de lei autonomia e independência em relação as pessoas físicas que as compõem e/ou dirigem.

Neste conceito de pessoa jurídicas se encontram as sociedades, associações e fundações. A atribuição da personalidade às pessoas jurídicas é feita artificialmente, por tanto suas regras, referentes ao começo e fim da personalidade e também quanto à capacidade, são disciplinadas de maneira diferente daquelas que regulam as pessoas naturais. Nesta pesquisa não é relevante o aprofundamento do tema da personalidade jurídica.

O conceito de personalidade está intrinsecamente ligado a pessoa humana, por tanto, a sua aptidão não depende da vontade ou consciência da pessoa natural. Temos

---

<sup>7</sup> BRASIL, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)> Acesso em: 15 ago. 2016.

<sup>8</sup> GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

como exemplo a criança, que apesar de não ter a percepção da realidade para discernir o mundo fantasioso do mundo concreto devida sua condição de infantilidade, é dotada de personalidade. Assim como o portador de deficiência mental, que possui o seu nível de conhecimento da realidade comprometido, em alguns aspectos, também é dotado de personalidade, pois é um ser humano.

Não é necessário o preenchimento de nenhum requisito para que a personalidade seja atribuída as pessoas, sendo suficiente a sua existência em si.

A designação "pessoa natural", dada pelos civilista nacionais, abarca o ser humano em toda a sua individualidade, suas qualidades morais e espirituais, suas características pessoais, devendo-se respeito a existência do ser humano, o que se caracteriza como preceito fundamental do ordenamento jurídico. Não obstante, a personalidade ser atribuída as pessoas naturais/físicas, esta qualidade não se apresenta aos outros seres vivos.

### 1.1.1 Breve histórico

O instituto da personalidade é hoje estendido a todos os seres humanos, o que é considerado uma conquista das organizações civis jurídicas na atualidade, já que na história da civilização a ideia de personalidade nem sempre foi atribuída indistintamente a todos. Não existia o direito à personalidade no direito romano, tendo a criação do instituto, tal qual conhecemos hoje, surgindo com o direito canônico.

O direito romano influenciou fortemente o direito civil ocidental, tendo o sistema jurídico adotado pelos romanos, numa medida ou em outra, servido como inspiração para as concepções modernas dos institutos da personalidade e da capacidade presentes no direito civil moderno.<sup>9</sup>

Conforme os estudos de José Carlos Moreira Alves, no direito romano não existia um termo para designar o sujeito de direitos, juridicamente, pessoa. Possuindo o vocábulo *persona* o sentido de homem em geral, não importando se tem ou não a condição de sujeito de direito, já que o termo também se aplica aos escravos, que nunca foram considerados sujeitos de direitos pelos romanos, e sim, coisas, ou seja, os

---

<sup>9</sup>ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

escravos eram objetos de direitos. Embora ocasionalmente o termo fosse utilizado no sentido técnico. Portanto, não há que se falar em direito à personalidade em Roma.<sup>10</sup>

No direito romano, as pessoas naturais possuíam os três status, quais sejam, o *status libertatis*, que é uma das condições de cidadania e identificador da pessoa livre; o *status civitatis*, que identificava a classe a qual pertencia o cidadão, sendo negada aos estrangeiros e aos escravos, e dificilmente alcançada pelos plebeus; e o *status familiae*, derivando a qualidade de *pater familias*.

Portanto, os escravos não constituíam pessoais naturais, ainda que fossem seres, não eram homens na visão romana. Para que o indivíduo fosse considerado pessoa pelo direito romano era preciso ser homem, ter forma humana e não estar na condição de escravo. Com isso, constata-se que em Roma os homens podem ser livres ou escravos, sendo a liberdade a regra. Apenas os homens livres possuíam o *status libertatis*.

Segundo José Carlos Moreira Alves<sup>11</sup>, o *status civitatis* representa a dependência do homem a uma coletividade juridicamente organizada. O *status civitatis* pressupõe a existência do *status libertatis*, assim sendo, é necessário adquirir este para adquirir o *status civitatis*. A cidadania romana, compreendida como outra forma de titularidade, difere da cidadania no direito contemporâneo na medida em que só era considerado cidadão romano aquele que habitava em Roma e que gozasse de todos os seus direitos, não comportando restrições.

Sobre o tema assinala Caio Mário da Silva Pereira<sup>12</sup>, que por um longo período, o estrangeiro foi visto como um inimigo, tendo a igualdade do estrangeiro se equiparado a igualdade do nacional após uma transformação do pensamento que ocorreu de forma gradativa, lenta e difícil. No direito romano, a causa da escravidão dos estrangeiros não estava sujeita ao *ius civile*, mas ao *ius gentium*, o direito dos povos, formado pelas normas que eram comuns aos estrangeiros na antiguidade.

No direito medieval, apesar do colapso do Império Romano Ocidental sua influência persistiu na Europa. Segundo Antonio Carlos Wolkmer<sup>13</sup> com a invasão

---

<sup>10</sup> ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

<sup>11</sup> Ibid.

<sup>12</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

<sup>13</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. *Fundamentos de História do Direito*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 192.

bárbara, “as populações passaram então a viver de acordo com as suas próprias leis, a isto se denominou *princípio da personalidade do direito*, ou seja, o indivíduo vive segundo as regras jurídicas de seu povo, raça, tribo, ou nação, não importando o local onde esteja” (grifos do autor). A sobrevivência do direito romano no ocidente é resultada da aplicação deste princípio.

Com o fim da Antiguidade, o cristianismo foi imposto ao Império Romano, entende-se que a jurisprudência romana subsistindo em certos aspectos por meio do direito eclesiástico. O direito canônico, era considerado o direito da comunidade religiosa dos cristãos, e teve grande importância durante a Idade Média, tendo em vista que foi o único direito escrito e universal. Inicialmente, foi criado para aplicar-se as autoridades do clero católico.

Luiz Carlos de Azevedo<sup>14</sup> preceitua sobre o direito canônico, é o conjunto de normas jurídicas, que possuem origem divina e humana, com a finalidade de salvar todas as almas, reconhecidas e promulgadas por autoridade da Igreja Católica, que estabelece como se dará a sua organização e atividade e a de seus fiéis, consolidando o poder legislativo e jurisdicional dos Tribunais Eclesiásticos.

Antônio Carlos Wolkemer<sup>15</sup> explica sobre o a grande influência do direito canônico sobre o direito laico:

Por constituir-se objeto de vários estudos doutrinários e ter sido sistematizado antes que o laico, teve grande influência na sua formulação e no seu desenvolvimento. Em virtude das relações entre Igreja e Estado, o poder da Igreja acabou refletindo-se sobremaneira nos princípios e na lógica de ordenação do direito laico. Finalmente, a extensão da competência dos Tribunais Eclesiásticos tornou a caça aos hereges essencialmente uma operação judicial. Igreja e Estado uniram-se no combate à proliferação dos seguidores de Satã, que ameaçavam não somente o poder da Igreja, como o poder do soberano.

Os julgamentos dos Tribunais Eclesiásticos, primavam pela perfeição, por isso não analisavam apenas os fatos e suas consequências, mas sim, passaram a se preocupar

---

<sup>14</sup> AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Introdução à história do direito*. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007.

<sup>15</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. *Fundamentos de História do Direito*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 238.

com a personalidade do autor e réu para proferir a decisão final. E também, a partir do direito canônico o direito comprometeu-se com a dogmática do saber.<sup>16</sup>

## 1.2 Do Começo da Personalidade

O direito moderno incorporou o entendimento de que a personalidade tem início com o nascimento, e sua existência equivale, em regra, ao tempo de duração da vida humana. Sendo denominada como personalidade real, verdadeira e/ou autêntica. Portanto, o CC adota acerca do início da personalidade civil da pessoa natural a teoria natalista, tendo em vista que a personalidade só é adquirida com o nascimento com vida, com isso, o nascituro teria apenas expectativa de direitos.

O nascituro ainda não é considerado uma pessoa, mas possui potencialidade para se tornar uma, quando nasce adquire imediatamente a personalidade. No entanto, caso expectativa do nascimento não se concretize, ou seja, se o feto não nascer ou nascer sem vida, não poderá se falar em atribuição da personalidade, já que ele nunca existiu no mundo jurídico, portanto, não pode ser considerado sujeito de direito.

Arnoldo Wald preceitua sobre a proteção do nascituro<sup>17</sup>:

O aborto é punido pelo código penal (art. 124 a 126). O Código civil de 2002 (art. 1.609, parágrafo único), a exemplo do que dispunha o Código Civil de 1916, no art. 357, admite o reconhecimento do filho antes do seu nascimento. Quando o pai falece, estando a mulher grávida, e não tendo o poder familiar, nomeia-se curador ao nascituro (art. 1.779 do CC) para defender os seus interesses divergentes dos da mãe. A proteção do nascituro explica-se, pois há nele uma personalidade condicional que surge, na sua plenitude, com o nascimento com vida e se extingue no caso de não chegar a viver.

O começo da personalidade jurídica se dá a partir do nascimento com vida, no entanto a proteção aos direitos do nascituro se dá desde a sua concepção, com o intuito de proteger e resguardar os seus interesses, pois existe um direito potencial do já concebido. Com isso, admite-se a personalidade fictícia, artificial, presumida, pois trata a figura do nascituro em determinados aspectos como se tivesse personalidade. Por

---

<sup>16</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. *Fundamentos de História do Direito*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

<sup>17</sup> WALD, Arnold. *Direito Civil introdução e parte geral*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 150.

exemplo, a possibilidade de receber doação, de ser constituído herdeiro ou legatário, e, a curatela do nascituro, conforme o disposto no art. 2º, do CC de 2002.

### 1.2.1 Requisitos da atribuição da personalidade

Para o nosso direito, são necessários o cumprimento de dois requisitos para que seja atribuída personalidade ao ente, quais sejam, o nascimento e a vida<sup>18</sup>. Diferente do que ocorre no Direito francês, onde muitos doutrinadores sustentam o início da personalidade com a concepção, sendo condicionados ao nascimento com vida. Mas para o nosso ordenamento jurídico, não há que se falar em personalidade antes do nascimento com vida.

O nascimento é o termo de uma gravidez, ocorre quando o feto sai do útero materno, separando os corpos da mãe e do filho, de forma que a unidade biológica seja desfeita. A vida do novo ente tem origem quando ocorre sua primeira respiração, isto é, quando comprovada a primeira troca ox carbônica com o meio ambiente.

No mundo jurídico é considerado que o feto viveu, quando este tiver enchido o pulmão de ar pelo menos uma vez, mesmo que pereça logo em seguida. O novo ente chegou a ser pessoa, adquiriu direitos, e com sua morte os transmite. Desse modo afirma-se a personalidade civil.

Esta visão difere da adotada pelo antigo direito francês e direito italiano, no qual não era suficiente o nascimento com vida do feto, e sim, a sua viabilidade e aptidão para viver. Qualidade esta que não se encontra presente em seres a que faltam órgãos essenciais ou seres que possuem anencefalia. E ainda o direito espanhol exigia que o ente nascido tivesse "forma humana", remetendo-se ao direito romano. No entanto, estas questões se encontram abandonadas na atualidade, tendo o direito civil brasileiro sempre afastado tais questões.

Somente a partir atribuição da personalidade civil, preenchido o requisito do nascimento do feto com vida, é que se atribui a condição de pessoa humana ao ente nascido, possibilitando que sejam adquiridos direitos e obrigações.

---

<sup>18</sup> WALD, Arnold. *Direito Civil introdução e parte geral*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

## 1.2.2 Registro civil das pessoas naturais

Podemos encontrar em todas as civilizações a preocupação em reunir os dados pessoais dos integrantes que viviam em coletividade. Por exemplo, nos livros bíblicos se observa a menção ao censo e o registro da assembleia dos filhos de Israel. Na Roma Antiga inscrevia-se os nomes dos patrícios em registro especial, as anotações censitárias ocorriam de forma periódica, no qual se identificava os proprietários de terras com o intuito de arrecadar impostos.<sup>19</sup>

O registro moderno tem origem antiga, tendo como principal influência os registros realizados na Idade Média, a prática comum era que os padres cristãos, além de anotarem a data do batismo dos fiéis, registrarem também a data do casamento e do óbito, com o objetivo de obter um maior conhecimento e controle sobre seus seguidores e fazer uma escrituração dos dízimos recebidos. Durante anos, a Igreja ficou encarregada de registrar os principais fatos da vida civil de um indivíduo, tais como, seu nascimento, casamento e sua morte.

O registro religioso deixou de ser admitido como prova dos fatos da vida civil por meados do século XIX, quando a documentação eclesiástica se mostrou insuficiente para atender as necessidades públicas e devido ao surgimento e consolidação de outras religiões. Atualmente, o Código Civil de 2002 e a Lei dos Registros Públicos<sup>20</sup> tratam quais são os atos e os fatos essenciais da vida dos indivíduos que devem ser registrados e averbados a fim de dar publicidade deles aos outros membros da comunidade. Segundo Clóvis Bevilacqua sobre a importância do registro<sup>21</sup>:

Os fatos capitais da existência da pessoa, tais como o seu nascimento, casamento, emancipação, interdição, declaração de ausência, devem constar de livros para esse fim destinados, e mediante os quais possam ser conhecidos e autenticamente provados. Também o falecimento deve ser tomado por termo. As vantagens do registro civil são consideráveis, quer para o Estado, quer para o indivíduo. O Estado tem nos registros civis o movimento da sua população, no qual se pode basear para medidas administrativas, de polícia ou de política jurídica. O indivíduo tem um meio seguro de provar o seu estado, a sua situação jurídica, e essa

---

<sup>19</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

<sup>20</sup> BRASIL, Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973. *Lei de Registros Públicos*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6015original.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015original.htm)> Acesso em: 27 set. 2016.

<sup>21</sup> BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1976. p. 110.

mesma facilidade de prova é uma segurança para os que com ele contrataram.

Portanto, o nascimento é um dos fatos essenciais da vida humana que devem constar no registro civil. O registro não é considerado uma prova absoluta do estado da vida do indivíduo, tendo em vista que ele poderá ser anulado nos casos de erro ou falsidade.

### 1.3 Da Extinção da Personalidade

Para o direito civil atual, como a morte põe termo a existência da pessoa natural somente ela colocaria fim a personalidade do indivíduo. A personalidade é um atributo inerentes a todos os seres humanos e tem duração por toda a sua vida. Reminiscência ao direito romano, no qual a cidadania também cessava com a morte da pessoa natural, no entanto havia outra condição essencial para a atribuição da cidadania romana, qual seja, a liberdade do indivíduo.

Por conseguinte, o ser humano que se tonasse escravo não poderia mais ser titular de direitos, perdendo a sua condição de cidadão, porém no instante que o indivíduo recuperasse a sua liberdade, deixando a condição de escravo, readquiriria a condição perdida.

Na Idade Média, com influência do cristianismo, ao indivíduo que dedicasse a sua vida profissional a religião lhe seria retirado seus direitos civis, renunciando a vida profana e mundana. Até a Idade Moderna com referência nas ideias antigas vigorava a *morte civil*, entretanto, posteriormente, o instituto foi abolido em todas as legislações ocidentais.

Não existe no atual direito brasileiro a chamada morte civil, ficta ou fictícia. Antigamente se puniam certos condenados com a perda de todos os direitos à personalidade, e ainda, tinham extinta sua capacidade jurídica. Parte da doutrina considera a indignidade da pessoa como resquícios da morte civil, tendo em vista que a indignidade tem como pena civil a exclusão de herdeiro ou legatário da sucessão que tenha cometido ato criminoso ou reprovável contra o autor da herança.<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

A presunção da morte só é admitida no direito para fins patrimoniais, quando o titular do direito desaparece por um período superior a dez anos após a sentença declaratória de ausência, ocorre então a divisão do seu patrimônio entre os seus herdeiros. A Lei de Registros Públicos, dispõe no seu art. 88<sup>23</sup>, a hipótese em que se estabelecerá o regime de morte presumida dos marítimos, dos militares e dos funcionários públicos.

Em regra, a prova da morte verifica-se com a apresentação da certidão de óbito<sup>24</sup>, sendo a prova uma exigência do Código Civil brasileiro. Caso não tenha sido feito o registro do óbito o juiz poderá declará-lo, mediante a provocação das partes interessadas, tendo em vista os efeitos jurídicos desencadeados. Com a morte, os bens do falecido são transmitidos imediatamente aos seus herdeiros, já os direitos personalíssimos são extintos.

Após muita discussão sobre o instituto da comoriência no Código de 1916, foi pacificado o seguinte entendimento no art. 8º, do Código Civil de 2002, “se dois ou mais indivíduos falecerem na mesma ocasião, não se podendo averiguar se algum dos comorientes precedeu aos outros, presumir-se-ão simultaneamente mortos”. No caso de falecimento de dois ou mais indivíduos membros de uma família, ao mesmo tempo, podendo ser resultada ou não pelo mesmo evento, como num acidente ou incêndio, de forma que não se pode indicar qual morte antecedeu a outra, a ordem cronológica das mortes para fins da relação sucessória será presumida como ocorrida de forma simultânea.

No direito das Ordenações, sistema jurídico português aplicável ao Brasil no período colonial, existia a instituição da servidão da pena, dessa forma o indivíduo condenado a morte era privado de todos os seus direitos. Durante o período de escravidão no Brasil, a condição submissa do escravo era tratada de forma especial, no âmbito do direito civil não lhe era retirado a personalidade, e sim, restringia-se a sua capacidade.<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> Art. 88. Poderão os Juizes togados admitir justificação para o assento de óbito de pessoas desaparecidas em naufrágio, inundação, incêndio, terremoto ou qualquer outra catástrofe, quando estiver provada a sua presença no local do desastre e não for possível encontrar-se o cadáver para exame.

<sup>24</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

<sup>25</sup> *Ibid.*

Para nosso direito atual não pode ser verificada nenhuma forma de perda da personalidade em vida, a personalidade civil só cessará com a morte da pessoa natural. Segundo a ciência moderna, a morte da pessoa ocorre quando se encerra sua atividade cerebral, isto é, a morte cerebral. A partir desse momento é autorizado a remoção dos órgãos essenciais do corpo humano para fins de transplante.

#### 1.4 Dos Direitos da Personalidade

Além dos direitos patrimoniais, que são economicamente apreciáveis, o ordenamento jurídico brasileiro garante que igual proteção seja dada aos direitos da personalidade. Permitindo alcançar um ideal de justiça que não se submete a mera vontade do legislador, já os direitos da personalidade possuem um caráter de garantia fundamental.

Conforme dispõe o art. 5º, X, da CF<sup>26</sup>, “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Caio Mário da Silva Pereira<sup>27</sup> explica que a aptidão dos indivíduos para possuir personalidade irradia diversos direitos, tanto na esfera pública e quanto privada, dessa forma:

*Ao tratar dos direitos da personalidade, cabe ressaltar que não constitui esta “um direito”, de sorte que seria um erro dizer-se que a pessoa tem direito à personalidade. Dela, porém, irradiam-se direitos, sendo certa a afirmativa de que a personalidade é o ponto de apoio de todos os direitos e obrigações.*

A Constituição Federal enuncia garantias e direitos individuais e coletivos, positivando os direitos inatos e adquiridos dos cidadãos, e ainda, consagra o princípio da dignidade da pessoa humana, no seu art. 1º, III, como um dos fundamentos do Estado

---

<sup>26</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 29 set. 2016.

<sup>27</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 203.

Democrático de Direito. Assim sendo, a dignidade da pessoa humana é cláusula geral de tutela da personalidade.

De acordo com o aludido dispositivo constitucional, “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”.

A previsão constitucional do princípio da igualdade reafirma a definição do instituto da personalidade como um atributo natural da pessoa humana, sem distinção de sexo, de desenvolvimento físico ou intelectual, sem diferenciação quanto à origem ou à procedência.

Em todas as fases da civilização romano-cristã pode ser encontrado em alguma medida, ou seja, em maior ou menor grau, a proteção aos direitos da personalidade. A importância acerca do respeito ao indivíduo como ser, pessoa, membro de uma sociedade sempre foi reconhecida, já que é o mínimo necessário para se manter a convivência das pessoas em sociedade. Consequentemente, a garantia da integridade física e moral dos indivíduos é um preceito fundamental.

Ainda assim, os direitos da personalidade são considerados uma conquista do direito moderno, tendo em vista sua atual consolidação e sistematização no ordenamento jurídico. Antigamente a vida, a saúde, a honra, a liberdade eram bens protegidos exclusivamente pelo direito penal e pelo direito público, portanto não constituíam direitos subjetivos assegurados pelo direito civil. A ordem jurídica admite a existência de capacidade de adquirir direitos atribuída ao indivíduo devido sua própria condição de pessoa.

A escola de direito natural baseia-se na concepção de que existem direitos inatos a condição humana, ainda que esses direitos não estejam positivados em ordenamento jurídico próprio, são direitos que ultrapassam a barreira territorial ou temporal, portanto, eles são inerentes ao ser humano. Toda pessoa humana tem garantido o direito à vida, à liberdade, à saúde, à honra, à privacidade, ao nome, à própria imagem.<sup>28</sup>

Os direitos da personalidade, também chamados de direitos individuais ou direitos personalíssimos, são direitos absolutos, aos quais correspondem deveres jurídicos

---

<sup>28</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

imposto aos indivíduos da comunidade, sendo a própria pessoa do titular o objeto da relação, diferenciam-se dos direitos reais, ou direito das coisas, no qual o objeto recai sobre bens corpóreos, móveis ou imóveis de conteúdo econômico, que são exteriores ao sujeito ativo da relação. Nos dizeres de Orlando Gomes<sup>29</sup> acerca dos direitos da personalidade:

Sob a denominação de direitos da personalidade, compreendem-se, os direitos personalíssimos e os direitos sobre o próprio corpo. São direitos considerados essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza a disciplina no corpo do Código Civil, como direitos absolutos, desprovidos, porém, da faculdade de disposição. Destinam-se a resguardar a eminente dignidade da pessoa humana, preservando-a dos atentados que pode sofrer por parte de outros indivíduos.

Conforme R. Limongi França<sup>30</sup> os direitos da personalidade são aqueles “cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim da sua projeção essencial no modo exterior”. São aspectos o físico, o intelectual e o moral.

Na medida em que os direitos da personalidade criam um dever jurídico de abstenção para todos os indivíduos da comunidade ele é considerado um direito subjetivo. São bens jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico concomitantemente no âmbito penal e no âmbito civil. Os crimes cometidos contra a honra de terceiro são puníveis na esfera penal e passíveis de ressarcimento na esfera cível, tais como, injúria, calúnia e difamação.

Os direitos da personalidade possuem caráter imprescritível, irrenunciável, intransmissível, conforme disposto no art. 11, do Código Civil.<sup>31</sup> Como são direitos absolutos possuem oponibilidade *erga omnes*, tendo em vista gerar o dever da abstenção da sua violação.

Devido a sua extrapatrimonialidade não são passíveis de transmissão e, por isso, são direitos impenhoráveis. Os direitos da personalidade são perpétuos, portanto, não existe a possibilidade de renunciá-los, isto é, eles nascem e extinguem-se com a pessoa,

---

<sup>29</sup> GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965. p. 132.

<sup>30</sup> FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 1.031.

<sup>31</sup> “Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

e ainda, em determinados aspectos possuem proteção mesmo após a morte do titular do direito.

Apesar da impossibilidade da renúncia a pessoa pode, em determinadas situações, deixar de exercê-los, sem significar que o indivíduo tenha aberto mão dos seus direitos, podendo a qualquer tempo recupera-los o pleno exercício, portanto, são imprescritíveis.

#### 1.4.1 Direito ao nome

O nome civil é considerado um meio de individualizar a pessoa e um atributo da personalidade. Dessa forma dispõe o art. 17, do CC, “toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome”. Atualmente adota-se o nome composto, formado pelo prenome, como designação do indivíduo, e pelo sobrenome ou nome patronímico ou de família, que insere a pessoa dentro de certo grupo familiar.

O prenome é de livre escolha dos pais, sendo vedado escolher nome suscetível de expor a criança ao ridículo, cabendo aos oficiais de registro civil o dever de não o registrar (art. 56, parágrafo único, da Lei nº 6.015/73).

O sobrenome é característico de família, passado de geração em geração, transmitido hereditariamente, podendo-lhe ser acrescentado um agnome, tais como, Júnior, Filho, Neto, Sobrinho, Segundo, Terceiro, que tem o objetivo de impedir que duas pessoas da mesma família possuam nomes idênticos. Pode ser designado a criança apenas o sobrenome paterno, ou apenas o materno, ou, ainda, a junção dos dois.

Caio Mário da Silva Pereira ensina sobre o tema, “elemento designativo do indivíduo e fator de sua identificação na sociedade, o nome integra a personalidade, individualiza a pessoa e indica grosso modo a sua procedência familiar”<sup>32</sup>. O nome civil é relevante em dois aspectos da vida do indivíduo, o público e o privado, por isso, é considerado um direito e um dever, por envolver um direito subjetivo e um interesse social.

No aspecto público, ressalta-se a obrigatoriedade, imposta pela lei, de fazer o registro civil do nascimento da pessoa, adquirindo o nome que foi registrado um caráter

---

<sup>32</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 206.

imutável, salvo os casos expressamente previstos de emenda ou alteração, que são condicionados a autorização judicial. Já no aspecto individual se encontra o direito reconhecido ao seu possuidor de se designar pelo seu nome e conter os abusos praticados por terceiros.

O nome não pode ser exclusivo de um indivíduo, pois a limitação da linguagem impossibilita que um nome diferente seja atribuído a cada pessoa. O nome civil é um direito absoluto, portanto é imprescritível e oponível *erga omnes*.

#### 1.4.2 Direito à vida e a integridade física

O direito à vida e à integridade física são direitos essenciais ao ser humano. O ordenamento jurídico os assegura desde antes do nascimento da pessoa.<sup>33</sup> O art. 2º, do CC, dispõe que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. A Constituição protege o corpo da pessoa humana contra qualquer ofensa praticada por terceiro ou pelo próprio Estado. São puníveis no âmbito penal o homicídio e as lesões corporais. Vejamos a seguir:

Art. 5º. **III- ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante**; XXXIX- não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; XLV- nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido; LIII- ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; **LIV- ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal**; LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (grifo nosso).

O direito à inviolabilidade corporal assegura ao seu titular a possibilidade de dispor de seu próprio corpo, em vida ou para depois da morte, quer tendo objetivos científicos ou humanitários, desde que, não atente contra a sua própria vida ou integridade, tendo em vista que a lei não aprova a autolesão. Entretanto, a venda de sangue, de cabelos,

---

<sup>33</sup> O Código Penal nos seus arts. 124 a 126, pune o aborto. A lei nº 11.804/2008 garante a gestante o direito aos alimentos gravídicos, viabilizando, assim, o desenvolvimento do feto.

de dentes, de unhas é permitida pois a sua separação do corpo não implica mutilação. O CC prevê expressamente que:

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente, da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Art. 14. É válida, com o objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte. Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

O transplante de órgãos é regulado pela Lei nº 9.434/1997, possibilitando a retirada de órgãos e partes do corpo humano, com objetivos de transplante ou tratamento, em vida do doador ou após sua morte. E deve ser feito em estabelecimento de saúde adequado e por equipe médico-cirúrgicas autorizadas.

O transplante de órgãos não pode ser objeto de negócio oneroso<sup>34</sup>, pois se quer evitar a comercialização do próprio corpo, preservando o senso ético. A pessoa tem o direito de recusar tratamento médico ou intervenção cirúrgica, é necessário o consentimento do paciente após esclarecimento do tratamento médico ou da intervenção ao qual será submetido, sendo a única hipótese de dispensa do consentimento no caso de risco iminente de morte do paciente.

No entanto, a vontade do paciente deverá ser respeitada mesmo que o médico considere como imprescindível o tratamento para a manutenção da vida (art. 15 do CC). Como a pessoa tem o direito de dispor do próprio corpo para depois de sua morte, entende-se que tem direito ao seu cadáver, sendo este direito atribuído aos parentes próximos para fins de sepultamento e autópsia.

Qualquer lesão ou ameaça a um direito da personalidade, pode o titular do direito exigir a sua imediata cessação, e ainda, a possibilidade de reclamar perdas e dano, além de outras sanções previstas em lei (art. 12 do CC).

### 1.4.3 Direito à integridade moral

---

<sup>34</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

A integridade moral da pessoa também é protegida pelo ordenamento jurídico, sendo assegurado o direito à honra, à dignidade, ao bom conceito no meio social. Caso a pessoa tenha algum direito da personalidade violado por terceiro, poderá pleitear em juízo uma indenização por danos materiais e morais.<sup>35</sup> Existindo ameaça ao direito, ainda que a lesão não tenha sido concretizada, poderá o titular obter uma determinação judicial com a finalidade de impedir que o ato lesivo seja praticado por terceiro.

A lei pune a injúria, calúnia ou difamação (art. 138 a 140 do CP), independentemente da forma com que os crimes se manifestem, seja de forma escrita ou oral, ou divulgada por qualquer meio de comunicação (internet, rádio e televisão). A injúria é qualquer ofensa à dignidade de alguém; a calúnia é imputação falsa de um fato criminoso a alguém; a difamação é imputação de ato ofensivo à reputação de alguém.

O direito à honra surge com o nascimento da pessoa, prolongando-se por toda sua vida e mesmo após a sua morte, tendo em vista à extensão dos seus efeitos.<sup>36</sup> A honra objetiva é reconhecida como a reputação de uma pessoa, quer dizer, o bom nome e a boa fama que o indivíduo desfruta dentro da comunidade em que está inserido, no âmbito familiar, social, profissional. A honra subjetiva é a consciência da sua dignidade, o sentimento que indivíduo tem acerca de si mesmo, isto é, sua estima pessoal, como a própria pessoa se vê dentro da sociedade.

Orlando Gomes<sup>37</sup> preceitua sobre o direito à integridade moral:

No direito à integridade moral está compreendido o direito à intimidade, como tal entendido o que tem todo homem de subtrair-se à indiscrição alheia. Sua própria imagem não deve ser reproduzida sem consentimento, salvo se a fotografia foi obtida por ocasião de acontecimentos públicos. Pode, pois, proibir a publicação, sobretudo se, da reprodução, resultar atentado à respeitabilidade de sua pessoa.

O direito à própria imagem é uma conquista do direito moderno, a lei veda que a imagem seja divulgada por qualquer meio (fotografia, cinema, gravação de vídeo) sem o consentimento do interessado, configurando a sua infração um atentado à privacidade.<sup>38</sup> A Constituição assegura a todos indivíduos o direito de preservar sua imagem e evitar a

<sup>35</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965. p. 135.

<sup>38</sup> *Opus cit.*

sua divulgação, nos seguintes termos do art. 5º, V, “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

A imagem pode ser representada pela expressão externa (imagem-retrato) e também pela descrição das características pessoais (imagem-atributo). Aquele que divulgou a imagem, sem autorização do titular, estará sujeito à reparação material e moral do dano, tendo o material divulgado apreendido, e ainda, sujeito as sanções penais cabíveis.

A pessoa pode dar autorização para a divulgação ao público de sua imagem ou de fatos da sua vida íntima, podendo a autorização ser revogável a qualquer tempo, quando permitida, a divulgação deverá ser feita dentro do limite da concessão dada pelo titular do direito. Não é legítima a divulgação da imagem que resulte lesão à honra, à reputação, ao decoro, à intimidade.

É permitida a divulgação de escritos, transmissão ou publicação da palavra, exposição ou utilização da imagem, se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública. Segundo Caio Mário da Silva Pereira, “o direito à privacidade subsiste enquanto não embarçar o andamento da justiça ou atentar contra a ordem pública”.<sup>39</sup> Assim dispõe o nosso CC:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Caio Mário da Silva Pereira<sup>40</sup> afirma, ainda, que “a proteção da privacidade deve ser compatível com a profissão, a atividade pública ou particular, e a posição social ou política. A defesa contra as intromissões é inversamente proporcional à projeção da pessoa em sociedade”.

Apesar da cessação da personalidade com a morte, continua sendo assegurado a

---

<sup>39</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 218.

<sup>40</sup> Ibid (p. 219).

pessoa falecida a preservação do direito à honra e a boa fama, com isso, o direito da personalidade continua irradiando determinados efeitos mesmo após o falecimento do sujeito de direito. A legitimidade para requerer as medidas de proteção à honra e a boa fama do falecido no caso de violação é transferida aos seus familiares, quais sejam, o cônjuge, os ascendentes e os descendente.

O direito à privacidade possibilita que a pessoa mantenha o modo de vida que lhe for mais satisfatório, desde que não atente a ordem pública, tendo em vista que a sua vida privada é um aspecto resguardado pela dignidade da pessoa humana, sendo vedada a intromissão de terceiros ou do próprio Estado.

O direito à intimidade faz referência ao mundo interior do indivíduo, aos seus segredos, ao direito de estar só, de não querer se comunicar com outra pessoa, de não ser importunado. Nos termos art. 21, do CC, “a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar o ato contrário a esta norma”. A inviolabilidade da vida privada, da intimidade, da honra, da imagem é tratada pela nossa Constituição como garantia e direito fundamental de todos os cidadãos, e está prevista no art. 5º, X.

### **1.5 Instituto da Capacidade**

Só podem exercer os seus direitos aqueles que preenchem os requisitos da capacidade. O princípio de que toda pessoa humana é capaz de adquirir direitos e contrair obrigações não é absoluto, podendo sofrer limitações no âmbito civil, o mesmo não ocorre com o instituto da personalidade, pois sua atribuição não é passível de restrições. Nem todos os indivíduos são capazes de direitos e obrigações por si só, isto é, de exercê-los de forma direta, alguns necessitam da representação ou assistência de um terceiro, tendo em vista as limitações que foram estabelecidas na ordem jurídica.

Nos dizeres de Arnold Wald<sup>41</sup>, “a capacidade surge com o nascimento e termina com a morte. Os direitos que podem ser exercidos pelo indivíduo na sociedade são de natureza patrimonial ou extrapatrimonial, podendo ser absolutos ou relativos”.

---

<sup>41</sup> WALD, Arnold. *Direito Civil introdução e parte geral*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 152.

A personalidade e capacidade são institutos complementares, mas não se confundem, na medida em que a personalidade atribui a pessoa natural aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações, o que implica que a pessoa deve possuir capacidade para exercer e gozar seus direitos, e caso não tenha capacidade, deverá ser representada ou assistida terceiro que a possua. Em síntese, a personalidade é a potencialidade para adquirir direitos e contrais obrigações, a capacidade é o limite dessa potencialidade.

Para que o exercício do direito seja efetivo é imprescindível que o indivíduo possua capacidade para ser titular de direitos ou que seja representado/ assistindo por outrem. O indivíduo tem a faculdade de não exercer e gozar o seu direito, sem que a sua inércia implique a perda do seu direito. Conforme explicação de Arnold Wald<sup>42</sup> sobre capacidade:

Se todos os homens são capazes de direito, podendo ter direitos subjetivos e contrair obrigações, nem todos são aptos a praticar pessoalmente os atos da vida civil. Distinguimos, pois, a capacidade de direito, ou seja, a possibilidade de adquirir direitos e contrair obrigações por si ou por terceiros, da capacidade de fato, também chamada capacidade de exercício ou de negócio, em virtude da qual um indivíduo pode praticar pessoalmente os atos da vida civil, sem necessitar de assistência ou de representação. A incapacidade de fato é suprida colocando-se, ao lado do incapaz, alguém que decida por ele ou em colaboração com ele. No primeiro caso, temos um representante legal e, no segundo, um assistente.

A capacidade pode ser compreendida em dois sentidos diferentes, quais sejam, a capacidade de direito, que tem mesmo significado abrangido pela personalidade, capacidade para adquirir direitos na esfera civil, está ligada a condição do ser humano; já a capacidade de fato é a aptidão para exercer direitos. A capacidade de direito também é chamada de capacidade de gozo, e a capacidade de fato é conhecida também como capacidade de exercício.

Todo ser humano possui a capacidade de direito, só não irá possuir a capacidade de adquirir direitos os entes que forem desprovidos de personalidade, como o nascituro e a pessoa jurídica ilegalmente constituída. Entretanto, a capacidade de fato não é atribuída a todos as pessoas indistintamente, sendo condicionas ao surgimento de

---

<sup>42</sup> WALD, Arnold. *Direito Civil introdução e parte geral*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 173.

situações específicas para que possa ser atribuída aos indivíduos, podemos citar como um dos requisitos materiais para o pleno exercício da vida civil que a pessoa atinja a maioridade.

Orlando Gomes<sup>43</sup> diz que “a personalidade tem sua medida na capacidade”, porque para alguns indivíduos o seu exercício é pleno e para outros o exercício é limitado. São denominadas incapazes as pessoas que não possuem autodeterminação para exercer pessoalmente os atos da vida civil, por exemplo os infantes, que são desprovidos do discernimento acerca da realidade que são necessários para praticar os atos de vontade, devem ser representados ou assistidos por outra pessoa.

Portanto, a capacidade de direito é qualidade e atributo de toda pessoa humana, e quando somada a capacidade de fato afirma-se que o indivíduo possui pleno exercício dos seus direitos, ou seja, é capaz. Já quando a pessoa não possui a capacidade de fato ela é chamada de incapaz, isto é, não tem autonomia para utilizar os seus direitos por si só.

Na disposição do art. 1º, do Código Civil, infere-se que a capacidade jurídica vincula à personalidade jurídica, pois todas as pessoas são capazes de direitos e deveres, a capacidade de direito ou de gozo é atribuída a todos.

Considerado a capacidade como regra, as exceções para a atribuição da capacidade de fato, que implicam na incapacidade, decorrem expressamente da lei. Os indivíduos não podem escolher entre possuir ou não capacidade de direito e capacidade de fato.

#### 1.5.1 Do estado de pessoas

O estado das pessoas é o conjunto de qualidades individuais de cada ser humano, é o que diferencia uma pessoa da outra, são determinadas qualidades específicas de cada pessoa que produzem efeitos na ordem jurídica e influenciam o poder de agir delas, com o surgimento de obrigações e direitos relacionados ao seu estado.<sup>44</sup>

A qualificação de uma pessoa na sociedade pode ser analisada por diversos aspectos, quais sejam, o estado político, que possui importância para o exercício dos

---

<sup>43</sup> GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965. p. 137.

<sup>44</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

direitos políticos dos cidadãos, matéria que pertence ao Direito Público, que se dividem em pessoas nacionais (natos ou naturalizados) e estrangeiros; o estado civil, ou estado familiar, verifica-se a posição da pessoa dentro da família, se possui ou não cônjuge, isto é, pode ser casada, solteira, viúva, divorciada.

O grau de parentesco do membro da família também é relevante, e ainda, o parentesco pode ser consanguíneo ou afim; o estado individual é a condição física do indivíduo, influenciados pela idade, os maiores ou os menores, o sexo, homens ou mulheres, e a saúde, sadio ou insano. Nas lições de Orlando Gomes<sup>45</sup> vemos que:

O estado da pessoa regula-se por preceitos de ordem pública pois a situação jurídica de cada indivíduo interessa a toda sociedade. Esses preceitos não podem ser modificados pela vontade particular. São *jus publicum; privatorum pactis mutari non potest*. Certos estados não são, entretanto, inalteráveis. Por sua vontade, pode a pessoa mudá-lo: o nacional torna-se estrangeiro, naturalizando-se; o solteiro casa-se; casado divorcia-se; o insano mental cura-se; o menor emancipa-se (grifos do autor).

A teoria dos estados no direito moderno tem uma abordagem menos importante quando comparada ao direito romano, que obedecia a princípios diversos. Atualmente, com a equiparação jurídica do homem e da mulher a influência do sexo também foi diminuída. De acordo Clóvis Bevilacqua<sup>46</sup>, no direito romano a capacidade era determinada pelos três estados:

Se um indivíduo reunia os três estados de liberdade, de cidade e de família, gozava da capacidade plena. Se lhe faltavam algum desses estados, sofria uma restrição de capacidade (*capitis minutio*), a qual seria máxima, importando a perda de todos os direitos, no caso de o indivíduo não ter liberdade, média, no caso de ser estrangeiro, e mínima de não ser agnado de uma família. Esses três estados achavam-se, entre si, na seguinte relação: o de família dependia do de cidade e este do de liberdade, de modo que o indivíduo necessitava de ser livre para ter direitos de cidade e de família, e somente lhe eram assegurados os direitos ligados à agnação, se fosse romano.

O estado tem três principais características, quais sejam, a indivisibilidade, a indisponibilidade e a imprescritibilidade. A lei atribui compulsoriamente o estado de uma

<sup>45</sup> GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965. p. 140.

<sup>46</sup> BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1976, p. 81.

pessoa, não podendo o indivíduo dele dispor. A mudança do estado do indivíduo poder ser resultado de um fato natural ou ato jurídico, passar de casado para viúvo ou de menor para maior são fatos naturais, já para tornar-se emancipado ou filho adotivo é necessário um ato jurídico para que sejam constituídos.

Os estados podem variar independentemente da atuação da pessoa, mas apesar disso, o indivíduo é impossibilitado de renunciar ao seu estado, ou aliená-lo por qualquer título, de alterá-lo arbitrariamente. A proibição de dispor do estado não acarreta a impossibilidade de sua variação, ou seja, alguns estados podem sofrer mudanças.

A indivisibilidade requer que o estado seja uno e reconhecido por todos os membros da sociedade, de acordo com princípios de ordem natural e de ordem jurídica, uma pessoa não pode ter ao mesmo tempo estados que se opõem ou que sejam incompatíveis, por exemplo, ser simultaneamente casado e solteiro, maior e menor, a ordem jurídica exige a certeza da qualificação individual, devendo ser inscritos no Registro Civil, obtendo um sentido de ordem pública.

A indisponibilidade não se estende aos direitos patrimoniais decorrentes do estado, é permitida a transação dos seus efeitos econômicos, mas é vedada a transação tendo como objeto o próprio estado. Portanto, o filho natural que move uma ação de investigação da paternidade pode transacionar o direito de sucessão proveniente do possível reconhecimento.

A imprescritibilidade importa que não haja decadência do direito pelo decurso do tempo, desse modo, mesmo que uma pessoa se mantenha inerte quanto a sua reivindicação ou deixe de desfrutá-lo não irá perder o direito ao estado. O filho poderá pleitear o reconhecimento de paternidade a qualquer tempo. E ainda, a pessoa não pode adquirir com o passar do tempo o direito ao estado que se atribuiu de forma inadequada. Ou seja, ainda que um estrangeiro viva num determinado país por muitos anos não irá adquirir, apenas por esse fato, a naturalização.

Para Orlando Gomes, “os direitos concernentes ao estado são exercidos por ações especiais, ditas outrora, prejudiciais, que hoje se chamam, simplesmente, ações de estado. Sua finalidade é criar, modificar ou destruir um estado, vale dizer, constituir nova situação”.<sup>47</sup>

---

<sup>47</sup> GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965. p. 141.

As ações de estado visam à criação ou à declaração de um estado. As ações constitutivas são proferidas pelos juízes, que criam ou constituem um estado, como a ação de divórcio, que muda o estado das pessoas para divorciadas, após a sentença judicial. As ações declaratórias são aquelas que necessitam de um provimento jurisdicional que reconheça a situação preexistente, para que ela possa produzir os seus efeitos, como na ação de investigação de paternidade, que não cria nem constitui a relação de parentesco, mas apenas declara a situação jurídica já existente.

Caio Mário Pereira da Silva<sup>48</sup> preceitua sobre as ações do estado:

Em razão da indivisibilidade do estado, a sentença proferida tem efeito absoluto, *erga omnes*: se o estado resulta da declaração, positiva ou negativa, a sentença é incidível, não podendo valer quanto a uns e não valer quanto a outros, porque o estado é um só. Proposta regularmente a ação, contra quem é parte legítima e por quem tem o *ius actionis*, o julgado declara que a pessoa tem ou não tem um determinado estado e, portanto, atribui ao indivíduo a sua verdadeira condição na sociedade. E produz, por isso mesmo, o efeito de ser oponível a todos, e não apenas a quem foi parte na ação (grifos do autor).

A ação do estado pode ter efeitos positivos ou negativos. É denominada positiva quando o autor da ação postula a criação ou afirmação de um estado a que tem direito, que não lhe tinha sido reconhecido. É negativa quando o autor postula a extinção de um estado a que a pessoa não tenha direito, mas que lhe é conferido.

### 1.5.2 Incapacidade

A capacidade de direito ou de gozo nasce com a personalidade da pessoa, o mesmo não se pode afirmar da capacidade de fato ou de exercício, que muitas vezes não coincide com a primeira, pois algumas pessoas, ainda que tenham os atributos da personalidade, não possuem o poder para exercer de forma pessoal e direta os seus direitos civis. São chamadas de incapazes as pessoas que não possuem a capacidade de fato ou exercício.

---

<sup>48</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 219.

A capacidade é a regra e a incapacidade é a exceção, presumindo-se a capacidade genérica, pois como a incapacidade é uma restrição ao poder de agir de uma pessoa, não pode decorrer de outra fonte senão da lei. Toda incapacidade é legal e possui caráter de ordem pública. Para que uma pessoa seja privada, total ou parcialmente, do seu poder de agir é necessária que sua situação de fato em que ela se encontra corresponda a uma hipótese jurídica da *capitis deminutio* expressa na legislação civil.

A incapacidade não se confunde com a restrição ao exercício dos direitos que tem origem de negócios jurídicos, *inter vivos* ou *causa mortis*, e nem com a proibição que o ordenamento jurídico estabelece para que determinadas pessoas realizem certos negócios jurídicos, que importam em impedimentos de determinados atos jurídicos.

Segundo as lições de Caio Mário da Silva Pereira<sup>49</sup>, o instituto da incapacidade foi, inicialmente, construído com o intuito de proteger os portadores de deficiência, tendo em vista que os atos praticados por pessoas que não possuem discernimento necessário da realidade são ineficazes, a lei oferece um tratamento especial para as pessoas que não tenham condições psíquicas para praticar de forma pessoal e direta os atos da vida civil, seja em decorrência de distúrbio mental ou fruto da própria inexperiência.

As deficiências podem ter maior ou menor grau de extensão, podendo alcançar a totalidade do discernimento do indivíduo, comprometendo o intelecto profundamente, ou ainda, a falta de discernimento pode ser parcial, isto é, uma redução superficial, aproximando o portador da normalidade.

Para Orlando Gomes<sup>50</sup>, “A incapacidade não tem, desse modo, a mesma extensão. Ora se impõe à pessoa em relação a todos os direitos civis, ora a alguns ou ao modo de exercê-los. Divide-se, conseqüentemente, em incapacidade absoluta e incapacidade relativa”.

As pessoas com maior limitação de compreensão da realidade não são capazes de praticar nenhum ato da vida civil, por isso, devem ser representados por terceiros, são absolutamente incapazes. Já as pessoas que possuem uma menor limitação são inaptas

---

<sup>49</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

<sup>50</sup> GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965. p. 142.

apenas em relação a alguns direitos ou à forma de exercê-los, estando condicionados a assistência para atuar na vida civil, são relativamente incapazes.

A lei permite, ainda, outras causas de supressão da capacidade, tais como, ausência e a condenação penal. O ausente não pode exercer os atos referentes a vida civil, já que constitui obrigação do ordenamento jurídico à nomeação de terceiro que administre os bens da pessoa desaparecida. Apesar do cárcere impedir que o indivíduo pratique os atos da vida civil, não é o condenado considerado como incapaz.

#### 1.5.2.1 Incapacidade absoluta

A incapacidade absoluta traduz-se na impossibilidade do exercício de todos os atos da vida civil. Antes da alteração trazida pela Estatuto das Pessoas com Deficiência<sup>51</sup> ao CC de 2002, vigorava na doutrina majoritária o entendimento de que as suas causas da incapacidade absoluta decorriam de três principais causas, quais sejam, a idade, a enfermidade ou deficiência mental e a impossibilidade, temporária ou não de discernimento.

De acordo com Orlando Gomes<sup>52</sup>, no Código de 1916, dentre os considerados absolutamente incapazes, como os menores de certa idade, os insanos mentais, existiam ainda, os que não conseguem exteriorizar a sua vontade por alguma deficiência física como, por exemplo, a surdi-mudez.

Contudo, as concepções antigas acerca da incapacidade absoluta não encontram mais respaldo no atual ordenamento jurídico, tendo em vista o advento do Estatuto das Pessoas com Deficiência, concretiza-se um novo avanço para a proteção da dignidade da pessoa com deficiência. A nova lei alterou e revogou alguns artigos do CC de 2002, conseqüentemente, gerando alterações estruturais e funcionais na antiga teoria das incapacidades.

Foram revogados os incisos e alterado o *caput* do art. 3º do Código Civil, que possuíam a seguinte redação:

---

<sup>51</sup> BRASIL, Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015, *Estatuto das Pessoas com Deficiência*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm)> Acesso em: 29 out. 2016.

<sup>52</sup> GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I– os menores de dezesseis anos; II– os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III– os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

O entendimento doutrinário, ora ultrapassado, compreendia que os doentes mentais também eram considerados como absolutamente incapazes. Por considerá-los como seres desprovidos da razão, que não podiam exercer seus direitos de forma direta. Independentemente da natureza do processo patológico, eram denominados absolutamente incapazes as pessoas acometidas de grave alteração das faculdades mentais.

Com a tentativa insuficiente de “proteger” os direitos dos insanos mentais, o ordenamento jurídico previa a figura da interdição, que visava assegurar a proteção daqueles que possuem deficiência congênita ou adquirida, ou seja, que não tinham discernimento dos atos que praticavam. Presumia-se que o deficiente mental não conseguia exprimir a sua vontade.

Já a impossibilidade, temporária ou não, para expressar a própria vontade também era caso de incapacidade absoluta.<sup>53</sup> Ou seja, o indivíduo estava inapto para praticar os atos da vida civil, sendo considerados nulos os atos praticados nestas hipóteses.

Com o advento da Lei 13.146/2015, o *caput* do comando foi modificado, prevalecendo que "são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 anos".

Portanto, não existe mais no direito privado brasileiro, pessoa absolutamente incapaz que seja maior de idade. A ação de interdição absoluta não é mais uma providência aceitável para o direito civil, já que era um meio que se destinava a “proteger” o insano mental declarado absolutamente incapaz. Como os menores não podem ser interditados não há que se falar nesta ação. As pessoas com deficiência que eram tratadas pela norma revogada, passam a ser, em regra, plenamente capazes para praticar os atos da vida civil, assegurando sua total inclusão social.

---

<sup>53</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

O art. 6º, do Estatuto das Pessoas com Deficiência, objetivando a inclusão social, assegura aos portadores de deficiência:

Art. 6º. A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: I - casar-se e constituir união estável; II - exercer direitos sexuais e reprodutivos; III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Portanto, atualmente, os únicos presumidos como absolutamente incapazes são os menores impúberes, que não possuem o discernimento necessário ao exercício pessoal do direito, devido a sua condição de infantilidade.

Deve-se analisar dois critérios para a fixação desta incapacidade, tais quais, o fisiológico e o social. Em consequência do critério fisiológico a incapacidade absoluta terminaria assim que a criança atingisse a puberdade. Já o critério social apura a experiência dos negócios jurídicos que possui o indivíduo. A presunção de que a pessoa adquira ao alcançar determinada idade o discernimento indispensável a atividade jurídica, tendo em vista o seu desenvolvimento mental.

#### 1.5.2.2 Incapacidade relativa

A incapacidade relativa está definida no novo art. 4º do CC, que também sofreu alteração após o Estatuto da Pessoa com Deficiência, a nova redação é a seguinte:

Art. 4º. São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;-II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; IV - os pródigos.

A redação revogada o inciso II fazia referência aos indivíduos que possuíam o discernimento reduzido, que deixaram de ser considerados pelo ordenamento jurídico

como reativamente incapazes<sup>54</sup>. Mas a incapacidade relativa dos ébrios habituais, ou seja, pessoas alcoólatras e dos viciados em tóxicos, estão condicionadas ao reconhecimento judicial, obtido por meio do processo de interdição.

Do inciso III foi retirada a menção as pessoas excepcionais sem o desenvolvimento completo, portanto, não incide mais sobre o portador de síndrome de Down, que não é mais visto como uma pessoa relativamente incapaz. Aqueles que eram considerados como absolutamente incapazes, por algum motivo não conseguem exprimir a sua vontade, passam a ser considerados como relativamente incapazes.

As alterações trazidas pelo estatuto buscam a inclusão das pessoas com deficiência, tutelando sua dignidade e seu modo de interagir com a coletividade. A incapacidade dos indivíduos passa ser analisada caso a caso, e a sua flexibilização permite que uma pessoa seja considerada incapaz para praticar determinados atos da vida civil, mas seja capaz de praticar outros. Não se presume mais que todos os deficientes mentais não conseguem exprimir sua vontade, pois existem graus e níveis diferentes de discernimento que uma pessoa possa ter, que variam ao longo do tempo.

---

<sup>54</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

## 2 TEORIA QUEER: UMA NOVA POLÍTICA DE GÊNERO

A palavra queer tem origem anglo-saxônica, sendo usada há mais de 500 anos, com o sentido de “estranho, anormal, excêntrico”. Em Londres, existia um bairro denominado “Queer Street”, onde residiam pessoas consideradas pela sociedade como pervertidas e depravadas, tais como, prostitutas, mendigos e errantes. Posteriormente, o termo queer se tornou uma gíria ofensiva de gays, lésbicas, bissexual, pessoas transgêneras ou transexuais.<sup>55</sup> Tendo em vista que as pessoas que não se enquadram no padrão de heterossexualidade ou binarismo de gênero são consideradas “desviantes”.

Com isso, a sociedade caracteriza como normal a sexualidade dos heterossexuais, levando em conta não apenas o aspecto sexual em si, mas também o aspecto afetivo, que reflete o modo como se dá o comportamento e as relações humanas dentro da coletividade.

Conforme estabelece o binarismo gênero, as pessoas só podem ser, exclusivamente, homens ou mulheres, só existem o masculino e feminino, negando a existência da diversidade de gênero. Portanto, o termo queer, na medida em que se refere ao desviantes, possui uma carga pejorativa. Não existe uma palavra em português que seja sinônimo de queer, sendo aceita a definição “transviado”, sugerida pela professora Berenice Bento.

A partir de 1920, a utilização do termo assumiu um caráter de inclusão, que foi reconhecido por parte da comunidade LGBT, sendo empregado em suas lutas com o objetivo de se opor e contestar a heteronormatividade compulsória. Conforme assimila Guacira Lopes Louro<sup>56</sup>:

[...] com toda sua carga de estranheza e de deboche, é assumido por uma vertente dos movimentos homossexuais precisamente para caracterizar sua perspectiva de oposição e de contestação. Para esse grupo, queer significa colocar-se contra a normalização – venha ela de onde vier. Seu alvo mais imediato de oposição é, certamente, a heteronormatividade compulsória da sociedade; mas não escaparia de sua crítica a

<sup>55</sup> VIEIRA, Helena. Teoria Queer, o que é isso? Os entendidos. *Revista Fórum*. 2015. Disponível em: <<http://www.revistaforum.com.br/osentendidos/2015/06/07/teoria-queer-o-que-e-isso-tensoes-entre-vivencias-e-universidade/>> Acesso em: 12 set. 2016.

<sup>56</sup> LOURO, Guacira Lopes. *Teoria Queer – Uma política pós-identitária para a educação*, 2001. p. 546. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ref/v9n2/8639.pdf>> Acesso em: 13 set. 2016.

normalização e a estabilidade propostas pela política de identidade do movimento homossexual dominante. Queer representa claramente a diferença que não quer ser assimilada ou tolerada e, portanto, sua forma de ação é muito mais transgressiva e perturbadora.

A heteronormatividade compulsória consiste na exigência de que todas as pessoas sejam heterossexuais, pois acredita que exista apenas uma única forma normal de vivência da sexualidade, se estruturando por meio do dualismo que opõe a heterossexualidade e a homossexualidade. Sendo o padrão heterossexual naturalizado e, conseqüentemente, compulsório. Como evidência disso, notamos os incansáveis esforços para se encontrar a causa da homossexualidade, que é encardo como uma excepcionalidade do comportamento sexual natural.

## 2.1 Gênero, Sexo e Orientação sexual

O gênero é compreendido como um conceito, não sendo uma teoria nem uma ideologia, mas sim, um instrumento construído ao longo do desenvolvimento histórico-cultural da sociedade. O gênero binário pressupõe a existência de apenas dois gêneros para definir o ser humano e sua sexualidade, tais quais, o feminino e masculino, que são aceitos historicamente como padrão rígido de normalidade. Desse modo, os critérios de restrição do binarismo estabelecem quais são as atitudes, comportamentos, valores e interesses dos indivíduos de acordo com seu gênero (masculino ou feminino).

Ainda que a definição do gênero esteja vinculada ao modelo dualista cultural, o gênero admite várias orientações sexuais e identidades sociais da sexualidade, na proporção das particularidades que vêm surgindo na realidade social ao longo dos anos.

Segundo Teresa de Lauretis<sup>57</sup>, ainda existem, atualmente, as chamadas técnicas de viver que buscam inserir o indivíduo na sociedade por meio de normas de como “ser mulher” e “ser homem”. Sobre o gênero assevera que:

(1) Gênero é (uma) representação – o que não significa que não tenha implicações concretas ou reais, tanto sociais quanto subjetivas, na vida material das pessoas. Muito pelo contrário.

---

<sup>57</sup> LAURETIS, Teresa de. A tecnologia do gênero. *Tendências e impasses*, p. 209 Disponível em: <<http://marcoareliosc.com.br/cineantropo/lauretis.pdf>> Acesso em: 28 set. 2016.

(2) A representação do gênero é a sua construção – e num sentido mais comum pode-se dizer que toda a arte e a cultura erudita ocidental são um registro da história dessa construção.

(3) A construção do gênero vem se efetuando hoje no mesmo ritmo de tempos passados, como da era vitoriana, por exemplo. E ela continua a ocorrer não só onde se espera que aconteça – na mídia, nas escolas públicas e particulares, nos tribunais, na família nuclear, extensa ou monoparental – em resumo, naquilo que Louis Althusser denominou “aparelhos ideológicos do Estado”. A construção do gênero também se faz, embora de forma menos óbvia, na academia, na comunidade intelectual, nas práticas artísticas de vanguarda, nas teorias radicais, e até mesmo, de forma bastante marcada, no feminismo.

(4) Paradoxalmente, portanto, a construção do gênero também se faz por meio de sua desconstrução, quer dizer, em qualquer discurso, feminista ou não, que veja o gênero como apenas uma representação ideológica falsa. O gênero, como o real, é não apenas o efeito da representação, mas também o seu excesso, aquilo que permanece fora do discurso como um trauma em potencial que, se/quando não contido, pode romper ou desestabilizar qualquer representação.

Com o avanço dos estudos de gênero, que tiveram origem com as lutas dos movimentos feministas, buscando emponderamento feminino, passou a analisar e repensar o significado de “ser mulher” e contestar o papel que lhe foi designado dentro da comunidade. Conforme os estudos da filósofa Judith Butler<sup>58</sup>, o sujeito definido como “mulheres” foi invocado para construir uma solidariedade e identidade dentro da concepção feminista. Conforme assevera filósofa feminista Simone de Beauvoir<sup>59</sup>:

[...] a mulher não poderia ser considerada apenas um organismo sexuado: entre os dados biológicos só tem importância os que assumem, na ação, um valor concreto; a consciência que a mulher adquire de si mesma não é definida unicamente pela sexualidade. Ela reflete uma situação que depende da estrutura econômica da sociedade, estrutura que traduz o grau de evolução técnica a que chegou a humanidade.

No entanto, a unidade do sujeito feminista é contestada a partir da compreensão da distinção de sexo e gênero, o sexo se apresenta como imutável em termos biológicos, já o gênero é uma construção social, portanto não é resultado do sexo e também não possui o seu caráter fixo. A nova vertente começou a questionar se o sujeito do feminismo seria apenas as mulheres.

<sup>58</sup> BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: Feminismo e subversão da identidade*. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

<sup>59</sup> BEAUVOIR, Simone. *O Segundo Sexo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980. p. 73.

O sexo biológico é assimilado como uma classificação científica das gônadas, genitália, dos gametas ou da composição cromossômica do ser humano no momento do seu nascimento, podendo o indivíduo ser identificado, em regra, como macho ou fêmea. Algumas vezes pode ocorrer um distúrbio morfológico e fisiológico das gônadas sexuais, resultando, ao mesmo tempo, na manifestação da estrutura testicular e ovariana, quando a pessoa é hermafrodita.

Mesmo para aqueles que não consideram o sexo, em sua morfologia e constituição binária, problemático, não se deve supor que os gêneros também se limitam ao masculino e feminino. Já que a hipótese de um sistema binário de gêneros traduz implicitamente a crença de que o gênero está intrinsecamente ligado ao sexo, ou por ele limitado. Sobre este tema assevera Judith Butler<sup>60</sup>:

Quando o *status* construído do gênero é teorizado como radicalmente independente do sexo, o próprio gênero se torna um artifício flutuante, com a consequência de que *homem* e *masculino* podem, com igual facilidade, significar tanto um corpo feminino como um masculino, e *mulher* e *feminino*, tanto um corpo masculino como um feminino (grifos do autor).

Por isso, os dados fornecidos pela biologia deverão ser esclarecidos a luz de um contexto ontológico, econômico, social e psicológico. O estudo sobre as mulheres de Simone de Beauvoir configura-se como um importante marco no estudo do gênero, já que conceberem a visão essencialista da “diferença do gênero”, diferença essa que permanece surgindo a partir de novas interpretações dos dados biológicos. Para a visão da autora, a mulher não era vista como um outro, mas sim, um ser cuja a existência estava ligada à sua subalternidade em relação ao homem. Assim dispõe em seu livro<sup>61</sup>:

[...] uma sociedade não é uma espécie: nela, a espécie realiza-se como existência; transcende-se para o mundo e para o futuro; seus costumes não se deduzem da biologia; os indivíduos nunca são abandonados a sua natureza; obedecem a essa segunda natureza que é o costume e na qual refletem os desejos e os temores que traduzem sua atitude ontológica. Não é enquanto corpo, é enquanto corpos submetidos a tabus, a leis que o sujeito toma consciência de si mesmo e se realiza: é em nome de certos

<sup>60</sup> BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: Feminismo e subversão da identidade*. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. p. 26.

<sup>61</sup> BEAUVOIR, Simone. *O Segundo Sexo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980. p. 56.

valores que se valoriza. E, diga-se mais uma vez, não é a fisiologia que pode criar valores. Os dados biológicos revestem os que o existente lhe confere.

Visando a relevância da identidade de gênero que, em síntese, é a forma como a pessoa se apresenta, se sente, se identifica, em relação a si próprio e no âmbito de convívio com a comunidade, bem como, relaciona-se à percepção de si como ser "masculino" ou "feminino", ou ambos, de maneira desvinculada ao seu sexo biológico ou sua orientação sexual, isto é, não se obrigando a enquadrar em um gênero pré-estabelecido, respeitando seu próprio ser, e não as normas compulsórias de comportamento socialmente estabelecidas.<sup>62</sup>

Portanto, identidade de gênero é uma experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder com o sexo biológico, incluindo o senso pessoal do corpo e outras expressões de gênero, tais como, vestimenta e modo de falar. Trata-se da convicção íntima de pertencer ao gênero masculino ou gênero feminino. As pessoas que se identificam com o gênero que lhe foram atribuídos ao nascer são chamadas de cisgêneras, ou cissexual.

A orientação sexual é compreendida como a atração afetiva e sexual que uma pessoa sente pela outra. A orientação sexual é compreendida dentro âmbito da heterossexualidade, homossexualidade e bissexualidade.

A sexualidade é um conceito dinâmico, do ponto de vista das ciências sociais, refere-se às elaborações culturais sobre os prazeres e os intercâmbios sociais/corporais que englobam desejos, sensações, emoções, experiências, proibições, fantasias que são configurados de maneiras diversas dependendo do período histórico.

### 2.1.1 O que é a Teoria Queer?

A Teoria Queer se consolidou após a produção de vários debates intelectuais, que desenvolveram em seus trabalhos teóricos o termo queer, na década de 90.<sup>63</sup> Esta teoria

<sup>62</sup> BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: Feminismo e subversão da identidade*. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

<sup>63</sup> LOURO, Guacira Lopes. *Teoria Queer – Uma política pós-identitária para a educação*. 2001, p. 546. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ref/v9n2/8639.pdf>> Acesso em: 18 set. 2016.

propõe a desconstrução das identidades sexuais via discurso. Os/as teóricos/as queer discordam de toda naturalização ou essencialização de qualquer noção de identidade, criticando as normas e os dispositivos que visam a normatização e normalização identitária, e ainda, acusam este discurso de posicionar, julgar e regular as pessoas dentro da sociedade.

Segundo Guacira Lopes Louro<sup>64</sup>, “efetivamente, a teoria queer pode ser vinculada às vertentes do pensamento ocidental contemporâneo que, ao longo do século XX, problematizaram noções clássicas de sujeito, de identidade, de agência, de identificação”.

Ao contrário do que estabelecem as categorias de orientação sexual, para a teoria queer, não existe identidade hétero, homo, ou bissexual, mas sim, práticas sexuais conduzidas por sujeitos sem identidade fixa. Por isso, todas as pessoas possuem múltiplas identidades e um potencial para a variabilidade do desejo sexual.

O olhar queer busca problematizar as denominadas “políticas de identidades”, que foram um importante instrumento para a criação e o fortalecimento do senso de pertencimento dos grupos oprimidos que lutam pela afirmação de seus direitos, tais como, os movimentos dos negros, das mulheres e dos homossexuais.

Nos dizeres de Seidman citado por Guacira Lopes Louro sobre os/as teóricos/as do queer<sup>65</sup>:

Não obstante, eles/elas compartilham alguns compromissos amplos – em particular, apóiam-se fortemente na teoria pós-estruturalista francesa e na desconstrução como um método de crítica literária e social; põem em ação, de forma decisiva, categorias e perspectivas psicanalíticas; são favoráveis a uma estratégia descentrada ou desconstrutiva que escapa das proposições sociais e políticas programáticas positivas; imaginam o social como um texto a ser interpretado e criticado com o propósito de contestar os conhecimentos e as hierarquias sociais dominantes.

Portanto, a Teoria Queer questiona os pressupostos de saber, reavaliando os conceitos que compreendemos como verdade absoluta sobre as noções de uma natureza masculina, de uma natureza feminina e, de uma essência do desejo. Conforme

<sup>64</sup> LOURO, Guacira Lopes. *Teoria Queer – Uma política pós-identitária para a educação*. 2001. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ref/v9n2/8639.pdf>> Acesso em: 18 set. 2016.

<sup>65</sup> SEIDMAN, 1995, p. 125 apud LOURO, Guacira Lopes. *Teoria Queer – Uma política pós-identitária para a educação*. 2001, p. 547-548. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ref/v9n2/8639.pdf>> Acesso em: 15 set. 2016.

propõe a Teoria Queer esses conceitos não se tratam, de forma alguma de uma essência, ou mesmo, que não há uma ontologia do todo, mas, no máximo, uma relação de mediação cultural dos marcadores biológicos.

### 2.1.2 Origem histórica

Conforme o estudo do professor Richard Miskolci, a Teoria Queer surgiu a partir da crítica em relação à ordem sexual contemporânea, que tiveram início na década de 60, ligadas aos novos movimentos sociais da época.<sup>66</sup>

O autor destaca três principais “novos” movimentos sociais, quais sejam, o movimento pelos direitos civis da população negra no Sul dos Estados Unidos, o movimento feminista da chamada segunda onda e o movimento homossexual. Estes movimentos sociais vieram após a movimento operário ou trabalhador, por isso são chamados de “novos” movimentos sociais, pois suas reivindicações iam além de demandas que tratavam da redistribuição econômica.

Entretanto, a denominação “novos” movimento sociais foi inserida posteriormente, não correspondendo com precisão a história, já que não reconhece a importância feminismo desde sua primeira onda, que se configurou primeiramente como movimento social, que lutava pelo direito ao voto e à educação para as mulheres já no século XIX. Essa visão “eurocêntrica” dos movimentos sociais, que confere um caráter pioneiro apenas ao movimento operário do Ocidente, ignora por completo o movimento abolicionista que ocorreu um século antes no Brasil e nos Estados Unidos.

Os movimentos sociais da década de 1960 inovaram na medida em que obteve uma maior participação da classe média e popular em lutas já existentes, mas que adotaram novas demandas num cenário político onde as instituições tradicionais estavam desacreditadas, sendo questionada a representatividade e autoridade do Estado. A desigualdade não é compreendida apenas no aspecto econômico. As pessoas começaram a perceber que o corpo, o desejo e sexualidade eram meios pelos quais se

---

<sup>66</sup> MISKOLCI, Richard. *Teoria Queer: um aprendizado pelas diferenças*. 2. ed. rev. e ampl., 2. reimp. - Belo Horizonte: Autêntica Editora: UFOP – Universidade Federal de Ouro Preto, 2015. (Série Cadernos da Diversidade; 6).

expressavam as relações de poder.<sup>67</sup>

A luta das mulheres pelos métodos contraceptivos conquistando o controle do seu próprio corpo, os negros contra o racismo e os homossexuais quanto a categorização médico-legal que os enquadrava como perigo social e psiquiátrico, são semelhantes por desconstruir padrões morais que até então eram aceitáveis. O queer vem reforçar a visão da separação da sexualidade e reprodução, destacando a importância do prazer e a extensão das possibilidades relacionais.

A Teoria Queer se consolidou na segunda metade da década de 1980, nos Estados Unidos, quando eclodiu a epidemia da aids gerando um grande pânico sexual, e ainda, teve a situação agravada já que o governo conservador norte-americano não reconheceu a emergência da saúde pública. De maneira oposta se deu no Brasil, pois o combate a epidemia aproximou o Estado e os movimentos sociais.<sup>68</sup>

A epidemia da aids não foi somente um fato biológico, e sim, uma construção social que decidiu determiná-la como uma doença sexualmente transmissível (DST), que no imaginário da população correspondia a um castigo para aqueles que desviavam da ordem sexual tradicional. A forma como a epidemia foi compreendida revela a resposta conservadora dada à Revolução Sexual, a qual no Brasil, foi vivenciada pela chamada “geração do desbunde”.<sup>69</sup>

Nos Estados Unidos, a epidemia da aids foi um catalizador biopolítico que gerou formar de resistências mais severas do movimento gay e lésbico, propiciando o surgimento do ACT UP, uma associação ligada à questão da aids para atacar o poder, e no *Queer Nation*, podendo ser traduzida como nação esquisita ou nação bicha. O *Queer Nation* trazia a ideia de que parte da nação foi humilhada, rejeitada considerada abjeta, motivo de nojo e desprezo, medo de contaminação. O queer surge como resposta e resistência desse momento biopolítico.

Portanto, a problemática queer não é exatamente a da homossexualidade, mas a da “abjeção”, que se refere ao temor e a repugnância que a coletividade sente daquelas pessoas que são considerados por ela como ameaça ao bom funcionamento, à ordem

---

<sup>67</sup> MISKOLCI, Richard. *Teoria Queer: um aprendizado pelas diferenças*. 2. ed. rev. e ampl., 2. reimp. - Belo Horizonte: Autêntica Editora: UFOP – Universidade Federal de Ouro Preto, 2015. (Série Cadernos da Diversidade; 6).

<sup>68</sup> Ibid.

<sup>69</sup> Ibid.

social e política.

Com uma abordagem diferente do movimento homossexual tradicional, que buscavam a aceitação do homossexual como uma pessoa normal e respeitável, o queer, vem alertar que mesmo os gays e lésbicas que se comportam de forma respeitável, voltariam a ser atacados e visto como abjetos. Os movimentos queer não se preocupavam tanto com a aceitação da sociedade, e sim, empenhavam-se em criticar as exigências sociais e convenções culturais, e tenta mostrar como essas forças autoritárias e preconceituosas constroem as experiências da abjeção, vergonha, do estigma.<sup>70</sup>

Em síntese, o movimento homossexual criticava a compreensão compulsória da heterossexualidade, sendo muitas vezes interpretado como a defesa da homossexualidade. O movimento queer denuncia a heteronormatividade, que consiste numa suposta norma social relacionada ao comportamento padronizado heterossexual, que até aceita gays e lésbicas normalizados, mas rejeitam fortemente os “outr@s”, as pessoas consideradas estranhas ou anormais por se desvincularem do gênero ou não encaixarem seus relacionamentos sexuais no modelo heterorreprodutivo.

Richard Miskolci<sup>71</sup> explica a diferença entre o queer e o antigo movimento homossexual:

O queer, portanto, não é uma defesa da homossexualidade, é a recusa dos valores morais violentos que instituem e fazem valer a linha da abjeção, essa fronteira rígida entre os que são socialmente aceitos e os que são relegados à humilhação e ao desprezo.

A Parada do Orgulho Gay de São Francisco adotou o tema queer no ano de 1993. Possibilitando a desestruturação do sentido político dos movimentos sociais que se fundam a partir de identidades, quais sejam, os LGBT, negros ou feministas. O queer começa a questionar o pensamento que resultou no avanço dos novos movimentos sociais da década de 60. O queer contesta o movimento homossexual pois ele foi criado por uma classe média branca letrada, que de maneira inconsciente, buscava construir uma imagem aceitável e limpa da homossexualidade.

<sup>70</sup> MISKOLCI, Richard. *Teoria Queer: um aprendizado pelas diferenças*. 2. ed. rev. e ampl., 2. reimp. - Belo Horizonte: Autêntica Editora: UFOP – Universidade Federal de Ouro Preto, 2015. (Série Cadernos da Diversidade; 6).

<sup>71</sup> Ibid (p. 25).

O queer se relaciona mais com às problemáticas da vergonha, discriminação e do estigma, e se distancia das causas de assimilação identitária de gays e lésbicas. Segundo Richard Miskolci:

O queer busca tornar visíveis as injustiças e violências implicadas na disseminação e na demanda do cumprimento das normas e das convenções culturais, violências e injustiças envolvidas tanto na criação dos “normais” quanto dos “anormais”. Quer alguém seja completamente ajustado e reconhecido socialmente, quer seja alguém marcado, humilhado, as normas e convenções operaram sobre os dois e ambos são capazes de reconhecê-las (grifos do autor).<sup>72</sup>

Para a filósofa Judith Butler, o queer é, síntese, uma nova política de gênero. A mudança da luta política se baseia em duas interpretações distintas no que diz respeito à dinâmica das relações de poder, a primeira parte sob o olhar de que o poder como algo que opera pela repressão, a segunda visão, que foi adotada pelo queer, compreende o poder como mecanismos sociais controladores/disciplinadores.<sup>73</sup>

O filósofo Michel Foucault teve grande influência para a nova concepção das relações de poder<sup>74</sup>. Para o filósofo a ideia de poder como localizável e repressor não encontra correspondência na realidade histórica contemporânea, pois o poder está em toda parte e atua por meio do estímulo dos sujeitos a agirem conforme os interesses hegemônicos. Com isso, o poder deixa de ser ligado a determinada pessoa ou instituição, e começa a ser visto como algo relacional, histórico e cultural que varia ao longo do tempo na sociedade, ou seja, uma situação estratégica de cada época.

O movimento feminista e o movimento homossexual das décadas de 1960 e 1970, tinham a visão de que as mulheres e os homossexuais eram os sujeitos oprimidos, por isso, deveriam lutar pela sua liberdade. O poder era compreendido como a repressão da elite contra o povo, tendo semelhança em alguns aspectos com a inspiração teórica do movimento marxista que marcou o movimento dos operários, ou seja, os sujeitos deveriam lutar contra as formas de opressão.

Na década de 1980, com o avanço do conceito de gênero e junção das ideias sobre

<sup>72</sup> MISKOLCI, Richard. *Teoria Queer: um aprendizado pelas diferenças*. 2. ed. rev. e ampl., 2. reimp. - Belo Horizonte: Autêntica Editora: UFOP – Universidade Federal de Ouro Preto, 2015. (Série Cadernos da Diversidade; 6). p. 26.

<sup>73</sup> BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: Feminismo e subversão da identidade*. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

<sup>74</sup> Ibid (p.27).

a analítica do poder de Michel Foucault, surge a nova política de gênero e mudando o rumo da luta política e começa a problematizar a cultura e as normas que criam os sujeitos.

Surgiu uma versão, que embora predomine atualmente é muito criticada, de que a Teoria Queer surgiu apenas nos Estados Unidos e no ano de 1990, com base na centralidade na produção acadêmica americana, e ainda, tendo em vista que 1990 foi o ano de lançamento dos três livros mais influentes do queer, quais sejam, “Problemas de gênero”, de Judith Butler, “Cem anos de homossexualidade”, de David M. Halperin, e “A epistemologia do armário”, de Eve Kosofsky Sedgwick.<sup>75</sup>

Segundo Richard Miskolci, as inovações inicialmente trazidas pelo estudo queer são duas, quais sejam, a primeira mudança é que crença de que a maioria seja heterossexual e que a minoria é homossexual, se a homossexualidade é uma construção social a heterossexualidade também foi construída. Portanto, o binário hetero-homo é uma construção histórica que deve ser repensada pela sociedade. Foi comprovado por pesquisas sócio-antropológicas, durante a epidemia da aids, que os indivíduos transitavam em diferentes formas de se relacionar.

A segunda inovação é que as feministas mulheres e homens criaram a Teoria Queer. Como a maior parte dos estudos gays e lésbicos partiam de homens que não liam os estudos feministas, a Teoria Queer é uma vertente do feminismo. O olhar queer vem perguntar se o sujeito do feminismo é a mulher. Já que a maioria dos estudos feministas partem da concepção de que gênero é mulher.

Para a Teoria Queer o masculino e o feminino podem estar presentes tanto em homens quanto em mulheres. Todas os homens e mulheres possuem determinados comportamentos, gestuais, formas de ser que a sociedade ora identifica como masculinos, ora identifica como femininos, independente do sexo anatômico dos indivíduos. Por isso, o gênero é intrinsecamente ligado as normas e convenções culturais que mudam ao longo do tempo de acordo com a coletividade. Nos dizeres de Miskolci<sup>76</sup>:

[...] a Teoria Queer tem um duplo efeito: ela vem enriquecer os estudos

<sup>75</sup> MISKOLCI, Richard. *Teoria Queer: um aprendizado pelas diferenças*. 2. ed. rev. e ampl., 2. reimp. - Belo Horizonte: Autêntica Editora: UFOP – Universidade Federal de Ouro Preto, 2015. (Série Cadernos da Diversidade; 6). p.31.

<sup>76</sup> Ibid (p.32)

gays e lésbicos com sua perspectiva feminista que lida com o conceito de gênero, e também sofisticada o feminismo, ampliando seu alcance para além das mulheres. Mas, como toda vertente teórica, ela reúne diferentes autores/as e perspectivas sob um mesmo rótulo criado *a posteriori*. Historicamente, o termo “Teoria Queer” foi cunhado por Teresa de Lauretis, em 1991, como um rótulo que buscava encontrar o que há em comum em um conjunto muitas vezes disperso e relativamente diverso de pesquisas (grifos do autor).

O movimento homossexual anterior, em grande parte, produziu estudos sobre homens gays que optavam por comportamentos visto como masculinos, tentando criar uma imagem limpa e respeitável do homem gay, que é aceita pela coletividade, relegando a marginalização aqueles que eram maltratados por transcenderem as normas de gêneros, como por exemplo, os gays xingados de afeminados, bichas, viados. A sociedade incentiva que os homossexuais lidem com o seu desejo de forma comportada, buscando a sua aceitação. Para Richard Miskolci<sup>77</sup>:

Um olhar queer sobre a cultura convida a uma perspectiva crítica em relação às normas e convenções de gênero e sexualidade que permitem – e até mesmo exigem – que muitas pessoas sejam insultadas cotidianamente como esquisitas, estranhas, anormais, bichas, sapatões, afeminados, travestis, boiolas, baitolas, e por aí vai.

Portanto, observamos a diferença entre o movimento queer e o movimento homossexual, tendo o movimento queer uma preocupação maior do que a aceitação dos gays e lésbicas, o objetivo do estudo queer não é apenas encontrar o tratamento correto para se dirigir a alguém, ou seja, a criação de uma tabela de identidades, mas sim, questionar às normas e convenções sociais como padrão único de normalidade, tendo em vista que é por meio desse binômio de classificação “normal-anormal” que o xingamento, a violência e a abjeção são perpetuados.

---

<sup>77</sup> MISKOLCI, Richard. *Teoria Queer: um aprendizado pelas diferenças*. 2. ed. rev. e ampl., 2. reimp. - Belo Horizonte: Autêntica Editora: UFOP – Universidade Federal de Ouro Preto, 2015. (Série Cadernos da Diversidade; 6). p.33.

### 3 A ATUAÇÃO DO STF NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 845.779/SC

Em novembro de 2015, iniciou o julgamento, com repercussão geral, do RE 845.779/SC pelo Supremo Tribunal Federal. Trata-se de uma mulher transexual, notoriamente conhecida como Ama, que ajuizou ação de indenização por danos morais em face de Beiramar Empresa Shopping Center Ltda.<sup>78</sup>

O caso concreto ocorreu quando uma mulher transexual foi barrada ao tentar utilizar um banheiro feminino dentro de um shopping em Santa Catarina. Ganhando grande repercussão haja vista o caráter inédito da discussão tratada pelo STF sobre o direito de transexuais poderem usar os banheiros conforme sua “identidade de gênero”, ou seja, como se identificam, seja homem ou mulher, independentemente do sexo a que pertencem.

Segundo Ama, ao tentar fazer uso do banheiro feminino, como estava habituada a fazer em diversos locais, foi abordada por uma funcionária do corpo de seguranças do shopping que a impediu de utilizar o banheiro, obrigando que ela se retirara imediatamente do banheiro feminino, a segurança argumentou que a presença de Ama dentro do banheiro feminino causaria constrangimento às outras mulheres que frequentavam o estabelecimento.

Após o ocorrido, a transexual entrou numa das lojas do shopping procurando um outro banheiro que fosse privado para que ela pudesse utilizar de forma excepcional, um banheiro que normalmente não era designado ao uso comum do público, tendo em vista não querer criar maiores problemas com o shopping, entretanto, a recorrente foi informada que não existia nenhum banheiro privado.

Consequentemente, por não ter conseguido utilizar o banheiro do shopping para fazer suas necessidades fisiológicas, Ama não aguentou mais controlar sua vontade, tendo em vista seu nervosismo, acabou fazendo as necessidades fisiológicas nas próprias vestes, sob o olhar das pessoas que estavam passeando dentro do shopping, gerando, assim, um imenso mal-estar. A transexual passou ainda por mais uma situação

---

<sup>78</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 845.779/SC – Santa Catarina. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. *Acompanhamento Processual*, Acórdãos, 10 março 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>> Acesso em: 5 nov. 2016.

vexatória e humilhante ao ter que retornar para sua residência por meio de transporte público. Com isso, ajuizou o pedido de reparação dos danos morais por ela sofridos.

A sentença de primeiro grau julgou procedente o pedido, condenando *shopping center* ao pagamento da indenização por danos morais, no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais). Entretanto, a ré apresentou recurso de apelação em face da decisão proferida, tendo a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina dado provimento à apelação interposta pelo ora recorrido, para reformar a sentença e confirmar a improcedência do pleito inicial, e ainda, declarou o prejuízo do recurso da autora.<sup>79</sup>

A sentença reformada afastou a incidência do art. 14, do CDC, com isso, não há que se falar em responsabilidade objetiva do *shopping center*, tendo em vista que não ficou demonstrado o defeito na prestação serviço feita pelo fornecedor, já que não teve violação do dever de segurança. Apenas ficou comprovado nos autos que a autora foi abordada no banheiro feminino por funcionária do estabelecimento, para que se dirigisse ao banheiro masculino.

Justificando que a recorrente não comprovou existência dos pressupostos da responsabilidade civil, haja vista que na prova testemunhal produzida não restou demonstrada abordagem discriminatória ou agressiva por parte da funcionária. Com isso, o Tribunal de origem entendeu que a conduta praticada pela funcionária não é reprovável, por isso, não mereceu prosperar o pedido de indenização.

Para o TJSC, a indenização por danos morais se configura quando houver violação do direito à personalidade, com grave consequência no psiquismo da vítima, e não o simples dissabor ou qualquer aborrecimento como no caso concreto. Para que fosse configurado neste caso o ato ilícito era necessário a presença dos três três elementos, quais sejam, fato lesivo causado pelo agente, ocorrência do dano moral e nexos de causalidade entre o dano e a conduta do agente.

Posteriormente, foram desprovidos os embargos declaratórios interpostos.

O acórdão foi objeto do RE 845.779/SC, com o seguinte fundamento constitucional:

---

<sup>79</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 845.779/SC – Santa Catarina. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. *Acompanhamento Processual*, Acórdãos, 10 março 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>> Acesso em: 5 nov. 2016.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição.

Sendo alegada violação aos arts. 1º, III; 5º, V, X, XXXII, LIV e LV; e 93, todos da Constituição<sup>80</sup>:

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.** 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**, nos termos seguintes: **V- é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; X- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;** XXXII- o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; **LIV- ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;** LV- aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (grifo nosso).

A recorrente alega não houve a devida prestação jurisdicional, portanto a decisão impugnada é nula, o Tribunal de origem não se manifestou acerca dos dispositivos constitucionais elencados nos embargos declaratórios.

Para a recorrente, a abordagem feita com intuito de impedir que transexual utilize banheiro de acordo com o sexo ao qual se identifica, caracteriza atitude ofensiva ao princípio da dignidade da pessoa humana e aos direitos da personalidade. A mulher transexual se reconhece como gênero feminino, portanto, o banheiro adequado para ela utilizar é o feminino, constituindo grave violação constitucional condicionar o uso do sanitário masculino para a mulher transexual.

Alegou, ainda, contradição no pronunciamento dos magistrados, que apesar de entenderem ausente o dano moral, por falta de provas, analisaram a intensidade do

---

<sup>80</sup> BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 08 nov. 2016.

impacto psíquico sofrido pela recorrente e o classificaram como mero aborrecimento do dia a dia. Tendo em vista que compete ao STF a proteção dos direitos à honra e à integridade da pessoa humana, deverá ser determinada a indenização dos danos morais decorrentes de sua violação. Visto isso, o estabelecimento deverá ser objetivamente responsabilizado pelo ato ilícito praticado pela funcionária.<sup>81</sup>

Aduz que o tema debatido deverá ser analisado com repercussão geral, haja vista possuir relevância social e jurídica, pois trata de reconhecer a pessoa pertencente a uma minoria seus direitos básicos para viver de forma digna.

O *shopping center*, nas contrarrazões, contestou acerca da impossibilidade do exame de matéria infraconstitucional e fático-probatória. E alega que o ato atacado pela recorrente se encontra de acordo com a legislação.

Como o recurso extraordinário, no qual se pede a reforma do acórdão proferido pelo TJSC, não foi admitido na origem, a recorrente interpôs agravo contra a decisão que lhe negou seguimento, tendo sido convertido em extraordinário pelo ministro relator do caso Luís Roberto Barroso.

Os ministros Luís Roberto Barroso e Edson Fachin foram favoráveis a pretensão da recorrente, para que as pessoas transgêneras usassem o banheiro conforme a sua identidade de gênero e também pelo pagamento da indenização em favor da autora.

O ministro Luiz Fux interrompeu o julgamento com um pedido de vista.

### 3.1 Estudo de Caso

Ao analisarmos o voto do ministro relator Luís Roberto Barroso no RE 845.779/SC, que julgou favorável o uso do banheiro pela transexual conforme sua identidade de gênero, notamos a tendência de se interpretar o caso a partir da visão do antigo movimento homossexual e não sob o aspecto da nova política gênero consolidada pela Teoria Queer.

Mesmo tendo o ilustre ministro votado no sentido de respeitar a liberdade sexual e autodeterminação da transexual, que é considerado um grande avanço na ampliação do alcance do princípio da dignidade da pessoa humana para as minorias, notamos que

---

<sup>81</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 845.779/SC – Santa Catarina. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. *Acompanhamento Processual*, Acórdãos, 10 março 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>> Acesso em: 5 nov. 2016.

persiste a reprodução de conceitos que foram problematizados pela nova política de gênero.<sup>82</sup>

Para melhor compreensão do julgamento faz-se necessário o estudo das nomenclaturas utilizada pelo movimento homossexual, que busca definir as múltiplas dimensões do gênero por meio da atualização da sigla LGBT para LGBTTTI, que significa, respectivamente, Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais, Transgêneros e Intersexuais. A comunidade é formada por pessoas que possuem orientação sexual e identificação diferente do padrão escolhido como normal pela sociedade, um padrão preconceituoso que acaba marginalizando as pessoas que não se enquadram nele.<sup>83</sup>

As lésbicas e os gays fazem parte da categoria da homossexualidade feminina e masculina. A homossexualidade é a atração afetiva e sexual por uma pessoa do mesmo sexo, difere da heterossexualidade que é a atração por pessoa do sexo oposto. Não existe explicação para a orientação sexual, em vista disso, a psicologia não considerada a orientação sexual como uma opção consciente que possa ser mudada por um ato de vontade.

As relações homossexuais sempre foram vistas de forma preconceituosa, sendo rotuladas no passado como patologia, isto é, vinculada a desordem mental do indivíduo. Por este motivo, não se utiliza mais a palavra “homossexualismo”, que tem a conotação de doença e anormalidade, e sim, o seu termo substituto “homossexualidade”. Desde 1993, a Classificação Internacional de Doenças (CID) não inclui mais a homossexualidade como doença.<sup>84</sup>

Os bissexuais são pessoas que apresentam orientação ambivalente, ora pelo sexo masculino, ora pelo sexo feminino, ou seja, se relacionam sexual e afetivamente com qualquer dos sexos.

As travestis são as pessoas que desejam ter a aparência do sexo oposto. Muitas travestis mudam seus corpos recorrendo a terapia hormonal, ou colocando próteses de

---

<sup>82</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 845.779/SC – Santa Catarina. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. *Acompanhamento Processual*, Acórdãos, 10 março 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>> Acesso em: 5 nov. 2016.

<sup>83</sup> FERRAZ, Carolina Valença et al., *Manual do direito homoafetivo*, São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>84</sup> Ibid.

silicone e outras cirurgias plásticas, mas não é obrigatória que a travesti faça as referidas intervenções no seu corpo. Segundo a definição dada pela ANTRA (Articulação Nacional de Travestis e Transexuais), o vocábulo travesti deve ser utilizado com o artigo definido feminino “a”, sendo incorreta a denominação “o travesti”.

Os transexuais são indivíduos que apresentam identificação psicológica diferente da esperada pelo seu sexo biológico. Portanto, a mulher transexual chamada Ama, nasceu com sexo biológico masculino, isto é, genitália externa e interna do sexo masculino, porém não aceita o seu sexo anatômico, possuindo identificação psicossocial com o sexo feminino. Normalmente, os transexuais possuem o desejo de realizar a cirurgia de redesignação sexual (mudança de sexo).

Os transgêneros são pessoas que possuem identificação de gênero que não corresponde ao gênero que lhe foi atribuído ao nascimento. Portanto, ultrapassam as fronteiras de gênero construídas culturalmente para um e para outro sexo. As pessoas transgêneras abarcam as travestis e as pessoas transexuais.<sup>85</sup>

Os intersexuais são pessoas nascidas com genitália que fogem do padrão social, possuem uma anatomia reprodutiva e sexual que não se ajusta as definições de feminino ou masculino, tendo desenvolvido, de forma parcial ou completa, os dois órgãos sexuais, podendo ser que um predomine sobre o outro.

A expressão “trans” faz referência a todas as pessoas que possuem uma identidade ou expressão de gênero diferente daquela que lhe foi atribuída ao nascimento, podendo incluir as pessoas transexuais, transgêneros, travestis, cross dressers, não gêneros, multigêneros, gênero fluído, gênero queer e entre outros.

Acerca da interpretação dada sobre pessoas “trans” no julgamento do STF, ao analisarmos o acórdão, notamos que o ministro Luís Roberto Barroso parte da seguinte definição de transexualidades:

Segundo definição da Organização Mundial da Saúde – OMS, o transexualismo consiste no “desejo de viver e ser aceito como um membro do sexo oposto, usualmente acompanhado por uma sensação de desconforto ou impropriedade de seu próprio sexo anatômico e um desejo de se submeter a tratamento hormonal e cirurgia para tornar seu corpo tão congruente quanto possível com o sexo preferido” (grifo do autor).

---

<sup>85</sup> FERRAZ, Carolina Valença et al., *Manual do direito homoafetivo*, São Paulo: Saraiva, 2013.

A terminologia transexualismo não é utilizado pelos estudiosos do gênero, pois o sufixo “ismo” tem a conotação pejorativa e preconceituosa, haja vista que remete a anormalidade ou doença. Sendo “transexualidade” o termo correto a ser empregado. Segundo a visão da Teoria Queer o gênero é uma construção social, tendo sido questionada a definição do gênero dada pela medicina ou pelas ciências biológicas, que se limitam ao sexo anatômico dos indivíduos, com isso, a definição da OMS não foi a melhor escolha para defender os direitos da mulher transexual.

A Procuradoria-Geral da República faz uma brilhante manifestação no caso concreto, explicando como se deu o reconhecimento dos direitos LGBT, a prestação jurisdicional como ação afirmativa de proteção da minoria, o direito das pessoas transgêneras à identidade e ao reconhecimento:

Imperioso, então, reconhecer que, para fins de “escolha” do banheiro a ser utilizado, basta que a pessoa, por não desejar ser identificada e socialmente reconhecida pelo seu sexo biológico (“de nascença”) – ou seja, por uma questão de identidade –, apresente-se como do sexo oposto (grifos do autor).

No entanto, a manifestação da PGR pressupõe que seja necessária a delimitação do termo “trans” para fins de proteção, deixando de abordar como seria a utilização do banheiro para as outras manifestações de gênero, tais como, gênero neutro, gênero fluído, gênero queer, o que gera insegurança jurídica em relação aos direitos dos “outr@s”.

Portanto, parte das pessoas que não se enquadram no modelo heteronormativo continuam sem a devida proteção dos seus direitos, justamente, aquela que mais se afastam das normas e convenções culturais que são tidas como verdades incontestáveis, são os grupos que mais sofrem preconceito e discriminação, e acabam tendo negada a existência ou são vistos com indiferença, como por exemplo, do gênero neutro.

Apesar de o caso paradigmático em debate pelo STF configurar um verdadeiro avanço social, pois envolve demandas acerca da concretização do direito à autodeterminação de alguns grupos “trans”, ou seja, aqueles que possuem alguma identificação de gênero, como por exemplo as mulheres transexuais, cumpre salientar que apesar da entrada de travestis, transexuais e outros, que anteriormente não eram

considerados dignos de participar da luta do movimento homossexual, ser um avanço social, essa entrada não configura a adoção de uma nova política de gênero.

Ao analisarmos o caso, reconhecemos que a lógica identitária que regia o antigo movimento homossexual atua também na entrada e pluralização dos sujeitos dos movimentos sociais, portanto, infelizmente, não tendo sido repensado a forma de atuação dos movimentos identitários.

Com isso, continua a perpetuação da crença que divide os indivíduos entre o binário hetero-homo e a luta política pela defesa da homossexualidade, no qual as pessoas “trans” são apenas aquelas que se autodeterminam com o sexo oposto ao atribuído no nascimento, e não aquelas que rompem as barreiras de gênero do modelo dualista (homem e mulher), como por exemplo a geração queer, corroborando assim, com a falsa premissa de que só existem dois gêneros, o masculino ou o feminino.

William Siqueira Peres<sup>86</sup> explica a dualidade do pensamento contemporâneo:

Um primeiro apontamento possível diz respeito aos obstáculos ainda encontrados nos modos de produção do pensar e do sentir contemporâneos, marcado intensamente pela filosofia platônica, que impõe um modelo único de verdade, a partir da qual poderia ser produzida a “boa cópia”. Deriva daí o estabelecimento de binaridades que apenas contribuem para a cristalização de identidades que se fecham em si mesmas e não permitem questionamentos e/ou aberturas para outras possibilidades de existência. Encontramos aqui oposições binárias (fixas e polarizadas) entre o masculino e o feminino, a heterossexualidade e a homossexualidade, o certo e o errado, o normal e o patológico, o pecado e a virtude. Binarismos estes que enfraquecem a vida e fazem dela uma normatização opaca e cristalizada. A rigidez e a intensidade com que as binaridades atuam fazem com que as pessoas se fixem em padrões inquestionáveis de verdade e se viciem em identidade reificadas.

Portanto, apesar de ser um grande avanço, o parecer da PGR e o voto do ministro relator Luís Roberto Barroso, não atendem as expectativas da nova política gênero, na medida em que não questionam a demanda a partir das normas que criam os sujeitos. O caso concreto não foi analisado sob a ótica da Teoria Queer, e continuou preservando a análise do movimento homossexual no qual as relações de poder são vistas como algo

---

<sup>86</sup> PERES, William Siqueira. Cenas de exclusões anunciadas: travestis, transexuais, transgêneros e a escola brasileira. In: *Diversidade sexual na educação: problematização sobre a homofobia nas escolas*. UNESCO, 2009, p. 257.

que opera pela repressão, onde os sujeitos devem lutar contra o poder para obter a liberdade.<sup>87</sup>

Portanto, o entendimento do STF garante a proteção aos direitos daquelas pessoas “trans” que se identificam com o gênero masculino ou feminino, deixando de abordar os outros grupos “trans”, como o gênero fluído e gênero neutro, que passam por desafios na hora de utilizar espaços público reservados à população, como os banheiros, tendo em vista que são divididos sob a lógica de existência de apenas dois gêneros, o masculino ou feminino.

A Teoria Queer vê as relações de poder sobre outra perspectiva, que são vistas como mecanismos sociais disciplinadores e não mais como mecanismos de opressão, no qual a luta política é por desconstruir as normas e as convenções culturais que nos instituem como sujeitos.<sup>88</sup>

Para alcançar a efetiva concretização da dignidade da pessoa humana, que é um valor supremo que rege o ordenamento jurídico, não basta simplesmente buscar uma tabela de identidades para enquadrar as pessoas que transcendem o gênero binário, e sim, devemos questionar o processo de classificação que perpetua a divisão dos seres humanos em “normais” e “anormais”, ou que tentam insistentemente enquadrar o gênero dentro de um modelo.

Haja vista que as pessoas nunca couberam num número limitado de orientações de desejo, e ainda, tanto as pessoas que se enquadram socialmente quanto as que são abjetos sociais, discordam das normas e convenções culturais, e reconhecem o caráter compulsório, violento e injusto destas normas.

Ainda que não tenha sido abordada a Teoria Queer no caso concreto, as decisões favoráveis proferidas pelos ministros Luís Roberto Barroso e Edison Fachin ao uso do banheiro conforme a identidade de gênero das pessoas transgêneras representa um avanço no respeito aos direitos das minorias, tendo em vista que se respeita a autonomia

---

<sup>87</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 845.779/SC – Santa Catarina. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. *Acompanhamento Processual*, Acórdãos, 10 março 2015 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>> Acesso em: 5 nov. 2016.

<sup>88</sup> MISKOLCI, Richard. *Teoria Queer: um aprendizado pelas diferenças*. 2. ed. rev. e ampl., 2. reimp. - Belo Horizonte: Autêntica Editora: UFOP – Universidade Federal de Ouro Preto, 2015. (Série Cadernos da Diversidade; 6).

do indivíduo, ou seja, a importância de respeitar a convicção íntima do ser humano, seja aqueles que tenham ou não uma determinada identidade de gênero.

A tendência da interpretação do ordenamento jurídico não permite mais que as pessoas “trans” sejam tratadas socialmente por gênero diverso ao qual se identificam, independentemente de ser masculino ou feminino, ou ambos, ou nenhum, ou qualquer outra expressão de gênero.

O direito à autodeterminação de gênero deve ser garantido as pessoas transgêneras, pois é uma extensão do direito à personalidade garantido constitucionalmente, sendo intrínseca ao princípio da dignidade da pessoa humana, a pessoa deve ser tratada socialmente pela forma com que se apresenta publicamente.

A identidade de gênero tem relação com as identificações histórico-sociais dos sujeitos, que possuem a convicção íntima de pertencer ao gênero masculino ou feminino, já a identidade sexual se relaciona com a maneira que as pessoas sentem ou experimentam a sua orientação sexual.

Conclui-se que tratar uma pessoa como se pertencesse a gênero diverso daquele com que ela se enxerga no íntimo é uma grave violação ao direito à personalidade, perpetuando intolerância e preconceito com as diferenças, conduta que não cabe mais dentro da sociedade contemporânea.

Quando a Constituição institui a proteção da dignidade da pessoa humana, engloba à liberdade individual, à liberdade sexual, o respeito a autonomia da vontade e aos direitos personalíssimos de todos os cidadãos, principalmente, aos grupos que vêm seus direitos constantemente violados, como os “outr@s”.

Na atualidade, existe um crescente número de novas identidades sexuais e de gênero, que causam muitas dúvidas para grande parte da sociedade, que diante dessa transição entre formas de amar e se relacionar, a sociedade tenta ficar indiferente, corroborando com o pensamento confuso e preconceito sobre o tema.

A ideia da quebra dos padrões sociais é um enorme desafio, ainda que a binaridade cultural (masculino e feminino), baseada num fundamento fisiológico, ou seja,

órgão reprodutor, e na filosofia moral, não encontre mais justificativa na sociedade contemporânea.<sup>89</sup>

Com isso, é necessário que a perspectiva dualista seja rompida e que seja aceita as singularidades de cada identificação, pois aqui não se encontra a ideia da universalidade, visto que as representações têm distintas peculiaridades.

Portanto, no caso concreto poderia ser discutido e problematizado, à luz da Teoria Queer, a normatização da divisão dos banheiros em dois gêneros, o masculino e o feminino, e quais são os problemas desencadeados a partir daí, haja vista a multiplicidade de expressões de gênero existente na sociedade atual.

---

<sup>89</sup> MISKOLCI, Richard. *Teoria Queer: um aprendizado pelas diferenças*. 2. ed. rev. e ampl., 2. reimp. - Belo Horizonte: Autêntica Editora: UFOP – Universidade Federal de Ouro Preto, 2015. (Série Cadernos da Diversidade; 6).

## CONCLUSÃO

A dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Sua finalidade, na qualidade de princípio fundamental, é assegurar ao homem um mínimo de direitos que devem ser respeitados pela sociedade e pelo poder público, de forma a preservar a valorização do ser humano.

Sendo o princípio da dignidade da pessoa humana um fundamento da República, que foi erigido a essa categoria por ser um valor central do direito ocidental que prima pela preservação da liberdade dos cidadãos. Portanto, um princípio fundamental alicerce de todo o ordenamento jurídico pátrio, que não é passível de mitigação ou relativização, sob pena de gerar a instabilidade do regime democrático, o que confere ao dito fundamento caráter absoluto.

Constitui uma questão constitucional saber as pessoas podem ser tratadas socialmente como se pertencessem ao gênero diverso daquele com o qual se identificam e/ou se apresentam publicamente, pois a identidade de gênero e identidade sexual estão diretamente ligadas ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Feito o estudo de caso do RE 845.779/SC, pendente de julgamento no STF, nota-se que apesar dos votos dos ministros e do relatório da PGR serem favoráveis a pretensão da autora, configurando um enorme avanço para a proteção das minorias, a demanda não foi avaliada à luz da Teoria Queer, ou seja, não há indícios que o STF aborde a nova política de gênero para fundamentar o debate acerca dos direitos das pessoas “trans” e “outr@s”. Portanto, percebe-se que não restou comprovada nesta pesquisa científica a hipótese inicial.

O reconhecimento da autodeterminação de gênero como uma extensão do direito à personalidade, com direito à reparação civil em caso de violação, é um marco em favor da diversidade e da cidadania na sociedade moderna.

Entretanto, ainda que os movimentos identitários tenham grande importância histórico-cultural, o STF não pode deixar de continuar avançando rumo à proteção de todos os que não se identificam com o modelo heteronormativo, perpetuando que todos se enquadram em algum modelo de identidade. Ou seja, deve-se incluir a proteção aquelas pessoas que possuem o gênero neutro, gênero fluído, membros da geração

queer, que são relegados à abjeção por romperem a barreira do gênero feminino-masculino.

A luta política do movimento homossexual é um primeiro passo em busca dos direitos daqueles relegados à abjeção social, surgindo com a geração queer um segundo e mais importante, no qual se busca a problematização dos padrões e normas culturais que perpetuam a violência e o preconceito. Com isso, devemos ultrapassar os limites previamente estabelecidos pelos estudos médico-biológicos sobre o gênero e sexualidade, que definem como “anormal” o fenômeno da transexualidade.

A autonomia da vontade é compreendida como um dos pilares do direito civil, o princípio concede ao próprio indivíduo o poder se autogovernar, portanto, a pessoa tem liberdade para traçar suas próprias normas de conduta em busca da sua realização pessoal, sem a interferência arbitrária de terceiros, podendo tomar suas próprias decisões de forma livre, não se sujeitando a vontade de outrem. O que não for proibido por lei, é passível realização pelos cidadãos, desde que não atente contra à ordem pública.

Portanto, a forma como a pessoa vivencia a própria sexualidade e sua expressão de gênero dever ser respeitada, devendo o ordenamento jurídico garantir os direitos fundamentais das minorias de gênero, ou seja, daqueles que se adequam ou não ao modelo heteronormativo, tendo em vista o respeito ao valor da autonomia da vontade e ao princípio da personalidade e da dignidade da pessoa humana, a convicção íntima do indivíduo deve ser protegida.

## REFÊRENCIAS

- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Introdução à história do direito*. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007.
- BEAUVOIR, Simone. *O Segundo Sexo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.
- BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1976.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 29 set. 2016.
- \_\_\_\_\_. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)> Acesso em: 15 ago. 2016.
- \_\_\_\_\_. Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015, *Estatuto das Pessoas com Deficiência*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm)> Acesso em: 29 out. 2016.
- \_\_\_\_\_. Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973, *Lei de Registros Públicos*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6015original.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015original.htm)> Acesso em: 27 set. 2016.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 845.779/SC – Santa Catarina. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. *Acompanhamento Processual*, Acórdãos, 10 março 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>> Acesso em: 5 nov. 2016.
- BUTLER, Judith. *Problemas de Gênero: Feminismo e subversão da identidade*. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.
- FERRAZ, Carolina Valença et al., *Manual do direito homoafetivo*, São Paulo: Saraiva, 2013.
- FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. Os direitos da personalidade como direitos essenciais e a subjetividade do direito. *Revista Jurídica Cesumar*, v.6, 2006. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/viewFile/313/172>> Acesso em: 20 set. 2016.
- FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965.
- GOZZO, Débora; MOINHOS, Deyse dos Santos apud Mill, Stuart, 1991. p.53. *A disposição do corpo como direito fundamental e a preservação da autonomia da vontade*.

Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=72fed322f249b958>> Acesso em 18 set. 2016.

LAURETIS, Teresa de. A tecnologia do gênero. *Tendências e impasses*, p. 209 Disponível em: <<http://marcoareliossc.com.br/cineantropo/lauretis.pdf>> Acesso em: 28 set. 2016.

LOURO, Guacira Lopes. *Teoria Queer – Uma política pós-identitária para a educação*, 2001, p. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ref/v9n2/8639.pdf>> Acesso em: 13 set. 2016.

MISKOLCI, Richard. *Teoria Queer: um aprendizado pelas diferenças*. 2. ed. rev. e ampl., 2. reimp. - Belo Horizonte: Autêntica Editora: UFOP – Universidade Federal de Ouro Preto, 2015. (Série Cadernos da Diversidade; 6).

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PERES, William Siqueira. Cenas de exclusões anunciadas: travestis, transexuais, transgêneros e a escola brasileira. In: *Diversidade sexual na educação: problematização sobre a homofobia nas escolas*. UNESCO, 2009.

SEIDMAN, 1995, p. 125 apud LOURO, Guacira Lopes. *Teoria Queer – Uma política pós-identitária para a educação*. 2001, p. 547-548. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ref/v9n2/8639.pdf>> Acesso em: 15 set. 2016.

VIEIRA, Helena. Teoria Queer, o que é isso? Os entendidos. *Revista Fórum*. 2015. Disponível em: <<http://www.revistaforum.com.br/osentendidos/2015/06/07/teoria-queer-o-que-e-isso-tensoes-entre-vivencias-e-universidade/>> Acesso em: 12 set. 2016.

WALD, Arnold. *Direito Civil introdução e parte geral*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Fundamentos de História do Direito*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.