

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ PRESIDENTE DA CORTE  
INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS,**

*“Temos o direito a sermos iguais quando a diferença nos inferioriza. Temos o direito a sermos diferentes quando a igualdade nos descaracteriza. As pessoas querem ser iguais, mas querem respeitadas suas diferenças. Ou seja, querem participar, mas querem também que suas diferenças sejam reconhecidas e respeitadas.”*

**BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS**

A **Clínica de Direitos Humanos e Direito Ambiental** da Universidade do Estado do Amazonas, aprovada pela Resolução nº. 032/2011 – CONAESO, de 09/05/2016, com endereço localizado na Av. Humberto Calderaro, nº. 01, bairro Adrianópolis, Manaus, Amazonas, Brasil, CEP 69.057-015, [REDACTED]

[REDACTED] por intermédio do(a)s pesquisadore(a)s que esta subscrevem, **Sílvia Maria da Silveira Loureiro**, [REDACTED]

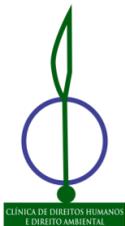
[REDACTED] SESEG/AM, **Denison Melo de Aguiar**, [REDACTED]

[REDACTED] – SEGUP/PA, **Érika Guedes de Sousa Lima**, portadora da Carteira de Identidade nº. 2006009263446 – SSP/CE, **Hérika Luna Arce Lima**, [REDACTED]

**Ian Araújo Cordeiro**, [REDACTED]

[REDACTED] e **Thiago Almeida Rebello**, [REDACTED]

[REDACTED] vem perante Vossa Excelência, na forma e no prazo previstos no artigo 73 do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, oferecer Observações Escritas à Solicitação de Opinião Consultiva apresentada pelo Estado da Costa Rica, em 18/05/2016, para que esta Honorável Corte interprete as obrigações sobre: a) “a proteção oferecida pelos artigos 11.2, 18 e 24 da CADH, em relação ao artigo 1, ao reconhecimento da mudança de nome das pessoas, de acordo com a identidade de gênero de cada uma”; b) “a compatibilidade da prática que consiste em aplicar o artigo 54 do Código Civil da República da Costa Rica, Lei nº 63, de 28 de setembro de 1887, às pessoas que desejam optar por uma mudança de nome a partir de sua identidade de gênero, com os artigos 11.2, 18 e 24, em relação ao artigo 1 da Convenção”, e c) “a proteção oferecida pelos artigos 11.2 e 24, em relação ao artigo 1 da CADH, ao reconhecimento dos direitos patrimoniais derivados de um vínculo entre pessoas do mesmo sexo”, conforme passa a expor.

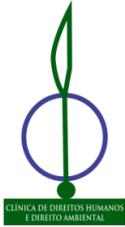


## **1. Do Interesse e Objeto da Manifestação**

A **Clínica de Direitos Humanos e Direito Ambiental (Clínica DHDA)** do Curso de Direito da Escola Superior de Ciências Sociais da Universidade do Estado do Amazonas tem por objetivo promover o aprofundamento dos estudos e pesquisas na área dos direitos humanos e direito ambiental, bem como desenvolver sua prática jurídica, promovendo a capacitação e qualificação dos discentes para uma atuação comprometida com a defesa dos direitos humanos e do meio ambiente.

A necessidade do mais amplo reconhecimento e proteção dos direitos humanos de pessoas LGBT no Brasil, aliada à urgência na criação de normatividade jurídica própria e na compatibilização das normas jurídicas já existentes no país com os instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos, geraram o interesse dos pesquisadores subscritores a produzir trabalhos jurídico-acadêmicos ao longo do ano de 2016, os quais compilados e articulados, subsidiam estas observações escritas apresentadas pela Clínica DHDA, dirigidas a esta Honorable Corte, como forma de contribuição para o exercício de sua competência consultiva.

Para tanto, o presente escrito divide-se em três partes principais com enfoque crítico do Direito brasileiro vigente. A primeira parte tecerá considerações gerais sobre o tema da orientação sexual e identidade de gênero como direito humano. A parte seguinte tratará da proteção e reconhecimento da mudança de nome das pessoas segundo sua identidade de gênero e o meio pelo qual o ordenamento jurídico instrumentaliza o exercício deste direito. A terceira e última parte examinará os avanços impulsionados pelas decisões judiciais acerca da proteção de direitos patrimoniais derivados do reconhecimento do vínculo jurídico entre pessoas do mesmo sexo.



## **2. Considerações Gerais**

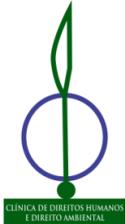
### **2.1 Os Princípios de Liberdade e Não Discriminação no Marco de um Regime Democrático de Direito**

O regime democrático de direito pode ser considerado como aquele que busca respeitar a pluralidade social, permitindo que grupos de minorias, por exemplo, possam se expressar de forma igualitária, com os mesmos direitos que aqueles que formam a maioria. Assim, tal percepção da realidade, devendo ser reconhecida pela população, afasta cada vez mais a possibilidade da instalação de regimes totalitários. Percebe-se, que a partir do momento em que os indivíduos, ao se reconhecerem como sociedade, vejam um mundo de possibilidades, diversidades e pluralidade, não mais aceitando um governo que exija que todos estejam enquadrados dentro de uma mesma forma de ser e de viver, seguindo os mesmos padrões, sociais e as mesmas opiniões políticas, ou seja, os indivíduos rejeitarão condutas autoritárias que ultrapassem os limites da individualidade.

O princípio da liberdade retratado por Stuart Mill, em sua obra, *Ensaio sobre a Liberdade*<sup>1</sup>, é essencial para abordar o presente tema, pois coloca o referido princípio em um patamar acima de qualquer outro, com a ressalva de que o mesmo limita-se à esfera individual do outro. A liberdade como princípio fundamental, relacionado à liberdade social, atua como pilar de um Estado democrático de Direito. Conforme entendimento de Stuart Mill, o Regime democrático surgiu em decorrência da emergência e da exigência de liberdade social, ou seja, uma mínima intervenção do Estado na vida privada do indivíduo,

---

<sup>1</sup>MILL. John Stuart. **Ensaio sobre a liberdade**. Trad. Port. Rita de Cássia Gondim Neiva. Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal, n. 44. São Paulo: Escala, s/d.



devendo os interesses do Estado como um todo estar acima dos interesses daqueles que se encontravam no poder.

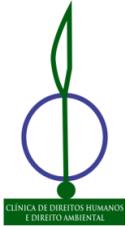
O objeto deste Ensaio é defender como indicado para orientar de forma absoluta as intervenções da sociedade no individual, um princípio muito simples, quer para o caso do uso da força física sob a forma de penalidades legais, quer para o da coerção moral da opinião pública. Consiste esse princípio em que a única finalidade, justificativa da interferência dos homens, individual e coletivamente, na liberdade de ação de outrem, é a autoproteção. 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 justificção suficiente. O indivíduo não pode legitimamente ser compelido a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, por que tal seja melhor para ele, por que tal o faça mais feliz, por que, na opinião dos outros tal seja sábio ou reto. Essas são boas razões para admoestar, para com ele discutir, para o persuadir, para o aconselhar, mas não para o coagir, ou para lhe infringir 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.<sup>2</sup>

Observa-se, portanto, que liberdade e autoridade são institutos que há muito se confrontam, e que mesmo hoje, ainda que de forma velada, o Estado tem muitas vezes dificuldade de exercer o poder, por intermédio dos órgãos do Executivo, Legislativo e Judiciário, sem ultrapassar as barreiras que a individualidade lhes impõe. Stuart Mill trata, portanto, do sistema de tirania das autoridades públicas, mas também destaca um outro tipo de tirania, a da própria sociedade, que exclui aqueles que são minoria:

Como outras tiranias, a tirania do maior número foi, a princípio, e ainda é vulgarmente, encarada com terror, principalmente quando opera por intermédio dos atos das autoridades públicas. Mas pessoas refletidas perceberam que, no caso de ser a própria sociedade o tirano- a sociedade coletivamente ante os indivíduos separados que a compõem-, seus processos de tirania não se restringem aos atos praticáveis pelas mãos de seus funcionários políticos. A sociedade pode executar e executa os próprios mandatos; e, se ela expede mandatos errôneos ao invés de certos, ou mandatos relativos a coisas nas quais não deve intrometer-se, pratica uma tirania social mais terrível que muitas formas de opressão política, desde que, embora

---

<sup>2</sup>MILL. John Stuart. Ob. cit. p. 33-34.



não apoiada ordinariamente nas mesmas penalidades extremas que estas últimas, deixa, entretanto, menos meios de fuga que elas, penetrando muito mais profundamente nas particularidades da vida, e escravizando a própria alma. A proteção, portanto, contra a tirania do magistrado não basta. Importante ainda o amparo contra a tirania da opinião e do sentimento dominantes: contra a tendência da sociedade para impor, por outros meios além das penalidades civis, as próprias ideias e práticas como regras de conduta, àqueles que dela divergem, para refrear e, se possível, prevenir a formação de qualquer individualidade em desarmonia com os seus rumos, e compelir todos os caracteres a se plasmarem sobre o modelo dela própria. Há um limite à legítima interferência da opinião coletiva com a independência individual. E achar esse limite, e mantê-lo contra as usurpações, é indispensável tanto a uma boa condição dos negócios humanos como à proteção contra o despotismo político.<sup>3</sup>

Observa-se, portanto, uma tirania de valor, de opinião, de pensamento, de conduta, de sexualidade, de ideal, de qualquer escolha que não se adeque ao que a sociedade impõe como verdade absoluta. O mesmo autor determina, ainda, que tal conduta social é tão agressiva quanto, ou até mais, que aquela praticada pelas mãos do Estado. Isso porque entende que as possibilidades de se esgueirar da opressão do Estado são maiores do que de se esquivar de uma sociedade opressora.

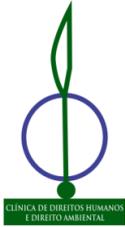
O fenômeno do preconceito e da discriminação emergem como consequência da opressão do Estado e da sociedade. Importante mencionar que o preconceito e a discriminação apesar de serem termos correlatos possuem significados diferentes. Enquanto o primeiro possui abrangência mais ampla e pode-se considerar situado em um campo mais abstrato, o segundo refere-se à aplicação do preconceito no plano concreto. Nas palavras de Roger Raupp Rios:

Por preconceito, designam-se as percepções mentais negativas em face de indivíduos e de grupos socialmente inferiorizados, bem como as representações sociais conectadas a tais percepções. Já o termo discriminação designa a materialização, no plano concreto das relações sociais, de atitudes arbitrárias, comissivas ou omissivas, relacionadas ao preconceito, que produzem violação de direitos dos indivíduos e dos grupos. O primeiro termo é utilizado largamente nos estudos acadêmicos, principalmente na psicologia e muitas vezes nas ciências sociais; o segundo, mais difundido no vocabulário jurídico.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup>MILL. John Stuart. Ob. cit. p. 26- 27.

<sup>4</sup>RIOS, Rogger Raupp. O conceito de homofobia na perspectiva dos direitos humanos e no contexto dos estudos sobre preconceito e discriminação. In: POCAHY, Fernando (org.).



Apesar das inúmeras abordagens que visam conceituar a discriminação, o conceito desenvolvido pelo direito internacional e disposto na Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de Discriminação Racial e na Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, demonstra ser o que melhor conceitua o termo em análise. Desse modo, discriminação é:

[...] qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos econômico, social, cultural ou em qualquer campo da vida pública.<sup>5</sup>

Em outras palavras, percebe-se que a discriminação, como figura jurídica a qual o direito internacional busca combater, posiciona aquém da sociedade todo aquele que, simplesmente, parece, segundo os padrões sociais vigentes, ser diferente.

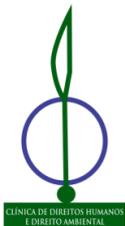
## **2.2 A Harmonia entre o Direito à Cultura e o Princípio de Não Discriminação**

Outro aspecto que precisa ser ressaltado, é que argumentos fincados em particularismos culturais não devem servir como óbice ao pleno gozo e exercício dos direitos humanos de todos. Como afirma Cançado Trindade, até mesmo os críticos iniciais da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 reconhecem hoje que esta “alcançou um determinado grau de universalidade que a tornou aceita por seres humanos de todas as civilizações e culturas”, incorporando-se às Constituições contemporâneas e à prática judicial dos Tribunais nacionais pelo mundo. Assim, apesar da diversidade de convicções e de culturas, a Declaração Universal se tornou possível, afinal a própria

---

**Rompendo o silêncio:** homofobia e heterossexismo na sociedade contemporânea. Porto Alegre: Nuances, 2007, p. 27-28.

<sup>5</sup>Idem, p. 38.



declaração erigiu-se em um marco normativo em defesa destas mesmas distinções e diversidades inerentes ao gênero humano.<sup>6</sup>

Ainda segundo Cançado Trindade, “as culturas não são pedras no caminho da universalidade dos direitos humanos, mas sim elementos essenciais ao alcance desta última”<sup>7</sup>, dispondo, neste sentido, a Declaração e Programa de Ação de Viena (1993):

Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais.

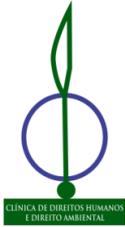
Assim, um balanço histórico-normativo, após quase setenta anos de vigência da Declaração Universal de 1948, não deixa dúvidas de que ela se tornou um instrumento vivo, capaz de se reinterpretar e de se ressignificar. Por conseguinte, o conceito de cultura no direito internacional não deve ser estagnado, nem confundido com tradição, mas sim fruto de uma humanidade que se encontra em constantes mudanças, onde os fatos sociais dão suporte a novas formas de pensamento e comportamento, individual ou coletivo. Nesse sentido é o entendimento de Luiz Eduardo de Melo:

O fenômeno da cultura se destaca como fonte de apoio para compreender o homem tanto na globalidade quanto na atividade cultural. Diz Geertz, (1978), “A cultura fornece o vínculo entre o que os homens são intrinsecamente capazes de se tornar o que eles realmente se tornam, um por um” (p.94). Na cultura ocorrem dois pontos culminantes: o realizado e o verificado empírico, num dinamismo e numa capacidade criadora e inovadora. O dinamismo da cultura radica no homem a essência da própria cultura. Com o progresso da consciência histórica, a cultura organizacional começa a se alargar tornando-se evolutiva a capacidade do ser racional de forma a poder exercer sua liberdade fazendo com que o princípio moral do

---

<sup>6</sup> CANÇADO TRINDADE, A. A. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003. P. 307. V. 3.

<sup>7</sup> *Idem*. p. 335.



homem passe através da cultura, como estratégias que principiarem razão e visão de progresso.<sup>8</sup>

Observa-se, desse modo, que a cultura deve ser entendida mais como um processo em constante dinamização, em função das trocas entre os meios externos de uma região e o plano interno de cada indivíduo. Pois, dessa maneira, com pequenas contribuições, debate de ideias, troca de conhecimentos, novas atitudes, aceitação de crenças, mutação de normas jurídicas, pode-se considerar que vão transformando e modificando as tradições e os conceitos sociais estabelecidos. Sobre a questão é o entendimento de Stuart Hall:

A cultura é uma produção. Tem sua matéria-prima, seus recursos, seu “trabalho produtivo”. Depende de um conhecimento da tradição enquanto “o mesmo em mutação” e de um conjunto efetivo de genealogias. Mas o que esse “desvio através de seus passados” faz é nos capacitar, através da cultura, a nos produzir a nós mesmos de novo, como novos tipos de sujeitos. Portanto, não é uma questão do que as tradições fazem de nós, mas daquilo que nós fazemos das nossas tradições. Paradoxalmente, nossas identidades culturais, em qualquer forma acabada, estão à nossa frente. Estamos sempre em processo de formação cultural. A cultura não é uma questão de ontologia, de ser, mas de se tornar.<sup>9</sup>

É importante destacar o aspecto da cultura para que se possa compreender que cada ser humano em sua individualidade, com voz numa sociedade democrática, tem o direito intrínseco à cultura, a fazer parte dela bem como transformá-la. Isso porque, ao aceitar as diferenças de cada um, “os grupos são vistos como dignos de confiança e competentes para enfrentar os problemas inerentes à vida comum”<sup>10</sup>, o que facilita a convivência em ambiente coletivo e torna mais forte a estrutura social.

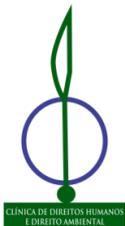
### **2.3 A Luta pelo Reconhecimento dos Direitos Humanos LGBT**

---

<sup>8</sup>MELO, Luiz Eduardo de. **A cultura organizacional frente ao comportamento homoafetivo**. ISMT, 2010, p. 24. Disponível em <<http://repositorio.ismt.pt/handle/123456789/302>>. Acesso em 13 de outubro de 2016.

<sup>9</sup>HALL, Stuart. **Da Diáspora: identidades e mediações culturais**. Belo Horizonte: UFMG, 2003, pag.43.

<sup>10</sup>MELO, Luiz Eduardo de. **A cultura organizacional frente ao comportamento homoafetivo**. ISMT, 2010, p. 2. Disponível em <<http://repositorio.ismt.pt/handle/123456789/302>>. Acesso em 19 out. 2016.



Na década de 60, a cidade de Nova York era, para a comunidade LGBT, um lugar difícil para viver. Isso porque, nesse período, praticar atos homossexuais era proibido nos Estados Unidos, desse modo “os homossexuais eram tratados como psicopatas promíscuos e doentes mentais”<sup>11</sup>, além de que “várias clínicas de ‘tratamento’ para homossexuais estavam em pleno funcionamento, onde eram aplicados choques, esterilização, castração e até lobotomia”<sup>12</sup>. Podendo-se observar verdadeiros anos de tortura àqueles que ousassem demonstrar sua verdadeira orientação sexual.

No mesmo período, os direitos dos negros estavam sendo cada vez mais reivindicados e conseqüentemente fortalecidos. Enquanto isso a comunidade LGBT observava, mas não tinha coragem de se manifestar e exigir direitos iguais, continuava se escondendo nos bares gays da cidade, os quais eram os únicos que “recepicionavam tal população longe dos olhos da sociedade”<sup>13</sup>. Eram, ainda, surpreendidos inúmeras vezes por batidas policiais, que faziam, nas palavras de Patrícia Gorish, “uma verdadeira caça aos homossexuais, prendendo-os e espancando-os, tudo com a chancela do Estado”.<sup>14</sup>

Em 1969, no bar chamado Stonewall, ocorreu o marco inicial do reconhecimento dos direitos humanos da comunidade LGBT. Conhecido como Rebelião de Stonewall, na noite de 28 de junho, uma batida policial ameaçou levar todos para a prisão até que uma mulher lésbica se revoltou com a situação, o que levou a polícia a espancá-la até quase tirar-lhe a vida. Por conta disso, aqueles que assistiam a cena se revoltaram, e os gritos dentro do bar levaram a vizinhança a fazer barricadas com fogo na porta, acuando os policiais dentro do local.<sup>15</sup> Conforme pontua Toni Reis, a luta durou três dias fazendo com que uma

---

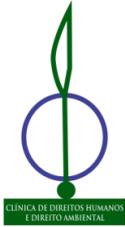
<sup>11</sup>GORISH, Patrícia. **O reconhecimento dos direitos humanos LGBT**: de Stonewall à ONU. Curitiba: Appris, 2014, p. 27.

<sup>12</sup>Idem, p. 27.

<sup>13</sup>Idem, p. 29.

<sup>14</sup>GORISH, Patrícia. **O reconhecimento dos direitos humanos LGBT**: de Stonewall à ONU. Curitiba: Appris, 2014, p. 28.

<sup>15</sup>GORISH, Patrícia. **O reconhecimento dos direitos humanos LGBT**: de Stonewall à ONU. Curitiba: Appris, 2014, p. 28.



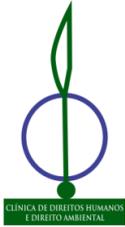
multidão, dentre eles mulheres, heterossexuais simpatizantes e negros, se juntassem à manifestação exigindo mais direitos. Após um ano, a data do conflito foi comemorada como o Dia do Orgulho Gay, sendo realizadas manifestações que se espalharam pelo mundo até os dias de hoje, conhecidas como Paradas do Orgulho Gay.<sup>16</sup>

Desse modo, as manifestações foram tomando força e diariamente a comunidade LGBT continua a exigir direitos iguais tendo em vista os casos diários de discriminação com base unicamente na orientação sexual e na identidade de gênero do indivíduo. Exclusão no trabalho, na educação, no lazer, na vida civil e em muitos outros campos da vida cotidiana. A sexualidade continua a ser exposta de modo a colocar esse atributo da personalidade acima de qualquer outra característica, de forma a tirar oportunidades e direitos do indivíduo, embasando-se somente em sua orientação sexual ou identidade de gênero, que dizem respeito apenas à sua vida privada. A falta de regulamentação visando evitar tais situações passaram a se tornar fatores reais de preocupação da comunidade internacional.

Em 2007, na cidade de Yogyakarta, na Indonésia, uma comissão de especialistas de 25 países elaborou os *Princípios de Yogyakarta*, que constituem uma consolidação de normas e recomendações aos Estados e a outros atores não governamentais, no que diz respeito ao reconhecimento e à proteção da orientação sexual e da identidade de gênero como direitos humanos. Foi a primeira vez que o termo "identidade de gênero" foi incorporado ao vocabulário do direito internacional dos direitos humanos, o que talvez tenha influenciado sua utilização em outros diplomas, tais quais a Constituição da Bolívia e a Declaração dos Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero da Organização dos Estados Americanos.

---

<sup>16</sup>REIS, Toni. **Avanços e desafios para os direitos humanos das pessoas LGBT**. 2010. Disponível em <<http://www.tonireis.com.br/wp-content/uploads/2014/06/avancos.pdf>>. Acesso em: 20 de outubro de 2016.



Posteriormente, quando apresentada à Organização das Nações Unidas na Revisão Periódica Universal do Conselho de Direitos Humanos, a proposta de transformação do instrumento de soft-law em tratado internacional não obteve sucesso. Não obstante, consideramos uma diretriz fundamental ao estudo do tema, que deve ser observada pelos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, inclusive o sistema interamericano, como recomendam os Princípios seguintes:

Todos os membros da sociedade e da comunidade internacional têm responsabilidades relacionadas à aplicação dos direitos humanos. Assim, recomendamos que:

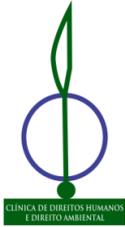
h) As organizações intergovernamentais regionais e sub-regionais com compromisso com os direitos humanos, assim como os órgãos regionais dos tratados de direitos humanos, assegurem que a promoção destes Princípios seja essencial à implementação dos mandatos de seus vários mecanismos, procedimentos e outros arranjos e iniciativas de direitos humanos;

Dentre os 29 princípios formulados, destacamos o princípio nº 03, basilar à aplicação dos demais, que trata do direito ao reconhecimento perante a lei, e prescreve:

Toda pessoa tem o direito de ser reconhecida, em qualquer lugar, como pessoa perante a lei. As pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas devem gozar de capacidade jurídica em todos os aspectos da vida. A orientação sexual e identidade de gênero autodefinidas por cada pessoa constituem parte essencial de sua personalidade e um dos aspectos mais básicos de sua autodeterminação, dignidade e liberdade. Nenhuma pessoa deverá ser forçada a se submeter a procedimentos médicos, inclusive cirurgia de mudança de sexo, esterilização ou terapia hormonal, como requisito para o reconhecimento legal de sua identidade de gênero. Nenhum status, como casamento ou status parental, pode ser invocado para evitar o reconhecimento legal da identidade de gênero de uma pessoa. Nenhuma pessoa deve ser submetida a pressões para esconder, reprimir ou negar sua orientação sexual ou identidade de gênero.

Nesse sentido, é dever dos Estados:

a) Garantir que todas as pessoas tenham capacidade jurídica em assuntos cíveis, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero, assim como a oportunidade de exercer esta capacidade, inclusive direitos iguais para celebrar contratos, administrar, ter a posse, adquirir (inclusive por meio de herança), gerenciar, desfrutar e dispor de propriedade;



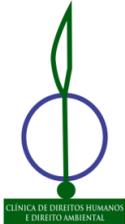
- b) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e de outros tipos que sejam necessárias para respeitar plenamente e reconhecer legalmente a identidade de gênero autodefinida por cada pessoa;
- c) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e de outros tipos que sejam necessárias para que existam procedimentos pelos quais todos os documentos de identidade emitidos pelo Estado que indiquem o sexo/gênero da pessoa – incluindo certificados de nascimento, passaportes, registros eleitorais e outros documentos – reflitam a profunda identidade de gênero autodefinida por cada pessoa.
- d) **Assegurar que esses procedimentos sejam eficientes, justos e não discriminatórios e que respeitem a dignidade e privacidade das pessoas;**
- e) Garantir que mudanças em documentos de identidade sejam reconhecidas em todas as situações em que a identificação ou desagregação das pessoas por gênero seja exigida por lei ou por políticas públicas;
- f) Implementar programas focalizados para apoiar socialmente todas as pessoas que vivem uma situação de transição ou mudança de gênero.

Mesmo que lentamente, e de forma irregular, iniciou-se um processo de fortalecimento dos direitos humanos LGBT, tendo em vista que, paulatinamente, os países da América Latina foram descriminalizando as condutas homossexuais, bem como, regulamentando ações positivas de proteção a essas pessoas. O Equador, por exemplo, foi um dos primeiros a determinar expressamente a proibição da discriminação com base na orientação sexual, e o Brasil, a Argentina e a Colômbia, os quais reconheceram institucionalmente a união homoafetiva, seja por decisões judiciais, seja por legislação explícita. Não se olvide mencionar, que o Chile foi um dos últimos a descriminalizar a homossexualidade, tendo sido considerada crime até o ano de 1998.<sup>17</sup>

Observa-se que tal problemática enfrentada pela comunidade LGBT é uma luta por direitos que vem ocorrendo há bastante tempo. Apesar de muitas normas terem sido regulamentadas em inúmeros países latinos, o preconceito e a discriminação continuam sendo as causas diárias das diversas violações de direitos humanos. Desse modo, o motivo pelo qual ocorrem tais situações não é fruto somente da demora na normatização para proteção de tais direitos, mas

---

<sup>17</sup>RIOS, RoggerRiupp. Desenvolver os direitos sexuais- desafios e tendências na América Latina. In: CORNWALL, Andrea (org.) JOLLY, Susie (org.). **Questões de sexualidade: Ensaios Transculturais**. Rio de Janeiro: Abia, 2008, p.105.



também é fruto das barreiras sociais, que são desafios ao desenvolvimento desses direitos. Conforme entendimento de Rogger Raupp, o qual aponta como exemplo de barreira social enfrentada pelos grupos LGBT o “surgimento de movimentos religiosos fundamentalistas”<sup>18</sup>, os quais continuam a associar a homossexualidade à doença, à disseminação de doenças, e até à pedofilia, desconsiderando totalmente a natureza laica do Estado.

A dificuldade de afirmar a natureza laica do Estado nas jovens e imaturas democracias latino-americanas é um obstáculo crucial, à medida que nossas sociedades carregam uma experiência histórica de uma forte e secular associação institucional entre a Igreja Católica e o Estado civil.<sup>19</sup>

Outra questão importante, apontada pelo mesmo autor, é a concepção errônea de que os direitos humanos não são para todos, mas sim apenas para aqueles que se encontram em posição de vulnerabilidade. Pois, “para uma parcela considerável da nossa população, a própria noção de direitos humanos é percebida de maneira distorcida e preconceituosa, como se os direitos humanos estivessem devotados exclusivamente à proteção dos criminosos”<sup>20</sup>. Trazendo, ainda, como causa, uma história marcada pelo autoritarismo.

E por último, mas não menos importante, é o aspecto relacionado à condição socioeconômica dos países latino-americanos, tendo em vista que o alto índice de pobreza, ao afetar diretamente a educação, termina dificultando mais ainda o “empoderamento” dos direitos LGBT. “A pobreza e a indigência são barreiras reais ao acesso a vários benefícios, como conhecimento, informação e serviços relacionados à sexualidade. Elas limitam a percepção dos riscos relacionados ao sexo inseguro”.<sup>21</sup> Em outras palavras, sem conhecimento

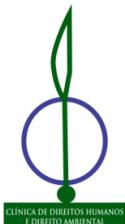
---

<sup>18</sup>RIOS, Rogger Riupp. Desenvolver os direitos sexuais- desafios e tendências na América Latina. In: CORNWALL, Andrea (org.) JOLLY, Susie (org.). **Questões de sexualidade: Ensaio Transculturais**. Rio de Janeiro: Abia, 2008, p.107.

<sup>19</sup>Idem, p. 105.

<sup>20</sup>Idem, p. 104.

<sup>21</sup>Idem, p.107.



em decorrência da precária educação, não há como se falar em melhoramentos para que enfim possa se alcançar uma sociedade livre de discriminação.

### **3. O Reconhecimento do Direito à Identidade de Gênero no Brasil**

#### **3.1. O Procedimento Cirúrgico de Redesignação Sexual como Pré-Requisito para o Reconhecimento Judicial da Identidade de Gênero**

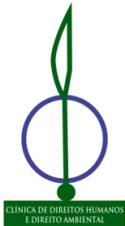
Atualmente no Brasil, não há uma legislação específica que reconheça como direito fundamental a identidade de gênero e, por conseguinte, os casos que chegam ao Poder Judiciário, nos quais se pleiteia a mudança de nome no registro civil das pessoas naturais, são solucionados tendo como pré-requisito a submissão do indivíduo a um processo cirúrgico de redesignação sexual.

O Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-V)<sup>22</sup>, adotado pelo Brasil, denomina *disforia de gênero* o “descontentamento afetivo/cognitivo de um indivíduo com o gênero designado (...). Refere-se ao sofrimento que pode acompanhar a incongruência entre o gênero experimentado ou expresso e o gênero designado de uma pessoa. Embora essa incongruência não cause desconforto em todos os indivíduos, muitos acabam submetendo-se as intervenções médicas para as transformações físicas desejadas por meio de hormônios e/ou de cirurgia, que não estão geralmente disponíveis a todos os pacientes”.

Assim, a transexualidade é vista pela Ciência Médica como um problema clínico, e não como identidade por si própria. Como tal, a realização de procedimentos, cirúrgicos ou não, que visem à readequação sexual, está subordinada ao acompanhamento médico e psicológico por tempo determinado e um diagnóstico preciso.

---

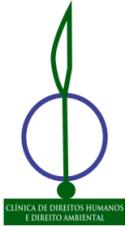
<sup>22</sup>Manual diagnóstico e estatístico de transtorno5 DSM-5. American Psychiatric Association. Trad. Por Maria Inês Corrêa Nascimento e rev. por Aristides Volpato Cordioli. Porto Alegre: Artmed, 2014. Disponível em:  
<http://c026204.cdn.sapo.io/1/c026204/cldfile/1426522730/6d77c9965e17b15/b37dfc58aad8cd477904b9bb2ba8a75b/obaudoeeducador/2015/DSM%20V.pdf>



As cirurgias de transgenitalização somente passaram a ser autorizadas no Brasil, pelo Conselho Federal de Medicina, em 1997, através da Resolução n. 1.482. Antes disso, pessoas que desejassem realizá-las eram obrigadas a recorrer a clínicas clandestinas ou, mais frequentemente, a clínicas no exterior. A partir do entendimento de que mudanças a base de medicamentos e cirurgias são frequentemente necessárias para tornar uma readequação de gênero socialmente viável, bem como trazer benefícios a autoestima da pessoa atendida, as cirurgias passaram a ser reguladas pela Resolução n. 1.652, de 2002. Em agosto de 2008, o Ministério da Saúde, com a portaria nº 457, passou a oferecer, através do Sistema Único de Saúde (SUS), o "processo transexualizador", que se divide em terapia e cirurgia de readequação sexual.

Este processo pode ser definido como um conjunto de estratégias assistenciais para pessoas transexuais que pretendem realizar modificações corporais, em função de um sentimento de desacordo entre seu sexo biológico e o seu gênero. Entre estas estratégias assistenciais estão a avaliação e o acompanhamento ambulatorial com equipe multiprofissional, composta por médicos endocrinologistas, ginecologistas, urologistas, obstetras, cirurgiões plásticos, psiquiatras, psicólogos, enfermeiros e assistentes sociais, para prescrever e acompanhar tratamentos hormonais, a cirurgia de redesignação sexual (também chamada de cirurgia de reconstrução de sexo, de redesignação de gênero, de reconstrução sexual, de reconstrução genital, de confirmação de gênero e, mais recentemente, cirurgia de afirmação de sexo, além dos termos técnicos *genitoplastia de feminilização* e *genitoplastia de masculinização*) e outros procedimentos cirúrgicos como a de feminilização facial e o aumento de seios, para mulheres transexuais, e retirada dos seios e lipoaspiração, para homens transexuais.

Para ambos os gêneros, a portaria do Ministério da Saúde estabelece alguns requisitos: i) idade mínima de 18 anos para procedimentos ambulatoriais e de 21 anos para a cirurgia; ii) acompanhamento psicoterápico por pelo menos dois anos; iii) laudo psiquiátrico/psicológico favorável e; iv) diagnóstico de



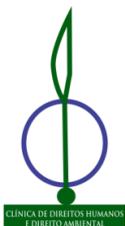
transexualidade. Segundo a Advocacia Geral da União (AGU), na hipótese de cirurgia, por tratar-se de um procedimento irreversível, é imprescindível que o paciente atenda a todos os requisitos mencionados. Não obstante, qualquer cidadão que procurar o sistema de saúde público apresentando a queixa de incompatibilidade entre o sexo anatômico e o sentimento de pertencimento ao gênero oposto terá direito a atendimento humanizado, acolhedor e livre de qualquer discriminação.

Em novembro de 2013, o Ministério da Saúde, por meio da Portaria nº 2.803, ampliou o processo, aumentando o número de procedimentos ambulatoriais e hospitalares e incluindo procedimentos para redesignação do sexo feminino para o masculino (até então, esta modalidade não estava incluída devido às técnicas atuais não se mostrarem satisfatórias). Segundo dados do Ministério da Saúde e da Agência Brasil, até 2014, foram realizados 6.724 procedimentos ambulatoriais e 243 procedimentos cirúrgicos nos cinco hospitais habilitados para o processo transexualizador pelo SUS: Hospital das Clínicas da Universidade Federal de Goiás, (GO); Hospital de Clínicas de Porto Alegre, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (RS); Hospital Universitário Pedro Ernesto, da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (RJ); Fundação Faculdade de Medicina, da Universidade de São Paulo (SP); e Hospital das Clínicas, da Universidade Federal de Pernambuco (PE).

### **3.2 Questionamento sobre a Obrigatoriedade do Procedimento Cirúrgico de Redesignação Sexual como Pré-Requisito para o Reconhecimento Judicial da Identidade de Gênero**

A classificação da transexualidade como patologia tem sido cada vez mais questionada no âmbito das ciências da saúde e das ciências sociais, a partir da compreensão do gênero como construção social e da sexualidade humana como plural.

Fato é que o diagnóstico de transexualidade viabilizou o debate sobre a assistência às pessoas transexuais na rede pública de saúde. No entanto, se,



por um lado, o diagnóstico legitima a demanda pelos serviços de saúde e a conversão sexual passa a ser uma necessidade médica, abrindo as portas para judicialização do pedido de mudança de nome, por outro, gera um estigma que reforça a exclusão social dessas pessoas.

A argumentação crítica ao diagnóstico defende que a “patologização” das identidades de gênero desviantes do padrão *hétero-cisnormativo* enfraquece a autonomia das pessoas transexuais, além de não se relacionar a qualquer alteração psíquica, mas à percepção de uma inadequação às normas sociais de gênero vigentes. Assim, não se trata de uma questão biológica, psicológica ou psíquica, mas de inteligibilidade *cultural*.<sup>23</sup>

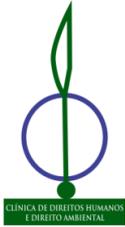
A partir deste debate que se fortalece, parece de suma importância considerar uma assistência a pacientes transexuais que os acolha integralmente e valorize sua diversidade sem fixar-se apenas na exigência institucional de um diagnóstico confirmado.

### **3.3 Alteração do Registro Público em Função da Identidade de Gênero e o Direito à Mudança de Nome após a Cirurgia de Readequação Sexual**

O direito ao nome é essencial na formação da identidade do sujeito, identidade aqui entendida como a necessidade de afirmar a própria individualidade. Uma das características atribuídas ao nome é a sua imutabilidade. Esta, no entanto, encontra ressalvas na própria legislação, e também na jurisprudência. Duas das hipóteses legais que dão ensejo à mudança do registro civil encontram-se previstas nos artigos 55 e 58 da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73).

---

<sup>23</sup> ARAN, Márcia; MURTA, Daniela; LIONCO, Tatiana. Transexualidade e saúde pública no Brasil. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 4, p. 1141-1149, Aug. 2009. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232009000400020&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232009000400020&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 01 Dec. 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/S1413-81232009000400020>.



Art. 55. Quando o declarante não indicar o nome completo, o oficial lançará adiante do prenome escolhido o nome do pai, e na falta, o da mãe, se forem conhecidos e não o impedir a condição de ilegitimidade, salvo reconhecimento no ato. (Renumerado do art. 56, pela Lei nº 6.216, de 1975).

Parágrafo único. Os oficiais do registro civil não registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores. Quando os pais não se conformarem com a recusa do oficial, este submeterá por escrito o caso, independente da cobrança de quaisquer emolumentos, à decisão do Juiz competente.

Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios. (Redação dada pela Lei nº 9.708, de 1998)

Infraconstitucionalmente, é na interpretação conjunta desses dois artigos que se ampara a possibilidade de mudança do nome por pessoas transexuais: é inquestionável que um nome em desacordo à identidade de gênero que o sujeito busca indicar pode gerar situações de enorme constrangimento, tendo este se submetido ou não à cirurgia de readequação sexual.

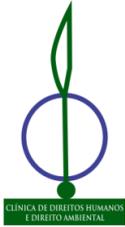
Além disso, e, principalmente, a fundamentação da possibilidade de alteração do registro encontra respaldo na própria Constituição Federal, sobretudo, nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade.

De fato, a dignidade da pessoa se relaciona à afirmação de sua própria identidade: uma vida digna pressupõe o reconhecimento do sujeito por si mesmo e pela sociedade em que se insere. Nas palavras de Flávia Piovesan, *a garantia da igualdade, da diferença e do reconhecimento das identidades é condição e pressuposto para o direito à autodeterminação, bem como para o direito ao pleno desenvolvimento das potencialidades humanas, transitando-se da igualdade abstrata e geral para um conceito plural de dignidades concretas.*<sup>24</sup>

Daí decorre a sua vinculação com o princípio da solidariedade constitucional, que se baseia na ideia de alteridade. É preciso reconhecer a existência do outro, em suas necessidades específicas, para uma efetiva proteção das minorias e grupos vulneráveis. Assim, garantir o direito ao nome à

---

<sup>24</sup>PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 69.



pessoa transexual é garantir uma maior possibilidade de bem-estar e proteção, de que tanto necessitam.

Associado aos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade constitucional, está o princípio da busca da felicidade, uma vez que ao exercer o direito de escolher o caminho que se quer seguir, o indivíduo está à procura da própria felicidade, que é, segundo Acácia Gardenia Santos Lelis, seguindo as conceituações de Freud, “desejo do homem na busca da satisfação de seus prazeres, seria o alcance e realização do que lhe é indispensável, necessário”<sup>25</sup>, isto é, da plena realização do seu projeto de vida.

Nesse sentido, a mudança do sexo no registro civil coloca o direito em consonância com as modernas teorias sociais de gênero, que não se conformam apenas a um normativismo baseado na anatomia, mas considera os elementos sociais, culturais e históricos da definição de gênero, e ressaltam a influência direta deste na qualidade de vida do indivíduo. Segundo Luiz Edson Fachin, *já não cabe ao Estado ou mesmo à sociedade fazer ponderação sobre a possibilidade de mudança de nome e sexo dos transexuais. Sendo um direito deve apenas ser reconhecido e declarado. Isso não significa dizer que não se deva prestar toda a assistência necessária aos transexuais, e mesmo que se deva obstar as discussões jurídicas e sociológicas sobre o fenômeno, no entanto, em se tratando de direitos fundamentais, nada disso deve significar barreira ao seu livre exercício.*<sup>26</sup>

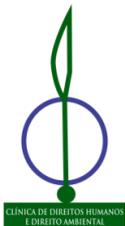
Ainda assim, a legislação brasileira prevê que a alteração do registro civil depende de sentença judicial. E nossa jurisprudência tem se mostrado pacífica em reconhecer o direito das pessoas transexuais de alterarem nome e sexo em

---

<sup>25</sup>LELIS, Acácia Gardenia Santos. A virtude segundo Rousseau e o direito à busca da felicidade dos homossexuais. In: COLÓQUIO INTERNACIONAL DE DIREITO E LITERATURA, IV, 2015, Vitória. **Anais do IV CIDL**. RDL, 2016. V. 1, p. 53-65. Disponível em <<http://seer.rdl.org.br/index.php/anacidil/article/view/96/288>>. Acesso em 25 de outubro de 2016.

<sup>26</sup>FACHIN, Luiz Edson. **O corpo do registro no registro do corpo; mudança de nome e sexo sem cirurgia de redesignação**. Disponível em:

<https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/pdf/03---rbdcivil-volume-1---o-corpo-do-registro-no-registro-do-corpo;-mudanca-de-nome-e-sexo-sem-cirurgia-de-redesignaucueo.pdf>



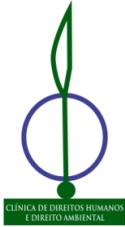
seus registros depois dos procedimentos de conversão sexual. Eis um exemplo de julgado que decidiu pela impossibilidade de mudança de sexo sem a realização da cirurgia:

RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL - Pedido de alteração de nome e sexo- Possibilidade apenas em relação ao nome - Pessoa que apesar de não submetida à cirurgia de transgenitalização, se apresenta na sociedade como do sexo feminino -Nome masculino que lhe acarreta constrangimentos e aborrecimentos - Admitida a alteração do nome, negada a alteração para constar ser do sexo oposto - Observância do princípio de veracidade do registro público - Recurso parcialmente provido. (TJSP, APL 320109120108260602 SP 0032010-91.2010.8.26.0602, Des. Rel. Mendes Pereira, DJ 28/11/2012) APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. SENTENÇA QUE EXTINGUIU O FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR. INTERESSADO QUE AINDA NÃO REALIZOU A CIRURGIA DE NEOVAGINOPLASTIA. IMPOSSIBILIDADE. CARÊNCIA DE AÇÃO. SENTENÇA QUE DEVE SER MANTIDA. O Apelante pleiteia alteração do nome e de sexo no registro civil, afirmando que desde tenra idade, apesar da conformação genital masculina, psicologicamente se sente mulher, fazendo-se tornar conhecido pelo prenome de Milena. Todavia, o recorrente ainda não se submeteu à cirurgia de mudança de sexo, o que não permite alteração do nome e do sexo em seu registro civil. Precedentes jurisprudenciais. SENTENÇA MANTIDA. Recurso NÃO provido. (TJBA, APL 03683226420128050001 BA 0368322-64.2012.8.05.0001, Des. Rel. José Olegário Monção Caldas, DJ 15/10/2013) APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO QUANTO AO NOME E SEXO DO AUTOR. TRANSEXUALISMO (*sic*). AUSÊNCIA DE CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO SEXUAL. INVIABILIDADE DA ALTERAÇÃO DO REGISTRO, UMA VEZ NÃO PREVISTA CIRURGIA PARA MUDANÇA DE SEXO, NEM MESMO PROVA ROBUSTA ACERCA DA ABRANGÊNCIA DO TRANSTORNO SEXUAL (*sic*). APELAÇÃO DESPROVIDA. (TJRS, Apelação Cível Nº 70056132376, Sétima Câmara Cível, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 13/11/2013)<sup>27</sup>

Essa interpretação, no entanto, ainda há que estender-se, pois não se mostra plenamente protetiva do direito ao nome associado à identidade de gênero das pessoas LGBT.

---

<sup>27</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AC nº 70056132376. Des. Rel. Jorge Luís Dall'Agnol. Julgado em 13 de novembro de 2013. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113417002/apelacao-civel-ac-70056132376-rs/inteiro-teor-113417012#>. Acesso em 09 de dezembro de 2016.



### **3.4 O Direito a Mudança de Nome e Sexo sem a Necessidade de Cirurgia de Readequação Sexual**

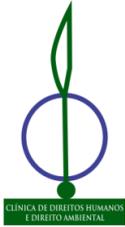
Em primeiro lugar, cabe ressaltar que o direito ao próprio corpo envolve a liberdade de dispor dele como se desejar, dentro dos limites da lei, sem que haja qualquer punição pela escolha tomada.

Em segundo lugar, partindo-se da ideia de gênero e sexo biológico como conceitos distintos, é preciso desvinculá-los. É perfeitamente compreensível que uma pessoa transexual não queira ou não possa, por razões de qualquer natureza, inclusive econômica (dadas as limitações do serviço público e a vulnerabilidade da maior parte da população trans brasileira), fazer a cirurgia, e nem por isso deveria ter seu direito ao reconhecimento de sua identidade de gênero limitado.

Dessa forma, configura-se como infração ao direito ao próprio corpo que se exija da pessoa transexual a cirurgia para que só então possa ratificar seu registro civil. Impor a mutilação do próprio corpo ou o uso de medicamentos como condição de acesso a um direito parece-nos inadmissível. Cabe à pessoa transexual, e somente a ela, escolher realizar a cirurgia ou não. Qualquer imposição fere os seus direitos fundamentais e seus direitos de personalidade.

Infelizmente, essa posição ainda não é pacífica em nossa jurisprudência como visto na seção anterior, porém, podem ser encontrados alguns julgados que mostram uma progressiva mudança de posicionamento, decidindo pelo provimento do pedido de alteração do registro sem a necessidade de intervenção cirúrgica:

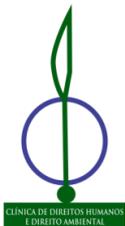
APELAÇÃO CÍVEL. ALTERAÇÃO DO NOME E AVERBAÇÃO NO REGISTRO CIVIL. TRANSEXUALIDADE. CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. O fato de o apelante ainda não ter se submetido à cirurgia para a alteração de sexo não pode constituir óbice ao deferimento do pedido de alteração do nome. Enquanto fator determinante da identificação e da vinculação de alguém a um determinado grupo familiar, o nome assume fundamental importância individual e social. Paralelamente a essa conotação pública, não se pode olvidar que o nome encerra fatores outros, de ordem eminentemente pessoal, na qualidade de direito personalíssimo que constitui atributo da personalidade. Os direitos fundamentais visam à



concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual, atua como uma qualidade inerente, indissociável, de todo e qualquer ser humano, relacionando-se intrinsecamente com a autonomia, razão e autodeterminação de cada indivíduo. Fechar os olhos a esta realidade, que é reconhecida pela própria medicina, implicaria infração ao princípio da dignidade da pessoa humana, norma esculpida no inciso III do art. 1º da Constituição Federal, que deve prevalecer à regra da imutabilidade do prenome. Por maioria, proveram em parte. (SEGredo DE JUSTIÇA)" (Apelação Cível Nº 70013909874, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 05/04/2006).<sup>28</sup>

RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. TRANSEXUAL QUE PRESERVA O FENÓTIPO MASCULINO. REQUERENTE QUE NÃO SE SUBMETEU À CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO, MAS QUE REQUER A MUDANÇA DE SEU NOME EM RAZÃO DE ADOTAR CARACTERÍSTICAS FEMININAS. POSSIBILIDADE. ADEQUAÇÃO AO SEXO PSICOLÓGICO. LAUDO PERICIAL QUE APONTOU TRANSEXUALISMO (*sic*). Na hipótese dos autos, o autor pediu a retificação de seu registro civil para que possa adotar nome do gênero feminino, em razão de ser portador de transexualismo (*sic*) e ser reconhecido no meio social como mulher. Para conferir segurança e estabilidade às relações sociais, o nome é regido pelos princípios da imutabilidade e indisponibilidade, ainda que o seu detentor não o aprecie. Todavia, a imutabilidade do nome e dos apelidos de família não é mais tratada como regra absoluta. Tanto a lei, expressamente, como a doutrina buscando atender a outros interesses sociais mais relevantes, admitem sua alteração em algumas hipóteses. Os documentos juntados aos autos comprovam a manifestação do transexualismo (*sic*) e de todas as suas características, demonstrando que o requerente sofre inconciliável contrariedade pela identificação sexual masculina que tem hoje. O autor sempre agiu e se apresentou socialmente como mulher. Desde 1998 assumiu o nome de xxxx. Faz uso de hormônios femininos há mais de vinte e cinco anos e há vinte anos mantém união estável homoafetiva, reconhecida publicamente. Conforme laudo da perícia médico-legal realizada, a desconformidade psíquica entre o sexo biológico e o sexo psicológico decorre de transexualismo (*sic*). O indivíduo tem seu sexo definido em seu registro civil com base na observação dos órgãos genitais externos, no momento do nascimento. No entanto, com o seu crescimento, podem ocorrer disparidades entre o sexo revelado e o sexo psicológico, ou seja, aquele que gostaria de ter e que entende como o que realmente deveria possuir. A cirurgia de transgenitalização não é requisito para a retificação de assento ante o seu caráter secundário. A cirurgia tem caráter complementar, visando a conformação das características e anatomia ao sexo psicológico. Portanto, tendo em vista que o sexo psicológico é aquele que dirige o comportamento social externo do indivíduo e considerando que o requerente se sente mulher sob o ponto

<sup>28</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: AC nº 70013909874. Des. Rel. Maria Berenice Dias. Julgado em 05 de março de 2006. Disponível em: <http://direitohomoafetivo.com.br/jurisprudencia.php?a=26&=30&p=3#t>. Acessado em 09 de dezembro de 2016.



de vistapsíquico, procedendo como se do sexo feminino fosse perante a sociedade, não há qualquer motivo para se negar a pretendida alteração registral pleiteada. A sentença, portanto, merece ser reformada para determinar a retificação no assento de nascimento do apelante para que passe a constar como "PN". Sentença reformada. Recurso provido. (TJSP, AC 0013934-31.2011.8.26.0037, 10ª C. Dir. Priv., Rel. Carlos Alberto Garbi, j. 23/09/2014).<sup>29</sup>

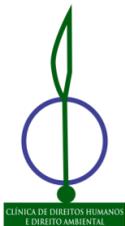
APELAÇÃO CÍVEL. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. TRANSGENÊRO.MUDANÇA DE NOME E DE SEXO. AUSÊNCIA DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. Constatada e provada a condição de transgênero da autora, é dispensável a cirurgia de transgenitalização para efeitos de alteração de seu nome e designativo de gênero no seu registro civil de nascimento. A condição de transgênero, por si só, já evidencia que a pessoa não se enquadra no gênero de nascimento, sendo de rigor, que a sua real condição seja descrita em seu registro civil, tal como ela se apresenta socialmente DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70057414971, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 05/06/2014) RETIFICAÇÃO DE ASSENTO DE NASCIMENTO. ALTERAÇÃO DO NOME E DO SEXO. TRANSEXUAL. INTERESSADO NÃO SUBMETIDO À CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. CONDIÇÕES DA AÇÃO. PRESENÇA. INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. AUSÊNCIA. SENTENÇA CASSADA. O reconhecimento judicial do direito dos transexuais à alteração de seu prenome conforme o sentimento que eles têm de si mesmos, ainda que não tenham se submetido à cirurgia de transgenitalização, é medida que se revela em consonância com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Presentes as condições da ação e afigurando-se indispensável o regular processamento do feito, com instrução probatória exauriente, para a correta solução da presente controvérsia, impõe-se a cassação da sentença. (TJMG, AC 10521130104792001 MG, Des. Rel. Edilson Fernandes, DJ 07/05/2014) <sup>30</sup>

Os entendimentos acima expostos demonstram uma tendência no Judiciário brasileiro. Decisões que levam em conta as peculiaridades do caso concreto, as informações advindas das demais ciências e a uma interpretação

---

<sup>29</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. AC 0013934-31.2011.8.26.0037, Desembargador Rel. Carlos Alberto Garbi, julgado em 23 de setembro de 2014. Disponível em: <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/219962232/apelacao-apl-13606920148260457-sp-0001360-69201482600457/inteiro-teor-219962258>. Acessado em: 09 de dezembro de 2016.

<sup>30</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. AC 10521130104792001. Des. Rel. Edilson Fernandes. Julgado em 07 de maio de 2014. Disponível em: <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/121148426/apelacao-civel-ac-10521130104792001-mg>. Acessado em: 09 de dezembro de 2016.



constitucionalizada do direito se mostram essenciais para a construção de uma boa cultura judiciária no país, com justiça e segurança. Passemos nessa toada aos termos da ADI que iremos, então, expor e examinar quantum satis.

Em julho de 2009, o Ministério Público Federal, por meio da Procuradoria Geral da República, ingressou com a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4275<sup>31</sup> no Supremo Tribunal Federal buscando dar nova interpretação ao artigo 58 da Lei nº 6.015/73, de modo a reconhecer aos transexuais, independentemente da cirurgia de transgenitalização, o direito a alteração do prenome e sexo no registro civil.

A referida ADI apresenta os pressupostos teóricos e jurídicos que sustentam o pedido, especialmente o já mencionado princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Ressalta a ADI a necessidade da mudança de nome e sexo, de modo que a alteração de apenas um destes não basta para fazer cessar o constrangimento.

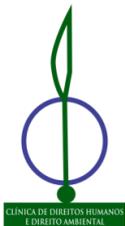
A ação defende, ao mesmo tempo, o acesso das pessoas transexuais à cirurgia de transgenitalização e a possibilidade de alteração de prenome e sexo sem a realização da referida cirurgia, como se depreende do seguinte trecho:

Não é a cirurgia que concede ao indivíduo a condição transexual. Portanto, o direito fundamental à identidade de gênero justifica igualmente o direito à troca de prenome, independentemente da realização da cirurgia, sempre que o gênero reivindicado (masculino ou feminino) não esteja apoiado no sexo biológico respectivo.

Ao fim do texto, apresentam-se requisitos elencados pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, atestados por um grupo de especialistas que avaliarão aspectos médicos, psicológicos e sociais, a serem fixados no caso de não realização da cirurgia: maioria civil; convicção do

---

<sup>31</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4275. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400211&tipo=TP&descricao=ADI%2F4275>. Acessado em 09 de dezembro de 2016.



transexualidade pertencer ao gênero oposto ao biológico há pelo menos três anos; e presunção de não mais modificação de gênero.

A despeito do debate sobre a patologização da transexualidade *versus* a autodeterminação dos transexuais, o que o MPF busca através desta ação é que a assistência médica e psicológica à pessoa transexual não se torne um empecilho, mas contribua à sua proteção.

Nesse mesmo sentido, tramita Recurso Extraordinário (RE) 670.422 perante o Supremo Tribunal Federal, que tem como objeto a possibilidade de alteração de gênero no assento de registro civil de pessoas trans, mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo, com repercussão geral já reconhecida pelo plenário da Corte.<sup>32</sup>

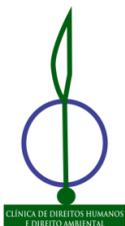
Esse RE acabou por suspender o trâmite do pedido de providências da Defensoria Pública da União (DPU), que tem como escopo que seja expedida orientação a todos os cartórios de registro, de todo o território nacional, no sentido de que procedam à retificação do registro de nome e sexo de pessoas trans, travestis e transexuais, independentemente de judicialização ou de qualquer exigência de cirurgia de redesignação sexual.

### **3.5 Uma Medida Paliativa: O Uso Regular do Nome Social no Brasil**

Uma alternativa administrativa à mudança de nome e sexo no registro civil em função da identidade de gênero é a adoção de um nome social reconhecido pelo Poder Público. Não há uma norma única que verse sobre disposições gerais do uso do nome social no Brasil, mas, segundo a Secretaria de Direitos Humanos, atualmente, 18 Estados e 12 municípios têm decretos que permitem o uso de nome social por pessoas transexuais e travestis. Destacaremos aqui

---

<sup>32</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 670.422. Rel. Min. Dias Toffoli. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4192182&numeroProcesso=670422&classeProcesso=RE&numeroTema=761>. Acesso em 09 de dezembro de 2016.



duas medidas, em âmbito federal, que avançam na regulamentação do nome social.

A primeira delas é a Resolução n. 12, de 16/01/2015, do Conselho Nacional de Combate à Discriminação e promoções dos direitos de lésbicas, gays, travestis e transexuais (CNCD/LGBT)<sup>33</sup>.

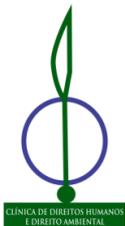
A partir da interpretação do art. 5º da Constituição Federal, que veda qualquer tipo de discriminação, das normas e princípios internacionais de Direitos Humanos, tais quais os Princípios de Yogyakarta (2006), e em consonância com os artigos 3º e 4º da Lei n. 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação), que mencionam uma educação baseada nos princípios da liberdade, da solidariedade e da tolerância, o CNCD/LGBT promulgou a Resolução n. 12. Esta estabelece parâmetros para o reconhecimento institucional da identidade de gênero nas instituições de ensino, garantindo plenas condições de acesso e permanência nestas por pessoas transexuais e travestis.

Com a medida deve ser garantido, quando solicitado, o direito ao tratamento oral exclusivamente pelo nome social, em qualquer circunstância, não cabendo qualquer tipo de objeção de consciência. O campo "nome social" deve ser inserido nos formulários e sistemas de informação utilizados em todos os procedimentos de seleção, inscrição, matrícula, registro de frequência, avaliação e similares, ou onde quer que conste o nome dos alunos.

Para a emissão de documentos oficiais, recomenda-se a utilização do nome civil, constando também o nome social com igual ou maior destaque. O uso de banheiros, vestiários e demais espaços segregados por gênero, quando houver, de acordo com a identidade de gênero de cada sujeito. Caso haja

---

<sup>33</sup> Conselho Nacional de Combate à Discriminação LGBT. Resolução nº 12, 16 de janeiro de 2015. Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=12/03/2015&jornal=1&pagina=3&totalArquivos=120>. Acessado em: 09 de dezembro de 2016.



distinções quanto ao uso de uniformes, estes devem ser facultados conforme a identidade de gênero de cada um.

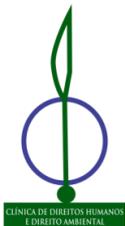
As orientações se aplicam, da mesma maneira, aos processos de acesso às instituições e sistemas de ensino, seja para as atividades de ensino ofertadas continuamente ou eventuais.

A segunda medida é o Decreto nº 8.727, de 28 de abril de 2016<sup>34</sup>. O decreto assinado pela então presidente da República Dilma Rousseff dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. O que significa que todos os seus órgãos e entidades deverão permitir o uso do nome social em todos os documentos oficiais, como crachás, fichas e publicações no *Diário Oficial* da União. Além disso, a pessoa poderá a qualquer momento requerer a inclusão de seu nome social em documentos oficiais e registros dos sistemas de informações da administração pública federal.

Embora se trate de uma medida muito mais simples, o uso do nome social não satisfaz plenamente às necessidades das pessoas transexuais. O nome social muitas vezes acompanha o nome original presente nos demais documentos, e, portanto, ainda evidencia a dissonância entre a identidade de gênero que se busca demonstrar e o sexo biológico da pessoa, o que pode lhe causar uma série de constrangimentos. Por isso muitas pessoas transexuais preferem buscar, judicialmente, a mudança do nome e sexo no registro público, desde a certidão de nascimento. Dessa forma, concluímos que constitui uma medida paliativa, que não substitui as mudanças no registro. E, por isso, estas precisam ser mais simples e acessíveis.

---

<sup>34</sup> BRASIL. Decreto nº 8.727, 28 de março de 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8727.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8727.htm). Acessado em: 09/12/2016.



### **3.6 O Projeto de Lei 5.002/2013**

A regulamentação da alteração do registro civil é tema do Projeto de Lei **5.002/2013**,<sup>35</sup> de autoria dos deputados Jean Wyllys (PSol-RJ) e Erika Kokay (PT-DF). O projeto, batizado João Nery em homenagem ao primeiro homem transexual do Brasil, está em tramitação na Câmara dos Deputados e visa desburocratizar o direito das pessoas transexuais de serem tratadas conforme sua identidade de gênero.

De acordo com o projeto de lei, toda pessoa poderá solicitar a retificação registral de sexo e a mudança do prenome e da imagem registradas em toda sua documentação pessoal, inclusive RG e certidão de nascimento, sempre que não coincidam com a sua identidade de gênero autopercebida, sem a necessidade de recorrer aos meios judiciais.

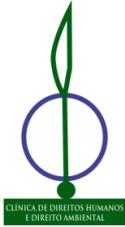
O projeto também obriga o SUS e os planos de saúde a custearem tratamentos hormonais integrais e cirurgias de readequação de sexo a todos os interessados maiores de 18 anos, sem exigência de nenhum tipo de laudo diagnóstico, tratamento médico ou psicológico prévio ou autorização judicial. Menores de 18 anos que não tenham consentimento dos pais poderão recorrer à defensoria pública para demandar a mudança de nome e mesmo a cirurgia de readequação sexual.

O projeto de lei destaca que a alteração do sexo registrado não altera o direito à maternidade ou à paternidade. Da mesma forma, será preservado o matrimônio, se os cônjuges assim desejarem, sendo possível retificar a certidão de casamento, para constar a união homoafetiva.

### **3.7 O Exemplo da Argentina**

---

<sup>35</sup> BRASIL. PL 5002, de 20 de fevereiro de 2013. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565315>. Acessado em: 09 de dezembro de 2016.



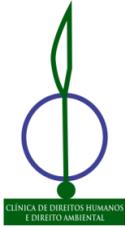
Em 23 de maio de 2012, a Argentina promulgou a Lei n. 26.743<sup>36</sup>, que estabelece o direito à identidade de gênero das pessoas, definida como a *vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales.*

A lei determina que toda pessoa poderá solicitar a mudança registral do nome, sexo e imagem conforme sua identidade de gênero, perante o Registro Nacional das Pessoas ou seus escritórios seccionais correspondentes, desde que maior de 18 anos de idade. No caso dos menores, será necessária a atuação de seus representantes legais, e o pedido será submetido a análise judicial, de acordo com o princípio da proteção integral do direito das crianças e adolescentes.

Em nenhuma hipótese será requerido qualquer diagnóstico ou tratamento médico ou psicológico, ou a cirurgia de conversão sexual. Cumpridos os requisitos estabelecidos, sem necessidade de nenhum trâmite judicial ou administrativo, o oficial cartorário notificará de ofício o cartório onde se deu o registro original, para que emita uma nova certidão de nascimento de acordo com os ajustes. No mais, só terá acesso à certidão original quem obtiver autorização do titular ou judicial para tanto. O procedimento é gratuito e dispensa advogados. Por fim, a lei inclui nos sistemas públicos de saúde as intervenções cirúrgicas e os tratamentos hormonais que forem necessários.

---

<sup>36</sup> ARGENTINA. Lei n. 26.743. 23 de maio de 2012. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/197860/norma.htm>. Acesso em: 09 de dezembro de 2016.



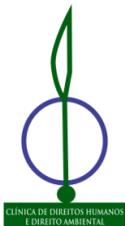
Tal medida, inédita na região, foi parabenizada pelo Escritório Regional para América do Sul do Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos (ACNUDH), pela conquista em termos de acessibilidade, confidencialidade e universalidade dentro dos padrões internacionais de direitos humanos. Segundo o representante Amerigo Incalcaterra, a Argentina deu um passo muito importante para garantir a igualdade, o respeito e a dignidade das pessoas.

### **3.8 O Ônus do Tempo do Processo na Garantia de Direitos Humanos**

Claro está que o Direito Internacional dos Direitos Humanos tem avançado progressivamente na vedação à discriminação em razão da orientação sexual e da identidade de gênero, como se percebe da leitura dos Princípios de Yogyakarta e de várias declarações, resoluções, recomendações e sentenças já existentes no âmbito da Organização das Nações Unidas e da Organização dos Estados Americanos.

Não obstante, muitos Estados signatários das convenções internacionais ou regionais de direitos humanos mantêm em seus ordenamentos normas contrárias a essa vedação. Afinal, não basta prezar pela igualdade e liberdade num contexto liberal e individualista, é preciso reconhecer e *proteger* a diversidade sexual e de gênero, dentro da concepção de um Estado verdadeiramente democrático de direito. Neste sentido, e com atenção às modernas teorias de gênero, a transexualidade não pode ser reduzida a um simples transtorno psíquico, mas é preciso avaliar as circunstâncias sociais e culturais que permeiam este fenômeno, e buscar no Direito nada aquém ou além das soluções práticas necessárias para garantir uma vida plena e digna a toda e qualquer pessoa, sem comprometer sua autonomia e privacidade.

Assim como o Código Civil da Costa Rica, a legislação brasileira prevê um processo judicial para alteração do nome e sexo no registro civil. Tal medida nos parece desconforme com o que dispõem os artigos 1 (Obrigação de



Respeitar os Direitos) e 24 (Igualdade perante a Lei) relacionados com os artigos 11.2 (Proteção da Honra e da Dignidade) e 18 (Direito ao Nome), todos da Convenção Americana. Afigura-se-nos inconveniente que uma pessoa interessada em modificar seu nome para adequá-lo a sua identidade de gênero tenha que recorrer a um processo judicial para tanto, por dois fatores principais:

O primeiro fator relaciona-se com os aspectos doutrinários expostos na seção inicial destas observações sobre a liberdade individual e os limites da autoridade estatal na vida privada. Não parece condizente com o respeito à dignidade humana sujeitar um aspecto tão individual quanto a autopercepção de gênero ao arbítrio do Estado-Juiz. Além de demasiadamente burocrático, o processo judicial interfere na esfera íntima da pessoa, principalmente quando se exige como pré-requisito a submissão da pessoa a uma cirurgia de redesignação sexual, procedimento extremamente doloroso e irreversível.

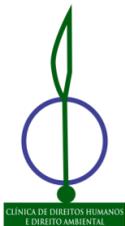
O segundo fator diz respeito à violação relacionada à falta de garantia de um processo simples, rápido e efetivo bem como a frequente violação do direito ao prazo razoável na tramitação dos processos na Justiça brasileira e latino-americana em geral, conforme dispõem os dispositivos a seguir elencados, todos da Convenção Americana:

**Artigo 8º - Garantias judiciais**

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

**Artigo 25 - Proteção judicial**

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.



Esta Honorable Corte Interamericana, em sua jurisprudência mais recente<sup>37</sup>, estabelece quatro elementos para determinar a razoabilidade do prazo de um processo que se desenvolva na ordem jurídica interna do Estado para determinação dos direitos humanos das pessoas sob sua jurisdição, a saber: (i) complexidade do caso; (ii) conduta das autoridades; (iii) atividade processual do interessado; e (iv) afetação gerada na situação jurídica da pessoa envolvida no processo. Sem dúvida nenhuma, nos casos judicializados no Brasil este último elemento é o mais contundente, pois pessoas esperam por vários anos o trâmite processual para ver reconhecido um direito que é inerente à sua personalidade.

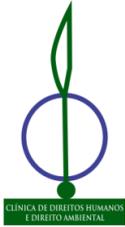
Portanto, guardadas as cautelas mínimas, é necessário que se estabeleça a interpretação no sentido de que é dever do Estado, à luz dos dispositivos convencionais invocados, prover às pessoas que manifestem o desejo de modificar seu nome em razão de sua identidade de gênero, o trâmite administrativo gratuito, simples, rápido e efetivo para exercer este direito humano.

Como visto, a solução adotada pela Argentina, por sua vez, torna este processo muito mais simples e rápido, resolvendo-o na esfera administrativa, respeitando a completa autonomia dos homens e mulheres transexuais.

Esperamos que o modelo legislativo argentino sirva de inspiração aos demais Estados da Organização dos Estados Americanos e a esta Honorable Corte Interamericana na busca do mais amplo reconhecimento e proteção integral e efetivo dos direitos à orientação sexual e identidade de gênero como direitos humanos das pessoas LGBT.

---

<sup>37</sup> Corte IDH. **Caso Valle Jaramillo e outros Vs. Colômbia**. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de novembro de 2008. Série C No. 192. pars. 155 e ss. Corte IDH. **Caso Kawas Fernández Vs. Honduras**. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 3 de abril de 2009 Série C No. 196. pars. 109 e ss. Corte IDH. **Caso Garibaldi Vs. Brasil**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de setembro de 2009. Série C No. 203. pars. 133 e ss, Corte IDH. **Caso Radilla Pacheco Vs. México**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de novembro de 2009. Serie C No. 209. pars. 244 e ss, e Corte IDH. **Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguai**. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214. pars. 133 e ss.



#### **4. Do Reconhecimento Jurisprudencial de Direitos Patrimoniais Derivados de um Vínculo entre Pessoas do Mesmo Sexo**

##### **4.1 O Vácuo Legislativo e a Atuação dos Tribunais à Luz dos Princípios Constitucionais**

Ao longo da existência humana, sempre existiu o afeto e a vontade dos seres humanos de relacionarem entre si. O interesse amoroso é capaz de criar relações complexas e poderosas, inclusive com a eventual vontade mútua de constituir vínculos duradouros, representados por construções sociais como o matrimônio, a união estável e a família. Sobre as relações afetivas, cita-se o voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar:

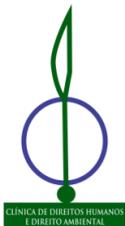
Kelsen, reptado por Cossio, o criador da teoria egológica, perante a congregação da Universidade de Buenos Aires, a citar um exemplo de relação intersubjetiva que estivesse fora do âmbito do Direito, não demorou para responder: 'Oui, monsieur, l'amour'. E assim é, na verdade, pois o Direito não regula os sentimentos. Contudo, dispõe ele sobre os efeitos que a conduta determinada por esse afeto pode representar como fonte de direitos e deveres, criadores de relações jurídicas previstas nos diversos ramos do ordenamento, algumas ingressando no Direito de Família, como o matrimônio e, hoje, a união estável, outras ficando à margem dele, contempladas no Direito das Obrigações, das Coisas, das Sucessões, mesmo no Direito Penal, quando a crise da relação chega ao paroxismo do crime, e assim por diante.<sup>38</sup>

Destarte, nunca foi facultado ao ramo do Direito dispor ou não sobre as implicações decorrentes do afeto humano. Antes, existe a incumbência de regular os efeitos trazidos pelas relações correspondentes a este sentimento, não sendo possível aos seus aplicadores eximir-se de tal responsabilidade.

Dentre este universo de possibilidades, existem as relações homoafetivas. Sempre existiram e possivelmente sempre irão existir. Assim, não demorou para que a doutrina e Justiça brasileiras se deparassem com questões

---

<sup>38</sup> STJ, REsp nº. 148897/MG – 4ª Turma, Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Disponível em <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/juris/594.pdf>>. Acesso em 13 de outubro de 2016.



envolvendo as uniões homoafetivas e, conseqüentemente, passasse a resolvê-las.

Flávio Tartuce esclarece que sempre existiram duas correntes doutrinárias e jurisprudenciais bem definidas a respeito das uniões homoafetivas:

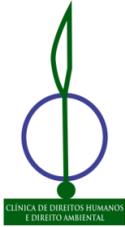
A primeira corrente dita que a união entre pessoas do mesmo sexo não constitui entidade familiar, mas mera sociedade de fato, uma vez que a Constituição Federal exige a diversidade de sexos para configurar a união estável. Não há direito a alimentos, direitos sucessórios ou direito à meação patrimonial com base nas regras de regime de bens. A questão patrimonial é resolvida pela Súmula 380 do STF, havendo direitos à participação dos bens adquiridos por esforço comum. Tal entendimento prevaleceu por muito tempo na doutrina e na jurisprudência, de modo que a maioria dos julgados segue esta forma de enquadramento.

A segunda corrente afirma que a união homoafetiva é entidade familiar que deve ser equiparada à união estável. Desse modo, há direito a alimentos, direitos sucessórios e direito à meação, aplicando-se, por analogia, as mesmas regras da união estável. Esta corrente é encabeçada pela jurista Maria Berenice Dias, que utiliza os seguintes argumentos fundamentais para a sua tese: a) o rol constitucional de família constante do art. 226 da CF/1988 não é exaustivo ou taxativo, mas meramente exemplificativo; b) A CF/1988, pelo seu caráter pluralista, consagra uma *cláusula geral de inclusão* e não de exclusão; c) o princípio norteador da Constituição é a dignidade humana, primado na igualdade e na liberdade, o que leva ao reconhecimento de direitos ao cidadão sem qualquer discriminação ou preconceito; d) desrespeitar o ser humano em função de sua orientação sexual significa dar um tratamento indigno à pessoa; e) o direito à sexualidade constitui um direito fundamental do ser humano. Essa corrente é claramente a tendência consolidada entre os estudiosos do Direito de Família, prevalecendo de forma esmagadora entre os juristas que compõem o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM).<sup>39</sup>

O mesmo autor esclarece que mesmo alguns que defendiam a corrente primeira, passaram a defender o entendimento oposto com o passar do tempo. Logo, a segunda corrente doutrinária é a mais moderna e compatível com os preceitos constitucionais vigentes, sendo preferida por grande parte dos estudiosos da seara cível.

---

<sup>39</sup> TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil. volume único. 3ª ed. São Paulo: Método, 2013, p. 1180 e 1181.



No âmbito jurisprudencial, aponta Maria Berenice Dias<sup>40</sup> que as mudanças começaram a surgir pela Justiça gaúcha, a qual definiu, no ano de 1999, a competência dos juizados especializados da família para apreciar as uniões homoafetivas. Ainda no Rio Grande do Sul, em 2001, houve a primeira decisão que reconheceu a união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, deferindo herança ao parceiro sobrevivente. Trata-se da Apelação Cível nº. 70001388982 da 7ª Câmara Cível, de relatoria do Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis. A partir destes marcos, surgiram diversas decisões no restante do Brasil.

O Tribunal Superior Eleitoral, em 2004, manifestou-se no sentido de estender impedimento eleitoral ao cônjuge homossexual, da mesma forma que nas relações heterossexuais, equiparando a união homoafetiva com a união estável<sup>41</sup>.

Em 05 de maio de 2011, O Supremo Tribunal Federal, em julgamento histórico da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 132/RJ e Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 4.277/DF, deu interpretação conforme a Constituição Federal ao art. 1.723<sup>42</sup> do Código Civil de 2002, para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. A decisão tem efeito *erga omnes*<sup>43</sup> e vinculante, não mais cabendo a alegação de que a união homoafetiva poderia ser desconsiderada do conceito de família.

Como resultado, finalmente se consolidou nos tribunais brasileiros o entendimento favorável à união estável entre pessoas do mesmo sexo, não

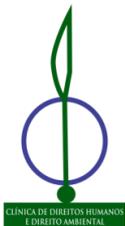
---

<sup>40</sup> DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 275.

<sup>41</sup> TSE, REsp 24.564, Rel. Min. Gilmar Mendes, 01/10/2004.

<sup>42</sup> Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

<sup>43</sup> Oponível contra todos.



sendo mais possível a emissão de julgamentos contrários, por força de decisão vinculante do STF.

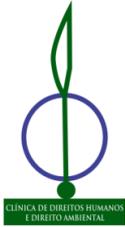
O Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, no julgamento do Recurso Especial nº. 1.183.378-RS, 4ª Turma, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, em 25 de outubro de 2011, decidiu inexistir óbices legais à celebração de casamento entre pessoas de mesmo sexo. Como fundamentação do acórdão<sup>44</sup>, destaca-se em especial o seguinte fragmento:

8. Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar.

No caso, o recurso especial foi interposto por duas cidadãs residentes no Estado do Rio Grande do Sul, que já viviam em união estável e tiveram o pedido de habilitação para o casamento negado em primeira e segunda instância. A decisão do Tribunal de Justiça do Estado afirmou não haver possibilidade jurídica para o pedido, pois só o Poder Legislativo teria competência para instituir o casamento homoafetivo. No recurso especial dirigido ao Superior Tribunal de Justiça, foi sustentado que não havia impedimento no ordenamento jurídico para o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Afirmou-se, também, que deveria ser aplicada ao caso a regra de direito privado segundo a qual é permitido tudo o que não é expressamente proibido. Na ocasião o STJ concluiu que a dignidade da pessoa humana, consagrada pela Constituição, não é aumentada nem diminuída em razão do uso da sexualidade, e que a orientação sexual não pode servir de pretexto para excluir família da proteção jurídica representada pelo casamento –.

---

<sup>44</sup> Inteiro teor disponível em <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21285514/recurso-especial-resp-1183378-rs-2010-0036663-8-stj/inteiro-teor-21285515>>. Acesso em 13 de outubro de 2016.



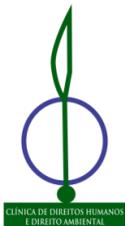
Em texto magistral da desembargadora Maria Berenice Dias, sobre “o reconhecimento do direito à diferença”, faz apontamentos acerca do silêncio normativo no Brasil. Não obstante, a crítica lançada pode ser considerada como um problema enfrentado não só pelo Brasil, mas por toda a América Latina:

O covarde silêncio do legislador, que se nega a aprovar leis que atendam as minorias alvo de discriminação, sempre alimentou o preconceito. Basta lembrar que data do ano de 1995 o primeiro projeto de lei que, tal qual um punhado de tantos outros, vagaram pelas casas legislativas sem nunca terem sido levados à votação. A maioria foi arquivada. Atualmente existem 16 projetos em tramitação, sem que se vislumbre a possibilidade de serem aprovados. Nem mesmo o que criminaliza a homofobia. A única referência se encontra na Lei Maria da Penha que conceitua família como relação íntima de afeto, independente da orientação sexual. Assim, o Supremo Tribunal Federal, com coragem, sensibilidade e sabedoria, em histórica decisão, reconheceu as uniões homoafetivas como entidade familiar, assegurando aos parceiros homossexuais os mesmos direitos e deveres dos companheiros das uniões estáveis. Para o reconhecimento de direitos, ninguém pode ficar à mercê do legislador, quando este se nega a legislar, quer alegando motivos de natureza religiosa, quer por temer ser rotulado de homossexuais, ou, quem sabe, por medo de comprometer sua reeleição. Mas a ausência de lei não significa ausência de direito e nenhum juiz pode se omitir do dever de julgar. Daí os avanços em sede jurisprudencial. Tanto a justiça estadual como a federal, já concederam direitos à população LGBT.<sup>45</sup>

É acerca da análise desta decisão histórica do Supremo Tribunal Federal que versará a seção a seguir, como forma de demonstrar que mesmo na ausência de figura jurídica própria que regulamente os vínculos entre pessoas do mesmo sexo, o Estado não pode deixar de reconhecer todos os direitos patrimoniais que se derivam desta relação, ainda que este reconhecimento seja feito pelo Estado-Juiz e não pelo Estado-Legislator. Agir de forma contrária, significaria violar os artigos 1 e 24 da Convenção Americana, relacionados com o artigo 11.2 deste mesmo instrumento de proteção dos direitos humanos.

---

<sup>45</sup> DIAS, Maria Berenice. **O reconhecimento do direito à diferença**. Disponível em [http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/o\\_reconhecimento\\_do\\_direito\\_%E0\\_\\_diferen%E7a.pdf](http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/o_reconhecimento_do_direito_%E0__diferen%E7a.pdf). Acesso em 20 de outubro de 2016.



## **4.2 Estudo das Ações Julgadas pelo Supremo Tribunal Federal que Reconhecem o Direito às Uniões Homoafetivas e seus Efeitos Jurídicos**

Entre os dias 04 e 05 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro julgou, conjuntamente, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277, atribuindo à união estável entre casais do mesmo sexo a interpretação conforme a Constituição Federal brasileira de 1988, para excluir qualquer possibilidade de discriminação ou outro significado diverso que impedisse o reconhecimento destas uniões.

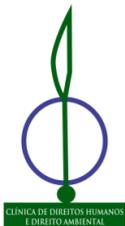
A ADPF 132, proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, em 2008, tinha como objeto o Estatuto dos Servidores Civis do Estado (Decreto-Lei nº 220, de 18 de junho de 1979), mais precisamente os artigos 19, inciso II e V<sup>46</sup> e o artigo 33, incisos I ao X e parágrafo único<sup>47</sup>, os quais eram interpretados de maneira que excluía os mesmos direitos aos casais homossexuais.

Prontamente, a ADI 4277, de autoria da Procuradoria-Geral da República, em julho de 2009, tinha como causa “o obrigatório reconhecimento no Brasil da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher e que os mesmos direitos e deveres dos companheiros das

---

<sup>46</sup> Art. 19. Considerar-se à licença:(...) II - por motivo de doença em pessoa da família, com vencimento e vantagens integrais nos primeiros 12 (doze) meses; e, com dois terços, por outros 12 (doze) meses, no máximo; (...) V - sem vencimento, para acompanhar o cônjuge eleito para o Congresso Nacional ou mandado servir em outras localidades se militar, servidor público ou com vínculo empregatício em empresa estadual ou particular; (...)

<sup>47</sup> Art. 33. O Poder Executivo disciplinará a previdência e a assistência ao funcionário e à sua família, compreendendo: I - salário-família; II - auxílio-doença; III - assistência médica, farmacêutica, dentária e hospitalar; IV - financiamento imobiliário; V - auxílio-moradia; VI - auxílio para a educação dos dependentes; VII - tratamento por acidente em serviço, doença profissional ou intersetiva compulsória para tratamento psiquiátrico; VIII - auxílio-funeral, com base no vencimento, remuneração ou provento; IX - pensão em caso de morte por acidente em serviço ou doença profissional; X - plano de seguro compulsório para complementação de proventos e pensões. Parágrafo único - A família do funcionário constitui-se dos dependentes que, necessária e comprovadamente, vivam a suas expensas.



uniões estáveis estendam-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo”.

A ADI 4277 foi protocolada na Corte inicialmente como ADPF 178, com o propósito de levar a Suprema Corte brasileira a declarar que é obrigatório o reconhecimento, no Brasil, da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher. Pedia, da mesma forma, que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis fossem estendidos aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.

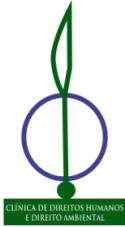
No entanto, o presidente do Supremo Tribunal Federal à época determinou a reclassificação do processo como Ação Direta de Inconstitucionalidade, já que a Procuradoria Geral da República pediu na ação que, alternativamente, a ADPF fosse recebida pelo STF como Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de interpretação conforme do artigo 1.723 do Código Civil<sup>48</sup>.

No mérito da ação, a PGR defendeu a tese de que “se deve extrair diretamente da Constituição de 1988, notadamente dos princípios da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), da igualdade (artigo 5º, caput), da vedação de discriminações odiosas (artigo 3º, inciso IV), da liberdade (artigo 5º, caput) e da proteção à segurança jurídica, a obrigatoriedade do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar”, atribuindo ao referido artigo do Código Civil compreensão atrelada aos ditames dos princípios constitucionais enunciados.

O julgamento do Supremo foi feito com base nas duas ações, a agora ADI 4277 e a ADPF 132, proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro. Em maio de 2011, ao reconhecer, por unanimidade, a constitucionalidade da união

---

<sup>48</sup> Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.



estável de casais do mesmo sexo, o STF conferiu interpretação coadunada com os princípios impregnados na Constituição Federal, além de afastar qualquer significado do art. 1.723 do Código Civil que obstasse seu reconhecimento.

Em análise do julgamento e dos votos dos ministros, notou-se uma convergência simbólica no que tange à liberdade para dispor da própria sexualidade como valor fundamental, além de menções louváveis ao pluralismo, ao direito à intimidade e à vida privada, ao objetivo constitucional de proteger o bem de todos, à busca da felicidade e ao direito a autoestima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo.<sup>49</sup>

Essa recente decisão da mais alta Corte brasileira apenas foi possível devido à refundação da proteção dos direitos fundamentais operada no Brasil através da Constituição Federal de 1988.

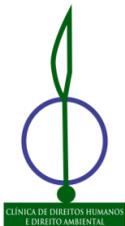
Depreendeu-se também a partir desse julgado que a proteção dos direitos fundamentais presentes na Carta de 1988, mesmo sem referência expressa, inclui em seu escopo a proteção da liberdade de orientação sexual e os direitos homoafetivos dela decorrentes. A quebra do paradigma conservador da família como esteio patrimonial e de produção de riquezas da sociedade cedeu lugar, assim, ao princípio da afetividade como norteador do Direito de Família.

Restou também demonstrado no julgado da E. Corte que mormente situações jurídicas não estarem previstas em ordenamentos positivados, não se traduz que tais fatos devam estar à margem do Direito e da tutela estatal. O convívio social com as diversidades é inerente à vida em sociedade e, portanto, os preceitos legais devem ser analisados como um fim à inclusão, já que em virtude da chegada de novos arranjos sociais, impõe-se posturas inovadoras e novos direitos a serem protegidos.

Os direitos estão atrelados à história social e ao cotidiano em que os sujeitos se encontram inseridos. Negar-lhes direitos que representam a

---

<sup>49</sup> (STF, ADI 4277/DF, Tribunal Pleno, j. 05.05.2011, rel. Min. Ayres Britto)



realização de aspirações pessoais e a busca pelo bem-estar físico, mental e social equilibrado é ignorar o próprio processo civilizatório de construção, luta e expansão de direitos. Norberto Bobbio, em *A Era dos Direitos*<sup>50</sup>, assume essa condição ao elencar a heterogeneidade e mutabilidade da realização do indivíduo através do gozo de novos direitos, que nada mais são senão ajustes daqueles previamente conquistados, através de novas circunstâncias históricas.

Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades, contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (...).<sup>51</sup>

E precisamente em razão do fluxo contínuo de demandas por novos direitos, Bobbio já pressentia a emergência de direitos até mesmo de quarta geração, “referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo” e se questionava sobre os limites desta possível (e cada vez mais certa no futuro) manipulação. Concluindo então que: (...) mais uma prova, se isso ainda fosse necessário, de que os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. ”<sup>52</sup>

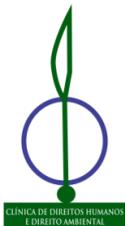
O Estado, neste esteio, assume muito mais do que o dever negativo de não obstaculizar comportamentos, culturas, ou qualquer outra forma de manifestação, coletiva ou individual, que reafirme a pluralidade e a diferença. Há em seu núcleo um verdadeiro dever positivo de concretizar o bem-estar e o desenvolvimento da personalidade do indivíduo, como sujeito de direitos fundamentais, com seus projetos, anseios e afetividades, elevando o pluralismo à verdadeira categoria sócio-político-cultural a ser protegida.

---

<sup>50</sup>BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*; tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier. 2004.

<sup>51</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 5.

<sup>52</sup> BOBBIO, Norberto. ob. cit. p. 6.



Além disso, é também dever do Estado garantir a não-discriminação e impedir que haja qualquer tipo de desigualação ou hierarquia jurídica entre os indivíduos, já que todos são dotados de direitos inerentes à sua existência, inclusive atrelados às diferentes microrrealidades em que estão inseridos.

Boaventura de Sousa Santos, coadunando com essas diferentes microrrealidades, ao conceber os direitos humanos, aponta que uma das complexidades de sua aplicação reside inteiramente na necessidade de que seu alcance e extensão sirva realmente como valor emancipador, e não opressor. Neste contexto, afirma:

Temos o direito a sermos iguais quando a diferença nos inferioriza. Temos o direito a sermos diferentes quando a igualdade nos descaracteriza. As pessoas querem ser iguais, mas querem respeitadas suas diferenças. Ou seja, querem participar, mas querem também que suas diferenças sejam reconhecidas e respeitadas.<sup>53</sup>

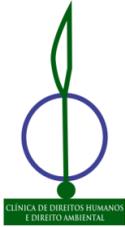
É nesse diapasão, portanto, que reside o Direito Homoafetivo, como decorrência lógica da plena significação dos direitos humanos, e englobando todas as realidades vivenciadas pela diversidade sexual e pela população LGBT, com seus direitos e demandas também inerentes à suas experiências.

Tendo em vista que os direitos fundamentais são, em muito, defluências do princípio da dignidade humana, paradigma da modernidade ocidental, destacá-lo é fundamental para compreender como o indivíduo e suas identidades realizam-se.

Abranger os diálogos principiológicos que regem o marco existencial contemporâneo das sociedades é imprescindível para atingir uma construção crítica e evolutiva dos significantes constitucionais, que se realizou praticamente nas recentes decisões acerca da tutela das demandas de reconhecimento familiar dos relacionamentos homoafetivos.

---

<sup>53</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: \_\_\_\_\_ (org.). Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 458.



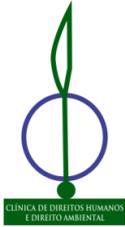
A dignidade da pessoa humana, como princípio norteador do ordenamento jurídico, se coaduna com a plena expressão do *ser* em detrimento do *ter*. *Ser*, nesse sentido deve compreender a garantia da plena existência humana em todos os seus aspectos, dotada com a razoabilidade inerente ao cumprimento de condutas de coexistência.<sup>54</sup>

No caso da decisão em comento, o Relator das ações, Ministro Ayres Britto, em seu voto, deu provimento ao reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, e caso não o fizesse, seria praticar discriminação constitucionalmente vedada, já que a *preferência* (sic) sexual não é apta a tratamentos jurídicos díspares. Assim o fez em voto ementado abaixo seguido por unanimidade:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme a Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que

---

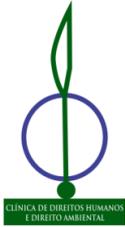
<sup>54</sup> “Ele [o princípio da dignidade da pessoa humana] representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar, criar.” BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3ª Ed. – São Paulo; Saraiva 2011, p. 274.



não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO REDUCTIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

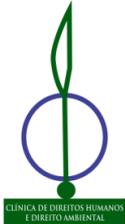
4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”,



não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

Na ementa colacionada anteriormente é claro o corolário do princípio da dignidade humana como fonte decisória e suas ramificações que enaltecem diversos outros direitos fundamentais protegidos. Além disso, no voto, a dignidade humana é elencada como a “base jurídica para a construção do direito à orientação sexual, como direito personalíssimo, atributo inerente e inegável” a todos os seres.

Nota-se, portanto, que o desenvolvimento das potencialidades da personalidade individual de cada um, bem como a autodeterminação sexual ou



de gênero, é decorrente, em última instância, do claro elo com o princípio alicerce da dignidade da pessoa humana.

Cabe menção também ao voto do ministro Joaquim Barbosa, quando ressaltou que é dever “impedir o sufocamento, o desprezo e discriminação dura e pura de grupos minoritários pela maioria estabelecida”. De acordo com o ministro, a dignidade humana pressupõe a “noção de que todos, sem exceção, têm direito a igual consideração”.

Assim, a família contemporânea é fruto do afeto mais do que do direito, devendo este último se conformar às realidades existenciais e as realizações individuais de identidade, legitimando o que *Dworkin* chama de “levar os direitos a sério.”<sup>55</sup>

Outros julgados, advindos do Direito Comparado, fornecem igual panorama principiológico que corroboram com as ideias aqui apresentadas. A Corte de Apelação da Província de Ontário (Canadá) assim definiu a questão do tratamento legal dos relacionamentos homoafetivos:

Esse caso é essencialmente sobre o reconhecimento e proteção da dignidade humana e da igualdade no contexto das estruturas sociais disponíveis para casais no Canadá. A dignidade humana é violada quando indivíduos e grupos são marginalizados, ignorados ou desvalorizados [...] <sup>56</sup>.

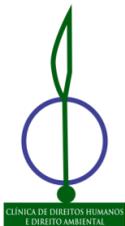
De igual maneira a Corte Constitucional da África do Sul ressalta a impossibilidade de haver qualquer tratamento diferenciado das relações homoafetivas em um Estado que pretenda se consagrar nos princípios da dignidade:

A forma como as palavras dignidade, igualdade e privacidade passaram a ser interpretadas por esta Corte demonstraram que elas se tornaram centrais à forma como a exclusão de casais homossexuais do casamento passou a ser avaliada. [...] Uma sociedade democrática, universalista, solidária e que se almeja igualitária abraça a todos e aceita as pessoas pelo que elas são. Penalizar as pessoas por serem

---

<sup>55</sup> DWORBIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

<sup>56</sup>Court of Appeal for Ontario. Halpern v. Canada (Attorney General), 2003 65 O.R. (3rd), 161 (C.A.), 10 June 2003.



quem e o que elas são é profundamente desrespeitoso à personalidade humana e viola a igualdade. Igualdade significa igual interesse e respeito na diferença. Ela não pressupõe a supressão da diferença. O respeito pelos direitos humanos requer a afirmação do ser, não a negação do ser. A igualdade, portanto, não implica uma padronização ou homogeneização de comportamentos ou a exaltação de uma forma como suprema e outra como inferior, mas um reconhecimento e aceitação da diferença.

As decisões trazidas à tona demonstram que há um crescente reconhecimento de direitos homoafetivos, fazendo jus à compreensão de que a discriminação ou qualquer tipo de obstáculo a plena realização individual é movimento contra os direitos humanos.

É devido ao desenvolvimento dessas conquistas que não se pode mais restringir o direito à família ao casamento entre o homem e a mulher, no Brasil. E por essa razão também, iniciou-se um movimento de reconhecimento da obrigação jurídica internacional de reconhecimento do casamento homoafetivo, buscando a clarificação expressa dos direitos relativos à orientação sexual ou identidade de gênero como forma de combater a discriminação estrutural às minorias sexuais.<sup>57</sup>

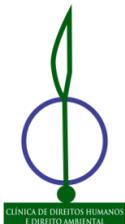
Nesse sentido, a ideia de identidade, e mais especificamente a identidade de gênero deve ser vista como um elemento fundamental para o livre desenvolvimento da personalidade humana, englobando todos os outros princípios que decorrem desta, e quaisquer outros direitos de personalidade ou de propriedade, tutelando sua integridade física, psíquica e em última instância o reconhecimento social pela coletividade.<sup>58</sup>

Por fim, novas demandas e contextos individuais, quando preveem a necessidade de emergentes direitos a serem tutelados, não devem ser vistos

---

<sup>57</sup> SOARES, Bruno Martins; MACHADO, Isabel Penido de Campos; NUNES, Raquel Portugal; SANDER, Sílvia Corradi. O reconhecimento das uniões homoafetivas pelo direito brasileiro: contribuições do direito internacional dos direitos humanos. *Revista CEJIL: Debates sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano*, Ano III, Número 4, p. 65-79.

<sup>58</sup> PIOVESAN, Flávia; NEVES, Mariana Moreira. Os Direitos Fundamentais E O Direito Homoafetivo: A Invalidez Dos Questionamentos Preconceituosos. *Revista Jurídica Cesumar - Mestrado*, v. 14, n. 1, p. 93-117, jan./jun. 2014.



com estranhamento pelo Direito, sob pena de deslocar-se da realidade que lhe dá razão de existência. O Direito Homoafetivo é, portanto, corolário da máxima das minorias, quando impõe novos cenários e luta por visibilidade.

Quanto ao direito vigente também ele precisa ser interpretado de maneira diversa em face de novas necessidades e situações de interesse. Essa disputa acerca da interpretação e imposição de reivindicações historicamente irresolvidas é uma luta por direitos legítimos, nos quais estão implicados agentes coletivos que se defendem contra a desconsideração de sua dignidade<sup>59</sup>

Balizado pelas decisões do Supremo Tribunal Federal nas já citadas ADPF 132 e ADI 4.277, além da decisão inédita proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do REsp 1.183.378/RS, em outubro de 2011 foi aprovada em 14 de maio de 2013 a Resolução do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)<sup>60</sup> n. 175.

A Resolução CNJ n. 175 entrou em vigor em 14 de maio de 2013. O texto aprovado pelo Conselho proibiu as autoridades competentes de se recusarem a habilitar, celebrar casamento civil ou de converter união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo. Nesse caso, se algum cartório não cumprir a Resolução, o casal interessado poderá levar o caso ao juiz corregedor da comarca para que ele determine o cumprimento da medida. Além disso, poderá ser aberto processo administrativo contra o oficial que se negou a celebrar ou reverter a união estável em casamento.

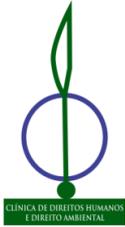
Ante todos os fundamentos expostos, entendemos que:

1. O Estado deve reconhecer e facilitar a mudança de nome às pessoas de acordo com a identidade de gênero de cada uma, em conformidade

---

<sup>59</sup> HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro: estudos e teoria política, p. 230

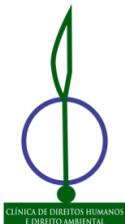
<sup>60</sup> O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é uma instituição pública que visa aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro, principalmente no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual.<sup>60</sup>De acordo com a Constituição Federal brasileira, compete ao CNJ zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, definir os planos, metas e programas de avaliação institucional do Poder Judiciário, receber reclamações, petições eletrônicas e representações contra membros ou órgãos do Judiciário, julgar processos disciplinares e melhorar práticas e celeridade, publicando semestralmente relatórios estatísticos referentes à atividade jurisdicional em todo o país.



---

com os artigos 1 e 24 da CADH relacionados com os artigos 11.2 e 18 da mesma Convenção;

- 1.1 É inconveniente que a pessoa interessada em modificar seu nome próprio tenha que recorrer a um processo judicial ao invés de ter acesso a um processo administrativo gratuito, simples, rápido e efetivo;
- 1.2 As pessoas que desejem mudar seu nome próprio a partir de sua identidade de gênero não estão obrigadas a submeter-se a processo judicial, nem a submeter-se a cirurgia de redesignação sexual ou tratamento hormonal.
2. O Estado deve reconhecer todos os direitos patrimoniais que se derivam de um vínculo entre pessoas do mesmo sexo, em conformidade com os artigos 1 e 24 da CADH em relação com o artigo 11.2 da mesma Convenção.
  - 2.1. Em razão do silêncio do Estado-Legislador, não é necessária a existência de uma figura jurídica que regule os vínculos entre pessoas do mesmo sexo para a proteção de seus direitos patrimoniais decorrentes, uma vez que essa proteção pode ser reconhecida pelo Estado-Juiz. No entanto, em um Estado Democrático de Direito, em respeito ao princípio da pluralidade e da dignidade da pessoa humana, da busca da felicidade e da solidariedade constitucional, o Poder Legislativo constituído é obrigado a legislar sobre os Direitos Humanos das pessoas LGBT.



De Manaus, Amazonas, Brasil para São José da Costa Rica,  
em 09/12/2016.

Sílvia Maria da Silveira Loureiro  
<http://lattes.cnpq.br/3190742871018847>

Denison Melo de Aguiar  
<http://lattes.cnpq.br/9956374214863816>

Érika Guedes de Sousa Lima  
<http://lattes.cnpq.br/1938146089960574>

Hérica Luna Arce Lima  
<http://lattes.cnpq.br/7535987355430501>

Ian Araújo Cordeiro  
<http://lattes.cnpq.br/6768089112850191>

Thiago Almeida Rebello  
<http://lattes.cnpq.br/1202778959107165>