

À Corte Interamericana de Direitos Humanos

Ass.: Opinião Consultiva solicitada pelo Estado de Costa Rica em 18 de maio de 2016.

Prezado Sr. Secretário,

A Clínica de Direitos Humanos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, com fundamento no art. 73.3 do Regulamento da Corte, comparece por meio da presente para apresentar contribuições sobre a temática do pedido de Opinião Consultiva feito pelo Estado de Costa Rica.

Esclarece-se que os itens 1 a 3 foram elaborados pelos alunos do Núcleo de Estudos Avançados em Direito Internacional - NEADI, vinculado ao PPGD da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, sob responsabilidade do Prof. Dr. Luís Alexandre Carta Winter; do Grupo de Pesquisa Pátrias, Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Autônomo do Brasil sob a Coordenação do Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes e pelos Professores da Unisc – Universidade de Santa Cruz do Sul - RS, Dra. Monia Hennig e Marli da Costa.

Os itens 4 a 7 foram elaborados pelos alunos da Clínica de Direitos Humanos do PPGD da PUC-PR, sob a supervisão da signatária da presente, Profa. Dra. Danielle Anne Pamplona.

Desde logo informamos que uma via impressa está sendo enviada ao endereço da Corte, acompanhada de cópia dos documentos de identificação de todos os participantes.

A signatária é a responsável por receber as comunicações e intimações da Corte Interamericana de Direitos Humanos:

Professora Dra. Danielle Anne Pamplona; [REDACTED]

Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Programa de Pós-Graduação em Direito

Rua Imaculada Conceição, 1155 Bairro Prado Velho □ CEP: 80215-901 □ Curitiba – Paraná – Brasil

Cordialmente,

Curitiba, 08 de dezembro de 2016.


DANIELLE ANNE PAMPLONA

Coordenadora da Clínica de Direitos Humanos do PPGD
PUC-PR

PARECER ESCRITO SOBRE OS PONTOS SUBMETIDOS À CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

INTRODUÇÃO: APRESENTAÇÃO DA CONSULTA E OBJETO DO AMICUS CURIAE

Como membro do sistema interamericano de direitos humanos, a Costa Rica comparece à Corte Interamericana de direitos humanos para apresentar uma consulta referente à Opinião Consultiva, fundamentado em três questionamentos, quais sejam:

a. PARECER CONSULTIVO sobre a proteção oferecida pelos artigos 11.2, 18 e 24, em relação ao artigo 1 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), ao reconhecimento da mudança de nome das pessoas, de acordo com a identidade de gênero de cada uma.

b. PARECER CONSULTIVO sobre 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.

c. PARECER CONSULTIVO sobre 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.

Assim, encontra-se em discussão o reconhecimento dos direitos humanos derivados da orientação sexual e da identidade de gênero, num amplo espectro de casos de países integrantes do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, que reconhecem de maneira plena os direitos às pessoas lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros e intersexuais.

Segundo a própria solicitação: *“O Estado da Costa Rica reconhece que esta Honorável Corte IDH, nos casos Atala Riffo e Crianças Vs. Chile e Duque Vs. Colômbia, determinou como uma categoria de discriminação protegida pela Convenção, as ações que denigrem as pessoas em razão tanto de sua identidade de gênero como, especialmente nestes casos, de sua orientação sexual.*

Em concreto, a Honorável Corte, nos casos mencionados, dispôs:

“Levando em conta as obrigações gerais de respeito e de garantia, estabelecidas no artigo 1.1 da Convenção Americana, os critérios de interpretação fixados no artigo 29 da citada Convenção, o estipulado na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, as resoluções da

Assembleia Geral da OEA, as normas estabelecidas pelo Tribunal Europeu e pelos organismos das Nações Unidas (pars. 83 a 90 supra), a Corte Interamericana estabelece que a orientação sexual e a identidade de gênero das pessoas são categorias protegidas pela Convenção. Por isso, a Convenção rejeita qualquer norma, ato ou prática discriminatória com base na orientação sexual da pessoa. Por conseguinte, nenhuma norma, decisão ou prática de direito interno, seja por parte de autoridades estatais, seja por particulares, pode diminuir ou restringir, de maneira alguma, os direitos de uma pessoa com base em sua orientação sexual." (Caso Atala Rifo e Crianças Vs. Chile. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de fevereiro de 2012. Série C no 239, par. 91 e Caso Duque Vs. Colômbia. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de fevereiro de 2016. Série C no 310, par. 104).

Observando-se as decisões presentes na própria decisão o Estado de Costa Rica obteve dúvidas sobre a proibição de discriminação devido à orientação sexual e identidade de gênero, bem como constatou que ainda existem desafios para determinar, em certos casos, se alguns atos se encontram protegidos por este tipo de categoria de discriminação.

Sendo assim, uma interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre os padrões indicados em algumas decisões acrescentaria para o Estado da Costa Rica, bem como para todos os países do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, uma Opinião Consultiva que trate sobre o tema, assim como poderá garantir às pessoas os seus direitos, ou seja, o pleno cumprimento das obrigações em relação ao direito fundamental à identidade e à igualdade, independente da orientação sexual.

A prática existente consiste em analisar os casos das pessoas que desejam alterar seus nomes por motivos de identidade de gênero, ao seguir o procedimento de jurisdição voluntária previsto no artigo 54 do Código Civil da República da Costa Rica, tendo em vista o fato que este processo implica gastos para a pessoa solicitante e representa uma espera demorada, se a aplicação dessa norma nos casos referidos se faz contrária aos direitos das pessoas.

A República da Costa Rica demonstra pleno entendimento do valor que um parecer consultivo emitido pela Corte Interamericana possui, sendo que o Estado deseja, por uma série de perguntas, contar com a interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos a determinação do conteúdo da categoria de discriminação por orientação sexual e identidade de gênero.

Segundo entendimentos da própria Corte:

"... o trabalho interpretativo que deve cumprir em exercício de sua função consultiva busca não apenas decifrar o sentido, propósito e razão das normas internacionais sobre direitos humanos, mas, sobretudo, contribuir com os Estados Membros e os órgãos da OEA para que cumpram de

maneira cabal e efetiva suas obrigações internacionais na matéria e definam e desenvolvam políticas públicas em direitos humanos..." (Parecer Consultivo no OC-21/14, de 19 de agosto de 2014. Série A no 21, par. 29).

Sendo assim, o Estado da Costa Rica solicita a interpretação do artigo 1 da CADH concomitantemente com o artigo 54 do Código Civil da Costa Rica a fim de ajudar, por meio da presente opinião consultiva, modificar dogmas presentes na legislação e jurisprudência do supracitado país.

Nessa toada, cumpre anotar que os Estados que ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) estão vinculados ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos e compreende, dentre seus principais órgãos protetivos, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que se pronuncia através de informes e possui competência para receber denúncias individuais de violações aos direitos humanos; e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que possui a função consultiva e contenciosa. A função consultiva da Corte refere-se à hermenêutica e aplicação das normas da Convenção Americana, assim como dos tratados concernentes à proteção dos direitos humanos no âmbito do sistema interamericano.

Portanto, é de suma importância os Estados acatem os pareceres exarados em Opinião Consultiva, em razão da possibilidade de se argumentar quanto sua força vinculante, que está embasada no artigo 68 da Convenção Americana de Direitos Humanos e artigos 26 e 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969. Quanto muito, a opinião consultiva aponta para um direcionamento de como o Estado que formulou a consulta deverá atuar, sob pena de futura responsabilidade internacional.

De modo geral, um dos casos emblemáticos que marcou o sistema interamericano foi o caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, julgado pela Corte em 24 de fevereiro de 2012. Tal situação versou sobre a responsabilidade internacional do Estado por tratamento discriminatório e intromissões arbitrárias na vida privada e familiar de Karen Atala Riffo. Mais especificamente, tem-se que a Sra. Atala Riffo declarou, após divórcio, orientação sexual diversa, o que teria resultado na remoção do cuidado e custódia de suas filhas. Na decisão da Corte, considerou-se que o Chile violou uma série de dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos¹.

A decisão no caso *Atala Riffo* foi emblemática justamente por conta de se tratar da primeira responsabilização internacional, na seara do sistema interamericano, derivada de discriminação motivada por orientação sexual.

Na ocasião, a Corte Interamericana entendeu que qualquer restrição baseada na condição sexual do indivíduo sobre um direito deverá ser fundamentada em rigorosas razões, caso

¹CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Disponível em: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf. Acesso em: 02 nov 2016.

contrário, poderá resultar em ato discriminatório, fundado em preconceitos.

Para além da Convenção Americana de Direitos Humanos, há um importante documento também sobre o tema, qual seja: a Convenção Americana contra toda forma de discriminação e intolerância. O documento foi assinado pela Argentina, Brasil, Equador e Uruguai no mesmo dia de sua aprovação, em 06 de junho de 2013 e foi resultado de longas negociações e espera-se que possua cada vez mais Estados signatários.

Outrossim, recentemente, em 31 de agosto de 2016, a Corte Interamericana de Direito Humanos considerou que, no caso Flor Freire vs. Equador, o Estado violou a Convenção Americana de Direitos Humanos, por cometer ato discriminatório em situação na qual Sr. Flor Freire foi separado das Forças Armadas por supostamente ter cometido atos sexuais homossexuais dentro de instalações militares².

Assim, será apresentado o funcionamento de uma série de estados latino-americanos sobre o tema em pauta, realizado por meio de um estudo comparativo, bem como ver-se-á estudos concentrados na questão do direito das minorias, que poderão auxiliar à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

1. DIREITO DAS MINORIAS: BREVES CONSIDERAÇÕES

Firmado em 1969, a Convenção Americana de Direitos Humanos prevê as premissas basilares do sistema interamericano de proteção aos Direitos Humanos, preconizando que seus Estados signatários “comprometem a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que está sujeita à sua jurisdição, sem qualquer discriminação”.

Ao fazer referência a “toda pessoa [...] sem discriminação”, resta patente sua aplicação às questões envolvendo grupos minoritários. Além de proteção expressa aos direitos de liberdade de expressão, liberdade religiosa, e outros tão importantes quanto, destaca-se o artigo 24³ que prevê a igualdade dos cidadãos perante a lei.

Veja-se que já em seu preâmbulo⁴, fica claro seu propósito de consolidar o que chama de

²CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Flor Freire vs. Ecuador**. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_315_esp.pdf. Acesso em: 06 nov 2016.

³Artigo 24 - Igualdade perante a lei - Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação alguma, à igual proteção da lei.

⁴Preâmbulo: Os Estados Americanos signatários da presente Convenção, Reafirmando seu propósito de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos humanos essenciais; Reconhecendo que os direitos essenciais da pessoa humana não derivam do fato de ser ela nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos; Considerando que esses princípios foram consagrados na Carta da Organização dos Estados Americanos, na Declaração Americana dos Direitos

“... um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos humanos essenciais”. Evidente pois a aplicabilidade do ali disposto ao caso em tela, o que seria a escolha de nome senão manifestação de liberdade pessoal diante da mudança de gênero? Ademais, há que se ponderar o enquadramento ainda da liberdade como direito humano essencial, nos termos da convenção, sendo certo que sua efetivação neste caso, será evidente exercício de justiça social.

Não se pode crer que por ser um grupo minoritário não haja efetivação de tal princípio no caso em tela. A não organização de normativas, judiciais e mesmo administrativas no que tange a mudança de nome, pode ser interpretada como uma afronta ao disposto no Pacto, sendo que a ausência de legislação expressa sobre o tema causa óbice severo ao acesso ao judiciário, sendo verdadeiro empecilho à efetivação do acesso à justiça.

Pretende-se, aqui, definir o conceito internacional de minoria e definir se as pessoas trans se enquadram nesta categoria, merecendo um tratamento diferenciado na questão de mudança de nome para que uma isonomia seja alcançada. A questão será analisada à luz do Sistema interamericano, europeu e ONU de proteção aos direitos humanos, além de legislações complementares que possam ser analogicamente aplicadas ao caso em tela.

1.1 POSSÍVEL ENQUADRAMENTO DA CONSULTA COMO DIREITO DAS MINORIAS

Internacionalmente a temática das minorias ganhou destaque no período entre guerras quando a questão das salvaguardas aos direitos humanos passou a ser oficialmente tema de interesse internacional. As barbaridades perpetradas trouxeram à tona a necessidade da discussão e efetiva proteção à paz e à dignidade humana. A perseguição de grupos tidos como ‘minorias’, trouxe à baila o princípio da não discriminação, consagrado posteriormente por ocasião do advento do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, que em seu artigo 27⁵ veda qualquer forma de discriminação às minorias.

Nesta esteira, diante da crescente preocupação e constantes afrontas aos direitos humanos das minorias, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou a Declaração sobre os

e Deveres do Homem e na Declaração Universal dos Direitos do Homem, e que foram reafirmados e desenvolvidos em outros instrumentos internacionais, tanto de âmbito mundial como regional; Reiterando que, de acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos cívicos e políticos.

⁵ Artigo 27- Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua. Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em 15 out 2016.

Direitos de Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas⁶. O documento não vislumbra qualquer tentativa de definição do termo 'minorias', delimitando, contudo em seu título sua aplicabilidade aos grupos ali elencados.

Hoje já há consciência de que não se pode fixar um rol taxativo de grupos minoritários, eis que os direitos humanos, no dizer de Norberto Bobbio, não nascem postos, mas são frutos de lutas sociais. O que se verifica ainda é a falta de consenso internacional no que tange a uma definição universalmente aceita de 'minorias'⁷.

A relação da diversidade, e mesmo a de superioridade, não implica as consequências da discriminação racial... Da relação superior-inferior podem derivar tanto a concepção de que o superior tem o dever de ajudar o inferior a alcançar um nível mais alto de bem-estar e civilização, quanto a concepção de que o superior tem o direito de suprimir o inferior. Somente quando a diversidade leva a este segundo modo de conceber a relação entre superior e inferior é que se pode falar corretamente de uma verdadeira discriminação, com todas as aberrações decorrentes.

Consenso internacional somente no que tange a concepção aristotélica de tratamento igual aos iguais e desigual aos que são diferentes na medida de suas desigualdades, a fim de implementar uma almejada igualdade material, entre minorias e a maioria. Desta feita, procura-se identificar os grupos minoritários como aqueles formados por indivíduos tidos como vulneráveis diante do sistema instituído. Outras formas de delimitação também têm sido discutidas, como o fator quantitativo advindo da sociologia, mas principalmente tem-se utilizado o fato qualitativo da ciência antropológica que delinea o termo como aqueles que ocupam posição de não dominância no âmbito do Estado em que vivem.

1.2 O GRUPO REFERENTE A PRESENTE OPINIÃO CONSULTIVA SE ENQUADRA COMO MINORIAS?

⁶Inspirada nas disposições do Artigo 27 do Pacto Internacional Sobre os Direitos Civis e Políticos relativas aos direitos das pessoas pertencentes a minorias étnicas, religiosas e linguísticas contribuem para a estabilidade política e social dos Estados em que vivem. Sublinhando que a promoção e a realização constantes dos direitos das pessoas pertencentes a minorias nacionais ou étnicas, religiosas ou linguísticas, como parte integrante do desenvolvimento da sociedade em seu conjunto e dentro de um marco democrático baseado no estado de direito, contribuiriam para o fortalecimento da amizade e da cooperação entre os povos e os Estados. *In*: Declaração Sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1992%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20os%20Direitos%20das%20Pessoas%20Pertencentes%20a%20Minorias%20Nacionais%20ou%20%C3%89tnicas,%20Religiosas%20e%20Lingu%C3%ADsticas.pdf>. Acesso em: 15 nov 2016.

⁷BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. — Nova ed. — Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

Antes de adentrarmos às justificativas para a inserção do grupo em questão na categoria de minoria, é necessário fazer algumas considerações. Notou-se nas jurisprudências pesquisadas e artigos referente aos LGBT uma confusão acerca das definições de orientação sexual e identidade de gênero. Orientação sexual apenas diz respeito a por quem o indivíduo se atrai sexualmente, podendo ser por pessoas de identidade femininas, masculinas, ambas, agêneras ou quaisquer delas (respectivamente lésbicas, gays, bissexuais ou pansexuais).

La referencia a la identidad de género es independiente a la de "orientación sexual". Las personas trans pueden identificarse como heterosexuales, gays, lesbianas, bissexuales, pansexuales o queer, entre otras posibilidades. Así como las experiencias y/o expresiones de género son tan variadas como personas existen, los modos de vivir las sexualidades son múltiples, y muchas veces las personas no se identifican o ajustan a ninguna de esas terminologías disponibles, o las van cambiando y/o tensionando en distintos momentos*.⁸

Por vezes a expressão sexo é confundida com gênero, quando não cabe distinguir a genitália de um indivíduo como masculina ou feminina sendo que apenas constitui um órgão como qualquer outro, como fígados, rins, coração, pulmão. O gênero de uma pessoa não se expressa por sua genital, até mesmo por fazer parte da intimidade da pessoa, mas sim o que revela seu gênero é como ela se autorreconhece e se apresenta. Caso contrário, a identidade de gênero de uma pessoa intersexual seria indeterminada, o que não é verdade, visto que alguns destes apresentam ter identidade de gênero masculina ou feminina, bem como outros revelam ter identidades de gênero que transcendem as binárias. Daí a importância de que no documento de identidade se conste a identidade de gênero do indivíduo independente de sua genitália.

Conforme dito no guia construído pela Argentina, um dos primeiros países latino-americanos a promulgar a lei de identidade de gênero⁹, historicamente tem se justificado a violência contra pessoas com identidade de gênero e sexualidade diversa daquela tida como natural (cisgênera e heterossexual), violência que se manifesta, também por meio de de tratamentos, castigo e estupro. Tanto na Ciência como nas mais diversas áreas de estudo, estabeleceram concepções e categorias que se naturalizaram com a finalidade de entender o ser humano, como macho e fêmea, masculino e feminino, homem e mulher. Fundou-se um binarismo

⁸ARGENTINA. *Op. Cit.* P. 36.

⁹ARGENTINA. *Atención de la salud integral de personas trans. Guia para equipos de salud.* 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: 2015

dito sexo-genérico enclausurando à diversidade humana, institucionalizando a divisão homem e mulher, o que veio a refletir nos instrumentos legais. A medicina, a psicologia e a psiquiatria sustentaram a existência apenas de dois tipos de ferais, gônadas e cromossomos possíveis, sob o fundamento de que eram mais completos para a reprodução humana. Este padrão criado tornou os corpos que fugiam desse padrão como anormais, denominando estes estados como síndromes, anomalias, transtornos e patologia. Todavia a diversidade humana não cabe em padrões e a existência de corpos, expressões e identidades de gênero, bem como sexualidade

Não é preciso ir longe para perceber que, embora as formas de racismo abrangendo negros, transfobia, e intersexofobia se tratem de coisa diversas e de manifestações diversas de preconceito, ambos têm em comum o fato de que a ciência e outras formas de estudos justificaram sua inferiorização e marginalização por séculos.

Para superar el paradigma de patologización de las identidades trans es necesario desnaturalizar, desarmar y repensar aquel sistema clasificatorio de tipos humanos que las estigmatiza al diferenciarlas, jerárquicamente, de las demás.

Cada persona vive el cuerpo, el género y la sexualidad de modo personal y distinto, por lo que no corresponde clasificar la singularidad de sus experiencias. Las construcciones de género se han ido definiendo de manera fluida y cambiante a lo largo de la historia en cada sociedad, desafiando las asociaciones automáticas entre los cuerpos y las expresiones de género que se hacen corresponder con las em categorías de macho y hembra, varón y mujer, masculino y femenino.¹⁰

A existência de pessoas intersexuais, sobretudo aquelas que apresentam genitália diversa daquela dita feminina ou masculina, numa visão binária, demonstra que o gênero não se constitui a partir da genital, mas sim da autopercepção do próprio indivíduo. Entretanto até os dias de hoje há uma violência médica velada contra pessoas intersexuais que recém-nascidas sofrem com mutilação de genitália e outras intervenções, além de terem seu direito à identidade violado, visto que cabe ao médico e aos seus pais decidirem sobre o sexo que a pessoa terá. Retiram dela o direito à autonomia.

A consequência desse binarismo e de critérios que definem quais são os corpos ditos naturais é a marginalização dos corpos, identidade de gênero e sexualidades que divergem do padrão. Com isso nota-se que exclusão da população trans e intersexuais é histórica e o que se percebe hoje quando a suas posições na sociedade é apenas reflexo de uma estrutura heteronormativa, binária e patriarcal da sociedade.

O enquadramento das pessoas trans ao conceito de minorias previamente tratado mostra-se evidente ao analisarmos o histórico milenar de perseguição e invisibilidade a que estas pessoas foram expostas, sendo que seus direitos humanos somente tornaram-se objeto de

¹⁰ARGENTINA. *Op. Cit.*

discussão nas últimas décadas e, mesmo assim, são poucos os países que asseguram tais direitos na integralidade necessária. O descompasso da realidade das pessoas trans com os princípios de direitos humanos constantes na legislação interna de diversos países, assim como na Convenção Americana de Direitos Humanos, mostra-se evidente ao analisarmos os dados fornecidos pela organização *Transgender Europe*, que ao fazer um estudo¹¹ em 65 países, a sua maioria ocidentais, relatou que entre os anos de 2008 e 2016 foram reportados 2.115 homicídios de pessoas trans. Destes, cerca de 80% ocorreram na América Latina. Não bastasse os altos índices de violência física contra este grupo de pessoas, como se vê, a perseguição social, violência física e psíquica tornam os índices de suicídio altamente elevados dentre esta parcela da sociedade. Estima-se que ao menos 41% das pessoas trans tentaram suicidar-se ao menos uma vez¹², dado alarmante considerando que em relação às pessoas cisgênero e heterossexuais a percentagem diminui para 4,6%, ou seja, nove vezes menor.

Daí a necessidade de medidas que ajudem no reconhecimento de pessoas trans, como a medida mínima de permitir a mudança do prenome sem burocracia demasiada, diminuindo a situação de vulnerabilidade em que estas pessoas se encontram hoje, mundialmente falando.

O não reconhecimento do direito das pessoas trans e travestis à troca de prenome correspondente à sua identidade de gênero viola direitos humanos constantes na convenção Americana de Direitos Humanos como o direito à honra e à dignidade (art. 11.1), da igualdade e da vedação à discriminação (art. 24), da privacidade (art. 11.2) e, principalmente, o direito ao nome (art. 18). Assim, nada justifica que a documentação da pessoa trans não seja condizente com a sua realidade, afirmativa que se mostra ainda mais verdadeira ao ser analisada no contexto dos sistemas Americano, Europeu e ONU de proteção aos direitos humanos, como será visto adiante.

1.3) HÁ DECISÕES SOBRE O TEMA NO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS?

A Convenção Americana de Direitos Humanos não cita nem aborda diretamente a questão da identidade de gênero. Porém, a Corte Interamericana e a Comissão vêm adotando uma interpretação extensiva da convenção para assim poder também contemplar as minorias trans. No Caso Karen Atala Riffo e hijas Vs. Chile, a Corte entendeu que o artigo 1.1 da Convenção não é exaustivo ao tratar dos tipos de discriminações, devendo-se incluir também, quando se lê " outras condições sociais", a identidade de gênero.

¹¹Disponível em: http://transrespect.org/wp-content/uploads/2016/05/TvT_TMM_IDAHOT2016_Tables_EN.pdf. Acesso em: 15 nov 2016.

¹²Disponível em: <http://williamsinstitute.law.ucla.edu/wp-content/uploads/AFSP-Williams-Suicide-Report-Final.pdf>. Acesso em: 15 nov 2016.

"Los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Por el contrario, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término "otra condición social" para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas." (Sentencia Caso ATALARIFFO Y NIÑAS VS. CHILE, párrafo 85)

Na mesma decisão, a Corte ressalta que, à luz do Sistema Europeu e do Sistema ONU, enxerga os tratados como instrumentos que devem acompanhar a dinamicidade da sociedade, acompanhando as necessidades dos mais vulneráveis por meio de uma hermenêutica evolutiva e abrangente.

Na mesma sentença, a Corte cita o E/CN.4/2004/49, o E/CN.4/2004/56 e o E/CN.4/2005/60, que definem a comunidade Gay, Lésbica, Trans, Bissexual e Intersexual (LGTBI) como minorias sexuais.

Las actitudes y creencias derivadas de mitos y miedos relacionados con el VIH/SIDA y la sexualidad contribuyen a la estigmatización y la discriminación contra las minorías sexuales. Además, la percepción de que los miembros de estas minorías no respetan las barreras sexuales o cuestionan los conceptos predominantes del papel atribuido a cada sexo parece contribuir a su vulnerabilidad a la tortura como manera de 'castigar' su comportamiento no aceptado. (E/CN.4/2004/56, p. 64).

Os informes ressaltam a vulnerabilidade social desses grupos nos mais diversos aspectos como risco de violência e agressão, de contágio de doenças venéreas e de discriminação.

A CIDH, evidenciando o posicionamento da Corte, criou uma unidade especializada nos direitos dos gays, lésbicas, trans, bissexuais e intersexuais (LGBTI), seguida pela atual Relatoria sobre os Direitos das Pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexuais (LGBTI). No Plano de Ação 4.6.i, a CIDH chama expressamente tais grupos de minorias sexuais, além de destacar o contexto histórico e social de sua fragilidade.

Os desastrosos efeitos da discriminação contra pessoas de sexualidade diversa são amplamente conhecidos, e se estendem através de continentes, culturas e tradições legais (...) O reconhecimento, o respeito e a promoção dos direitos de minorias sexuais tem recebido atenção periódica por parte da CIDH (...) Defensores e defensoras dos direitos dos gays, lésbicas, bissexuais e transexuais vêm sendo assassinados, atacados e ameaçados. (p. 2 e 3).

Ressalta-se, ademais que a Declaração sobre Identidade de gênero e Orientação de sexual, que influenciou o desenvolvimento da unidade e da Relatoria, condena a violência, a perseguição, a discriminação e a exclusão baseados na orientação sexual e na identidade de gênero; ela foi firmada por 66 Estados Membros, sendo 14 membros também da OEA.

A CIDH destaca ainda, no estudo "Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: algunos términos y estándares relevantes", que também é possível a inclusão da categoria das minorias de gênero quando se dispõe sobre a discriminação em razão do gênero, o que já foi aplicado pelo direito internacional, como no caso *Toonen Vs. Australia* e no caso *Señor X Vs. Colombia*.

"Jurídicamente las categorías de no discriminación por orientación sexual y la identidad de género se han subsumido en dos causales de discriminación em el ámbito del derecho internacional, a saber: discriminación por "sexo" y em las cláusulas abiertas de discriminación, como aquellas que se manifiestan por "cualquier outra condición social"."" (Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: Algunos términos y estándares relevantes, párrafo 28)

Na sentença do *Caso Duque Vs. Colombia*, a Corte reitera que o artigo 1.1 da Convenção Americana tem um caráter geral, abarcando toda e qualquer forma de discriminação, mesmo que a categoria específica não seja citada explicitamente no tratado:

"La Corte ha establecido que el artículo 1.1 de la Convención es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, y dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos "sin discriminación alguna". Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma" (Sentencia Caso Ángel Alberto Duque vs. Colombia, párrafo 93)

Dando tratamento especial à discriminação, há no Sistema Interamericano a CONVENÇÃO INTERAMERICANA CONTRA TODA FORMA DE DISCRIMINAÇÃO E INTOLERÂNCIA, que reafirma o compromisso, de todos os países da OEA, de promoção da igualdade de tratamento e direitos de todos os indivíduos, proclama:

Levando em conta que as vítimas da discriminação e da intolerância nas Américas são, entre outras, os migrantes, os refugiados e os deslocados e suas famílias, além de outros grupos ou minorias sexuais, culturais,

religiosas e linguísticas afetados por essas manifestações.

Novamente há o reconhecimento da condição de risco e exclusão social das ditas minorias sexuais, que, como já demonstrado acima, para fins de entendimento do Sistema Interamericano, considera-se a comunidade LGTBI; esse fato é ainda evidenciado pelas Resoluções da Assembleia Geral da OEA e pela Política Institucional de Igualdade de Gênero, Diversidade e Direitos Humanos da OEA, as quais ressaltam as categorias específicas compreendidas como mais sujeitas a violações por discriminação e intolerância de ordem sexual:

Haciendo eco a resoluciones que la Asamblea General de la OEA há adoptado em años recientes sobre orientación sexual, identidad de género y expresión de género, la Política acata la denominación de una persona como lesbiana, gay, bisexual, trans o intersex (LGTBI), a fin de procurar el reconocimiento y la exigibilidad de sus derechos. (Política Institucional de Igualdad de Género, Diversidad y Derechos Humanos de la OEA, p. 7)

Ademais, deve-se reconhecer que o Sistema Interamericano constitui um sistema de proteção integral aos direitos humanos, cujos instrumentos (declarações, convenções e protocolos) formam um verdadeiro arcabouço de princípios de proteção ao indivíduo como um todo, aplicando-se assim, por técnicas de interpretação, ainda que não haja previsão expressa, os valores promovidos a situações que careçam de atenção especial.

Quanto à questão da mudança de nome em si, a CIDH vem mostrando apoio e incentivando iniciativas de Estados no sentido de criar procedimentos administrativos mais simples de mudança no registro civil, em substituição a procedimentos judiciais, que costumam ser mais lentos e onerosos. Tais inovações teriam como fim a inclusão plena dos transexuais e transgêneros na sociedade civil.

Outrossim, o desenvolvimento de medidas garantidoras, como medidas legislativas e políticas públicas, em favor das minorias sexuais, seria a melhor forma de adequadamente cumprir o art. 2º da Convenção Americana, que exige uma atuação proativa dos Estados, adotando as providências necessárias para tornar-se realmente efetivos os direitos e liberdades da pessoa humana. Estados Unidos, Colômbia e México são exemplos de países que emitiram decretos regulando os novos trâmites administrativos.

1.4 HÁ MANIFESTAÇÕES SOBRE O TEMA NO SISTEMA ONU DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS?

No dia 29 de setembro de 2015 foi emitido um apelo para que os Estados tomem medidas

urgentes para acabar com a violência e a discriminação contra adultos, adolescentes e crianças lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros e intersexuais (LGBTI). A declaração conjunta da ONU "Dar fim à violência e à discriminação contra pessoas lésbicas, gays, bissexuais, trans e intersex" foi endossada por 12 entidades das Nações Unidas.

A declaração conjunta da ONU estabelece que os Estados devem respeitar as normas internacionais de direitos humanos em matéria de não discriminação, garantindo o reconhecimento legal da identidade de gênero das pessoas trans sem requerimentos abusivos e garantindo que as pessoas LGBTI sejam consultadas e participem da elaboração, implementação e monitoramento de leis, políticas e programas que lhes afetem, incluindo iniciativas humanitárias e de desenvolvimento.

Como afirma a Declaração Universal dos Direitos Humanos todos têm o direito de desfrutar de garantias básicas e de viver uma vida de respeito e dignidade, sem ser discriminados. A Carta das Nações Unidas dispõe em seu artigo I, que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, portanto não pode ser feita nenhuma distinção entre as pessoas devido à sua identidade de gênero.

Todos os indivíduos são possuidores dos direitos da personalidade, na medida em que são inerentes ao indivíduo e essenciais à pessoa, inclusive à pessoa trans, que tem direito a sua identidade como forma de individualização na sociedade.

O reconhecimento da mudança de nome constitui direito de personalidade, todavia, as pessoas trans ainda encontram muita dificuldade em efetivar esse direito básico da personalidade à identidade pessoal e sexual. As dificuldades de alteração do nome e da nova designação de gênero ferem também o artigo VII da Declaração Universal de Direitos Humanos: "Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação".

Segundo Charles Radcliffe, chefe de Assuntos Globais do Escritório de Direitos Humanos das Nações Unidas, "é tanto uma expressão de compromisso por parte das agências da ONU quanto um poderoso chamado à ação aos governos de todo o mundo para fazer mais no combate a violência homofóbica e transfóbica e no combate à discriminação e aos abusos contra pessoas intersexuais".

As Nações Unidas e outras organizações têm documentado violências físicas e psicológicas generalizadas contra pessoas LGBTI em todas as regiões, contrapondo o direito que todas as pessoas têm de não ser objeto de violência, perseguição, discriminação e estigmatização. Assim as leis internacionais em matéria dos direitos humanos estabelecem obrigações jurídicas aos Estados a fim de garantir que todas as pessoas, sem distinção alguma, possam usufruir de tais direitos.

O fato de não se respeitar os direitos humanos das pessoas LGBTI, e de não as proteger contra abusos, como a violência e as leis e práticas discriminatórias, supõe uma grave violação das normas internacionais de direitos humanos e tem um impacto significativo sobre a sociedade.

O reconhecimento da mudança de nome constitui direito de personalidade, todavia, os transexuais ainda encontram muita dificuldade em efetivar esse direito básico da personalidade à identidade pessoal e sexual. A identidade é uma das grandes angústias da pessoa trans, pois desde o nascimento lhe é imposto um gênero à qual ela não se identifica

Todos os indivíduos são possuidores dos direitos da personalidade, na medida em que são inerentes ao indivíduo e essenciais à pessoa, inclusive à pessoa trans que tem direito à sua identidade como forma de individualização como indivíduo na sociedade.

Ainda sobre o tema, o artigo 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos também dispõe que todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da Lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.

O Comitê de Direitos Humanos, ao analisar a comunicação nº 1932/2010, decidiu que distinções baseadas nos motivos enumerados no artigo 26 do Pacto constituem uma discriminação, uma vez que não se baseiam em critérios razoáveis e objetivos.

Assim em conformidade com o disposto, as pessoas que desejam mudar seu nome próprio a partir de sua identidade de gênero, não deveriam estar obrigadas a submeter-se a um processo judicial longo e abusivo, que implica gastos para a pessoa solicitante e representa uma espera demorada. O Estado deveria prover a estas pessoas um trâmite administrativo gratuito, rápido e acessível para exercer esse direito humano.

1.5 HÁ DECISÕES SOBRE O TEMA NO SISTEMA EUROPEU DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS?

Considerando-se que o sistema global de proteção aos direitos humanos atua em conjunto com os sistemas regionais de proteção aos direitos humanos e, no nosso caso o que interessa é o interamericano, uma vez demonstrada a importância do tema dentro da Corte IDH e dentro do Sistema ONU, a título ilustrativo, aponta-se para a importância da matéria dentro do Sistema Europeu de Proteção aos Direitos Humanos.

A proteção da identidade de gênero é repercutida em diversos casos europeus há décadas. Porém, ainda encontra em muitas legislações lacunas que desdobram em barreiras para as

peças trans buscar seus direitos. Problema que pode encontrar apoio em instituições que podem tornar tais direitos efetivos.

A jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos em casos como *B. v. France* (1992), *Christine Goodwin v. the United Kingdom* (2002), *L. v. Lithuania* (2007), *Hämäläinen v. Finland* (2014), circundam de certa forma a questão dos documentos, status civil, dentro da perspectiva de discriminação e direito a vida privada. Sendo sempre suscitados os artigos 8º, 14º e 12º da Convenção Europeia de Direitos Humanos e arguida a violação destes.

“She argued that by failing to allow the indication of her sex to be corrected in the civil status register and on her official identity documents, the French authorities forced her to disclose intimate personal information to third parties; she also alleged that she faced great difficulties in her professional life”. (*B. v. France*)

“Lithuanian law recognised transsexuals’ right to change not only their gender but also their civil status” *L. v. Lithuania* (2007)

Há que se pontuar ainda o previsto na Convenção Européia dos Direitos do Homem que prevê em seu artigo 8º que Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar. Destacando que é vedada a discriminação, sendo assegurados os direitos nela contidos sem qualquer distinção.

ARTIGO 14º Proibição de discriminação O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação.

1.7 . APLICAÇÃO DE OUTROS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS

Por fim, demonstra-se que, dentro dos tratados de Direitos Humanos, existem normas protetivas ao tema em discussão e que devem ser aplicadas pelos Estados.

Os “Princípios de Yogyakarta” (2006), existente no âmbito da Organização das Nações Unidas, apresenta-se como importante documento internacional de proteção aos direitos humanos da população LGBTI, elencando uma série de princípios específicos para garantia dos direitos desta parcela da população. Tais princípios devem ser utilizados analogicamente para complementar os conceitos trazidos pela CADH, aumentando, assim, a própria efetividade destes.

O art. 13 da CADH trata de liberdade de pensamento e de expressão e, sobre o tema os princípios de Yogyakarta determinam que no tocante às pessoas trans, inclui-se neste direito a expressão de identidade ou autonomia pessoal através da fala, comportamento, vestimenta,

características corporais, escolha de nome ou qualquer outro meio. Determina ainda que os estados deverão tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar o pleno gozo do direito de expressar a identidade ou autonomia pessoal, inclusive por meio da palavra, comportamento, vestimenta, características corporais, escolha de nome ou qualquer outro meio.

Ainda a convenção Americana determina em seu terceiro artigo que as pessoas têm direito ao reconhecimento da personalidade jurídica e, sobre o tema, os princípios determinam que:

“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 auto definidas 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”.

Além disso os princípios determinam que os Estados devem 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, e devem tomar todas as medidas legislativas, administrativas e de outros tipos que sejam necessárias para respeitar plenamente e reconhecer legalmente a identidade de gênero auto definida por cada pessoa.

Nota-se que, analisando os direitos garantidos pela CADH, a luz destes princípios, é incompatível com as responsabilidades internacionais dos Estados não facilitar o processo de mudança de nome e reconhecimento de pessoas trans.

No ponto, cabível realizar um estudo comparado para verificar como determinados Estados do âmbito da OEA tem lidado com o tema.

2. UM ESTUDO COMPARATIVO DAS LEGISLAÇÕES DOS ESTADOS QUE INTEGRAM A OEA

2.1 ARGENTINA

A atual Lei de Identidade de Gênero na Argentina entrou em vigor quando foi aprovada por ampla maioria no Congresso no ano de 2012. Trata-se de uma legislação progressista e pioneira, conforme demonstrar-se-á nesta análise.

A Lei 26.743 define em seu artigo 2º: *“Se entiende por identidad de género a la vivencia*

interna e individual del género tal como cada persona lasiente, lacualpuede corresponder o no conel sexo asignado al momento delnacimiento, incluyendola vivencia personaldelcuerpo.”.

Salienta-se que disposição legal se adequa aos Princípios de Yogyakarta, estabelecidos pela ONU.

Em relação ao trâmite, foi a primeira lei no mundo a admitir que qualquer pessoa poderá requisitar no Registro Civil a mudança de nome, e o oficial público fará a mudança **independentemente de trâmite judicial ou administrativo** (artigo 6º). Além disso, trata-se de procedimento gratuito e que dispensa qualquer intermediação de advogado.

Desde que a lei entrou em vigor, 3 casos julgados pelos tribunais argentinos podem ser tomados como paradigmáticos. O primeiro ficou conhecido como “Caso Lulu”, em que uma criança de 6 anos pode ter seus documentos alterados pelo Registro Provincial para o gênero auto-percebido.

Outro caso paradigmático na jurisprudência argentina foi julgado pelo Superior Tribunal da Província de Córdoba, que reconheceu o direito de uma mulher trans condenada por crime cumprir pena em presídio feminino. Leia-se o entendimento do tribunal¹³:

“RECURSO DE CASACIÓN PENAL - EJECUCIÓN DE LA PENA - RECONOCIMIENTO DE LA IDENTIDAD DE GÉNERO - DEFINICIÓN - LEY N° 26.743 - TRASLADO A ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO ACORDE CON LA IDENTIDAD AUTOPERCIBIDA DE LA RECLUSA - MODIFICACIÓN DEL LEGAJO DE EJECUCIÓN PARA ADAPTARLO AL NUEVO NOMBRE QUE FIGURA EN SU DNI - RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. 1-La ley N° 26743, consagra el derecho de toda persona al reconocimiento de su identidad de género, al libre desarrollo de su persona conforme a ella y a ser tratada de acuerdo con esa identidad y en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto del nombre de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada (art. 1). 2-El art. 2 de la ley N° 26743 define la identidad de género como “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona lasiente, lacualpuede corresponder o no conel sexo asignado al momento delnacimiento, incluyendola vivencia personaldelcuerpo. Estopuede involucrar lamodificación 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” .3-Así, lapropia ley establece que toda persona tiene derecho al libre desarrollo conforme a su identidad de género, a ser tratada y respetada de acuerdo con esa identidad. Esta tutela que brinda la ley, comprende necesariamente el derecho de quien, encontrándose privado de su libertad, solicita su alojamiento en un establecimiento penitenciario acorde a su vivencia interna e individual del género. 4-En el caso que nos ocupa

¹³Disponível em: <http://www.justiciacordoba.gob.ar/consultafallosnet/Pages/Preview.aspx?Id=98165743>. Acesso em: 25 out 2016.

debetenerse en cuenta que esta autopercepción -diversa al sexo dado a su nacimiento- ha involucrado la modificación de su apariencia a través de expresiones de género como la vestimenta, el modo de hablar y los modales, así como la rectificación registral del sexo y el cambio de nombre de pila e imagen, los que constan en el nuevo Documento Nacional de Identidad que ha obtenido. Por lo tanto, resulta necesario que el Juez encargado de controlar la ejecución de la pena, garantice a la persona que se encuentra privada de su libertad, el pleno ejercicio del derecho a un trato digno (art. 12 Ley 26.743) que incluya sin lugar a dudas, el respeto y la tutela a la identidad personal conforme a la vivencia interna de cada individuo lo que exige su alojamiento en un establecimiento penitenciario de mujeres. Conforme a lo expuesto debe ordenarse el traslado de la interna a un establecimiento penitenciario de mujeres. 5-A tal efecto el personal penitenciario adoptará las medidas pertinentes a los fines de evitar cualquier conducta ofensiva a la dignidad personal de la interna, tanto por parte de sus agentes como de las otras internas. Se tendrá en cuenta el "Programa de Capacitación para el Servicio Penitenciario sobre la población trans". 6- Producir la rectificación del documento y aún sin ella, agravia a la dignidad de la persona que se permita la utilización del nombre de pila anterior. Ello importa en sí mismo un acto de discriminación, pues objetiva una situación que es objeto de agravio y negación de derechos que es lo que la ley ha tratado de evitar. De tal modo, corresponde la modificación del nombre de pila de la recurrente tanto en el legajo de ejecución cuanto en el penitenciario en forma exclusiva o sea sin mención alguna de su identidad anterior. 7- El concepto de "sexo" no se refiere a una identidad biológica sino que debe interpretarse en el sentido amplio de identidad autopercebida (Principios de Yogyakarta ONU 2007 citado supra). De allí resulta la responsabilidad del Estado Argentino por violación de estos principios."

Outrossim, outro caso envolvendo transgêneros que merece destaque é o caso Sacayan¹⁴, em que pela primeira vez se reconheceu a morte de uma mulher transgênero como feminicídio.

A Lei de Identidade de Gênero está relacionada¹⁵ com a Lei 26.618 de Matrimônio Igualitário, que reconheceu a igualdade de direitos a todos os cidadãos, ao prever legalmente o casamento de pessoas do mesmo sexo.

Outro aspecto importante e que merece destaque é o reconhecimento da possibilidade de estrangeiros residentes no país trocarem de gênero na identidade¹⁶.

2.2 BOLÍVIA

¹⁴Disponível em: <http://www.laizquierdadiario.com/A-cuatro-anos-de-la-Ley-de-Identidad-de-Genero-exijamos-la-igualdad-ante-la-vida>. Acesso em: 25 out 2016.

¹⁵Disponível em: <http://www.revista-notariado.org.ar/2015/06/identidad-de-genero-aproximaciones-al-tema/>

¹⁶Disponível em: <http://exame.abril.com.br/mundo/estrangeiros-na-argentina-podem-trocar-genero-na-identidade/>. Acesso em: 25 out 2016.

No ano de 2016 (mais precisamente em 21 de maio de 2016) a Bolívia promulgou a Lei de Identidade de Gênero (Ley nº 807/2016), possibilitando que pessoas trans retifiquem nome e gênero nos documentos legais, através de um procedimento administrativo para tanto.

O presidente em exercício, Álvaro García, declarou publicamente que com a lei encerra-se uma proscricção quanto à identidade de gênero e que pessoas trans são uma realidade, sendo uma hipocrisia social negar suas existências. Outrossim, a Ministra da Justiça, Virginia Velasco, afirmou que a lei permitirá que pessoas trans exerçam todos os direitos e obrigações, que tenham acesso à saúde, educação, trabalho, como também exerçam seu direito a voto, sem discriminação.

2.3 BRASIL

Segundo o Código Civil Brasileiro (Lei nº. 10.406/2002), em seu artigo 16, "Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome". Portanto, o nome constitui-se um direito da personalidade, que traz reflexos para vida cotidiana do indivíduo.

Atualmente eis a conjuntura vivida no país: o Brasil, devido ao forte conservadorismo e pressão de fundamentalistas religiosos, ainda não conseguiu aprovar projeto de lei de identidade de gênero, Lei 5002/13, intitulada João W. Nery - primeiro homem trans a ser operado no País. Tal projeto prevê a retificação de nome e gênero via procedimento administrativo, como também a dispensa de laudo e cirurgia para tanto.

A respeito da população intersexual, a lei se omite, a não ser no que toca ao direito de nome e gênero, todavia não se pronuncia sobre a mutilação de genital, visto que são operados e possuem sua identidade de gênero determinada por terceiros, já ao nascerem, tendo violado o direito a autonomia, identidade, de não serem submetidos a tortura e a liberdade sobre o próprio corpo. Por vezes a identidade de gênero das pessoas intersexuais divergem daquelas estabelecidas por médicos e responsáveis legais, ocasionando diversas consequências negativas.

Reflexos disso podem ser demonstrados no novo relatório da *TGEU - Transgender Europe*, que revelou que o Brasil segue da liderança do ranking mundial de homicídio de pessoas trans, no mundo, matando 4 vezes mais que o segundo colocado, o México¹⁷. Assim sendo, as políticas públicas vigentes encontram grandes desafios em suas efetivações. Apenas em 2013 a população LBTT(I) foi incluída em políticas públicas nacionais, por meio do *Sistema Nacional de Promoção de Direitos e Enfrentamento à Violência Contra Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais*.

Na saúde, em 2011 instituiu-se, no *Sistema Único de Saúde (SUS)*, a Política Nacional de

¹⁷Disponível em: <http://www.nlucon.com/2016/11/novo-relatorio-da-tgeu-reafirma-que.html>. Acesso em: 17 nov 2016.

Saúde integral de LGBTT¹⁸, através da portaria nº 2.836, de 1º de dezembro de 2011, com o objetivo de promover a saúde integral LGBTT eliminando a discriminação e o preconceito institucional. Contudo, somente em 2013 as pessoas trans puderam utilizar o nome social¹⁹ no cartão SUS. A resolução nº 1955/2010 dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo (sic), já a portaria nº 2803/2013 versa sobre o processo transexualizadr (sic) realizado pelo SUS, garantindo atendimento integral de saúde de pessoas trans, como também acolhimento e acesso com respeito aos serviços do SUS, incluindo nome social, hormonização e cirurgia de redesignação social. Em 2013, dado o alto índice de hormonização clandestina da parte de adolescentes trans, a Defensoria Pública de São Paulo questionou o Conselho Federal de Medicina acerca quanto a adolescentes trans e a possibilidade de se prescrever bloqueadores hormonais, com o objetivo de frear a puberdade até que o adolescente tenha certeza sobre o autorreconhecimento da sua identidade de gênero, contribuindo para que pessoas trans tenham uma adolescência integralmente saudável, evitando possíveis mudanças indesejadas no corpo. O Parecer nº 8 da CFM pontuou que o adolescente trans deve ser assistido em centro especializado, de excelência multiprofissional e que devem ser permitidas a prescrição de bloqueadores hormonais.

Inclusive, o processo de retificação de nome e gênero realizado pela via judicial ainda é considerado muito exaustivo, além de ficar passível a uma discriminação institucionalizada contra pessoas trans e a uma subjetividade daqueles que julgam, situações tais que a lei de identidade de gênero poderia impedir, sendo que não há, até o presente momento, jurisprudência consolidada quanto ao tema.

Há, contudo, avanços em julgados nos últimos anos, a exemplo do caso da mulher trans Neon Cunha, de 44 anos, que obteve retificação de nome e gênero sem laudo. A decisão do juiz Celso Lourenço Morgado, da 6ª Vara Cível de São Bernardo do Campo, na Grande São Paulo, que julgou o referido caso, afirma que “a transexualidade não é uma condição patológica, e a identidade de gênero é autodefinida por pessoa”²⁰. Até onde se tem conhecimento, esse é o primeiro caso de retificação de nome e gênero sem necessidade de laudo a ser publicizado na mídia, o que pode abrir caminho para outros processos.

Outrossim, o Tribunal de Justiça de São Paulo autorizou a retificação de nome e gênero sem cirurgia, visto que o sexo nos documentos deve-se corresponder ao gênero autopercebido da pessoa e aquele que ela externa para sociedade. Assim declarou o desembargador J.B. Paula

¹⁸Sigla que se refere a lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros e travestis.

¹⁹“nome social - designação pela qual a pessoa travesti ou transexual se identifica e é socialmente reconhecida” (Art1º, I do Decreto DECRETO Nº 8.727 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.

²⁰Disponível em: <http://www.nlucon.com/2016/11/justica-autoriza-pela-primeira-vez.html>. Acesso em: 17 nov 2016.

Lima²¹:

[...] é incabível a vinculação da retificação do sexo à realização de cirurgia de transgenitalização, pois tal fato posterga o exercício do direito à identidade pessoal, tira do apelante a prerrogativa de adequar o registro do sexo civil à sua condição psicossocial e viola o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana [...]

Na educação, em 2015, publicou-se a Resolução nº 12 determinando condições de acesso e permanência de pessoas trans – e todas aquelas que tenham sua identidade de gênero não reconhecida em diferentes espaços sociais – nos sistemas e instituições de ensino, formulando orientações quanto ao reconhecimento institucional da identidade de gênero e sua operacionalização, como o uso do banheiro de acordo com o gênero autorreconhecimento e o respeito ao nome social, restringido o conhecimento do nome civil apenas ao setor administrativo.

Em 2014, o nome social passou a ser aceito no Exame Nacional do ensino médio, *Enem* – uma das provas de acesso à universidade pública como da privada, por meio de programas de financiamento e bolsa estudantil, como também de conclusão do Ensino Médio. Foi uma significativa iniciativa, considerando que a evasão escolar de pessoas trans, no país, é de 90% e que poucos estão presentes na universidade brasileiras, não chegando a uma dezena por instituição de ensino superior. De 2014 para 2015, o número de requerimento de nome social para o Enem subiu 172% ²²e em 2016 quadruplicou em relação ao ano anterior²³.

Na esfera trabalhista, no ano de 2016, a Presidente Dilma aprovou o Decreto nº8727 que dispunha do uso do nome social e do reconhecimento da identidade de gênero de pessoas trans no âmbito da administração pública federal direta, autárquia e fundacional. Nesse ano, a Ordem de Advogados do Brasil passou a permitir o uso do nome social nas carteirinhas. Em 2011, o Ministério da Educação permitiu que seus servidores trans o direito de utilizar o nome social.

É possível notar algumas iniciativas Estaduais e Municipais. Em 2015, na cidade de São Paulo o prefeito ex Fernando Haddad criou o projeto transcidadania que oferecia uma bolsa de 840 reais no período de 2 anos, como também bolsas de estudos e tratamento hormonal. Segundo o coordenador do projeto, das 75 primeiras pessoas trans a procurá-lo, 60% não terminaram o ensino fundamental, e a maior parte foi expulsa de casa entre os 12 e 13 anos²⁴. O ex prefeito também criou dois centros de Cidadania LGBT, um deles nominado “Laura Vermont”, travesti brutalmente assassinada na Zona Leste, região onde ele se encontra. Em 2014, divulgou-

²¹Disponível em: <http://justificando.com/2016/10/04/tjsp-autoriza-retificacao-de-sexo-em-registro-civil-sem-necessidade-de-cirurgia/>. Acesso em: 17 nov 2016.

²²Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/10/uso-do-nome-social-no-enem-por-transexuais-cresce-172>. Acesso em: 17 nov 2017.

²³Disponível em: <http://g1.globo.com/educacao/enem/2016/noticia/n-de-candidatos-trans-usando-nome-social-no-enem-quadruplica-em-dois-anos.ghtml>. Acesso em: 17 nov 2016.

²⁴Disponível em: <http://g1.globo.com/educacao/enem/2016/noticia/n-de-candidatos-trans-usando-nome-social-no-enem-quadruplica-em-dois-anos.ghtml>. Acesso em: 17 nov 2016.

se na cidade a *Cartilha Diversidade Sexual e a Cidadania LGBT*. Nesse ano, fundou-se o primeiro centro de acolhida para mulheres trans e travestis com capacidade para 30 pessoas. Além disso, desde 2015, no Estado de São Paulo, é permitido o uso do nome social em boletins de ocorrência.

Na capital do Rio de Janeiro, em 2013, criou-se o primeiro centro integral de saúde de pessoas trans. Em Minas Gerais, no Município de São Paulo, foi aprovada a lei que permite o uso no nome social nos registros relativos aos serviços públicos prestados, no âmbito da administração pública municipal, direta e indireta, autárquica e fundacional. Em Espírito Santo, no Município de Vitória, aprovou-se a lei que permite que pessoas trans que praticaram atos infracionais sejam dirigidas a presídios de acordo com sua identidade de gênero. Nos Estados de Rio Grande do Sul, Amazonas e Mato Grosso do Sul emite-se a chamadas Carteiras Sociais que funcionam como documento provisório até que saia a decisão do processo de retificação de nome e gênero. Nesse ano, a Lei Maria da Penha passou a valer para mulheres trans, travestis e outras transfeminilidades. Um significativo passo no reconhecimento da identidade de gênero de mulheres trans e do alto índice de mortes, com resquício de crueldades, de pessoas trans.

As críticas às políticas públicas vigentes que podem ser aqui tecidas são a de que falta um acompanhamento de cumprimento e as políticas existentes nem sempre ultrapassam o âmbito municipal. Além disso, uma das dificuldades de se dar andamento e efetividade a essas políticas é a transfobia e intersexofobia institucionalizada. Por essa razão, propostas de políticas públicas mais eficazes, sofrem dificuldade de aprovação e por vezes, nas hipóteses de cortes públicos na saúde, ou da entrada de governos mais conservadores, são as primeiras a serem suspensas.

2.4 CANADÁ

O Canadá é referência em matéria legislativa de proteção dos direitos humanos e afirmação da diversidade de gênero e sexual. Foi um dos pioneiros a reconhecer a união civil homoafetiva, em 2005.

Como parâmetro para toda a legislação federal e provincial, a Constituição canadense (Constitution Act, 1982), sendo composta principalmente do Charter of Rights and Freedoms, contempla, em sua seção 15, sobre o título dos direitos de igualdade (equality rights), a garantia de que todo o indivíduo é igual perante a lei e possui o direito de proteção e benefício da lei, sem discriminação baseada em raça, nacionalidade, etnia, cor, religião, gênero ou idade:

“15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability”.

Ademais, no sentido de tornar ineficaz toda e qualquer lei ordinária que possua um teor não condizente com os ideais constitucionais, o princípio da primazia constitucional estabelece, com fulcro na seção 52:

“52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect”.

Com base no exposto, toda e qualquer lei ou ato que contrarie direitos fundamentais explícitos no texto constitucional ou promova qualquer tipo de restrição ou ofensa a estes direitos, é passível de revogação e perda da eficácia e validade.

Em adendo, Peter W. Hogg torna explícito que a efetiva ameaça à liberdades que tornam igualitários os direitos civis provém não necessariamente de ações legislativas ou estatais, mas sim por meio da discriminação por pessoas privadas²⁵. Desta maneira, de nada adianta a legislação positivar tantas liberdades e garantias aos indivíduos se seu modo de agir perante seu semelhante é um atentado a estes corolários.

Precedentes

Mediante decisões proferidas pelo poder judiciário canadense, direitos dos transgêneros puderam ser assegurados de forma mais protetiva e abrangente.

A exemplo, o julgado *XY v. Ontario (Government and Consumer Services)*, 2012 HRTO 726, do Tribunal de Direitos Humanos de Ontario, definiu a possibilidade dos cidadãos desta província alterarem o sexo de seu registro legal sem a necessidade de se submeterem a uma operação cirúrgica de mudança de sexo, conforme o julgado:

“The Tribunal makes the following orders:

- 1) The respondent shall cease requiring transgendered persons to have “transsexual surgery” in order to obtain a change in sex designation on their registration of birth;
- 2) Within 180 days of the date of this Decision, the respondent shall revise the criteria for changing sex designation on a birth registration, up to the point of undue hardship, so as to remove the discriminatory effect of the current system on transgendered persons. The revision of the criteria for changing sex designation on a birth registration should be in accordance with the reasoning in this Decision.
- 3) Within a further 30 days, the respondent shall take reasonable steps to publicize the revised criteria for changing sex designation on a birth

²⁵HOGG, Peter Wardell. *Constitutional Law of Canada*. 2nd ed. Toronto: Carswell, 1985, p. 786; Texto na Íntegra: “The real threat to egalitarian civil liberties in Canada comes not from legislative and official action, but from discrimination by private persons”;

registration so that transgendered persons are aware of them. [...] (*XY v. Ontario (Government and Consumer Services)*, 2012 HRTO 726)

O dissídio jurisprudencial não é muito relevante no que pertine à mudança do nome civil dos transgêneros, vez que a retificação do registro público já é uma prática garantida nos direitos fundamentais dos cidadãos. Atualmente há, senão pouca, nenhuma restrição imposta na maior parte das províncias canadenses.

Como o sistema legal canadense fornece uma discricionariedade maior às províncias para que legislem de acordo com seu livre convencimento, os procedimentos para a retificação do registro civil variam de acordo com a localidade. Na maior parte das províncias, é garantido aos cidadãos a troca de gênero e a mudança legal do pronome após terem passado pelo procedimento cirúrgico de troca de sexo. No entanto, algumas províncias como Ontario, British Columbia, Newfoundland and Labrador, Manitoba e Nova Scotia não impõe restrição alguma para a mudança de nome no registro civil (exceto a etária).

Propostas Legislativas para os direitos de transgêneros no Canadá

Atualmente, a mais relevante proposta legislativa é a Bill C-16, que introduz uma emenda ao "Canadian Human Rights Act" e ao Código Criminal canadense. Como elucida a própria exposição de motivos daquela lei federal, seu objetivo é tanto inibir a discriminação quanto ampliar direitos fundamentais de igualdade:

"The purpose of this Act is to extend the laws in Canada to give effect, within the purview of matters coming within the legislative authority of Parliament, to the principle that all individuals should have an opportunity equal with other individuals to make for themselves the lives that they are able and wish to have and to have their needs accommodated, consistent with their duties and obligations as members of society, without being hindered in or prevented from doing so by discriminatory practices based on race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, sexual orientation, gender identity or expression, marital status, family status, disability or conviction for an offence for which a pardon has been granted or in respect of which a record suspension has been ordered"²⁶

Ademais, no mesmo ânimo de concessão de direitos e garantias são as já ratificadas propostas de emenda Bill C-204 e Bill C-279.

Províncias

²⁶BILL C-16 - An Act to amend the Canadian Human Rights Act and the Criminal Code;

British Columbia

Neste ano, a província de British Columbia promulgou a Bill 27, projeto de lei destinado a emendar seu "Human Rights Code". Assim, a seara de proteção abrangida pelo código aumentou, incluindo em seu rol de garantias a salvaguarda de direitos relativos à identidade e expressão de gênero²⁷.

Anteriormente a promulgação, tais direitos eram abrangidos pelas proteções asseguradas no que pertine ao título "sexo". Com tal mudança, a interpretação e fundamentação do julgador se torna mais clara e concisa.

Em todo o território canadense, a província da British Columbia foi a pioneira na seara da salvaguarda dos direitos de pessoas trans, retificando a legislação pertinente para revogar a restrição da cirurgia de mudança de sexo, tornando possível a mudança do prenome civil sem maiores cerimônias.

Ontario

Outro exemplo de emenda ao Human Rights Code semelhante a British Columbia, a província de Ontario promulgou em 2012, de maneira unânime em sua assembleia legislativa, um projeto de lei assegurando a salvaguarda dos direitos de identidade e expressão de gênero, impondo ainda sanções referentes à atos discriminatórios por tais motivos.

Québec

Já em sua nomenclatura, a Bill 103 expressa um ato de luta contra a transfobia, uma vez que aprimora a situação de menores transgêneros²⁸. Emendando o Código Civil, a promulgação desta lei permite-lhes uma maior facilidade na troca de nome, possibilitando que crianças com idade de 14 (quatorze) anos ou mais retifiquem tanto o gênero quanto o nome em seus documentos legais.

Ademais, o advento na legislação ainda reitera a remoção da necessidade da pessoa trans passar por cirurgia de mudança de sexo como pré-requisito para a mudança do prenome.

2.5CHILE

Nesse ano o Chile aprovou a Lei de identidade de gênero, permitindo que pessoas trans retifiquem nome e gênero nos Registro Civil via simples procedimento. Pessoas maiores de 18 anos, solteiras, podem retificar nome e sexo em documentos leis por um procedimento administração, como também realizar cirurgias, sem a necessidade de lados. Já adolescentes

²⁷O texto integral da "BILL 27 - HUMAN RIGHTS CODE AMENDMENT ACT" (2016) pode ser consultado na [íntegra](#);

²⁸Disponível em: <http://www.assnat.qc.ca/en/travaux-parlementaires/projets-loi/projet-loi-103-41-1.html>. Acesso em: 20 out 2016;

entre 14 e 18 anos podem realizar hormonização, desde que autorizados por seus responsáveis legais. O Chile, entretanto, ainda carece de políticas públicas, nos mais diversos âmbitos, voltadas para pessoas trans.

Quanto a direito de pessoas intersexuais, é um dos poucos países que proibiu a mutilação de genitália de pessoas intersexo, como também a determinação de seu gênero por terceiros – como profissionais da saúde e responsáveis legais.

Ou seja: o Chile proibiu fosse realizadas cirurgias em crianças intersexo que objetivavam padronizar suas genitais, à fim de não violar o direito à autonomia, identidade, liberdade sobre o próprio corpo, bem como direito a não sofrer quaisquer tipos de tortura. Assim, apenas a pessoa intersexo pode decidir se realizará ou cirurgias e se autoreconhecer seu gênero. Pessoas intersexo nem sempre desejam realizar tais cirurgias, independente de suas identidades de gênero. Tal avanço é fruto da luta da comunidade de intersexuais do país e uma iniciativa do Ministro da Saúde James Burrows.

2.6 COLÔMBIA

O Estado da Colômbia é um dos Estados com jurisprudência mais avançada sobre troca de nome como um exercício completo dos direitos da personalidade.

Para a Corte Constitucional da Colômbia, na Sentença n. T-594/93, é possível que um homem se identifique com um nome feminino ou uma mulher se identifique com um nome masculino. Essa possibilidade se dá para a pessoa estabeleça sua identidade, seu modo de ser, seu pensamento e suas convicções de vida através do exercício do direito de livre desenvolvimento da personalidade. Destaque-se que essa decisão foi publicada no ano de 1993, antes da discussão ter se iniciado na maioria dos países do continente.

A decisão pioneira da Colômbia, contudo, ainda impõe como requisito o devido processo legal para alteração do nome, através de trâmite judicial específico. Os artigos 94 e 95 do Decreto 1260 de 1970 são referentes à alteração de nome na Colômbia, com o artigo 94 possuindo conteúdo similar ao do Código Civil da Costa Rica:

Artículo 94.- El propio inscrito podrá pedir al juez civil competente la modificación de un registro para sustituir los nombres propios extravagantes o ridículos que le hayan sido asignados, o para adicionarla con la inclusión de los nombres, apellidos o seudónimos que hayan venido usando o que disponga usar en el futuro, o con la supresión de alguno o algunos de aquellos, todo con el fin de fijar su identidad personal.²⁹

Há no contexto colombiano a ressalva de que a alteração de nome para estabelecer nova

²⁹Artigo 94 do Decreto 1260 de 1970 da República da Colômbia.

identidade pessoal só pode ser realizada uma única vez, embora a pessoa seja livre para escolher o nome que bem entender, de acordo com o critério de distinção que pretenda estabelecer na sociedade.

A mesma Corte Constitucional, porém, na Sentença n. T-977/12, já abrandou essa restrição no caso de um indivíduo que havia alterado seu nome por questões religiosas e em seguida foi impedido de alterar quando realizou cirurgia de mudança de sexo, uma vez que passou a se considerar mulher. No caso, foi considerado pela Corte Constitucional o pluralismo como princípio constitucional e a autonomia pessoal (derivada do livre desenvolvimento da personalidade, conforme jurisprudência da própria corte colombiana). Destarte, a Corte Constitucional da Colômbia entendeu que as autoridades estatais têm o dever de preservar os direitos de cidadãos livres e autônomos, e que assim como os direitos não são ilimitados, também não o são os deveres, uma vez que o cumprimento literal da norma poderia colocar em risco o direito ao livre desenvolvimento da personalidade da pessoa.

Mais recentemente, na Sentença n. T-086/14, a Corte Constitucional da Colômbia proferiu decisão similar àquela dada na Sentença n. T-086/14, com a diferença de que no novo caso a alteração é referente à pessoa que mudou seu sexo pela segunda vez.

O Decreto 999 de 1998 define as competências para fins de correção de registro civil. Ele foi responsável por dar aos cidadãos colombianos a chance de alterar seu nome perante às autoridades administrativas. Para tanto, é necessário o registro civil, escritura pública e reposição de cédula. As despesas com esse documento são de responsabilidade do indivíduo que deseja trocar de nome, o que pode ser considerado paralisante para alguns no tocante aos que não se identificam apenas com o nome, mas com o gênero do nome de nascimento.

O Ministro da Justiça da Colômbia afirmou, no ano passado, que o processo para troca de nome por razões de identidade de gênero será simplificado, uma vez que não haverá mais necessidade de sentença judicial para tanto. Destarte, o Decreto 1227 de 2015 já reconhece que a construção da identidade de gênero vai além da questão biológica.

2.7 EL SALVADOR

O Estado de El Salvador, em se tratando da legislação que assegura os direitos das pessoas trans e travestis, conta com o Decreto Presidencial nº 56 que foi criado com o objetivo de evitar toda forma de discriminação na Administração Pública em razão da identidade de gênero ou da orientação sexual. Esta medida está de acordo com o artigo nº3 da Constituição da República de El Salvador, que garante a igualdade de todos perante a lei. Considera-se também que o Estado faz parte de pactos e tratados que versam sobre a igualdade entre todos os cidadãos independente da identidade de gênero ou orientação sexual, tais como a Convenção Americana

de Direitos Humanos; o Protocolo Adicional da Convenção Americana de Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; o Protocolo de San Salvador; o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. No entanto, é necessário observar que este decreto não apresenta uma política pública efetiva contra a discriminação por identidade de gênero, e sim busca assegurar que na Administração Pública ela não ocorra, salientando que nenhuma medida provinda desta parte deve propiciar a exclusão dessa parcela da população, o que ainda não garante que o decreto seja efetivo. Nota-se também que em nenhum momento o Decreto nº 56 apresenta com especificidade a questão trans.

Além dessa medida, o país não apresenta uma lei de identidade de gênero com possibilidade, por exemplo, de alteração do Documento Único de Identidad (DUI), o que favorece as violações de direitos das pessoas trans e travestis e coloca o Estado em posição de desacordo com o artigo nº 3 da sua própria Constituição, que versa sobre a igualdade de todos perante a lei, além dos tratados do qual é signatário, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

2.8 EQUADOR

Desde 2015, está em vigor, no país, a lei de identidade de gênero. O Equador estabelece que pessoas trans maiores de 18 anos nome, gênero e imagem em documentações públicas e privadas. O projeto de lei foi baseado no Art. 14 da Constituição equatoriana que proíbe toda forma de discriminação em virtude de sexo, orientação sexual, identidade de gênero e outros. Os trâmites para retificação são realizados pelo SERECI - Servicio de Registro Cívico - a partir da solicitação da pessoa ou de seus responsáveis legais. A entidade tem o prazo, de 15 dias, a partir da data de solicitação, para emitir uma resolução administrativa que autoriza a retificação de nome, sexo de nascimento e para emitir uma nova certidão de nascimento.

Conforme levantado por Leandro Colling, em sua pesquisa³⁰, O *Proyecto Transgénero*, de iniciativa privada, teve influência muito positiva sobre a população trans local. Seu trabalho contribui para impedir detenções arbitrárias das trabalhadoras sexuais, como também foram responsáveis por apresentar ao congresso Nacional o projeto de *Lei Orgânica para prevenir e eliminar Todas as Formas de Discriminação* e Reformas no Código Penal para Tipificação de Crimes de Ódio por Sexo, Orientação Sexual e Identidade de Gênero.

Além disso, litigaram os primeiros casos de retificação de nome e gênero, sob o argumento do direito à identidade de gênero, visto que os anteriores pautava-se no argumento de cirurgia de redesignação sexual - uma significativa iniciativa para amenizar. Denunciaram a existência de clínicas de reabilitação de pessoas com sexualidade e identidade de gênero diversas, juntamente

³⁰http://www.fazendogenero.ufsc.br/9/resources/anais/1278432231_ARQUIVO_textofazendogenero2010.final.pdf

com Taller de Comunicación Mujer y Fundación Causana. Ganharam o caso *Ciudadana Luis Enrique Salazar* contra el Registro Civil del Ecuador que teve repercussão geral, tornando obrigatória a disposição de imagens de pessoas trans na carteira de identidade e normas para feitura desta.

Em 2008, dentro da nova Constituição Equatoriana, o *Proyecto Transgénero* redigiu a inserção diversos avanços no que toca a diversidade sexual e identidade de gênero, sendo eles: sistema anti-discriminatório, não discriminação de identidade de gênero, titularidade coletiva dos direitos, crimes de ódio e famílias alternativas³¹.

Outra intervenção do PROYECTO TRANSGÉNERO foi a capacitação de 1500 policiais, sensibilizando-os quanto aos problemas de gênero, além da capacitação de pessoas trans por meio de cursos e oficinas, como alfabetização e aulas de Kiwcha, língua de um povo tradicional do Equador.

2.9 URUGUAI

Conforme o pacto de San José da Costa Rica, todos têm direito de nome e sobrenome como direito fundamental (artigo 18 do Pacto), assim como não poder receber ofensas referentes à sua honra e dignidade e, dessa forma, ninguém deve independente de gênero, raça, credo e opinião, sofrer qualquer tipo de discriminação (artigos 11.2 e 24 do Pacto).

Quando os países assinam os pactos internacionais eles devem por meio da boa fé inserir as premissas prometidas perante os entes internacionais os propostos nos tratados internacionais em seus ordenamentos, jurisprudências e quiçá doutrina.

A legislação da Costa Rica entende, no artigo 54 do seu Código Civil, que *“Todo costarricense inscrito en el Registro del Estado Civil puede cambiar su nombre con autorización del Tribunal, lo cual se hará por los trámites de la jurisdicción voluntaria promovidos al efecto.”*

Dessa forma, entende-se que aqueles, que por algum motivo, se sentirem violados em seu direito individual ao registrado nominal, tem direito de modificar seu nome após uma autorização, seguindo os devidos trâmites legais, pelo Tribunal competente para julgar o motivo de requerer a mudança.

Por exemplo, Uruguai, país membro da OEA, e dessa forma, seguidor do Tratado de direitos humanos, o Pacto de San José da Costa Rica, tem uma recepção mais abrangente dos tratados internacionais nas jurisprudências do país, conforme o acórdão do “recurso de casación” número 144/2010 da suprema corte do supracitado país.

“La Corporación desestimó el recurso de casación interpuesto por Fiscalía. Para tal rechazo se tomó en consideración la reciente ley N° 18.620, norma que viene a recoger la actual posición internacional respecto del derecho a

³¹COLLING, Leandro. *Op. Cit.*

la identidad de género y la no discriminación.

Se considerará la situación analizada como un hecho nuevo, con incidencia en el proceso, y en el que se debe salvaguardar los derechos de la personalidad humana.

Incluso la norma en la que basó su recurso Fiscalía, autoriza a rectificar o modificar las Actas de Estado Civil, por enmienda, cuando la variación del nombre o otra circunstancia, sea esencial o accidental. De la misma, la Corte realiza una interpretación evolutiva, y agrega que Uruguay ratificó varios instrumentos internacionales, que consagran el derecho a la dignidad de cada persona, entre los que figura el de la propia identidad.

Ministro Dr. Gutierrez, entiende que la ley N° 18.620 resuelve legislativamente la cuestión de libre elección de la personalidad sexual de las personas, con independencia de cuál sea su sexo biológico, genético, anatómico, morfológico, hormonal, de asignación u otro."

O presente recurso interposto foi negado devido ao argumento de que o Uruguai segue os tratados assinados de direitos humanos, seguindo o princípio o *pacta sunt servana*, ou seja, o nome é um direito fundamental, individual, à pessoa, e a inscrição no registro nacional de pessoas físicas é necessária.

No artigo primeiro da lei de número 18.620, diz que:

"Toda persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad conforme a su propia identidad de género, con independencia de cuál sea su sexo biológico, genético, anatómico, morfológico, hormonal, de asignación u otro. Este derecho incluye el de ser identificado de forma que se reconozca plenamente la identidad de género propia y la consonancia entre esta identidad y el nombre y sexo señalado en los documentos identificatorios de la persona, sean las actas del Registro de Estado Civil, los documentos de identidad, electorales, de viaje u otros."

Ou seja, diz que é inerente a pessoa o que conforme a sua individualidade e o seu próprio entendimento sobre o gênero mudar o nome caso se faça necessário tal.

Já no artigo segundo diz que *"Toda persona podrá solicitar la adecuación de la mención registral de su nombre, sexo, o ambos, cuando los mismos no coincidan con su identidad de género"*.

Sendo assim, qualquer um que não se sinta encaixado no seu nome devido a sua condição de gênero pode mudar seguindo alguns requisitos presente na lei do Uruguai.

Dessa forma, pode-se entender que ao sancionar e trazer ao ordenamento jurídico os tratados internacionais de direitos humanos deve-se estar presente no ordenamento jurídico de um país para que o mesmo entre em conformidade com os demais países seguidores do mesmo.

Como pode-se ver, o Uruguai segue a risca os direitos iguais, ou seja, igualar o direito de

mudança de nome por motivos sociais e culturais, por constrangimento, por exemplo, ao direito de modificar conforme o gênero, seguindo o que cada um entende sobre a sua sexualidade e seu corpo. Por respeitar o direito fundamental à igualdade e ao nome, ao registro, ao pertencimento a um lugar e a nacionalidade, ao direito de pertencimento social e individual, o Uruguai entende a modificação do nome social de forma igualitária a todos.

Contudo entende-se que a Costa Rica pode estender o trâmite de sobre mudança do nome presente em seu artigo 54 do Código Civil aos casos de mudança de nome devido à mudança de gênero.

3. CONSIDERAÇÕES PARCIAIS

Violência Estrutural e transversalidade de gênero nas políticas públicas

Incessantemente se tem buscado por alternativas para mitigar a problemática da discriminação existente entre os gêneros. Isto porque, em que pese ainda se esteja evoluindo lenta e gradualmente, este contexto merece especial atenção, pois a homossexualidade, enquanto condição humana, é silenciada em várias instituições sociais, principalmente na família e na escola. A ausência da disseminação de conceitos e aprofundamento sobre o tema contribuem para o silêncio, que agrava o preconceito e a discriminação dos homossexuais, termo aqui utilizado para representar os ALGBTTTI (Assexuais, Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais, Travestis, Transgêneros, e Intersex).

A partir da ideia de que 'sexo' é uma construção social e inacabada, as feministas substituíram em seu lugar o termo "gênero", que em inglês é *gender*. O uso desse termo possibilita a análise das identidades, feminino e masculino, sem reduzi-las ao plano biológico, identificando essas identidades conforme o período histórico.

Nesse viés, estamos inseridos num contexto de violência estrutural que diz respeito à precariedade das instituições sociais - família, escola e comunidade, que, por sua vez, influencia sobremaneira o desenvolvimento social e emocional dos seus sujeitos, que, num Estado Democrático de Direito, não podem receber tratamento diferente uns dos outros; a rede de relações deve levar em conta as diferenças plurais de cada um, sob o prisma do princípio da igualdade. Para Bobbio, não é inútil lembrar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos inicia afirmando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os seres humanos e dos seus direitos iguais constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo (BOBBIO, 2004).

O Estado deve, como instância maior de garantia das liberdades e igualdades, fomentar políticas públicas básicas que venham ao encontro dos direitos sociais, em especial políticas de

proteção às minorias sociais, entre elas os homossexuais.

A violência é o abuso da força, desfigurante e despersonalizante, por isso Muller (2006, p. 38) destaca que “a violência fere e marca a humanidade da do indivíduo. O autor vai além, quando diz que: “[...] silenciar o outro já é um ato de violência, pois negar o direito à expressão é negar o direito à vida. Situações injustas que mantêm seres humanos em condição de alienação, exclusão ou opressão também são situações de violência, conhecidas como “violência estrutural” (MULLER, 2006, p. 87).

Após serem estabelecidos alguns dos pressupostos básicos acerca da contextualização sobre violência, outro assunto bastante pontual refere-se aos comportamentos individuais construídos segundo cada uma das perspectivas, e sua repercussão na formação do tecido social. O comportamento dos indivíduos no mundo social deveria ser exercido na condição de reciprocidade e respeito, porém, quando isso não ocorre, as questões não resolvidas via consenso interferem no convívio entre os cidadãos e geram tensões que culminam em violências físicas e psíquicas.

Qualquer reflexão teórico-metodológica sobre a violência contra as minorias pressupõe o reconhecimento de sua complexidade e controvérsia, tornando-se premente compreender que, ao ser perpetrada por indivíduos, grupos ou instituições, ela pode se manifestar de várias formas, inclusive as dissimuladas e ideologizadas, assumindo diferentes papéis sociais, sendo desigualmente distribuída, culturalmente delimitada e reveladora das contradições e formas de dominação.

Compreender a violência estrutural nos casos que envolvem identidade de gênero, homossexuais, etc., significa elucidar, a partir da ampliação e desenvolvimento deste raciocínio, os mecanismos pelos quais o Estado, em seus diferentes níveis e poderes, restringe o acesso desta parcela da população aos direitos básicos que lhe proporcionariam uma vida digna, livre de estigmas e de preconceitos.

A intervenção direta do Estado pela via das políticas públicas, para a garantia de direitos e, conseqüentemente, a garantia de sobrevivência de um Estado Democrático de Direito, torna-se imperativa para a não-violação dos direitos da pessoa humana, em particular, das minorias civis. No Brasil, tem-se como exemplo a alteração do nome nos casos de transexuais, que só pode ocorrer com a intervenção do Judiciário, considerando-se que ainda não há uma legislação específica que trate sobre o tema e as jurisprudências dos tribunais não são convergentes sobre a matéria. A Lei 6.015/1973 (Lei dos Registros Públicos), em seu artigo 56, “caput”, prevê que “O interessado no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, poderá, pessoalmente ou por procurador bastante, alterar o nome, desde que não prejudique os apelido de família, averbando-se a alteração que será publicada pela imprensa”. Cabe lembrar que o nome também pode ser alterado pelo casamento, divórcio, adoção e reconhecimento da paternidade.

O Superior Tribunal de Justiça brasileiro tem admitido a alteração do registro civil de transexuais que tenham realizado cirurgia de mudança de sexo, tendo em vista que o nome deve estar de acordo com a nova condição sexual do indivíduo. Considerando-se que o nome é parte integrante da personalidade e de sua individualização, não é razoável que o mesmo tenha que recorrer ao Judiciário para adequar seu nome ao gênero com o qual se identifica. O mais democrático seria pelas vias administrativas.

A Constituição brasileira de 1988 redigiu e aprovou a Constituição mais democrática e liberal que o país já teve, porém, o caminho a ser percorrido para a efetivação da cidadania das minorias sociais ainda é longo. Por sua vez, a experiência demonstra que, quando as responsabilidades são de muitos, na maioria das vezes o que ocorre é que ninguém as assume. Por esta razão, deve haver uma organização por parte do Estado no sentido de implementar e coordenar as políticas públicas das minorias sociais, para que as mesmas possam obter êxito no processo de transversalização.

Ao encontro disso, tem-se presente, nas sociedades, a tendência à naturalização das relações sociais, com base na fisiologia dos corpos, que pela percepção social têm identidades e papéis bem definidos, ou seja, o que culturalmente compete ao homem e à mulher. A cada um é definido um papel de atuação na sociedade, pois segundo Maturana (2004) as diferenças de gênero são somente formas culturais específicas de vida, redes específicas de conversações. Portanto, as diferenças de gênero atribuídas pela cultura patriarcal não têm fundamento biológico.

A temática ora posta na pauta de discussão configura-se de extremo relevo, eis que não se pode continuar imerso, aguardando uma democratização nas situações práticas, mas o inverso, revigorar-se na busca de instrumentos potencializadores e medidas eficazes de verdadeira igualdade entre os indivíduos. Para que isso seja possível, a abordagem acerca da perspectiva de gênero, seja de dimensão distributiva ou de reconhecimento, é necessário transitar-se no terreno árido das políticas públicas, que, muito embora as pesquisas no espaço acadêmico e público sejam recentes e com experiências medianas, não há como refutar a fundamentalidade da participação política dos atores sociais nesse cenário fragilizado e que carece, ainda, de maior interesse também por parte da coletividade.

Diante desses fatos, a preocupação e fundamentalidade de serem formuladas políticas públicas direcionadas à efetivação dos direitos de cidadania dos homossexuais, voltada à promoção e facilitação do reconhecimento da mudança de nome das pessoas, conforme a identidade de gênero de cada uma e de acordo com os artigos 11.2, 18 e 24, em relação ao artigo 1 da Convenção e ao reconhecimento dos direitos patrimoniais derivados de um vínculo entre pessoas do mesmo sexo.

Nesse sentido, as Políticas Públicas podem ser consideradas um *locus* privilegiado de aplicação do princípio da proporcionalidade, pois, enquanto instrumentos de atuação (política)

voltados à realização dos direitos humanos fundamentais (jurídicos), tem-se configurada, nelas, uma hipótese em que a realização do Direito se dá por meio de opções/escolhas políticas.

Esse espaço de atuação reservado aos Poderes Públicos no sentido de escolha dos meios e instrumentos mais adequados para a realização dos fins postos pela Constituição se evidencia, contudo, ainda mais na seara dos direitos de igualdade, que demanda uma promoção e atuação do Estado no sentido de sua realização.³²

Significa dizer que o destinatário da ordem tem um espaço aberto (*Spielraum*)³³ dentro do qual é possível fazer-se uma opção de como este dever será cumprido da melhor forma, a partir de uma análise que leva em consideração a adequação entre os meios e os fins propostos.³⁴ E é exatamente esta a essência das Políticas Públicas, que adquirem uma nova dimensão em um contexto³⁵ em que se propugna a máxima efetividade³⁶ dos direitos fundamentais, concebidos como sendo dotados de uma dimensão objetiva³⁷, da qual decorre um processo de progressiva vinculação dos Poderes Públicos no sentido de sua realização, com a consequente redução de sua esfera de discricionariedade.

A maior dificuldade operacional com relação a esses aspectos se apresenta, por seu turno,

³² GRIMM, Dieter. *Constitutionalismo y Derechos Fundamentales*. Traducción de Raúl Sanz Burgos y José Luis Muñoz de Baena Simón. Madrid: Trotta, 2006. p. 155.

³³ ALEXY, Robert. *Verfassungsrecht und einfaches Recht: Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit*. In: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL), Band 61. Berlin: Walter Gruyter, 2002. pp. 15 et seq.

³⁴ A referência a este espaço de deliberação aparece em inúmeros julgados do Tribunal Constitucional alemão, dentre eles o *Cannabis-Urteil*, onde a questão envolvia as formas de limitação ao uso de drogas e os seus efeitos para com o uso de álcool e de cigarros. No julgado, lê-se a necessidade de adequação entre os fins e os meios, bem como o reconhecimento de que existe a possibilidade de escolha por parte do legislador: “Bei der vom Verhältnismäßigkeitsgrundsatz geforderten Beurteilung der Eignung des gewählten Mittels zur Erreichung des erstrebten Zwecks sowie bei der in diesem Zusammenhang vorzunehmenden Einschätzung und Prognose der dem einzelnen oder der Allgemeinheit drohenden Gefahren steht dem Gesetzgeber ein Beurteilungsspielraum zu, welcher vom Bundesverfassungsgericht nur in begrenztem Umfang überprüft werden kann.” BVerfGE 90, 145. In: DEUTSCHLAND/BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. *Entscheidungen des Bundes verfassungsgerichts*. Studienauswahl. 2. Auflage. Herausgegeben von Dieter Grimm und Paul Kirchhof. Bearbeitet von Michael Eichenberger. Tübingen: Mohr, 1997. p. 519.

³⁵ CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. In: _____; JARAMILLO, L. G. (Org.). *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010. p. 157.

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988*. In: _____ (org.). *O Direito Público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 144.

³⁷ A elaboração desta concepção aparece, pela primeira vez, no chamado *Lüth-Urteil*, julgado pelo Tribunal Constitucional alemão em janeiro de 1958, em que a controvérsia envolvia a possibilidade ou não de boicote – enquanto livre manifestação do direito constitucional de liberdade de expressão – de um filme considerado anti-semita, produzido por um cineasta que havia colaborado com o regime hitlerista. O presidente do Clube de Imprensa da cidade de Hamburgo, Erich Lüth, que tentou excluir o filme da grade de programação dos cinemas locais e incitou o referido boicote, foi processado pelos produtores da película em perdas e danos. A controvérsia colocou em pauta, então, a questão de até que ponto as leis civis devem levar em consideração os direitos fundamentais. Na argumentação do Tribunal aparece, expressamente, referência ao fato de que o *Grundgesetz* não se constitui em uma ordem neutra de valores, senão que ele fornece princípios objetivos para pautar a vida em comum. BVerfGE 7, 198. In: DEUTSCHLAND/BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*. Studienauswahl. 2. Auflage. Herausgegeben von Dieter Grimm und Paul Kirchhof. Bearbeitet von Michael Eichenberger. Tübingen: Mohr, 1997. p. 41.

no âmbito dos direitos positivos, prestacionais³⁸, como o que se coloca em relação à criação de ações voltadas à criação de condições para a realização igualdade de homossexuais e sua não-discriminação.

Em se tratando do tema, poder-se-ia falar, ainda, a partir do reconhecimento expresso da teoria de um “dever de proteção” (*Schutzpflicht*) dos direitos fundamentais pelo Estado³⁹, de conceitos como “proibição de excesso” (*Übermassverbot*) e “proibição de proteção insuficiente” (*Untermassverbot*), estreitamente conectados com a noção de proporcionalidade⁴⁰ (ainda que em direções opostas, já que um trabalha com a lógica do “além”, enquanto que o outro, com a do “aquém”).⁴¹

Em face desse reconhecimento, entende-se que o Estado não se afigura mais como mero violador ou destinatário das proibições impostas por esses direitos, tornando-se responsável, também, por protegê-los e por assegurar as condições para sua efetiva garantia.⁴² O problema é que os parâmetros dessa proteção não aparecem fixados expressamente, daí a jurisprudência tedesca ter assentado, na segunda decisão sobre o aborto (*BVerfGE* 88, 203), que, nessa atuação, deve ser observado o princípio da proporcionalidade, pois

a Constituição fixa a proteção como meta, não detalhando, porém, sua configuração. No entanto, o legislador deve observar a proibição de insuficiência [...] ele está sujeito ao controle jurisdicional constitucional (pelo TCF). [...] Decisivo é que a proteção seja eficiente como tal. As medidas tomadas pelo legislador devem ser suficientes para uma proteção adequada e eficiente e, além disso, basear-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis. [...] O Estado deve adotar medidas normativas e fáticas suficientes para cumprir seu dever de tutela, que levem - considerando os bens conflitantes - ao alcance de uma proteção adequada e, como tal, efetiva (proibição de

³⁸Canotilho identifica três espécies de direitos a prestações: a) proteção por parte do Estado (ex.: proteção do Estado perante outros cidadãos, como através da edição de normas penais); b) participação em procedimentos (que o Estado garanta aos cidadãos uma participação no procedimento administrativo); c) prestações fáticas (prestações em sentido estrito). Segundo ele, somente a terceira é típica do Estado Social, de modo que os direitos a prestações são anteriores a ele. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais*. In: Estudos sobre Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 50.

³⁹Este “dever de proteção” é uma construção jurisprudencial decorrente da dimensão objetiva atribuída aos direitos fundamentais pelo Tribunal Constitucional alemão por ocasião do caso Lütth e que foi reforçada pelo mesmo Tribunal ao tratar sobre a descriminalização do aborto em duas situações, a primeira na *BVerfGE* 39 (1975) e a segunda na *BVerfGE* 88(1993), reconhecendo, de modo expresso, que ao Estado é atribuída a função de proteção e de defesa dos direitos fundamentais, estando obrigado a observar determinados níveis de proteção.

⁴⁰CARBONEL, Miguel. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: V&M Gráficas, 2008. p. 11.

⁴¹LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 76.

⁴²STRECK, Maria Luiza Schafer. *O direito penal e o princípio da proibição de proteção deficiente: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Vale do Rio Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, 2008. p. 81.

insuficiência). Para tanto, é necessário um projeto de proteção que combine elementos de proteção preventiva e repressiva.⁴³

As Políticas Públicas configuram-se, por sua vez, como instrumentos privilegiados para a consecução desse “projeto de proteção” referido pelo Tribunal Constitucional alemão, numa perspectiva ampla e complexa, pois elas têm a capacidade de articular, a um só tempo, ações tanto do Legislativo quanto do Executivo, além de possibilitarem e combinarem a adoção de medidas de diferentes naturezas (educativas, protetivas, inclusivas, distributivas, preventivas, repressivas, fornecimento de serviços públicos, etc.) e em diferentes níveis (articulação entre os distintos entes federados, por exemplo).

Nessa perspectiva, entende-se que o conceito de “dever de proteção” (*Schutzpflicht*) deve servir como fundamento para a criação e apreciação das Políticas Públicas criadas, ao servir como parâmetro para o reconhecimento do “dever” de agir do Estado e, conseqüentemente, para a indicação das possíveis “omissões” ou “desvirtuamentos” por ele praticados, tomando-se como critérios, para tanto, as noções de “proibição de proteção insuficiente” (*Untermassverbot*) e de “proibição de excesso” (*Übermassverbot*).

O Supremo Tribunal Federal brasileiro, por seu turno, já se valeu desses conceitos em alguns de seus julgados, reconhecendo que

é tarefa do legislador determinar, detalhadamente, o tipo e a extensão da proteção. A Constituição fixa a proteção como meta, não detalhando, porém, sua configuração. No entanto, o legislador deve observar a proibição de insuficiência [...]. Considerando-se bens jurídicos contrapostos, necessária se faz uma proteção adequada. Decisivo é que a proteção seja eficiente como tal.⁴⁴

Assim, tem-se que a realização de uma proteção adequada dos direitos humanos e fundamentais não é faculdade daquele que atua em nome do Poder Público e do Estado, devendo sua atuação pautar-se pela proporcionalidade, a fim de que ela não se dê de modo insuficiente ou excessivo⁴⁵, aspecto que sugere a existência de uma escala de intensidades e de possibilidades de intervenção por parte do Estado que não pode ser ultrapassada nem num sentido (excesso) e nem noutro (insuficiência)⁴⁶, sob pena de ser ferir frontalmente a Convenção Americana de Direitos Humanos, não apenas em sua dimensão material (não-discriminação e proteção das

⁴³ MARTINS, Leonardo (Org). *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. p. 276-280.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 104.410/RS*. Segunda Turma, julgado em 06/03/2012. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 mai. 2013. p. 18.

⁴⁵ SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de Direito Constitucional*. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2012. p. 338.

⁴⁶ CARA, de Juan Carlos Gavara. *La dimensión objetiva de los derechos sociales*. JMB Bosch: Barcelona, 2010. p. 54.

minorias), mas também em sua perspectiva de adequação das ordens jurídicas internas (art. 2 da CADH).

Assim, é fundamental que a legislação nacional voltada à identidade social, concebida como um dever estatal de proteção, esteja adequada ao teste de proporcionalidade, tendo-se como parâmetro o dever estatal de facilitar o acesso dos homossexuais ao exercício pleno de sua cidadania e de seus direitos.

Como visto, pode-se afirmar que há importantes normas internacionais sobre o tema, que estão em constante construção, mas que são capazes de fornecer um panorama da situação vivenciada pelas pessoas transsexuais. Destaque para o princípio de Yogyakarta, do âmbito da ONU, ainda que considerada uma norma *soft law*.

Ainda na esfera onusiana, rememore-se que no presente ano o Conselho de Direitos Humanos estabeleceu um mandato para um especialista independente em *proteção contra a violência e discriminação motivadas por orientação sexual e identidade de gênero* em resolução histórica (A/HRC/32/L.2/Rev.1).

No âmbito interamericano, em análise do caso *Karen Atala Ruffo e crianças vs. Chile*, pode-se observar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Estado, a, entre outras medidas, promover a capacitação dos funcionários e autoridades públicas e à realização de campanhas que visem promover um ambiente de tolerância.

Partindo de tal premissa fornecida no caso, tem-se que o Estado deverá adotar determinadas medidas para a promoção da diversidade sexual e de gênero, bem como a construção de um ambiente de tolerância. Caso o Estado não adote tais medidas, poderá ser condenado pela Corte a fazê-las, conforme o disposto seguinte, extraído do caso citado:

O Estado deve prestar atendimento médico e psicológico ou psiquiátrico gratuito, e de forma imediata, adequada e efetiva, mediante suas instituições públicas especializadas de saúde, às vítimas que o solicitem, em conformidade com o disposto nos parágrafos 254 e 255 desta Sentença.

O Estado deve continuar implementando, num prazo razoável, programas e cursos permanentes de educação e treinamento destinados a funcionários públicos no âmbito regional e nacional e, especialmente, a funcionários judiciais de todas as áreas e escalões do setor jurídico, em conformidade com o disposto nos parágrafos 271 e 272 desta Sentença.

Em conclusão, destaca-se a importância de que o Estado Solicitante promova tais medidas de maneira espontânea, a partir de políticas públicas que priorizam a pluralidade e a diversidade de gênero.

Aliás, a própria Comissão Interamericana de Direitos Humanos aprovou no último ano

relatório em que realça a questão. No documento intitulado *Violência contra pessoas lésbicas, gays, bissexuais, trans e intersexo nas Américas*, a Comissão explana em detalhes suas motivações e temas como o limite que leis nacionais impõe à população LGBTI, bem como as formas de violência e a maneira que o Estado responde (ou deveria responder) nesses casos. O documento é um marco no sistema interamericano, embora não tenha caráter de legislação internacional vinculante, deve ser encarado como um guia para os Estados membros da OEA na busca de maior segurança e respeito a essas populações.

O nome social faz parte do rol de direitos da personalidade, e a sua garantia é essencial para assegurar a dignidade humana de todos aqueles que o demandem. Não parece razoável que a pessoa necessite buscar as vias judiciárias para que possa adequar seu nome ao gênero com o qual se identifica. Mais razoável é, portanto, que isso seja feito mediante via administrativa.

Assim, sugere-se promover a alteração do artigo 54 do código Civil da Costa Rica, para que a mudança de nome, no caso específico da pessoa trans, se dê através da via administrativa e sem o requisito de cirurgia de redesignação sexual, excluindo-se a necessidade de laudos médicos e psicológicos, tendo em vista que tal exigência fere a dignidade da pessoa humana, por contribuir para uma visão patológica da população trans e, desse modo, fomentar sua marginalização, além de ferir o direito de dispor do próprio corpo, além da liberdade individual e direito à identidade. Com a mudança a Costa Rica seria um país exemplo perante os demais países no que concerne às medidas inclusivas e de respeito às pessoas trans.

No estudo comparado, observa-se avanços por parte dos Estados, sobretudo no que diz respeito às novas leis específicas sobre identidade de gênero. Para além da legislação, os Estados ainda lidam com questões judiciais e administrativas sobre a mudança de nome, a exemplo maior da necessidade ou não de realizar a cirurgia de redesignação sexual.

Assim, a questão da mudança de nome e de gênero perpassa necessariamente pela discussão se haveria necessidade ou não da realização da cirurgia de redesignação sexual. No Brasil, pode-se observar que ainda há um discurso médico que permeia toda questão judicial, ainda que o Estado conte com avanços na área.

Portanto, mais uma vez ressalta-se a sugestão de mudança do Código Civil da Costa Rica, com base no exposto.

Ressalta-se que a promulgação da lei de identidade de gênero não sana a negligência dos Estados Americanos à realidade e à existência da população trans e intersexo por anos, sendo imprescindível e urgente à criação de política pública voltadas para esses grupos, as quais seriam um passo essencial para desmarginalizar e despatologizar a identidade trans, bem como a intersexualidade, sendo este o mesmo o posicionamento da ONU e da OMS. A Argentina tem sido exemplo trazendo essa discussão e o incentivo à despatologização na América Latina. O próprio governo já vem distribuindo um Guia acerca da saúde integral da população trans e intersexo,

demonstrando as origens históricas da patologização, advinda de discriminação e de uma visão religiosa acerca do gênero e da sexualidade, e da ciência como um todo, discriminando corpos que divergem de pessoas cisgêneras e não intersexuais, como também de sexualidade diversa à heterossexual. Além disso, aborda a questão da vivência e da falta de inclusão dessa população, como também esclarece acerca da confusão que se faz, nas mais diversas esferas, sobretudo na legislativa e judiciária, acerca de identidade de gênero, orientação sexual, expressão de gênero e genitálias, sendo todas essas características independentes uma da outra.

Ainda que se utilize a palavra sexo nos documentos de identidade, invés de gênero, a palavra sexo deve ser empregada e interpretada no sentido que o indivíduo demonstra ser no plano social (Apelação Cível nº 70018911594. Rel. Des. Sérgio Fernando Vasconcellos Chaves. TJSC. 7ª CC. Data de Julgamento: 25.04.2007). A Des. Maria Berenice Dias, ao fundamentar a retificação de nome e gênero de uma pessoa trans ainda que não realize a cirurgia de transgenitalização, afirmou que o sexo do indivíduo, que consta do Registro Geral, não deve se referir à sua genitália, visto que não é um procedimento cirúrgico que definirá sua identidade de gênero, mas sim, um fator psicológico, cabendo apenas a própria pessoa decidir se vai ou não realizar a cirurgia (Apelação Cível nº 70013909874. Rel. Des. Maria Berenice Dias. TJSC. 7ª CC. 05.04.2006), sendo o entendimento jurisprudencial nesse sentido. O termo sexo nos documentos deve corresponder, portanto, à identidade de gênero do sujeito, “refletindo a verdade real por ele vivenciada e que se reflete na sociedade” (STJ, RESP nº 1.008.398/SP, DJ e de 18.11.2009).

Havendo extrema violência contra a população trans, principalmente, na América Latina, sendo os dados mais elevados, é preciso construir políticas públicas voltadas à proteção desse grupo, violência que por vezes advém das próprias forças policiais, não só da população em geral. Um trabalho relevante é do *Proyecto Transgénero*, que faz um trabalho de conscientização de pessoas trans em relação aos seus direitos, como também de policiais quanto à vivência de pessoas trans. Além disso, realizam um trabalho de vigilância nas ruas onde pessoas transfemininas trabalham como profissionais do sexo, de maneira a reduzir a violência contra elas nesses espaços. Tem-se a presença de uma equipe, que inclui um defensor público. Os trabalhos desenvolvidos pelo *Proyecto Transgénero* têm surtido resultados e suas ideias têm sido reproduzidas por outros projetos voltados às minorias. Ressalta-se que os direitos adquiridos pela população trans e intersexuais, ainda que poucos, considerados a mazela advinda de anos de discriminação, são frutos de constantes lutas e persistência de movimentos sociais e ONGs.

Destaca-se a violência contra a população intersexo, uma vez que até o momento apenas o Chile promulgou uma lei proibindo cirurgias com intuito normalizador em crianças intersexuais, visto que isso se caracterizava como mutilação, já que se violava a liberdade pessoal, a autonomia, a dignidade da pessoa humana e o direito de não ser “submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes (Art 5º da CADH)”. Retira-se delas o direito

de manifestarem sobre se desejam modificações corporais ou mesmo de autorreconhecerem o seu gênero ou sexo, considerando que este é imposto a elas. É necessário pensar na inserção de gênero neutro na carteira de identidade de certidão de nascimento. A Alemanha, desde 2013, inseriu em sua legislação a possibilidade de registrar crianças com gênero neutro, sendo obrigatório para crianças intersexuais, propiciando que ao crescerem, auto-identifiquem seu gênero, bem como dispõe que gênero não está mais restrito à genitália. Isso demonstra ser um excelente caminho.

É válido salientar que a falta de documentação adequada, dada a ausência de leis como a de Identidade de gênero, tira da pessoa trans o direito de ir e vir, uma vez que se torna difícil viajar para outros países e estados ou mesmo estar presente em lugares que requerem documentação para entrar, como hospitais, áreas de lazer, centros educacionais e trabalhistas, dentre outros. Causa um constrangimento e desgaste emocional e psicológico imensurável para uma pessoa trans ter que apresentar uma carteira de identidade que não a sua, onde se consta gênero e nome que não lhe representam, além de deixá-la vulnerável à discriminação.

A violência não é apenas visível, mas também institucional, por isso a importância de trabalhar as questões de gênero com profissionais que se formam, bem como trabalham nas mais diversas áreas, acerca das questões de gênero de maneira a progredir na dignificação e desmarginalização desse grupo. O Acesso à saúde é restrito dada a ignorância até mesmo de profissionais atuantes com trans, além do preconceito que faz com que poucos se disponham a atender essa população, não só para hormonização e cirurgia, mas também no que concerne à saúde integral. Na educação tem-se uma alta evasão escolar, dado ao inóspito ambiente para pessoas trans. Mais da metade da população LGBTI revela ter vivido situações de violência verbal e física diariamente na escola, da parte de estudantes e professores.

No mercado de trabalho, a sociedade delimitou espaços para população trans e intersexual, colocando sobre ela diversos rótulos, sobretudo no que toca à objetificação sexual e aos estereótipos que incentivam à discriminação. Uma grande parcela desse grupo está no mercado sexual (prostituição, pornô, etc.) e embora essa opinião consultiva não tenha como escopo problematizar o tema prostituição, ressalta-se aqui que muitas pessoas trans não estão nessa área por livre arbítrio, mas sim porque a sociedade as empurram, estabelecendo que não há outro lugar em que elas são aceitas se não ali. A elas é negada a oportunidade de escolher ser o que se quer, tornando o mercado sexual como a única opção de carreira a seguir, não como uma dentre tantas. Pessoas trans e intersexuais são tão capazes de seguir qualquer carreira que a população cisgênera, o problema é que a elas é negado espaço nas mais diversas áreas. Mesmo aquelas que chegam ao nível superior de ensino e até mesmo igualam-se em capacitação quando a uma pessoa cisgênera de mesma área, o mercado de trabalho opta pela pessoa cisgênera em detrimento da trans em razão da transfobia e intesexofobia ou mesmo se admitem oferecem

salários inferiores aos das pessoas cisgêneras.

Pode-se afirmar que, de modo geral, existem normas internacionais capazes de conferir proteção, com destaque, no âmbito da ONU, para os Princípios de Yogyakarta, que expressamente reconhecem os transexuais como minorias merecedoras de especial tutela pelos Estados e pela sociedade internacional (ainda que tenha um caráter de *soft law*).

No ponto, cabe afirmar que a própria Costa Rica aceitou os Princípios de Yogyakarta. Outrossim, para além de tal norma, há importantes decisões do próprio âmbito do sistema interamericano de direitos humanos que versaram sobre direitos humanos e diversidade sexual e de gênero, a exemplo maior do emblemático caso *Atala Riffo y Niñas versus Chile*.

O ponto que merece destaque, aqui, é, sem dúvida, a necessidade de maior reconhecimento das pessoas transexuais como minorias merecedoras de especial tutela por parte dos sistemas de proteção aos direitos humanos, o que pode ser conferido, *a priori*, pelo Parecer técnico que a Corte Interamericana fornecerá ao caso em tela. Outrossim, tal tutela deve se dar ao nível estatal e por parte de outros atores do âmbito nacional, com base no estudo comparativo das legislações dos outros Estados membros da OEA.

4. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE DIREITOS PATRIMONIAIS

4.1 Sugestão de correção na nomenclatura utilizada

A título de elucidação, primeiramente, cabe fazer a seguinte consideração a respeito da nomenclatura utilizada na questão.

Por vezes os termos *gênero* e *sexo* se confundem, sendo importante ressaltar que suas definições referem-se a coisas diferentes. Em razão disso, não cabe a expressão “casamento entre pessoas de mesmo sexo” para referir-se ao casamento homoafetivo, mas sim “casamento entre pessoas de mesmo gênero”, visto que as características orgânicas de um indivíduo não são capazes de determinar sua identidade de gênero, uma problemática que pretendemos elucidar a seguir. Considera-se que *sexo* refere-se apenas às “características orgânicas como cromossomos, níveis hormonais, órgãos reprodutivos e genitais”⁴⁷ do indivíduo, podendo, além da definição binária comumente adotada (macho e fêmea) ser também intersexual – conhecido como “hermafrodita”, termo hoje tido como pejorativo para esta comunidade.

⁴⁷Jesus, Jaqueline Gomes de. Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos. Brasília, 2012. P. 24.

A vivência das pessoas intersexuais demonstra, efetivamente, que não é possível presumir o gênero de um indivíduo por sua genital, mas cabe à pessoa reconhecer sua identidade de gênero, direito humano protegido e reconhecido pela Organização Nações Unidas (ONU).

Ainda que se utilize o termo "casamento entre pessoas de mesmo sexo" para se referir ao casamento homoafetivo, neste caso a palavra *sexo* deve ser empregada e interpretada no sentido que o indivíduo demonstra ser no plano social, conforme afirmado em na seguinte decisão:

RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. TRANSEXUALISMO. ALTERAÇÃO DE PRENOME INDEPENDENTEMENTE DA REALIZAÇÃO DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL E À DIGNIDADE. CONFIRMAÇÃO DE SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU. ACOLHIMENTO DE PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SEGUNDO GRAU. A demonstração de que as características físicas e psíquicas do indivíduo, que se apresenta como mulher, não estão em conformidade com as características que o seu nome masculino representa coletiva e individualmente são suficientes para determinar a sua alteração. A distinção entre transexualidade e travestismo não é requisito para a efetivação do direito à dignidade. Tais fatos autorizam, mesmo sem a realização da cirurgia de transgenitalização, a retificação do nome da requerente para conformá-lo com a sua identidade social. NEGARAM PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº70030772271, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 16/07/2009).

A Des. Maria Berenice Dias, ao fundamentar a retificação de nome e gênero de uma pessoa trans ainda que não realize a cirurgia de transgenitalização, afirmou que o sexo do indivíduo, que consta do Registro Geral, não deve se referir à sua genitália, visto que não é um procedimento cirúrgico que definirá sua identidade de gênero, mas sim, um fator psicológico, cabendo apenas a própria pessoa decidir se vai ou não realizar a cirurgia, sendo o entendimento jurisprudencial nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. REGISTRO CIVIL. ALTERAÇÃO DO ASSENTO DE NASCIMENTO. TROCA DE NOME E SEXO. À equação do presente pertinente a averbação no assento de nascimento do (a) recorrente sua condição de transexual. Aplicação dos princípios da publicidade e da veracidade dos registros públicos, pois estes devem corresponder à realidade fenomênica do mundo, sobretudo para resguardo de direitos e interesses de terceiros. POR MAIORIA, DERAM PROVIMENTO EM PARTE, VENCIDO O RELATOR, DES. RUI PORTANOVA. (SEGREGO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70041776642, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 30/06/2011).

O termo *sexo* nos documentos *deveria* corresponder, portanto, à identidade de gênero do sujeito, “refletindo a verdade real por ele vivenciada e que se reflete na sociedade”.

Colhe-se a decisão do Supremo Tribunal Federal neste sentido:

Direito civil. Recurso especial. Transexual submetido à cirurgia de redesignação sexual. Alteração do prenome e designativo de sexo. Princípio da dignidade da pessoa humana. (...) A afirmação da identidade sexual, compreendida pela identidade humana, encerra a realização da dignidade, no que tange à possibilidade de expressar todos os atributos e características do gênero imanente a cada pessoa. (...) A situação fática experimentada pelo recorrente tem origem em idêntica problemática pela qual passam os transexuais em sua maioria: um ser humano aprisionado à anatomia de homem, com o sexo psicossocial feminino, que, após ser submetido à cirurgia de redesignação sexual, com a adequação dos genitais à imagem que tem de si e perante a sociedade, encontra obstáculos na vida civil, porque sua aparência morfológica não condiz com o registro de nascimento, quanto ao nome e designativo de sexo. - Conservar o “sexo masculino” no assento de nascimento do recorrente, em favor da realidade biológica e em detrimento das realidades psicológica e social, bem como morfológica, pois a aparência do transexual redesignado, em tudo se assemelha ao sexo feminino, equivaleria a manter o recorrente em estado de anomalia, deixando de reconhecer seu direito de viver dignamente. (...) Assegurar ao transexual o exercício pleno de sua verdadeira identidade sexual consolida, sobretudo, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, cuja tutela consiste em promover o desenvolvimento do ser humano sob todos os aspectos, garantindo que ele não seja desrespeitado tampouco violentado em sua integridade psicofísica. Poderá, dessa forma, o redesignado exercer, em amplitude, seus direitos civis, sem restrições de cunho discriminatório ou de intolerância, alcançando sua autonomia privada em patamar de igualdade para com os demais integrantes da vida civil. A liberdade se refletirá na seara doméstica, profissional e social do recorrente, que terá, após longos anos de sofrimentos, constrangimentos, frustrações e dissabores, enfim, uma vida plena e digna.

Assim, após tal decisão da corte suprema, fica evidente a distinção entre gênero e sexo, sendo que, gênero é o termo correto a ser utilizado fora da documentação oficial.

4.2 Construção histórica da conquista dos direitos patrimoniais no Brasil:

Feitas tais explanações, parte-se para a construção histórica. Tem-se que os direitos patrimoniais não foram adquiridos em primeiro momento, sendo que houve uma grande

construção, inicialmente jurisprudencial (de decisões), para que, posteriormente, houvesse reconhecimentos legislativos.

No primeiro momento, houve completa ausência de proteção jurídica dos direitos patrimoniais advindos da união de pessoas do mesmo gênero, justamente porque, com a entrada do código Civil em 2002, o artigo 1723 trouxe de forma expressa a impossibilidade da união estável de pessoas do mesmo gênero, uma vez que tratou apenas da união entre homem e mulher, em sentido biológico:

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.

Entretanto, apesar do legislador não reconhecer os direitos de pessoas do mesmo gênero em 2002, as primeiras conquistas são colhidas-se já em 1999, uma vez que o Tribunal Estadual do Rio Grande Do sul decidiu que a competência para apreciar as uniões homoafetivas era dos juizados especializados da família, entendendo, assim, tais uniões, também, como entidades familiares.

RELAÇÕES HOMOSSEXUAIS. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE SEPARAÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO DOS CASAIS FORMADOS POR PESSOAS DO MESMO SEXO. EM SE TRATANDO DE SITUAÇÕES QUE ENVOLVEM RELAÇÕES DE AFETO, MOSTRA-SE COMPETENTE PARA O JULGAMENTO DA CAUSA UMA DAS VARAS DE FAMÍLIA, A SEMELHANÇA DAS SEPARAÇÕES OCORRIDAS ENTRE CASAIS HETEROSSEXUAIS. AGRAVO PROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 599075496, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Breno Moreira Mussi, Julgado em 17/06/1999)

Quanto aos direitos patrimoniais, um ano após tal decisão, em 2000, um pedido de Herança foi julgado extinto pelo mesmo tribunal, com fundamento na impossibilidade jurídica do pedido, tendo em vista que o aparente herdeiro e o falecido, do mesmo gênero, apesar de viverem em união estável, não estavam abarcados pelo direito, não sendo tal união reconhecida pelo Estado. Entretanto, em sede de recurso, a sentença foi reformada, e tais direitos foram concedidos.

HOMOSSEXUAIS. UNIAO ESTAVEL. POSSIBILIDADE JURIDICA DO PEDIDO. E POSSIVEL O PROCESSAMENTO E O RECONHECIMENTO DE UNIAO ESTAVEL ENTRE HOMOSSEXUAIS, ANTE PRINCIPIOS FUNDAMENTAIS INSCULPIDOS NA CONSTITUICAO FEDERAL QUE VEDAM QUALQUER DISCRIMINACAO, INCLUSIVE QUANTO AO

SEXO, SENDO DESCABIDA DISCRIMINACAO QUANTO A UNIAO HOMOSSEXUAL. E E JUSTAMENTE AGORA, QUANDO UMA ONDA RENOVADORA SE ESTENDE PELO MUNDO , COM REFLEXOS ACENTUADOS EM NOSSO PAIS, DESTRUINDO PRECEITOS ARCAICOS, MODIFICANDO CONCEITOS E IMPONDO A SERENIDADE CIENTIFICA DA MODERNIDADE NO TRATO DAS RELACOES HUMANAS, QUE AS POSICOES DEVEM SER MARCADAS E AMADURECIDAS, PARA QUE OS AVANCOS NAO SOFRAM RETROCESSO E PARA QUE AS INDIVIDUALIDADES E COLETIVIDADES, POSSAM ANDAR SEGURAS NA TAO ALMEJADA BUSCA DA FELICIDADE, DIREITO FUNDAMENTAL DE TODOS. SENTENCA DESCONSTITUIDA PARA QUE SEJA INSTRUIDO O FEITO. APELACAO PROVIDA. (Apelação Cível Nº 598362655, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 01/03/2000)

O início de reconhecimento do núcleo familiar de pessoas do mesmo gênero foi a decisão do Tribunal Superior Eleitoral, que entendeu pela inelegibilidade dos cônjuges de representantes políticos, quando em uniões homossexuais, com base no seguinte dispositivo constitucional (art. 14, § 7º):

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

§ 7º São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consangüíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.

Desta forma, começou a delimitar-se as características, tanto dos ônus quanto dos bônus, dos vínculos homoafetivos, iniciando o reconhecimento deste como entidade familiar. Desta forma, tornou-se necessário assegurar os direitos e garantias destas pessoas no âmbito do Direito das Famílias e do Direito Sucessório.

A portaria do INSS nº 25/2000 concedeu o auxílio por morte e auxílio-reclusão aos conviventes de mesmo gênero. Ainda, grande avanço normativo nesta seara foi a Resolução Normativa do Conselho Nacional de Imigração nº 77/08, a qual previu a concessão de visto de permanência ao parceiro estrangeiro que vive em união estável com pessoa de mesmo gênero em âmbito nacional.

A Superintendência de Seguros Privados, por meio da SUSEP nº 257/04, permitiu que os companheiros de mesmo gênero configurassem como beneficiários do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre (Seguro DPVAT).

Em 2006, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) julgou um recurso possibilitando a inclusão do companheiro de mesmo gênero como dependente em plano de assistência médica, mediante a assertiva de que a relação homoafetiva gera direitos analógicos à união estável .

PROCESSO CIVIL E CIVIL - PREQUESTIONAMENTO - AUSÊNCIA - SÚMULA 282/STF - UNIÃO HOMOAFETIVA - INSCRIÇÃO DE PARCEIRO EM PLANO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA - POSSIBILIDADE - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO-CONFIGURADA. - Se o dispositivo legal supostamente violado não foi discutido na formação do acórdão, não se conhece do recurso especial, à míngua de prequestionamento. - A relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro dependente em plano de assistência médica. - O homossexual não é cidadão de segunda categoria. A opção ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana. - Para configuração da divergência jurisprudencial é necessário confronto analítico, para evidenciar semelhança e simetria entre os arestos confrontados. Simples transcrição de ementas não basta. (STJ, REsp nº 238715/RS, 3ª T., Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 07/03/2006).

Ainda no ano de 2006, o Tribunal Estadual do Rio Grande do Sul, reconheceu o direito à adoção dos filhos já adotados pela parceira homossexual em conjunto com sua parceira, destacando o fato de que elas haviam planejado adotar juntas.

EMBARGOS INFRINGENTES. PEDIDO DE HABILITAÇÃO. ADOÇÃO CONJUNTA POR PESSOAS DO MESMO SEXO. Sendo admitida, pela jurisprudência majoritária desta corte, a união estável entre pessoas do mesmo sexo, possível admitir-se a adoção homoparental, porquanto inexistente vedação legal para a hipótese. Existindo, nos autos, provas de que as habilitandas possuem relacionamento estável, bem como estabilidade emocional e financeira, deve ser deferido o pedido de habilitação para adoção conjunta. EMBARGOS INFRINGENTES DESACOLHIDOS, POR MAIORIA. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Embargos Infringentes Nº 70034811810, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 13/08/2010).

Em 2008, foi reconhecida pelo STJ a possibilidade jurídica da ação declaratória de união homoafetiva.

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO HOMOAFETIVA. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. OFENSA NÃO CARACTERIZADA AO ARTIGO 132, DO CPC. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ARTIGOS 1º DA LEI 9.278/96 E 1.723 E 1.724 DO CÓDIGO CIVIL. ALEGAÇÃO DE LACUNA LEGISLATIVA. POSSIBILIDADE DE EMPREGO DA ANALOGIA COMO MÉTODO INTEGRATIVO. 1. Não há ofensa ao princípio da identidade física do juiz, se a magistrada que presidiu a colheita antecipada das provas estava em gozo de férias, quando da prolação da sentença, máxime porque diferentes os pedidos contidos nas ações principal e cautelar. 2. O entendimento assente nesta Corte, quanto a possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta. 3. A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito. 4. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dês que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu. 5. É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada. 6. Ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admite-se, se for o caso, a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador. 5. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, Resp nº 820475-RJ, 4ª T., Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Rel. p/ acórdão Min. Luís Felipe Salomão, j. 02/09/2008).

Avançando ao ano de 2010, a Súmula Normativa nº 12/2010 da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), permitiu ao companheiro do mesmo gênero ser configurado como beneficiário titular de plano privado de assistência à saúde através de seu companheiro.

No âmbito histórico brasileiro, a última grande conquista de direitos neste âmbito foi por meio do Ministério da Fazenda, no Parecer nº 1.503/10, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, a qual permitiu o contribuinte declarar o parceiro de mesmo gênero como dependente junto ao imposto de renda.

3. Direitos patrimoniais reconhecidos nas uniões de pessoas do mesmo gênero - entendimento doutrinária:

A união estável entre pessoas do mesmo gênero não é reconhecida, ou é expressamente banida, na maioria dos países. Há 40 anos não era aceita em nenhum país. A visibilidade teve início nas últimas três décadas, em torno de 20% do mundo começou a garantir alguns direitos aos casais homoafetivos.

No centro do debate entre criminalização e garantia de direitos aos casais de mesmo gênero encontra-se o matrimônio. Alguns defendem ser essencialmente heterossexual por ser a base da sociedade, outros alegam que excluir os casais homossexuais deste instituto é discriminação injusta.

Grande parte dos países democráticos reconhecem a união estável de casais do mesmo gênero, apesar de não estabelecerem um rol legal de possibilidades, vem definindo direitos e deveres para ambos participantes na relação.

O casamento em si possui um significado especial desde o momento em que traduz a legalidade da situação do casal, como um reconhecimento formal e, ainda, a produção de efeitos legais no país onde foi reconhecida. Normalmente, os filhos são legalmente reconhecidos como de ambos e existem direitos e deveres a serem respeitados, incluindo direitos de herança.

A Holanda foi o primeiro país a emendar o Código Civil para possibilitar casamento entre duas pessoas independente do gênero. Com o tempo, outras mudanças ocorreram em prol dos casais homoafetivos.

Antes de 2001 era expressamente ilegal a presunção de paternidade para casais homossexuais. No entanto, a lei foi alterada e considera-se mãe também a parceira de mulher que recém pariu, desde não tenha pai reconhecido. Casal homoafetivo do gênero masculino só pode ser em conjunto pais da mesma criança em caso de adoção.

Bélgica foi o segundo país, no qual oposição maior focava na proteção da procriação. Similar ao Canadá, onde se encontra certo cuidado no sentido parental.

A África do Sul, de maneira semelhante à Noruega, permitiu o casamento, sendo permitido a recusa dos celebradores da cerimônia. A parceira de mulher grávida recebe direitos parentais no momento do nascimento da criança.

Suécia, Argentina, Portugal, Islândia e outros compõem os Estados que vêm se aderindo à abertura da legislação matrimonial.

Ressalta-se que os EUA e o México, por serem federações que conferem maior autonomia aos estados membros, existem unidades federativas em que é legal o casamento homoafetivo, enquanto em outras não. .

Os direitos patrimoniais decorrem do igual tratamento entre casais hétero e os homossexuais. O reconhecimento da existência de direitos e deveres semelhantes gera o tratamento sem distinção de ambos em qualquer âmbito, seja no parental como no patrimonial.

A discriminação quanto às relações homossexuais vêm, em partes, do fato de que antigamente era fomentado na sociedade (principalmente pela igreja), que o escopo se construir uma união familiar era a procriação, qualquer outro tipo de relação que não visasse esse propósito era mal visto. Hoje já é possível dizer que, para ser identificado como união familiar, basta que os indivíduos tenham criado laços de afetividade, respeito e que vivam suas vidas em conjunto.

É por este motivo que, como bem elucida o doutrinador Fontanella⁴⁸:

“é necessário dar-se força normativa aos princípios constitucionais”, ou seja, para que haja a efetiva concretização do Estado Democrático de Direito, princípios como o da dignidade e, principalmente, a não discriminação devem ser tidos como base para o reconhecimento das uniões homossexuais, pois ao proibir a discriminação, está incluindo a proibição quanto a discriminação feita às uniões homossexuais.”

Nas palavras da doutrinadora Berenice Dias⁴⁹, *“Se o direito à identidade sexual é direito humano fundamental, necessariamente também o é o direito à identidade homossexual. Portanto, a união homoafetiva corresponde a um direito humano fundamental.”*

Como a união homossexual não está previsto no novo Código Civil, no que versa a sucessão, os parceiros não podem ser vistos como herdeiros legítimos, sendo assim, não terão direito a herança, mas a meação, que nas palavras de Oliveira⁵⁰ seria *“a partilha dos bens, em reconhecimento da colaboração financeira havida entre os ex-companheiros”*. Sobre este caso já há alguns projetos de lei a fim de regularizar a união homossexual, mas essa evolução ainda caminha à passos lentos, ainda seguindo os estudos de Oliveira, por enquanto o que vem a ser entendido pelo STF é que a partilha de bens (meação) é feita quando *“comprovado o esforço comum na formação do patrimônio”*.

Em 2011, os ministros do Supremo Tribunal Federal reconheceram a união homoafetiva como entidade familiar; como discorreram sobre o assunto, Faria e Del’Olmo⁵¹, essas mudanças

⁴⁸FONTANELLA, Patrícia. **União homossexual no direito brasileiro: enfoque a partir do garantismo jurídico**. Editora OAB/SC, Florianópolis, 2006, pág. 83.

⁴⁹DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006, pág. 123.

⁵⁰OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **União estável: do concubinato ao casamento**. Editora Método, 6ª edição, São Paulo, 2003, págs. 80, 81.

⁵¹DEL’OLMO, Florisbal de Souza; FARIA, Alessandro Freitas de. **Direito e Justiça: Reflexões sociojurídicas**. Editora da FuRI, Santo Antônio, 2012, Pág. 280, 281.

podem gerar consequências no âmbito civil dos indivíduos, já que pode influenciar nas questões de direito à herança e, ainda, a possibilidade de adoção.

Berenice Dias⁵² vê essa omissão quanto à regularização das uniões entre pessoas de mesmo gênero como “injustificável” e que “*afronta escancaradamente um punhado de princípios constitucionais*”. Ainda sobre sob a visão de Dias, as uniões homoafetivas devem entrar no conceito de família, sendo “necessário que se conceda os mesmos direitos e se imponha iguais obrigações a todos os vínculos de afeto”.

Pois, nas palavras de Dias⁵³:

“Com a consagração do afeto a direito fundamental, não há como deixar de reconhecer que as uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo também são marcadas pelo elo da efetividade. [...] configuram categoria social que não pode ser discriminada ou marginalizada pelo preconceito, sob pena de o Direito falhar como Ciência e, o que é pior, como Justiça”.

Pois, como bem esclarece Rocha⁵⁴, “*se do convívio entre parceiros do mesmo sexo decorre um núcleo familiar, está-se diante de uma união estável*”, ou seja, sendo entendida como família deve ter os mesmos direitos e obrigações aplicadas analogamente a eles, pois “*tratando-se de união homoafetiva, está-se diante não somente da liberdade e da autonomia privada, mas do direito fundamental a ter uma família*”, estando esse direito amparada constitucionalmente, é dever do Estado regulamentá-lo, tomando por base os mesmos direitos dados as uniões heteroafetivas.

Como não existe lei no Brasil que regulamente as uniões homossexuais, assim como não há lei que a proíba, Dias⁵⁵ entende que neste caso podemos usar da hermenêutica para preencher essa lacuna, através, principalmente, da analogia entre as uniões homossexuais, com o objetivo das uniões estáveis.

“[...] a analogia tem o mérito de reconhecer o caráter familiar das uniões homossexuais que satisfazem os pressupostos hoje valorizados pelo Direito das Famílias e consagrados na Constituição. Deste modo foi possível reconhecer que as uniões homoafetivas são idênticas, ou pelo menos análogas, às uniões de casais de sexos diferentes. Ambas têm por

⁵²DIAS, Maria Berenice. Homoafetividade e os direitos LGBTI. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006, pág. 116, 117.

⁵³DIAS, Maria Berenice. Homoafetividade e os direitos LGBTI. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006, pág. 132, 137.

⁵⁴ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães; DIAS, Maria Berenice. Diversidade sexual e direito homoafetivo. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, págs. 162, 164.

⁵⁵DIAS, Maria Berenice. Homoafetividade e os direitos LGBTI. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006, pág. 146.

base o amor romântico que visa a uma comunhão plena de vida e interesses, de forma pública, contínua e duradoura”. (igual)

Se entendendo que o fato de ser um ser humano dá direito ao indivíduo à dignidade, então deve-se a ele se reconhecer e respeitar todos os direitos a que lhe são inerentes, não podendo haver discriminação de nenhuma forma, é neste sentido que Ragazzi e Garcia⁵⁶ declaram que “é perfeitamente possível afirmar que qualquer tentativa de restringir direitos a um grupo de pessoas, única e exclusivamente por conta de sua orientação sexual, é negar-lhes a própria dignidade, o que é inadmissível”.

Em se tratando especificamente das famílias constituídas por pessoas do mesmo sexo, houve uma evolução no Judiciário brasileiro a partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar⁵⁷, por meio das históricas ADI 4.277 e ADPF 132, julgadas conjuntamente no ano de 2011. Neste momento, a diferenciação dos sexos na previsão constitucional de união estável foi afastada. Conforme trecho da ementa:

“UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELEECER 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.”⁵⁸

Sobre o novo entendimento do STF, concluem Del’Olmo e Faria⁵⁹:

“O Supremo Tribunal Federal reconheceu a união de casais do mesmo sexo como entidade familiar, identificando-a sob o regime da união estável e, conseqüentemente, tornando acessível a essa forma de relação afetiva uma vastidão de direitos daí decorrentes”.

⁵⁶RAGAZZI, José Luiz; GARCIA, Thiago Munaro; DIAS, Maria Berenice. Diversidade sexual e direito homoafetivo. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, pág. 181.

⁵⁷DIAS, Maria Berenice. *Direito das famílias*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 137.

⁵⁸ STF, ADI 4.277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Brito, j. 05/05/2011 (íntegra no site: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>).

⁵⁹DEL’OLMO, Florisbal de Souza; FARIA, Alessandro Freitas de. *Direito e Justiça: Reflexões sociojurídicas*. Editora da FuRI, Santo Angélo, 2012, Pág. 281.

Desta forma, reconhecida a união de casais do mesmo gênero como entidade familiar, e assim, com direitos análogos aos da união estável, tem-se que os direitos patrimoniais decorrentes deste se aplicam as uniões em questão.

5. CONSIDERAÇÕES PARCIAIS

Entende-se como intrínseca a relação entre a proteção dos direitos patrimoniais para casais de relações homoafetivas e os direitos humanos. Os Direitos Humanos, como já se é sabido, têm a função de resguardar todos os ditos direitos fundamentais dos seres humanos, e a liberdade não escapa desta proteção. No caso dos direitos originados de relações homoafetivas, o que existe mais puramente é justamente a liberdade de se auto determinar, a liberdade do ser humano poder ser quem deseja e de relacionar-se com quem quiser, e enfim, gozar da proteção do Direito, indistintamente.

Ademais, é impossível estabelecer possíveis ônus que derivam das relações homoafetivas para a sociedade e para a ordem jurídica, não sendo cabível qualquer entendimento em contrário. Neste sentido, o ensinamento do Enéas Castilho Chiarini Júnior⁶⁰, se mostra proveitoso para a situação em pauta:

“Aqui está a razão maior para a analogia entre a união estável heterossexual e a união estável homossexual. Se ambos podem cumprir os requisitos para a constituição e reconhecimento de uma união estável: convivência, mútua assistência, notoriedade da relação, relação duradoura e estável, não há razões jurídicas plausíveis para excluir-se dos homossexuais a possibilidade de reconhecimento de suas uniões, sob pena de quebra do princípio da isonomia através da hipótese de exclusão de benefício”.

O conceito de família mudou com o passar dos séculos e deve ser interpretado de maneira mais extensiva possível, pois não há como se recusar tutela a outras formas de vínculos afetivos que, embora não previstos expressamente pelo legislador constituinte, se encontram identificados com a mesma ratio, como os mesmos fundamentos e com a mesma função.

Para efetiva aplicação e proteção dos direitos de liberdade e, conseqüentemente, dos Direitos Humanos pelo ordenamento jurídico, mostra-se imprescindível a extensão de todos os direitos patrimoniais à união estável homossexual, sendo uma categoria protegida pelos artigos 1

⁶⁰CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. A união homoafetiva sob o enfoque dos direitos humanos . Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 235, 28 fev. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4902>

e 24 do CADH, não podendo o Estado adentrar na esfera privada da vida de qualquer ser humano e suprir-lhe direitos fundamentais.

A base legal para o reconhecimento está nos princípios constitucionais da isonomia e da liberdade, de forma que, segundo a autora, a homoafetividade passou a integrar o Direito de Família e do Direito das Sucessões.

Embora o Código Civil brasileiro não normalize as relações homoafetivas, Maria Berenice Dias afirma que o texto foi inconstitucional ao tratar de maneira diferente as entidades familiares decorrentes de casamento e as decorrentes de união estável (unidade em que se inserem os casais homoafetivos).

Por fim, os pares homoafetivos podem, via contrato, estipular da maneira que desejarem sobre questões patrimoniais. Este direito decorre de seu reconhecimento como união estável, devendo comprovar-se convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família. Assim como afirmou a autora, ao juiz resta somente reconhecer a existência da relação. Isto devido ao efeito vinculante da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277, da qual não cabe mais questionar o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, com base no artigo 1.723 do Código Civil, sendo assim, seus direitos patrimoniais e sucessórios reconhecidos e equiparados aos direitos advindos de união estável.

6. CONSIDERAÇÕES SOBRE A NECESSIDADE DE UMA FIGURA JURÍDICA PRÓPRIA QUE POSSIBILITE O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS PATRIMONIAIS

6.1. CONTEXTUALIZAÇÃO

O Brasil carece de legislação voltada às uniões homoafetivas e, no geral, aos direitos das pessoas LGBTI. No entendimento da Maria Berenice Dias, tal omissão decorre de “um conservadorismo preconceituoso”, que “acaba por inibir o legislador, que se nega a aprovar leis sobre temas que fogem dos padrões sexistas dominantes”⁶¹. Ou seja, o poder legislativo brasileiro não produz normas que tratam especificamente deste assunto por estar ainda imobilizado por questões de ordem moral e culturais.

A atual lacuna da lei, contudo, não significa que o direito proveniente destas relações não é reconhecido pelo nosso ordenamento, cabendo muitas vezes ao Judiciário determinar a sua proteção.

Conforme já levantado na questão 2.1, as lacunas são resolvidas pelo juiz através de três possibilidades: a primeira seria a **analogia**, prevista no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do

⁶¹DIAS, Maria Berenice. Homoafetividade e os direitos LGBTI. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.141.

Direito Brasileiro⁶², bem como no art. 126 do Código de Processo Civil de 1973 (art. 140 do Código de Processo Civil de 2015)⁶³. Além disso, restam os **princípios gerais do direito**, invocados pela Constituição Federal de 1988, bem como os **costumes**, que se definem, resumidamente, como o reconhecimento dos relacionamentos homoafetivos na sociedade.

Sobre os princípios gerais do direito, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu, em seu art. 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como princípio norteador do direito brasileiro. Prevê, ainda, entre outras garantias, a de isonomia entre todos, sem distinção de qualquer natureza, além do direito à liberdade, igualdade, inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem.⁶⁴ Por outro lado, é mister frisar que, quanto ao Direito de Família, a Carta Magna de fato reconhece diferentes entidades familiares além do casamento, porém, define a união estável como sendo “*entre homem e mulher*”⁶⁵.

Em se tratando especificamente das famílias constituídas por pessoas do mesmo sexo, houve uma evolução no Judiciário brasileiro a partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar⁶⁶, por meio das históricas ADI 4.277 e ADPF 132, julgadas conjuntamente no ano de 2011. Neste momento, a diferenciação dos sexos na previsão constitucional de união estável foi afastada. Conforme trecho da ementa:

“UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEM 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.”⁶⁷

⁶²Decreto-Lei nº 4.657 de 1942. Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

⁶³ Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.

⁶⁴Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

⁶⁵Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

⁶⁶DIAS, Maria Berenice. *Direito das famílias*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 137.

⁶⁷ STF, ADI 4.277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Brito, j. 05/05/2011 (íntegra no site: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>).

Outro importante progresso foi a aprovação da Resolução nº 173/2015 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que dispõe sobre “a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo”. Na previsão do art. 1º, ficam os Cartórios de Registro Civil de todo o país obrigados a celebrar o casamento civil ou a conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo, sob pena do Agente Delegado responder frente à Corregedoria correspondente⁶⁸.

A doutrina também passou a fazer uma (re)leitura do tema à luz deste novo entendimento, no sentido de que o requisito da “diversidade de sexos” deixou de ser obrigatório para o casamento⁶⁹. Para Paulo Lôbo:

“A união familiar entre pessoas de mesmo sexo, também denominada união homoafetiva, é entidade familiar própria, tutelada pela norma de inclusão do art. 226 da Constituição, que a não discrimina. A ausência de lei que regule essas uniões não é impedimento para sua existência, porque a norma constitucional é autoaplicável, independentemente de regulamentação. As uniões homoafetivas são constitucionalmente protegidas como tais, com sua natureza própria. Em sua singularidade, equiparam-se para fins de direitos e deveres jurídicos, às uniões estáveis, por aplicação analógica, na forma do art. 4º da Lei de Introdução.”⁷⁰

Ao analisar legalmente os direitos de que se trata o patrimônio homoafetivo, Vecchiatti[10] observa que, no que concerne o caso deste tipo de união, a lei “*não a regulamentou expressamente, mas igualmente não a proibiu*”, isso é notório tendo em vista que “*inexiste uma redação expressamente restritiva da união estável apenas a casais heteroafetivos ou proibitiva da união estável homoafetiva*”. Neste caso, se entendermos que a união entre pessoas do mesmo gênero tem como escopo constituir uma família, sendo assim entendida, devemos poder interpretar extensivamente a lei, a fim de preencher essa lacuna legislativa sobre o assunto.

6.2. DOS DIREITOS PATRIMONIAIS

É por meio da instituição da união estável e do casamento que os conviventes ou casados definem os efeitos patrimoniais dessa relação, seja por meio do chamado pacto antenupcial, seja

⁶⁸Resolução 173/2015 – CNJ. Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo. Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis. (Íntegra no site: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2504>>).

⁶⁹GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 6 vol. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 90.

⁷⁰LOBO, Paulo. *Direito Civil: Sucessões*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 153

por meio do regime de bens que lhes aprouver, devendo ser observados os devidos limites legais e constitucionais. No caso de haver rompimento do vínculo matrimonial ou a dissolução da união estável, os contornos jurídicos são diferentes entre os institutos.

Em nosso atual ordenamento, são previstos, no Código Civil, os seguintes regimes de bens: comunhão parcial de bens (arts. 1.658 a 1.666), comunhão universal de bens (arts. 1.667 a 1.671), separação obrigatória de bens (art. 1.641) e regime de participação nos aquestos (art. 1.672).

Inicialmente, em se tratando do divórcio ou da dissolução, a regra a ser aplicada será a do regime de bens adotada pelo casal, ou o que havia sido acordado no pacto antenupcial. Quando da dissolução da união estável, o regime será o de comunhão parcial de bens, de acordo com o disposto no art. 1.725 do Código Civil, bem como na Lei 9.278/1996, que regulamenta o § 3º do art 226 da Constituição Federal. Para Gonçalves:

“Em suma, os bens adquiridos a título oneroso na constância da união estável pertencem a ambos os companheiros, devendo ser partilhados, em caso de dissolução, com observância das normas que regem o regime da comunhão parcial de bens.”⁷¹

Ora, quando da dissolução da união estável, os companheiros têm proteção jurídica para a questão patrimonial. Da mesma forma, quando do divórcio, os casados terão direito à meação do patrimônio, sendo necessário observar o regime de bens adotado por eles, no sentido de que uma vez realizado o divórcio será expedido o formal de partilha, documento este que trata da questão da divisão do patrimônio entre os, então, divorciados.

Tendo em vista que a união de pessoas entre o mesmo sexo foi equiparada àquelas entre heterossexuais, não há dúvidas de que também devem ser garantidos aos homossexuais todos os direitos e deveres decorrentes do Direito de Família. Conforme Maria Berenice Dias:

“Declarar que a união homoafetiva é uma estrutura familiar é incluí-las nas proteções especiais do microsistema do Direito das Famílias. É, por conseguinte, reconhecer direito a alimentos; à adoção; ao uso do sobrenome do outro [...]; direito à sucessão hereditária legítima, sem depender do reconhecimento a esse direito em declaração de última vontade. [...]”⁷²

⁷¹GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 6 vol. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1383.

⁷²DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e os direitos LGBTI*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 254.

Com relação aos entendimentos jurisprudenciais, nossos Tribunais, *em regra*, não fazem distinção entre a união homoafetiva e a legalmente prevista, ou seja, em litígios que envolvam questões patrimoniais (dissolução de união homoafetiva, sucessões e até àquelas concernentes à alimentos) aplica-se os princípios constitucionais, fazendo com que os casais sejam tratados da mesma forma que os heteronormativos (respeitando, por óbvio, cada caso em concreto):

“DIREITO DE FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL. UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVA) ROMPIDA. DIREITO A ALIMENTOS. POSSIBILIDADE. ART. 1.694 DO CC/2002. PROTEÇÃO DO COMPANHEIRO EM SITUAÇÃO PRECÁRIA E DE VULNERABILIDADE. ORIENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF. ALIMENTOS PROVISIONAIS. ART. 852 CPC. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. ANÁLISE PELA INSTÂNCIA DE ORIGEM.”⁷³

“Constitucional e processual civil. Preliminar de cerceamento de defesa. Art. 407 do CPC. Descumprimento dos prazos indicados no dispositivo. Não apresentação do rol de testemunhas no tempo processual adequado. Preclusão. Rejeição. Mérito. Constitucional e civil. União homoafetiva. Matéria decidida pelo STF na adi 4777/DF e na ADPF 132/DF. Interpretação conforme à constituição e do art. 1723 do código civil. Aplicação analógica das regras atinentes às uniões estáveis heteroafetivas. Partilha de bens. Desnecessidade da prova do esforço comum. Apelação conhecida e improvida. Recurso adesivo conhecido e provido. Precedentes. Preliminar. [...] **comprovada a existência de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, é de se reconhecer o direito do companheiro à meação dos bens adquiridos a título oneroso ao longo do relacionamento**, mesmo que registrados unicamente em nome de um dos parceiros, sem que se exija, para tanto, a prova do esforço comum, que nesses casos é presumida”⁷⁴

As uniões homoafetivas também são reconhecidas frente ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, com relação, por exemplo, aos benefícios de pensões *pos mortem*:

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA. BENEFÍCIO DE PENSÃO PREVIDENCIÁRIA. PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. REJEITADA DIANTE DO INFORMATIVO Nº 0366, DO STJ. MÉRITO. RELAÇÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO COMO BENEFÍCIO DE PENSÃO POS MORTEM. POSSIBILIDADE. REEXAME NECESSÁRIO IMPROVIDO, APELO VOLUNTÁRIO PREJUDICADO. DECISÃO UNÂNIME. 1 - Ineficácia

⁷³STJ - REsp: 1302467 SP 2012/0002671-4, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 03/03/2015, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/03/2015

⁷⁴TJRN, AC 2013.002954-3, 2ª C. Cív., Rel. Des. João Rebouças, p. 05/07/2013

da prejudicial de impossibilidade jurídica do pedido, união homoafetiva é reconhecida pelos Tribunais Pátrios, apesar de inexistir ordenamento legal. Possibilidade de ser concedido o benefício previdenciário nos casos de relação homoafetiva. [...] ⁷⁵

Porém, tal entendimento não é unânime e, neste sentido, fez-se necessária uma pesquisa minuciosa acerca dos entendimentos jurisprudenciais acerca do tema.

6.3. O POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Ainda que com o entendimento majoritário de que as pessoas de mesmo sexo que desejam contrair matrimônio ou pretendem ver reconhecida sua união estável possuem amparo legal para tal, com implicações diretas no âmbito patrimonial oriunda do divórcio, dissolução de união estável e/ou sucessão, realizou-se uma pesquisa nos 27 Tribunais de Segundo Grau de jurisdição presentes no Estado brasileiro. ⁷⁶

A pesquisa objetivou verificar qual o tratamento dado pelo Judiciário ao ser enfrentado na questão atinente à união de duas pessoas do mesmo sexo, seja numa união estável, seja num casamento. Visando tal finalidade, foram utilizados os termos “união estável pessoas mesmo sexo”, “união homoafetiva”, “casamento pessoas mesmo sexo” e “casamento homoafetivo”.

Em que pese a sociedade brasileira ter característica da pluralidade, quando se trata do tema da união entre duas pessoas do mesmo sexo a situação encontra falta de apreciação judicial em alguns Estados da República, ⁷⁷ não sendo, portanto, afirmar que é um entendimento uníssono no Brasil.

Apresentados os parâmetros da pesquisa realizada, a qual se deu toda de forma eletrônica, passa-se à apresentação dos resultados obtidos.

Iniciando pela região sul do país, no estado do Rio Grande do Sul, a atual orientação da jurisprudência é no sentido de ser reconhecida a união estável entre pessoas do mesmo sexo,

⁷⁵ STF - RE: 607562 PE, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 18/09/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-194 DIVULG 02-10-2012 PUBLIC 03-10-2012

⁷⁶ Tribunal de Justiça do Acre; Tribunal de Justiça de Alagoas; Tribunal de Justiça do Amapá; Tribunal de Justiça do Amazonas; Tribunal de Justiça da Bahia; Tribunal de Justiça do Ceará; Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios; Tribunal de Justiça do Espírito Santo; Tribunal de Justiça de Goiás; Tribunal de Justiça do Maranhão; Tribunal de Justiça do Mato Grosso; Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul; Tribunal de Justiça de Minas Gerais; Tribunal de Justiça do Pará; Tribunal de Justiça da Paraíba; Tribunal de Justiça do Paraná; Tribunal de Justiça de Pernambuco; Tribunal de Justiça do Piauí; Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro; Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte; Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul; Tribunal de Justiça de Rondônia; Tribunal de Justiça de Roraima; Tribunal de Justiça de Santa Catarina; Tribunal de Justiça de São Paulo; Tribunal de Justiça de Sergipe; Tribunal de Justiça de Tocantins.

⁷⁷ Notadamente nos Tribunais de Justiça dos Estados: Amapá, Amazonas, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Piauí, Rio Grande do Norte, Rondônia e Santa Catarina.

assim como o casamento⁷⁸. Desta forma, equiparando a união homoafetiva à união estável heterossexual, há possibilidade de proveito econômico por parte dos companheiros, até mesmo em questões envolvendo a previdência social⁷⁹.

No estado do Paraná, a questão posta *sub judice* diz respeito a um conflito de competência para julgamento da matéria. E é relevante a decisão no referido Estado em razão de considerar o instituto da união estável homoafetiva como matéria afeta às Varas de Família, isto é, a união entre pessoas do mesmo sexo recebe o mesmo tratamento jurídico-legal dispensado às uniões heteroafetivas.⁸⁰

Passando agora para a região centro-oeste do país, começando pelo Estado do Mato Grosso do Sul, verifica-se que há uma evolução jurisprudencial sobre o tema. No ano de 2006 há um julgado que considera a união homoafetiva como sociedade de fato⁸¹, não tendo ela então o mesmo tratamento jurídico-legal que as uniões heteroafetivas.

No entanto, já no ano de 2014, o Tribunal de Justiça do Estado tratou justamente de uma questão patrimonial em razão da dissolução de uma união homoafetiva entre duas mulheres, tendo aplicado o Código Civil brasileiro tal qual aplica às uniões heteroafetivas⁸².

O tratamento atual da questão no Estado de Goiás é o mesmo desde o ano de 2009. No referido Estado a união homoafetiva é reconhecida com igualdade às uniões heteroafetivas⁸³. Nos julgamentos encontrados, verificou-se a presença do fundamento da dignidade da pessoa humana e do tratamento isonômico, o qual reflete em questões patrimoniais afetas à previdência social⁸⁴.

Por outro lado, no território do Distrito Federal, capital do país, o entendimento exarado pelo Judiciário, no ano de 2010, é de tratar desigualmente casais homoafetivos e heteroafetivos, sob o fundamento de não haver permissivo legal para tal, além de que a Constituição da República considera em seu texto apenas a união entre homem e mulher como entidade familiar⁸⁵. Contudo, modificando sua linha decisória, em 2012, o Tribunal de Justiça do Distrito

⁷⁸ TJRS – Apelação Cível Nº 70070607544, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 28/09/2016

⁷⁹ TJRS – Recurso Cível Nº 71005306956, Turma Recursal da Fazenda Pública, Turmas Recursais, Relator: Niwton Carpes da Silva, Julgado em 25/02/2016

⁸⁰ TJPR – Recurso Cível Nº 71005306956, Turma Recursal da Fazenda Pública, Turmas Recursais, Relator: Niwton Carpes da Silva, Julgado em 25/02/2016

⁸¹ TJ-MS. AC: 17442 MS 2005.017442-7. Relator: Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins, Data de Julgamento 26 de Setembro de 2006, Publicação 19/10/2006, Órgão Julgador 4ª Turma Cível

⁸² TJ-MS – APL: 00470751320098120001 MS 0047075-13.2009.8.12.0001, Relator: Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Data de Julgamento: 30/01/2014, 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: 20/02/2014

⁸³ TJGO, APELACAO CIVEL 149310-5/188, Rel. DR(A). JAIR XAVIER FERRO, 3A CAMARA CIVEL, julgado em 15/12/2009, DJe 508 de 28/01/2010; TJGO, APELACAO CIVEL 410144-19.2011.8.09.0175, Rel. DES. NEY TELES DE PAULA, 2A CAMARA CIVEL, julgado em 03/11/2015, DJe 1908 de 12/11/2015

⁸⁴ TJGO, APELACAO CIVEL 480827-70.2008.8.09.0051, Rel. DES. KISLEU DIAS MACIEL FILHO, 4A CAMARA CIVEL, julgado em 02/02/2012, DJe 1043 de 16/04/2012

⁸⁵ TJ-DF - APL: 96321420108070007 DF 0009632-14.2010.807.0007, Relator: NATANAEL CAETANO, Data de Julgamento: 13/10/2010, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: 04/11/2010, DJ-e Pág. 131

Federal conferiu proteção ao casamento entre pessoas do mesmo sexo que legalmente se casaram fora do Brasil, isto é, forneceu o Tribunal a guarida jurídico-legal necessária ao casal⁸⁶.

Apenas para demonstrar que o entendimento da possibilidade de união entre pessoas do mesmo sexo ser equiparável, cita-se um julgamento do ano de 2014 que ratifica o posicionamento de que a união homoafetiva deve receber igual tratamento fornecido à união heteroafetiva⁸⁷, inclusive naquilo que toca a questão patrimonial.

Partindo, então, para a brasileira do Sudeste, no conhecido Estado do Rio de Janeiro, que sediou os Jogos Olímpicos de 2016, a evolução jurisprudencial acerca do tema remonta ao ano de 2005, em que apesar de haver reconhecimento da união homoafetiva, tal reconhecimento não foi elevado ao patamar de entidade familiar, apenas se limitando a zelar pela igualdade e não discriminação⁸⁸. Ainda no ano de 2008 o Judiciário do Rio de Janeiro manifestava falta de previsão legal para o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar⁸⁹, e tal entendimento perdurou até, pelo menos, 2009⁹⁰.

Avançando no entendimento jurisprudencial, no ano de 2013, em uma demanda judicial denominada de “ação de reconhecimento e dissolução de união estável homoafetiva c/c partilha de bens”, não houve sequer discussão sobre ser ou não equiparada à entidade familiar a união homoafetiva⁹¹. Isto é, anos mais tarde, realizando uma leitura constitucional humanista do ordenamento jurídico nacional, foi protegido o direito patrimonial de casal homoafetivo.

No entanto, dada a novidade do tema no âmbito jurisdicional, no mesmo ano de 2013, fora proferida decisão que não reconheceu a união estável de pessoas do mesmo sexo como sendo entidade familiar⁹².

Porém, continuando no ano de 2013, no mesmo Rio de Janeiro, houve uma decisão que não só alçou a união entre pessoas do mesmo à categoria de entidade familiar, como indicou não

⁸⁶ TJ-DF - APL: 480362120118070001 DF 0048036-21.2011.807.0001, Relator: JAIR SOARES, Data de Julgamento: 11/04/2012, 6ª Turma Cível, Data de Publicação: 19/04/2012, DJ-e Pág. 243

⁸⁷ TJ-DF - AGI: 20130020194678 DF 0020361-18.2013.8.07.0000, Relator: ALFEU MACHADO, Data de Julgamento: 08/01/2014, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 14/01/2014 . Pág.: 54

⁸⁸ TJRJ – Apelação: 0027413-41.2004.8.19.0002. Relator CAMILO RIBEIRO RULIERE - Julgamento: 19/10/2005 - DÉCIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL

⁸⁹ TJRJ – CC: 0013716-51.2007.8.19.0000. Relatora ODETE KNAACK DE SOUZA - Julgamento: 15/07/2008 - VIGÉSIMA CÂMARA CÍVEL, data de julgamento 15/07/2008

⁹⁰ TJ-RJ - AI: 00454010820098190000 RIO DE JANEIRO ARARUAMA VARA FAM INF JUV IDO, Relator: KATYA MARIA DE PAULA MENEZES MONNERAT, Data de Julgamento: 13/10/2009, QUINTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 19/10/2009; TJ-RJ - AI: 00489441920098190000 RIO DE JANEIRO CAPITAL 18 VARA DE FAMILIA, Relator: REINALDO PINTO ALBERTO FILHO, Data de Julgamento: 09/12/2009, QUARTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 07/01/2010

⁹¹ TJ-RJ - APL: 00153613020118190208 RJ 0015361-30.2011.8.19.0208, Relator: DES. REGINA LUCIA PASSOS, Data de Julgamento: 22/01/2013, NONA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 25/02/2013 20:25

⁹² TJ-RJ - APL: 00564703220128190000 RJ 0056470-32.2012.8.19.0000, Relator: DES. PEDRO SARAIVA DE ANDRADE LEMOS, Data de Julgamento: 09/01/2013, DÉCIMA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 26/06/2013 17:54

7. CONCLUSÕES

Assim sendo, ainda que os direitos patrimoniais decorrentes das uniões homoafetivas sejam reconhecidos pelo ordenamento jurídico, é fato que a ausência legislativa sobre o assunto ainda traz insegurança jurídica à essas relações, principalmente pelo fato de que o assunto depende da produção interpretativa dos magistrados.

Assim sendo, foi criado o **Anteprojeto do Estatuto da Diversidade Sexual**, elaborado pela Comissão da Diversidade Sexual da Ordem dos Advogados do Brasil. O texto divide-se em 109 artigos, distribuídos em 18 sessões, em formato similar aos microsistemas já existentes no ordenamento pátrio (como o Estatuto dos Idosos e Estatuto da Criança e do Adolescente).

O objetivo do Anteprojeto, nas palavras da Dias, é “promover ampla revisão da legislação infraconstitucional e assegurar todos os direitos que vêm sendo reconhecidos pela jurisprudência e na esfera administrativa”.¹⁰⁰

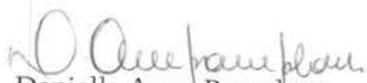
Consta, nas motivações do referido Projeto, a necessidade de dar visibilidade jurídica aos direitos LGBTI, desde questões atinentes aos direitos sucessórios até questões de âmbito criminal.

Por fim, conclui-se que, em que pese a possibilidade do reconhecimento das uniões homoafetivas sem a criação de figura jurídica específica, tem-se como fundamental a criação de uma capaz de seguramente regular estas relações e seus efeitos.

Com estas observações, esperamos ter alcançado contribuir para o avanço do debate a respeito do tema exposto.

Curitiba, 08 de dezembro de 2016.

¹⁰⁰DIAS, Maria Berenice. Homoafetividade e os direitos LGBTI. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 164-164.


Danielle Anne Pamplona
Clínica de Direitos Humanos do
PPGD/PUCPR


Eduardo Biachhi Gomes
NEADI/PUC-PR


Mônia Clarissa Hennig Leal
PPGD/UNISC


Luis Alexandre Carta Winter
NEADI/PUC-PR


Adrian Mohamed Nunes Amaral
NEADI/PUC-PR

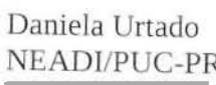

Bruna Werlang Paim
NEADI/PUC-PR


Amanda Carolina Buttendorff Rodrigues
Beckers
NEADI/PUC-PR


Aline Serafim Tartar
Clínica de Direitos Humanos do
PPGD/PUCPR


Carolina Braglia Aloise Bertazolli
Clínica de Direitos Humanos do
PPGD/PUCPR


Ane Elise Brandalise Gonçalves
UniBrasil Centro Universitário


Daniela Urtado
NEADI/PUC-PR

Elise Alencar Cordeiro
Clínica de Direitos Humanos do
PPGD/PUCPR

[Redacted]

Juliane Tedesco Andretta
NEADI/PUC-PR

[Redacted]

Gustavo Zardo Reichert
NEADI/PUC-PR

[Redacted]

Larissa Moreira Martins
NEADI/PUC-PR

[Redacted]

Henrique Alef Burkinsky Pereira
NEADI/PUC-PR

[Redacted]

Luiza de Macedo Gebran
Clínica de Direitos Humanos do
PPGD/PUCPR

[Redacted]

Henrique Delavi Daum
Clínica de Direitos Humanos do

[Redacted]

Mariana Kaipper de Azevedo
Clínica de Direitos Humanos do
PPGD/PUCPR

[Redacted]

Miguel Silva Pereira
Clínica de Direitos Humanos do
PPGD/PUCPR

[Redacted]

Igor Felipe Bergamaschi
NEADI/PUC-PR

[Redacted]

Rafael Martins Ribeiro Fanchin
Clínica de Direitos Humanos do
PPGD/PUCPR

[Redacted]

João Paulo Dresch
NEADI/PUC-PR

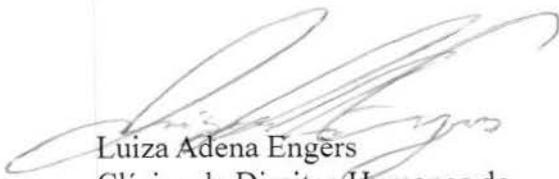
[Redacted]

Juliana Ferreira Montenegro
NEADI/PUC-PR

[Redacted]

Anne Caroline da Costa Silva
Clínica de Direitos Humanos

[Redacted]



Luiza Adena Engers
Clínica de Direitos Humanos do
PPGD/PUC-PR



Olívia dos Santos Saldanha
Clínica de Direitos Humanos do
PPGD/PUC-PR