



Associação Nacional dos
Defensores Públicos Federais

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

MEMORIAL

DE

AMICUS CURIAE

DA

**DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO,
ABGLT, ABRAFH, ANTRA, ANADEF, ANADEP E OUTROS
EM SOLICITAÇÃO DE OPINIÃO CONSULTIVA
FORMULADA PELO ESTADO DA COSTA RICA
SOBRE DIREITO DAS PESSOAS TRANS
(MULHERES TRANSEXUAIS, TRAVESTIS, HOMENS TRANS E DEMAIS
IDENTIDADES DE GÊNERO TRANS)**

2017



Associação Nacional dos
Defensores Públicos Federais

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

**EXCELENTÍSSIMOS SENHORES JUÍZES DA CORTE INTERAMERICANA
DE DIREITOS HUMANOS,**

A **Defensoria Pública da União** da República Federativa do Brasil - DPU, instituição autônoma¹ fundada no art. 134 da Constituição, de âmbito nacional, vem, com o apoio da **Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais** – ABGLT (representada pelo seu presidente, Carlos Magno Silva Fonseca); da **Associação Brasileira de Famílias Homoafetivas** - ABRAFH (representada pelo seu presidente, Rogério Koscheck da Silva); da **Associação Nacional de Travestis e Transexuais** – ANTRA (representada pela sua presidenta, Keila Simpson Sousa); da **Associação Nacional dos Defensores Públicos Federais** – ANADEP (representada pela sua presidenta, Michelle Leite de Souza Santos); da **Associação Nacional dos Defensores Públicos** – ANADEP (representada pelo seu presidente, Joaquim Gonzaga de Araújo Neto); da **Deputada Federal Erika Jucá Kokay**; e do **Deputado Federal Jean Wyllys de Matos Santos**, perante esta Corte Interamericana de Direitos Humanos requerer sua habilitação como

AMICUS CURIAE

nos autos da demanda em epígrafe, com base nos fundamentos fáticos e jurídicos adiante expendidos.

¹ O art.134, § 2º da Constituição da República Federativa do Brasil, inserido no texto constitucional pela Emenda à Constituição (EC) de nº 45/2004, prevê que “Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º. Tal previsão foi ampliada à Defensoria Pública da União, por força o §3º do mesmo artigo, inserido no texto constitucional pela EC nº 80/2014, cuja redação atual é a seguinte: “§ 3º Aplica-se o disposto no § 2º às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal.”. A atuação da DPU, neste caso concreto, está, portanto, em perfeita sintonia com sua fisiologia administrativa e é coerente com sua missão institucional, como se demonstra em item próprio deste arrazoado.

clh



Associação Nacional dos
Defensores Públicos Federais

I – INTRODUÇÃO

Em 18 de maio de 2016, o Estado da Costa Rica requereu, junto à Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante Corte IDH), a edição de uma Opinião Consultiva para que o Tribunal interpretasse as obrigações sobre: a) “a proteção que brindam os artigos 11(2), 18 e 24 em relação ao artigo 1 da CADH em relação ao reconhecimento da mudança de nome das pessoas, de acordo com a identidade de gênero de cada uma; b) a compatibilidade da prática que consiste em aplicar o artigo 54 do Código Civil da República da Costa Rica (Lei n. 63, de 28 de setembro de 1987) para as pessoas que desejm optar pela mudança de nome a partir de sua identidade de gênero com os artigos 11(2), 18 e 24 da CADH, em relação ao artigo 1 da Convenção; e c) a proteção que brindam os artigos 11(2) e 24 em relação ao artigo 1 da CADH, frente ao reconhecimento dos direitos patrimoniais derivados do vínculo entre pessoas do mesmo sexo”.

Então, foi publicada a convocatória, exposta no sítio da Corte Interamericana de Direitos Humanos, para que qualquer pessoa ou grupo de pessoas interessadas no tema pudesse apresentar memoriais de *amicus curiae*.

Neste momento processual, a DPU, a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – ABGLT, da Associação Brasileira de Famílias Homoafetivas - ABRAFH; da Associação Nacional de Travestis e Transexuais – ANTRA; da Associação Nacional dos Defensores Públicos Federais – ANADEP; da Associação Nacional dos Defensores Públicos – ANADEP; a Deputada Federal Erika Jucá Kokay e o Deputado Federal Jean Wyllys de Matos Santos, após o intenso debate ocorrido em audiência pública realizada em 01/12/2016, apresentam conjuntamente o memorial de *amicus curiae* com o objetivo de expor a situação e as dificuldades de acesso aos direitos humanos ora debatidos (itens *a/b*), por parte das pessoas trans, submetidas à jurisdição do Brasil.

Por fim, saliente-se que o momento processual é oportuno ao requerimento de inclusão no feito como *amicus curiae*, nos termos do que dispõe o art. 73(3) do Regulamento da Corte IDH.



Associação Nacional dos
Defensores Públicos Federais

II – PRELIMINARES

1.1 DA ADMISSIBILIDADE DA DPU COMO *AMICUS CURIAE* DIANTE DA PERTINÊNCIA TEMÁTICA COM A SUA FUNÇÃO CONSTITUCIONAL

A possibilidade de a DPU atuar perante Sistemas Internacionais de proteção dos Direitos Humanos, postulando perante seus órgãos², inclusive como *amicus curiae*, proporciona maior interação entre a sociedade civil, seus atores e o sistema de justiça internacional, além de vocalizar, de forma coletiva, os anseios de populações vulneráveis, cujo acesso à jurisdição internacional é por demais dificultoso.

Nesse contexto, a admissão da DPU como *amicus curiae* constituiria um importante passo no sentido de prover o acesso à justiça internacional às pessoas humanas vulneráveis, no marco, por exemplo, do que decidido na quarta reunião de expertos realizada pela Corte IDH em 08/02/2000 e 09/02/2000, cuja primeira recomendação se porta, dentre outros aspectos, sobre a necessidade de participação mais efetiva dos **indivíduos** perante esse tribunal.

Os critérios legais definidores da atuação da Defensoria Pública da União apontam para a total compatibilidade de sua participação processual em favor de grupos marginalizados, em razão de múltiplos fatores, dentre os quais a identidade de gênero e a orientação sexual.

A Defensoria Pública da União, assim, pode representar uma importantíssima via de acesso direto da pessoa humana à justiça internacional. Nesse contexto, frise-se que são conhecidas as dificuldades das jurisdições internacionais em estabelecer mecanismos perenes e eficazes de cumprimento de suas próprias decisões, mercê muitas vezes da pouca disponibilidade dos Estados demandados em cooperar

² Vide, expressamente, o artigo 4º, VI, da LC 80/94: 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: VI – representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos;



Associação Nacional dos
Defensores Públicos Federais

concretamente para o cumprimento de julgados que lhes sejam desfavoráveis. A afirmação da atuação das Defensorias Públicas perante o Sistema Interamericano pode pavimentar promissor caminho no sentido da inversão desse quadro.

Na presente solicitação de opinião consultiva, a Corte Interamericana terá a oportunidade de esclarecer aos Estados acerca do alcance de suas obrigações para garantir os direitos da população LGBTI. A tentativa de sistematizar a presente peça, com a contribuição de inúmeros defensores, além dos atores e militantes da sociedade civil representa o desafio de consolidar uma verdadeira “sociedade aberta de intérpretes”³.

1.2 DA ADMISSIBILIDADE DA PARTICIPAÇÃO DAS ENTIDADES DA SOCIEDADE CIVIL COMO *AMICUS CURIAE*

As entidades que aderiram à presente manifestação possuem, em seus respectivos segmentos, um histórico de luta na afirmação dos direitos humanos. Neste sentido, há anos têm sido responsáveis pela incorporação da temática LGBTI na pauta institucional das Defensorias, com a sua inclusão na agenda de demandas individuais e de tutela coletiva submetidas ao Judiciário, aos órgãos do Executivo e do Legislativo, bem como a criação de Núcleos Especializados e Grupos de Trabalho. Logo, a visibilidade da sociedade civil no presente memorial não demonstra apenas a legitimidade para formulação de um memorial sobre o tema. Trata-se, outrossim, do reconhecimento de que os avanços institucionais só são possíveis a partir da constante presença, reivindicação e abertura ao diálogo entre as instituições públicas e as representações da sociedade civil. Neste contexto, destacamos os seguimentos ora representados.

A Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e

³ C.f. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002

URF



Associação Nacional dos
Defensores Públicos Federais

Transexuais – ABGLT⁴, cujo estatuto segue em anexo, foi criada em 31 de janeiro de 1995, com 31 grupos fundadores, sendo uma associação civil. Atualmente possui 308 organizações filiadas, sendo a maior rede da América Latina. No artigo 3º de seu estatuto, elenca como missão: “(...) promover ações que garantam a cidadania e os direitos humanos de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, contribuindo para a construção de uma sociedade democrática, na qual nenhuma pessoa seja submetida a quaisquer formas de discriminação, coerção e violência, em razão de suas orientações sexuais e identidades de gênero”.

A **Associação Brasileira de Famílias Homoafetivas – ABRAFH⁵**, cujo estatuto segue em anexo, é uma associação civil sem fins lucrativos, composta por 400 membros LGBTI entre gays, lésbicas, travestis e transgêneros que têm filhos ou que pretendem tê-los. Dentre os seus objetivos, o art. 6º, X do Estatuto social: “(...) promover o trabalho conjunto de seus associados, dos órgãos públicos, empresas privadas, da sociedade civil organizada; conjugar os esforços e prover os meios, dentro dos melhores princípios da responsabilidade social e da ética, e assim, contribuir para a solução ou minoração dos problemas sociais de famílias homoafetivas”.

A **Associação Nacional de Travestis e Transexuais – ANTRA**, cujo estatuto segue em anexo, foi articulada em 1993, fundada na cidade de Porto Alegre/RS em dezembro de 2000 e registrada em cartório em dezembro de 2000, na cidade de Curitiba/PR. Conta com com cento e quinze afiliadas que cobrem todo o território brasileiro. Atualmente (quadriênio 2016-2020), sua sede encontra-se em Salvador-BA, cidade que reside a sua presidenta. Como missão, destaca-se a “(...) mobilização de travestis, Mulheres Transexuais e homens trans das cinco regiões do país para construção de um quadro político nacional a fim de representar esses três segmentos na busca de cidadania e igualdade de direitos”.

A **Associação Nacional dos Defensores Públicos Federais – ANADEP**.

⁴ Sítio disponível em: <http://www.abglt.org.br/port/index.php>.

⁵ Sítio disponível em: <http://www.abrafh.org.br/>



Associação Nacional dos Defensores Públicos Federais

cujos estatuto segue em anexo, foi fundada em 2 de julho de 1981, sob a denominação originária de Associação dos Membros da Assistência Judiciária Militar Federal. Com a edição da Lei Complementar n. 80/94, passou a se chamar Associação Nacional dos Defensores Públicos da União – ANDPU e, finalmente, adotou a atual nomenclatura (Associação Nacional dos Defensores Públicos Federais – ANADEP) a partir da Lei Orgânica da Defensoria Pública (2009). Dentre os objetivos institucionais, o art. 2º, VIII: “(...) colaborar com os poderes públicos no aperfeiçoamento da ordem jurídica, por meio de apresentação de sugestões, propostas e críticas à legislação existente ou em elaboração, bem como às práticas administrativas”.

A **Associação Nacional dos Defensores Públicos – ANADEP**⁶, cujo estatuto segue em anexo, foi criada em 1984. Trata-se de associação civil sem fins lucrativos. Formada pela união das Associações de Defensores Públicos Estaduais e do Distrito Federal, ao longo de seus mais de 30 anos, tem forte atuação nas questões ligadas aos direitos humanos. Entre os seus objetivos institucionais, destaca-se a finalidade de “atuar, nacional e internacionalmente, em proteção e defesa de toda pessoa ou grupo que esteja em situação de vulnerabilidade (...)” (art. 2º, VI do Estatuto Social).

Finalmente, a **Deputada Federal Erika Jucá Kokay**⁷ e o **Deputado Federal Jean Wyllys de Matos Santos**⁸ manifestaram-se expressamente a adesão ao presente memorial. Como se verifica, ambos são militantes na área objeto do presente memorial e participam ativamente dos debates na esfera Legislativa, sendo autores de projeto de Lei 5.002/2013, que visa garantir o direito de ser tratado conforme o gênero em que a pessoa se autodetermina.

Diante da pertinência temática da atuação de todas as entidades listadas, requer seja reconhecida a admissibilidade do presente memorial.

III- DA AUDIÊNCIA PÚBLICA PARA DISCUSSÃO SOBRE O TEMA NA

⁶ Sítio disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/atuacao>

⁷ Sítio oficial disponível em: http://www.camara.leg.br/Internet/Deputado/dep_Detalhe.asp?id=160575

⁸ Sítio oficial disponível em: http://www.camara.leg.br/Internet/Deputado/dep_Detalhe.asp?id=160672



Associação Nacional dos Defensores Públicos Federais

SEDE DA DPU/DF

Para garantir o amplo debate e o contraditório para a confecção da presente peça, a Defensoria Pública da União convocou e realizou uma audiência pública no auditório de sua sede em Brasília, aberta ao público interessado na temática, em 01/12/2017. A minuta do memorial previamente confeccionado foi submetida à apreciação da sociedade civil e das entidades acima listadas, sendo propostas inúmeras alterações e acréscimos de dados das militâncias que se fizeram presentes. Neste sentido, o presente memorial não se perfaz como um burocrático parecer técnico, mas, sobretudo busca incorporar as reivindicações e representações que espelham um histórico de lutas pelo reconhecimento de direitos de vários segmentos LGBTI, conforme listado acima.

IV- POR UMA NOMENCLATURA REPRESENTATIVA DA DIVERSIDADE TRANS: MULHERES TRANSEXUAIS, TRAVESTIS, HOMENS TRANS E DEMAIS IDENTIDADES DE GÊNERO

Ainda como questão preliminar ao debate objeto da presente manifestação, destaca-se o reconhecimento da louvável preocupação, no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, em adotar a nomenclatura “transgênero”⁹ ou “pessoas trans” como forma de superação do paradigma biológico que condicionava

⁹ Adotamos, neste ponto, o conceito de transgênero como: “(...) an umbrella term used to describe people with a wide range of gender identities, which are different from the sex assigned at birth. The term is increasing in familiarity globally, although other culturally specific terms may be used to describe people who have non-gender binary identities, such as hijra (India), waria (Indonesia), muxé (Mexico), fa’afafine (Samoa), kathoey (Thailand) and Two Spirit (indigenous North Americans). Many cultures and countries – including Australia, Bangladesh, Germany, India, Ireland, Nepal and Pakistan – recognize a third gender both in laws and in cultural traditions”. C.f. THOMAS, Rebekah; PEGA, Frank; KHOSLA, Rajat; VERSTER, Annette; HANA, Tommy; SAY, Lale. Ensuring an inclusive global health agenda for transgender people. Bulletin of the World Health Organization 2017;95:154-156. Disponível em: <http://www.who.int/bulletin/volumes/95/2/16-183913.pdf>. Acesso em 11 fev 2017.



Associação Nacional dos
Defensores Públicos Federais

a identidade aos fatores relacionados ao sexo biológico.

Contudo, após extenso debate em audiência pública realizada em 01/12/2017, o presente memorial optou por dar visibilidade à diversidade trans a partir da nomenclatura que tem sido adotada pelos coletivos da sociedade civil no Brasil, a saber: mulheres transexuais, travestis e homens trans, bem como as demais representações de identidades de gênero. Objetiva-se, neste ponto, reconhecer a pluralidade e a diversidade das vivências no Brasil. A respeito, várias representações de mulheres trans optam pela manutenção da nomenclatura “transexual” como exercício de resistência a todas as discriminações e violências cotidianamente enfrentadas em razão da identidade de gênero (uma vez que, diariamente, ainda se insiste na aplicação concreta do paradigma biológico para cercear a vida digna). Ademais, ainda que a nomenclatura “travesti” possa ter conotação estigmatizante em alguns países, defende-se que as travestis brasileiras têm lutado pela reconstrução e ressignificação do termo, razão pela qual também clamam por visibilidade e expreso reconhecimento. Já os homens trans têm usado essa chave identificativa, razão pela qual esta foi mantida. Outro ponto a ser destacado é que as discriminações enfrentadas são interseccionais, razão pela qual outros fatores como raça, etnia, religião, estado de saúde e/ou fato de ser portador de deficiência, situação de mobilidade humana ou origem nacional, também influenciam, agravam e impactam nas experiências de discriminação e violência enfrentadas.¹⁰ Portanto, a manifestação ora submetida reconhece e ressalta a diversidade das identidades de gênero e a interseccionalidade nas discriminações estruturais enfrentadas, sendo que a referência à expressão “pessoas trans”, ao longo do texto, visa unicamente garantir a fluência da linguagem, enfatizando-se, desde já, a preocupação para que o uso da nomenclatura mais abrangente não promova um encobrimento das várias vivências e experiências de gênero.

¹⁰ A título exemplificativo, destaca-se o relatório elaborado sobre as mulheres trans e travestis afrodescendentes. C.f. INSTITUTO TRANSFORMAR, MOVIMENTO DÉLLAS, FONATRANS. Relatório sobre a situação de violação dos direitos humanos de mulheres transexuais e travestis afro-brasileiras.



Associação Nacional dos Defensores Públicos Federais

V- DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA A EDIÇÃO DA OPINIÃO CONSULTIVA SOLICITADA: marco normativo de proteção aos direitos das pessoas trans

O Direito Internacional dos Direitos Humanos (doravante DIDH) se funda na construção de uma sociedade justa, plural, amparada na diversidade e que seja capaz de promover no âmbito individual e coletivo, a realização plena do ser humano.¹¹ A mesma linha é seguida pela Constituição da República Federativa do Brasil.

Os direitos humanos consagrados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante CADH) e nos demais instrumentos do sistema interamericano são garantidos a partir da imposição de obrigações aos Estados e às demais pessoas que se encontram submetidas às suas respectivas jurisdições, sem discriminação de qualquer natureza. De maneira exemplificativa, a CADH lista, em seu art. 1.1¹², que a “raça, cor, **sexo**, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento **ou qualquer outra condição social**” são critérios ordinariamente adotados como instrumentos de opressão. A compreensão sobre a abrangência e o alcance dessas categorias permite traçar propostas para combate ao fenômeno da discriminação. Recentemente, a Corte Interamericana sobre Direitos Humanos (doravante Corte IDH) estabeleceu que a vedação à discriminação por “qualquer outra condição social” inclui as categorias de “orientação sexual, identidade e expressão de gênero” constante do art. 1(1) da CADH. No paradigmático caso *Atala Riffo e niñas vs. Chile*, a Corte IDH, após uma ampla

¹¹ Sobre o processo internacional de Direitos Humanos, c.f., por todos: RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 29 *et seq.*

¹² Segundo o art. 1º da CADH: “1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. 2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano”.



Associação Nacional dos
Defensores Públicos Federais

análise sobre a evolução da proteção jurídica internacional às minorias LGBTI, enfatizou que:

“En este sentido, al interpretar la expresión "cualquier otra condición social" del artículo 1.1. de la Convención, debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano. 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. La expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1. de la Convención debe ser interpretada por la Corte, en consecuencia, en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo.

(...) Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas (*supra* párrs. **Erro! Fonte de referência não encontrada.** a **Erro! Fonte de referência não encontrada.**), la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.”¹³

¹³Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, par. 84 e 91.



Associação Nacional dos
Defensores Públicos Federais

Ademais, no atual estágio evolutivo do DIDH, é interessante notar que as Convenções de Direitos Humanos mais recentes já têm incluído as categorias de “orientação sexual e identidade de gênero” forma expressa, em suas cláusulas proibitivas de *descrímen*. Como exemplo, menciona-se o art. 1º da recente Convenção Interamericana contra toda forma de discriminação e intolerância, adotada em 05 de junho de 2013 (AG/RES 2804 XLIII – O/13):

“Discriminação é qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, em qualquer área da vida pública ou privada, cujo propósito ou efeito seja anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais consagrados nos instrumentos internacionais aplicáveis aos Estados Partes. A discriminação pode basear-se em nacionalidade, idade, **sexo, orientação sexual, identidade e expressão de gênero,** idioma, religião, identidade cultural, opinião política ou de outra natureza, origem social, posição socioeconômica, nível educacional, condição de migrante, refugiado, repatriado, apátrida ou deslocado interno, deficiência, característica genética, estado de saúde física ou mental, inclusive infectocontagioso, e condição psíquica incapacitante, ou qualquer outra condição.”

Ainda que o instrumento não tenha entrado em vigor, vários Estados já assinaram o tratado (Brasil, Argentina, Bolívia, Colômbia, Chile, Equador, Haiti, Panamá, Peru, Uruguai). Apesar de o tratado ainda não ser formalmente vinculante aos Estados, verifica-se que, pela assinatura, os Estados restam obrigados a se abster da prática de atos que frustrariam o objeto e a finalidade (Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, art. 18). Sendo assim, nenhum estado signatário pode tolerar a perpetuação de situações estruturais de discriminação e intolerância contra determinados grupos vulneráveis, sob pena de frustrar a própria essência do tratado.

Vale destacar, ainda, que além do dever de se abster da prática de atos discriminatórios, a CADH impõe aos Estados, em seu art. 2, a obrigação de adotar



Associação Nacional dos
Defensores Públicos Federais

medidas no âmbito interno¹⁴ (administrativas, legislativas e judiciárias), de forma a garantir o gozo e a fruição dos direitos consagrados. Sem dúvidas, tanto a proibição de discriminar com base na orientação sexual e na identidade de gênero (atualmente abrangidas pela proibição genérica de discriminar por outra condição social – art. 1.1 da CADH), como também as obrigações de adotar medidas para garantia da plenitude da fruição dos direitos são abarcadas pela Convenção Americana.

A - O gênero como categoria para construção das identidades: a desbiologização da “identidade sexual”

A luta para o reconhecimento de direitos é, em larga medida, uma luta por afirmação das identidades que conformam a vida em sociedade. O direito é produto de construções culturais, sendo que a identidade cultural pode ser conceituada como:

(...) o conjunto de referências culturais por meio do qual uma pessoa ou um grupo se define, se manifesta e deseja ser reconhecido. Também implica as liberdades inerentes à dignidade da pessoa e integra, em um processo permanente, a diversidade cultural, o particular e o universal, a memória e o projeto”. É uma “representação intersubjetiva que orienta o modo de sentir, compreender e agir das pessoas no mundo.¹⁵

Dentre as várias representações e categorias que conformam as identidades culturais e subjetivas, verifica-se que o “sexo” sempre foi usado como um marcador

¹⁴ “CADH, Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno - Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades”.

¹⁵ Villoro, L. (1998) Estado Plural, Pluralidad de Culturas, Co - editan: Editorial Paidós Mexicana y Facultad de Filosofía y Letras, UNAM, México *apud* CHIRIBOGA, Oswaldo Ruiz. O direito à identidade cultural dos povos indígenas e das minorias nacionais: um olhar a partir do sistema interamericano. Revista internacional de direitos humanos: SUR, São Paulo, v. 3, n. 5, p. 42-69, 2^o sem. 2006. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/22567>>. Acesso em: 8 jun. 2009.



Associação Nacional dos Defensores Públicos Federais

para identificação de pessoas, construção de papéis, comportamentos, performances e expectativas em relação ao sujeito. Não é a toa que os primeiros instrumentos com a pretensão de reconhecimento de direitos a indivíduos usassem marcadores relacionados à “identidade sexual” (partindo de um paradigma biológico). A Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, por exemplo, faz expressa alusão ao sexo dos seus destinatários (“homem”)¹⁶.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), também contém em seu corpo menção a distinção binária entre “homens e mulheres”¹⁷, assim como os tratados que nela se inspiraram. A propósito, destacamos os textos normativos do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 (doravante PIDCP)¹⁸, Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966¹⁹ (doravante PIDESC) e da Convenção Internacional para Eliminação de Toda Forma de Discriminação Racial (doravante CERD) de 1965²⁰. Um marco importantíssimo no

¹⁶ Neste sentido: “Artigo 1º- Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum” - Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

¹⁷ Neste sentido, o preâmbulo destaca: “Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla”. Ademais, o art. 16 dispõe: Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução”.

¹⁸ Segundo o art. 2(1) do PIDCP, “2.1- Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição.”. Já o art. 3º dispõe que: “Os Estados Partes no presente Pacto comprometem-se a assegurar a homens e mulheres igualdade no gozo de todos os direitos civis e políticos enunciados no presente Pacto.”

¹⁹ PIDESC, art. 2(2) – “Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados e exercerão em discriminação alguma 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”. Ademais, vide o art. 3º: “Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a assegurar a homens e mulheres igualdade no gozo de todos os direitos econômicos, sociais e culturais enumerados no presente Pacto.”

²⁰ Em seu preâmbulo, a Convenção enuncia: “Considerando que a Carta das Nações Unidas baseia-se em princípios de dignidade e igualdade inerentes a todos os seres humanos, e que todos os Estados-membros comprometem-se a tomar medidas separadas e conjuntas, em cooperação com a Organização, para a consecução de um dos propósitos das Nações Unidas, que é promover e encorajar o respeito universal à



Associação Nacional dos Defensores Públicos Federais

sistema onusiano foi a Convenção para Eliminação a toda forma de Discriminação contra a Mulher (1979), cujo objetivo central era a erradicação da discriminação baseada em “sexo”.

Paralelamente ao reconhecimento e consagração dos direitos, as ciências humanas passaram a problematizar a ideia da identidade calcada no sexo biológico. Especialmente com a contribuição dos vários movimentos e teorias feministas, posteriormente acrescidas das *teorias queer*, amadureceu-se que a identidade é uma construção social, razão pela qual as formas de discriminação e violência não são baseadas no “sexo” biológico, mas no “gênero” do sujeito.

Por isso, operou-se uma interpretação evolutiva dos tratados, de forma a compreender que a identidade sexual não se restringe aos caracteres biológicos e abarca, sobretudo, a identidade de gênero. Os tratados subsequentes passaram a adotar a nomenclatura “gênero” ao invés de “sexo” para se referir à forma vedada de discriminação, como é o caso da Convenção de Belém do Pará para Punir e Erradicar toda forma de violência contra a mulher (1994). Neste sentido, destacamos o seu art. 1º:

Convenção de Belém do Pará – art. 1º - Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada.

Além disso, os mecanismos de supervisão dos tratados onusianos também passaram a considerar a categoria “gênero” em suas atividades para a interpretação, monitoramento e supervisão; sendo que também as Cortes Internacionais de Direitos Humanos adotaram e reconheceram a proteção à identidade de gênero, o que ultrapassa os caracteres biológicos de identificação do(a) sujeito.

Em 2008, um grupo de especialistas e ativistas, liderado pelo Relator Michael O’Flaherty, então membro do Comitê de Direitos Humanos da ONU,

observância dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem discriminação de raça, sexo, idioma ou religião”



Associação Nacional dos Defensores Públicos Federais

adotaram os Princípios de Yogyakarta²¹, sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Neste, a identidade de gênero é conceituada como:

“(…) a experiência interna, individual e profundamente sentida que cada pessoa tem em relação ao gênero, que pode, ou não, corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo-se aí o sentimento pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive o modo de vestir-se, o modo de falar e maneirismos”

Neste contexto, mulheres transexuais, travestis, homens trans e demais identidades de gênero trans (doravante pessoas trans) compõem grupos de indivíduos que rompem com a identificação tradicional entre o que seria o sexo biológico, atribuído no nascimento, e o gênero expressado socialmente. Há, nestas hipóteses, identificação subjetiva quanto ao gênero diversa daquela esperada socialmente a partir da atribuição de sexo, realizada quando do nascimento²².

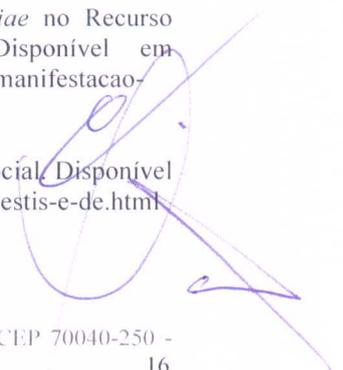
Embora seja notória a violência física a que estão submetidas no Brasil (evidenciada muito claramente pela expectativa média de vida de 35 anos, em contraste com a dos brasileiros *cis*, que é de 74,9 anos - IBGE, 2013²³), existe ainda uma outra violência que é muito mais rotineira e frequente, que é a violência do registro civil.

É que, a partir da atribuição de sexo, realizada quando do nascimento, existe também o registro de um nome civil associado ao sexo atribuído, cuja mera pronúncia geralmente tem o condão de identificar socialmente o gênero do(a) sujeito(a)

²¹ http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf

²² Manifestação Final da Clínica de Direitos Humanos da UERJ como *amicus curiae* no Recurso Extraordinário Nº 845.779, relatado pelo Min. Luis Roberto Barroso. Disponível em http://uerjdireitos.com.br/wp-content/uploads/2015/11/uerjdireitos_re-845779-clam-lidis-manifestacao-final-31102015.pdf

²³ Expectativa de vida de travestis é de 35 anos, mas deve aumentar”, afirma psicólogo social. Disponível às 18:07 do dia 20/04/2016 - <http://www.nlucon.com/2015/02/expectativa-de-vida-de-travestis-e-de.html>





Associação Nacional dos
Defensores Públicos Federais

nomeado(a). Assim sendo, quando ocorre uma identificação subjetiva quanto ao gênero (masculino ou feminino) diversa daquela esperada socialmente, o mero uso do nome é suficiente para provocar uma descomunal violência psicológica.

Nessas circunstâncias, sempre que uma pessoa trans tem a necessidade de se identificar civilmente, é obrigada a se sujeitar a uma série de constrangimentos que configuram violência a sua própria identidade. Trata-se de uma violência real e tão rotineira que, frequentemente, as pessoas trans passam a se identificar e a ser conhecidas socialmente por um outro nome (nome social), diverso daquele que consta do registro civil.

É assim que as pessoas trans, considerando a notoriedade deste nome social (diverso daquele de registro) pelo qual são socialmente reconhecidas, têm procurado o procedimento de retificação de nome nos diversos Estados do Brasil. Tal pedido, a fim de efetivamente realizar a justiça, frequentemente vem cumulado com o pedido de retificação do “sexo” que consta no assento civil de nascimento.

Atualmente, há necessidade de uma interpretação evolutiva sobre o sentido e o alcance da expressão “sexo” como categoria de identificação civil. Neste ponto, seguindo a mesma construção para a interpretação da referida expressão nos tratados de direitos humanos, deve-se adotar o paradigma da desbiologização da identidade, para que se permita uma interpretação extensiva apta a perceber que a expressão “sexo” se refere, no âmbito sócio-jurídico, à identidade de “gênero”. No mínimo, é recomendável que os Estados passem a adotar formalmente a expressão “gênero” nos assentos de registro civil (ao invés de “sexo”), ou, sucessivamente, caso não o façam, que interpretem a expressão “sexo” (outrora analisada pelo padrão biológico) como a categoria mais abrangente consistente em “gênero”.

B - A situação do reconhecimento do direito de alteração do nome e sexo

B.1. Sobre as barreiras legais



Associação Nacional dos
Defensores Públicos Federais

No Brasil, é juridicamente viável alterar o nome civil pela via administrativa, a partir de requerimento em cartório de registro civil. Embora a Lei de Registros Públicos (doravante LRP - Lei n.º6.015/1973) não contenha uma previsão expressa quanto ao procedimento para a retificação do registro civil de nascimento em relação ao nome e ao sexo, existe uma previsão genérica sobre a possibilidade de retificação nos casos de “erros que não exijam indagação”. Segundo os artigos 55, 58 e 110 da referida Lei:

Art. 55. Quando o declarante não indicar o nome completo, o oficial lançará adiante do prenome escolhido o nome do pai, e na falta, o da mãe, se forem conhecidos e não o impedir a condição de ilegitimidade, salvo reconhecimento no ato.

Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por **apelidos públicos notórios**.

Art. 110. Os erros que não exijam qualquer indagação para a constatação imediata de necessidade de sua correção **poderão ser corrigidos de ofício pelo oficial de registro no próprio cartório onde se encontrar o assentamento**, mediante petição assinada pelo interessado, representante legal ou procurador, independentemente de pagamento de selos e taxas, após manifestação conclusiva do Ministério Público. (grifamos)

A interpretação conjugada dos artigos supracitados confere amparo legal para que o solicitante obtenha autorização dos cartórios para a alteração de seu prenome, substituindo-o pelo “apelido público e notório” pelo qual é conhecido no meio em que vive (nome social), com base no art. 58 da LRF.

Não há óbices expressos à averbação da alteração sob a forma prescrita no art. 29, § 1º da lei em voga:

Art. 29. § 1º. Serão averbados: f) as alterações ou abreviaturas de nomes.

Portanto, considerando a possibilidade jurídica da retificação com base na Lei de Registros Públicos, a recusa na alteração cartorária implica em constrangimento

CHF

e ofensa direta à dignidade da pessoa humana. Aliás, a grave interferência na honra e na vida privada foi destacada pela Corte Europeia de Direitos Humanos no paradigmático caso de *Christine Goodwin vs. Reino Unido*²⁴, no qual pela primeira vez a *Grand Chamber* daquele tribunal se manifestou sobre o direito à retificação de registro civil de pessoa trans na Inglaterra.²⁵ Neste sentido, a Corte Europeia destacou que:

(...) O Estado demandado não pode invocar que a matéria estaria submetida à sua livre discricionariedade sobre os meios apropriados para implementar os direitos protegidos pela Convenção. Como não há fatores significantes de interesse público que pesem sobre o interesse do indivíduo demandante para a obtenção legal do reconhecimento de sua redesignação de gênero, chega-se à conclusão que uma justa ponderação pende de forma decisiva em favor da petionária. Houve, certamente, uma falha em respeitar o seu direito à vida privada, o que enseja violação ao artigo 8º da Convenção [Europeia].²⁶

A partir do norte interpretativo que emana dos tratados de direitos humanos e da própria hermenêutica constitucional, constata-se que a retificação dos registros é a medida mais razoável a ser observada pelos cartórios extrajudiciais no Brasil e nos demais Estados Parte da CADH, sendo hermeneuticamente viável a superação de eventuais barreiras legais (como, por exemplo, o argumento de ausência de autorização expressa).

B.2 Sobre a constatada presença de consideráveis barreiras burocráticas

Ainda que eventuais barreiras legais possam ser suplantadas, é importante apontar que a aplicação da Lei de Registros Públicos às demandas das pessoas trans não tem sido realizada de forma uniforme no Brasil. As hipóteses de “erros que não exijam

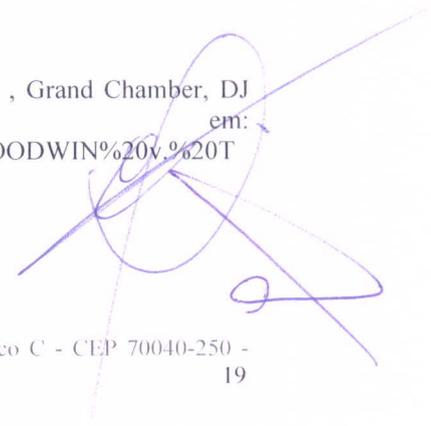
²⁴ ECHR, *Christine Goodwin v. the United Kingdom* (application no. 28957/95) , Grand Chamber, DJ 11/07/2002. Disponível

<https://uktrans.info/attachments/article/237/CASE%20OF%20CHRISTINE%20GOODWIN%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM.pdf>. Acesso em 15 dez 2016.

²⁵ Id.

²⁶ Id., Par. 93, trad livre.

cht





Associação Nacional dos Defensores Públicos Federais

indagação” não são claras e variam conforme a prática de cada serviço notarial nos vários entes federados brasileiros.

Como a supervisão e controle dos cartórios é feita pelos Tribunais de Justiça dos Estados Federados, a regulamentação e fiscalização também é monitorada pelo Conselho Nacional de Justiça. Por isso, tais órgãos deveriam zelar pela uniformização do tratamento jurídico, de forma a garantir que todos sejam tratados de forma igual perante a lei, respeitadas as diversidades individuais e coletivas.

Contudo, o cenário atual de incertezas faz com que a readequação do registro seja obtida ora pela via administrativa, ora pela via judicial, sem qualquer racionalidade para justificar diferenciação de tratamento diante de situações análogas. Nesse diapasão, é importante destacar que alguns Cartórios de Registro Civil de Pessoas admitem a retificação sem maiores entraves. Outros permitem a adoção da via administrativa, mas condicionam a retificação desses registros à comprovação da realização de cirurgia e/ou tratamento de redesignação sexual.

Há, ainda, os notários que exigem prévia decisão judicial para que se autorize a retificação. Em interessante manifestação apresentada ao CNJ (em anexo), a Diretoria de Estudos e Pesquisa Jurídica da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro fez um levantamento dos casos judicializados na cidade do Rio de Janeiro e região metropolitana, entre junho de 2010 e junho de 2016.²⁷ Constataram-se pelo menos 170 (cento e setenta) ações judiciais sobre o tema.²⁸ Pelo levantamento adotado, verifica-se que a ausência de regulamentação impacta em vários aspectos: (i) ausência de certeza sobre as regras para determinação da competência (com processos distribuídos à Vara de Família, Vara de Registros Públicos), (ii) ampla variedade na indexação de assunto objeto da demanda, (iii) condicionamento do exercício do direito à realização de cirurgia e/ou tratamento médico, (iv) exigência de perícia judicial. Além da enorme insegurança jurídica, o parecer aponta que tais aspectos influem no prazo de

²⁷ Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (LIMA, Thais dos Santos, CASTRO, André Luis Machado). Manifestação nos autos do pedido de providências n. 0005184-05.2016.2.00.0000, encaminhada ao Conselho Nacional de Justiça.

²⁸ Id.



Associação Nacional dos
Defensores Públicos Federais

duração da demanda, sendo que a média de duração do processo foi de 447 dias, no período objeto do levantamento.²⁹ O referido estudo, apesar de direcionado à capital fluminense, é deveras exemplificativo sobre as dificuldades e barreiras burocráticas de acesso à justiça que se impõem na maioria dos Estados. São muitos os cartórios que ainda exigem prévia judicialização para que se proceda à alteração do registro civil.

Por esse motivo, em 2016, a Defensoria Pública da União submeteu à apreciação do Conselho Nacional de Justiça³⁰, órgão que realiza a fiscalização do Poder Judiciário e serviços notariais auxiliares no Brasil, o pedido de providências n. 005184-05.2016.2.00.0000 (cópia em anexo), com requerimento de medida cautelar. Neste, foi relatada a situação de discriminação estrutural enfrentada pelas pessoas trans residentes no Brasil, momento em que foi solicitada a regulamentação administrativa da temática, com a expedição de orientação aos cartórios de registro de todo o Brasil, para que estes procedam à retificação do registro de nome e de sexo de pessoas transexuais, independentemente de judicialização ou qualquer cirurgia de redesignação sexual.

Apesar de o pedido liminar não ter sido deferido, o Conselho Nacional de Justiça solicitou que todos os Tribunais de Justiça Estaduais prestassem informações sobre o tratamento jurídico conferido à questão no âmbito dos estados federados. A partir das respostas obtidas, nota-se que há uma absoluta ausência de levantamentos de dados e indicadores pelos órgãos fiscalizadores, o que reforça a discriminação e invisibilidade direcionada às pessoas *trans* no Brasil. O pedido de providências ao CNJ ainda está pendente de apreciação, em relação ao mérito, pelo referido órgão administrativo.

²⁹ Id.

³⁰ O CNJ é o um órgão interno de controle administrativo, financeiro e disciplinar do Poder Judiciário. Segundo o art. 103-B da Constituição Brasileira: “(...) § 4º Compete ao Conselho [Nacional de Justiça] o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: (...) III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados (...);(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”



Associação Nacional dos
Defensores Públicos Federais

Em adição, o Supremo Tribunal Federal do Brasil reconheceu a repercussão geral do tema nos autos do Recurso Extraordinário RE670422³¹, que versa sobre a (in)exigibilidade de cirurgia de redesignação sexual para retificação de registro civil. O julgamento de mérito ainda está pendente.

Por derradeiro, nota-se que a regulamentação específica da alteração do registro civil é tema do Projeto de Lei 5.002/2013, do deputado Jean Wyllys (PSOL-RJ) e da deputada Erika Kokay (PT-DF), em tramitação no Congresso Nacional e que tem o escopo de tornar legalmente explícito aquilo que a legislação atual já autoriza implicitamente. A proposta visa garantir e desburocratizar o acesso ao direito de ser tratado conforme o gênero em que o(a) indivíduo(a) se reconhece e performa socialmente.

Logo, como a questão está pautada na agenda, o pronunciamento desta Honorable Corte acerca da necessidade de rigorosa observância dos direitos consagrados na Convenção Americana é de primordial valia para conferir diretrizes interpretativas ao Estado Brasileiro, bem como aos demais Estados parte da CADH. Especialmente após o julgamento de casos contenciosos paradigmáticos no âmbito interamericano que passaram a discutir os direitos LGBTI (*Atalla Riffo vs. Chile*, *Duque vs. Colômbia* e *Flor Freire vs. Equador*), é absolutamente pertinente a solicitação de Opinião Consultiva formulada pela República da Costa Rica, que permitirá o esclarecimento, sistematização e incentivo para que os Estados implementem e fomentem o reconhecimento de direitos às pessoas trans.

C- DAS BASES NORMATIVAS PARA O RECONHECIMENTO DAS IDENTIDADES TRANS

³¹ Eis a ementa da decisão do plenário do STF sobre a repercussão geral da questão: “Direito Constitucional e Civil. Registros públicos. Registro civil das pessoas naturais. Alteração do assento de nascimento. Retificação do nome e do gênero sexual. Utilização do termo transexual no registro civil. O conteúdo jurídico do direito à autodeterminação sexual. Discussão acerca dos princípios da personalidade, dignidade da pessoa humana, intimidade, saúde, entre outros, e a sua convivência com princípios da publicidade e da veracidade dos registros públicos. Presença de repercussão geral. (re 670422 rg, relator(a): min. Dias Toffoli, julgado em 11/09/2014, acórdão eletrônico dje-229 divulg 20-11-2014 public 21-11-2014).



Associação Nacional dos
Defensores Públicos Federais

Após a contextualização da situação enfrentada pela população *trans* no Brasil, o presente memorial argumenta que o direito a ter a identidade de gênero reconhecida formalmente pelo Estado, independentemente de intervenções cirúrgicas no corpo, encontra amparo em múltiplas fontes normativas vinculantes aos Estados que integram os sistemas internacionais de proteção, não se restringindo apenas aos artigos 11(2), 18 e 24, em relação com o artigo 1(1) da CADH, tal como consta na Consulta formulada pelo estado da Costa Rica. Especificamente em relação ao sistema interamericano, destacamos que a proteção pode ser localizada em alguns eixos (que interagem entre si), sistematizados da seguinte forma: (1) direito à identidade, à personalidade jurídica, à direito à honra, à vida privada, direito à igualdade e não discriminação; (2) direito à vida, à integridade e à saúde. Nos itens subsequentes, serão expostas as considerações a respeito do sentido e alcance de cada um deles.

C.1 Do direito à identidade, ao nome, à personalidade jurídica e à igualdade

A primeira questão proposta pela Costa Rica indaga se os Estados deveriam reconhecer e facilitar a mudança de nome das pessoas em respeito à identidade de gênero. Em relação a este ponto, não há dúvidas que a conclusão deve ser pela existência de tal obrigação jurídica, fundada em sólida base convencional, que engloba não apenas os artigos 11(2), 18 e 24 da CADH (em relação com o art. 1.1), como também tem respaldo no art. 3º (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica).

De início, é importante destacar que o princípio da dignidade da pessoa Humana constitui o eixo basilar dos tratados de Direitos Humanos, sendo um dos principais alicerces na formação da sociedade. Oportuno lembrar o pensamento de Immanuel Kant que já à sua época descrevia:

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade.
Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela



Associação Nacional dos
Defensores Públicos Federais

qualquer outra como equivalente, mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade. O direito à vida, à honra, à integridade física, à integridade psíquica, à privacidade, dentre outros, são essencialmente tais, pois, sem eles, não se concretiza a dignidade humana. A cada pessoa não é conferido o poder de dispô-los, sob pena de reduzir sua condição humana, todas as demais pessoas devem abster-se de violá-los.³²

Conforme Cançado Trindade, a proteção da dignidade humana evoca uma reação da consciência jurídica universal para a consolidação do DIDH. Neste sentido, destaca que:

La corriente positivista-voluntarista, con su obsesión con la autonomía de la voluntad de los Estados, al buscar cristalizar las normas de ésta emanadas en un determinado momento histórico, llegó al extremo de concebir el derecho (positivo) independientemente del tiempo: **de ahí su manifiesta incapacidad de acompañar los constantes cambios de las estructuras sociales (en los planos tanto interno como internacional), por no haber previsto los nuevos supuestos de hecho, no pudiendo, por lo tanto, dar respuesta a ellos;** de ahí su incapacidad de explicar la formación histórica de las reglas consuetudinarias del derecho internacional¹⁰⁰. Las propias emergencia y consolidación del corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se deben a la reacción de la conciencia jurídica universal ante los recurrentes abusos cometidos contra los seres humanos, frecuentemente convalidados por la ley positiva: con ésto, el Derecho vino al encuentro del ser humano, destinatario último de sus normas de protección. 5. En el marco de este nuevo corpus juris, no podemos estar indiferentes al aporte de otras áreas del conocimiento humano, y tampoco al tiempo existencial; las soluciones jurídicas no pueden dejar de tomar en cuenta el tiempo de los seres humanos.³³

³² KANT, Immanuel. Crítica da razão pura: texto integral. São Paulo: Martin Claret, 2005. p.77.

³³ Corte IDH. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, Voto concurrente do Juiz Cançado Trindade, par. 4-5.



Associação Nacional dos
Defensores Públicos Federais

Nesta trilha, uma leitura humanista do alcance normativo das regras jurídicas não admite interpretações, comportamentos ou atividades que “coisifiquem” a pessoa humana cujos direitos, vida, intimidade, saúde e integridades psicofísicas devem ser respeitadas.³⁴

No mesmo sentido, Choeri³⁵ sustenta que a pessoa humana não é um objeto ideal, quimérico, nem um modelo estático a se refletir sobre as pessoas com o intuito de uniformizá-las e conformá-las. Ao contrário, antes, insere-se em sua experiência histórica como a força imperativa do ser, conclamando a todos a realizarem em si o que verdadeiramente são (ou valem), com autonomia, autenticidade e espontaneidade.

Destarte, os tratados de direitos humanos não estabelecem “modelos-padrão” ou ideais de “pessoa(s)”. Ao revés, impõem o reconhecimento das diversas identidades existenciais, impondo um verdadeiro comando imperativo de reconhecimento dos direitos das existências e identidades, dentre os quais aqueles atribuíveis às pessoas trans.

A identidade é construída ou reconstruída socialmente na relação com o outro, motivo pelo qual se vincula ao respeito e ao direito à diversidade. Alguns países, como Portugal e Alemanha, inclusive já apresentam em seus textos constitucionais referência expressa ao direito à identidade, demonstrando verdadeira preocupação com a imagem social da pessoa.

A identidade permite que o indivíduo se diferencie dos demais. Nesse contexto, a pessoa trans que vive na busca constante da congruência entre sua identidade física e psíquica necessita de reconhecimento e aceitação social para ter efetivada sua inserção na sociedade de forma igualitária, como sujeito de direitos e deveres. Essa é a única forma de garantir sua dignidade humana na plenitude em que é garantida a qualquer cidadão *cis*.

³⁴ GAMA *apud* ROVARIS, Aline. Retificação do Registro Civil do Transexual. 2010. Disponível em: <<http://www.bib.unesc.net/biblioteca/sumario/00004E/00004EEF.pdf>> Acesso em: 15. Jun. 2016.

³⁵ CHOERI, Raul Cleber da Silva. O Direito à Identidade na Perspectiva Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.55.

A CADH traz, em seu texto, inúmeros dispositivos que se relacionam à proteção da identidade. Neste ponto, destaca-se que o art. 3º traduz o direito ao reconhecimento à personalidade jurídica, sendo que o art. 18 consolida o direito ao nome, o art. 11 consagra o direito à honra e à dignidade, sendo que o art. 24 trouxe o direito à igualdade. A respeito:

CADH, artigo 3. Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica	Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.
CADH, artigo 18. Direito ao nome	Toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um destes. A lei deve regular a forma de assegurar a todos esse direito, mediante nomes fictícios, se for necessário.
CADH, artigo 11 – proteção da honra e da dignidade	<ol style="list-style-type: none">1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas
CADH, artigo 24. Igualdade perante a lei	Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei.



Associação Nacional dos Defensores Públicos Federais

Conforme alegado acima, a identidade de gênero integra os direitos da personalidade, cujo fundamento se baseia na combinação do art. 3º (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), art. 18 (direito ao nome), art. 11 (respeito à honra e dignidade) e art. 24 (igualdade perante à lei), em relação com o art. 1(1) da CADH. Além disso, é importante destacar que o direito ao nome é reconhecido pelas legislações internas, sendo expressamente mencionado na maioria dos Códigos Civis adotados na vasta maioria dos Estados latinoamericanos³⁶.

O nome é um elemento institucional. Para além da característica formal, o nome possui excepcional carga social, vez que traz consigo uma imagem construída de vida pregressa, de feitos, excepcionalidades, erros, enfim, uma marca pessoal que determina diversos passos da vida do indivíduo. Traz também, via de regra, uma identidade de gênero definida com base na ideia socialmente aceita da heteronormatividade, do masculino versus feminino. Em uma perspectiva humanista, ganhou ao longo dos anos uma interpretação mais abrangente, que abrange o seu aspecto social e o direito à verdade pessoal.

Pablo Stolze³⁷ acentua que o nome da pessoa natural é o sinal exterior mais visível de sua individualidade, sendo através dele que a identificamos no seu âmbito familiar e no meio social. Acrescenta:

[...] a personalidade jurídica tem por base a personalidade psíquica, somente no sentido de que, sem essa última não se poderia o homem ter elevado até a concepção da primeira. Mas o conceito jurídico e o psicológico não se confundem. Certamente o indivíduo vê na sua personalidade jurídica a projeção de sua personalidade psíquica, ou antes um outro campo em que ela se afirma, dilatando-se ou adquirindo novas qualidades. Todavia, na personalidade jurídica intervém um elemento, a ordem jurídica, do qual ela depende essencialmente, do qual recebe a existência, a forma, a extensão e a força ativa.

³⁶ O art. 16 do Código Civil Brasileiro assim reconhece: “toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome”

³⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. Saraiva: São Paulo, 2002, p. 205..



Associação Nacional dos
Defensores Públicos Federais

Assim, a personalidade jurídica é mais do que um processo superior da atividade psíquica: é uma criação social, exigida pela necessidade de pôr em movimento o aparelho jurídico, e que, portanto é modelada pela ordem jurídica.

O nome é um dos atributos da personalidade, pois faz reconhecer seu portador na esfera íntima e em suas relações sociais. A personalidade é, desta forma, para além de um direito, um valor e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela.³⁸ O nome personifica, individualiza e identifica a pessoa de forma a poder impor-lhe direitos e obrigações. Em consequência disso, é reconhecidamente um direito da personalidade, porquanto é o signo “individualizador” da pessoa natural na sociedade.

Nessa perspectiva é interessante observar que os documentos públicos, cuja apresentação é exigida como condição para o exercício de diversos atos da vida civil (como a compra de uma casa, a negociação de empréstimo no banco, a realização de matrícula em instituições de ensino, o atendimento em hospitais, etc.), acabam influenciando na livre manifestação da própria identidade da pessoa humana.

É certo que a condição de "pessoa trans" não está atrelada diretamente à submissão à cirurgia de transgenitalização, mas pelo simples fato da pessoa se autodeterminar como tal, percebendo a si mesma como pertencente ao gênero oposto ao que social e culturalmente se designa a seu sexo biológico. Conforme as diretrizes interpretativas constantes nos Princípios de Yogyakarta:

“Toda pessoa tem o direito de ser reconhecida, em qualquer lugar, como pessoa perante a lei. As pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas devem gozar de capacidade jurídica em todos os aspectos da vida. A orientação sexual e identidade de gênero autodefinidas por cada pessoa constituem parte essencial de sua personalidade e um dos aspectos mais básicos de sua autodeterminação, dignidade e liberdade. Nenhuma pessoa deverá ser forçada a se submeter a procedimentos médicos, inclusive cirurgia de mudança de sexo,

³⁸ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil. São Paulo : Revista dos Tribunais. 2002. p. 55

CPA



Associação Nacional dos Defensores Públicos Federais

esterilização ou terapia hormonal, como requisito para o reconhecimento legal de sua identidade de gênero.”³⁹

A jurisprudência constante da Corte IDH, tem estabelecido que uma lei interna (como a de Registros Públicos), não deve ser interpretada ou aplicada de forma discriminatória, à luz do art. 24 c/c art. 1 da CADH. Neste sentido, destaca-se trecho do Caso Duque vs. Colômbia⁴⁰, que versava sobre a discriminação sobre acesso a benefício previdenciário aos casais de orientação homoafetiva:

(...) el artículo 24 protege el derecho a “igual protección de la ley”. Es decir, el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho, no sólo en cuanto a los derechos contenidos en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana en relación con las categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención⁴¹.

O direito à igualdade perante a lei, *per se*, deveria bastar para a alteração do registro civil em relação ao nome e também em relação ao próprio gênero. O registro público da pessoa natural não pode ser encarado como um fim em si mesmo, mas apenas como uma forma de proteger o direito à identificação da pessoa. Nesse sentido, o princípio da verdade real, que norteia a prática cartorial deve ser aplicado ao caso para possibilitar a retificação do registro, uma vez que tem por finalidade justamente a segurança jurídica, razão pela qual deve espelhar a realidade presente, considerando as alterações relevantes ocorridas desde a sua lavratura, além da forma como a pessoa se autorreconhece e performa socialmente.⁴²

³⁹ http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf

⁴⁰ Corte IDH. Caso Duque Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310, par. 94.

⁴¹Id., par. 94.

⁴² Neste sentido, (STJ, RESP 1.072.402-MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJO 4/12/2012).

uf-



Associação Nacional dos Defensores Públicos Federais

Desta forma, para garantir e implementar os direitos constantes no art. 3, 11, 18 e 24 da CADH, em relação com o art. 1(1), os estados devem adotar medidas para viabilizar que as pessoas trans possam promover a retificação do registro civil em relação ao nome e gênero, independentemente da submissão à procedimentos cirúrgicos ou tratamentos hormonais, de forma a garantir o direito à identidade pessoal, ao nome e à igualdade perante a lei, promovendo-se a sua respectiva inclusão e integração social.

C.2 - Direito à vida, à integridade e à saúde

Outro eixo de análise, intimamente ligado às considerações anteriores, visa fundamentar o direito à retificação do registro civil **independentemente de cirurgia ou tratamento hormonal**, à luz do direito à vida, à integridade pessoal e à saúde. Os dois primeiros assim estão reconhecidos na CADH:

Artigo 4. Direito à vida	1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente. (...)
Artigo 5. Direito à integridade pessoal	1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

O sentido e alcance dos dispositivos acima elencados deve ser compreendido à luz do direito à saúde, consagrado tanto no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, como também no Protocolo Adicional à



Associação Nacional dos Defensores Públicos Federais

Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador):

Protocolo de San Salvador Artigo 10 - Direito à saúde	1. Toda pessoa tem direito à saúde, entendida como o gozo do mais alto nível de bem estar físico, mental e social.
--	--

Conforme nos ensina Szaniawski⁴³, "o direito à vida, o direito à integridade psicofísica e o direito à saúde constituem o trinômio que informa o livre desenvolvimento da personalidade e a salvaguarda da dignidade do ser humano, traduzindo-se no exercício da cidadania". Nesta mesma linha, a Corte Interamericana tem enfatizado, em sua jurisprudência constante, que os direitos civis e políticos (como vida e integridade pessoal) são indivisíveis, interdependentes e interrelacionados com os direitos econômicos, sociais e culturais.⁴⁴ Em Suarez Peralta vs. Equador, inclusive, a Corte IDH destacou que "o direito à integridade pessoal se encontra direta e imediatamente vinculado com a atenção à saúde humana"⁴⁵.

Em 2000, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (doravante CDESC), com atribuição para supervisão do PIDESC, editou a Observação Geral n. 14, sobre o "Direito ao Disfrute do mais alto nível possível de saúde"⁴⁶. Nesse sentido, o Comitê define que:

"La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de

⁴³ SZANIAWSKI, Elimar. *Limites e Possibilidades do Direito de Redesignação do Estado Sexual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 176.

⁴⁴ Corte IDH. Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261, par. 131.

⁴⁵ Corte IDH. Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261, par. 130.

⁴⁶ ONU. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Comentário Geral n. 14 (2000) sobre o direito à saúde sexual e reprodutiva (artigo 12 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais). E/C.12/2000/4. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf?view>. Acesso em: 11 fev 2017.

salud que le permita vivir dignamente. La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos. Además, el derecho a la salud abarca determinados componentes aplicables en virtud de la ley (...) El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. **Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica,** y el derecho a no padecer injerencias, como **el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales.** En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud.”⁴⁷

Posteriormente, o CDESC editou o Comentário Geral n. 22⁴⁸, sobre saúde sexual e reprodutiva, de forma a dar maior visibilidade para a análise do direito a partir de uma perspectiva de gênero. Neste sentido, partiu-se do paradigma do “foco no sujeito” ao invés do “foco na enfermidade” (“*person-centred*” e não “*diseased-centred*”) para a densificação do conteúdo normativo do direito à saúde; bem como no reconhecimento expresso das demandas específicas das minorias LGBTI para a obtenção do mais alto nível de saúde possível⁴⁹. O instrumento jurídico enfatiza

⁴⁷ Id; Par. 1 e 8°.

⁴⁸ ONU. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Comentário Geral n. 22 (2016) sobre o direito à saúde sexual e reprodutiva (artigo 12 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais). E/C.12/GC/22. Disponível em: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f22&Lang=en. Acesso em 12 dez 2016.

⁴⁹ Apesar desta abordagem ser implícita ao Comentário Geral n. 22, esses paradigmas são explicados de forma minuciosa em interessante texto veiculado no Boletim da Organização Mundial da Saúde. C.f. THOMAS, Rebekah; PEGA, Frank; KHOSLA, Rajat; VERSTER, Annette; HANA, Tommy; SAY, Lale. Ensuring an inclusive global health agenda for transgender people. Bulletin of the World Health Organization 2017;95:154-156. Disponível em: <http://www.who.int/bulletin/volumes/95/2/16-183913.pdf>. Acesso em 11 fev 2017.



Associação Nacional dos Defensores Públicos Federais

expressamente a necessidade de combate à transfobia e à patologização da identidade de gênero, *ex vi*:

“Determinadas personas y grupos de población que sufren formas múltiples y concomitantes de discriminación que exacerbaban la exclusión en la legislación y en la práctica, como las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales⁵⁰ y las personas con discapacidad, tienen aún más restringido el pleno ejercicio del derecho a la salud sexual y reproductiva. (...)La no discriminación, en el contexto del derecho a la salud sexual y reproductiva, abarca también el derecho de todas las personas, incluidas las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales, a ser plenamente respetadas por su orientación sexual, identidad de género o condición de intersexualidad. La penalización de las relaciones sexuales consentidas entre adultos del mismo género o la expresión de la identidad de género es una clara violación de los derechos humanos. **Del mismo modo, las normas que disponen que las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales sean tratadas como enfermos mentales o psiquiátricos, o sean “curadas” mediante un “tratamiento”, constituyen una clara violación de su derecho a la salud sexual y reproductiva.** Los Estados partes también tienen la obligación de combatir la homofobia y la transfobia, que conducen a la discriminación, incluida la violación del derecho a la salud sexual y reproductiva.”⁵⁰

Em 2015, diversos órgãos da ONU se reuniram conjuntamente para proferir uma declaração conjunta pelo fim da violência e discriminação contra as pessoas LGBTI. Dentre as medidas recomendadas, os órgãos (OMS, OIT, ACNUDH, UNDP, UNESCO, UNFPA, ACNUR, UNICEF, UNODC, UM Women, WFP, UNAIDS) mencionam que os Estados devem garantir o reconhecimento legal da identidade de gênero às pessoas trans sem a imposição de “condições abusivas”⁵¹.

⁵⁰ Id., par 2 e 23.

⁵¹ OMS, OIT, ACNUDH, UNDP, UNESCO, UNFPA, ACNUR, UNICEF, UNODC, UM Women, WFP, UNAIDS. Declaração Conjunta dos Órgãos das Nações Unidas: pelo fim da violência e discriminação contra as pessoas lésbicas, gays, bissexuais, trans e intersex. Genebra: Set 2015. Disponível em:



Associação Nacional dos Defensores Públicos Federais

“A las personas trans se les suele negar el reconocimiento legal del género en el que se identifican y enfrentan condiciones abusivas, como esterilizaciones, tratamientos o el divorcio con carácter forzoso para obtenerlo, por lo cual sufren situaciones de exclusión y marginalización. La exclusión de personas LGBTI de la elaboración, aplicación y seguimiento de las leyes y políticas que les afectan perpetúa su marginalización social y económica.”⁵²

Com base em todas as contribuições acima elencadas, resta claro que o direito à saúde engloba o direito individual de controle e decisão sobre as questões que afetam o próprio corpo, relacionado com a saúde sexual, reprodutiva e da própria identidade de gênero. Da leitura conjunta do art. 3 e 4º da CADH, combinados com o art. 10 do Protocolo de São Salvador, depreende-se que o Estado não pode impor cirurgias ou tratamentos, como condições para o reconhecimento do direito à identidade de gênero.

Como mencionado, pessoas trans rompem com a identificação tradicional entre o que seria o sexo biológico, atribuído no nascimento e o gênero expressado socialmente. Essa identificação subjetiva quanto ao gênero diversa daquela esperada socialmente a partir da atribuição de sexo (realizada quando do nascimento) é justamente o elemento que, numa sociedade excludente como a nossa, determina o tratamento periférico e discriminatório que sofrem.

O direito à saúde, nesse contexto, se traduz na busca do equilíbrio corpóreo, estando ancorado, portanto, no direito ao próprio corpo e no direito à identidade sexual. Dessa forma, o referido direito está intimamente relacionado ao próprio reconhecimento do direito à retificação de registro civil, uma vez que elemento imprescindível à plenitude da vivência pública daquela pessoa.

http://www.who.int/hiv/pub/msm/Joint_LGBTI_Statement_ES.pdf?ua=1. Acesso em 12 dez 2016.

⁵² Id., pag. 2.



Associação Nacional dos
Defensores Públicos Federais

Como visto acima, a retificação do registro civil das pessoas trans é medida não apenas compatível, como também obrigatória, diante da CADH, razão pela qual deve ser efetivada independente de restrições arbitrárias ou desarrazoadas.

A lei não prevê nenhuma condicionante para o exercício do direito à identidade pessoal e à inclusão social, portanto, não devem os cartórios extrajudiciais criar óbices para a retificação dos registros públicos.

Pelo exposto, é importante enfatizar que o estado é proibido de condicionar a realização de cirurgia e/ou tratamento médico para o reconhecimento do direito à retificação do registro.

C.3 SOBRE O DEVER DE GARANTIR O ACESSO E À DISPONIBILIDADE DA CIRURGIA, QUANDO ESTA FOR A VONTADE MANIFESTA DO SUJEITO DE DIREITOS

Por outro lado, é importante enfatizar que o Estado deve garantir o acesso ao tratamento e à cirurgia, caso seja essa a vontade manifestada pela pessoa. Neste sentido, o CDESC tem destacado que o direito à saúde se volta ao dever de garantir condições para que a pessoa desfrute o mais alto nível possível de saúde de acordo com a sua condição particular (paradigma *person-centred*), de acordo com as suas próprias escolhas sobre como dispor do próprio corpo e o bem-estar pessoal. Para tanto, o Comitê elenca quatro fatores essenciais para mensuração do mais alto nível de saúde disponíveis: disponibilidade (de programas e políticas públicas de saúde, além de estabelecimentos suficientes), acessibilidade (física, econômica, acesso à informação e vedação à discriminação de pessoas), aceitabilidade (cumprimento dos padrões de ética médica) e qualidade (equipe de atendimento capacitado, acesso a medicamentos e equipamentos hospitalares cientificamente aprovados). Destarte, os elementos acima elencados devem ser observados para a fruição do direito à saúde da população trans.

D) DO DIREITO À RETIFICAÇÃO ADMINISTRATIVA



Associação Nacional dos
Defensores Públicos Federais

Além das considerações acima abordadas, uma das questões relacionadas à solicitação de Opinião Consultiva pela Costa Rica foi a indagação sobre a viabilidade de retificação administrativa do gênero e nome nos assentos de registro civil, sem a necessidade de recurso (ainda que de jurisdição voluntária) ao judiciário.

Alguns Estados-membros da OEA adotam procedimentos de jurisdição voluntária obrigatória (ou, em alguns casos, de jurisdição contenciosa, quando o pedido é arbitrariamente negado administrativamente) como forma de garantir a implementação do direito consagrado. Ainda que seja obrigatória a possibilidade de acesso à justiça e recurso judicial por força dos arts. 8 e 25 da CADH, é importante lembrar que esta garantia se volta à disponibilidade de remédios efetivos quando um direito é violado. De forma primária, o Estado deve adotar medidas (inclusive entre seus entes federados) para que as obrigações convencionais sejam cumpridas **ordinariamente** pelos órgãos, serviços públicos delegados e agentes privados. Tal possibilidade decorre do dever de adotar medidas administrativas para conformação do Ordenamento interno às obrigações internacionais (art. 2(1) c/c arts. 3,4,5, 11(2), 18, 24 da CADH e art. 6 do Protocolo de San Salvador). Assim, o processo judicial não deve ser um caminho obrigatório para o reconhecimento, mas um direito subjetivo que pode ser exercido, caso a obrigação primária estatal seja descumprida. Deve-se reservar o Poder Judiciário apenas para os casos em que, apesar da existência de mecanismos internos para efetivação, esses não vierem a ser cumpridos adequadamente. Por isso, os Estados devem se organizar para remediar violações e discriminações estruturais observadas em seu território.

Não há dúvidas que a exigência de prévia submissão ao Judiciário (ainda que em caráter de jurisdição voluntária) para a efetivação do direito tornaria moroso o acesso e a fruição da identidade de gênero. O perigo nesta demora encontra-se evidenciado no risco de morte diário enfrentado pelas pessoas trans, que é agravado pela resistência notarial na retificação do registro. Quanto mais tempo os cartórios extrajudiciais recusarem a retificação, maior é o risco e sofrimento imposto às pessoas



Associação Nacional dos
Defensores Públicos Federais

trans, a cada apresentação diária de documento civil às repartições públicas e instituições privadas.

Ademais, a exigência de judicialização constituiria um tratamento discriminatório às pessoas trans, em relação às pessoas *cis*, posto que estas não necessitariam recorrer ordinariamente ao judiciário para o livre exercício de seu direito ao nome e à identidade de gênero. Tal situação constitui franca violação ao direito de igualdade perante a lei (CADH, art. 24). Vale lembrar que tal direito convencional deve a ser imediatamente cumprido pelos Estados, conforme destacado em *Flor Freire vs. Equador*⁵³ (caso LGBTI que versava sobre a discriminação por orientação sexual a partir da criminalização da conduta homossexual no âmbito das Forças Armadas). A propósito, a Corte enfatizou, naquela ocasião que: “(...) as obrigações de direitos humanos derivadas da proibição de discriminação e do princípio da igualdade perante a lei são de cumprimento imediato”⁵⁴.

Finalmente, vale destacar que, diante da ausência de regras claras, a discricionariedade ampla conferida aos cartórios enseja discriminações e dificuldade na fruição dos direitos. Conforme mencionado no *Caso das Niñas Jean y Bosico vs. República Dominicana*, a Corte Interamericana destacou que “a lei não deve outorgar uma discricionariedade ampla ao funcionário do Estado que a aplica, sob pena de se criar um espaço para aparição de atos discriminatórios”⁵⁵.

Tendo em vista que no Brasil, o dever de garantir a viabilização da alteração do registro pela via administrativa deve ser cumprido. Apesar de as regras

⁵³ Corte IDH. Caso Flor Freire Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315, par. 124.

⁵⁴ Id., 124.

⁵⁵ Corte IDH. Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.Par. 191.



Associação Nacional dos
Defensores Públicos Federais

existentes, *per se*, já viabilizarem o reconhecimento do direito, é recomendável a regulamentação da questão, de forma a permitir a realização do procedimento para todos (art. 24 da CADH), com regras claras e uniformes, de forma célere e sem imposição de condições abusivas, como a exigência de prévia realização de cirurgia ou tratamento hormonal (muitas vezes não disponibilizados ou inacessíveis a partir do sistema público de saúde) ou de obrigatoriedade de autorização judicial.

VI – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face de tudo o que acima se expôs, **requer premilinarmente** a admissão das entidades acima descritas na condição de *amicus curiae*, com a juntada da presente manifestação aos autos.

Quanto ao mérito, opina-se que:

- 1) Pela conjugação dos artigos 3, 4, 5, 11(2), 18 e 24 c/c art. 1(1) e 2 da CADH, conclui-se que os Estados devem garantir, sem qualquer discriminação baseada em identidade de gênero ou orientação sexual, os direitos consagrados, o que inclui o direito à retificação do nome e do gênero no registro civil e nos documentos pessoais das pessoas *trans*.
- 2) A retificação do nome deve ser efetuada independentemente da prévia submissão à cirurgia ou a tratamento hormonal;
- 3) A retificação do nome não deve ser condicionada a procedimentos de jurisdição voluntária, reservando-se ao Judiciário a análise das



Associação Nacional dos
Defensores Públicos Federais

situações contenciosas que constituam violação aos direitos titularizados, com base nos arts. 8 e 25 da CADH. Em decorrência disso, o Estado deve garantir a retificação do nome pela via administrativa, com fulcro nos artigos 3, 4, 5, 11(2), 18 e 24 c/c art. 1(1) e 2 da CADH.

- 4) Apesar de não ser condição para o pleno exercício da identidade de gênero, as pessoas *trans* devem ter acesso aos mais elevados níveis de tratamento de saúde e acesso aos procedimentos cirúrgicos existentes, sendo-lhes facultada a livre escolha sobre eventuais intervenções médicas no próprio corpo.

Salvo melhor juízo, eis a contribuição coletiva a esta Honorável Corte.

Brasília, 14 de fevereiro de 2017.

Carlos Eduardo Barbosa Paz
DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

Edson Rodrigues Marques
SUBDEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

Francisco de Assis Nascimento Nóbrega
SECRETÁRIO GERAL DE ARTICULAÇÃO INSTITUCIONAL - DPU
Defensor Público Federal



Associação Nacional dos
Defensores Públicos Federais

Coletivo de Defensores(as) Públicos(as) Federais:

Eduardo Queiroz de Paula
Defensor Regional De Direitos Humanos Em Brasília/DF

Gustavo Zortéa
Defensor Público Federal
- atuação perante o Supremo Tribunal Federal

Pedro De Paula Lopes Almeida
Defensor Público Federal Em Recife/PE

Membros do Grupo de Trabalho Identidade de Gênero e Cidadania LGBTI da
DPU

Emanuel Adilson Gomes Marques
Defensor Público Federal em São Paulo/SP

Erik Palácio Boson
Defensor Público Federal em Feira de Santana/BA

Fabiana Galera Severo
Defensora Regional de Direitos Humanos na DPU/SP

Marcos Wagner Alves Teixeira
Defensor Público Federal em Belém/PA

Pedro Rennó Marinho
Defensora Regional de Direitos Humanos em Manaus/AM



Associação Nacional dos
Defensores Públicos Federais

ASSOCIAÇÕES SIGNATÁRIAS

(assinatura no documento em anexo)

Carlos Magno Silva Fonseca
PRESIDENTE DA ABGLT

(assinatura no documento em anexo)

Rogério Koscheck da Silva
PRESIDENTE DA ABRAFH

(assinatura no documento em anexo)

Keila Simpson Sousa
PRESIDENTA DA ANTRA

(assinatura no documento em anexo)

Michelle Leite de Souza Santos
PRESIDENTA DA ANADEP

(assinatura no documento em anexo)

Joaquim Gonzaga de Araújo Neto
PRESIDENTE DA ANADEP



Associação Nacional dos
Defensores Públicos Federais

DEPUTADOS(AS) FEDERAIS

(assinatura no documento em anexo)

Erika Jucá Kokay
DEPUTADA FEDERAL

(assinatura no documento em anexo)

Jean Wyllys de Matos Santos
DEPUTADO FEDERAL