



A Constituição de 1988 e a evolução dos direitos da população LGBTI+

The Constitution of 1988 and the evolution of LGBTI+ population rights

Paulo Roberto Iotti Vecchiatti¹

Universidade Santa Cecília (UNISANTA) - Santos/SP

paulo.riv71@gmail.com

RESUMO: O presente artigo pretende discutir a evolução jurisprudencial no Brasil concernente aos direitos da população LGBTI+: Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexuais. Em suma, sobre os direitos das minorias sexuais e de gênero, a saber, pessoas discriminadas por sua orientação sexual ou práticas sexuais consensuais, que não oprimam a sexualidade alheia (minorias sexuais) e pessoas discriminadas por sua identidade de gênero (transgêneros) ou pelo social (mulheres cisgênero).

Palavras-Chave: Direitos Fundamentais. Evolução Jurisprudencial. População LGBTI+.

Abstract: This article intends to discuss the jurisprudential evolution in Brazil concerning the rights of the LGBTI + population: Lesbian, Gay, Bisexual, Transvestite, Transsexual and Intersex. In summary, on the rights of sexual and gender minorities, namely persons discriminated against on the basis of their sexual orientation or consensual sexual practices, who do not oppress the sexuality of others (sexual minorities) and persons discriminated against because of their gender identity (transgender) or social (women's gender).

Keywords: Fundamental Rights. Jurisprudential evolution. LGBTI+ Population.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1 UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDA. UNIÃO ESTÁVEL E CASAMENTO CIVIL ENTRE CASAIS HOMOAFETIVOS. STF, ADPF 132/ADI 4277. STJ, RESP 1.183.378/RS. CNJ, RES. 175/2013. CORTE IDH, OC 24/17; 2 ADOÇÃO CONJUNTA POR CASAIS HOMOAFETIVOS; 3 A LUTA PELO DIREITO NÃO SER DISCRIMINADO NAS FORÇAS ARMADAS. STF, ADPF 291; 4 DIREITOS DE PESSOAS TRANSGÊNERO AO RESPEITO À SUA IDENTIDADE DE GÊNERO. CORTE IDH, OC 24/17. STF, ADI 4275 (E RE 670.422/RS). TSE, CONSULTA 0604054-58.2017.6.00.0000; 5 DISCRIMINAÇÃO NA DOAÇÃO DE SANGUE A HOMENS QUE FAZEM SEXO COM OUTROS HOMENS. STF, ADI 5543; 6 LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO.

* **Editor responsável:** Flávio Quinaud Pedron. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4259444603254002>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4804-2886>.

¹ Doutor em Direito pela Instituição Toledo de Ensino. Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino. Pós-graduado *lato sensu* em Direito Constitucional pela PUC/SP. Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Membro do GADvs - Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual e de Gênero. Advogado e Professor universitário. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1407051640478106>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1982-868X>.

DISCURSOS DE ÓDIO E A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA. STF, MI 4733 E ADO 26; 7 A LUTA POR UMA EDUCAÇÃO INCLUSIVA (NÃO-DISCRIMINATÓRIA) NAS ESCOLAS. STF, ADI 5668; 8 DIREITOS DAS PESSOAS INTERSEXUAIS; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

SUMMARY: INTRODUCTION; 1 HOMOAFETIVE UNION AS A CONSTITUTIONALLY PROTECTED FAMILY ENTITY. STABLE MARRIAGE AND CIVIL MARRIAGE BETWEEN HOMOAFETIVE COURSES. STF, ADPF 132/ADI 4277. STJ, RESP 1,183,378/RS. CNJ, RES. 175/2013. IDH COURT, OC 24/17; 2 JOINT ADOPTION BY HOMOAFETIVE COURSES; 3 FIGHTING FOR THE RIGHT NOT TO BE DISCRIMINATED IN THE ARMED FORCES. STF, ADPF 291; 4 RIGHTS OF TRANSGENDING PERSONS WITH RESPECT TO THEIR GENDER IDENTITY. IDH COURT, OC 24/17. STF, ADI 4275 (E RE 670,422/RS). TSE, CONSULTA 0604054-58.2017.6.00.0000; 5 DISCRIMINATION IN THE DONATION OF BLOOD TO MEN WHO GET SEX WITH OTHER MEN. STF, ADI 5543; 6 LIMITS TO FREEDOM OF EXPRESSION. ADDRESSES OF HATE AND THE CRIMINALIZATION OF HOMOTRANSFOBIA. STF, MI 4733 E ADO 26; 7 THE FIGHT FOR INCLUSIVE EDUCATION (NON-DISCRIMINATORY) IN SCHOOLS. STF, ADI 5668; 8 RIGHTS OF INTERSEXUAL PEOPLE; FINAL CONSIDERATIONS; REFERENCES.

▪ INTRODUÇÃO

Com o presente artigo, pretende-se discorrer brevemente sobre a evolução jurisprudencial brasileira relativamente aos direitos da população LGBTI+: Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexuais². Em suma, sobre os direitos das *minorias sexuais e de gênero*, a saber, pessoas discriminadas por sua orientação sexual ou práticas sexuais consensuais, que não oprimam a sexualidade alheia (minorias sexuais) e pessoas discriminadas por sua identidade de gênero (transgêneros) ou pelo social (mulheres cisgênero).

Cabe conceituar orientação sexual e identidade de gênero. Consoante os *Princípios de Yogyakarta, orientação sexual é a*

capacidade de cada pessoa de ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas (CENTRO LATINO-AMERICANO EM SEXUALIDADE E DIREITOS HUMANOS, 2008, p. 5),

Ao passo que *identidade de gênero é,*

a profundamente sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por

² Tem sido utilizado o símbolo “+” ao final da sigla para abarcar outras identidades não incluídas na sigla. Por isso tenho preferido usar “minorias sexuais e de gênero” para abarcar a diversidade sexual e de gênero em sentido amplo, mencionando as identidades específicas quando necessário.

meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos (CENTRO LATINO-AMERICANO EM SEXUALIDADE E DIREITOS HUMANOS, 2008, p. 5).

De forma mais objetiva, pode-se dizer que a orientação sexual refere-se à homossexualidade, heterossexualidade, à bissexualidade, à pansexualidade³ e à assexualidade⁴, por se referir ao gênero (“sexo” apenas no sentido de “corpo sexuado”) que atrai a pessoa de forma erótico-afetiva, ao passo que a identidade de gênero refere-se à cisgeneridade e à transgeneridade, ou seja, à travestilidade e à transexualidade, por se referir ao gênero com o qual a pessoa se identifica⁵.

Fala-se em orientação sexual ou identidade de gênero *real ou atribuída* no sentido de se caracterizar a homofobia/transfobia tanto quando as vítimas sejam agredidas, discriminadas, ofendidas e/ou ameaçadas por sua real orientação sexual ou identidade de gênero não-heterossexual cisgênera e também quando as vítimas são heterossexuais, mas são confundidas com LGBTI+, ou seja, são agredidas por terem a si *atribuída* uma orientação sexual ou identidade de gênero distinta da sua (adiante se trazem exemplos disso). Por sua vez, a *homofobia* se refere ao preconceito e/ou a discriminação por orientação sexual (logo, contra homossexuais e bissexuais), ao passo que *transfobia* é o preconceito e/ou a discriminação por

³ Recentemente, pessoas que se autodeclaram pansexuais têm defendido que a *bissexualidade* estaria limitada ao *binarismo de gêneros* (homens e mulheres), enquanto a *pansexualidade* se referiria à atração erótico-afetiva *independente de gêneros* (logo, por exemplo, também a travestis e pessoas transgênero em geral). Há bissexuais que contestam, afirmando que o prefixo “bi” se refere a “mais de um”, não necessariamente a “dois”. De qualquer forma, respeita-se aqui a autoidentificação das pessoas que preferem ser identificadas como *pansexuais*, sem discutir se isso é ou não uma injustiça conceitual com a *bissexualidade*.

⁴ Importante consignar que a pessoa *assexual* não o é, necessariamente, por conta de algum trauma psicológico. Há pessoas que, simplesmente, não sentem atração sexual por outras, embora possam manter relações afetivo-conjugais (não-sexuais) com outras.

⁵ *Transexual* é a pessoa que se identifica com o gênero oposto àquele socialmente atribuído a pessoas de seu “sexo biológico” (e, de forma específica, àquele que lhe foi atribuído, ao nascer, em razão do seu genital), possui uma dissociação entre seu *sexo físico* e seu *sexo psíquico*, que geralmente não sente prazer na utilização de seu órgão sexual e que não deseja que as pessoas em geral saibam de sua transexualidade após a adequação de sua aparência a seu *sexo psíquico*. Trata-se, assim, de uma questão identitária. *Travesto* é a pessoa que, também se identificando com o gênero que lhe foi atribuído ao nascer, em razão de seu genital, não se identifica nem com a masculinidade nem com a feminilidade, não obstante trate-se de uma *expressão de gênero* eminentemente feminina (não existe “o” travesti, mas apenas “a” travesti). Bem como a pessoa que, usualmente, sente prazer na utilização de seu órgão sexual e não se importa que as pessoas em geral saibam de sua travestilidade, embora socialmente também prefira ser tratada como pessoa relativa à aparência que efetivamente ostenta (expressão de gênero feminina). Trata-se, também aqui, de uma questão puramente identitária. *Cisgêneros* são aqueles que se identificam com o gênero que lhes foi atribuído, ao nascer, em razão de seu genital.

identidade de gênero (logo, contra travestis e transexuais)⁶.

1 UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDA. UNIÃO ESTÁVEL E CASAMENTO CIVIL ENTRE CASAIS HOMOAFETIVOS. STF, ADPF 132/ADI 4277. STJ, RESP 1.183.378/RS. CNJ, RES. 175/2013. CORTE IDH, OC 24/17

É ponto comum afirmar-se que a Constituição Federal de 1988 gerou uma verdadeira revolução no Direito das Famílias de nosso país. Trata-se de afirmação absolutamente verdadeira, pois foi somente com ela que se deixou de proteger apenas uma espécie de família, a saber, aquela formalizada pelo casamento civil, para se protegerem outras entidades familiares, acabando-se assim com histórica discriminação jurídica contra as famílias não-matrimonializadas.

Não por outro motivo, fala-se hoje em Direito *das Famílias*, no plural, e não mais em Direito *de Família*, no singular. Aprofundando o que se expôs acima, no Código Civil de 1916 só se reconhecia como “família legítima” aquela formalizada pelo casamento civil, entendendo-se por “legítima” aquela protegida pelo Direito; qualquer outra união de pessoas, mesmo não impedidas de se casar (mesmo entre pessoas de sexos opostos), era considerada como uma “família ilegítima”, logo, não protegida pelo Direito. Ou seja, protegia-se apenas um único modelo de família, deixando-se os demais desprotegidos, por isso que faz muito mais sentido falar-se hoje em Direito *de Família*, no plural, para se destacar que não é (mais) apenas um único modelo de família que é protegido pelo Estado.

Curioso notar que sempre se falava em “Direito de Família e *das Sucessões*”, o que certamente era uma forma semântica de se mostrar que o Estado protegia apenas uma forma de família e tratava de diversas espécies de sucessões hereditárias. Enfim, continuemos.

A família consagrada pelo Código Civil de 1916 é definida como “família hierárquico-patriarcal”, pela qual o homem (*pater*) era colocado em posição hierarquicamente superior à da mulher, já que o homem era o chefe da sociedade conjugal heteroafetiva segundo expressa disposição legal (art. 233 do CC/16), ao passo que a mulher se tornava “relativamente incapaz” com o casamento (art. 6º,

⁶ Para maiores desenvolvimentos sobre o conceito de homofobia (e, por identidade de razões, de transfobia) vide BORRILLO (2000); PRADO (2011, p. 51-71); e RIOS (2006, p. 111-139).

II, do CC/16), ou seja, a mulher “virava adolescente”, já que ficava em situação equiparável à deste por não poder assinar contrato nenhum sem a co-assinatura do marido, para ficar nesse exemplo. Tal situação só deixou de ocorrer com o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/62), que deixou expresso que a mulher era colaboradora do marido na sociedade conjugal e acabou com essa absurda diminuição da capacidade civil dela no casamento.

Embora, sociologicamente, tenhamos passado pela assim chamada “família fusional”, que se forma e se mantém unida apenas enquanto houver afeto (romântico) na relação, o divórcio era proibido pelo Código Civil de 1916, razão pela qual muitas famílias fusionais formadas por pessoas anteriormente casadas não eram protegidas pelo Direito, já que a separação judicial (na época identificada pelo termo “desquite”) encerrava apenas a “sociedade conjugal”, findando os deveres do casamento, mas não o “vínculo matrimonial”, o que mantinha as pessoas casadas.

Ainda no mundo dos fatos, na década de 1980 constata-se a existência da “família pós-moderna”, valorizando-se menos as relações por si mesmas e mais as gratificações pessoais que elas concedem a seus integrantes (F. Singly)⁷. Logo, consagrou-se a noção de *família eudemonista*, ou seja, a que se forma e se mantém unida apenas enquanto isso trouxer felicidade e realização individual a cada um dos seus integrantes.

O texto constitucional de 1988 possibilitou a proteção das diversas entidades familiares. Como anota Paulo Lôbo (2008, p. 57-58), ao deixar de mencionar que a proteção estatal se dava à família “constituída pelo casamento”, como fazia o artigo 175 da Constituição de 1967-69, para falar que a “família” (qualquer família) merece “especial proteção do Estado” (artigo 226 da Constituição de 1988), a *cláusula de exclusão desapareceu*, passando a serem protegidos todos os vínculos familiares, identificando-se a família pela união de pessoas pautada pela afetividade, durabilidade, continuidade e publicidade da relação, ao que Rodrigo da Cunha Pereira acrescenta a estrutura psíquica familiar (Lacan), no sentido de as pessoas se entenderem como integrantes de uma família. Por isso, afirmo que a família se forma pelo *amor familiar*, o amor que vise a uma comunhão plena de vida e interesses, de forma pública, contínua e duradoura

⁷ Aqui, sobre os modelos institucional, fusional e pós-moderno de família, parafraseamos a lição de RIOS (2001, p. 102-106), que explicita as lições de V. Poncar e P. Rofani e F. Singly acerca do tema.

(VECCHIATTI, 2013, p. 169-184).

Relativamente à família conjugal homoafetiva, a polêmica jurídica se instaurou em razão de o artigo 226, §3º, da Constituição Federal afirmar que “*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*”, o que faz muitos verem uma “proibição implícita” a ela por força da expressão “entre o homem e a mulher” dele constante.

Contudo, como destaquei em sustentação oral perante o Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277, no qual o STF reconheceu a união homoafetiva como família conjugal que se enquadra no conceito constitucional de união estável da mesma forma que a união heteroafetiva, dizer que é reconhecida a união estável “entre o homem e a mulher” é diferente de dizer que ela é reconhecida “apenas entre o homem e a mulher”, donde como o “apenas” não está escrito, não há “limites semânticos no texto” que impeçam a inclusão da união homoafetiva no conceito constitucional de união estável - e, por identidade de razões, no conceito legal de casamento civil⁸.

É lição tradicional na doutrina a de que, no Direito Privado, aquilo que não está (expressamente) proibido tem-se por permitido, daí decorrendo célebre lição de hermenêutica jurídica segundo a qual restrições de direitos devem ser expressas na legislação para que se as tenha como existentes; o juiz pode reconhecer direitos não expressamente citados na lei, mas não pode restringir mais do que a lei restringe (daí outra máxima do Direito: aonde a lei não discriminou, não cabe ao intérprete discriminar), pois restrições de direitos devem ser decorrentes da expressa autorização do povo exteriorizada em textos normativos aprovados pelo Parlamento ou, pelo menos, de ordem constitucional de legislar autorizativas, a nosso ver, do Tribunal Constitucional elaborar a normatização não criada pelo legislador se este persistir em sua omissão inconstitucional⁹.

Tanto é verdade que restrições de direitos devem ser expressas que o

⁸ Vide VECCHIATTI (2013, p. 169-184), capítulo 5, item 2.4.1, no qual discorre sobre “O amor familiar como elemento formador da família contemporânea. STF, ADPF 132 e ADI 4277.

⁹ Não é possível desenvolver aqui o tema pelos limites físicos deste artigo, mas vale dizer que o próprio conceito ontológico de omissão inconstitucional supõe a supressão de tal inconstitucionalidade, o que só é possível mediante a criação da normatização constitucionalmente imposta pelo Tribunal Constitucional caso o Parlamento se recuse a fazê-lo.

Superior Tribunal de Justiça admitiu a discussão sobre o casamento civil homoafetivo com base na violação ao artigo 1.521 do Código Civil, que trata dos impedimentos matrimoniais (situações nas quais o casamento é proibido), sob o fundamento de não ser proibido o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo no Brasil, em julgamento que reconheceu esse direito no Brasil (Recurso Especial nº 1.183.378/RS), do qual também tive o privilégio de participar também por sustentação oral em favor do casal recorrente.

Seguindo o mesmo percurso da luta das *mulheres não-casadas* para reconhecimento de suas uniões conjugais não-matrimonializadas com seus companheiros, lésbicas, gays e bissexuais passaram a ir à Justiça para lutar pelo reconhecimento de seus *direitos conjugais* após a morte do(a) companheiro(a) homoafetivo(a) ou sua separação¹⁰.

A princípio, as uniões entre pessoas do mesmo gênero (homoafetivas) foram classificadas como *sociedades de fato*, em uma (desrespeitosa) analogia com o Direito Empresarial, como se “sociedades empresariais não registradas na Junta Comercial” fossem, pela qual seria devida a divisão do patrimônio obtido pelo *esforço comum*, na lógica da *apuração de haveres* societária. Exemplificativo desse entendimento paliativo, temos o caso de Jorge Guinle, em 1989¹¹, e de decisão do

¹⁰ Que se trata de uma clara continuidade da luta contra a visão *casamentocêntrica* de família, absolutamente equivalente à das mulheres não-casadas, é algo que se pode constatar com muita clareza da obra de MOREIRA (2012). O autor faz verdadeira *arqueologia* da jurisprudência das uniões concubinárias heteroafetivas e, a partir de 1989, das uniões homoafetivas, mostrando que o amadurecimento jurisprudencial se deu de forma absolutamente equivalente.

¹¹ Cf. DIAS, 2009, p. 204: AÇÃO OBJETIVANDO O RECONHECIMENTO DE SOCIEDADE DE FATO E DIVISÃO DOS BENS EM PARTES. Comprovada a conjugação de esforços para a formação do patrimônio que se quer partilhar, reconhece-se a existência de uma sociedade de fato e determina-se a partilha. Isto, porém, não implica, necessariamente, em atribuir ao postulante 50% dos bens que se encontram em nome do réu. A divisão há de ser proporcional à contribuição de cada um. Assim, se os fatos e circunstâncias da causa evidenciam uma participação societária menor de um dos ex-sócios, deve ser atribuído a ele um percentual condizente com a sua contribuição (RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (5. Câmara Cível). Apelação Cível nº 0007998-06.1989.8.19.0000. Recorrente: Espólio de Jorge Guinle. Recorrido: Marco Aurélio Cardoso Rodrigues. Relator: Des. Narcizo Pinto. Julgamento: 8 de agosto de 1989); Outro julgado citado nesse sentido é o seguinte: “ORDINÁRIA. DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO ENTRE MULHERES HOMOSSEXUAIS. EFETIVA PARTICIPAÇÃO NA FORMAÇÃO DO PATRIMÔNIO. O enriquecimento ilícito emana da sistemática do CC (1916) e do pagamento indevido (RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (4. Câmara Cível). Apelação Cível nº 0006408.81.1995.8.19.000. Recorrente: Marlene Claudino de Santana. Recorrido: Maria Paula Vicente. Relator: Des. Fernando Whitaker. Julgamento: 31 de outubro de 1995).

Superior Tribunal de Justiça, em 1998 (REsp 148.897/MG¹²), que classificaram a união homoafetiva como mera “sociedade de fato” - decisão tida na época como um “marco” na luta dos direitos de casais do mesmo gênero na luta por seus direitos, não obstante isso seja um exagero, já que não reconhecidos como entidade familiar.

No Brasil a discussão sobre o direito de casais homoafetivos ao regime jurídico da união estável ganhou força nos anos 2000. Inicialmente, algumas decisões do final do século XX reconheceram a união entre pessoas do mesmo sexo como “sociedade de fato”, uma analogia com o Direito Comercial que se fazia para proteger a mulher não-casada antes da Constituição de 1988 para reconhecer a sua “família ilegítima” como uma “sociedade comercial não registrada na Junta Comercial” para, com isso, possibilitar que cada qual provasse, em “apuração de haveres”, quanto cada um havia contribuído para a construção do patrimônio comum para que, com isso, fosse feita a divisão patrimonial (STF, Súmula 380).

Embora pareça justa, é notório que não se guardam notas fiscais ou comprovantes de transferências bancárias (etc) ao longo de uma relação, donde se trata de prova consideravelmente difícil de ser feita, donde essa “analogia” poucas vezes conseguiu fazer verdadeira justiça (se é que conseguiu em alguma), além de equiparar uma *sociedade de afeto* (Maria Berenice Dias¹³) a uma *sociedade*

¹² “SOCIEDADE DE FATO. HOMOSSEXUAIS. PARTILHA DO BEM COMUM. O parceiro tem o direito de receber a metade do patrimônio adquirido pelo esforço comum, reconhecida a existência de sociedade de fato com os requisitos previstos no art. 1.363 do CC (1916). Responsabilidade civil. Dano moral. Assistência ao doente com Aids. Improcedência da pretensão de receber do pai do parceiro que morreu com Aids a indenização pelo dano moral de ter suportado sozinho os encargos que resultaram da doença. Dano que resultou da opção de vida assumida pelo autor e não da omissão do parente, faltando o nexo de causalidade. Art. 159 do CC (1916). Ação possessória julgada improcedente. Demais questões prejudicadas. Recurso conhecido em parte e provido” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Recurso Especial nº 148.897/MG. Recorrente: Milton Alves Pedrosa. Recorrido: João Batista Prearo. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Julgamento: 10 de fevereiro de 1998). Note-se, apenas, a pré-compreensão dos julgadores, na questão relativa ao dano moral. Disseram que o dano oriundo da contaminação pelo vírus do HIV teria decorrido da “opção de vida assumida pelo autor” (sic), o que deixa clara a concepção dos ministros da AIDS como uma “peste gay”, preconceito absurdo que assolou a humanidade por força de simplismo acrítico consagrado na década de 1980. Isso, seguramente, contribuiu para negar o *status* jurídico-familiar da união homoafetiva neste julgado... Sem falar que, no inteiro teor, há menção de que duas pessoas do mesmo gênero jamais poderiam ter entre si nada além de uma mera “amizade”, a despeito de, depois, considerarem a união meramente obrigacional e não familiar a despeito das considerações sobre a afetividade conjugal e a busca da felicidade na união. Percebe-se como as pré-compreensões heterossexistas dos Ministros julgadores influenciaram decisivamente seu julgamento.

¹³ Em edição anterior a autora traz trecho fundamental, infelizmente não repetido na edição atual, embora mantenha o tópico sobre a *sociedade de afeto*. Aduz Dias que Em sua lição, por força constitucional, as uniões heteroafetivas não matrimonializadas “foram reconhecidas como

irregular, algo absurdo, como reconhecido pelo Ministro Marco Aurélio no julgamento da ADPF nº 132 e da ADI nº 4277. A analogia seria com a família conjugal, não com uma sociedade de fato.

A partir do final da década de 1990, decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul passaram a reconhecer a competência das varas de famílias para o julgamento de dissoluções de relacionamentos homoafetivos por se tratarem de relações de afeto, semelhantes às relações heteroafetivas¹⁴. Posteriormente, a jurisprudência (principalmente gaucha) passou a reconhecer a própria união estável entre casais homoafetivos, por não ser mais admissível o *farisaísmo* que negue a existência das uniões amorosas entre pessoas do mesmo sexo que se pautem pelos mesmos valores e princípios das uniões amorosas entre pessoas de sexos diversos, como a fidelidade e a mútua assistência¹⁵, precedente este que “fez escola”¹⁶ para que a analogia fosse usada para proteger as famílias

sociedades de afeto. Já as uniões homoafetivas, pela absoluta omissão do legislador, na maioria das vezes, ainda [eram] reconhecidas como meras *sociedades de fato*. A depender da identidade ou diversidade sexual dos parceiros, diferenciada [era] a tutela jurisdicional que lhes [era] outorgada. [...] Mesmo comprovada a convivência familiar duradoura, pública e contínua, na imensa maioria das vezes, [era] reconhecida somente a existência de uma sociedade de fato, sob o fundamento de ser impertinente qualquer indagação sobre a vida íntima de um e de outro” (DIAS, 2009, p. 138). Ou seja, “mesmo sendo idênticas tanto a postura dos conviventes como a natureza do vínculo afetivo, receb[iam] tratamento desigualitário”, uma vez que, à união heteroafetiva, deferiam-se alimentos, partilha de bens, entrega de herança e direito real de habitação/usufruto, mas era reconhecida mera *sociedade de fato* obrigacional, sem nenhum destes direitos, no caso das uniões homoafetivas (DIAS, 2012, p. 116).

¹⁴ 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, à semelhança das separações ocorridas entre casais heterossexuais. Agravo provido (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (8. Câmara Cível). Agravo de Instrumento nº 599.075.496. Agravante: E.S.C. Agravado: E.C.E. Relator: Des. Breno Moreira Mussi. Julgamento: 17 de junho de 1999).

¹⁵ UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO. PARTILHA DO PATRIMÔNIO. MEAÇÃO. PARADIGMA. Não se permite mais o farisaísmo de desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados dessas relações homoafetivas. Embora permeadas de preconceitos, são realidades que o Judiciário não pode ignorar mesmo em sua natural atividade retardatária. Nelas remanescem consequências semelhantes às que vigoram nas relações de afeto, buscando-se sempre a aplicação da analogia e dos princípios gerais do direito, relevado sempre os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade. Desta forma, o patrimônio havido na constância do relacionamento deve ser partilhado como na união estável, paradigma supletivo onde se debruça a melhor hermenêutica. Apelação provida, em parte, por maioria, para assegurar a divisão do acervo entre os parceiros” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (7. Câmara Cível). Apelação Cível nº 70.001.388.982. Recorrente: N.G. Recorrido: E.H.O. Relator: Des. José Carlos Teixeira Giorgis. Julgamento: 14 de março de 2001).

¹⁶ AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO CUMULADA COM PARTILHA. DEMANDA JULGADA PROCEDENTE. RECURSO IMPROVIDO. Aplicando-se analogicamente a Lei

homoafetivas, baseadas no mesmo elemento constitutivo¹⁷, o afeto¹⁸, por força dos princípios da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana¹⁹, ao menos após o reconhecimento expresso da possibilidade jurídica do pedido da união estável homoafetiva por parte do tribunal gaúcho²⁰.

Embora ainda fosse minoritária a jurisprudência que reconhecia a *evidente* analogia entre a união homoafetiva e a heteroafetiva, de sorte a reconhecer aquela como união estável constitucionalmente protegida, inclusive perante o Superior Tribunal de Justiça (cujo primeiro julgado reconhecendo-a se deu em

9.278/1996, a recorrente e sua companheira têm direito assegurado de partilhar os bens adquiridos durante a convivência, ainda que tratando-se de pessoas do mesmo sexo, desde que dissolvida a união estável. O Judiciário não deve distanciar-se de questões pulsantes, revestidas de preconceitos só porque desprovidas de norma legal. A relação homossexual deve ter a mesma atenção dispensada às outras relações. Comprovado o esforço comum para a ampliação do patrimônio das conviventes, os bens devem ser partilhados. Recurso improvido” (BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (3. Câmara Cível). Apelação Cível nº 16313-9. Recorrente: Desconhecido. Recorrido: Desconhecido. Relator: Des. Mário Albiani. Julgamento: 4 de abril de 2001).

¹⁷ [...] A união homossexual merece proteção jurídica, porquanto traz em sua essência o afeto entre dois seres humanos com o intuito relacional. [...] (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (8. Câmara Cível). Apelação Cível nº 70.006.542.377. Recorrente: E.S.C. Recorrido: E.C.E. Relator: Des. Rui Portanova. Julgamento: 11 de setembro de 2003).

¹⁸ [...] À união homoafetiva, que preenche os requisitos da união estável entre casais heterossexuais, deve ser conferido o caráter de entidade familiar, impondo-se reconhecer os direitos decorrentes desse vínculo, sob pena de ofensa aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. [...] A lacuna existente na legislação não pode servir como obstáculo para o reconhecimento de um direito (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (7. Câmara Cível). Apelação Cível nº 9303246-53.2006.8.13.0024. Recorrente: Estado de Minas Gerais. Recorrido: Maria Cristina da Silva Azevedo e Fátima Migliano. Relator: Des. Heloísa Combat. Julgamento: 27 de julho de 2007).

¹⁹ [...] À união homoafetiva que irradia pressupostos de união estável deve ser conferido o caráter de entidade familiar, impondo reconhecer os direitos decorrentes deste vínculos, pena de ofensa aos princípios constitucionais da liberdade, da proibição de preconceitos, da igualdade e dignidade da pessoa humana (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (7. Câmara Cível). Apelação Cível nº 7502585-61.2005.8.13.0024. Recorrente: IPSEMG. Recorrido: Romeu Correa Barreto Neto. Relator: Des. Belizário de Lacerda. Julgamento: 4 de setembro de 2007).

²⁰ HOMOSSEXUAIS. UNIÃO ESTÁVEL. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. É possível o processamento e o reconhecimento de união estável entre homossexuais, ante princípios fundamentais insculpidos na Constituição Federal que vedam qualquer discriminação, inclusive quanto ao sexo, sendo descabida discriminação quanto à união homossexual. E é justamente agora, quando uma onda renovadora se estende pelo mundo, com reflexos acentuados em nosso país, destruindo preceitos arcaicos, modificando conceitos e impondo a serenidade científica da modernidade no trato das relações humanas, que as posições devem ser marcadas e amadurecidas, para que os avanços não sofram retrocessos e para que as individualidades e coletividades possam andar seguras na tão almejada busca da felicidade, direito fundamental de todos. Sentença desconstituída para que seja instruído o feito. Apelação provida (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (8. Câmara Cível). Apelação Cível nº 598.362.655. Recorrente: L.C.M. Recorrido: J.G.R.D. Relator: Des. José Ataídes Siqueira Trindade. Julgamento: 1 de março de 2000).

2008²¹, no início da viragem de sua jurisprudência sobre o tema), estava fortemente consolidado tal entendimento, o que certamente foi um contexto histórico positivo a possibilitar o histórico julgamento do Supremo Tribunal Federal nos dias 4 e 5 de maio de 2011, no qual ele julgou procedentes a ADPF nº 132 e a ADI nº 4277 para reconhecer a união homoafetiva como união estável e, assim, como família conjugal com igualdade de direitos à família conjugal heteroafetiva.

O voto do Ministro Fux é paradigmático no ponto: a união homoafetiva se enquadra no conceito ontológico de família e, assim, merece a proteção do regime jurídico da união estável. De sorte que, por inesperada e histórica unanimidade, o STF julgou procedentes as ações, afirmando que

Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva²².

Por igualdade de razões, também do casamento civil (embora este não fosse objeto das ações), como posteriormente reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.183.378/RS, nos dias 20 e 25 de outubro de 2011.

Uma explicação importante. O STF se referiu à união “contínua, pública e duradoura” entre pessoas do mesmo gênero não por adotar um “incorporacionismo familista” ou uma “vinculação de direitos humanos a afeto”, menosprezando um direito mais amplo à sexualidade fora de uniões conjugais, como alguns equivocadamente interpretam. No Direito Processual, o Judiciário fica vinculado aos pedidos, e as ações pediram o reconhecimento da *união estável* a casais homoafetivos - e a lei define a união estável como a “união pública, contínua e duradoura, com o intuito de constituir família” (art. 1.723 do Código Civil). Por isso a decisão se focou no Direito das Famílias e não a um direito mais amplo à

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Recurso Especial nº 820.475/RJ. Recorrente: A.C.S e Outro. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento: 2 de setembro de 2008.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento: 5 de maio de 2011; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento: 5 de maio de 2011.

sexualidade em geral - não obstante o Relator, Ministro Ayres Britto, tenha sido expresso ao afirmar que as pessoas têm um soberano direito de exercer sua sexualidade da forma que bem entendam, exceto nos casos em que a usem para oprimir a sexualidade alheia, como nos casos do estupro e da pedofilia, bem exemplificou. Logo, a crítica improcede e desconsidera esse aspecto basilar do Direito Processual, a vinculação do Judiciário ao pedido efetivamente formulado.

O STF e o STJ acertaram em suas decisões. É lição do primeiro ano de Direito que o legislador não consegue prever todas as situações possíveis, razão pela qual a situação de ausência de permissão cumulada com ausência de proibição não gera uma “proibição implícita”, mas uma “lacuna normativa”, um “buraco” na legislação, que não regulamenta mas ao mesmo tempo não proíbe determinado fato, o que possibilita o uso de interpretação extensiva ou analogia para se estender o regime jurídico em questão à situação não regulamentada se ela for idêntica (interpretação extensiva) ou equivalente (analogia) àquela regulamentada.

Tal decorre do princípio da igualdade, no sentido de se tratar igualmente situações idênticas ou equivalentes (idênticas no essencial, como se diz sobre a analogia). Assim, como a união homoafetiva é idêntica ou, no mínimo, equivalente à união heteroafetiva já que ambas formam uma família conjugal e considerando que a família conjugal constitui o objeto de proteção do casamento civil e da união estável, tem-se por cabível interpretação extensiva ou analogia para se permitir o casamento civil e a união estável entre casais homoafetivos.

Como se vê, lições de Direito Civil Clássico justificam as decisões do STF (ADPF nº 132 e ADI nº 4277) e do STJ (REsp nº 1.183.378/RS), donde a menos que se pretenda declarar a “inconstitucionalidade” da interpretação extensiva e da analogia por suposta “afronta” ao princípio da “separação dos poderes” (logo, dos artigos 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e 140 do Código de Processo Civil de 2015), o que seria de um absurdo anacronismo contrário à isonomia, não se pode dizer que STF e STJ teriam violado tal princípio.

Com base nestas decisões, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 175/2013, obrigando os Cartórios de Registro Civil do Brasil a celebrarem o casamento civil homoafetivo. Como a decisão do STF na ADPF nº 132 e na ADI nº 4277 tem “força de lei” (efeito vinculante e eficácia *erga omnes*), considerando que tal decisão afirmou que o reconhecimento da união estável homoafetiva é um “Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e

consequências da união estável heteroafetiva” e considerando que uma destas “consequências” é a possibilidade de conversão em casamento civil, então tem-se que a força de lei da decisão do STF torna obrigatório o reconhecimento do casamento civil homoafetivo por conversão de prévia união estável.

Nesse sentido, resta reconhecido o direito de casais homoafetivos ao casamento civil, donde seria um contrassenso não se reconhecer o direito ao casamento civil homoafetivo “direto”, sem prévia união estável, sob pena de se impor à união homoafetiva uma espécie de “estágio probatório” que não se exige da união heteroafetiva para que possa ser consagrada pelo casamento civil, algo despido de fundamento lógico-racional que lhe sustente, e que coloca as uniões homoafetivas como “menos dignas” que as heteroafetivas por destas não se exigir a legitimação por prévia união estável para acesso ao casamento civil, donde contrário à dignidade humana, donde tal exegese afigura-se inconstitucional por contrariar tais princípios constitucionais. Assim, absolutamente legítima e constitucional a Resolução nº 175/2013 do CNJ, como inclusive defendemos em manifestação em nome do PSOL (Partido Socialismo com Liberdade) e da ARPEN-RJ (Associação dos Registradores de Pessoas Naturais do Rio de Janeiro) em ação movida pelo PSC (Partido Social Cristão) contra dita resolução (ADI nº 4966), a qual ainda aguarda julgamento pelo STF.

Destaque-se, ainda, que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, na OC nº 24/17, também reconheceu o direito humano ao casamento civil igualitário. Afirmou a Corte que Entende que “uma interpretação restritiva do conceito de família, que exclua a proteção interamericana ao *vínculo afetivo entre casais do mesmo sexo*, frustraria o objetivo e a finalidade da Convenção”, na medida em que ela “o objetivo e o fim da Convenção Americana é a proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos, *sem distinção nenhuma*”²³. Especialmente porque “os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, cuja interpretação deve acompanhar a evolução dos tempos e as condições atuais de vida”, ante a premissa de que, “quando os Estados se utilizam de termos genéricos em um tratado, inevitavelmente têm que estar conscientes que seus significados mudarão com o tempo”, presumindo a Corte Internacional de Justiça que “como regra geral, se deve presumir que a intenção dos Estados contraentes é que os termos genéricos têm e terão um significado que evoluirá”, por não ser razoável

²³ Vide Item 189 da mencionada decisão.

entender que seus redatores presumissem conhecer o *alcance absoluto* dos direitos e liberdades fundamentais ali reconhecidos ²⁴ (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2017).

Dessa forma, entendeu que, por força da interpretação teleológica e evolutiva do conceito de família à luz da proibição convencional de discriminações de quaisquer espécies, entendeu que todos os direitos patrimoniais que derivam do vínculo familiar devem ser garantidos a *casais do mesmo sexo*, sem discriminação nenhuma relativamente a *casais de pessoas heterossexuais*. Mas não apenas os patrimoniais, na medida em que o dever internacional dos Estados transcende a mera proteção patrimonial, projetando-se a todos os direitos humanos reconhecidos a *casais heterossexuais*, de acordo com os respectivos Direitos Internos (Nacionais) - pois “o reconhecimento do vínculo familiar permeia outros direitos, como os direitos civis e políticos, econômicos ou sociais, assim como outros internacionalmente reconhecidos”, razão pela qual concluiu que “em virtude do direito à proteção à vida privada (art. 11.2) e do direito à proteção da família (art. 17), a Convenção Americana protege o vínculo familiar derivado de uma relação entre um par do mesmo sexo”, bem como que por força do direito à igualdade e à não-discriminação (art. 1.1 e 24), todos os direitos patrimoniais e humanos internacionalmente reconhecidos que derivam do vínculo familiar àqueles formados por pessoas do mesmo sexo²⁵ (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2017).

Entendeu a Corte que estabelecer um tratamento distinto para casais do mesmo sexo não sobrevive a um *teste estrito de igualdade*, pois “não existe uma finalidade convencionalmente aceitável para que esta distinção seja considerada *necessária ou proporcional*”²⁶, reiterando, assim, seu entendimento sobre a orientação sexual e a identidade de gênero serem *classificações suspeitas*, que demandam fortes fundamentos para superar sua presunção de inconstitucionalidade [algo que a jurisprudência internacional utiliza para a

²⁴ Itens 187-188 e 193, em cujas notas de rodapé cita: “TEDH, Caso Tyrer Vs. Reino Unido, No. 5856/72, Sentencia de 25 de abril de 1978, párr. 31”, “[CIDH] Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil, párr. 245” e “Corte Internacional de Justicia, Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica vs. Nicaragua), Sentencia de 13 de julio de 2009, pág. 213, párrs. 64 y 66”. Por ese entendimento, entendeu inclusive não estar se apartando da “intenção original” dos redatores da Convenção, mas ela respeitando, ao afirmar tal compreensão do vínculo familiar (item 193).

²⁵ Itens 198-199.

²⁶ Itens 83 e 220.

proteção de grupos historicamente discriminados]. E assim entendeu por considerar improcedente o argumento relativo à *procriação como finalidade do casamento*, na medida em que isso contraria a proteção convencional à *família como realidade social*, bem como por considerar que “a procriação não é uma característica que defina as relações conjugais, visto que afirmar o contrário seria degradante para os casais - casados ou não - que por qualquer motivo não tenham capacidade procriativa [*generandi*] ou interesse em procriar”²⁷ (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2017).

Bem afirmou a Corte que

criar uma instituição que produza os mesmos efeitos e garanta os mesmos direitos que o matrimônio, mas que não leve esse nome, não tem sentido que não o de assinalar socialmente que os casais do mesmo sexo com uma designação que, se não for estigmatizante, no mínimo, caracteriza um sinal de subestimação (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2017).

Segundo essa lógica, “haveria um matrimônio para aqueles que, de acordo com o *estereótipo da heteronormatividade*, fossem considerados ‘normais’, e outra instituição de idênticos efeitos, mas com outro nome, para os que fossem considerados ‘anormais’, segundo o mesmo estereótipo”. Assim, a Corte considerou inadmissível a existências de duas classes de uniões solenes para consolidar juridicamente as comunidades de convivência heterossexual e homossexual, por se caracterizar como “uma distinção discriminatória fundada na orientação sexual das pessoas, algo incompatível com a Convenção Americana”²⁸ (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2017).

Afirmou que do princípio da *dignidade da pessoa humana* deriva a *plena autonomia da pessoa escolher com quem quer manter um vínculo permanente e marital*, seja natural (união de fato), ou solene (matrimônio [civil]). Observou a Corte que tal *eleição livre e autônoma* forma parte da dignidade de cada pessoa e é intrínseca aos aspectos mais íntimos e relevantes de sua *identidade e projeto de vida*. Apontou que sempre que houver a *vontade de relacionar-se de maneira permanente e formar uma família*, existe um *vínculo que merece igualdade de direitos e proteção* independente da orientação sexual das pessoas contraentes²⁹ (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2017).

²⁷ Item 221.

²⁸ Item 224.

²⁹ Item 225.

Portanto, entendeu que a melhor interpretação evolutiva da Convenção Americana de Direitos Humanos demanda pelo reconhecimento ao direito ao casamento civil entre pessoas do mesmo gênero.

2 ADOÇÃO CONJUNTA POR CASAIS HOMOAFETIVOS

A adoção conjunta por casais homoafetivos parece consolidada na jurisprudência. Ela já era reconhecida antes de tais decisões do STF e do STJ por conta dos laudos de assistente social e psicólogo apontando a capacidade das pessoas (homossexuais) em questão para assumir a função parental e ante os diversos estudos psicológico-sociais que atestam a inexistência de prejuízos a crianças e adolescentes por sua mera criação por um casal homoafetivo relativamente àquelas(es) criadas(os) por casais heteroafetivos.

No STJ, tal já foi reconhecido em duas oportunidades, julgamentos nos quais, inclusive, se destacou essa ausência de prejuízos mediante apontamento de estudos de órgãos especializados no tema (STJ, REsp 1.281.093/SP, de 18.12.12, DJe de 04.02.13, e REsp 889.852/RS, de 27.04.10, DJe de 10.08.10). No STF, decisões monocráticas a reconheceram (STF, RE 615.261/PR, DJe de 24.08.2010, e RE 846.102/PR, DJe de 17.03.2015).

Ainda sobre a parentalidade por casais homoafetivos, temos a paradigmática decisão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos no *Caso Atalla y niñas vs. Chile* (2012), na qual o Chile foi condenado por ter retirado a guarda das filhas da Sra. Atalla apenas por conta dela, após se separar de seu marido, ter passado a manter uma relação conjugal com outra mulher (logo, por sua mera homoafetividade), sob o fundamento de que, embora a proteção de crianças e adolescentes evidentemente seja um legítimo fim estatal, não se podem usar estereótipos (preconceitos) contra a homossexualidade para se proibir a criação de crianças e adolescentes por homossexuais e casais homoafetivos. Afinal, preconceito não é paradigma jurídico - afinal, o art. 3º, IV, de nossa Constituição Federal veda preconceitos e discriminações [arbitrárias] de qualquer natureza, algo absolutamente imanente a qualquer noção do princípio da não-discriminação.

3 A LUTA PELO DIREITO NÃO SER DISCRIMINADO NAS FORÇAS ARMADAS. STF, ADPF 291

O Código Penal Militar trazia, em seu art. 235, o chamado “*crime de pederastia*”, relativo à prática de ato libidinoso, “homossexual ou não”, nas dependências das Forças Armadas. Embora a lei, em tese, tivesse uma redação não-discriminatória, por sua literalidade também abarcar atos libidinosos heterossexuais, evidentemente que a redação do tipo penal e, especialmente, seu *nomen juris* (o título do crime) tinham uma carga discriminatória. Tanto que a jurisprudência do Superior Tribunal Militar sempre foi muito mais dura com atos libidinosos homoafetivos em relação à punição dos atos libidinosos heteroafetivos, como atestou estudo citado no voto do Relator, Ministro Roberto Barroso. Assim, foi feita Representação à Procuradoria-Geral da República, coordenada por Roger Raupp Rios, autoridade brasileira do Direito Antidiscriminatório (coassinada por diversas entidades de defesa dos direitos da população LGBTI+), para que fosse proposta ação no Supremo contra dito dispositivo legal. Daí foi proposta a ADPF 291.

Obviamente, ninguém defende um direito à realização de “sexo gay” nas dependências das Forças Armadas, em ambiente de trabalho. O voto do Ministro Roberto Barroso defendia que, à luz da teoria do Direito Penal Mínimo, a criminalização de uma conduta deve ser excepcional, somente quando outros ramos do Direito se mostrarem insuficientes para garantir o bem jurídico em questão - a saber, a hierarquia e a disciplina nas Forças Armadas. Entendeu que punições administrativas outras seriam suficientes para tanto (no limite, a *exoneração*, em casos graves ou de reincidência). Especialmente, aduziu o voto, pelo *efeito discriminatório* já citado, de punição penal mais dura aos atos libidinosos homoafetivos relativamente aos heteroafetivos. Então, defendeu a inconstitucionalidade (“não-recepção”) do dispositivo legal.

Todavia, a maioria do STF entendeu que os valores castrenses da hierarquia e da disciplina justificavam a criminalização da conduta. Não explicou por qual motivo punições administrativas (não-penais) não seriam suficientes para tanto, não infirmando o voto original do Ministro Roberto Barroso. Mas, reconhecendo o efeito discriminatório citado, declarou a inconstitucionalidade da expressão “homossexual ou não”, bem como da expressão “crime de pederastia”, pela carga discriminatória a eles inerentes. Embora vencido em sua concepção original, de total inconstitucionalidade (não-recepção), o Ministro Roberto Barroso ajustou seu voto, seguindo a maioria no referido julgamento, que, portanto, ficou

9x2 para derrubada das referidas expressões. Na ADI nº 4275, o Ministro Gilmar Mendes lembrou desse julgamento, atestando que o STF afirmou que a lei não pode conter expressões discriminatórias.

O julgamento foi simbolicamente positivo, pois o STF como um todo reafirmou a proibição da discriminação por orientação sexual e a estendeu também às Forças Armadas, algo a se comemorar. Mas, na prática, teme-se que ele seja inócuo, pois mantendo-se o tipo penal, o Superior Tribunal Militar pode continuar mantendo sua jurisprudência discriminatória, de maior dureza na punição do crime quando praticado entre pessoas do mesmo gênero do que quando praticado por pessoas de gêneros opostos. De qualquer forma, como dito, foi, pelo menos, simbolicamente positivo.

4 DIREITOS DE PESSOAS TRANSGÊNERO AO RESPEITO À SUA IDENTIDADE DE GÊNERO. CORTE IDH³⁰, OC 24/17³¹. STF, ADI 4275 (E RE 670.422/RS). TSE, CONSULTA 0604054-58.2017.6.00.0000³²

Sobre os direitos da população transexual, tem-se como marco inicial o famoso julgamento da Apelação Criminal nº 201.999/Capital no extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo (absorvido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo após a Emenda Constitucional nº 45, de 2004), no qual, por maioria (2x1), se absolveu o médico que realizou cirurgia de transgenitalização em um paciente transexual da acusação de crime de “lesão corporal grave”, oriunda da retirada (ablação) do

³⁰ No âmbito da Corte IDH, tivemos três decisões históricas em termos de *cidadania sexual*, reconhecendo a violação de direitos humanos de homossexuais por discriminações estatais, a saber: (i) *caso Atalla Ryffo y niñas vs. Chile* (2012), que disse ser inválida a retirada da guarda de filhos(as) em razão de estereótipos sociais contra a homossexualidade; (ii) *caso Duque vs Colômbia* (2016), que disse ser inválida negativa de pensão previdenciária após a morte do(a) companheiro(a) homoafetivo(a); (iii) *caso Flor Freire vs Equador* (2016), que disse ser inválida a discriminação de homossexuais nas Forças Armadas; (iv) na citada OC 24/17 (2017), que disse ser inválida a negativa do casamento civil a casais homoafetivos. Esta última decisão, analisada neste tópico, é a primeira a garantir a *cidadania de gênero*, garantindo o respeito à identidade de gênero das pessoas transgênero. Para explicação dos fundamentos dessas decisões: VECCHIATTI, 2017, p. 289-304.

³¹ Para visualização da íntegra do processo vide: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf. Para o *press release*, que sintetiza os fundamentos da decisão vide: http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_01_18.pdf. Acesso em: 10 jan. 2018.

³² Voto do Relator disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-tarcisio-transgeneros.pdf>. Para o parecer de minha autoria, que acompanhou a consulta formulada pela Senadora Fátima Bezerra ao TSE: https://www.academia.edu/34766024/Parecer_-_Consulta_ao_TSE_sobre_expressao_cadasexo_da_Lei_ Eleitoral. Acesso em: 21 maio 2018.

pênis logicamente decorrente da cirurgia. Reformando a sentença condenatória de primeira instância, afirmou corretamente o Tribunal que “Não age dolosamente o médico que, através de uma cirurgia, procura curar o paciente ou reduzir o seu sofrimento físico ou mental”. Segundo o Tribunal:

[...] tal cirurgia tinha sido tomada por um grupo de médicos, psiquiatras e psicólogos, todos amparados, como acima exposto, no parecer de um jurista do mais alto gabarito moral e intelectual, o Prof. Washington de Barros Monteiro, cabendo salientar que existe nos autos um parecer do E. Jurisconsulto Prof. Heleno Claudio Fragoso, que não vislumbrou antijuridicidade no ato do acusado, concluindo ‘não haver a menor dúvida de que o Dr. Roberto Farina agiu de boa-fé, com o propósito curativo, tendo presente a positiva e cuidadosa indicação médica que lhe foi feita pela equipe de médicos que vinha atendendo ao paciente’³³.

Aplaudimos a referida decisão, por se pautar no bem-estar da pessoa transexual em questão, que solicitou a intervenção cirúrgica e restou bem integrada socialmente após a mesma, assim como por sair de uma aplicação cega da lei penal, que visa punir aquele que faz algo contrário à saúde física da pessoa, algo absolutamente inexistente no presente caso. Desconhecemos alguma outra decisão criminal condenatória a médicos que realizaram cirurgias de transgenitalização após aquela reformada por dito julgamento do extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo.

O direito à cirurgia de transgenitalização parece ter se consolidado ou, ao menos, não ter sido questionado desde então, ao passo que, em 1997, o Conselho Federal de Medicina aprovou a Resolução nº 1.482/97, na qual autorizou expressamente a realização da cirurgia de transgenitalização para o tratamento de pessoas transexuais, afirmando em seus “considerandos” justamente a ausência de crime por ausência de dolo (intenção de machucar/lesionar), consoante fundamentação do citado julgado - resolução esta posteriormente atualizada pela Resolução nº 1.652/2002, a qual foi também substituída pela atual Resolução nº 1.955/2010.

O artigo 13 do Código Civil de 2002 legaliza tal cirurgia ao dizer (*a contrario sensu*) que é permitida a disposição do próprio corpo quando ela for decorrente de exigência médica, que existe no caso das cirurgias de transgenitalização (cf., inclusive, o *Enunciado 276 da IV Jornada de Direito Civil*

³³ SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Alçada Criminal. Apelação Criminal nº 201.999. Recorrente: Roberto Farina e Justiça Pública. Recorrido: os mesmos. Relator: Des. Luiz Tâmbara. Julgamento: 20 de dezembro de 1979.

promovida pelo Conselho da Justiça Federal, em 2006), inclusive se considerarmos o conceito de saúde como completo estado de bem estar físico, psicológico e social como diz a Organização Mundial de Saúde (logo, a ser acolhida pela OMS, como entendemos que deve ser, a despatologização das *identidades trans*, tal direito não será afetado³⁴).

Nos anos 1990, prevalecia o entendimento de que, mesmo realizada a cirurgia de transgenitalização, não poderia ser alterado o registro civil da pessoa transexual. Em ignorante confusão de orientação sexual e identidade de gênero, dizia-se que isso poderia “permitir o casamento homossexual”, que a cirurgia seria meramente plástico-estética, não “mudando o sexo” da pessoa pela permanência de seus cromossomos, e que quaisquer constrangimentos que a pessoa sofresse seriam decorrentes de sua “escolha” pela cirurgia³⁵. Uma insensibilidade moralista e uma ignorância de níveis transcendentais. Ou seja, até os anos 1990, a jurisprudência predominante indeferia a mudança de nome e gênero de transexuais, mesmo após a realização de cirurgia de transgenitalização³⁶. Inclusive,

³⁴ Para desenvolvimentos da despatologização das identidades trans, vide BENTO (2008), bem como a paradigmática manifestação do Conselho Regional de Psicologia de São Paulo, que bem explica a tese no seguinte link: Cf. http://www.crsp.org.br/portal/midia/fiquedeolho_ver.aspx?id=365. Acesso em: 26 abr. 2012.

³⁵ No sentido parafraseado no corpo do texto: RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (8. Câmara Cível). Apelação Cível nº 0001564-59.1993.8.19.000. Recorrente: Desconhecido. Recorrido: Desconhecido. Relator: Des. Geraldo Batista. Julgamento: 18 de março de 1997, (que chega ao cúmulo de dizer que “autêntico é o homem ser do sexo masculino e a mulher do feminino, a toda evidência”, logo após dizer que “quem nasce homem ou mulher morre como nasceu. Genitália similar não é autêntica”, bem como que “se o requerente ostenta aparência feminina, incompatível com a sua condição de homem, haverá de assumir as consequências, porque a opção foi dele”); PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (1. Câmara Cível). Apelação Cível nº 030019-8. Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná. Recorrido: Desconhecido. Relator: Des. Osiris Fontoura. Julgamento: 13 de fevereiro de 1995 (que aduziu que, “por impossibilidade de procriação [...] os transexuais, mesmo após a intervenção cirúrgica não se enquadram perfeitamente neste ou naquele sexo, acarretando-se problemas graves com tal intervenção”, de sorte a que retificar seu registro civil tornaria “possível casamento que venha a realizar-se estaria contrariando frontalmente o ordenamento jurídico”, pela incorreta premissa de “proibição”, legalmente inexistente, ao casamento civil homoafetivo). Decisões extraídas de: CAMPOS; CORRÊA, 2007, p. 236-237 (o segundo julgado as autoras informaram ter extraído de “Jurisprudência Informatizada Saraiva”). O segundo julgado citado também consta de ARAUJO, 2000, p. 118-119 (cuja fonte foi “CD-ROM de jurisprudência editadopela Prolink, Cuiabá”).

³⁶ ARAUJO (2000, p. 122-123), cita como precedentes elucidativos de tal entendimento: “TJMG, RT 662/149 [“inviabilidade quando há troca de sexo decorrente de ato cirúrgico, com ablação do órgão para constituição do de sexo oposto aparente”]; TJRJ, RT 712/355 [improcedência de retificação de registro civil por “mudança de sexo em decorrência de cirurgia de ablação de genitália masculina”]; TJSP, RT 672/108 [“despojamento cirúrgico do equipamento sexual e reprodutivo e sexo psicologicamente diverso das conformações e características somáticas ostendadas que, configurando transexualismo, não permitem a alteração jurídica”, entendendo

nesse contexto, o STF negou o direito de Roberta Close a mudar seus documentos³⁷, seguindo lógica genitalizante e biologizante da pessoa humana já adotada em decisão anterior³⁸. Para sorte da festejada atriz e modelo, o processo judicial em questão, de *jurisdição voluntária*, não forma a chamada *coisa julgada material*, de sorte a que, ao contrário dos processos em geral, pode ser proposto novamente, pelo menos se apresentadas novas provas. Foi o que aconteceu, tendo ela obtido sentença favorável no ano 2000, quando representada por Tereza Rodrigues Vieira (2012), grande autoridade brasileira sobre os estudos jurídicos sobre transexualidade³⁹. Aliás, segundo a autora (VIEIRA, 2012, p. 227):

O direito à identidade pessoal é também lembrado ao se fazer referência a neurodiscordância de gênero. Segundo Rubens Limongi França, ‘é o direito que tem a pessoa de ser conhecida como aquela que é, e de não ser confundida com outrem’. Consoante este saudoso doutrinador, é preciso não haver dúvida sobre a própria identidade, para que o sujeito de um direito possa exercê-lo de modo pacífico e seguro. [...] O indivíduo deve ver respeitado o seu direito à própria imagem ideal, segundo os valores que crê. Essa identidade interior é constituída por um conjunto de traços que se misturam e se sobrepõem entre si. *Indubitavelmente, o sexo constitui um dos caracteres da identidade pessoal.* [...] Para alguns, a transexualidade se enquadra perfeitamente na possibilidade de disposição de próprio corpo. No entender de outros, principalmente doutrinadores italianos, pode-se falar no direito da pessoa ao sexo real, por ser este um componente imprescindível da pessoa. (grifos nossos)

Posteriormente, em dado momento dos anos 2000, consolidou-se a jurisprudência no sentido de que, realizada a cirurgia de transgenitalização, era devida a alteração tanto de prenome (“primeiro nome”) quando do sexo (gênero)

haver “admissibilidade apenas nos casos de intersexualidade”), RT 493/61 [afirmando tratar-se de “hipótese em que o interessado jamais poderá ter o sexo reivindicado”) e RJTJSP 64/151”. Para quem não está familiarizado, as identificações mencionadas referem-se à edição e página inicial da *Revista dos Tribunais* e da *Revista do Tribunal de Justiça de São Paulo* de onde os precedentes respectivos foram extraídos.

³⁷ Cf. <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/1997/2/22/cotidiano/16.html>. Notícia de 22.02.1997.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Agravo de Instrumento nº 82.517/SP. Agravante: Airton Galiaci. Agravado: Ministério Público Estadual. Relator: Min. Cordeiro Guerra. Julgamento: 28 de abril de 1981.

³⁹ VIEIRA (2012) (sobre a derrota de Roberta Close no STF: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/1997/2/22/cotidiano/16.html>, notícia de 22.2.1997). Anote-se que, excepcionalmente em processos de *jurisdição voluntária*, é possível ingressar com nova ação, mesmo após sentença de mérito, pois é pacífico que esse tipo de ação não faz coisa julgada material. Foi o que ocorreu neste caso, como explica a obra (VIEIRA, 2012, p. 226-223).

da pessoa no registro civil⁴⁰. Interessantes julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo bem afirmaram que é incoerente o Estado permitir a realização da cirurgia de transgenitalização, mas, ato contínuo, se recusar a adequar os documentos da pessoa (sua identidade civil) a seu novo corpo, condizente com o gênero oposto àquele constante de sua documentação⁴¹. Entendimento este cancelado pelo Superior Tribunal de Justiça, em 2009⁴².

A polêmica que persistiu até o julgamento do STF da ADI nº 4275, nos dias 28/2 e 01/03/2018, referia-se no direito a tais alterações independentemente da realização da referida cirurgia, hipótese na qual ainda era minoritária a jurisprudência que isto possibilitava até a citada decisão do STF. Havia julgados que deferiam mudança de *prenome*, mas não de *sexo*, independente de cirurgia⁴³. Outros, permitiam a mudança enquanto não findas todas as “etapas cirúrgicas” em andamento⁴⁴. Ainda era minoritária a jurisprudência nesse sentido, mas a partir da

⁴⁰ V.g.: MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (7. Câmara Cível). Apelação Cível nº 7782203-71.2005.8.13.0024. Apelante: E.P.S. Relator para o acórdão: Des. Wander Marotta. Julgamento: 6 de março de 2009: a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana da cidadã ou cidadão transexual demanda pelo deferimento da cirurgia e da mudança de registro civil; ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Espírito Santo (3. Câmara Cível). Apelação Cível nº 0018078-64.2006.8.08.0024 (024060180783). Recorrente: Desconhecido. Recorrido: Desconhecido. Relator: Des. Rômulo Taddei. Julgamento: 31 de julho de 2007: nome como fator de individualização na sociedade, direito inerente à pessoa humana e, assim, um direito da personalidade da cidadã ou cidadão transexual.

⁴¹ SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (1. Câmara de Direito Privado). Apelação Cível nº 9088482-34.2001.8.26.0000. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Lui Francisco Bordão. Relator: Des. Elliot Akel. Julgamento: 19 de abril de 2002; e SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 9162079-60.2006.8.26.0000. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Claudio Roberto dos Santos. Relator: Des. Salles Rossi. Julgamento: 10 de maio de 2007.

⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Recurso Especial nº 1.008.398/SP. Recorrente: Clauderson de Paula Viana. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Nancy Andrigui. Julgamento: 15 de outubro de 2009. No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Recurso Especial nº 737.993/MG. Recorrente: R.N.R. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. João Otávio Noronha. Julgamento: 10 de novembro de 2009.

⁴³ V.g.: SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (8. Câmara de Direito Privado). Apelação cível nº 1001343-55.2016.8.26.0001. Recorrente: Claudia Cristina de Andrade. Recorrido: Juízo da comarca. Relator: Des. Mônica de Carvalho. Julgamento: 30 de agosto de 2017 (não obstante vencida, a Relatora citou diversos julgados do TJSP que retificavam também gênero no registro civil independente de cirurgia); MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (3. Câmara Cível). Apelação Cível nº 3955617-03.2013.8.13.0024. Recorrente: Michelly Colt Andrade Victorino. Relator: Des. Judimar Biber. Julgamento: 28 de janeiro de 2016.

⁴⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (8. Câmara Cível). Apelação Cível nº 70.019.900.513. Recorrente: Marcelo Finkler dos Reis. Recorrido: A justiça. Relator: Des. Claudir Fidelis Faccenda. Julgamento: 13 de dezembro de 2007; RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (8. Câmara Cível). Apelação Cível nº

segunda década dos anos 2000, parecia estar em curso processo para tal evolução jurisprudencial⁴⁵, embora parecesse estar se consolidando essa evolução jurisprudencial (VECCHIATTI, 2015, p. 280-306). Afinal, segundo *ratio decidendi* emblemática do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, “*deve prevalecer o sexo psicológico sobre a sexualidade meramente anatômica*”⁴⁶.

Vejamos trecho fundamental de paradigmático julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul^{47 48} que deferiu a mudança do prenome do autor da

70.011.691.185. Recorrente: Jucamar Aguiar Pante; Recorrido: A Justiça. Relator: Des. Alfredo Englert. Julgamento: 15 de setembro de 2005.

⁴⁵ V.g.: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (8. Câmara Cível). Apelação Cível nº 70.030.772.271. Recorrente: Jeferson Peres dos Santos. Recorrido: Ministério Público. Relator: Des. Rui Portanova. Julgamento: 16 de julho de 2009 (no mesmo sentido e do mesmo Relator: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (8. Câmara Cível). Apelação Cível nº 70.022.504.849. Recorrente: Artur Roberto Cunha Santos. Recorrido: Ministério Público. Relator: Des. Rui Portanova. Julgamento: 16 de abril de 2009); RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (7. Câmara Cível). Apelação Cível nº 70.013.909.874. Recorrente: Adenilson de Abreu Martins. Recorrido: A Justiça. Relator: Des. Maria Berenice Dias. Julgamento: 5 de abril de 2006; SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (8. Câmara de Direito Privado). Apelação Cível nº 1074167-11.2013.8.26.0100. Recorrente: Mary Fernanda Mariano. Recorrido: Juízo da comarca. Relator: Des. Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho. Julgamento: 2 de março de 2016; SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (6. Câmara de Direito Privado). Apelação Cível nº 0008539-56.2004.8.26.0505. Recorrente: Izildinha Aparecida Magalhães e Outro. Recorrido: O Juízo. Relator: Des. Vito Guglielmi. Julgamento: 18 de outubro de 2012; SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (8. Câmara de Direito Privado). Apelação Cível nº 0082646-81.2011.8.26.0002. Recorrente: Diego Antônio de Jesus Soares. Recorrido: O Juízo. Relator: Des. Hélio Faria. Julgamento: 30 de outubro de 2013; MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (6. Câmara Cível). Apelação Cível nº 0126795-20.2011.8.13.0231. Recorrente: L.R.C. Recorrido: O Juízo. Relator: Des. Edilson Fernandes. Julgamento: 13 de agosto de 2013; MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (6. Câmara Cível). Apelação Cível nº 0104792-06.2013.8.13.0521. Recorrente: Lenon Victor Solvelino. Recorrido: O Juízo. Relator: Des. Edilson Fernandes. Julgamento: 22 de abril de 2014.

⁴⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (8. Câmara Cível). Apelação Cível nº 70.019.900.513. Recorrente: Marcelo Finkler dos Reis. Recorrido: A justiça. Relator: Des. Claudir Fidelis Faccenda. Julgamento: 13 de dezembro de 2007.

⁴⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (8. Câmara Cível). Apelação Cível nº 70.030.504.070. Recorrente: João Batista Pinheiro Meine. Recorrido: A Justiça. Relator: Des. Rui Portanova. Julgamento: 29 de outubro de 2009. Anote-se que o termo “travestismo” é do original e, embora *ainda* seja tecnicamente correto pela Organização Mundial de Saúde falar em *travestismo*, entendo que se deve falar em *travestilidade*, por não considerar que as pessoas travestis sejam “doentes” pelo simples fato de serem travestis (*ismo* é sufixo que significa *doença*, ao passo que *dade* é sufixo que significa *modo de ser*). Na verdade, a patologização da travestilidade nada mais é do que uma naturalização das *normas de gênero* que visam atribuir determinadas características às pessoas em razão de seu sexo biológico, mas esta discussão transcende os limites deste artigo, mas trabalhada na manifestação do Conselho Regional de Psicologia de São Paulo em prol da despatologização das identidades trans, constante do link da nota anterior.

⁴⁸ No mesmo sentido: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (8. Câmara Cível). Apelação Cível nº 70.030.772.271. Recorrente: Jeferson Peres dos Santos. Recorrido: Ministério Público. Relator: Des. Rui Portanova. Julgamento: 16 de julho de 2009; RIO

ação:

O cerne do princípio da igualdade está na proibição do tratamento discriminatório. Ou seja, são vedadas as que visem a prejudicar, restringir ou mesmo acabar com o exercício de direitos e liberdades fundamentais, em razão de sexo, raça, cor, idade, origem, religião. É inegável que, no exercício da sua liberdade, JB tem o direito de buscar a qualidade de vida através da satisfação dos seus anseios, concretizando assim o seu direito à liberdade e à dignidade. E aqui a satisfação de JB está representada na alteração do seu nome. Ele quer sentir-se bem e conformado com a sua condição social expressada através do nome e tudo o que ele representa coletiva e individualmente. Não há negar que a identidade social e psicológica é base para essa busca. A insatisfação com a própria identidade, representada pelo nome, o descompasso entre o que se é de fato e o que vem representado através do nome, impede a pessoa de viver com dignidade e fomenta um sentimento de total inadaptabilidade. É por isso que 'nessa perspectiva jusfundamental, o que se tem que evitar é, para o fim de superar a disforia sexual, afirmar que só é masculino e só é feminino quem atender a uma determinada, rígida, fixa e excludente combinação de características, impostas pelas convicções sociais da maioria ou pela pretensão de um saber médico neutro e objetivo. Tal percepção, intransigente e inflexível, gera violações de direitos fundamentais e é fruto do fechar dos olhos à realidade: a sexualidade e a vida humana não se deixam enquadrar em padrões historicamente definidos por profissionais da saúde ou por representantes da opinião da maioria. A vida humana e suas manifestações são um 'continuum', que não se deixam aprisionar em polaridades opostas e compartimentos estanques. No campo da sexualidade, a demonstração mais famosa dessa realidade, com enorme impacto científico, social e cultural, veio com o clássico Sexual Behavior in the Human Male, do biólogo Alfred Kinsey, publicado em 1948 e baseado em exaustivo estudo estatístico' (Roger Raupp Rios, apelação cível nº 2001.71.00.026279-9/RS). Logo, desimporta aqui a apuração da verdade sobre a sexualidade ou o gênero ao qual JB pertence. Não é necessário categorizá-lo como travesti ou transexual para reconhecer a sua condição de ser humano e digno. É inútil, e até indigna, a categorização das pessoas pelo sexo, como condição para que se possa atribuir-lhe uma conformação social entre o nome e sua aparência. As ações, modo de vida, e a própria opção pessoa de cada um são os motivos suficientes para determinar a verdadeira identidade e não podem servir para discriminar. [...] Com efeito, embora o nome apresente-se como um elemento de diferenciação do indivíduo perante a coletividade, o seu maior atributo não está no coletivo, mas no individual. É através do nome que todo e qualquer indivíduo se identifica, se vê como um ser dotado das características que aquele signo representa para si. É claro que a forma como o indivíduo é visto socialmente também importa para a conformação do nome. Mas a importância dessa visão social e coletiva do indivíduo volta-se muito mais para o próprio indivíduo em respeito à sua dignidade,

GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (8. Câmara Cível). Apelação Cível nº 70.022.504.849. Recorrente: Artur Roberto Cunha Santos. Recorrido: Ministério Público. Relator: Des. Rui Portanova. Julgamento: 16 de abril de 2009.

em atenção à forma como esse indivíduo sente-se ao ser visto dessa ou daquela forma pelo coletivo. Está certo que JB não só apresenta-se com características físicas e psíquicas femininas, como também deixa certo que o nome que melhor lhe identifica e que satisfaz os seus anseios é o nome com tais características. Basta olhar as fotos de fls. 29/30 e 71 e se verá que JB se apresenta como uma mulher. [...] *Ao fim e ao cabo, desimporta se JB é um transexual ou um travesti. Desimporta se ele fez ou fará cirurgia de transgenitalização, se sua orientação sexual é pelo mesmo sexo ou pelo sexo oposto, por homem ou por mulher. Todos esses fatores não modificam a forma como JB se vê e é visto por todos. Como uma mulher.* Tal como dito por *Berenice Bento* ‘Os ‘normais’ negam-se a reconhecer a presença da margem no centro como elemento estruturante e indispensável. Daí eliminá-la obsessivamente pelos insultos, leis, castigos, no assassinato ritualizado de uma transexual que precisa morrer cem vezes na ponta afiada de uma faca que se nega a parar mesmo diante do corpo moribundo. Quem estava sendo morto? A margem? Não seria o medo de o centro admitir que ela (a transexual/a margem) me habita e me apavora? Antes de matá-la. Antes de agir em nome da norma, da lei e fazer a assepsia que garantirá o bom funcionamento e regulação das normas. Outra solução ‘mais eficaz’ é confinar os ‘seres abjetos’ aos compêndios médicos e trazê-los à vida humana por uma agulhada que marca um código abrasado a cada relatório médico que diagnostica um transtorno’ (BENTO, Berenice. *O que é transexualidade*, p. 38-39. Ed. Brasiliense). Enfim, de qualquer forma que se aborde o assunto, a solução não pode ser outra que não o atendimento do pedido da autora. (grifos nossos)

Em outro julgado, afirmou-se que:

Se a requerente, portanto, como na hipótese dos autos, se sente homem sob o ponto de vista psíquico, procede como se do sexo masculino fosse e comporta-se socialmente como tal, não há qualquer motivo para se negar a pretendida alteração registral pleiteada. Entendimento semelhante, de resto, adota M. BERENICE DIAS (Manual de Direito das Famílias, 5ª Ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 136) que, com apoio doutrinário nas lições de A. CHAVES e E. SZANIAWSKI explica, com percuciência, que ‘a aparência externa não é a única circunstância para a atribuição da identidade sexual, pois com o lado externo concorre o elemento psicológico. Assim, o sexo civil ou jurídico deve espelhar e coincidir com o sexo vivido socialmente pela pessoa’ (grifos meus). (...) Em suma, toda a interpretação jurídica, no entender deste subscritor, deve propiciar o bem estar social do indivíduo, de modo a não causar-lhe constrangimento público. Preserva-se, assim, o direito específico e palpável à intimidade da autora, como decorrência do princípio da dignidade humana. Lembre-se que a desconformidade entre o sexo jurídico e o sexo psicológico é, singelamente, o que constitui, depuradas as tantas variáveis possíveis, o fundamento em que se esteia a pretensão retificadora. Nesse passo, a singela virilização anômala notada, sem a realização da cirurgia de transgenitalização seja a neocolpovulvoplastia, ou, no caso, a neofaloplastia e seus procedimentos complementares, não impede, por seu caráter complementar de mera conformação dos caracteres biológicos ao sexo psicológico notado, a alteração de nome e sexo

pretendida. É o que explica M. BERENICE DIAS (op. e loc. cit.) que afirma que ‘mesmo antes da realização da cirurgia, possível a alteração do nome e da identidade sexual’ (TJSP, Apelação n.º 0008539-56.2004.8.26.0505. Grifos nossos)⁴⁹.

Logo, evidentemente correta a exegese que permite retificação de prenome e sexo jurídico independentemente da realização da cirurgia, laudos e ação judicial, deferida pelo STF no julgamento da ADI n.º 4275, para integral respeito à dignidade humana das pessoas transgênero. Com efeito, o sexo não se limita a uma questão puramente genética/biológica, sendo igualmente determinado por *aspectos psicológicos e sociais*. É preciso combater essa verdadeira *genitalização da pessoa humana* perpetrada pela jurisprudência que negava o direito à retificação de registro civil à pessoa transexual não-operada, jurisprudência esta que afirma que uma pessoa só teria *adequado* seu sexo ao outro após extirpar sua genitália. Não se pode afirmar a genitália como elemento *preponderante* na definição do sexo da pessoa, já que o *preponderante* é o sexo psicológico e social, ou seja, a forma como a pessoa se compreende e é conhecida socialmente. Dessa forma, “considerando que o direito à personalidade da pessoa humana não se limita à anatomia dos órgãos genitais, mas a um conjunto de

⁴⁹ Vejamos outro aresto: “RETIFICAÇÃO DE ASSENTO. Portador de transexualismo que fundamenta sua pretensão em situações vexatórias e humilhantes. Extinção da ação sob o fundamento de que não realizada a cirurgia de transgenitalização. Descabimento - Informações prestadas pelo médico psiquiátrico, que identificam incongruência entre a identidade determinada pela anatomia de nascimento e a identidade que a parte autora relatou sentir. *Cirurgia de transgenitalização que possui caráter secundário. Sexo psicológico é aquele que dirige o comportamento social externo do indivíduo.* Recurso provido com determinação” (SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (8. Câmara de Direito Privado). Apelação Cível n.º 0082646-81.2011.8.26.0002. Recorrente: Diego Antônio de Jesus Soares. Recorrido: O Juízo. Relator: Des. Hélio Faria. Julgamento: 30 de outubro de 2013). No inteiro teor deste julgado destacou-se que “No mérito, a questão levantada se cinge à necessidade ou não da cirurgia de transgenitalização para a retificação do nome. Assim, primeiramente, há que ser considerado que conforme laudo médico-psiquiátrico, a desconformidade psíquica entre o sexo biológico e o sexo psicológico decorre de transexualismo feminino (fl. 14). Importante não perder de vista que *o sexo psicológico é aquele que dirige o comportamento social externo do indivíduo.* Nota-se que a parte recorrente ‘não considera aceitável viver de acordo com a identidade socialmente esperada devido à designação de gênero ao nascimento e infância e/ou sua anatomia de nascimento’ (fl. 15). *O fato é que se trata de caso de transexualismo, não constituindo a cirurgia de transgenitalização requisito para a retificação de assento ante o seu caráter secundário. Embora a parte apelante afirme a intenção da cirurgia, esta possui caráter complementar, visando a conformação das características e anatomia ao sexo psicológico. Ressalta-se que submeter-se ou não ao procedimento cirúrgico é opção do indivíduo e a exigência de tal procedimento como requisito à retificação de seu nome afrontaria o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que se busca preservar. Frise-se que não é o procedimento cirúrgico em si que definirá a sexualidade da pessoa e sim, o sexo psicológico. Se vai se submeter ou não à cirurgia de transgenitalização é decisão que cabe somente ao indivíduo. [...]*” (grifos nossos).

favores biológicos, sociais e culturais, como sustenta o ilustre Desembargador Rui Portanova no acórdão supra referido, *deve prevalecer o sexo psicológico sobre a sexualidade meramente anatômica*⁵⁰.

O STF acolheu os fundamentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Opinião Consultiva n.º 24/17. Em síntese, a Corte IDH afirmou que a *identidade de gênero não se prova*, por ser algo *autopercebido* pela pessoa, tema no qual a pessoa é soberana para autodefinir [na verdade, *autoreconhecer/identificar*, por não ser algo dependente de “escolha” ou “opção” da pessoa], de sorte que a mera declaração de vontade da pessoa transgênero deve ser suficiente para o Estado e a sociedade respeitarem sua identidade de gênero. Assim, a exigência de laudos de terceiros (profissionais da saúde etc) viola o direito de liberdade e autonomia moral da pessoa transgênero na definição de sua identidade de gênero. Afirmou a Corte IDH que a exigência de cirurgia acaba impondo uma *esterilização compulsória* da pessoa para que tenha sua identidade de gênero respeitada, o que é, evidentemente, abusivo [violando, inclusive, o célebre direito de personalidade à integridade corporal de pessoas trans que não desejam realizar a cirurgia].

Bem como disse que, como se trata de tema a ser soberanamente definido segundo a autopercepção da pessoa transgênero, o procedimento administrativo (independente de ação judicial) é o que melhor se adequa ao respeito aos direitos humanos da pessoa trans. Até porque, como tenho dito desde então, se identidade de gênero não se prova, dependendo a retificação da mera declaração de vontade da pessoa transgênero nesse sentido, que sentido há em se exigir chancela judicial? O juiz seria um mero homologador da vontade da pessoa? Algo absurdo e, inclusive, incompatível com a ideologia de desjudicialização tão notoriamente implementada Brasil e mundo afora. Em tema não analisado pelo STF, disse a Corte IDH que é desproporcional que o Estado imponha à pessoa a pesquisa de certidões negativas de processos e protestos, cabendo a ele tal diligência, que não pode impedir a retificação do registro civil da pessoa trans.

Foi mais uma decisão histórica do STF, que reconheceu a *igual dignidade* das pessoas transgênero relativamente às cisgênero. Precedida que foi, *no mesmo dia*, de decisão igualmente emblemática do Tribunal Superior Eleitoral, em

⁵⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (8. Câmara Cível). Apelação Cível nº 70.019.900.513. Recorrente: Marcelo Finkler dos Reis. Recorrido: A justiça. Relator: Des. Claudir Fidelis Faccenda. Julgamento: 13 de dezembro de 2007.

processo de Consulta formulado pela Senadora Fátima Bezerra (PT/RN), que reconheceu o direito de *mulheres transexuais* se enquadrarem nas *cotas eleitorais* destinadas ao *sexo feminino*.

O Relator bem afirmou que a *ação afirmativa* em questão visava proteger a *identidade de gênero feminina*, não o “sexo biológico” feminino, de sorte a *mulheres transexuais* se beneficiarem das referidas cotas. Como afirmei em parecer acostado à Consulta, entendimento em sentido contrário geraria a *teratológica perplexidade* de *homens trans*, pessoas que vivem e se apresentam enquanto homens, terem que se beneficiar de cotas criadas pela proteger as *mulheres* - o *gênero feminino*.

5 DISCRIMINAÇÃO NA DOAÇÃO DE SANGUE A HOMENS QUE FAZEM SEXO COM OUTROS HOMENS. STF, ADI 5543

Temos no Brasil e no mundo situação de absurda discriminação contra “homens que fazem sexo com outros homens” (HSH) na medida em que são proibidos de doar sangue claramente por serem considerados como um “grupo de risco”; a ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) nega considerar os HSH como um “grupo de risco” já que esta noção já foi superada pela de “práticas de risco”, donde ela fala em “situações de risco acrescido” para denotar práticas sexuais passíveis de contaminação por doenças sexualmente transmissíveis (DST), contudo, proibir aprioristicamente todos os homens que fizeram sexo com outros homens nos últimos doze meses de doar sangue, como a ANVISA insiste, implica em classificar todo e qualquer HSH não-celibatário como alguém com “alto risco” de ter alguma DST sem considerar sua conduta sexual concreta.

Com efeito, nas doações de sangue, é feito um questionário pela equipe médica pelo qual se perguntam sobre diversas condutas consideradas de risco, não apenas sexuais, entre elas se a pessoa pratica sexo seguro (com preservativo) por parte de HSM - homens que fazem sexo [apenas] com mulheres, para excluir pessoas com “práticas de risco” de contaminação por alguma doença transmissível pela doação de sangue, mas para HSH pergunta-se apenas se eles praticaram sexo com outros homens para impedir a doação de sangue, mesmo que a prática sexual em questão tenha sido com preservativo e com parceiro fixo, o que demonstra tratar-se de puro preconceito que gera uma classificação apriorística de HSH como

um “grupo de risco”, em contraposição ao que se faz por HSM.

Trata-se de discriminação absurdamente inconstitucional por irrazoável (se o HSH não teve práticas de risco, não faz sentido proibir sua doação de sangue), indignificante (por classificar HSH como pessoas aprioristicamente irresponsáveis ou, mesmo sem culpa, em “situações de risco acrescido”, sem considerar suas condutas concretas, considerando-os assim como menos dignos que homens que fazem sexo com mulheres), caracterizando assim uma diferenciação arbitrária por não se perquirir a conduta sexual concreta de HSH para se considerá-los aprioristicamente como “suspeitos” a terem alguma doença transmissível pela doação de sangue.

É medida *inadequada*, já que HSH que não tenham práticas de risco não são aptos a contaminar o sangue dos hemocentros, *desnecessária*, porque há meio menos gravoso de se promover a segurança do sangue dos hemocentros sem prejuízo dos direitos de HSH, a saber, fazer-se a mesma pergunta que se faz a HSM (se praticou sexo seguro, com preservativo, entre as demais perguntas), e, assim, *desproporcional em sentido estrito*, já que o direito à não-discriminação há de prevalecer sobre o preconceito apriorístico contra HSH que não tenham práticas de risco. Logo, inconstitucional, por violadora do princípio da proporcionalidade - como, inclusive, já reconhecido pelo *Tribunal Constitucional da Colômbia*. Vejamos trechos fundamentais da ementa da decisão⁵¹:

[...] Estudos científicos têm demonstrado que uma das formas de transmissão da enfermidade são práticas sexuais inseguras e não a orientação sexual das pessoas em si. A restrição de doação de sangue aos homens homossexuais constituiu uma *medida que não é eficaz* para conseguir identificar os doadores que configuram um risco [...]

- *Direito à igualdade e princípio da não-discriminação*: proibição do tratamento discriminatório baseado no critério de orientação sexual. O direito à igualdade e não-discriminação é um dos princípios fundamentais do Estado Social de Direito e uma das garantias de proteção aos grupos tradicionalmente discriminados e marginalizados na sociedade. Em razão desse princípio, as autoridades estatais têm o dever de se abster de incentivar ou realizar tratamentos discriminatórios, por um lado e, por outro, o dever de intervir - o Estado deve tomar as medidas necessárias para superar as condições de desigualdade material que os grupos discriminados enfrentam. No mesmo sentido, as autoridades estatais têm o *dever especial de proteção*, que implica na

⁵¹ Íntegra disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-248-12.htm>. Acesso em: 10 jun. 2016.

obrigação de *salvaguardar os grupos minoritários ou tradicionalmente discriminados, de ações ou práticas de terceiros que estimulem, mantenham ou favoreçam situações discriminatórias*. A Corte estabeleceu quem em se tratado de medidas que mantém o tratamento diferenciado com base na orientação sexual das pessoas, estas devem ser estudadas sob o juízo de proporcionalidade estrito, pois se trata de uma categoria suspeita. [...] A Corte Constitucional tem aplicado o *teste de proporcionalidade estrito* a casos onde há um *tratamento diferenciado com base na orientação sexual das pessoas*. Este é um assunto que se insere no âmbito da autonomia individual e que lhe permite adotar, sem coações, os projetos de vida que considera pertinentes, sempre que não se ofenda o ordenamento jurídico e os direitos das outras pessoas. Neste sentido, todo tratamento desigual que se baseia na opção sexual, em princípio, é constitucionalmente proibido, e conseqüentemente, toda distinção baseada nessa condição constituiu uma categoria suspeita que implica a aplicação do teste de proporcionalidade em seu grau de escrutínio mais estrito.

- *Orientação sexual e atividade sexual: uma coisa é a orientação sexual e outra coisa é a maneira como se realiza ou se desenvolve a atividade sexual de uma pessoa*. Por isso, entre os *fatores de risco* que devem ser considerados no momento da qualificação de um doador de sangue, *não se deve mencionar a orientação sexual, mas sim os comportamentos sexuais de risco*, como, por exemplo, relações sexuais sem nenhum tipo de proteção ou com pessoas desconhecidas, a promiscuidade, não manter uma relação estável, etc. A jurisprudência da Corte tem dito que a orientação sexual é um critério suspeito e os tratamentos baseados neste critério se presumem inconstitucionais e, por isso, devem ser submetidos a um juízo estrito de proporcionalidade, segundo o qual se deve verificar se a medida ou critério que discrimina o ato de doar sangue por sua orientação sexual: a. pretende alcançar um objetivo constitucionalmente impérios; b. é necessário para atender a este objetivo e c. é proporcional em sentido estrito, ou seja, se seus benefícios são maiores que seus sacrifícios ou custos em termos de ofensa (afectación) de direitos fundamentais. [...] *A orientação sexual do doador, em si mesma, não é um fator de risco nestes termos, uma vez que a opção sexual que uma pessoa escolhe não conduz, necessariamente, ao exercício de uma atividade sexual de risco*. O critério estabelecido tem origem em um *marco histórico que foi reavaliado*, por estar baseado no desconhecimento das causas de transmissão do HIV. *Na atualidade, está claro que a transmissão do vírus não depende da orientação sexual*, mas sim de vários fatores que devem ser esclarecidos no momento da seleção do doador, concretamente, como a proteção que tenha ou não utilizado nas relações sexuais. O critério aplicado ao demandante *não é adequado nem necessário*, pois existem outros critérios e medidas que podem ser adotadas pelos profissionais de saúde e que são mais eficazes para detectar os riscos do HIV, *porque analisam diretamente a conduta de risco e, além disso, não afetam o direito à igualdade e não-discriminação e permitem desestimular preconceitos e estigmas sociais contra a população LGBT*. (grifos nossos)

O tema começou a ser julgado pelo STF, na ADI nº 5543, interrompido por

pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes, quando se encontrava 4x1 para derrubar referida discriminação. Nas palavras do Relator, Ministro Edson Fachin: “A orientação sexual não contamina ninguém. O preconceito, sim”.

6 LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO. DISCURSOS DE ÓDIO E A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA. STF, MI 4733 E ADO 26

Outra questão relevante aos direitos das minorias sexuais e de gênero refere-se aos limites à liberdade de expressão. Considerando que desde a célebre “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” pós-Revolução Francesa se entende a liberdade como o direito de se fazer o que se quiser *desde que* não se prejudiquem terceiros, evidentemente não se encontram abarcados pelo âmbito de proteção da liberdade de expressão os discursos de ódio, as ofensas (a indivíduos ou coletividades) e as incitações ao preconceito e/ou à discriminação em geral, já que tais condutas evidentemente prejudicam suas vítimas. Como diz o amigo e constitucionalista Alexandre Melo Franco Bahia, Doutor em Direito Constitucional, os discursos de ódio configuram-se, no máximo, como *abuso de direito*, jamais sendo protegidos pelo direito fundamental à liberdade de expressão. É inadmissível considerar tais discursos e ofensas em geral como protegidos pela liberdade de expressão.

A jurisprudência internacional tem isto reconhecido, inclusive quando se trata de expressões de ideias motivadas na religião. Sobre o tema, anote-se que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, no julgamento do caso *Vejdeland e outros v. Suécia*⁵², declarou que a condenação criminal de indivíduos por distribuírem panfletos ofensivos a homossexuais não viola a Convenção Europeia de Direitos Humanos, justamente no contexto de que a liberdade de expressão não garante um pseudo “direito” a manifestações homofóbicas/transfóbicas, reiterando seu posicionamento no sentido de que *a discriminação por orientação sexual é tão séria/grave quanto a discriminação por “raça, origem e cor”*, donde, acrescentamos, merece a mesma punição criminal (o mesmo valendo, evidentemente, para fins da discriminação por identidade de gênero).

⁵² Para a íntegra da decisão, vide <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=900340&portal=hbkms&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>. Acesso em: 29 abr. 2012.

Em outro caso, a Suprema Corte da Inglaterra condenou um hotel que se recusou a permitir que um casal homoafetivo se hospedasse em um quarto com cama de casal por conta das crenças religiosas de seus donos, ensejando a condenação do hotel a indenizar o casal homoafetivo em questão por conta da discriminação perpetrada, sob o correto fundamento de que a liberdade religiosa não dá o direito a religiosos discriminarem terceiros. Afinal, os direitos fundamentais, como o direito à não-discriminação, devem ser respeitados nas relações privadas (STF, RE 201.819/RJ).

Vale destacar que situação diferente ocorre na questão do casamento religioso: quando um casal deseja se casar em determinada igreja/instituição religiosa, ele está buscando a *benção* da mesma, logo, está basicamente *pedindo aceitação* a ela, o que justifica a negativa de instituições religiosas celebrarem casamentos religiosos que entendam contrariarem os seus dogmas - o Estado pode impor coercitivamente a realização do casamento *civil* porque este é um regime jurídico que garante direitos (e obrigações) na sociedade, cuja negativa gera efetiva discriminação, o que não ocorre com o casamento religioso. Por outro lado, quando alguém deseja se hospedar em um estabelecimento comercial, não está buscando a “benção” do mesmo, mas apenas se utilizar de seus serviços, enquanto consumidor. No passado, pessoas racistas se recusavam a atender pessoas negras em seus estabelecimentos por conta de seu preconceito negrofóbico, por vezes com base em crenças religiosas.

Por conta de tais situações, passou-se a se considerar como inadmissível que empresários/comerciantes perpetrem discriminações, deixando de atender determinadas pessoas. Quando alguém abre um estabelecimento comercial, adquire a obrigação de atender a toda e qualquer pessoa, sem discriminações. O princípio da não-discriminação se aplica às relações privadas, como os direitos fundamentais em geral: não é somente o Estado que não pode discriminar, ninguém pode oprimir ou segregar outras pessoas fora dos casos das leis vigentes, as quais só serão válidas se respeitarem os direitos fundamentais e, portanto, o princípio da não-discriminação (art. 3º, IV, da CF/88). Logo, ônus ao empresariado/comércio é o respeito a toda e qualquer pessoa, o que supõe o atendimento de todos aqueles que tenham condições financeiras de frequentar o estabelecimento comercial/empresarial em questão.

Por razões equivalentes, são inadmissíveis práticas de *bullying* em escolas e assédio moral no ambiente de trabalho contra pessoas LGBT. Aliás, considerando

que o *bullying* transfóbico faz com que muitas travestis e transexuais abandonem as escolas e se vejam forçadas a se tornarem profissionais do sexo para sobreviverem, são urgentes políticas públicas e ações afirmativas (VECCHIATTI, 2015) para fornecer educação formal e empregos para tais populações de sorte a lhes possibilitar uma escolha real, possibilitando àquelas que desejem abandonar a prostituição e àquelas que não tenham mais condições de exercer tal atividade um emprego formal. Inclusive com cotas para universidades, nos mesmos moldes das cotas raciais e sociais, já que as cotas têm como um de seus principais fundamentos, além da reparação de discriminação histórica, a garantia da diversidade social nas universidades, que teria muito a se enriquecer com a presença de travestis e transexuais.

Outras decisões internacionais existem sobre o tema, afirmando que a liberdade de expressão, ainda que com base em crenças religiosas, não garantem um pseudo “direito” a ofender e discriminar, como decidido por Tribunais de Turquia e Canadá: no primeiro caso, condenando quem afirmou que cartilhas que visavam ajudar professores a compreender as diferentes identidades da diversidade sexual e a combater a homofobia e a transfobia seriam uma tentativa de “perverter” e “desviar” crianças e adolescentes (quando o que se queria era apenas capacitar professores para respeitar alunos de diferentes orientações sexuais e identidades de gênero e coibir a homofobia e a transfobia entre alunos)⁵³; no segundo, afirmando que mesmo trechos bíblicos, quando usados com o intuito de criar generalizações (preconceituosas) contrárias a minorias e grupos vulneráveis (como homossexuais), não estão protegidos pela liberdade de expressão pelo contexto discriminatório em que são usados, como no caso, no qual um cartaz dizia “mantenha a homossexualidade fora das escolas públicas” e insinuava que se estaria a querer afirmar que a homossexualidade seria “melhor” que a heterossexualidade (parafraseamos)⁵⁴.

No Brasil, o tema dos limites da liberdade de expressão ainda carece de desenvolvimento e melhores compreensões. Não à toa, sempre dizemos que a liberdade de expressão é um grande mal entendido nesse país (e no mundo), visto que há pessoas que se acham no “direito” de ofender indivíduos ou coletividades

⁵³ Cf. (em inglês): http://www.lgbtqnation.com/2013/07/landmark-turkish-court-ruling-anti-gay-language-is-not-freedom-of-speech/#.UqaAz_RDvT8. Acesso em: 9 dez. 2013.

⁵⁴ Cf. (em inglês): <http://christiannews.net/2013/02/28/canadian-supreme-court-rules-biblical-speech-opposing-homosexual-behavior-is-a-hate-crime/>. Acesso em: 9 dez. 2013.

mediante generalizações preconceituosas e mesmo proferir discursos aptos a incitar ao preconceito e/ou à discriminação.

Sobre a criminalização da homofobia e da transfobia, cabe mencionar nestas breves linhas que a pretensão do Movimento LGBTI+ se refere unicamente a acrescentar as expressões “orientação sexual” e “identidade de gênero” na Lei de Racismo (Lei nº 7.716/89) para, assim, tornar crime tudo aquilo que constitui crime se praticado em razão da “raça, cor, etnia, procedência nacional e religião”, critérios da referida lei⁵⁵. Aliás, tendo o STF afirmado que racismo é toda ideologia que pregue a inferioridade de um grupo relativamente a outro (HC nº 82.424/RS), consagrado assim o conceito de “racismo social” para que o racismo não se tornasse “crime impossível” ante o Projeto Genoma ter acabado com a crença forte até então de que a humanidade seria composta de “raças biologicamente distintas entre si”, percebe-se que a homofobia e a transfobia são espécies do gênero racismo, donde devem ser criminalizadas da mesma forma. O crime de discriminação “por raça”, nesse acepção social do termo “racismo”, em interpretação evolutiva (porém literal, dentro dos limites semânticos do termo “raça”), já abarcaria a discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero. É o defendido em ações movidas perante o STF visando o reconhecimento da mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização específica da homofobia e da transfobia (MI nº 4733 e nº ADO 26), ainda pendentes de julgamento, mas que contam com três pareceres favoráveis da Procuradoria-Geral da República, inclusive nessa acepção de *racismo social* abarcar a homofobia e a transfobia.

Vivemos verdadeira *banalidade do mal homofóbico e transfóbico*, já que muitas pessoas se sentem no pseudo “direito” de ofender, agredir, discriminar e mesmo matar pessoas LGBTI+ por sua mera orientação sexual não-heteroafetiva e identidade de gênero transgênera, o que não tem sido coibido eficientemente nem mesmo nos poucos locais (municípios e estados) que possuem leis administrativas antidiscriminatórias. Logo, mesmo a ideologia do *Direito Penal Mínimo* demanda pela criminalização da homofobia e da transfobia, visto que temos bens jurídicos relevantes (bens jurídico-penais), a saber, o direito à tolerância, à segurança, à

⁵⁵ Como se percebe, como a proposta de criminalização visa incluir “orientação sexual” e “identidade de gênero” na lei e não “homofobia” e “transfobia”, percebe-se que as tais “heterofobia” e “cisfobia”, se algum dia vierem a existir, estarão scriminalizada pelo referido projeto.

livre orientação sexual e à livre identidade de gênero, bem como pelos demais ramos do Direito não estarem se mostrando suficientes para protegê-los (como provam Estados com leis estaduais administrativas antidiscriminatórias que não conseguem coibi-las a contentos, como no caso de São Paulo e sua Lei Estadual 10.948/01), donde temos inconstitucionalidade por proteção insuficiente pela não-criminalização específica da homofobia e da transfobia (princípio da proporcionalidade na acepção de proibição de proteção insuficiente, já reconhecido por doutrina⁵⁶ e jurisprudência⁵⁷).

7 A LUTA POR UMA EDUCAÇÃO INCLUSIVA (NÃO-DISCRIMINATÓRIA) NAS ESCOLAS. STF, ADI 5668

O *Plano Nacional de Educação*, em sua redação original (enquanto projeto de lei), proibia todas as formas de discriminação, “especialmente por raça, orientação sexual e gênero”. Em razão dessa parte final, começou, no Brasil, no final de 2014, a *histeria fundamentalista e reacionária* contra o que chamam de “ideologia de gênero” (que continuou, nos âmbitos estaduais e municipais, pelo mesmo motivo). Defendem a tese (ideológica) de que as pessoas nasceriam heterossexuais e cisgêneras, de sorte a que o Movimento LGBTI estaria querendo “confundir as crianças”, possivelmente para “transformá-las em gays”.

Embora não digam exatamente isso com essas palavras, essa é a difamação mundial que fundamentalistas e reacionários em geral proferem contra o Movimento LGBTI, potencializada nesse debate da “ideologia de gênero”. Em razão de sua eficiente pressão a partir do medo e da *tática do espantalho* (inventar um monstro, inexistente no mundo real, e dizer que se está a combatê-lo, na oposição a determinado tema), conseguiram tirar as menções a gênero, identidade de

⁵⁶ V.g., STRECK (2009, p. 46, 50-51, 57-58, 92, 96, 101, 103-106), e GONÇALVES (2007, p. 158, 160 e 170-171).

⁵⁷ V.g., BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.800/DF. Requerente: Associação dos Notários e Registradores do Brasil. Relator para acórdão: Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 11 de junho de 2007; e BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.112/DF. Requerente: Partido Trabalhista Brasileiro. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 2 de maio de 2007; e SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (4. Câmara de Direito Criminal). Apelação criminal nº 0052878-39.2006.8.26.0050. Recorrente: Alex Ferreira de Melo Abade. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Des. William Campos. Julgamento: 1 de fevereiro de 2011, ao afirmar que o *princípio da proporcionalidade* abrange “a *garantia de proteção eficiente*” por parte do Estado.

gênero e orientação sexual dos planos de educação país afora (e até de *raça*, do Plano Nacional).

Juristas reacionários elaboraram *modelo de notificação extrajudicial* aos pais, para que notifiquem as escolas que, se elas “ensinarem ideologia de gênero”, estarão violando o direito humano dos pais a darem a “educação moral” a seus filhos e serão, por isso, processadas por danos morais. É fato notório que as escolas em geral encontram-se amedrontadas e, muitas vezes, entendem que haveria uma “proibição legal” a tratarem de gênero e sexualidade nas escolas. Em razão disso, movi a ADI nº 5668, em nome do PSOL, pleiteando que o STF afirme que o Plano Nacional de Educação proíbe as discriminações por gênero, identidade de gênero e orientação sexual nas escolas públicas e privadas. Nos casos em que municípios aprovaram leis proibindo expressamente o ensino de “ideologia de gênero”, “diversidade sexual”, “homofobia” etc nas escolas, a PGR tem ingressado com ações no STF para derrubar tais proibições expressas.

Note-se que a *histeria* social criada contra a palavra “gênero” surgiu por conta de projeto de lei que se limitava a impor às escolas a proibição da discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero. Por isso, na ação defendo que a oposição a isso visa permitir a prática do *bullying* homofóbico, transfóbico e machista. Somente isso a cláusula legal vedando a discriminação nas escolas visaria impedir. O conteúdo concreto de como se trataria dos temas de gênero e sexualidade ficaria a cargo do Ministério da Educação, como ocorre com a grade curricular de qualquer disciplina (e nem haveria, necessariamente, uma disciplina autônoma neste caso), sujeito aos controles democráticos via Executivo e Legislativo. Tudo que o Movimento LGBTI Brasileiro demanda é o reconhecimento da existência de crianças e adolescentes LGBTI e sua proteção nas escolas.

Os opositores usam “ideologia” na acepção pejorativa do termo, enquanto ao contrário à realidade objetiva/empírica (curiosamente, o sentido marxista de “ideologia”). Trata-se de uma noção notoriamente problemática nas ciências humanas, enquanto *ciências da compreensão*, que se pautam em valorações subjetivas (nas quais pessoas racionais e de boa-fé podem, legitimamente, discordar), ao contrário das ciências exatas, que são *ciências da constatação*, pautadas pelo critério da constatação empírica de ocorrência ou não de um fato. De qualquer forma, como ironizo nas ações, quem age de forma *ideológica*, no sentido de *contrariamente ao que mostra a realidade objetiva*, é quem nega a existência de crianças LGBTI.

As crianças obviamente não têm essa terminologia em mente, mas é fato notório e já bem constatado por matérias jornalísticas e estudos essa existência: meninos que querem namorar com meninos e meninas com meninas, dentro do *afeto lúdico* que se acha natural entre crianças e adolescentes de gêneros opostos (crianças LGB); crianças que identificamos como de um gênero mas que querem se vestir e se portar como pessoas do outro gênero (crianças trans), além das crianças intersexos. A questão é que instituições religiosas fundamentalistas e pessoas reacionárias em geral defendem, *ideologicamente*, a tese da “opção sexual”, como se as pessoas “nascessem” heterossexuais cisgêneras e, na fase adulta, “escolhessem” uma orientação sexual não-heteroafetiva ou identidade de gênero transgênera. Trata-se de algo completamente contrário ao mundo empírico, já que pessoas LGBTI sempre declararam perceber sua orientação sexual ou identidade de gênero minoritária desde a tenra infância. Estudos e matérias jornalísticas também atestam a existência de crianças e adolescentes que não se enquadram na heterossexualidade cisgênera.

Consoante defende o Movimento *Mães pela Diversidade*, é preciso reconhecer a existência da criança LGBTI e a necessidade de sua proteção. Combatendo o *bullying* homofóbico, transfóbico e machista que assola as minorias sexuais e de gênero na infância e adolescência. Pois o que existe atualmente é uma *ideologia de gênero heterocissexista*, que prega a heterocisnormatividade, ou seja, a heterossexualidade compulsória e a cisgeneridade compulsória. Quem oprime é a maioria heterossexual cisgênera quando não aceita que minorias sexuais e de gênero tenham sua orientação sexual e identidade de gênero não-hegemônicas respeitadas.

É apenas isso que se pleiteia quando se requer que se trate de gênero e sexualidade nas escolas: que se reconheça o dever de não-discriminar o diferente (“o Outro”). Lembrando-se que a Lei de Diretrizes e Bases, no Brasil, impõe às escolas que promovam a liberdade e a tolerância (art. 3º, IV). Sobre o direito humano dos pais a conferir educação moral aos(as) filhos(as), é preciso compatibilizá-lo com o direito humano a não ser discriminado (o dever constitucional e convencional de não-discriminar), de sorte a que a concordância prática destes dois direitos significa que, *em casa*, os pais conferem a educação moral que bem entenderem aos(as) filhos(as), enquanto *as escolas* ensinam a respeitar ou, no mínimo, tolerar as pessoas diferentes de si, *no mínimo* não agredindo/discriminando/ofendendo. Algo basilar à vida em sociedade. As escolas,

inclusive, existem para ensinar crianças e adolescentes a conviverem harmonicamente com pessoas distintas de si.

É simplesmente absurdo dizer que as escolas deveriam se limitar a ensinamentos técnicos voltados à aprovação em exames de ingresso em universidades, sem se preocupar com as discriminações concretas que ocorrem em seus corredores. Até porque inúmeros relatos há de pessoas LGBTI adultas afirmando que eram discriminadas não só por colegas, mas por professores(as) e pela direção das escolas. Logo, é preciso implementar o dever constitucional e convencional à não-discriminação, também nas escolas.

Não há previsão para julgamento da ação.

8 DIREITOS DAS PESSOAS INTERSEXUAIS

Intersexuais ou intersexos são as pessoas que nasceram com caracteres sexuais culturalmente entendidos como pertencentes de ambos os sexos, na lógica do *binarismo de gêneros* masculino/feminino. Ou seja, são pessoas que nasceram ou com um *genital ambíguo*, com caracteres tanto de um pênis quanto de uma vagina, e/ou com caracteres genéticos tanto de *machos* (XY) quanto de *fêmeas* (XX). Dessa forma, médicos(as), em conjunto com a família, decidem qual o sexo que desejam para o bebê, e realizam uma *cirurgia*, para construir plasticamente um pênis ou uma vagina.

Esclareça-se que se trata de cirurgia *mutiladora* em pessoas intersexos e não em pessoas transgênero porque estas a realizam de acordo com sua autonomia da vontade, enquanto pessoas intersexos têm a si imposta, ao nascer, a cirurgia, em razão das expectativas sociais encampadas por médicos(as) e família, por força da *ideologia de gênero cisnormativa* socialmente hegemônica. Com efeito, há pessoas intersexos que só se descobrem como tais depois de adultas, já que família e médicos(as) muitas vezes não contam isso a elas nem após sua maioridade. Trata-se de drama análogo àquele das pessoas transgênero, de identidade de gênero autopercebida dissonante daquela que lhes foi imposta ao nascer, mas com o *agravante* da cirurgia mutiladora feita à sua revelia, por realizada quando ainda bebês. Por isso, o pleito da militância intersexo mundial é pelo reconhecimento do *direito humano à autodeterminação de gênero*, ou seja, que não se realize nenhuma cirurgia no bebê que não seja estritamente necessária

à sua saúde clínica, para que, quando crescer, decida com qual gênero se identifica e, somente aí, no exercício de sua autonomia da vontade, realize os procedimentos cirúrgicos que eventualmente deseje. Afinal, segundo relatam ativistas intersexos, nos mais de 40 tipos de intersexualidades, somente alguns poucos casos demandam procedimento cirúrgico para resguardo da saúde clínica de bebês intersexos. Nestes casos, a cirurgia acaba sendo necessária. Nos demais casos, em que a pessoa pode perfeitamente viver com a dualidade genital ou genética caracterizadora da intersexualidade, demanda-se que não se faça cirurgia nenhuma, para que a pessoa, quando crescer, no alto de sua autonomia da vontade, decida com qual sexo e gênero deseja se identificar. Daí demandarem pelo reconhecimento do seu direito à *diversidade corporal*, sem terem seus corpos compulsoriamente *normalizados* pelas *normas de gênero* hegemônicas.

No Brasil, o Conselho Federal de Medicina regulamentou o tema da intersexualidade por intermédio da Resolução nº 1664/2003, a qual, adotando uma lógica patologizante, considera as pessoas intersexos como portadoras de *anomalias da diferenciação sexual*. Em sua *Justificativa*, embora reconhecendo que, por mais rigorosamente científico que sejam os critérios utilizados, não há como se garantir que a pessoa intersexo se identifique com o gênero que lhe foi imposto, ao nascer, por decisão conjunta de médicos(as) e família, relativamente à sua real *identidade de gênero* autopercebida. Reconhece, ainda, que há quem defenda que se deveria esperar a pessoa crescer para, somente então, ela definir sua identidade de gênero, sem operações cirúrgicas até então, mas aduz que não há estudos sobre as consequências individuais psicológicas e sociais se isso acontecesse. Ocorre que, como permite a *mutilação* dos bebês ao nascer, o próprio CFM contribui para essa ausência de estudos.

O tema da intersexualidade ainda é muito incipiente no Brasil. Embora, mundialmente, já há considerável tempo se fale em população *LGBTI*, no Brasil há uma invisibilidade das pessoas intersexos, por se tratar de um tema ainda muito marcado por preconceitos, equivalentes àqueles contra as pessoas transgênero, por se tratar, também, de uma questão de *identidade de gênero* dissonante daquela que lhe foi imposta, ao nascer, embora com a agravante da *mutilação genital* e outras cirurgias normalizadoras. Embora estas também sejam uma população muito vulnerável, já adquiriram uma visibilidade que as pessoas

intersexos não possuem⁵⁸.

Maria Berenice Dias relata que, enquanto Presidente da Comissão de Diversidade Sexual e de Gênero do Conselho Federal da OAB, quando divulgou que as Comissões Estaduais estavam abertas às pessoas intersexos, estas começaram a procurá-las, para apoio (DIAS, 2012, p. 257). Então, fica claro que a lógica deve ser a da abertura do “Movimento LGBT” às pessoas intersexos, para que estas o procurem e assumam-se, assim, enquanto *Movimento LGBTI+*, enquanto aberto a todas as minorias sexuais e de gênero, mesmo aquelas que se denominam como *queers* e, assim, não se identificam com nenhuma destas identidades mais tradicionais das minorias sexuais e de gênero - por isso o “+”, uma forma de evitar o crescimento da sigla, de sorte a torna-la impraticável, razão pela qual tenho preferido falar em *minorias sexuais e de gênero* como categoria geral, para citar as identidades específicas quando pertinente, em suas peculiaridades identitárias.

Em 10.10.2017, o Tribunal Constitucional Alemão reconheceu o *direito humano à autodeterminação do próprio gênero*, como decorrente do *direito humano e constitucional ao livre desenvolvimento da personalidade*, plenamente existente no Brasil por decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana enquanto direito da personalidade (cf., v.g., STF, ADPF nº 132/ADI nº 4277, votos dos Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello).

Segundo o Tribunal Constitucional Alemão, referido *direito da personalidade* demanda pelo reconhecimento do direito das pessoas intersexos a não terem a si imposto um dos tradicionais gêneros binários ao nascer, mas uma terceira opção de gênero (como, por exemplo, “gênero indefinido”), precisamente para, posteriormente, não terem seu direito à identidade de gênero prejudicado por uma decisão que obviamente não foi sua.

Dessa forma, concluiu o Tribunal Constitucional Alemão, viola o direito constitucional e humano de pessoas intersexos exigir-se uma identificação de

⁵⁸ No próprio *Movimento LGBT* ainda se encontra alguma resistência à sigla *LGBTI*, demandando-se que as pessoas intersexos primeiro se organizem para, só depois, em uma *Conferência LGBT*, o movimento delibere se aceita ou não referida inclusão. Em debates na militância, sempre considerei essa uma postura extremamente insensível (uma absurda espécie de “teoria do cada um com o seu problema”) com um drama absolutamente equivalente ao das pessoas transgênero, já que se trata de uma questão de *identidade de gênero*, embora com a agravante da cirurgia mutiladora ao nascer. E, sendo uma questão de *identidade de gênero*, embora com um aspecto biológico também envolvido, justifica-se a inclusão das pessoas intersexos entre as *minorias de gênero* (logo, das *minorias sexuais e de gênero*), enquanto pessoas discriminadas por sua identidade de gênero (mulheres cisgênero enquadram-se neste conceito por serem discriminadas pelas normas de gênero socialmente hegemônicas).

gênero ao nascer que somente possibilite a escolha entre “homem” e “mulher”, pois isso viola o direito à não-discriminação das pessoas que não se identificam nem como “homens” nem como “mulheres”⁵⁹. Gera-se, assim, o *direito humano e constitucional à autodeterminação de gênero*, deve-se concluir de referida decisão (aplicável não só a pessoas intersexos, mas também a transgêneros - transexuais e travestis).

Daí a pertinência da comparação do tema com a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, na *Opinião Consultiva n° 24/17*⁶⁰, quando bem afirmou o “o *princípio* segundo o qual a *identidade de gênero não se prova*, portanto, o trâmite deve estar baseado na mera expressão de vontade do(a) solicitante”⁶¹, razão pela qual a única *prova* que se pode exigir para tanto é a documental, relativa a uma declaração de vontade (soberana) da pessoa transgênero (transexual ou travesti) para tanto, de sorte a violar o direito humano e constitucional ao livre desenvolvimento da personalidade a exigência de laudos, de profissionais da saúde, para permitir a retificação de prenome e sexo jurídico das pessoas transgênero, por se tratar a identidade de gênero como algo relativo à profunda *intimidade* da pessoa transgênero, razão pela qual ela é soberana para defini-la, por autoidentificação. O que, mundo afora, faz com que se exija apenas declaração de vontade escrita e assinada da pessoa transgênero para que possa retificar seu registro civil⁶². Direitos humanos e constitucionais que restam, assim, afrontados, ao se exigir que um terceiro, profissional da saúde que seja, tenha que avaliar a identidade de gênero de uma pessoa transgênero para que ela possa ter seu prenome e sexo alterados (como normalmente exige o Ministério Público e o Judiciário em casos de retificação de registro civil de transgêneros, nas instâncias ordinárias).

Como se vê, a questão jurídico-constitucional e convencional subjacente às pessoas intersexos e transgênero é absolutamente equivalente, por, em ambos os casos, se tratar de um tema relacionado à identidade de gênero, razão pela qual, em âmbito interamericano, a mesma *ratio decidendi* utilizada pela Corte

⁵⁹ Cf. <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2017/bvg17-095.html>. Acesso em: 12 nov. 2017. Trechos citados por paráfrase, em tradução livre.

⁶⁰ Cf. http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf. Acesso em: 10 fev. 2018.

⁶¹ *Item 129* da decisão, raciocínio desenvolvido nos itens 121 a 133.

⁶² Daí a inspiração do art. 4º, II, do PL n.º 5.002/2013, do Deputado Jean Wyllys (PSOL/RJ) e da Deputada Erika Kokay (PT/DF), para criar uma *Lei de Identidade de Gênero Brasileira*, que exige referida declaração escrita para a retificação do registro civil das pessoas transgênero.

Interamericana para proteger o direito ao respeito à identidade de gênero das pessoas transgênero também demanda o respeito à integridade corporal das pessoas intersexos. De sorte a que o direito humano e constitucional ao livre desenvolvimento da personalidade exigir que não se realize a cirurgia (mutiladora) quando bebê (quando não necessária à sua saúde clínica), para que o direito à identidade de gênero autopercebida das pessoas intersexos não sejam prejudicados quando estas não se identifiquem com o *sexo* e a consequente *identidade de gênero* que lhes foi imposta, ao nascer, por sua família e médicos(as).

▪ CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em sede de conclusão sobre o atual estágio dos direitos da população LGBTI+ brevemente tratados neste artigo:

(i) a união estável homoafetiva está garantida pela força de lei da decisão do STF na ADPF nº 132 e da ADI nº 4277, ao passo que o casamento civil homoafetivo encontra-se garantido pela Resolução CNJ nº 175/2013, a despeito da existência de ação judicial questionando dita resolução (ADI nº 4966), que deve ser julgada improcedente, visto que o efeito vinculante e a eficácia *erga omnes* da decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade garantem às uniões estáveis homoafetivas “as mesmas consequências da união estável heteroafetiva”, de sorte a que, sendo uma destas a possibilidade de conversão em casamento civil, o direito ao casamento civil homoafetivo encontra-se implicitamente decorrente da referida decisão -a despeito de persistir a necessidade de se alterar o Código Civil e a Constituição Federal para que se acabem as discussões jurídicas acerca do tema;

(ii) a adoção homoparental parece consolidada na jurisprudência, até pela necessidade de parecer de assistente social e psicólogo para se deferir a adoção, pareceres favoráveis estes que provam a juízes sobre a plena capacidade de homossexuais e casais homoafetivos exercerem a parentalidade, juntamente com os diversos estudos que comprovam a inexistência de prejuízos a crianças e adolescentes por sua mera criação por um casal homoafetivo relativamente àquelas(es) criadas(os) por casais heteroafetivos. Acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, decisões monocráticas do Supremo Tribunal Federal e decisão da Corte

Interamericana de Direitos Humanos consolidaram esse direito no Brasil;

(iii) pessoas transexuais têm hoje consolidado o direito à realização da cirurgia de transgenitalização por força do artigo 13 do Código Civil e da Resolução CFM nº 1.955/2010 e, uma vez tendo realizado a cirurgia, têm na jurisprudência garantido o direito à retificação de seu prenome e sexo jurídico;

(iii.1) encerrando polêmica jurisprudencial sobre o direito de pessoas transexuais alterarem seu prenome e seu sexo jurídico sem a realização da cirurgia de transgenitalização, o STF, na ADI nº 4275, ratificando os fundamentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos na OC nº 24/17, reconheceu referido direito independente de cirurgia, de laudos e de ação judicial, em respeito ao direito humano e constitucional ao livre desenvolvimento da personalidade. Corretas as decisões, pois é preciso deixar de genitalizar a pessoa humana, entendendo-se que uma pessoa é um “homem” ou uma “mulher” por circunstâncias que vão muito além de sua genitália ou seus genes; se a pessoa se entende como mulher, se veste como mulher, se porta como mulher e é tratada como mulher, ela é uma mulher, independentemente de cirurgia, o mesmo valendo para o caso de quem se entende/veste/porta/é tratado como homem: *ele é um homem - o ser humano é um animal eminentemente psicológico, afetivo, social e político e não meramente, nem preponderantemente, biológico; o ser humano transcende, em muito, o seu genital;*

(iii.1.1) percebe-se que o STF reconheceu o direito de pessoas transgênero retificarem seu registro civil, logo, não apenas transexuais, mas também travestis;

(iv) é desnecessária a alteração legislativa para se reconhecer o direito ao casamento civil, à união estável e à adoção conjunta por casais homoafetivos, bem como à alteração do prenome e do sexo jurídico de travestis e transexuais, mas tais leis (e, no caso da união homoafetiva, emenda constitucional) são importantes para se acabar com as divergências jurídicas sobre o tema e porque um país só é verdadeiramente democrático quando sua legislação expressamente reconhece direitos das pessoas em geral, logo, também de minorias e grupos vulneráveis, para que estas não tenham que ter longas batalhas judiciais para terem seus direitos humanos/fundamentais respeitados;

(v) a jurisprudência internacional tem imposto limites à liberdade de expressão, mesmo oriunda de crenças religiosas, afirmando que ela não garante um pseudo “direito” a discursos homofóbicos/transfóbicos e, enfim, a discursos de ódio, ofensas e incitações ao preconceito e/ou à discriminação. A jurisprudência

brasileira ainda precisa amadurecer sobre este tema. A liberdade de expressão precisa deixar de ser um grande mal entendido e amadurecer para que não seja usada para legitimar discursos de ódio, ofensas e incitações ao preconceito e/ou à discriminação em geral. Afinal, *liberdade de expressão não é liberdade de opressão*⁶³;

(v.1) como defendido perante o STF no MI nº 4733 e na ADO nº 26, encontra-se em mora inconstitucional o Congresso Nacional na criminalização específica da homofobia e da transfobia, *no mínimo* por força do art. 5º, XLI, que demanda que a lei puna toda discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais, lei esta que deve ser penal, pela proibição de proteção insuficiente inerente ao princípio da proporcionalidade; mas também pelo art. 5º, XLII, por homofobia e transfobia se enquadrarem no conceito de *racismo social* afirmado pelo STF no célebre HC 82.424/RS, de sorte a, por interpretação conforme a Constituição, enquadrarem-se, por interpretação evolutiva, mas literal, no crime de “discriminação por raça”, do art. 20 da Lei 7.716/89, consoante pareceres da Procuradoria-Geral da República nestes processos. Demanda-se por *igual proteção penal*: nem mais, nem menos;

(v.1) inadmissíveis práticas de *bullying* em escolas e assédio moral no ambiente de trabalho contra pessoas LGBT, sendo urgentes políticas públicas e ações afirmativas para fornecer educação formal e empregos às populações travesti e transexual, que em geral abandonam as escolas em razão do bullying transfóbico e são forçadas a se tornarem profissionais do sexo para sobreviverem, para assim lhes possibilitar uma escolha real, possibilitando àquelas que desejem abandonar a prostituição e àquelas que não tenham mais condições de exercer tal atividade um emprego formal.

(vi) consoante decidido pelo Tribunal Constitucional Alemão, o direito humano e constitucional ao livre desenvolvimento da personalidade consagra o direito à autodeterminação de gênero, que demanda que não se façam cirurgias *normalizadoras* em pessoas intersexos quando bebês, exceto quando isso seja estritamente necessário à sua saúde clínica. Trata-se de situação análoga à da população transgênero, pela pessoa não se identificar com o gênero que lhe foi imposto, ao nascer, com a agravante da cirurgia *mutiladora*, quando bebê (não é mutiladora em pessoa transgênero que a realiza por se tratar de exercício de sua

⁶³ Frase constante de cartaz da 3ª Marcha Nacional contra a Homofobia, de 16.08.12 (Brasília/DF).

autonomia da vontade, algo evidentemente inexistente relativamente a bebês).

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A Proteção Constitucional do Transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BENTO, Berenice. **O que é a Transexualidade**, São Paulo: Brasiliense, 2008.

BORRILLO, Daniel. **Homofobia: História e crítica de um preconceito**. Tradução Guilherme João de Freitas Teixeira. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (3. Câmara Cível). **Apelação Cível nº 16313-9**. Ação de reconhecimento de dissolução de sociedade de fato cumulada com partilha. Demanda julgada procedente. Recurso Improvido. Recorrente: Desconhecido. Recorrido: Desconhecido. Relator: Des. Mário Albiani, 4 de abril de 2001.

BRASIL. [Constituição (1967)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília, DF: Presidência da República, [1967]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 20 jun. 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 jun. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5.002, de 20 de fevereiro de 2013**. Dispõe sobre a identidade de gênero e altera o artigo 58 da Lei 6.015 de 1973. Brasília, DF: Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565315>. Acesso em: 20 jun. 2018.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 1.664, de 13 de maio de 2003**. Define as normas técnicas necessárias para o tratamento de pacientes portadores de anomalias de diferenciação sexual. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 101, 13 maio 2003.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 1.955, de 3 de setembro de 2010**. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução CFM nº 1.652/02. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 109-110, 3 set. 2010.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013**. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas do mesmo sexo. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2013. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2504>. Acesso em: 20 jun. 2018.

- BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [1916]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 20 jun. 2018.
- BRASIL. **Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962.** Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Brasília, DF: Presidência da República, [1962]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4121.htm. Acesso em: 20 jun. 2018.
- BRASIL. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989.** Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou cor. Brasília, DF: Presidência da República, [1989]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 20 jun. 2018.
- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 20 jun. 2018.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial nº 148.897/MG.** Sociedade de fato. Homossexuais. Partilha do bem comum. O parceiro tem o direito de receber a metade do patrimônio adquirido pelo esforço comum, reconhecida a existência de sociedade de fato com os requisitos do art. 1363 do C. Civil. Responsabilidade Civil. Dano moral. Assistência ao doente com AIDS. Improcedência da pretensão de receber do pai e do parceiro que morreu com AIDS a indenização pelo dano moral de ter suportado sozinho os encargos que resultaram da doença. Dano que resultou da opção de vida assumida pelo autor e não da omissão do parente, faltando o nexo de causalidade. Art. 159 do C. Civil. Ação possessória julgada improcedente. Demais questões prejudicadas. Recurso conhecido em parte e provido. Recorrente: Milton Alves Pedrosa. Recorrido: João Batista Prearo. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar, 10 de fevereiro de 1998. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=199700661245. Acesso em: 20 jun. 2018.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial nº 820.475/RJ.** 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 do Código Civil. Alegação de lacuna legislativa. Possibilidade de emprego da analogia como método integrativo. Recorrente: A.C.S e Outro. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 2 de setembro de 2008. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200600345254. Acesso em: 20 jul. 2018.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1.008.398/SP.** Direito civil. Recurso especial. Transexual submetido à cirurgia de redesignação sexual. Alteração do prenome e designativo de sexo. Princípio da dignidade da pessoa humana. Recorrente: Clauderson de Paula Viana. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Nancy Andrigui, 15 de outubro de 2009. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200702733605&dt_publicacao=18/11/2009. Acesso em: 20 jun. 2018.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial nº 737.993/MG.** Registro público. Mudança de sexo. Exame de matéria constitucional. Impossibilidade de exame na via do Recurso Especial. Ausência de prequestionamento. Súmula n. 211/STJ.

Registro civil. Alteração do prenome e do sexo. Decisão judicial. Averbação. Livro cartorário. Recorrente: R.N.R. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. João Otávio Noronha, 10 de novembro de 2009. https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500486064&dt_publicacao=18/12/2009. Acesso em: 20 jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial nº 889.852/RS**. Direito Civil. Família. Adoção de menores por casal homossexual. Situação já consolidada. Estabilidade da família. Presença de fortes vínculos afetivos entre os menores e a Requerente. Imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores. Relatório da Assistente Social favorável ao pedido. Reais vantagens para os adotandos. Artigos 1º da Lei 12.010/09 e 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Deferimento da medida. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: L.M.B.G. Relator: Min. Luís Felipe Salomão, 27 de abril de 2010. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200602091374. Acesso em: 20 jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial nº 1.183.378/RS**. Direito de família. Casamento civil entre pessoas do mesmo sexo (homoafetivo). Interpretação dos arts. 1.514, 1.521, 1.535 e 1.565 do Código Civil de 2002. Inexistência de vedação expressa a que se habilitem para o casamento pessoas do mesmo sexo. Vedação implícita constitucionalmente inaceitável. Orientação principiológica conferida pelo STF no julgamento da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF. Recorrente: K.R.O. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 25 de outubro de 2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201000366638. Acesso em: 20 jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1.281.093/RS**. Civil. Processual Civil. Recurso Especial. União homoafetiva. Pedido de adoção unilateral. Possibilidade. Análise sobre a existência de vantagens para a adotanda. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: D.H.M.E.S. Relator: Min. Nancy Andrighi, 18 de dezembro de 2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201102016852. Acesso em: 20 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 380**. Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [1964]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2482>. Acesso em: 20 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravo de Instrumento nº 82.517/SP**. Pedido de retificação de assento de nascimento para alteração de sexo e nome, em decorrência de operação plástica. Impossibilidade jurídica do pedido. Inocorrência de ofensa ao princípio constitucional da legalidade. RE indeferido por duplo fundamento. AGRG improvido. Agravante: Airton Galiaci. Agravado: Ministério Público Estadual. Relator: Min. Cordeiro Guerra, 28 de abril de 1981. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1451108>. Acesso em: 20 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Habeas Corpus nº 82.424/RS**. Habeas Corpus. Publicação de livros: anti-semitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Ordem denegada. Paciente: Siegfried Ellwanger. Autoridade Coatora: Superior Tribunal de Justiça. Relator para acórdão: Min. Maurício Corrêa, 17 de setembro de 2003. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2052452>. Acesso em: 20 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ**. Sociedade civil sem fins lucrativos. União brasileira de compositores. Exclusão de sócio sem garantia da ampla defesa e do contraditório. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Recurso desprovido. Recorrente: União Brasileira de Compositores. Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinho. Relator para acórdão: Min. Gilmar Mendes, 11 de outubro de 2005. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1641534>. Acesso em: 20 jun. 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.112/DF**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei 10.826/2003. Estatuto do Desarmamento. Inconstitucionalidade Formal Afastada. Invasão da Competência Residual dos Estados. Inocorrência. Direito de Propriedade. Intromissão do Estado da Esfera Privada Descaracterizada. Predominância Do Interesse Público Reconhecida. Obrigação de Renovação Periódica do Registro das Armas de Fogo. Direito de Propriedade, Ato Jurídico Perfeito e Direito Adquirido Alegadamente Violados. Assertiva Improcedente. Lesão aos Princípios Constitucionais da Presunção De Inocência e do Devido Processo Legal. Afronta Também ao Princípio da Razoabilidade. Argumentos Não Acolhidos. Fixação de Idade Mínima para a Aquisição de Arma De Fogo. Possibilidade. Realização De Referendo. Incompetência Do Congresso Nacional. Prejudicialidade. Ação Julgada Parcialmente Procedente Quanto À Proibição Do Estabelecimento de Fiança e Liberdade Provisória. Requerente: Partido Trabalhista Brasileiro. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 2 de maio de 2007. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2194197>. Acesso em: 20 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.800/DF**. Constitucional. Atividade notarial. Natureza. Lei 9.534/97. Registros públicos. Atos relacionados ao exercício da cidadania. Gratuidade. Princípio da proporcionalidade. Violação não observada. Precedentes. Improcedência da ação. Requerente: Associação dos Notários e Registradores do Brasil. Relator para acórdão: Min. Ricardo Lewandowski, 11 de junho de 2007. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1699175>. Acesso em: 20 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 615.261/PR**. Recurso Extraordinário. Razões. Descompasso com o acórdão impugnado. Negativa de seguimento. Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná. Recorrido: A.L.M dos R. e Outro. Relator: Min. Marco Aurélio, 16 de agosto de 2010. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3890301>. Acesso em: 20 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ**. Arguição de Descumprimento de Preceito

Fundamental (ADPF). Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, como ação direta de inconstitucionalidade. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. Convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. Julgamento conjunto. Proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem/mulher (gênero), seja no plano da orientação sexual de cada qual deles. A proibição do preconceito como capítulo do constitucionalismo fraternal. Homenagem ao pluralismo como valor sócio-político-cultural. Liberdade para dispor da própria sexualidade, inserida na categoria dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é da autonomia de vontade. Direito à intimidade e à vida privada. Cláusula pétrea. Tratamento constitucional da instituição da família. Reconhecimento de que a constituição federal não empresta ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. A família como categoria sócio-cultural e princípio espiritual. Direito subjetivo de constituir família. Interpretação não-reducionista. União estável. Normaçoão constitucional referida a homem e mulher, mas apenas para especial proteção desta última. Focado propósito constitucional de estabelecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia entre as duas tipologias do gênero humano. Identidade constitucional dos conceitos de “entidade familiar” e “família”. Divergências laterais quanto à fundamentação do acórdão. 6. Interpretação do art. 1.723 do código civil em conformidade com a constituição federal (técnica da “interpretação conforme”). Reconhecimento da união homoafetiva como família. Procedência das ações. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Britto, 5 de maio de 2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2598238>. Acesso em: 20 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, como ação direta de inconstitucionalidade. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. Convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. Julgamento conjunto. Proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem/mulher (gênero), seja no plano da orientação sexual de cada qual deles. A proibição do preconceito como capítulo do constitucionalismo fraternal. Homenagem ao pluralismo como valor sócio-político-cultural. Liberdade para dispor da própria sexualidade, inserida na categoria dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é da autonomia de vontade. Direito à intimidade e à vida privada. Cláusula pétrea. Tratamento constitucional da instituição da família. Reconhecimento de que a constituição federal não empresta ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. A família como categoria sócio-cultural e princípio espiritual. Direito subjetivo de constituir família. Interpretação não-reducionista. União estável. Normaçoão constitucional referida a homem e mulher, mas apenas para especial proteção desta última. Focado propósito constitucional de estabelecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia entre as duas tipologias do gênero humano. Identidade constitucional dos conceitos de “entidade familiar” e “família”. Divergências laterais quanto à fundamentação do acórdão. 6. Interpretação do art. 1.723 do código civil em conformidade com a constituição federal (técnica da “interpretação conforme”). Reconhecimento da união homoafetiva como família. Procedência das ações. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Britto, 5 de maio de 2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2598238>. Acesso em: 20 jun. 2018.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Mandado de Injunção nº 4.733/MS**. Requerente: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros. Relator: Min. Edson Fachin, 2012. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>. Acesso em: 20 jun. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF**. Requerente: Partido Popular Socialista. Relator: Min. Celso de Mello, 2013. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 20 jun. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.966/DF**. Requerente: Partido Social Cristão. Relator: Min. Gilmar Mendes, 2013. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4419751>. Acesso em: 20 jun. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário nº 670.422/RS**. 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. Recorrente: S.T.C. Recorrido: Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Dias Toffoli, 11 de setembro de 2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4192182>. Acesso em: 20 jun. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 846.102/PR**. Recurso Extraordinário. Constitucional. Reconhecimento de união estável homoafetiva e respectivas conseqüências jurídicas. Adoção. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277. Acórdão recorrido harmônico com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário ao qual se nega seguimento. Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná. Recorrido: A.L.M. dos R. e Outro. Relator: Min. Carmém Lúcia, 5 de março de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4657667>. Acesso em: 20 jun. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 291/DF**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Art. 235 do Código Penal Militar, que prevê o crime de “pederastia ou outro ato de libidinagem”. Não recepção parcial pela Constituição de 1988. Requerente: Procurador Geral da República. Relator: Min. Roberto Barroso, 28 de outubro de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4462545>. Acesso em: 20 jun. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543/DF**. Requerente: Partido Socialista Brasileiro. Relator: Min. Edson Fachin, 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4996495>. Acesso em: 20 jun. 2018.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.668/DF**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade. Relator: Min. Edson Fachin, 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5148159>. Acesso em: 20 jun. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275/DF**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Direito constitucional e registral. Pessoa transgênero. Alteração do prenome e do sexo no registro civil. Possibilidade. Direito ao nome, ao reconhecimento da personalidade jurídica, à liberdade pessoal, à honra e à dignidade. Inexigibilidade de cirurgia de transgenitalização ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes. Requerente: Procuradora-Geral da República. Relator: Min. Marco Aurélio, 1 de março de 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371>. Acesso em: 20 jun. 2018.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Consulta nº 0604054-58.2017.6.00.0000**. Consulta. Requisitos. Legitimidade. Senadora. Exame. Expressão “cada sexo”. Referência. Transgêneros. Omissão legislativa. Nome social. Cadastro eleitoral. Princípios da dignidade da pessoa humana. Igualdade. não discriminação. Intimidade. Direito à felicidade. Bem-estar objetivo. Valores de justiça. Fins sociais. Exigências do bem comum. Cotas feminina e masculina. Contabilização. Percentuais. Art. 10, §3º, da Lei nº 9.504/97. Pedido de registro de candidatura. Nome completo. Art. 12, caput, da lei das eleições. Nome civil. Determinação. Nome social. Urnas eletrônicas. Possibilidade. Expressão “não estabeleça dúvida quanto a sua identidade”. Candidaturas proporcionais e majoritárias. Idênticos requisitos. Art. 11 da Lei das eleições. Consulente: Maria de Fátima Bezerra. Relator: Min. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, 1 de março de 2018. Disponível em: <http://inter03.tse.jus.br/sjur-consulta/pages/inteiro-teor-download/decisao.faces?idDecisao=295868&noCache=-946104322>. Acesso em: 20 jun. 2018.
- CAMPOS, Amini Haddad; CORRÊA, Lindinalva Rodrigues. **Direitos Humanos das Mulheres**. Curitiba: Juruá, 2007.
- CENTRO LATINO-AMERICANO EM SEXUALIDADE E DIREITOS HUMANOS. **Princípios de Yogyakarta**. Rio de Janeiro, 10 dez. 2008. Disponível em: http://www.clam.org.br/pdf/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 20 jul. 2018.
- Civil status law must allow third gender option. **Bundesverfassungsgericht**, Karlsruhe, n. 95, nov. 2017. Disponível em: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2017/bvg17-095.html>. Acesso em: 12 nov. 2017.
- CLARK, Heather. Canadian Supreme Court Rules Biblical Speech Opposing Homosexual Behavior is a “Hate Crime”. **Christian News**, Philadelphia, 28 fev. 2013. Disponível em: <https://christiannews.net/2013/02/28/canadian-supreme-court-rules-biblical-speech-opposing-homosexual-behavior-is-a-hate-crime/>. Acesso em: 9 dez. 2013.
- COLÔMBIA. Corte Constitucional (7. Sala de revisión de tutelas de la Corte Constitucional). **Sentencia T-248/12**. Acción DE tutela instaurada por Julián, contra Laboratorio Clínico Higuera Escalante. Recorrente: Desconhecido. Recorrido: Laboratorio Clínico Higuera Escalante. Relator: Min. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 26 de março de 2012. Disponível

em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-248-12.htm>. Acesso em: 10 jun. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Atalla Riffo y Niñas Vs. Chile**. El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar de Karen Atala Riffo, debido a su orientación sexual, en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas M., V. y R. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2011. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/atalariffo.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinión Consultiva OC-24/17, de 24 de noviembre de 2017**. Identidad de gênero, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf. Acesso em: 20 jun. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: O Preconceito & a Justiça**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: O Preconceito & a Justiça**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os Direitos LGBTI**. 7. ed. São Paulo: RT, 2016.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Espírito Santo (3. Câmara Cível). **Apelação Cível nº 0018078-64.2006.8.08.0024 (024060180783)**. Apelação cível. Ação de retificação de registro público. Transexual. Realização de cirurgia de mudança de sexo. Imutabilidade do prenome. Relativização. Art. 55, parágrafo único, da lei de registros públicos. Direito da personalidade. Integração do indivíduo ao meio social. Recurso improvido. Recorrente: Desconhecido. Recorrido: Desconhecido. Relator: Des. Rômulo Taddei, 31 de julho de 2007. Disponível em: http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm?NumProc=&edProcesso=024060180783&edPesquisaJuris=transexual&seOrgaoJulgador=&seDes=&edIni=01/01/2007&edFim=31/12/2007&Justica=Comum&Sistema=. Acesso em: 20 jun. 2018.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Vejdeland and Others vs. Sweden**. Strasbourg, 9 de maio de 2012. Disponível em: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=900340&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>. Acesso em: 29 abr. 2012.

FREITAS, Silvana de. Recurso para mudança do nome de Roberta Close é negado no STF. **Folha de São Paulo**, 22 de fevereiro de 1997. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/1997/2/22/cotidiano/16.html>. Acesso em: 20 jul. 2018.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados Expressos de Criminalização e a Proteção de Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988**. Belo Horizonte: Forum, 2007.

LITTAUER, Dan. Landmark Turkish court ruling: anti-gay language is not freedom of speech. **LGBTQNation**, San Francisco, jul. 2013. Disponível em: http://www.lgbtqnation.com/2013/07/landmark-turkish-court-ruling-anti-gay-language-is-not-freedom-of-speech/#.UqaAz_RDVT8. Acesso em: 9 dez. 2013.

LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (7. Câmara Cível). **Apelação Cível nº 9303246-53.2006.8.13.0024**. Ação ordinária. União homoafetiva. Analogia com a união estável protegida pela Constituição Federal. Princípio da igualdade (não-discriminação) e da dignidade da pessoa humana. Reconhecimento da relação de dependência de um parceiro em relação ao outro, para todos os fins de direito. Requisitos preenchidos. Pedido procedente. Recorrente: Estado de Minas Gerais. Recorrido: Maria Cristina da Silva Azevedo e Fátima Migliano. Relator: Des. Heloísa Combat, 27 de julho de 2007. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.06.930324-6%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 20 jul. 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (7. Câmara Cível). **Apelação Cível nº 7502585-61.2005.8.13.0024**. União homoafetiva. Pensão. Sobrevivente. Prova da relação. Possibilidade. Recorrente: IPSEMG. Recorrido: Romeu Correa Barreto Neto. Relator: Des. Belizário de Lacerda, 4 de setembro de 2007. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.06.930324-6%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 20 jul. 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (7. Câmara Cível). **Apelação Cível nº 7782203-71.2005.8.13.0024**. Retificação de registro de nascimento. Transexual. Cirurgia de transgenitalização já realizada. Princípio da dignidade da pessoa humana. Mudança de nome. Necessidade para evitar situações vexatórias. Inexistência de interesse genérico de uma sociedade democrática à integração do transexual. Apelante: E.P.S. Relator para o acórdão: Des. Wander Marotta, 6 de março de 2009. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.05.778220-3%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 20 jun. 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (6. Câmara Cível). **Apelação Cível nº 0126795-20.2011.8.13.0231**. Retificação de assento de nascimento. Alteração do prenome e do sexo. Transexual. Interessado não submetido à cirurgia de transgenitalização. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Condições da ação. Presença. Instrução probatória. Ausência. Sentença cassada. Recorrente: L.R.C. Recorrido: O Juízo. Relator: Des. Edilson Fernandes, 13 de agosto de 2013. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=208401A9CC18D7E3BAD9D3E9FA6A76FA.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0231.11.012679-5%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em: 20 jul. 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (6. Câmara Cível). **Apelação Cível nº 0104792-06.2013.8.13.0521**. Retificação de assento de nascimento.

Alteração do nome e do sexo. Transexual. Interessado não submetido à cirurgia de transgenitalização. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Condições da ação. Presença. Instrução probatória. Ausência. Sentença cassada. Recorrente: Lenon Victor Solvelino. Recorrido: O Juízo. Relator: Des. Edilson Fernandes, 22 de abril de 2014. Disponível em:

https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=208401A9CC18D7E3BAD9D3E9FA6A76FA.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0521.13.010479-2%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em: 20 jul. 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (3. Câmara Cível). **Apelação Cível nº 3955617-03.2013.8.13.0024**. Apelação. Transexual. Alteração de sexo no registro civil de nascimento. Cirurgia de transgenitalização não realizada. Prevalência da condição registral natural até que haja modificação sexual. Recorrente: Michelly Colt Andrade Victorino. Relator: Des. Judimar Biber, 28 de janeiro de 2016. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=822FE2AE7695B78FAD284BB36A5749BF.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.13.395561-7%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em: 20 jun. 2018.

MOREIRA, Adilson José. **União Homoafetiva: A Construção Jurisprudencial da Igualdade**, 2. ed. Belo Horizonte: Juruá, 2012.

PRADO, Marco Aurélio Máximo; JUNQUEIRA, Rogério Diniz. Homofobia, hierarquização e humilhação social. In: VENTURI, Gustavo; BOKANY, Vilma. **Diversidade Sexual e Homofobia no Brasil**. São Paulo: Perseu Abramo, 2011, p. 51-71.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (1. Câmara Cível). **Apelação Cível nº 030019-8**. Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná. Recorrido: Desconhecido. Relator: Des. Osiris Fontoura, 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/consulta-processual/publico/b2grau/consultaPublica.do?tjpr.url.crypto=8a6c53f8698c7ff72d6c5e2eb4a83ec9431a5db2773a1cc4e9dd0b0b975d50f7>. Acesso em: 20 jun. 2018.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (5. Câmara Cível). **Apelação Cível nº 0007998-06.1989.8.19.0000**. Ação objetivando o reconhecimento de sociedade de fato e divisão dos bens em partes. Recorrente: Espólio de Jorge Guinle. Recorrido: Marco Aurélio Cardoso Rodrigues. Relator: Des. Narcizo Pinto, 8 de agosto de 1989. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000375BFB4A59BC26183DD4B6095F8B453E308C4025E292A&USER=>. Acesso em: 20 jul. 2018.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (4. Câmara Cível). **Apelação Cível nº 0006408.81.1995.8.19.000**. Ordinária. Dissolução de sociedade de fato entre mulheres homossexuais. Efetiva participação na formação do patrimônio. Recorrente: Marlene Claudino de Santana. Recorrido: Maria Paula Vicente. Relator: Des. Fernando Whitaker, 31 de outubro de 1995. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00038EE53C49788C193D66C7C9FA8C5B27F683C402425C56&USER=>. Acesso em: 20 jul. 2018.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (8. Câmara Cível). **Apelação Cível nº 0001564-59.1993.8.19.000**. Retificacao no Registro Civil.

Mudança de nome e de sexo. Impossibilidade. Sentença mantida. Recorrente: Desconhecido. Recorrido: Desconhecido. Relator: Des. Geraldo Batista, 18 de março de 1997. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=1993.001.06617>. Acesso em: 20 jul. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (8. Câmara Cível). **Agravo de Instrumento nº 599.075.496**. Relações homossexuais. Competência para julgamento de separação de sociedade de fato dos casais formados por pessoa do mesmo sexo. Agravante: E.S.C. Agravado: E.C.E. Relator: Des. Breno Moreira Mussi, 17 de junho de 1999. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=599075496&num_processo=599075496&codEmenta=166858&temIntTeor=false. Acesso em: 20 jul. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (8. Câmara Cível). **Apelação Cível nº 598.362.655**. Homossexuais. União estável. Possibilidade jurídica do pedido. Recorrente: L.C.M. Recorrido: J.G.R.D. Relator: Des. José Ataídes Siqueira Trindade, 1 de março de 2000. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=598362655&num_processo=598362655&codEmenta=353676&temIntTeor=false. Acesso em: 20 jul. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (7. Câmara Cível). **Apelação Cível nº 70.001.388.982**. União homossexual. Reconhecimento. Partilha do patrimônio. Meação paradigma. Recorrente: N.G. Recorrido: E.H.O. Relator: Des. José Carlos Teixeira Giorgis, 14 de março de 2001. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70001388982&num_processo=70001388982&codEmenta=421942&temIntTeor=false. Acesso em: 20 jul. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (8. Câmara Cível). **Apelação Cível nº 70.006.542.377**. Apelação. União homossexual. Reconhecimento de união estável. partilha. Recorrente: E.S.C. Recorrido: E.C.E. Relator: Des. Rui Portanova, 11 de setembro de 2003. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D%26tipo%3D%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70006542377%26num_processo%3D70006542377%26codEmenta%3D691158++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70006542377&comarca=PORTO%20ALEGRE&dtJulg=11/09/2003&relator=Rui%20Portanova&aba=juris. Acesso em: 20 jul. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (8. Câmara Cível). **Apelação Cível nº 70.011.691.185**. Apelação cível. Registro civil. Alteração do registro de nascimento relativamente ao sexo. Transexualismo. Possibilidade, embora não tenha havido a realização de todas as etapas cirúrgicas, tendo em vista o caso concreto. Recurso provido. Recorrente: Jucamar Aguiar Pante; Recorrido: A Justiça. Relator: Des. Alfredo Englert, 15 de setembro de 2005. Disponível em:

https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=70011691185&ano=2005&codigo=829235. Acesso em: 20 jul. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (7. Câmara Cível). **Apelação Cível nº 70.013.909.874**. Apelação. Alteração do nome e averbação no registro civil. Transexualidade. Cirurgia de transgenitalização. Recorrente: Adnilson de Abreu Martins. Recorrido: A Justiça. Relator: Des. Maria Berenice Dias, 5 de abril de 2006. Disponível em:

http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70013909874%26num_processo%3D70013909874%26codEmenta%3D1364606+70013909874+++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70013909874&comarca=Porto%20Alegre&dtJulg=05/04/2006&relator=Maria%20Berenice%20Dias&aba=juris. Acesso em: 20 jun. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (8. Câmara Cível). **Apelação Cível nº 70.019.900.513**. Pedido de alteração de registro de nascimento em relação ao sexo. Transexualismo. Implementação de quase todas etapas (tratamento psiquiátrico e intervenções cirúrgicas para retirada de órgãos). Descompasso do assento de nascimento com a sua aparência física e psíquica. Retificação para evitar situações de constrangimento público. Possibilidade diante do caso concreto. Averbação da mudança de sexo em decorrência de decisão judicial. Referência na expedição de certidões. Recorrente: Marcelo Finkler dos Reis. Recorrido: A justiça. Relator: Des. Claudir Fidelis Faccenda, 13 de dezembro de 2007. Disponível em:

http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70019900513%26num_processo%3D70019900513%26codEmenta%3D2179296+70019900513+++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70019900513&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=13/12/2007&relator=Claudir%20Fidelis%20Faccenda&aba=juris. Acesso em: 20 jun. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (8. Câmara Cível). **Apelação Cível nº 70.030.772.271**. Retificação de registro civil. Transexualismo. Alteração de prenome independentemente da realização de cirurgia de transgenitalização. Direito à identidade pessoa e à dignidade. Confirmação de sentença de primeiro grau. Acolhimento de parecer do Ministério Público de segundo grau. Recorrente: Jeferson Peres dos Santos. Recorrido: Ministério Público. Relator: Des. Rui Portanova, 16 de julho de 2009. Disponível em:

http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70030772271%26num_processo%3D70030772271%26codEmenta%3D3029905+70030772271+++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70030772271&comarca=S%3A3o%20Leopoldo&dtJulg=16/07/2009&relator=Rui%20Portanova&aba=juris. Acesso em: 20 jun. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (8. Câmara Cível). **Apelação Cível nº 70.022.504.849**. Apelação. Retificação de registro civil. Transexualismo. Travestismo. Alteração de prenome independentemente da realização de cirurgia de transgenitalização. Direito à identidade pessoa e à dignidade. Confirmação de sentença de primeiro grau. Acolhimento de parecer do Ministério Público de segundo grau. Recorrente: Artur Roberto Cunha Santos. Recorrido: Ministério Público. Relator: Des. Rui Portanova, 16 de abril de 2009. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70022504849%26num_processo%3D70022504849%26codEmenta%3D2851482+70022504849+++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70022504849&comarca=Caxias%20do%20Sul&dtJulg=16/04/2009&relator=Rui%20Portanova&aba=juris. Acesso em: 20 jun. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (8. Câmara Cível). **Apelação Cível nº 70.030.504.070**. Apelação. Retificação de registro civil. Transexualismo. Travestismo. Alteração de prenome independentemente da realização de cirurgia de transgenitalização. Direito à identidade pessoa e à dignidade. Recorrente: João Batista Pinheiro Meine. Recorrido: A Justiça. Relator: Des. Rui Portanova, 29 de outubro de 2009. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70030504070%26num_processo%3D70030504070%26codEmenta%3D3205144+70030504070+++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70030504070&comarca=Canoas&dtJulg=29/10/2009&relator=Rui%20Portanova&aba=juris. Acesso em: 20 jun. 2018.

RIOS, Roger Raupp. **A Homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2001.

RIOS, Roger Raupp. O conceito de homofobia na perspectiva dos direitos humanos e no contexto dos estudos sobre preconceito e discriminação. In: RIOS, Roger Raupp. (Org.). **Em defesa dos Direitos Sexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 111-139.

SÃO PAULO (Estado). **Lei nº 10.948, de 5 de novembro de 2001**. Dispõe sobre as penalidade a serem aplicadas à prática de discriminação em razão de orientação sexual e dá outras providências. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2001/lei-10948-05.11.2001.html>. Acesso em: 20 jun. 2018.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Alçada Criminal. **Apelação Criminal nº 201.999**. Lesão Corporal de natureza grave. Perda ou inutilização de membro, sentido ou função. Cirurgia realizada gratuitamente pelo acusado na vítima. Transexualismo. Ablação de órgãos genitais masculinos e abertura, no períneo, mediante incisão, de fenda, à imitação de vulva postiça. Correção cirúrgica recomendada por renomados psiquiatras, endocrinólogos, psicólogos e geneticistas e tidas como viável, sob o ponto de vista legal, por eminente jurista. Ausência, pois de dolo. Absolvção decretada. Declaração de voto. Voto vencido. Inteligência do art. 129, §2º, III, do CP. Recorrente: Roberto Farina e

Justiça Pública. Recorrido: os mesmos. Relator: Des. Luiz Tâmbara, 20 de dezembro de 1979.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (1. Câmara de Direito Privado). **Apelação Cível nº 9088482-34.2001.8.26.0000**. Retificação de registro civil. Assento de nascimento. Transexual. Alteração na indicação do sexo. Deferimento. Necessidade da cirurgia para a mudança de sexo reconhecida por acompanhamento médico multidisciplinar. Concordância do estado com a cirurgia que não se compatibiliza com a manutenção do estado sexual originalmente inscrito na certidão de nascimento. Negativa ao portador de disforia do gênero do direito à adequação do sexo morfológico e psicológico e a conseqüente redesignação do estado sexual e do prenome no assento de nascimento que acaba por afrontar a lei fundamental. Inexistência de interesse genérico de uma sociedade democrática em impedir a integração do transexual. Alteração que busca obter efetividade aos comandos previstos nos arts. 1, III, e 3, IV, da Constituição Federal. Recurso do Ministério Público negado, provido o do autor para o fim de acolher integralmente o pedido inicial, determinando a retificação de seu assento de nascimento não só no que diz respeito ao nome, mas também no que concerne ao sexo. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Lui Francisco Bordão. Relator: Des. Elliot Akel, 19 de abril de 2002. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=1713664&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_ddd3a7311dcc41f7aae0d5149d459f09&v1Captcha=pwq&ovoV1Captcha=. Acesso em: 20 jun. 2018.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 9162079-60.2006.8.26.0000**. Retificação de registro civil (assento de nascimento). Transexualismo (disforia de gênero). Sentença que autorizou a modificação do prenome masculino para feminino. Controvérsia adstrita à alteração do sexo jurídico no assento de nascimento. Admissibilidade. Cirurgia autorizada diante da necessidade de adequação do sexo morfológico e psicológico. Concordância do Estado com a cirurgia que não se compatibiliza com a negativa de alteração do sexo originalmente inscrito na certidão. Evidente, ainda, o constrangimento daquele que possui o prenome Vanessa, mas que consta no mesmo registro como sendo do sexo masculino. Ausência de prejuízos a terceiros. Sentença que determinou averbar nota a respeito do registro anterior. Decisão mantida. Recurso improvido. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Claudio Roberto dos Santos. Relator: Des. Salles Rossi, 10 de maio de 2007. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=1036802&cdForo=0>. Acesso em: 20 jun. 2018.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (4. Câmara de Direito Criminal). **Apelação criminal nº 0052878-39.2006.8.26.0050**. Processo penal. Recebimento da denúncia. Falta de fundamentação. Irrelevância. Recorrente: Alex Ferreira de Melo Abade. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Des. William Campos, 1 de fevereiro de 2011. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=4917866&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_26f6e006b63e4ba6b40eeb35e2c00981&v1Captcha=nbrn&novoV1Captcha=. Acesso em: 20 jun. 2018.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (6. Câmara de Direito Privado). **Apelação Cível nº 0008539-56.2004.8.26.0505**. Registro civil. Alteração de prenome e sexo da requerente em virtude de sua condição de transexual. Admissibilidade. Hipótese em que provada, pela perícia multidisciplinar, a

desconformidade entre o sexo biológico e o sexo psicológico da requerente. Registro civil que deve, nos casos em que presente prova definitiva do transexualismo, dar prevalência ao sexo psicológico, vez que determinante do comportamento social do indivíduo. Aspecto secundário, ademais, da conformação biológica sexual, que torna despicienda a prévia transgenitalização. Observação, contudo, quanto à forma das alterações que devem ser feitas mediante ato de averbação com menção à origem da retificação em sentença judicial. Ressalva que não só garante eventuais direitos de terceiros que mantiveram relacionamento com a requerente antes da mudança, mas também preserva a dignidade da autora, na medida em que os documentos usuais a isso não farão qualquer referência. Decisão de improcedência afastada. Recursos providos, com observação. Recorrente: Izildinha Aparecida Magalhães e Outro. Recorrido: O Juízo. Relator: Des. Vito Guglielmi, 18 de outubro de 2012. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6279629&cdForo=0>. Acesso em: 20 jun. 2018.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (8. Câmara de Direito Privado). **Apelação Cível nº 0082646-81.2011.8.26.0002**. Retificação de assento. Portador de transexualismo que fundamenta sua pretensão em situações vexatórias e humilhantes. Extinção da ação sob o fundamento de que não realizada a cirurgia de transgenitalização. Descabimento. Informações prestadas pelo médico psiquiátrico, que identificam incongruência entre a identidade determinada pela anatomia de nascimento e a identidade que a parte autora relatou sentir. Cirurgia de transgenitalização que possui caráter secundário. Sexo psicológico é aquele que dirige o comportamento social externo do indivíduo. Recurso provido com determinação. Recorrente: Diego Antônio de Jesus Soares. Recorrido: O Juízo. Relator: Des. Hélio Faria, 30 de outubro de 2013. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7145642&cdForo=0>. Acesso em: 20 jun. 2018.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (8. Câmara de Direito Privado). **Apelação Cível nº 1074167-11.2013.8.26.0100**. Apelação. Transexual. Nome já alterado por sentença anterior. Pedido de retificação do sexo no registro civil. Sentença de indeferimento da inicial e extinção do processo sem resolução do mérito, por falta de interesse de agir da autora, vez que não realizou prévia cirurgia de transgenitalização. Inconformismo da autora. Cabimento. Interesse de agir existente. Lide em condições de julgamento imediato (art. art. 515, § 3º, do CPC). Possibilidade de alteração do sexo no registro civil sem a realização de cirurgia de transgenitalização. Informações completas relativas às alterações de nome e sexo deverão constar apenas no respectivo livro do Cartório de Registro Civil, sendo que na certidão de nascimento não deverá haver menção do antigo nome e sexo jurídico atual ("masculino"). Sentença reformada. Recurso provido, com determinações. Recorrente: Mary Fernanda Mariano. Recorrido: Juízo da comarca. Relator: Des. Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho, 2 de março de 2016. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=9229554&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_2849ac8eac1f411aa528db7bd2278799&vlCaptcha=xdaak&novoVlCaptcha=. Acesso em: 20 jul. 2018.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (8. Câmara de Direito Privado). **Apelação cível nº 1001343-55.2016.8.26.0001**. Registro público. Pretensão à mudança de prenome e gênero. Transexual que não se submeteu à cirurgia de redesignação sexual. Possibilidade. Irrelevância da realização de procedimento cirúrgico. Necessidade de menção ao modo pelo qual a pessoa se apresenta na

sociedade. Questão que tem a ver com o gênero, e não com o sexo. Princípio da veracidade dos registros públicos. Procedência da ação. Recurso provido. Recorrente: Claudia Cristina de Andrade. Recorrido: Juízo da comarca. Relator: Des. Mônica de Carvalho, 30 de agosto de 2017. Disponível em:

https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=10807067&cdforo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_30619ddb01e2454ca22e2001221ee3a7&vlCaptcha=vhkfs&novoVICaptcha=. Acesso em: 20 jun. 2018.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito Penal e Constituição: A Dupla Face da Proteção dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Minorias Sexuais e Ações Afirmativas. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues. (Org.). **Minorias Sexuais: Direitos e Preconceitos**. São Paulo: Consulex, 2012, p. 29-54.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade: Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos**. 2. ed. São Paulo: Método, 2013.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Tutela Jurídica de Travestis e Transexuais que não se submeteram à cirurgia de transgenitalização. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. **Direito à Diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015a, p. 280-306.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Escolas devem abordar Gênero e Sexualidade para proteger Alunos(as) LGBT. **Justificando**, 26 de maio de 2015b. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2015/06/26/escolas-devem-abordar-genero-e-sexualidade-para-protger-alunosas-lgbt/>. Acesso em: 16 jul. 2018.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti; GORISCH, Patrícia. Famílias homoafetivas e direitos LGBTI nas Américas. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues; CARDIN, Valéria Silva Galdino; BRUNINI, Bárbara Cossetin C.B. (Org.). **Famílias, Psicologia e Direito**. Brasília: Zakarewicz, 2017, p. 289-304.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Nome e Sexo**, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

Informações adicionais e declarações dos autores

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): o autor confirma que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste artigo.

Declaração de autoria e especificação das contribuições (declaration of authorship): todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste artigo estão listadas como autores; todos os coautores se responsabilizam integralmente por este trabalho em sua totalidade.

Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality): o autor assegura que o texto aqui publicado não foi divulgado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 10/04/2019
- Controle preliminar e verificação de plágio: 10/04/2019
- Avaliação 1: 22/04/2019
- Avaliação 2: 29/04/2019
- Decisão editorial preliminar: 06/05/2019
- Retorno rodada de correções: 14/07/2019
- Decisão editorial final: 14/07/2019
- Publicação: 14/07/2019

Equipe editorial envolvida

- Editor-Chefe: FQP
- Assistente-Editorial: MR
- Revisores: 2

COMO CITAR ESTE ARTIGO

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. A Constituição de 1988 e a evolução dos direitos da população LGBTI+. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, Guanambi, v. 6, n. 01, e247, jan./jun. 2019. doi: <https://doi.org/10.29293/rdfg.v6i01.247>. Disponível em: <http://revistas.faculadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/247>.