

MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 787 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
REQTE.(S) : **PARTIDO DOS TRABALHADORES**
ADV.(A/S) : **EUGENIO JOSE GUILHERME DE ARAGAO**
INTDO.(A/S) : **MINISTRO DE ESTADO DA SAÚDE**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
AM. CURIAE. : **ASSOCIACAO COLETIVO MARGARIDA ALVES DE ASSESSORIA POPULAR**
AM. CURIAE. : **REXISTIR - NÚCLEO LGBT+**
ADV.(A/S) : **MARIANA PRANDINI FRAGA ASSIS**
ADV.(A/S) : **CAROLINA REZENDE MORAES**

DECISÃO: Trata-se de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) com pedido de medida liminar, proposta pelo Partido dos Trabalhadores (PT), contra atos comissivos e omissivos do Ministério da Saúde no que diz respeito à atenção primária de pessoas transexuais e travestis que violam os preceitos fundamentais do direito à saúde (art. 6º e 196), da dignidade da pessoa humana e da igualdade (art. 5º).

Alega, com base no precedente desta Corte na ADPF 347-MC, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio, a existência de um estado de coisas inconstitucional, configurado por uma cadeia de atos praticados pelo Governo Federal que violam o direito fundamental à saúde das pessoas transexuais e travestis.

Sustenta que os mecanismos estatais de prestação de serviços à população foram, historicamente, estruturados a partir da visão do homem médio ou do homem padrão, não abarcando, hoje, políticas públicas para a cisgeneridade. Sendo assim, o ato impugnado consistiria no fato de que pessoas trans, cujo registro civil foi retificado para refletir a sua identidade de gênero, tem negado o acesso para determinados serviços de saúde ainda atrelados às concepções cisnormativas de mulher e homem.

Informa que, mesmo com a decisão do STF na ADI 4275/DF, que permitiu a alteração do prenome e da classificação de gênero no registro

ADPF 787 MC / DF

civil, “os homens transexuais e pessoas transmasculinas com prenome retificado que conservam o aparelho reprodutor constituído por útero, ovários e vagina não conseguem consultas e tratamentos ginecológico e obstétrico no SUS”. Da mesma forma, “as mulheres transexuais e travestis que possuem testículo, próstata e pênis têm tido o acesso a especialidade de urologia e proctologia negado.” (eDOC 1, p. 9).

Sustenta que, em razão dos fatos narrados pela Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos (ABGLT), a Defensoria Pública da União expediu, em 18.07.2018, a Recomendação nº 1 DPGU/SGAI DPGU/GTLGBTI DPGU, recomendando ao Ministério da Saúde que tomasse as medidas necessárias para adequar as normas internas do SUS ao decidido pelo Supremo na ADI nº 4275/STF. Após reiterar a recomendação, o Secretário-Executivo do Ministério da Saúde, por meio do Ofício nº 736/2018/SE/GAB/SE/MS, de 8.10.2018, informou que estaria adotando as providências necessárias.

Para o partido requerente, a resposta oficial do Ministério da Saúde implica no reconhecimento da existência de falhas no sistema de informação do SUS, o qual é responsável pela negativa de acesso à saúde básica da população cisgenero.

Segundo narrado na inicial, a Defensoria Pública da União, em 11.01.2019, solicitou informações ao Ministério da Saúde sobre a adequação do sistema. Como não obteve resposta, propôs a Ação Civil Pública nº 5039658-70.2019.4.04.7100.

Em 23.07.2019, a União repetiu as mesmas informações apresentadas em 2018, demonstrando que no decorrer de um ano não implementou nenhuma mudança.

Além das dificuldades de acesso aos serviços de saúde de atenção básica enfrentados pela comunidade cisgênero, o requerente alega que a própria emissão de Declaração de Nascido Vivo (DNV) tem sido preenchida de forma inadequada, uma vez que vinculam as categorias pai e mãe ao sexo atribuído ao nascer e não ao que se identificam.

Dessa forma, um homem trans, que gestou seu filho, tem seu nome registrado como mãe no DNV, ao invés de pai biológico. Como

ADPF 787 MC / DF

comprovação desta conduta do SUS, anexa reportagem e documentos do casal Yuna Vitória Santana (travesti) e Theo Brandon (homem transexual), cujo filho nasceu no Hospital Santo Amaro/Bahia, em 2019, bem como parecer da assessoria jurídica do Ministério da Saúde comprovando a negativa de preenchimento da DNV conforme identidade de gênero.

Diante do exposto, defende o requerente que o conjunto de atos narrados descumprem preceitos fundamentais, violando o direito à saúde das pessoas trans.

Requer, liminarmente, que o Ministério da Saúde adote todas as providências necessárias e efetivas à solução da negativa de acesso das pessoas transexuais e travestis à assistência básica em saúde, em especial para:

“Garantir o acesso às especialidades médicas em conformidade com suas especificidades e necessidades biológicas, e com o reconhecimento de sua identidade de gênero autodeclarada, mediante adequação dos sistemas de informação do Sistema Único de Saúde para marcação de consultas e exames; formação técnica dos profissionais de saúde para atendimento da população transsexual e travesti; dentre outros.” e para “Garantir o registro, na Declaração de Nascido Vivo e em documentos correlatos, dos nomes dos genitores de acordo com sua identidade de gênero, independentemente de ser ou não parturiente.”

No mérito, requer a confirmação da liminar, e a procedência da presente arguição, de modo que sejam definitivas as providências adotadas para a garantia de acesso de pessoas trans à assistência básica em saúde, em conformidade com suas especificidades e necessidades biológicas, e com o reconhecimento de sua identidade de gênero autodeclarada em todo e qualquer registro público.

Diante da relevância da matéria em debate, adotei o rito do art. 12 da Lei 9868/99.

A Advocacia-Geral da União manifestou-se pelo não conhecimento da arguição e, no mérito, pelo seu indeferimento, em parecer assim ementado:

ADPF 787 MC / DF

“Direito à saúde. Supostas falhas na condução da política de saúde imputadas ao Governo federal, especialmente em relação à alegada negativa de acesso de pessoas travestis e transexuais ao atendimento básico em saúde. Alegada violação à dignidade da pessoa humana e aos direitos constitucionais à vida, à igualdade e à saúde. Preliminares. Indicação genérica dos atos. Inobservância da subsidiariedade. Inadequação do processo objetivo como via para coordenação de políticas públicas. Mérito.

A definição e a implementação das políticas públicas relacionadas à proteção ao direito à saúde de populações vulneráveis encontram-se no rol de atribuições conferidas pelo legislador ao Poder Executivo, o qual tem operacionalizado diversas medidas no intuito de garantir o acesso aos procedimentos e às especialidade médicas condizentes com as necessidades dos usuários trans que tiveram seu registro civil retificado. O acolhimento dos pleitos formulados configuraria medida violadora do princípio da separação dos Poderes.”(eDoc 18).

Em 08 de março de 2021, por meio da Petição 26237/2021 (eDoc 21), a AGU solicitou a juntada da documentação que embasou sua manifestação: Nota Técnica Nº 1/2021-COGE/CGGAP/DESF/SAPS/MS (eDoc 22), Nota Técnica Nº 4/2019-COGE/CGGAP/DESF/SAPS/MS (eDoc 23) e Despacho CGSI/DRAC/SAES/MS de 30 de julho de 2019 (eDoc 24).

Por meio da Petição nº 33631/2021 (edoc 27), o Ministro da Saúde encaminhou a Nota Técnica Nº 65;2021-CGIAE/DASNT/SVS/MS com a análise da “solicitação referente à garantia de registro, na Declaração de Nascido Vivo (DNV) e em documentos correlatos, dos nomes dos genitores de acordo com sua identidade de gênero, independentemente de ser ou não parturiente”.

Relatou que os dados sobre nascimentos no Brasil fazem parte do Sistema de Informações sobre Nascidos Vivos (Sinasc), implantado pelo Ministério da Saúde em 1990, que segue gestão triparte, cabendo às Secretarias Municipais de Saúde o fornecimento e controle da utilização

ADPF 787 MC / DF

dos formulários entregues às unidades notificadoras, cabendo aos notificadores seu preenchimento, nos termos da Portaria Nº 116MS/SVS/2009. Trouxe foto de duas seções da DNV que precisam ser preenchidas em relação a pessoa que gestou o nascido vivo (“mãe biológica”), cuja identificação é importante do ponto de vista estritamente epidemiológico.

A Procuradoria-Geral da República pelo não conhecimento da ADPF (eDoc 28), em parecer assim ementado:

“ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. TRANSGÊNEROS E TRAVESTIS. REGISTRO CIVIL. ALTERAÇÃO. NOME E GÊNERO. SUS. ATENÇÃO BÁSICA. ACESSO. GÊNERO BIOLÓGICO VERSUS GÊNERO DE AUTOIDENTIFICAÇÃO. ESPECIALIDADE MÉDICA. APARATO BIOLÓGICO. INDICAÇÃO. ATO DO PODER PÚBLICO. INEXISTÊNCIA. INÉPCIA PARCIAL. REGULAMENTAÇÃO ESPECÍFICA. PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. FATOS CONCRETOS. CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE. DECLARAÇÃO DE NASCIDO VIVO. NECESSIDADE DE PRÉVIO COTEJO COM LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL INTERPOSTA. OFENSA REFLEXA.

A ausência de indicação e limitação das ações ou omissões do Poder Público leva à inépcia, ainda que parcial, da ADPF. Precedentes.

É inadequado utilizar arguição de descumprimento de preceito fundamental para a tutela de situações singulares, a fim de solucionar lides instauradas em casos concretos. Precedentes.

Não cabe ADPF para adequação de efeitos concretos decorrentes de direito reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal em outro processo objetivo de controle de constitucionalidade.

A necessidade de interpretação de legislação

ADPF 787 MC / DF

infraconstitucional inter posta gera ofensa reflexa a Constituição, sendo incabível o manejo de ADPF. Precedentes.

- Parecer pelo não conhecimento da ADPF.”

Por meio da Petição n. 59286/2021 (eDoc 30), a Advocacia-Geral da União juntou a Nota Técnica 189/2021-DAET/CGAE/DAET/SAES/MS com informações a respeito do Processo Transexualizar no âmbito do SUS, das linhas de cuidado de atenção à saúde às usuárias e usuários do SUS com demanda para a realização das referidas ações, bem como detalhamento sobre os procedimentos disponibilizados (eDoc 31).

Admiti o ingresso no feito, na condição de amicus curiae, à Associação Coletivo Margarida Alves de Assessoria Popular e ao Núcleo LGBT+ Rexistir, da UNB (eDoc 38).

É o relatório.

Decido.

1 – Do conhecimento da ação

Inicialmente, registro que a presente ação foi ajuizada por legitimado constitucional (Partido Político com representação no Congresso Nacional) para sua propositura (art. 103, VIII, da CF; e art. 2º, I, da Lei 9.882/1999), estando devidamente por subscrita por advogado com poderes específicos para sua propositura.

Quanto ao parâmetro de controle, não há dúvida de que os direitos e garantias fundamentais enquadram-se entre os preceitos fundamentais que justificam a proteção via ADPF (art. 3º, I, da Lei 9882). Nesse sentido, apontam-se como violados o princípio da dignidade da pessoa humana; o direito à igualdade (art. 5º, caput, CF) e o direito à saúde (art. 6º, caput, e art. 196, CF).

Em relação ao objeto da arguição, aponta-se como ato do poder público lesivo (art. 3º, II, da Lei 9882) o conjunto de ações e omissões do Ministério da Saúde que tem dificultado o acesso das pessoas transexuais, especialmente àquelas que não realizaram o processo de mudança de

ADPF 787 MC / DF

sexo, às políticas de saúde pública, especialmente de atenção básica, o que estaria, inclusive, contrariando precedente do STF em relação aos direitos das pessoas transexuais, caracterizando o chamado “estado de coisas inconstitucional”, apto a ensejar o controle de constitucionalidade pela via da ADPF. As notas técnicas apresentadas pelo Ministério da Saúde, inclusive, confirmam os atos e omissões alegadas pelo partido autor da ADPF, sendo, portanto, incontroversos.

No que se refere à subsidiariedade (art. 4º, §1º, da Lei 9882), anoto que o Supremo Tribunal Federal vem admitindo o cabimento de arguição de descumprimento de preceito fundamental sempre que não cabível outro meio processual apto para a proteção do direito de forma objetiva, tendo em vista a violação à ordem constitucional como um todo, e não apenas a tutela de um direito subjetivo do cidadão considerado individualmente.

Ademais, não se pode admitir que a existência de processos ordinários e recursos extraordinários deva excluir, *a priori*, a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Até porque, entre nós, o instituto assume feição marcadamente objetiva. Nesse sentido, cito o precedente da ADPF 347, que considerou a situação prisional no país um “estado de coisas inconstitucional”, com violação massiva de direitos fundamentais da população prisional, por omissão do poder público (ADPF 347 TPI-Ref, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 9 de setembro de 2015, Dje 19/02/2016).

Assim sendo, é possível concluir que a simples existência de ações ou de outros recursos processuais não poderá servir de óbice à formulação da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Ao contrário, a multiplicação de processos e decisões sobre dado tema constitucional reclama, as mais das vezes, a utilização de instrumento de feição concentrada, que permita a solução definitiva e abrangente da controvérsia.

Nos termos indicados nos autos, parece estar demonstrado que não há meios processuais ágeis e eficientes a solucionar, de forma homogênea, a ofensa aos preceitos fundamentais indicados pelos atos questionados,

ADPF 787 MC / DF

razão pela qual conheço da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental.

2 - Da Medida Cautelar

A concessão, pelo Supremo Tribunal Federal, de medida cautelar nas ações de controle concentrado tem-se mostrado instrumento apto à proteção da ordem constitucional, como demonstra a jurisprudência da Corte. Como é cediço, a medida cautelar em ação direta depende do atendimento de dois pressupostos, que são: (1) a verossimilhança do direito e (2) o perigo da demora.

Verifico, na hipótese, presentes os requisitos ensejadores do deferimento da medida cautelar pleiteada.

2.1. Do Fumus Boni Iuris

As normas constitucionais, legais e internacionais aplicáveis a espécie, bem como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pertinente a matéria, especialmente a partir do decidido na ADI, indicam a plausibilidade do direito invocado na inicial, conforme passo a expor.

2.1.1. A função contramajoritária do controle de constitucionalidade e a garantia de direitos fundamentais de minorias ou vulneráveis

Inicialmente, cabe registrar que as Cortes Constitucionais possuem uma importante função contramajoritária, ao exercerem o controle de constitucionalidade, que se traduz na defesa de direitos fundamentais das minorias frente a vontade da maioria. Essa função não se confunde com o chamado “ativismo judicial”, nem importa interferência indevida nas funções dos demais poderes da República.

Alguns direitos constitucionais, como os direitos fundamentais do art. 5º, por sua natureza, demandam a ação dos Tribunais Constitucionais

ADPF 787 MC / DF

para garantir sua efetivação, uma vez que sua garantia ou execução não se coloca como uma alternativa a ser votada pelos representantes do povo e efetivada pelo governo eleito.

A democracia representativa, que atribui à maioria competência para fazer escolhas legislativas e de política pública, está limitada, constitucionalmente, pela proteção dos direitos fundamentais das minorias.

No caso em que a ação ou a omissão da maioria leva à violação dos direitos fundamentais das minorias, cabe ao Tribunal Constitucional ou à Corte Constitucional garantir tais direitos. Nesse sentido, inclusive, já apontava Hans Kelsen:

“Se virmos a essência da democracia não na onipotência da maioria, mas no compromisso constante entre os grupos representados no Parlamento pela maioria e pela minoria, e por conseguinte na paz social, a justiça constitucional aparecerá como um meio particularmente adequado à realização dessa ideia. A simples ameaça do pedido ao tribunal constitucional pode ser, nas mãos da minoria, um instrumento capaz de impedir que a maioria viole seus interesses constitucionalmente protegidos, e de se opor à ditadura da maioria, não menos perigosa para a paz social que a da minoria.” (KELSEN, Hans. “A garantia jurisdicional da Constituição” (1928). In: *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 182:)

John Hart Ely, também, destaca entre as funções da jurisdição constitucional a “garantia institucional das minorias contra eventuais abusos da maioria”, permitindo a participação daquelas na arena política, pressuposto da forma democrática de governo (ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 103 e seguintes). Christian Starck, por sua vez, lembra que a limitação do princípio da maioria, que fundamenta a atividade legislativa do Parlamento, decorre da própria supremacia da Constituição (STARCK, Christian. “La légitimité de la justice

ADPF 787 MC / DF

constitutionnelle et le principe démocratique de majorité.” In: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional: Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pp. 59-73).

Nesse sentido, a doutrina destaca a importância do papel do STF que, em casos que violam o art. 3º da Carta Magna. Afirma a doutrina que a Suprema Corte faz constar que é por meio do combate à desigualdade que se concretiza a igualdade. Acrescenta sobre a atuação do STF nos casos em que “*se percebe a emergência de direitos que carecem um Estado não só preocupado com a resolução de conflitos, mas, sobretudo com a concretização das normas constitucionais que tratam dos objetivos da República. Enfim, direitos que carecem um Estado ativo e não só reativo.*” (CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2. ed. 2018 p. 153).

Portanto, por meio da “representação argumentativa”, que um Tribunal Constitucional exerce e o Legislativo não (ALEXY, Robert. “Balancing, constitutional review, and representation” In: *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 3, número 4, 2005, pp. 572–581), cabe ao guardião da constituição conformar os atos do poder público de modo a, cumprindo os ditames constitucionais, fazer valer os direitos fundamentais, mesmo contra a vontade da maioria do momento.

Nesse contexto, ao exercer a função contramajoritária para efetivação dos direitos fundamentais de minoriais, o Supremo Tribunal Federal tem sido chamado a apreciar conflitos constitucionais envolvendo a população LGBTQIA+, contando, no momento, com vasto acervo jurisprudencial a orientar a solução da controvérsia em análise, em especial o decidido na ADI nº 4.275, julgada em 01 de março de 2018.

Nos últimos anos, tornou-se perceptível a evolução da jurisprudência da Corte na defesa de direitos fundamentais de interesse da população LGBTQIA+.

Na ADI nº 4.277, de relatoria do Ministro Ayres Britto, o STF reconheceu a constitucionalidade da união estável homoafetiva,

ADPF 787 MC / DF

garantindo as mesmas regras aplicáveis às uniões estáveis heteroafetivas. Ao conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 1.723 do Código Civil, exclui-se desse dispositivo qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. (ADI 4277, Relator(a): AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, DJe 13.10.2011).

Outro julgado de grande relevância foi na já citada ADI nº 4.277, na qual o STF reconheceu a possibilidade de união estável para pessoas do mesmo sexo, certificando que a Constituição Federal veda a discriminação por critérios em razão do sexo ou gênero. Nessa toada, o relator deste ação, eminente Ministro Ayres Britto, destacou em seu voto:

“o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. É como dizer: o que se tem no dispositivo constitucional aqui reproduzido em nota de rodapé (inciso IV do art 3º) é a explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos. Tratamento discriminatório ou desigualitário sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos” (este o explícito objetivo que se lê no inciso em foco). (ADI 4277, Rel. Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJ.14.10.2011).

Na ADPF nº 291, de relatoria do Min. Roberto Barroso, o Tribunal reconheceu a inconstitucionalidade de termos discriminatórios, em razão da orientação sexual do destinatário da norma, tendo declarado a inconstitucionalidade das expressões “pederastia ou outro” e “homossexual ou não” constantes do art. 235 do Código Penal Militar. Ao examinar o caso, o Supremo Tribunal Federal entendeu que criminalizar atos libidinosos praticados em ambientes castrenses justifica-se para a proteção da hierarquia e da disciplina militar. Contudo, não se pode admitir que a lei faça uso de expressões pejorativas e discriminatórias, em virtude do reconhecimento do direito à liberdade de orientação sexual

ADPF 787 MC / DF

como liberdade existencial do indivíduo. Eis a ementa desse julgado:

“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. 1. No entendimento majoritário do Plenário do Supremo Tribunal Federal, a criminalização de atos libidinosos praticados por militares em ambientes sujeitos à administração militar justifica-se, em tese, para a proteção da hierarquia e da disciplina castrenses (art. 142 da Constituição). No entanto, não foram recepcionadas pela Constituição de 1988 as expressões ‘pederastia ou outro’ e ‘homossexual ou não’, contidas, respectivamente, no nomen iuris e no caput do art. 235 do Código Penal Militar, mantido o restante do dispositivo. 2. Não se pode permitir que a lei faça uso de expressões pejorativas e discriminatórias, ante o reconhecimento do direito à liberdade de orientação sexual como liberdade existencial do indivíduo. Manifestação inadmissível de intolerância que atinge grupos tradicionalmente marginalizados. 3. Pedido julgado parcialmente procedente” (ADPF 291, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 11.5.2016).

Após essa decisão, a prática de ato libidinoso em ambiente castrense continua tipificada pelo Código Penal Militar, entretanto expressões discriminatórias foram eliminadas do tipo penal, de modo que restou claro que a conduta não deve ser punida em razão da orientação sexual do autor, mas diante do desvio comportamental em ambiente de trabalho.

Assim, embora essa decisão não tenha alterado o âmbito de incidência da norma penal incriminadora, uma vez que as mesmas condutas continuaram sendo consideradas crime, o precedente teve o condão de assentar a impossibilidade do emprego de termos discriminatórios em atos normativos.

Outro precedente bastante relevante foi o da criminalização da homofobia e da transfobia, julgado em 13.6.2019. O Supremo Tribunal

ADPF 787 MC / DF

Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, Rel. Min. Celso de Mello, e o Mandado de Injunção nº 4.733, Rel. Min. Edson Fachin, decidiu que, até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei de Racismo (Lei nº 7.716, de 8.1.1989).

Há, ainda, outros precedentes relevantes sobre a temática LGBTQIA+, como a decisão de interpretação conforme proferida na ADI nº 5.971, Rel. Min. Alexandre de Moraes, acerca de lei distrital que restringiu a aplicação de políticas públicas por ela previstas exclusivamente a famílias formadas por homem e mulher.

Nesse feito, a Corte decidiu que a instituição de diretrizes para implantação de política pública de valorização da família no Distrito Federal deveria levar em consideração também aquelas entidades familiares formadas por união homoafetiva.

Consigno, também, que o Min. Luís Roberto Barroso, ao apreciar medida cautelar na ADPF nº 527, determinou que mulheres transexuais e transgêneros que estão cumprindo pena em presídios masculinos sejam transferidas para presídios femininos.

Finalmente, registro que, enquanto relator da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 467, deferi medida cautelar para suspender uma lei do Município de Ipatinga-MG que exclui da política municipal de educação referências a diversidade de gênero e orientação sexual na rede pública de ensino. Na ocasião, relembrei fatos tristes que marcaram nossa história, como as apreensões de livros na Alemanha nazista e também a censura e patrulha ideológicas.

Em caso de temática do direito à saúde, que se relaciona com o tema desta ADPF, o STF também já teve a oportunidade de se manifestar. Na

ADPF 787 MC / DF

ADI nº 5.543 foi declarada a inconstitucionalidade da restrição de doação de sangue por homens homossexuais e bissexuais, quando a negativa é baseada apenas na sexualidade. Eis a ementa deste importante julgado:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. ART. 64, IV, DA PORTARIA N. 158/2016 DO MINISTÉRIO DA SAÚDE E ART. 25, XXX, “D”, DA RESOLUÇÃO DA DIRETORIA COLEGIADA – RDC N. 34/2014 DA ANVISA. RESTRIÇÃO DE DOAÇÃO DE SANGUE A GRUPOS E NÃO CONDUTAS DE RISCO. DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL. INCONSTITUCIONALIDADE. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. 1. A responsabilidade com o Outro demanda realizar uma desconstrução do Direito posto para tornar a Justiça possível e inculcar, na interpretação do Direito, o compromisso com um tratamento igual e digno a essas pessoas que desejam exercer a alteridade e doar sangue. 2. O estabelecimento de grupos – e não de condutas – de risco incorre em discriminação e viola a dignidade humana e o direito à igualdade, pois lança mão de uma interpretação consequencialista desmedida que concebe especialmente que homens homossexuais ou bissexuais são, apenas em razão da orientação sexual que vivenciam, possíveis vetores de transmissão de variadas enfermidades. Orientação sexual não contamina ninguém, condutas de risco sim. 2. O princípio da dignidade da pessoa humana busca proteger de forma integral o sujeito na qualidade de pessoa vivente em sua existência concreta. A restrição à doação de sangue por homossexuais afronta a sua autonomia privada, pois se impede que elas exerçam plenamente suas escolhas de vida, com quem se relacionar, com que frequência, ainda que de maneira sexualmente segura e saudável; e a sua autonomia pública, pois se veda a possibilidade de auxiliarem àqueles que necessitam, por qualquer razão, de transfusão de sangue. 3. A política restritiva prevista na Portaria e na Resolução da Diretoria Colegiada, ainda que de forma desintencional, viola a

igualdade, pois impacta desproporcionalmente sobre os homens homossexuais e bissexuais e/ou seus parceiros ou parceiras ao injungir-lhes a proibição da fruição livre e segura da própria sexualidade para exercício do ato empático de doar sangue. Trata-se de discriminação injustificável, tanto do ponto de vista do direito interno, quanto do ponto de vista da proteção internacional dos direitos humanos, à medida que pressupõem serem os homens homossexuais e bissexuais, por si só, um grupo de risco, sem se debruçar sobre as condutas que verdadeiramente os expõem a uma maior probabilidade de contágio de AIDS ou outras enfermidades a impossibilitar a doação de sangue. 4. Não se pode tratar os homens que fazem sexo com outros homens e/ou suas parceiras como sujeitos perigosos, inferiores, restringido deles a possibilidade de serem como são, de serem solidários, de participarem de sua comunidade política. Não se pode deixar de reconhecê-los como membros e partícipes de sua própria comunidade. 5. Ação direta julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade do inciso IV do art. 64 da Portaria n. 158/2016 do Ministério da Saúde e da alínea “d” do inciso XXX do art. 25 da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC n. 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária.”(ADI 5543, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, DJe 25.08.2020).

Essas decisões foram, de fato, grandes conquistas para a cidadania da população LGBTQIA+ no Brasil. Entretanto, faz-se, necessário que outros direitos desse grupo pessoas historicamente discriminado sejam garantidos.

2.1.2 Direito à identidade de gênero, inclusive com retificação do registro civil, independentemente das características biológica ou realização de procedimento cirúrgico e hormonal

O nome social é a designação pela qual a pessoa travesti ou

ADPF 787 MC / DF

transexual se identifica e é socialmente reconhecida. Nome social é diferente de Identidade de Gênero. Este consiste na dimensão da identidade de uma pessoa no que diz respeito à forma como se relaciona com as representações de masculinidade e feminilidade e não guarda relação, necessariamente, com o sexo atribuído ao nascimento. (Fonte: https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Folde_rs/cartilha_nome_social.pdf).

O objetivo da utilização e aceitação do nome social é evitar situações discriminatórias, promovendo a autoaceitação e, mais além, a anuência da sociedade. A luta pelo direito a utilização do Nome Social é recente, mas vem sendo, ao longo dos anos, uma das principais reivindicações deste grupo plural.

O dever de utilização do nome social por parte de profissionais de saúde foi reconhecido pelo Ministério da Saúde em 2009. Por meio da Portaria nº 1.820 ficou reconhecido o direito ao uso do nome social no SUS, mesmo que a pessoa não tenha realizado a alteração oficial do nome em cartório.

Em 2014, o Ministério da Saúde editou a Nota Técnica nº 18, garantindo a utilização do nome social no Cartão Nacional de Saúde. Na prática, para inclusão do nome social no cartão do SUS, basta o usuário da rede pública dirigir-se à unidade básica de saúde (UBS) de referência, com documento de identificação e solicitar a inclusão do nome social. Não é necessário informar o sexo biológico, tampouco nome do registro civil de nascimento.

Na sequência temporal, foi publicado o Decreto Presidencial nº 8.727/2016, que dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal. O Decreto veda o uso de expressões pejorativas e discriminatórias para referir-se a pessoas travestis ou transexuais, o que reafirma os já citados preceitos constitucionais, em especial o direito a não-discriminação.

Sobre o tema, na ADI nº 4.275/DF, julgada em 1.3.2018, esta Corte permitiu a alteração do prenome e da classificação de gênero no registro

ADPF 787 MC / DF

civil, mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo. Ou seja, não há vinculação entre a cirurgia e a alteração do registro civil.

Em meu voto nesta ação, consignei que, com base nos princípios da igualdade, da liberdade, de autodesenvolvimento e da não discriminação por razão de orientação sexual ou de identificação de gênero, esta Corte tem um dever de proteção em relação às minorias discriminadas.

Veja-se a ementa do julgado:

“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. 1. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero. 2. A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. 3. A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. 4. Ação direta julgada procedente.”(ADI 4275, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 01/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-045 DIVULG 06-03-2019 PUBLIC 07-03-2019).”

ADPF 787 MC / DF

Após esta decisão, o CNJ regulamentou, por meio da Provimento nº 73/2018, a troca de prenome e gênero em certidões de nascimento ou casamento de transgêneros. Dispôs, ainda, que a alteração deve ser realizada em cartório, sem a obrigatoriedade da comprovação da cirurgia de mudança de sexo, tampouco de decisão judicial.

Veja-se que, embora a utilização do nome social tenha sido uma importante conquista no que diz respeito ao modo de tratamento em torno da identidade de gênero e ao direito de autodeterminação das pessoas transexuais e travestis, a partir da decisão do STF na ADI nº 4275, garantiu-se às pessoas transgêneros o direito ao prenome e ao sexo, no registro civil, independentemente da alteração das características físicas e biológicas de seu corpo.

Logo, como consequência do decidido pelo STF, o poder público, na execução de suas políticas públicas, poderá se deparar, por exemplo, com a circunstância de um cidadão transgênero, que se identifique com o sexo masculino e que possua registro civil com prenome masculino, mas que tenha nascido com órgão reprodutor do sexo feminino. Nesse caso, se a pessoa não tiver realizado procedimento de transgenitalização ou tratamentos hormonais ou patologizantes e necessitar de atendimento médico especializado para o sexo biológico de seu nascimento, como o atendimento no ginecologista, deverá ser atendida.

Neste exemplo, fica claro que cabe ao órgão competente tomar as medidas necessárias para adequação de seus sistemas, de modo a permitir o acesso das políticas públicas existentes sem a imposição de barreiras burocráticas, que além de comprometer a própria efetividade da política pública, poderá causar constrangimento, discriminação e sofrimento à pessoa trans.

Aliás, conforme estudos doutrinários e reportagens, um dos motivos que levam muitas pessoas transexuais a não realizarem o procedimento de transgenitalização é a vontade de filiação, sendo mais acessível a estas pessoas os procedimentos de reprodução por meio do sexo biológico de nascimento.

Em consequência, um homem trans pode vir a, antes de realizar a

ADPF 787 MC / DF

mudança de sexo, engravidar e gestar seu filho, vindo a necessitar do sistema de saúde, inclusive, na hora do parto, além de todo o acompanhamento pré-natal destinado às gestantes, realizado pela especialidade de ginecologia e obstetrícia. Ao dar a luz, o homem trans, que exercerá em relação ao filho o papel de pai, tem seu nome registrado na Declaração de Nascido Vivo como mãe, uma vez que deu a luz à criança, gerando, portanto, uma desconformidade entre os documentos públicos e a realidade social.

Essas situações hipotéticas, embora comuns, demonstram a relevância constitucional da matéria trazida a exame desta Corte por meio da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, a ensejar, com base nos precedentes reiterados do STF, a tutela cautelar.

2.1.3. Direitos sexuais e reprodutivos da população transexual

A Constituição brasileira garante os direitos reprodutivos em seu artigo 226, §7º, ao tratar do planejamento familiar, nos seguintes termos:

“Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”.

A norma constitucional foi regulamentada pela Lei 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que reconhece o planejamento familiar como um “direito de todo cidadão” (art. 1º), consistindo em um “conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole” (art. 2º), “dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde”. A referida legislação obriga o SUS, em todos os seus níveis, a garantir programa de atenção integral à saúde que inclua, entre outras, a assistência à concepção e contracepção; o atendimento pré-natal; a assistência ao parto, ao puerpério e ao neonato;

ADPF 787 MC / DF

o controle das doenças sexualmente transmissíveis; e o controle e a prevenção dos cânceres cérvico-uterino, de mama, de próstata e de pênis (art. 3º).

A citada lei ainda determina que o planejamento familiar seja realizado mediante ações preventivas e educativas, garantido o acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade (art. 4º), sendo dever do Estado assegurar “o livre exercício do planejamento familiar” (art. 5º).

Portanto, o direito brasileiro garante, **com igualdade, a todos os cidadãos**, o acesso a programas de saúde que garantam seus direitos sexuais e reprodutivos, em todos os seus aspectos. Isso está em consonância com as diretrizes promovidas pela Organização das Nações Unidas na matéria, especialmente a partir da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, realizada na cidade do Cairo, em 1994, e com a IV Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada em Beijing, em 1995, cujos acordos definiram os direitos sexuais e reprodutivos como direitos humanos, passando os direitos reprodutivos a serem conceituados como “direito de tomar decisões sobre a reprodução livre de discriminação, coerção e violência” (Programa de Ação do Cairo, Capítulo VII).

O “Princípios de Yogyakarta”, documento publicado em novembro de 2006 como resultado de reunião internacional de grupos de direitos humanos realizada na cidade de Joguejacarta, na Indonésia, é claro quanto ao dever do Estado de assegurar o direito de constituir família a todos as pessoas, independente da orientação sexual e da identidade de gênero, inclusive por meio de técnicas de reprodução humana assistida, bem como demais formas de estabelecimento de filiação, como a adoção.

Os Cadernos de Atenção Básica – Direitos Sexuais e Reprodutivos do Ministério da Saúde (Brasil, 2010) reconhecem a universalidade dos direitos sexuais e dos direitos reprodutivos. Anuem também que a orientação sexual e a identidade de gênero são importantes fatores a serem considerados na formulação das políticas de saúde, especialmente em razão de estigmas e exclusão social a que são expostos lésbicas, gays,

ADPF 787 MC / DF

bissexuais, travestis e transexuais.

É verdade que as políticas de saúde do SUS já contemplam programas voltados à população LGBTQIA+. Em 2010, inclusive, foi criada a Política Nacional de Saúde Integral LGBT, instituída pela Portaria nº 2836, de 1º de dezembro de 2011, e pactuada pela Comissão Tripartite conforme Resolução nº 2, de 6 de dezembro de 2011 (disponível em: bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nacional_saude_lesbicas_gays.pdf).

A Política Nacional, garante, âmbito do SUS, os direitos sexuais e direitos reprodutivos de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais.

Conforme esclarece a doutrina, a concretização do projeto parental pela população LGBTQIA+, embora seja garantida pela Constituição brasileira e pela legislação pertinente - embora de forma genérica -, traz grandes desafios para a sociedade. Especialmente em relação às pessoas transexuais, seus direitos sexuais e reprodutivos são diversos os tabus enfrentados:

“Pode-se afirmar que as pessoas trans assumem papéis parentais que não prejudicam o exercício da parentalidade responsável e o melhor interesse da criança. A mulher trans exerce uma função materna e não paterna.

Acrescente-se, que há pessoas trans com orientação bissexual, homossexual, assexual e pansexual, possibilitando assim diversas configurações familiares. Logo, a transparentalidade é complexa porque apresenta um leque de possibilidades, considerando que o casal poderá ter filhos naturais, inclusive adotar, apesar de a Lei de adoção nº 12.010/2009, não ter feito qualquer menção à adoção por casais homossexuais ou trans, embora haja decisões favoráveis (CARDIN; GOMES, 2015).

Também poderão se utilizar de reprodução assistida que possui inúmeras técnicas, tais como: a inseminação artificial homóloga, heteróloga, a fertilização in vitro e a maternidade substitutiva.

No caso dos transgêneros, alguns optam por não retirarem

ADPF 787 MC / DF

os órgãos reprodutores, possibilitando a utilização das técnicas acima citadas, sendo que todas são viáveis ao casal transfetivo, que pretende realizar o seu projeto parental.” (CARDIN, Valéria Silva Galdino. VIEIRA, Tereza Rodrigues. Famílias Trans e o Planejamento Familiar: a autonomia reprodutiva como direito fundamental. In Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE), Vol. 7, N. 3, 2019, p. 368)

No âmbito da reprodução humana assistida no Brasil, diante da inexistência de legislação que regule a matéria, o Conselho Federal de Medicina tem orientado a realização dos procedimentos por parte da equipe médica, inclusive regendo aspectos éticos relativos às técnicas disponíveis.

A Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina regulamentou o acesso a técnica de reprodução assistida por casais homossexuais, o que, de certa forma, acaba abrangendo as pessoas trans, ao dispor que:

“2. É permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito a objeção de consciência por parte do médico.

3. É permitida a gestação compartilhada em união homoafetiva feminina em que não existia infertilidade. Considera-se gestação compartilhada a situação em que o embrião obtido a partir da fecundação do (s) oócito(s) de uma mulher é transferido para o útero de sua parceira.”

Tal resolução foi recentemente atualizada por meio da Resolução nº 2.294/21, que passou a prever, expressamente, a utilização das técnicas de reprodução assistida por pessoas transexuais:

“II – PACIENTES DAS TÉCNICAS DE RA

1. Todas as pessoas capazes que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução podem ser receptoras das técnicas de RA, desde que

ADPF 787 MC / DF

os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos, conforme legislação vigente.

2. É permitido o uso das técnicas de RA para heterossexuais, homoafetivos e transgêneros.

3. É permitida a gestação compartilhada em união homoafetiva feminina. Considera-se gestação compartilhada a situação em que o embrião obtido a partir da fecundação do(s) oócitos(s) de uma mulher é transferido para o útero de sua parceira.”

Nesse contexto, é necessário garantir aos homens e mulheres-trans acesso igualitário a todas as ações e programas de saúde do SUS, especialmente aqueles relacionados à saúde sexual e reprodutiva, como agendamento de consultas nas especialidades de ginecologia, obstetrícia e urologia, independentemente de sua identidade de gênero, sendo fundamental eliminar obstáculos burocráticos que possam causar constrangimento a pessoa e atraso no acesso a prestação de saúde.

2.1.4. Da adaptação do sistema para agendamento de tratamentos médicos pela pessoa transexual

As alegações da petição inicial são confirmadas pelo Ministério da Saúde, tanto em relação ao acesso, pelo sistema, a agendamento de consultas de especialidades médicas aparentemente não compatíveis com o gênero indicado, quanto em relação ao preenchimento da Declaração de Nascido Vivo, em que o homem trans, parturiente, é registrado como mãe biológica.

Diante dos compromissos internacionais firmados pelo Brasil, bem como da legislação brasileira, os fatos apontados parecem violar os direitos fundamentais das pessoas transexuais, especialmente em relação aos seus direitos sexuais e reprodutivos. Ademais, diante do decidido por esta Corte na ADI nº 4.275, tais práticas acabam por contrariar o entendimento ali fixado.

A partir deste contexto e dos dados apresentados, consigno que

ADPF 787 MC / DF

razão assiste o requerente em relação ao primeiro pedido liminar para “*garantir o acesso às especialidades médicas em conformidade com suas especificidades e necessidades biológicas, e com o reconhecimento de sua identidade de gênero autodeclarada, mediante adequação dos sistemas de informação do Sistema Único de Saúde para marcação de consultas e exames; formação técnica dos profissionais de saúde para atendimento da população transsexual e travesti; dentre outros*”.

Conforme explicam os autores desta ação, o que ocorre na prática do atendimento é que **homens transexuais e pessoas transmasculinas com prenome já alterado, que conservam o aparelho reprodutor feminino (úteros, ovários e vagina), não conseguem o tratamento com ginecologistas e obstetras.** Da mesma maneira, **mulheres transexuais e travestis, que possuem órgãos masculinos (testículo, próstata e pênis) têm o acesso às especialidades médicas como urologia e proctologia negados.**

As informações prestadas pelo Poder Executivo nos autos desta ADPF são, no mínimo, obscuras quanto à capacidade de os sistemas informáticos utilizados pelo SUS possibilitarem o acesso às especialidades médicas independentemente da identificação do sexo biológico dos pacientes.

Embora a manifestação da AGU (eDOC 18) consigne genericamente que a premissa fática da tese autoral seria inverídica, uma análise cuidadosa de toda a documentação acostada aos autos pela União revela uma insuperável dificuldade de esclarecimento da questão controversa.

Registre-se que, em manifestação datada de 08 de março de 2021, o então **Ministro de Estado da Saúde Eduardo Pazuello** juntou aos autos desta ADPF diversos despachos e notas técnicas elaborados pela Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Saúde e pela Secretaria de Atenção Primária à Saúde (eDOC 26).

A maioria desses documentos, todavia, **cingem-se a determinar movimentações processuais do pedido de informação perante órgãos internos da pasta ministerial**, sem que tenham consignadas informações minimamente conclusivas quanto ao atual estágio de adaptação dos sistemas utilizados pelo SUS às determinações consectárias da decisão do

ADPF 787 MC / DF

STF na ADI nº 4.275.

Na Nota Técnica nº 1/2021-COGE/CGGAP/DESF/SAPS/MS (eDOC 22), por exemplo, a pasta ministerial apenas declina os atos normativos que compõem as bases institucionais de proteção da saúde dos grupos vulneráveis da população LGBTQIA+. Essa simples referência aos atos infralegais, como as Portarias que integram a Política Nacional de Saúde Integral LGBTQIA+ não é suficiente para levar à conclusão de que os sistemas estão devidamente adaptados às especialidades desses pacientes.

Daí porque não é possível acatar a conclusão da AGU no sentido de que: *“a [simples] referência aos atos citados permite aferir que a União adotou regras de organização e planejamento que refletem claro compromisso com à assistência à saúde da população transexual e travesti, denotando que as políticas públicas de saúde não se dirigem somente à população cisgênero”* (eDOC 18, p. 28).

Por outro lado, a própria AGU admite em sua manifestação que a União *“teve que promover alterações em sistemas de informação no intuito de assegurar o pleno acesso de tais segmentos aos procedimentos e às especialidades médicas”* (eDOC 18, p. 30). Nesse ponto, faz-se referência à Nota Técnica nº 4/2019-COGE/CGGAP/DESF/SAPS/MS (eDOC 23) que, a rigor, é a única que traz informações sobre os sistemas de informação utilizados para agendamento das consultas no SUS.

É digno de esclarecimento que referida Nota Técnica foi produzida pela pasta ministerial na forma de subsídios à manifestação da União no âmbito da Ação Civil Pública nº 5039658-70.2019.4.04.7100. Ou seja, **o único documento apresentado pelo Ministério da Saúde nos autos dessa ADPF que contém alguma informação sobre os sistemas de informação para o agendamento de consultas foi “reaproveitado” de uma manifestação pretérita da pasta lavrada em setembro de 2019.**

Além de correr o risco de não apresentar dados atualizados, a manifestação técnica listava diversas determinações de adaptações a serem realizadas no Sistema de Informações Hospitalares do SUS (SIH/SUS), no Sistema de Informações Ambulatoriais do SUS (SIA/SUS),

ADPF 787 MC / DF

no Sistema de Informações em Saúde da Atenção Básica (SISAB) e o e-SUS e ainda no Sistema de Gerenciamento da Tabela de Procedimentos, Medicamentos e OPM do SUS/SIGTAP.

Todas essas modificações ordenadas tinham por objetivo a retirada de “*críticas de procedimento*” que impossibilitavam o registro de “*procedimentos*” ou “*ações*” para indivíduos do sexo biológico diferente daquele sugerido na tabela SUS.

Registrem-se abaixo os trechos pertinentes da manifestação técnica:

2.1.1. Sistema de Informações Hospitalares do SUS

(SIH/SUS) 2.1.1.1. Retirada a crítica de procedimento realizado com o sexo do indivíduo desde a versão 15.32 do SISAIH01 (disponibilizada em 27/09/2018) e desde a versão 13.81 do SIHD, disponibilizada em 19/10/2018 e a qual descreve a troca da crítica para um bloqueio, conforme segue: "Implementado o Bloqueio de Sexo Incompatível com o Procedimento (Principal e Realizado). Observação: Ao Entrar no Gerenciador de informações, o SIHD verifica se há alguma incompatibilidade do sexo do paciente com o Procedimento principal e com cada procedimento realizado na AIH. Encontrada a incompatibilidade, a AIH fica bloqueada para o Gestor tomar a decisão, podendo o Gestor desbloqueá-la." 2.1.1.2.

Referência: Despacho da Coordenação-Geral de Sistemas de Informação - CGSI/DRAC, de 19/12/2018, Registro SEI nº 7144996 .

2.1.2. Sistema de Informações Ambulatoriais do SUS

(SIA/SUS) 2.1.2.1. Retirada da crítica de procedimento realizado com o sexo do indivíduo desde a versão 04.09 do BDSIA (disponibilizada em 19/10/2018), a qual determina o seguinte: A partir da versão 04.09, não impossibilitar o registro de procedimento “*ação*”, para indivíduos de sexo diferente do sugerido na tabela SUS. Consequentemente não impossibilita o registro de diagnóstico “*CID*”, para indivíduos de sexo diferente do sugerido na tabela SUS. Implementar relatório que exiba procedimentos realizados em indivíduos de sexo diferente do recomendado pela Tabela SUS. Em relação à APAC

e ao BPA-I, a retirada da referida crítica ocorreu à partir da versão 02.35 e da versão 02.89, respectivamente, disponibilizadas em 19/10/2018. 2.1.2.2.

Referência: Despacho da Coordenação-Geral de Sistemas de Informação - CGSI/DRAC, de 19/12/2018, Registro SEI nº 7144996

2.1.3. Sistema de Informações em Saúde da Atenção Básica (SISAB) e o e-SUS 2.1.3.1. Disponibilizada, em julho de 2019, a versão 3.2 do Prontuário Eletrônico do Cidadão (PEC) da estratégia e-SUS Atenção Básica com a adequação do sistema à Política Nacional de Saúde Integral LGBT no cadastro do cidadão: quando for preenchida a identidade de gênero, todos os procedimentos de ambos os sexos estarão disponíveis, isto é, as críticas que impediam a realização de procedimentos com exclusividade de sexo foram retiradas, o que tornou possível, por exemplo, a realização de consultas de pré-natal para homens trans.

2.1.3.2. Referência: Informativo DAB, 25/07/2019 - Disponibilização da versão 3.2 do Prontuário Eletrônico do Cidadão (PEC) da estratégia e-SUS Atenção Básica

2.1.4 Sistema de Gerenciamento da Tabela de Procedimentos, Medicamentos e OPM do SUS/SIGTAP 2.1.4.1 O sistema vincula o procedimento ao atributo sexo como uma forma de orientação, porém não há impedimento para que os procedimentos sejam apresentados nos sistemas de processamento Ambulatorial (SIA) e Hospitalar (SIHD), desde setembro de 2018. 2.1.4.2 Esclarece-se que a partir da competência setembro de 2018, no SIHD quando verifica-se incompatibilidade de sexo do paciente com o procedimento principal ou com demais procedimentos realizados na AIH, esta fica bloqueada. O Gestor ao entrar no Gerenciador de Informações do SIHD analisa a incompatibilidade e toma a decisão de desbloquear.

2.1.4.3 Referência: Despacho do Departamento de Atenção Especializada e Temática/SAES/MS, de 30/09/2019, SEI nº0010465967.

ADPF 787 MC / DF

Essas informações apresentadas pelo Ministério da Saúde demonstram que os principais sistemas utilizados pelo SUS para o agendamento de consultas e tratamentos ambulatoriais apresentavam ou ainda apresentam incompatibilidade com o tratamento de solicitações efetuadas por pacientes transgêneros que retificaram o registro civil para refletir a sua identidade de gênero.

Ou seja, a pasta não forneceu informações atualizadas a respeito da correção ou não das falhas procedimentais. Além disso, verifica-se que no caso de sistemas como o Sistema de Informações Hospitalares do SUS (SIH/SUS) e o Sistema de Gerenciamento da Tabela de Procedimentos, as alterações no sistema, se realizadas, ainda colocam sob a dependência do Gestor técnico a tarefa de, manualmente, exarar decisão individualizada nas hipóteses em que há incompatibilidade entre o sexo do paciente com o procedimento principal ou com demais procedimentos realizados na AIH.

Essa realidade burocrática acaba por se afigurar atentatória ao direito social à saúde que é assegurado na Constituição Federal a todas as pessoas. Trata-se de direito universal, igualitário e gratuito, não comportando exclusão em razão da identidade de gênero. Ademais, o atendimento deve ainda ser específico e não genérico, vale dizer, deve respeitar as múltiplas características deste grupo diversificado.

Portanto, a partir dos dados apresentados, da legislação sobre o tema e de acordo com a doutrina e a jurisprudência, configura-se imperioso que seja garantido o direito ao atendimento médico no Sistema Único de Saúde de acordo com o aparato biológico e com as necessidades da pessoa. O atendimento tem por objetivos o bem-estar físico, mental e social deste grupo plural, bem como prevenir e tratar enfermidades.

Esse atendimento personalizado deve ser realizado, por exemplo, a uma pessoa que retificou o registro civil para refletir a sua identidade de gênero com um nome masculino, mas que possui útero. Neste caso, se essa pessoa deseja engravidar, deve ter direito ao atendimento com médico obstetra, bem como a um pré-natal adequado.

Da mesma maneira, uma pessoa que retificou o registro civil para

ADPF 787 MC / DF

refletir a sua identidade de gênero com um nome feminino, mas possui órgãos do sistema reprodutor masculino, deve ter direito ao atendimento de médico urologista, por exemplo.

Destarte, tendo em vista a necessidade de que seja disponibilizado às pessoas transexuais e travestis um atendimento no SUS condizente com suas necessidades, defiro medida cautelar para se determinar à União que, no prazo de 30 (trinta) dias, proceda a alteração nos sistemas de informação do SUS para marcação de consultas e exames a fim de garantir o acesso às especialidades médicas em conformidade com suas especificidades e necessidades biológicas, independentemente do sexo biológico registrado.

A fim de garantir o cumprimento desta determinação cautelar, a União deverá, também no prazo de 30 (trinta) dias, informar se o Sistema de Informações Hospitalares do SUS (SIH/SUS), o Sistema de Informações Ambulatoriais do SUS (SIA/SUS), o Sistema de Informações em Saúde da Atenção Básica (SISAB), o e-SUS 2.1.3.1 e o Sistema de Gerenciamento da Tabela de Procedimentos, Medicamentos e OPM do SUS/SIGTA estão devidamente adaptados e atualizados para garantir o acesso a tratamentos médicos com base na autodeclaração de gênero dos pacientes.

2.1.5. Da adaptação da Declaração de Nascido Vivo

O segundo pedido do Partido requerente consiste em *“Garantir o registro, na Declaração de Nascido Vivo e em documentos correlatos, dos nomes dos genitores de acordo com sua identidade de gênero, independentemente de ser ou não parturiente.”* (eDOC 1, p. 29)

Antes de analisar o pedido liminar, é necessário entender o conceito da Declaração de Nascido Vivo, bem como sua importância para a elaboração de políticas públicas, o que demonstra a necessidade de atualização de algumas nomenclaturas utilizadas, especialmente em razão das técnicas de reprodução humana disponíveis, bem como das normas do Conselho Nacional de Justiça que uniformizaram a emissão da

ADPF 787 MC / DF

Certidão de Nascimento no país.

A Declaração de Nascido Vivo – DNV é regulamentada pela Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012, que assegurou sua validade nacional e regulamentou sua expedição. Em seu art. 2º, garante a validade da DNV “até que seja lavrado o assento do registro do nascimento”. Sua emissão é obrigatória para todos os nascimentos com vida ocorridos no Brasil, sendo válida “exclusivamente para fins de elaboração de políticas públicas e lavratura do assento de nascimento”, conforme dispõe o art. 3º, devendo ser “emitida por profissional de saúde responsável pelo acompanhamento da gestação, do parto ou do recém-nascido, inscrito no Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde-CNES ou no respectivo Conselho profissional”(§1º). O art. 4º da lei estabelece os dados que deverão constar da Declaração, nos seguintes termos:

“Art. 4º A Declaração de Nascido Vivo deverá conter número de identificação nacionalmente unificado, a ser gerado exclusivamente pelo Ministério da Saúde, além dos seguintes dados:

I – nome e prenome do indivíduo;

II – dia, mês, ano, hora e Município de nascimento;

III – sexo do indivíduo;

IV – nome e prenome, naturalidade, profissão, endereço de residência da mãe e sua idade na ocasião do parto;

VI – nome e prenome do pai; e

VII – outros dados a serem definidos em regulamento.

§ 1º O prenome previsto no inciso I não pode expor seu portador ao ridículo.

§2º Caso não seja possível determinar a hora do nascimento, prevista no inciso II, admite-se a declaração da hora aproximada.

§3º A declaração e o preenchimento dos dados do inciso VI são facultativos.

§4º A Declaração de Nascido Vivo deverá conter inscrição indicando que o registro civil de nascimento permanece obrigatório, não sendo substituído por esse documento.

ADPF 787 MC / DF

§5º A Declaração de Nascido Vivo deverá conter campo para que sejam descritas, quando presentes, as anomalias ou malformações congênitas observadas.”

Já o registro civil de nascimento, que continua obrigatório e gratuito, encontra-se padronizado pelo Provimento 63/2017, com as alterações consagradas pelo Provimento 83/2019, do Conselho Nacional de Justiça, que *“institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos ofícios de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida”*. A igualdade quanto a identidade de gênero é garantida pelo referido Provimento, nos seguintes termos:

“Art. 9º Os novos modelos deverão ser implementados até o dia 1º de janeiro de 2018 e *não devem conter quadros preestabelecidos para o preenchimento dos nomes dos genitores e progenitores, bem como para anotações de cadastro que não estejam averbadas ou anotadas nos respectivos registros.*

(...)

Art. 16. O assento de nascimento de filho havido por técnicas de reprodução assistida será inscrito no Livro A, independentemente de prévia autorização judicial e observada a legislação em vigor no que for pertinente, mediante o comparecimento de ambos os pais, munidos de documentação exigida por este provimento.

(...)

§ 2º No caso de filhos de casais homoafetivos, o assento de nascimento deverá ser adequado para que constem os nomes dos ascendentes, sem referência a distinção quanto à ascendência paterna ou materna.

Art. 17. será indispensável, para fins de registro e de emissão da certidão de nascimento, a apresentação dos seguintes documentos:

ADPF 787 MC / DF

I – declaração de nascido vivo (DNV);

II – declaração, com firma reconhecida, do diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana em que foi realizada a reprodução assistida, indicando que a criança foi gerada por reprodução assistida heteróloga, assim como o nome dos beneficiários;

III – certidão de casamento, certidão de conversão de união estável em casamento, escritura pública de união estável ou sentença em que foi reconhecida a união estável do casal.

§ 1º Na hipótese de gestação por substituição, não constará do registro o nome da parturiente, informado na declaração de nascido vivo, devendo ser apresentado termo de compromisso firmado pela doadora temporária do útero, esclarecendo a questão da filiação. (...)”

A conclusão da Nota Técnica nº 65/2021 do Ministério da Saúde destaca, inclusive, a importância epidemiológica de identificar a pessoa que gestou o nascido vivo, e não o nome da mãe e do pai. Ressalta-se ademais, que a identificação do nome do pai não gera presunção de paternidade. Nesse sentido, o Ministério da Saúde compromete-se a atualizar o sistema, conforme verifica-se no seguinte trecho:

“Quanto à presença das categorias ‘pai’ e ‘mãe’ no formulário da DNV e considerando que a filiação, sob a ótica da identidade de gênero, pode ter outras composições, esta Coordenação-Geral informa que, por ocasião de atualização do layout do formulário da DNV e do Sinasc, será avaliada a adoção de uma linguagem mais neutra em termos de gênero em substituição às atuais categorias referentes à filiação.

Vale ressaltar que a atualização do formulário da DNV implica em alterar também os requisitos do Sinasc, cujo funcionamento atual é offline. Esta Coordenação-Geral, juntamente com o Departamento de Informática do Sistema Único de Saúde – DataSUS, tem envidado esforços para a evolução do Sinac de offline para online.

ADPF 787 MC / DF

A orientação para registro dos dados da mãe biológica do recém-nascido tem finalidade epidemiológica, sendo essenciais para a construção de indicadores no âmbito do Sistema Único de Saúde, de modo a subsidiar políticas e programas voltadas para a melhoria da atenção pré-natal, bem como para a prevenção da mortalidade materna.” (eDoc 27, p. 6-7)

Observa-se que a omissão apontada na petição inicial quanto à adequação do formulário da DNV às questões de gênero foi identificada pelo próprio órgão técnico do Ministério da Saúde. Na referida Nota Técnica nº 65/2021, a pasta ministerial reconhece que *“o atual layout da DNV menciona as categorias “pai” e “mãe”. Portanto, o seu preenchimento ainda não contempla outras formas de filiação de acordo com a identidade de gênero dos genitores”* (eDOC 27, p. 6).

Outrossim, ainda que se alegue que a gestão do Sistema de Informações Sobre Nascidos Vivos (Sinasc) é tripartite, com atribuições também acometidas às Secretarias Estaduais de Saúde e às Secretarias Municipais de Saúde, colhe-se da regulamentação aplicável que é o próprio Ministério da Saúde, por meio da Secretaria de Vigilância da Saúde (SVS-MS) o órgão responsável por “estabelecer e divulgar diretrizes, normas técnicas, rotinas e procedimentos de gerenciamento dos sistemas” e por “consolidar e avaliar os dados processados e transferidos pelos Estados” (art. 3º, incisos I e II, da Portaria 116, de 11 de fevereiro de 2009).

Assim, entendo assistir razão ao requerente, quanto ao pedido de alteração do registro da DNV, uma vez que o que se faz necessário é a utilização de **termo técnico** e **neutro** para identificar a pessoa que gestou e pariu o nascido vivo. Desnecessária, portanto, a identificação da mãe ou do pai da criança na DNV, uma vez que a emissão da DNV destina-se à formulação de políticas públicas e não dispensa o registro da certidão de nascimento. Destaca-se que é na certidão de nascimento, documento atualmente regulamentado pelo CNJ, que as informações sobre filiação serão adequadamente registradas.

Nesse sentido, defiro o pedido cautelar para determinar que o

ADPF 787 MC / DF

Ministério da Saúde, por meio da Secretaria de Vigilância da Saúde (SVS-MS), proceda, no prazo de 30 (trinta) dias, à alteração do layout da DNV para que faça constar da declaração a categoria “**parturiente**”, de forma a possibilitar o recolhimento de dados para a formulação de políticas públicas pertinentes, independente dos nomes dos genitores de acordo com sua identidade de gênero.

Determine-se, também no prazo de 30 (trinta) dias, que o Ministério da Saúde estabeleça diretrizes para a realização dos registros pelas unidades notificadoras. Isso deve ser realizado com as Secretarias de Estado da Saúde e com as Secretarias Municipais de Saúde, gestoras estaduais do SIM e do SINASC. Os registros devem considerar a categoria “parturiente” de forma independente dos nomes dos genitores de acordo com sua identidade de gênero .

2.2. Do *Periculum in mora*

Considerando a crise sanitária mundial que estamos vivendo, qualquer grau de dificuldade a mais para acesso a tratamentos médicos, por si só, já indica a urgência de adoção de medidas acautelatórias.

A necessidade de tratamento médico adequado se coloca ainda mais premente no caso dos homens trans que se encontram gestantes ou tenham parido.

Estudos recentes indicam que gestantes e pessoas no puerpério passaram a ser consideradas grupo de risco para a Covid-19. Inclusive, a política nacional de vacinação passou a incluí-los no grupo prioritário para receber vacinas. Nesse sentido, registro publicação de 16 de março deste ano do Ministério da Saúde:

“Diante do maior risco de complicações que gestantes, puérperas e lactantes enfrentam quando infectadas pelo novo coronavírus, o Ministério da Saúde publicou nesta segunda-feira (15/03) a Nota Técnica nº 1/2021-DAPES/SAPS/MS com recomendações a gestores e profissionais de saúde sobre a administração de vacinas para prevenção da Covid-19 nessa

população.

Com base nos dados epidemiológicos apresentados e em estudo de mapeamento de evidências nacionais e internacionais sobre recomendações de vacinação de gestantes, puérperas e lactantes para Covid-19, a Nota Técnica aponta que, até o momento, não há contraindicação especificamente relatada que impeça a imunização dessas mulheres com as vacinas Covid-19 em uso no Brasil. Essas mulheres devem, no entanto, ser orientadas e avaliadas sobre o risco de exposição e contágio.

Assim, a Nota Técnica recomenda que seja realizada a vacinação em gestantes que tenham alguma comorbidade preexistente, como descreve o Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19, e informa que a vacina pode ser oferecida às gestantes sem comorbidades após avaliação dos riscos e benefícios, principalmente em relação às atividades desenvolvidas pela mulher.

Já às puérperas e lactantes, segundo o documento, a vacina deve ser oferecida desde que pertençam a um dos grupos prioritários elencados no Plano, respeitando a ordem de priorização. Após vacinadas, as lactantes devem ser orientadas pelos profissionais de saúde a não interromperem o aleitamento materno; as que desejarem doar o leite materno também poderão fazê-lo, desde que realizado conforme as recomendações de segurança estabelecidas pela Nota Técnica nº 13/2020-COCAM/CGCIVI/DAPES/SAPS/MS.

De acordo com a Nota Técnica nº 1/20201-DAPES/SAPS/MS, os profissionais de saúde devem aconselhar as gestantes, puérperas e lactantes a manter as medidas de proteção contra a Covid-19, mesmo após a aplicação das duas doses da vacina e após transcorrido o período necessário para a imunização. As mulheres que optarem por não receber as vacinas devem ser apoiadas em sua decisão e instruídas a manter as medidas de prevenção contra a Covid-19.

As recomendações do documento serão atualizadas conforme o surgimento de novas evidências científicas, novos conhecimentos acerca das vacinas, cenário epidemiológico da

ADPF 787 MC / DF

covid-19, seguindo as fases previamente definidas de vacinação.” (Disponível em: aps.saude.gov.br/noticia/11556)

Portanto, em razão das dificuldades vivenciadas pelo Sistema de Saúde, as peculiaridades da Covid-19 ainda desconhecida em muitos aspectos, as políticas públicas em andamento para atendimento da população e combate da pandemia, é fundamental que as pessoas tenham seu acesso ao Sistema de Saúde garantido.

É necessário, especialmente, a eliminação de obstáculos ou burocracias que dificultem o agendamento das consultas relativas a especialidades médicas pertinentes, especialmente no caso de homens transexuais que se encontrem gestantes ou no puerpério, a demonstrar o requisito do “perigo na demora” para o deferimento da medida cautelar pleiteada.

3. Dispositivo

Ante o exposto, concedo a medida cautelar postulada, *ad referendum* do Plenário, para:

i. Quanto ao sistema para agendamento de tratamentos médicos pela pessoa transexual:

i.a. Determinar que o Ministério da Saúde, no prazo de 30 (trinta) dias, **proceda a todas as alterações necessárias nos sistemas de informação do SUS, para que marcações de consultas e de exames de todas as especialidades médicas sejam realizadas independentemente do registro do sexo biológico;**

i.b. Ordenar ao Ministério da Saúde que, também no prazo de 30 (trinta) dias, **informe se os Sistemas de Informação do SUS** (Sistema Informações Hospitalares do SUS (SIH/SUS), Sistema de Informações Ambulatoriais do SUS (SIA/SUS), Sistema de Informações em Saúde da Atenção Básica (SISAB), e-SUS 2.1.3.1 e o Sistema de Gerenciamento da Tabela de Procedimentos, Medicamentos e OPM do SUS/SIGTA) **estão**

devidamente adaptados e atualizados para garantir o acesso a tratamentos médicos com base na autodeclaração de gênero dos pacientes;

ii. Quanto à Declaração de Nascido Vivo:

ii.a. Determinar ao Ministério da Saúde, por meio da Secretaria de Vigilância da Saúde (SVS-MS), que, no prazo de 30 (trinta) dias: **proceda à alteração do layout da DNV para que faça constar da declaração a categoria “parturiente”**, independente dos nomes dos genitores de acordo com sua identidade de gênero. Isso possibilitará, ao mesmo tempo, o recolhimento de dados para a formulação de políticas públicas pertinentes e o respeito à autodeclaração de gênero dos ascendentes;

ii.b. Ordenar ao Ministério da Saúde que, no prazo de 30 (trinta) dias: estabeleça diretrizes para, em conjunto com as Secretarias de Estado da Saúde e com as Secretarias Municipais de Saúde, gestoras estaduais do SIM e do SINASC, **orientar as unidades notificadoras a alimentarem os registros pertinentes considerando a categoria “parturiente”**, independente dos nomes dos genitores de acordo com sua identidade de gênero.

Publique-se. Intimem-se. Cumpra-se.

Brasília, 28 de junho de 2021.

Dia Internacional do Orgulho LGBTQIA+

Ministro GILMAR MENDES

Relator

Documento assinado digitalmente