



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002781-93.2018.4.02.5101/RJ

RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL RICARDO PERLINGEIRO

APELANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO - DPU (AUTOR)

APELANTE: UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO (RÉU)

APELADO: OS MESMOS

VOTO

Consoante relatado, cuidam-se de remessa necessária tida por interposta e apelações, atribuídas à minha relatoria por redistribuição após declaração de suspeição do Desembargador Federal ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES (evento 18), interpostas pela DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO (DPU) e pela UNIÃO FEDERAL, em face de sentença proferida pelo Juízo da 18ª Vara Federal do Rio de Janeiro, que julgou parcialmente procedente o pedido formulado, em sede de ação civil pública com pedido liminar, pela DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO (DPU), visando a condenação da UNIÃO FEDERAL (i) para que “se abstenha de dar continuidade aos processos de aposentadoria e reforma dos servidores transexuais”; (ii) “promova a retificação do nome e gênero dos servidores transexuais nos assentos da Administração Pública Federal no tratamento interpessoal de todos os servidores públicos em sentido amplo, desde que requerido”; e (iii) permita que militares transexuais “integrem o corpo, quadro, arma, serviço próprio condizente com a autodeterminação de seu gênero, sem prejuízo da progressão funcional, computando-se tempo de serviço, o período em que alguns militares estiveram de licença para tratamento de saúde” (evento1, OUT1, página 31/1º grau).

A sentença recorrida foi redigida nos seguintes termos (Evento 52-SENT37):

[...] “Ultrapassadas as questões prévias, passo ao exame do mérito. A transexualidade caracteriza-se pela transformação de gênero (masculino ou feminino) de uma pessoa, que passa por procedimentos cirúrgicos para efetuar a mudança de sexo.

É uma condição que geralmente surge na infância, quando a criança já manifesta uma sexualidade diferente do gênero no qual nasceu. Esse sentimento geralmente cresce na

adolescência muitas vezes gerando grande sofrimento para o indivíduo. Em muitas vezes, a solução definitiva é buscada para que a pessoa possa viver em paz consigo mesma.

O procedimento cirúrgico de mudança de sexo surge desta demanda onde o indivíduo não se reconhece e não é feliz no gênero em que nasceu. A possibilidade de mudança efetiva de sexo por meio da cirurgia gerou a necessidade de tratamento jurídico da questão, considerando que há consequências na esfera do direito civil decorrentes da alteração fática de gênero.

A pessoa que passou por uma mudança de sexo espera ser reconhecida na sociedade pelo gênero que escolheu e, dessa forma, a mudança de seus registros civis é extremamente importante nesse processo.

A Lei de Registros Públicos, em seu artigo 57, parágrafo 1º, e art. 58, autoriza que o “verdadeiro” nome, ou seja, aquele que traduz a identidade da pessoa e pelo qual é conhecida no meio social substitua o nome civil, que não é mais utilizado. É o caso, por exemplo, de artistas, políticos e atletas, que utilizam um nome diferente daquele constante do registro civil. A substituição é autorizada justamente porque é importante que o nome civil corresponda à identificação daquela pessoa, até mesmo para evitar confusão nas relações jurídicas estabelecidas.

No caso dos transexuais, a mudança é mais profunda, pois além do nome, é necessário que se altere o gênero. Essa mudança, extremamente importante para o transexual, sempre foi motivo de muita resistência no ambiente jurídico, ainda impregnado, tal como a sociedade, de vasto preconceito em face das opções sexuais destoantes da maioria.

O panorama jurídico começou a mudar em 2016 com a edição do Decreto 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 direta, autárquica e fundacional. [...]

O Decreto no. 8.727/2016 nada mais fez do que garantir ao transexual um direito que tem respaldo tanto na Constituição Federal (CRFB/1988, arts. 1º, III, e 3º, IV), que protege a dignidade da pessoa humana e veda manifestações de preconceito, quanto na Lei de Registro Público, que, como mencionado, possibilita a alterações dos registros civis para garantir que a pessoa, já conhecida socialmente por certo nome e gênero, possa ter civilmente reconhecida.

Em reforço de garantias ao transexual no que diz respeito às mudanças de registros, o Supremo Tribunal Federal entendeu ser possível a alteração de nome e gênero no assento de registro civil mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo. A decisão ocorreu no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4275 e foi ementada da seguinte forma: [...]

Essa previsão legislativa e a orientação adotada pela Corte Suprema seguem as diretrizes internacionais acerca do tema.

O tema foi amplamente abordado na reunião realizada em Yogyakarta, Indonésia, em novembro de 2006, que dentre outros princípios tratou do direito ao reconhecimento perante a lei, in verbis: [...]

Assim, toda a sociedade tem o dever de respeitar a opção feita pela pessoa que decidiu mudar de nome e gênero, sendo mandatário que a Administração Pública, militar ou civil, não imponha restrições a este direito.

Apesar da ampla proteção dada aos transexuais tanto no direito internacional como no direito e jurisprudência pátria, a presente ação coletiva noticia desrespeito aos transexuais, em razão de casos concretos ocorridos nas forças armadas brasileiras de indivíduos que teriam sido colocados em licença médica ou submetidos a processos de aposentadoria compulsória com única motivação na transexualidade ou, em outros casos, teriam sido impedidos de serem promovidos e avançarem nas respectivas carreiras.

Os mesmos fatos que motivaram o ajuizamento da presente ação chegaram também ao conhecimento do Ministério Público Federal, que ensejou a instauração do Inquérito Civil Público - ICP n. 1.30.001.000522/2014-11, como já relatado.

Na manifestação de fls. 526/548, o MPF faz as seguintes observações acerca dos fatos apurados no ICP e das recomendações que o resultado do inquérito civil gerou.

Os fatos narrados pela Defensoria Pública da União e pelo Ministério Público Federal evidenciam a ocorrência de condutas irregulares (e quiça preconceituosas) por parte das Forças Armadas Brasileiras a justificar a intervenção do Poder Judiciário.

Como já dito à sociedade, um dos argumentos do réu em desfavor do pleito autoral é o fato de a transexualidade ainda ser categorizada como uma doença (CID 10 - F.64,0) pela Organização Mundial de Saúde.

Este argumento resta prejudicado pois a Organização Mundial da Saúde (OMS) removeu da sua classificação oficial de doenças o chamado “transtorno de identidade de gênero”, definição que considerava como doença mental. Esta decisão, ocorrida em 25 de maio de 2019, foi noticiada no site <https://nacoesunidas.org/oms-retira-a-transexualidade-da-lista-de-doencasmentais/>.

A alteração, embora não tenha efetiva influência na análise jurídica do tema, é mais um passo para que toda a sociedade se esforce para eliminar o estigma que paira em face do transexual.

Na realidade, a classificação anterior era reconhecidamente equivocada. Tratava-se apenas de reconhecer, no âmbito da saúde, que as pessoas que nascem com um gênero e posteriormente não se reconhecem nesse gênero, necessitam de diversas formas de atendimento especializado, seja para obter a mudança de sexo, seja para melhor entender os aspectos psíquicos envolvidos. Veja que, embora essa classificação acabe por gerar argumentos preconceituosos nos mais diversos segmentos, ela é importante para garantir ao transexual atendimento especializado no SUS, que hoje garante a proposta terapêutica do chamado Processo Transexualizador (PrTr) - conjunto de procedimentos médicos para a redesignação sexual da pessoa transexual¹.

No que diz com o contexto jurídico referente à mudança nos registros civis e aplicação dessa mudança em toda a Administração Pública, essa categorização como "doença", não tem qualquer relevância. Outrossim, é evidente que a transexualidade não impede o exercício de atividades laborativas de qualquer espécie. Não há a menor razoabilidade em aplicar ao servidor (civil ou militar) regras inerentes à incapacidade laboral.

Deste modo, entendo ilícitas condutas da Administração Pública civil ou militar, no sentido de tratar de forma diferenciada o indivíduo transexual e, apenas por este fato, se utilizar de licenças médicas, afastamentos ou mesmo redução de coeficiente de aptidão como forma de restringir os direitos dessa pessoa, com fundamento exclusivo em sua sexualidade.

A União ressaltou em sua contestação o caso do militar que ingressou na Marinha do Brasil através de processo seletivo para a escola de Aprendizes-Marinheiros, concurso público para o qual somente são disponibilizadas vagas para o sexo masculino. Afirmou a ré que quando tal militar mudou de gênero inviabilizou a sua permanência no Quadro de Pessoal em que ingressou originariamente, sendo certo que o Corpo de

Praças da Armada é composto exclusivamente por indivíduos do sexo masculino. Aduz que inexistente qualquer previsão normativa de mudança do Quadro de Pessoal Masculino para o Feminino, o que significa que seu pleito viola o princípio da legalidade. Alega a ré que o art. 9º da Lei nº 9.519/97 não autoriza a transferência pretendida, vez que diz respeito ao interesse da Administração na redistribuição apenas de Oficiais (sem falar que a mens legis, à evidência, também não abrange a situação em questão). Ressalta que a transferência de quadros fica a critério da Administração e, por isso, não poderia o militar em quadro exclusivamente masculino, por sua vontade pessoal, se transferir para um quadro feminino, assim como também não pode permanecer no mesmo quadro ao assumir outro gênero. Para a União não há, na hipótese, qualquer discriminação ou violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, mas, sim, respeito às normas que regeram o ingresso do militar no serviço militar.

A hipótese, em que pese ter sido tratada em demanda individual como bem esclarecido pela autora, é uma exceção que deve ser analisada com mais critério, dentro do contexto fático específico.

Se o ingresso no serviço público se deu com a restrição, prevista no edital, de que as vagas seriam exclusivamente para candidatos do sexo masculino e essa restrição é justificável pela natureza específica de certa atribuição ou pelas restrições estruturais do local onde as atribuições serão exercidas, há que se respeitar a essência da contratação.

Não há violação à lei ou à Constituição em relação ao oferecimento de vagas especificamente para pessoas de certo gênero quando essa restrição é baseada em fundamentos e justificativas plausíveis, razoáveis. É o caso da Marinha, onde as atribuições são exercidas em navios, com missões muitas vezes extensas, sendo que a estrutura dessas embarcações foi criada para um ambiente exclusivamente masculino, não se justificando tamanha alteração estrutural para comportar profissional do gênero feminino, diante do alto custo envolvido.

Importante ressaltar que neste caso o candidato tinha ciência de que as vagas oferecidas eram restritas ao gênero masculino e, dessa forma, a alteração do sexo é uma evidente violação às normas do edital, promovendo uma quebra de isonomia relevante, já que a participação de mulheres foi vedada na origem.

Neste caso específico, a alteração do sexo impede a manutenção no cargo, por respeito às normas do edital e para afastar tratamento antiisonômico em relação a outras mulheres que, mesmo interessadas no concurso foram impedidas de participar do certame.

Veja que a mudança de sexo é uma decisão de importância determinante na vida daquela pessoa, que deve ter em mente todas as consequências desta decisão para a sua vida pessoal e profissional. Ciente de que o cargo que exerce é exclusivo para pessoas do sexo masculino, a opção pelo sexo feminino importa em abrir mão do cargo exercido.

Por outro lado, essa é uma decisão exclusiva do indivíduo, não pode a Administração interferir no livre arbítrio do militar, tampouco substituir a sua vontade para declarar que houve uma mudança de sexo. Em outras palavras, apenas será caracterizada a mudança de sexo quando o militar assim decidir e comunicar ao órgão a que está vinculado. Nesse momento e, havendo a especificidade do cargo no que diz com o cargo, poderá a Administração Pública afastar o militar.

No tocante aos servidores públicos federais civis, conforme registrou o MPF, “a parte autora insistiu nos pedidos que alcançavam os servidores civis sem, entretanto, apresentar qualquer prova de que qualquer servidor civil tenha sido aposentado compulsoriamente em razão de transexualidade. Nem mesmo durante o tempo de tramitação do Inquérito Civil n. 1.30.001.003068/2013-79, instaurado em 2014, tampouco esta Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão teve notícia de qualquer servidor público federal civil transgênero aposentado contra a sua vontade, ou mesmo que seu direito ao uso do nome social tivesse sido desrespeitado.

Destarte, no que tange aos servidores civis, verifica-se que há ausência de interesse processual, nos termos do artigo 485, VI do Código de Processo Civil.” (fls. 546).

Nesse ponto, afasto a pretensão conforme fundamentos utilizados pelo MPF, que uso como razão de decidir. Com base nessas considerações, procede em parte o pedido.

Outrossim, evidenciada está a existência do *fumus bonni juris*, de acordo com a fundamentação *supra*, e do *periculum in mora*, que decorre da recalcitrância da ré, notadamente no âmbito militar, de tratar de forma antiisonômica aqueles que optam pela mudança de gênero, o que ensejou, inclusive as recomendações mencionadas pelo Ministério Público Federal (fls. 482/491).

Deve, portanto, ser deferida a antecipação de tutela pleiteada na inicial.

III - DISPOSITIVO

Ante o exposto, **JULGO PROCEDENTE EM PARTE O PEDIDO**, com base no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil para condenar a União Federal a reconhecer o nome social em todos os seus órgãos da Forças Armadas – Exército, Aeronáutica e Marinha, assim como se abster de realizar aposentadorias ou reformas de militares sob a discriminatória alegação da doença “transexualismo”.

Fica ressalvada a hipótese indicada na fundamentação, quando a mudança de sexo viola as regras do edital que, licitamente, restringiu a vaga para pessoas de um só gênero.

Presentes os requisitos, **DEFIRO A TUTELA ANTECIPADA** devendo a ré, de imediato, cumprir as determinações contidas nesta sentença.

Sem custas ou honorários (AC 200550010052476, Desembargadora Federal NIZETE LOBATO CARMO, TRF2 - SEXTA TURMA ESPECIALIZADA, EDJF2R - Data: 25/07/2014)” [...] (Grifo do autor).

De início, conheço da remessa necessária, tida por interposta, bem como dos recursos de apelação interpostos pelas partes, diante da presença de seus pressupostos de admissibilidade.

Conforme relatado, a sentença recorrida julgou procedente em parte os pedidos formulados pela Defensoria Pública da União (DPU); entretanto, no que tange aos servidores civis, entendeu pela ausência do interesse processual, extinguindo-se o processo, sem resolução do mérito, com fundamento no art. 485, inciso VI, do CPC.

Com isso, entendo que deve incidir, no caso, o disposto no art. 19 da Lei nº 4.717/65, segundo o qual prevê que “a sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal; da que julgar a ação procedente caberá apelação, com efeito suspensivo”, em razão de a questão estar inserida no microssistema de tutela coletiva. A propósito, confira-se precedente do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE REEXAME

NECESSÁRIO. O DISPOSTO NO ART. 19 DA LEI 4.717/1965 (LEI DA AÇÃO POPULAR) APLICA-SE À TUTELA COGNITIVA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA NAS HIPÓTESES EM QUE A SENTENÇA CONCLUIR PELA CARÊNCIA OU IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. RECURSO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

[...]

3. Conforme dispõe o art. 19 da Lei 4.717/1965, a sentença que concluir pela carência ou improcedência da ação está sujeita ao Reexame Necessário, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo Tribunal.

4. Vale ressaltar que o mencionado dispositivo tem por escopo a proteção do interesse coletivo lato sensu, impedindo o trânsito em julgado e conferindo maior segurança jurídica à sentença que concluir pela ausência das condições da ação (carência da ação) ou improcedência da demanda.

[...]

8. Recurso Especial do MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS a que se nega provimento. (STJ, 1ª Turma, REsp 157898, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 4.2.2019). (Grifo nosso).

No mais, entende-se ainda pelo conhecimento da remessa necessária em favor da União Federal, aplicando-se subsidiariamente o art. 496, inciso I, do CPC à hipótese em comento, em conformidade com o disposto no art. 19 da Lei nº 7.347/85, que assim dispõe:

Art. 19. Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta Lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, naquilo em que não contrarie suas disposições.

Sob esta moldura, cinge-se a presente controvérsia. Decide-se.

Diante da complexidade do tema apresentado, que envolve inclusive uma abordagem metajurídica, se faz necessário racionalizar e organizar as terminologias e os fundamentos jurídicos que alicerçaram as

teses defendidas pelas partes do processo, a fim de enfrentá-los de uma forma lógico-jurídica, aplicando, assim, o ordenamento jurídico, de forma a atender aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Com efeito, passo a uma análise mais detida das terminologias empregadas na presente ação civil pública, aperfeiçoando-as, com o objetivo de evitar ambiguidades, desinformações e tratamentos pejorativos, bem como, diante da inegável envergadura constitucional da matéria, alinhá-las às recentes decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

Nesse diapasão, cabe lembrar que o pedido da presente ação civil pública é a condenação da União para que promova a retificação do nome e gênero dos servidores **transexuais** nos assentos da Administração Pública Federal no tratamento interpessoal de todos os servidores públicos em sentido amplo, desde que requerido, bem como que se abstenha de dar continuidade aos processos de aposentadoria e reforma dos servidores **transexuais**, devendo permitir que integrem o corpo, quadro, arma, serviço próprio condizente com a autodeterminação de seu gênero, sem prejuízo da progressão funcional, computando-se tempo de serviço, o período em que alguns militares estiveram de licença para tratamento de saúde.

Por seu turno, o Decreto nº 8.727/2016 dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e **transexuais** no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

Assim, parto da compreensão do alcance semântico do termo transexual, não só a partir de um prisma jurídico, mas, principalmente, desde uma perspectiva psicológica, psiquiátrica e antropológica, com o propósito de conferir um maior rigor científico à matéria, buscando, nessas ciências, os acurados significantes abarcados nos direitos sexuais, em especial aqueles da comunidade LGBTI+.

Dessa forma, trago o entendimento de Camila de Jesus Mello Gonçalves (GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. *A transexualidade sob a ótica dos direitos humanos: uma perspectiva de inclusão*. 2012. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 4. Disponível em: <https://bit.ly/3ooi8mW>. Acesso em: 12 fev. 2021), firmado em tese de doutorado na Faculdade de Direito da USP, intitulada “a transexualidade sob a ótica dos direitos humanos: uma perspectiva de inclusão”. Segundo a doutora:

“Os **transexuais** são pessoas que se identificam com o gênero oposto ao seu sexo biológico: homens que acreditam e se comportam como se fossem mulheres, e vice-versa. Tal identificação gera um desconforto ou sentimento de

inadequação ao próprio corpo, com sofrimento significativo e um desejo de viver e de ser aceito como pessoa pertencente ao outro sexo. Com base nessa crença, promovem alterações em seus corpos, aproximando-os da aparência própria ao seu gênero de identificação”. (grifo nosso)

O conceito de transexual mencionado acima foi utilizado na ADI nº 4.275, no voto vencedor do Ministro Edson Fachin, que julgou procedente a ação declaratória de inconstitucionalidade para “dar interpretação conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58 da Lei 6.015/73, de modo a reconhecer aos **transgêneros** que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil” (STF, Tribunal Pleno, ADI 4.275, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJe 7.3.2018).

Todavia, conforme se depreende da própria conclusão do julgamento acima mencionado, o termo empregado passa a ser transgênero, que guarda relação de gênero e espécie com o fenômeno da transexualidade. Sendo assim, se torna imperiosa a definição de ambos os conceitos. Segundo Elizabeth Zambrano e Maria Luiza Heilborn (LIMA, Antonio Carlos de Souza (coord.). *Antropologia e direito: temas antropológicos para estudos jurídicos*. Brasília: Associação Brasileira de Antropologia, 2012. p. 416-417. Disponível em: <https://bit.ly/2Wq22x0>. Acesso em: 12 fev. 2021):

“Todos os indivíduos que reivindicam um gênero que não se apoia em seu sexo biológico podem ser chamados de ‘transgêneros’, incluindo-se aí, além dos transexuais que realizam cirurgia para trocar de sexo, as travestis que reconhecem seu sexo biológico, mas têm seu gênero identificado como feminino; as travestis que dizem pertencer a ambos os sexos/gêneros; e transexuais masculinos e femininos que se percebem como homens ou mulheres, mas não desejam fazer cirurgia para mudar de sexo. A classificação das práticas sexuais de um determinado indivíduo como homo ou heterossexuais dependerá da categoria de referência para definir sua identidade (o sexo ou o gênero)”

Ainda sobre o referido artigo, merece transcrição o seguinte excerto:

“O termo identidade de gênero foi proposto nos anos 1960 pelo médico e psicanalista norte-americano Robert Stoller (1985) para tentar diferenciar claramente o sexo e o gênero de seus pacientes transexuais e hermafroditas. Ele se baseava na diferença entre a natureza e cultura, relacionando o sexo à natureza (anatomia, hormônios, gônadas, cromossomos, sistema nervoso) e o gênero à cultura (psicologia, sociedade). Embora admita que a identidade de gênero é perpassada por componentes culturais, a conceituação de Stoller incide, do ponto de vista médico, sobre aspectos físicos e psíquicos individuais. Nesse sentido, para esse autor, haveria uma essência masculina ou feminina que, em última instância, constitui o sujeito e o acompanha por toda sua vida. Cabe salientar que essa conceituação, utilizada pela medicina e apropriada pelo direito, tem sido relativizada e problematizada, permanentemente, pela antropologia, que considera a identidade de gênero de um ponto de vista mais relacional e social. Sobretudo, não diz respeito apenas aos casos de transexuais, embora esse termo tenha densidade especial no exame da transexualidade” (LIMA, Antonio Carlos de Souza (coord.). *Antropologia e direito: temas antropológicos para estudos jurídicos*. Brasília: Associação Brasileira de Antropologia, 2012. p. 412-413. Disponível em: <https://bit.ly/2Wq22x0>. Acesso em: 12 fev. 2021):

A definição de transgênero mencionada acima foi empregada pelo Conselho Federal de Medicina, na Resolução nº 2.265, de 20 de setembro de 2019, que, em seu artigo 1º dispõe:

“Compreende-se por transgênero ou incongruência de gênero a não paridade entre a identidade de gênero e o sexo ao nascimento, incluindo-se neste grupo transexuais, travestis e outras expressões identitárias relacionadas à diversidade de gênero”

Com efeito, este voto utilizará a expressão **transgênero**, ao invés de transexual, uma vez que aquela define com maior precisão o fenômeno abordado nesta ação civil pública, abarcando todas as situações nas quais há um descompasso entre o sexo biológico e a identidade de gênero.

Ressalte-se que a utilização dessa terminologia não implica em julgamento *extra* ou *ultra petita*, na medida em que, conforme o STJ, “cabe ao julgador, ademais, a interpretação lógico-sistemática do pedido formulado na petição inicial a partir da análise dos fatos e da causa de pedir,

o que atende à necessidade de conceder à parte o que foi efetivamente requerido por ela, interpretando o pedido a partir de um exame completo da petição inicial, e não apenas da parte da petição destinada aos requerimentos finais, sem que isso implique decisão *extra* ou *ultra petita*” (STJ, 3ª Turma, REsp 1793637, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJe 19.11.2020).

Definido o alcance semântico dos termos empregados no pedido, se faz necessário o enfrentamento de outro ponto controvertido nesta ação, e que também transborda dos domínios do Direito, qual seja, a (des)patologização da incongruência de gênero, na medida em que a União entende que o transgênero é portador de uma doença capaz de afastá-lo do trabalho, argumento este refutado pela DPU e pelo MPF.

As discussões acerca da despatologização da incongruência de gênero têm se destacado em muitos meios, especialmente naqueles relacionados aos movimentos sociais, que afirmam que a classificação desta condição como um transtorno psiquiátrico cria um estigma muito maior do que o sujeito já carrega consigo. Justamente buscando contornar tais críticas, algumas atitudes vêm sendo tomadas, como a inclusão do diagnóstico da incongruência de gênero, na 11ª edição do CID (Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde – CID-11) (ICD-11 for mortality and morbidity statistics. *ICD-11 - International Classification of diseases 11th revision*. [s.l, s.d.]. Disponível em: <https://bit.ly/36kgJXO>. Acesso em: 12 fev. 2021), que entrará em vigor em 1.1.2022, no capítulo de “condições relacionadas à saúde sexual” (HA60), sendo retirado do capítulo de “transtornos da identidade sexual”, onde estava inserido na edição anterior (CID-10).

No mesmo sentido, a American Psychiatric Association, na última edição do Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais DSM (DSM-5), de 2014, deixou de tratar os transgêneros como portadores de transtornos mentais, passando a classificar tal fenômeno como disforia de gênero (AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. *Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais: DSM-5*. Tradução de Maria Inês Corrêa Nascimento *et al.*. Revisão técnica Aristides Volpato Cordioli *et al.*. 5. ed. (Dados eletrônicos). Porto Alegre: Artmed, 2014, p. 496-497. Disponível em: <https://bit.ly/37x9Hjt>. Acesso em: 12 fev. 2021).

“Disforia de gênero refere-se ao sofrimento que pode acompanhar a incongruência entre o gênero experimentado ou expresso e o gênero designado de uma pessoa. Embora essa incongruência não cause desconforto em todos os indivíduos, muitos acabam sofrendo se as intervenções físicas desejadas por meio de hormônios e/ou de cirurgia não estão disponíveis. O termo atual é mais descritivo do que o termo anterior transtorno de identidade de gênero, do DSM-IV, e foca a disforia como um problema clínico, e não como identidade por si própria.”

No âmbito normativo nacional, o Conselho Federal de Medicina (CFM), por meio da Resolução nº 2.265, de 20 de setembro de 2019, revogou expressamente a Resolução CFM nº 1.955/2010, que entendia ser o paciente transexual portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e/ou autoextermínio. A nova Resolução (publicada no Diário Oficial da União de 9.1.2020, edição 6, seção 1, página 96) afirma ser necessário atualizar a Resolução CFM nº 1.955/2010 em relação ao estágio das ações de promoção do cuidado às pessoas com incongruência de gênero ou transgênero, em especial da oferta de uma linha de cuidado integral e multiprofissional de acolhimento, acompanhamento, assistência hormonal ou cirúrgica e atenção psicossocial. Assim, do ponto de vista científico-normativo, a incongruência de gênero deixou de ser uma patologia.

Ainda sobre a incongruência de gênero, deve ser consignado o alerta feito pela Sociedade Brasileira de Pediatria que, em seu Guia Prático de Atualização de número 16, de março de 2020 (SOCIEDADE BRASILEIRA DE PEDIATRIA. Incongruência/Disforia de gênero. Atual. e rev. *Guia Prático de Atualização* / Departamento Científico e Adolescência (2019-2021). (Rio de Janeiro), n. 16, p. 13, março de 2020. Disponível em: <https://bit.ly/36kHuv5>. Acesso em: 12 fev. 2021), assim se manifestou:

“É preciso levar em consideração que a incongruência de gênero não é um ato de vontade pessoal e sim, uma condição que ninguém escolhe ter. Pode-se dizer que, por causas ainda não bem definidas, o indivíduo tem a convicção de pertencer ao sexo oposto e vive em desarmonia entre quem é, quem acredita ser e a sua aparência externa.”

Dessa forma, não procede a conduta empregada pela União de reformar sistematicamente militares em razão da incongruência de gênero, sob o fundamento ser ela uma doença incapacitante para o serviço militar.

Superados os pontos envolvendo temas relacionados a outros ramos do saber, início a análise das questões estritamente jurídicas.

Em seu apelo, a União alega que a sentença merece reforma, uma vez que o Decreto nº 8.727/2016 não se aplica às Forças Armadas, por força do art. 142, parágrafo 3º, X da Constituição. A referida norma assim dispõe:

“Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

(...)

§ 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)

(...)

X - a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)

(...)”

Na perspectiva da União, o Decreto nº 8.727/2016, com relação às Forças Armadas, teria invadido matéria reservada ao domínio da lei.

Contudo, não vislumbro impedimento para a aplicação do citado Decreto nas Forças Armadas, uma vez que tal norma tem por fundamento o poder normativo da Administração e não trata de nenhuma das matérias enumeradas no art. 142 da Constituição, limitando-se a disciplinar e uniformizar, no âmbito da Administração Pública Federal, nela incluídas as Forças Armadas, de que forma devem ser tratados os transgêneros que detêm vínculo jurídico com a União, a fim de dar cumprimento aos postulados da dignidade da pessoa humana e da isonomia.

Deve ser destacado que o STF, analisando o tema 761 da repercussão geral, bem com a ADI nº 4.275, firmou a seguinte tese:

“1 – O transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo para tanto nada além da

manifestação de vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa.

2 – Essa alteração deve ser averbada à margem do assento de nascimento, vedada a inclusão do termo “transgênero”.

3 – Nas certidões do registro não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo a requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial.

4 – Efetuando-se o procedimento pela via judicial, caberá ao magistrado determinar, de ofício ou a requerimento do interessado, a expedição de mandados específicos para a alteração dos demais registros nos órgãos públicos ou privados pertinentes, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem dos atos.” (STF, Tribunal Pleno, ADI 4.275, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJe 7.3.2018)

Dessa forma, para além do Decreto nº 8.727/2016, o direito à autodeterminação de gênero está garantido em nosso sistema jurídico, com eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos órgãos do Poder Judiciário, salvo o STF, e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, não havendo qualquer razão jurídica para se excluir a Marinha, o Exército e a Aeronáutica desta vinculação.

Destaco que a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte I.D.H), em procedimento consultivo instaurado por iniciativa da República da Costa Rica (Parecer Consultivo OC-24/2017), com fundamento nos artigos 64.1 e 64.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), e que tinha por objeto a interpretação e alcance dos artigos 11.2, 18 e 24 em relação ao art. 1º, todos daquele instrumento, reafirmou, na linha de diversos outros instrumentos convencionais adotados no âmbito do sistema global de direitos humanos, a essencialidade do direito à identidade de gênero e à orientação sexual da pessoa humana e a indispensabilidade do respeito e da proteção estatal à convivência harmônica e ao desenvolvimento livre, digno e pleno das diversas expressões de gênero e da sexualidade, vindo a assentar, sobre tais aspectos, as seguintes conclusões:

“a) O direito à identidade deriva do reconhecimento do livre desenvolvimento da personalidade e do direito à vida privada (supra, pars. 88 e 89);

- b) O direito à identidade foi reconhecido por este Tribunal como um direito protegido pela Convenção Americana (supra, par. 90);
- c) O direito à identidade inclui, por sua vez, outros direitos, de acordo com as pessoas e as circunstâncias de cada caso, embora esteja intimamente relacionado com a dignidade humana, o direito à vida e o princípio da autonomia da pessoa (artigos 7 e 11 da Convenção Americana) (supra, par. 90);
- d) O reconhecimento da afirmação da identidade sexual e de gênero como uma manifestação da autonomia pessoal é um elemento constituinte e constitutivo da identidade das pessoas que se encontra protegido pela Convenção Americana em seus artigos 7 e 11.2 (supra, par. 98);
- e) A identidade de gênero e sexual está ligada ao conceito de liberdade, ao direito à vida privada e à possibilidade de todo ser humano se autodeterminar e escolher livremente as opções e circunstâncias que dão sentido à sua existência, segundo suas próprias convicções (supra, par. 93);
- f) A identidade de gênero foi definida neste parecer como a vivência interna e individual do gênero tal como cada pessoa sente, e pode ou não corresponder ao sexo atribuído no momento do nascimento (supra, par. 94);
- g) O sexo, o gênero, bem como as identidades, funções e atributos socialmente construídos a partir das diferenças biológicas derivadas do sexo atribuído no momento do nascimento, longe de constituir componentes objetivos e imutáveis que individualizam a pessoa, por ser um fato de natureza física ou biológica, acabam sendo traços que dependem da apreciação subjetiva de quem o detém e descansam em uma construção da identidade de gênero autopercebida, relacionada com o livre desenvolvimento da personalidade, a autodeterminação sexual e o direito à vida privada (supra, par. 95).
- h) O direito à identidade possui também um valor instrumental para o exercício de determinados direitos (supra, par. 99);
- i) O reconhecimento da identidade de gênero pelo Estado é de vital importância para garantir o pleno gozo dos direitos humanos das pessoas transgênero, incluindo a proteção contra a violência, a tortura, os maus-tratos, o direito à saúde, à educação, ao emprego, à moradia, ao acesso à seguridade social, bem como o direito à liberdade de expressão e associação (supra, par. 98), e

j) O Estado deve assegurar que indivíduos de todas as orientações sexuais e identidades de gênero possam viver com a mesma dignidade e com o mesmo respeito a que têm direito todas as pessoas (supra, par. 100).” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Parecer Consultivo OC-24/2017 de 24 de novembro de 2017 solicitado pela República da Costa Rica*. Disponível em: <https://bit.ly/3mHrV6p>. Acesso em: 12 fev. 2021)

A jurisprudência da Corte I.D.H tem precedência sobre a legislação nacional nos países que se sujeitam à sua jurisdição, e recentemente estabeleceu que o controle de convencionalidade é ainda mais abrangente, envolvendo todas as autoridades estatais (sejam elas órgãos executivos, legislativos ou judiciários) (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas vs. República Dominicana*. Sentença de 28 de agosto de 2014. Disponível em: <https://bit.ly/3p6fKAW>. Acesso em: 12 fev. 2021). Outrossim, a implementação de leis nacionais deve ser de acordo com a interpretação que a própria Corte I.D.H confere à CADH (chamada de bloco de convencionalidade) (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Cabrera García e Montiel Flores vs. México*. Sentença de 26 de novembro de 2010. Disponível em: <https://bit.ly/3p6iTAK>. Acesso em: 12 fev. 2021).

Nesse diapasão, é possível afirmar que, uma vez que o transgênero retifique o seu registro civil para que passe a refletir o seu gênero, tal decisão deve ser respeitada e observada pela Administração Pública, seja ela Civil ou Militar, não havendo qualquer razão para não se aplicar o Decreto nº 8.727/2016 nas Forças Armadas.

Em outro ponto do seu apelo, União alega que “*quando o autor mudou de gênero inviabilizou a sua permanência no Quadro de Pessoal em que ingressou originariamente, sendo certo que o Corpo de Praças da Armada é composto exclusivamente por indivíduos do sexo masculino*”.

Esse capítulo recursal merece uma análise conjunta com outros argumentos trazidos pela ré acerca da necessidade de legislação regulamentando a matéria, bem como na impossibilidade de o Poder Judiciário interferir em questões afetas ao mérito administrativo.

Pois bem, a alegação da União de que o Corpo de Praças da Armada é composto exclusivamente por indivíduos do sexo masculino não se sustenta desde a publicação da Lei nº 13.541/2017 (fruto da conversão do PL 8536/2017 em lei), que alterou a Lei nº 9.519/1997. Nesse ponto, merece a transcrição de parte da exposição de motivos da norma modificadora (Disponível em: <https://bit.ly/3p2vmWL>. Acesso em: 12 fev. 2021).

“[...]”

5. A norma em vigor, com a finalidade de proteção à família, também impede que mulheres ingressem no Corpo da Armada e no Corpo de Fuzileiros Navais e impõe limitações para ingresso no Corpo de Intendentes e no Corpo de Saúde da Marinha.

6. No entanto, o Comando da Marinha julga que tais restrições não são mais justificadas, haja vista que, tanto no País como nas demais Nações, a mulher vem demonstrando ser capaz de ocupar cargos que outrora eram destinados exclusivamente aos homens, desde os mais simples até os mais elevados da Administração Pública e das Forças Armadas.

7. Dessa forma, atendido o proposto pelo Comandante da Marinha, as mulheres passarão a ter acesso aos cargos operativos da Marinha do Brasil, no Corpo da Armada ou no Corpo de Fuzileiros Navais.

[...]"

Confrontando-se a nova norma com a anterior resta evidente que é permitida a presença de mulheres no Corpo de Praças da Armada, devendo a matéria ser disciplinada por regulamentos do próprio Comandante da Marinha:

“Art. 9º Os Oficiais da Marinha, de ambos os sexos, são iguais em direitos e obrigações nos termos da Constituição, observados os valores, princípios e normas nela estabelecidos.

§ 1º Na conciliação, obrigatória, entre as exigências do preparo do Poder Naval e sua aplicação em situação de guerra e crise e as diferenças físicas entre os sexos feminino e masculino, será observado o seguinte: (Redação dada pela Lei nº 13.541, de 18/12/2017)

I - os Corpos e os Quadros de Oficiais da Marinha do Brasil serão integrados por Oficiais de ambos os sexos, e compete ao Comandante da Marinha fixar em quais escolas de formação e cursos, além de definir as capacitações e as atividades, em que serão empregados Oficiais dos sexos feminino e masculino; e (Redação dada pela Lei nº 13.541, de 18/12/2017)

II - ato do Poder Executivo definirá os percentuais dos cargos dos diversos Corpos e Quadros para os sexos feminino e masculino. (Redação dada pela Lei nº 13.541, de 18/12/2017)

§ 2º Revogado. (Redação dada pela Lei nº 13.541, de 18/12/2017)”

(...)

Art. 16. O Corpo de Praças da Marinha é constituído por:

I - Corpo de Praças da Armada (CPA);

II - Corpo de Praças de Fuzileiros Navais (CPFN);

III - Corpo Auxiliar de Praças (CAP).

IV - Corpo de Praças da Reserva da Marinha - CPRM.
(Incluído pela Lei nº 12.216, de 2010)

Parágrafo único. Compete ao Comandante da Marinha regulamentar a constituição e a organização do Corpo de Praças da Marinha, observados, no que couber, os princípios estabelecidos para Oficiais no art. 9º desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 13.541, de 18/12/2017)”

Com efeito, há lei autorizando o ingresso de mulheres no Corpo de Praças da Armada, cabendo ao Comandante da Marinha regulamentar a constituição e a organização do seu Corpo de Praças.

Cumpre destacar que o parágrafo 1º do art. 9º da Lei nº 9.519/1997, com redação dada pela Lei nº 13.541/2017, disciplina, inclusive, a forma como se dará a participação das mulheres no caso de guerra, afirmando que:

“Art. 9º Os Oficiais da Marinha, de ambos os sexos, são iguais em direitos e obrigações nos termos da Constituição, observados os valores, princípios e normas nela estabelecidos.

§ 1º Na conciliação, obrigatória, entre as exigências do preparo do Poder Naval e sua aplicação em situação de guerra e crise e as diferenças físicas entre os sexos feminino e masculino, será observado o seguinte: (Redação dada pela Lei nº 13.541, de 18/12/2017)

I - os Corpos e os Quadros de Oficiais da Marinha do Brasil serão integrados por Oficiais de ambos os sexos, e compete ao Comandante da Marinha fixar em quais escolas de formação e cursos, além de definir as capacitações e as atividades, em que serão empregados Oficiais dos sexos feminino e masculino; e (Redação dada pela Lei nº 13.541, de 18/12/2017)

II - ato do Poder Executivo definirá os percentuais dos cargos dos diversos Corpos e Quadros para os sexos feminino e masculino. (Redação dada pela Lei nº 13.541, de 18/12/2017)”

Pontuo, ainda, que a referida norma não se aplica somente aos oficiais, como sustentou a União em sua contestação, uma vez que o parágrafo único do art. 16 da Lei nº 9.519/1997, dispõe que “compete ao Comandante da Marinha regulamentar a constituição e a organização do Corpo de Praças da Marinha, observados, no que couber, os princípios estabelecidos para Oficiais no art. 9º desta Lei.”.

Ainda sobre as alterações legislativas que permitiram o ingresso das mulheres nas Forças Armadas, faço um breve recorte histórico da elaboração da Lei nº 12.705/2012, que em seu artigo 7º dispõe que “o ingresso na linha militar bélica de ensino permitido a candidatos do sexo feminino deverá ser viabilizado em até 5 (cinco) anos a contar da data de publicação desta Lei”.

O Supremo Tribunal Federal, ao analisar a regra do art. 142, parágrafo 3º, X, da Constituição, no tema 121 da repercussão geral, fixou tese no sentido de que “apenas lei pode definir os requisitos para ingresso nas Forças Armadas”. Diante dessa decisão, em 30.11.2011, o Poder Executivo encaminhou um projeto de lei (PL 2.844/2011) (<https://bit.ly/3iZQYRD>) disciplinando os requisitos para o ingresso nos cursos de formação de militares de carreira do Exército e que posteriormente foi convertido na Lei nº 12.705/2012, que permitiu o ingresso das mulheres na linha militar bélica do Exército.

Com efeito, as vedações ao ingresso das mulheres nas Forças Armadas foram derrubadas por meio de lei formal, de iniciativa do Presidente da República, em respeito à regra do art. 61 da CF, e decretada pelo Congresso Nacional.

Ressalto que a jurisprudência do STF é pródiga em reconhecer que a supremacia da dignidade da pessoa humana legitima a intervenção judicial para impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente em condutas que visam preservar o valor fundamental da pessoa humana. Ademais, o postulado da inafastabilidade da prestação jurisdicional autoriza a intervenção judicial, conforme se depreende da ementa do recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida.

“REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO DO MPE CONTRA ACÓRDÃO DO TJRS. REFORMA DE SENTENÇA QUE DETERMINAVA A EXECUÇÃO DE OBRAS NA CASA DO ALBERGADO DE URUGUAIANA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E

DESBORDAMENTO DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO QUE CONSIDEROU DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE PRESOS MERAS NORMAS PROGRAMÁTICAS. INADMISSIBILIDADE. PRECEITOS QUE TÊM EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA E ADEQUADA PARA PRESERVAR O VALOR FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DO POSTULADO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA MANTER A SENTENÇA CASSADA PELO TRIBUNAL. I - É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais. II - Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial. III - Sentença reformada que, de forma correta, buscava assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos, em observância ao art. 5º, XLIX, da Constituição Federal. IV - Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau o argumento da reserva do possível ou princípio da separação dos poderes. V - Recurso conhecido e provido.

(STF, Tribunal Pleno, RE-RG 592.581, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 1.2.2016)

Da análise do julgado acima, podemos extrair as seguintes conclusões: *(i)* a ação civil pública é mecanismo idôneo para impor ao Poder Público obrigação de fazer consistente na promoção da dignidade da pessoa humana; *(ii)* em tais situações não há que se falar em violação ao princípio da separação dos poderes; e *(iii)* a efetivação da dignidade da pessoa humana tem eficácia plena e aplicação imediata.

Destarte, não há óbice em condenar a União para que sejam estabelecidos programas de reabilitação ou transferência de militares transgêneros em funções compatíveis em outros Corpos ou Quadros das Forças Armadas, caso exerçam originalmente funções que não podem ser ocupadas por mulheres, uma vez que em todas as Forças é admitida a presença de militares de ambos os sexos, conforme já recomendado pelo MPF no inquérito civil nº. 1.30.001.000522/2014-11.

Desse modo, como há *(i)* lei permitindo o ingresso de mulheres nas Forças Armadas; *(ii)* precedente da Corte I.D.H afirmando que Estado deve assegurar que indivíduos de todas as orientações sexuais e identidades de gênero possam viver com a mesma dignidade e com o mesmo respeito a que têm direito todas as pessoas; e *(iii)* decisão vinculante do Supremo Tribunal Federal assegurando o direito fundamental à

identidade de gênero, resta afastada a alegação de violação ao princípio da legalidade e da separação dos poderes, não havendo óbice na condenação da União em dar efetividade aos direitos constitucionais assegurados aos transgêneros.

Nesse ponto, se faz necessário o enfrentamento de outro argumento lançado pelo União em sua contestação, no sentido de que a retificação do gênero de transgêneros após o seu ingresso nas Forças Armadas seria um privilégio, uma vez que viabilizaria o acesso a um cargo no qual originariamente lhe seria vedado.

Tal entendimento não é consentâneo com a realidade das pessoas transgênero que compõe o heterogêneo grupo dos LGBTI+. Conforme pormenorizadamente explicado pelo Ministro Celso de Melo em seu voto na ADO nº 26:

“A questão da homossexualidade, surgida em um momento no qual ainda não se debatia o tema pertinente à ‘ideologia de gênero’, tem assumido, em nosso País, ao longo de séculos de repressão, de intolerância e de preconceito, graves proporções que tanto afetam as pessoas em virtude de sua orientação sexual (ou, mesmo, de sua identidade de gênero), marginalizando-as, estigmatizando-as e privando-as de direitos básicos, em contexto social que lhes é claramente hostil e vulnerador do postulado da essencial dignidade do ser humano.” (STF, Plenário, ADO nº 26/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 6.10.2020)

Assim, a retificação do gênero do militar transgênero não pode ser vista como um bônus, mas sim com um ato de exercício da cidadania que traduz a expressão da efetiva afirmação dos direitos humanos, afastando os estigmas que há séculos estão permeados no seio da nossa sociedade.

Relembro que, conforme explicado alhures, a concepção dos sistemas jurídicos ainda busca uma vetusta ideia de congruência entre sexo, fenômeno biológico, e gênero, fenômeno psicossocial. Todavia, o STF vem, por meio dos processos de filtragem constitucional e de interpretação conforme a constituição, aperfeiçoando o sentido que o nosso sistema jurídico emprega nesses fenômenos, conferindo-lhes um significado mais atual e harmônico com os demais ramos das ciências sociais, a exemplo da ADI nº 4.275 e da ADO nº 26.

Por esse motivo, merece reforma o dispositivo da sentença que ressalva a hipótese indicada na fundamentação quando “a mudança de sexo violar as regras do edital que, lícitamente, restringiu a vaga para pessoas de um só gênero”. Isso porque, apesar do propósito de se buscar assegurar a

isonomia dos certames públicos, que também é um direito de patamar constitucional, tal ressalva entra em colisão com outros postulados constitucionais, em especial a dignidade da pessoa humana.

Os transgêneros são uma parcela de uma minoria já estigmatizada, os LGBTI+, e, a manutenção da ressalva apresentada na sentença, ao invés de promover a isonomia nos certames, apenas agrava o quadro de discriminação sofrido por esta porção da sociedade, o que perpetuaria o cenário de exclusão por eles vivido, tudo isso em uma desproporcional aplicação do princípio da igualdade.

No inquérito civil nº. 1.30.001.000522/2014-11, foram constatados apenas quatro casos de discriminação aos transgêneros, nas três Forças, o que demonstra, diante do numeroso efetivo delas, o quão minoritário é este grupo. Empreender esforços para restringir ainda mais a sua presença nas Forças Armadas, sob o argumento da isonomia, apenas amplifica e perpetua as discriminações sofridas pelos transgêneros em uma verdadeira hipótese da teoria do impacto desproporcional, entendida como “toda e qualquer prática empresarial, política governamental ou semigovernamental, de cunho legislativo ou administrativo, ainda que não provida de intenção discriminatória no momento de sua concepção, deve ser condenada por violação do princípio constitucional da igualdade material se, em consequência de sua aplicação, resultarem efeitos nocivos de incidência especialmente desproporcional sobre certas categorias de pessoas.” (GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 24).

Dessa forma, não há óbice em se assegurar a plena efetivação do direito à identidade de gênero, conforme já definido pelo STF no tema 761 da repercussão geral, bem como na ADI nº 4.275, além de disciplinado no Decreto nº 8.727/2016.

Com relação ao apelo da DPU, não merece reparo o capítulo da sentença referente aos honorários advocatícios. Isso porque, segundo jurisprudência cristalizada no Superior Tribunal de Justiça, nos termos do art. 18 da Lei nº 7.347/85, não há condenação em honorários advocatícios na ação civil pública, salvo em caso de comprovada má-fé.

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. RAZÕES DO AGRAVO QUE NÃO IMPUGNAM, ESPECIFICAMENTE, O ALUDIDO FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 182/STJ. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ART. 18 DA LEI 7.347/85. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ.

ACÓRDÃO RECORRIDO EM DISSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. AGRAVO INTERNO PARCIALMENTE CONHECIDO, E, NESSA PARTE, IMPROVIDO.

I. Agravo interno aviado contra decisão que julgara Recurso Especial interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/2015.

II. Na origem, trata-se de Ação ajuizada pela parte ora recorrente, na qualidade de substituto processual, com o objetivo de obter o reajuste de proventos de aposentadoria de seus substituídos.

III. Interposto Agravo interno com razões que não impugnam, especificamente, o fundamento da decisão agravada, mormente em relação à decadência da Administração rever seus atos, não prospera o inconformismo, quanto ao ponto, em face da Súmula 182 desta Corte.

IV. A jurisprudência dominante nesta Corte orienta-se no sentido de que, nos termos do art. 18 da Lei 7.347/85, não há condenação em honorários advocatícios na Ação Civil Pública, salvo em caso de comprovada má-fé. Referido entendimento deve ser aplicado tanto para o autor - Ministério Público, entes públicos e demais legitimados para a propositura da Ação Civil Pública -, quanto para o réu, em obediência ao princípio da simetria. Nesse sentido: STJ, EAREsp 962.250/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, CORTE ESPECIAL, DJe de 21/08/2018; AgInt nos EDcl no AgInt nos EDcl no AREsp 317.587/SP, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 01/04/2019; AgInt no AREsp 1.329.807/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 15/03/2019; EDcl nos EDcl no AgInt no REsp 1.736.894/ES, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 01/03/2019.

V. No caso, o Tribunal de origem, em harmonia com a jurisprudência desta Corte, afastou a condenação em honorários de advogado, em Ação Civil Pública ajuizada pelo Sindicato, ao fundamento de que "indevida a condenação em honorários em ações coletivas, em razão do disposto na Lei nº 7.347/85. Na forma da jurisprudência da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, descabe a condenação na verba honorária, por simetria, quando o autor é vencedor na ação civil pública". Estando o acórdão recorrido em consonância com o entendimento atual e dominante desta Corte, deve ser mantida a decisão ora agravada, por seus próprios fundamentos.

VI. Agravo interno parcialmente conhecido, e, nessa extensão, improvido.

(STJ, 2ª Turma, AgInt no REsp 1367400/PR, Rel. Min. ASSUSETE MAGALHÃES. julgado em 16.12. 2020)

Entendo que a sentença também deve ser reformada na parte em que julgou extinta a ação com relação aos servidores civis, por falta de interesse agir, ante a insuficiência probatória, uma vez que o autor não demonstrou qualquer tratamento discriminatório da União contra os seus servidores civis transgêneros.

Uma vez que as condições da ação devem ser analisadas *in status assertionis*, superada a fase postulatória, a matéria passa a ser de mérito, devendo, neste capítulo, a pretensão da DPU ser julgada improcedente por insuficiência de prova, conforme pacífica jurisprudência do TRF2 e do STJ.

DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. TRANSFERÊNCIA DE INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR (IES). FINANCIAMENTO PELO FIES. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. UNIVERSIDADE GAMA FILHO. DESCREDENCIAMENTO DO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. PERDA DE DOCUMENTOS. PENDÊNCIAS JUNTO AO FIES. MEDIDAS NECESSÁRIAS. DIREITO À EDUCAÇÃO. DANOS MORAIS. MÁ-FÉ. I NEXISTÊNCIA.

[...]

2. Afastada a preliminar de ilegitimidade passiva arguida pela apelante UNESA, eis que a alegação de que não possui qualquer responsabilidade pelos danos suportados pelo autor é questão inserida no mérito da demanda. A legitimidade da parte é tida no ordenamento processual civil brasileiro como condição da ação (art. 17, CPC), devendo, assim, ser aferida *in status assertionis*, à luz da narrativa constante da petição inicial, consideradas abstratamente, de modo que qualquer argumentação probatória deve ser encarada como alegação de mérito.

[...]

5. Apelações e reexame necessário conhecidos e desprovidos.

(TRF2, 7ª Turma Especializada, Rel. Des. Fed. JOSÉ ANTONIO NEIVA, E-DJF2R 11.5.2020)

AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. CIVIL. CONTRATO DE CESSÃO DE DIREITOS FEDERATIVOS. JOGADOR DE FUTEBOL. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL.

INTERESSE DE AGIR. TEORIA DA ASSERTÇÃO. BOA-FÉ OBJETIVA. SUPRESSIO. MULTA COMINATÓRIA. REEXAME DE ACERVO FÁTICO PROBATÓRIO. REINTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. INADMISSIBILIDADE.

1. A jurisprudência do STJ está consolidada no sentido da aplicação da teoria da asserção, segundo a qual o interesse de agir deve ser avaliado in status assertionis, quer dizer, tal como apresentado na petição inicial.

2. Como é cediço na jurisprudência do STJ, o instituto da supressio indica a possibilidade de redução do conteúdo obrigacional pela inércia qualificada de uma das partes, ao longo da execução do contrato, em exercer direito ou faculdade, criando para a outra a legítima expectativa de ter havido a renúncia àquela prerrogativa.

3. A partir da leitura do acórdão recorrido, percebe-se a insuficiência da prova da ocorrência da supressio, ocorrendo apenas uma maior demora para a exigência do cumprimento da cláusula, mas que é incapaz de gerar sua derrogação com fundamento na boa-fé objetiva. Assim, alterar esse entendimento exigiria inexoravelmente o reexame de matéria fático-probatória, bem como reinterpretar cláusulas do contrato celebrado entre as partes, o que é obstado pelas Súmulas 5 e 7 do STJ.

4. A revisão dos valores da multa cominatória enseja o remanejo do acervo probatório, o que vedado na via estreita do recurso especial, nos termos da Súmula 7 do STJ.

5. Agravo interno não provido.

(STJ, 3ª Turma, AgInt no REsp 1841683/SP, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJe 19.11.2020)

Por se tratar de ação civil pública, com relação aos servidores civis, a decisão não fará coisa julgada material, na forma dos artigos 103, I, da Lei 8.078/90 e 16 da Lei nº 7.347/85, que dispõem que a sentença fará

coisa julgada *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova.

Sendo esta uma decisão colegiada que amplia o alcance da tutela jurisdicional concedida em sentença que antecipou os efeitos da tutela, presentes os requisitos para a concessão da tutela provisória de urgência, defiro a antecipação dos efeitos da tutela para condenar a União a cumprir, de imediato, as disposições do presente julgado.

A conduta da União de não reconhecer o nome social dos seus militares transgêneros e de reformá-los, exclusivamente por esta condição, nega a plena efetivação do direito à identidade de gênero e vai de encontro à decisão vinculante do STF e a entendimento da Corte I.D.H. Dessa forma, deve ser negado provimento à sua apelação e à remessa necessária tida por interposta a seu favor e ser provido parcialmente o recurso da Defensoria Pública da União, para, reformando a sentença, excluir a ressalva nela contida para a hipótese de a mudança do sexo violar regra editalícia restritiva de gênero. E, ainda em relação à apelação da DPU, deve ser negado provimento na parte referente à condenação em honorários advocatícios.

Por fim, em remessa necessária tida por interposta a favor da Defensoria Pública da União, deve ser reformada a sentença na parte em que julgou extinta a ação com relação dos servidores civis por falta de interesse de agir, devendo, neste capítulo, a pretensão da DPU ser julgada improcedente por insuficiência de provas.

Ante o exposto, voto no sentido de **NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO e À REMESSA NECESSÁRIA** tida por interposta a favor da União e de **DAR PARCIAL PROVIMENTO À REMESSA NECESSÁRIA TIDA POR INTERPOSTA E AO RECURSO DE APELAÇÃO** da Defensoria Pública da União, para, reformando parcialmente a sentença, condenar a União, em todos os seus órgãos das Forças Armadas – Marinha, Exército e Aeronáutica, a reconhecer o nome social dos seus militares transgêneros, assim como se abster de reformá-los mediante a alegação da doença ‘transexualismo’, sem qualquer ressalva, bem como para, com relação aos servidores civis, julgar improcedente o pedido por insuficiência de provas.

0002781-93.2018.4.02.5101

20000412555.V2



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002781-93.2018.4.02.5101/RJ

RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL RICARDO PERLINGEIRO

APELANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO - DPU (AUTOR)

APELANTE: UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO (RÉU)

APELADO: OS MESMOS

MPF: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REMESSA NECESSÁRIA. APELAÇÕES CÍVEIS. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MILITAR TRANSGÊNERO. CONDENAÇÃO DE ENTE FEDERATIVO AO RECONHECIMENTO DE NOME SOCIAL E PROIBIÇÃO DE REFORMA COMPULSÓRIA. POSSIBILIDADE. NÃO COMPROVAÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DE SERVIDORES CIVIS. TEORIA DA ASSERÇÃO. IMPROCEDÊNCIA POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. DIREITO FUNDAMENTAL À IDENTIDADE DE GÊNERO. DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA CORTE INTERAMERICA DE DIREITOS HUMANOS. OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA POR TODAS AS AUTORIDADES ESTATAIS. DECRETO Nº 8.727/2017 E APLICAÇÃO ÀS FORÇAS ARMADAS. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 142, PARÁGRAFO 3º, X, DA CONSTITUIÇÃO. CUMPRIMENTO DIRETO DOS POSTULADOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E ISONOMIA. INGRESSO DE MULHERES NO CORPO DE PRAÇAS DA MARINHA. POSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE LEI FORMAL. DISCIPLINA OUTORGADA POR LEI AO COMANDO DA MARINHA. CONDENAÇÃO DO PODER PÚBLICO EM OBRIGAÇÃO QUE VISA À PROMOÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. NÃO OCORRÊNCIA. POSTULADO DA INAFASTABILIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL. PRECEDENTE DO STF. RETIFICAÇÃO DE GÊNERO DE MILITAR. VIOLAÇÃO DA ISONOMIA NOS CONCURSOS PÚBLICOS. INEXISTÊNCIA. AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DE MINORIAS. TEORIA DO IMPACTO DESPROPORCIONAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NÃO CABIMENTO. ARTIGO 18 DA LEI 7.347/85.

1. Remessa necessária e apelações cíveis interpostas em objeção à sentença que julgou parcialmente procedente os pedidos formulados em sede de ação civil pública ajuizada por órgão federal independente, condenando ente federativo a reconhecer o nome social de militares transgêneros nas Forças Armadas e se abster de realizar aposentadorias ou reformas destes sob a alegação de doença ‘transexualismo’, ressaltando hipótese na qual a mudança do sexo violar regra editalícia restritiva de gênero.

2. Consoante mencionado, em razão de a sentença recorrida, com relação aos servidores civis, ter extinguido o processo, sem resolução do mérito, com fundamento no art. 485, inciso VI, do CPC, deve incidir o disposto no art. 19 da Lei nº 4.717/65, segundo o qual prevê que “a sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal; da que julgar a ação procedente caberá apelação, com efeito suspensivo”, em razão de a questão estar inserida no microssistema de tutela coletiva. A propósito, confira-se precedente do Superior Tribunal de Justiça: STJ, 1ª Turma, REsp 157898, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 4.2.2019. No mais, entende-se ainda pelo conhecimento da remessa necessária em favor da União Federal, aplicando-se subsidiariamente o art. 496, inciso I, do CPC à hipótese em comento, em conformidade com o disposto no art. 19 da Lei nº 7.347/85.

3. A ausência de comprovação de tratamento discriminatório de ente federativo com os seus servidores públicos transgêneros não tem relação com o interesse de agir e sim com o mérito da demanda que, neste ponto, deve ser julgada improcedente por insuficiência de prova, não fazendo coisa julgada material, conforme art. 16 da Lei nº 7.347/1985. Nesse sentido: TRF2, 7ª Turma Especializada, Rel. Des. Fed. JOSÉ ANTONIO NEIVA, E-DJF2R 11.5.2020; STJ, 3ª Turma, AgInt no REsp 1841683/SP, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJe 19.11.2020.

4. A incongruência de gênero ou transgênero é a não paridade entre a identidade de gênero e o sexo ao nascimento, incluindo-se neste grupo transexuais, travestis e outras expressões identitárias relacionadas à diversidade de gênero, não podendo servir esta condição como único fundamento para a reforma de militares.

5. Precedente do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade que julga procedente ação direta “para dar interpretação conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58 da Lei 6.015/73, de

modo a reconhecer aos transgêneros que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil” (STF, Tribunal Pleno, ADI 4275, Relator p/ Acórdão: EDSON FACHIN, DJe 7.3.2019) e Tema 761 da repercussão geral que firma tese assentando que “o transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo para tanto nada além da manifestação de vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa”, devem ser obrigatoriamente observados por todos os órgãos do ente federativo, inclusive as Forças Armadas.

6. A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte I.D.H) estabelece que “o Estado deve assegurar que indivíduos de todas as orientações sexuais e identidades de gênero possam viver com a mesma dignidade e com o mesmo respeito a que têm direito todas as pessoas”, e que “o reconhecimento da afirmação da identidade sexual e de gênero como uma manifestação da autonomia pessoal é um elemento constituinte e constitutivo da identidade das pessoas que se encontra protegido pela Convenção Americana em seus artigos 7 e 11.2” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Parecer Consultivo OC-24/2017 de 24 de novembro de 2017 solicitado pela República da Costa Rica*. Disponível em: <https://bit.ly/3mHrV6p>. Acesso em: 12 fev. 2021), devendo, assim, ser observado por todas as autoridades estatais (sejam elas órgãos do executivo, legislativo ou judiciário) dos países que se sujeitam à sua jurisdição (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas vs. República Dominicana*. Sentença de 28 de agosto de 2014. Disponível em: <https://bit.ly/3p6fKAW>. Acesso em: 12 fev. 2021).

7. O Decreto nº 8.727/2017, ao dispor sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica, tem por fundamento o poder normativo da Administração, disciplinando e uniformizando de que forma devem ser tratados os transgêneros que detêm vínculo jurídico com o ente federativo, dando cumprimento direto aos postulados da dignidade da pessoa humana e isonomia, previstos tanto na Constituição como na CADH, em conformidade com decisão vinculante do STF e precedente da Corte I.D.H, não implicando violação ao art. 142, parágrafo 3º, X, da Constituição.

8. Desde a promulgação da Lei nº 13.541/2017, que alterou a Lei nº 9.519/97, é permitido o ingresso de mulheres no Corpo de Praças da Armada, devendo a matéria ser disciplinada por regulamentos do Comando da Marinha, não havendo violação aos princípios da legalidade estrita e da separação dos poderes, decisão judicial que proíbe a reforma compulsória de militar transgênero exclusivamente em razão desta condição.

9. A ação civil pública é mecanismo idôneo para impor ao Poder Público obrigação de fazer consistente na promoção da dignidade da pessoa humana, conforme precedente do Supremo Tribunal Federal que, ao julgar recurso especial com repercussão geral reconhecida, assentou que tal postulado legitima a intervenção judicial para impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente em condutas que visam preservar o valor fundamental da pessoa humana, em razão do postulado da inafastabilidade da prestação jurisdicional.

10. A retificação do gênero do militar transgênero não viola a isonomia nos concursos públicos e nem se traduz em privilégio ou bônus, se tratando de ato de exercício da cidadania e afirmação dos direitos humanos de grupo minoritário e estigmatizado por séculos em nossa sociedade, não se legitimando restrições à afirmação da identidade de gênero, sob pena de perpetuação do cenário discriminatório.

11. Reforma parcial da sentença para condenar a União, em todos os seus órgãos das Forças Armadas – Marinha, Exército e Aeronáutica, a reconhecer o nome social dos seus militares transgêneros, assim como se abster de reformá-los mediante a alegação da doença ‘transexualismo’, sem qualquer ressalva, bem como para, com relação aos servidores civis, julgar improcedente o pedido por insuficiência de provas.

12. Nos termos do art. 18 da Lei nº 7.347/58, não há condenação em honorários advocatícios em ação civil pública, salvo em caso de comprovada má-fé. Precedentes.

13. Remessa necessária e apelação em relação à União Federal não providas. Remessa necessária e apelação em relação à Defensoria Pública da União parcialmente providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 5a. Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região decidiu, por unanimidade, NEGAR PROVIMENTO à remessa necessária e à apelação em relação à União Federal, e DAR PARCIAL

PROVIMENTO à remessa necessária e à apelação em relação à Defensoria Pública da União, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Rio de Janeiro, 28 de setembro de 2021.

0002781-93.2018.4.02.5101

20000705143 .V9



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002781-93.2018.4.02.5101/RJ

RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL RICARDO PERLINGEIRO

APELANTE: UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO (RÉU)

APELANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO - DPU (AUTOR)

APELADO: OS MESMOS

EMENTA

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REMESSA NECESSÁRIA. APELAÇÕES CÍVEIS. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MILITAR TRANSGÊNERO. CONDENAÇÃO DE ENTE FEDERATIVO AO RECONHECIMENTO DE NOME SOCIAL E PROIBIÇÃO DE REFORMA COMPULSÓRIA. POSSIBILIDADE. NÃO COMPROVAÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DE SERVIDORES CIVIS. TEORIA DA ASSERÇÃO. IMPROCEDÊNCIA POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. DIREITO FUNDAMENTAL À IDENTIDADE DE GÊNERO. DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA POR TODAS AS AUTORIDADES ESTATAIS. DECRETO Nº 8.727/2017 E APLICAÇÃO ÀS FORÇAS ARMADAS. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 142, PARÁGRAFO 3º, X, DA CONSTITUIÇÃO. CUMPRIMENTO DIRETO DOS POSTULADOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E ISONOMIA. INGRESSO DE MULHERES NO CORPO DE PRAÇAS DA MARINHA. POSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE LEI

FORMAL. DISCIPLINA OUTORGADA POR LEI AO COMANDO DA MARINHA. CONDENAÇÃO DO PODER PÚBLICO EM OBRIGAÇÃO QUE VISA À PROMOÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. NÃO OCORRÊNCIA. POSTULADO DA INAFASTABILIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL. PRECEDENTE DO STF. RETIFICAÇÃO DE GÊNERO DE MILITAR. VIOLAÇÃO DA ISONOMIA NOS CONCURSOS PÚBLICOS. INEXISTÊNCIA. AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DE MINORIAS. TEORIA DO IMPACTO DESPROPORCIONAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NÃO CABIMENTO. ARTIGO 18 DA LEI 7.347/85.

1. Remessa necessária e apelações cíveis interpostas em objeção à sentença que julgou parcialmente procedente os pedidos formulados em sede de ação civil pública ajuizada por órgão federal independente, condenando ente federativo a reconhecer o nome social de militares transgêneros nas Forças Armadas e se abster de realizar aposentadorias ou reformas destes sob a alegação de doença ‘transexualismo’, ressaltando hipótese na qual a mudança do sexo violar regra editalícia restritiva de gênero.

2. Consoante mencionado, em razão de a sentença recorrida, com relação aos servidores civis, ter extinguido o processo, sem resolução do mérito, com fundamento no art. 485, inciso VI, do CPC, deve incidir o disposto no art. 19 da Lei nº 4.717/65, segundo o qual prevê que “a sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal; da que julgar a ação procedente caberá apelação, com efeito suspensivo”, em razão de a questão estar inserida no microsistema de tutela coletiva. A propósito, confira-se precedente do Superior Tribunal de Justiça: STJ, 1ª Turma, REsp 157898, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 4.2.2019. No mais, entende-se ainda pelo conhecimento da remessa necessária em favor da União Federal, aplicando-se subsidiariamente o art. 496, inciso I, do CPC à hipótese em comento, em conformidade com o disposto no art. 19 da Lei nº 7.347/85.

3. A ausência de comprovação de tratamento discriminatório de ente federativo com os seus servidores públicos transgêneros não tem relação com o interesse de agir e sim com o mérito da demanda que, neste ponto, deve ser julgada improcedente por insuficiência de prova, não fazendo coisa julgada material, conforme art. 16 da Lei nº 7.347/1985. Nesse

sentido: TRF2, 7ª Turma Especializada, Rel. Des. Fed. JOSÉ ANTONIO NEIVA, E-DJF2R 11.5.2020; STJ, 3ª Turma, AgInt no REsp 1841683/SP, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJe 19.11.2020.

4. A incongruência de gênero ou transgênero é a não paridade entre a identidade de gênero e o sexo ao nascimento, incluindo-se neste grupo transexuais, travestis e outras expressões identitárias relacionadas à diversidade de gênero, não podendo servir esta condição como único fundamento para a reforma de militares.

5. Precedente do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade que julga procedente ação direta “para dar interpretação conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58 da Lei 6.015/73, de modo a reconhecer aos transgêneros que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil” (STF, Tribunal Pleno, ADI 4275, Relator p/ Acórdão: EDSON FACHIN, DJe 7.3.2019) e Tema 761 da repercussão geral que firma tese assentando que “o transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo para tanto nada além da manifestação de vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa”, devem ser obrigatoriamente observados por todos os órgãos do ente federativo, inclusive as Forças Armadas.

6. A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte I.D.H) estabelece que “o Estado deve assegurar que indivíduos de todas as orientações sexuais e identidades de gênero possam viver com a mesma dignidade e com o mesmo respeito a que têm direito todas as pessoas”, e que “o reconhecimento da afirmação da identidade sexual e de gênero como uma manifestação da autonomia pessoal é um elemento constituinte e constitutivo da identidade das pessoas que se encontra protegido pela Convenção Americana em seus artigos 7 e 11.2” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Parecer Consultivo OC-24/2017 de 24 de novembro de 2017 solicitado pela República da Costa Rica*. Disponível em: <https://bit.ly/3mHrV6p>. Acesso em: 12 fev. 2021), devendo, assim, ser observado por todas as autoridades estatais (sejam elas órgãos do executivo, legislativo ou judiciário) dos países que se sujeitam à sua jurisdição (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Pessoas Dominicanas e Haitianas*

Expulsas vs. República Dominicana. Sentença de 28 de agosto de 2014. Disponível em: <https://bit.ly/3p6fKAW>. Acesso em: 12 fev. 2021).

7. O Decreto nº 8.727/2017, ao dispor sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica, tem por fundamento o poder normativo da Administração, disciplinando e uniformizando de que forma devem ser tratados os transgêneros que detêm vínculo jurídico com o ente federativo, dando cumprimento direto aos postulados da dignidade da pessoa humana e isonomia, previstos tanto na Constituição como na CADH, em conformidade com decisão vinculante do STF e precedente da Corte I.D.H, não implicando violação ao art. 142, parágrafo 3º, X, da Constituição.

8. Desde a promulgação da Lei nº 13.541/2017, que alterou a Lei nº 9.519/97, é permitido o ingresso de mulheres no Corpo de Praças da Armada, devendo a matéria ser disciplinada por regulamentos do Comando da Marinha, não havendo violação aos princípios da legalidade estrita e da separação dos poderes, decisão judicial que proíbe a reforma compulsória de militar transgênero exclusivamente em razão desta condição.

9. A ação civil pública é mecanismo idôneo para impor ao Poder Público obrigação de fazer consistente na promoção da dignidade da pessoa humana, conforme precedente do Supremo Tribunal Federal que, ao julgar recurso especial com repercussão geral reconhecida, assentou que tal postulado legitima a intervenção judicial para impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente em condutas que visam preservar o valor fundamental da pessoa humana, em razão do postulado da inafastabilidade da prestação jurisdicional.

10. A retificação do gênero do militar transgênero não viola a isonomia nos concursos públicos e nem se traduz em privilégio ou bônus, se tratando de ato de exercício da cidadania e afirmação dos direitos humanos de grupo minoritário e estigmatizado por séculos em nossa sociedade, não se legitimando restrições à afirmação da identidade de gênero, sob pena de perpetuação do cenário discriminatório.

11. Reforma parcial da sentença para condenar a União, em todos os seus órgãos das Forças Armadas – Marinha, Exército e Aeronáutica, a reconhecer o nome social dos seus militares transgêneros, assim como se abster de reformá-los mediante a alegação da doença ‘transexualismo’, sem qualquer ressalva, bem como para, com relação aos servidores civis, julgar improcedente o pedido por insuficiência de provas.

12. Nos termos do art. 18 da Lei nº 7.347/58, não há condenação em honorários advocatícios em ação civil pública, salvo em caso de comprovada má-fé.

13. Remessa necessária e apelação em relação à União Federal não providas. Remessa necessária e apelação em relação à Defensoria Pública da União parcialmente providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 5a. Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região decidiu, por unanimidade, **NEGAR PROVIMENTO** à remessa necessária e à apelação em relação à União Federal, e **DAR PARCIAL PROVIMENTO** à remessa necessária e à apelação em relação à Defensoria Pública da União, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Rio de Janeiro, 28 de setembro de 2021.

0002781-93.2018.4.02.5101

20000707521 .V4



Poder Judiciário TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002781-93.2018.4.02.5101/RJ

RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL RICARDO PERLINGEIRO

APELANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO - DPU (AUTOR)

APELANTE: UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO (RÉU)

APELADO: OS MESMOS

RELATÓRIO

Cuidam-se de remessa necessária tida por interposta e apelações, atribuídas à minha relatoria por redistribuição após declaração de suspeição do Desembargador Federal ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES (evento 18), interpostas pela DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO (DPU) e pela UNIÃO FEDERAL, em face de sentença proferida pelo Juízo da 18ª Vara Federal do Rio de Janeiro, que julgou parcialmente procedente o pedido formulado, em sede de ação civil

pública com pedido liminar, pela DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO (DPU), visando a condenação da UNIÃO FEDERAL (i) para que “se abstenha de dar continuidade aos processos de aposentadoria e reforma dos servidores transexuais”; (ii) “promova a retificação do nome e gênero dos servidores transexuais nos assentos da Administração Pública Federal no tratamento interpessoal de todos os servidores públicos em sentido amplo, desde que requerido”; e (iii) permita que militares transexuais “integrem o corpo, quadro, arma, serviço próprio condizente com a autodeterminação de seu gênero, sem prejuízo da progressão funcional, computando-se tempo de serviço, o período em que alguns militares estiveram de licença para tratamento de saúde” (evento1, OUT1, página 31/1º grau).

Segundo a DPU, apesar do inegável avanço na efetivação dos direitos dos indivíduos transexuais havido com a edição do Decreto 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 direta, autárquica e fundacional, tal instrumento normativo vem sendo desrespeitado pela União, uma vez que “existem casos no serviço público federal de indivíduos que são colocados em licença médica ou mesmo submetidos a processos de aposentadoria compulsória, devido ao fato de serem transexuais. O preconceito manifesta-se ainda no impedimento de indivíduos transexuais serem promovidos e avançarem em suas respectivas carreiras” (evento1, OUT1, página 7/1º grau).

A fim de demonstrar a ilegalidade da conduta praticada pela União, a DPU aborda a superação, em 2018, da Classificação Internacional das Doenças CID-10 pela CID-11. Naquela, o transexualismo era caracterizado como uma doença “caracterizada pelo desejo de viver e de ser aceito como membro do sexo oposto, usualmente acompanhado por uma sensação de desconforto ou impropriedade de seu próprio sexo anatômico e o desejo de se submeter a intervenções para que seu corpo fique tão congruente quanto possível com o sexo de identificação” (evento1, OUT1, página 10/1º grau). Ainda segundo a DPU, a nova classificação das doenças, CID-11, tem como inovação a despatologização do transexualismo.

A DPU afirma que a posição do Conselho Federal de Psicologia é favorável à despatologização das identidades trans e travestis, além de ser essa a tendência mundial, bem como menciona os princípios de Yogyakarta que tratam sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero.

Buscando demonstrar as suas alegações, a DPU traz como exemplos os supostos tratamentos discriminatórios conferidos pela Marinha à segundo-sargento Bruna Gurgel Batista e a cabo Allanis Costa, o que motivou o ajuizamento de ações individuais contra a União, que ainda se encontram em curso. Deve ser consignado que a DPU não trouxe aos autos qualquer relato de discriminação sofrida por servidores civis, seja na Administração Pública Civil ou Militar.

Dessa maneira, o autor afirma que a União vem desrespeitando diversos preceitos constitucionais, em especial a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a vedação à discriminação (art. 3º, IV) e a igualdade (5º, *caput*), bem como a violação de compromissos assumidos pelo Brasil no âmbito internacional, tal como Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, internalizado em nosso sistema jurídico por meio do Decreto nº 592/92, motivo pelo qual devem os pedidos ser julgados procedentes.

Em decisão de evento 11 (1º grau) foi determinada, na forma do art. 2º, da Lei nº 8.437/1992, a intimação da União para que se manifestasse, em 72 horas, sobre o pedido de concessão de tutela provisória de urgência formulado pela DPU para que parte ré se abstinhasse de dar continuidade aos processos de aposentadoria e reforma dos servidores transexuais, além de promover a retificação do nome e gênero de tais indivíduos em seus assentamentos e no tratamento interpessoal. Na mesma decisão, também foi determinada a intimação do Ministério Público Federal (MPF) para manifestação após o decurso do prazo da ré.

A União se manifestou (evento 15/1º grau) pugnando pela extinção do feito sem a apreciação do mérito, alegando a ilegitimidade ativa da DPU para o manejo da ação coletiva, posto que a legislação não a autorizaria a “ajuizar ação coletiva para proteger quaisquer direitos transindividuais, mas apenas aqueles direcionados à proteção de pessoas hipossuficientes economicamente, consoante artigos 5º, LXXIV e 134 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988” (OUT17, página 2). Quanto ao pedido da tutela de urgência, a União sustenta que este deve ser indeferido, uma vez que a sua conduta respeita o princípio da legalidade e que o Poder Público “não pode inovar na ordem jurídica, concedendo direitos, impondo obrigações e restrições não previstas em lei” (OUT17, página 4).

O MPF, na qualidade de *custos iuris*, se manifestou por meio de promoção (evento 18/1º grau), na qual (i) entende pela rejeição da preliminar de ilegitimidade ativa da DPU arguida União, com fundamento nas decisões do STF na ADI nº 3.943 e no RE nº 733.433, com repercussão geral reconhecida, que definiram que a Defensoria Pública possui legitimidade para a propositura de ação civil pública e que tal qualidade tem lugar na defesa dos hipossuficientes, mesmo nos casos em que haja possíveis beneficiados não necessitados, com é o caso dos autos, onde uma parcela considerável das pessoas cujos direitos pretende-se tutelar é de hipossuficientes econômicos; (ii) menciona inquérito civil público nº 1.30.001.000522/2014-11, que tinha por objetivo apurar possível violação aos direitos humanos no âmbito das Forças Armadas Brasileiras, que estariam reformando sistematicamente militares por conta da condição ou opção sexual, sob o fundamento da incapacidade para o serviço militar, sendo expedidas recomendações para as Forças Armadas (PRDC/RJ/Nº 04/2017, PRDC/RJ/Nº 05/2017 e PRDC/RJ/Nº 06/2017) para que (a) a transexualidade não fosse considerada como motivo determinante para a reforma de militares, nem como forma de incapacidade para o exercício da

atividade militar; (b) fossem estabelecidos programas de reabilitação ou transferência de militares transexuais em funções compatíveis em outros Corpos ou Quadros das Forças Armadas, caso exerçam originalmente funções que não podem ser ocupadas por mulheres; e (c) fossem implementados programas de combate à discriminação, voltados à erradicação da homofobia e transfobia, de modo a não excluir das Forças Armadas as pessoas transgênero ou homossexuais;(iii) opina pelo indeferimento da concessão da tutela de urgência pleiteada; e (iv) ressalta que a DPU juntou aos autos apenas evidências de tratamentos discriminatórios na Marinha, sem mencionar as outras Forças Armadas e que, tampouco não trouxe qualquer indício de que a Administração Pública estaria aposentando compulsoriamente servidores civis transexuais em razão desta condição, razão pela qual, diante da amplitude do pleito, opinou pela intimação da Defensoria Pública da União para que esclarecesse se pretendia emendar a inicial ou se, durante a instrução do feito, produziria provas relativas aos servidores públicos federais civis e aos militares integrantes do Exército e da Aeronáutica.

Na decisão de evento 19 (1º grau) foi reconhecida a legitimidade ativa da DPU e indeferida a tutela provisória de urgência, determinando-se a intimação do autor para se manifestar sobre a amplitude do pedido, como requerido pelo MPF.

Em sua manifestação (evento 22/1º grau), a DPU repisa os argumentos veiculados na inicial e requer a reapreciação do pleito liminar, o que foi indeferido na decisão de evento 24 (1º grau), que recebeu o articulado como emenda à inicial. Não houve recurso.

Devidamente citada, a União apresenta contestação (evento 33/1º grau) que não nega os fatos narrados pelo autor e tem como fio condutor a impossibilidade de procedência da ação uma vez que não há lei que discipline a matéria, invocando os princípios constitucionais da legalidade, contido no *caput* do art. 37 da Constituição, bem como da separação dos Poderes (art. 2º).

Nesse diapasão, afirma que “quando o autor mudou de gênero inviabilizou a sua permanência no Quadro de Pessoal em que ingressou originariamente, sendo certo que o Corpo de Praças da Armada é composto exclusivamente por indivíduos do sexo masculino” (evento 33, OUT22, página 3/1º grau), e conclui reiterando que a permanência da militar transgênero nos Corpo de Praças da Armada seria uma violação dos princípios constitucionais do concurso público e da legalidade.

Em outro ponto da sua contestação, a União sustenta que a matéria é reservada à política legislativa e que o “Poder Judiciário não tem função legislativa e só pode se imiscuir no controle de políticas públicas de forma excepcional, sob pena de violação ao princípio da separação de poderes previsto no art. 2º da CF/88” (evento 33, OUT22, página 7/1º grau).

Afirma existir em trâmite no Congresso Nacional o projeto de lei nº 5002/2013, que visa disciplinar a situação jurídica do transexual, o que demonstraria o caráter político do tema.

Por fim, com fundamento no art. 142, parágrafo 3º, X, da Constituição, a União afirma que o Decreto nº 8.727/2016 não deve ser aplicado à Administração Militar, na medida em que a Constituição afirma que “**a lei disporá** sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, **os direitos, os deveres**, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra.” (evento 33, OUT22, página 11/1º grau, grifado no original).

Instadas a se manifestarem em provas (evento 36/1º grau), a União informou que não teria outras provas a produzir, reportando-se aos elementos de defesa constantes dos autos (evento 44/1º grau), já a DPU (evento 45/1º grau) esclarece que a não aplicação do Decreto nº 8.727/2016, não está restrita ao âmbito das Forças Armadas, trazendo um caso em que a Polícia Federal, na Delegacia de Polícia do Imigrante do Rio de Janeiro (DELEMIG/RJ), impediu uma refugiada de utilizar o nome social na Carteira Nacional de Registro Migratório (CNRM), pedindo, ao final “condenação da ré, no que tange ao emprego do nome social em todo o âmbito da Administração Pública, bem como no impedimento de que hajam aposentadorias discriminatórias de servidores transexuais”.

Despacho de evento 46 (1º grau) determinando a abertura de vistas ao MPF para manifestação, bem como esclarecimento acerca das eventuais condutas adotadas após as recomendações encaminhadas aos Comandos do Exército Brasileiro, Marinha do Brasil e da Força Aérea Brasileira, em razão do apurado no inquérito civil público nº 1.30.001.000522/2014-11.

Em nova promoção (evento 51/1º grau), o MPF traz as respostas dos Comandados de cada uma das Forças Armadas às recomendações expedidas no bojo do citado inquérito civil público.

O Comando do Exército, por meio do ofício n. 8-A2.2/A2/GabCmtEx, assim se manifestou (evento 51, OUT25, páginas 6/8)

“Segundo o Código Internacional de Doenças/10 Revisão (CID-10) a transexualidade é considerada um transtorno de identidade sexual incluído no grupo dos transtornos de personalidade e do comportamento do adulto, registrado no capítulo dos transtornos mentais e comportamentais. Esta classificação é reconhecida pelo Conselho Federal de Medicina e pelo Ministério da Saúde.

Importante salientar que o transexualismo é tratado como caso de doença, por força do CID-10, e como tal não é uma doença relacionada ao trabalho.

No que diz respeito à legislação castrense, as doenças graves que poderiam determinar a reforma dos militares estão discriminadas no inciso V, do art. 108, da Lei n. 6.880/80 – Estatuto dos Militares, onde depreende-se que o diagnóstico de transexualismo não compõe o rol de moléstias graves **que por si somente** podem determinar a reforma.

Deste modo, em termos médico-periciais, a incapacidade do inspecionado não é determinada pelo diagnóstico de transexualismo. Entretanto, eventual surgimento dos sintomas previstos no CID-10 pode ocasionar algum tipo de incapacidade, quais sejam:

- sofrimento psíquico intenso;
- pressões sociais;
- uso de medicamentos que interferem na vigília e atenção (risco para a atividade militar, considerando a natureza e manuseio de armamentos);
- tentativas de suicídios; e
- episódicos depressivos, geralmente graves, com ou sem sintomas psicóticos.

Nesse contexto, no âmbito militar, a incapacidade para o serviço do Exército pode ser temporária ou definitiva. A incapacidade temporária ocorre nos casos de sinais e/ou sintomas de patologias que repercutem na capacidade laboral do inspecionado e leva ao seu afastamento do serviço ativo, para preservar sua integridade física e evitar agravos, permitindo o tratamento médico adequado. A incapacidade definitiva para o serviço ativo do Exército ocorre quando os sinais e/ou sintomas apresentados pelo inspecionado não são passíveis de cura ou controle de acordo com os conhecimentos da medicina atual, portanto, com prazo indeterminado para a sua recuperação **ou**, no caso de militares de carreira, de acordo com o **inciso III do Art. 106 da Lei n. 6.880/80, *in verbis*:**

Art. 106. A reforma ex officio será aplicada ao militar que:

[...]

II- for julgado incapaz, definitivamente, para o serviço ativo das Forças Armadas;

III- estiver agregado por mais de 2 (dois) anos por ter sido julgado incapaz, temporariamente, mediante homologação de Junta Superior de Saúde, ainda que se trate de moléstia curável;

[...]

A capacidade laborativa, de acordo com a perícia médica militar, não é avaliada considerando a patologia, mas sim a repercussão na saúde física, mental, social, e mesmo ecológica.

Dessa forma, vislumbra-se que no caso dos militares, sem distinção alguma, a reforma poderá ocorrer em consequência de transtornos depressivos graves, tentativas de suicídio, inadaptação ao trabalho e outros transtornos psicológicos, mas **não pelo fato do transexualismo em si.**” (grifo nosso)

Já o Comando da Aeronáutica, por meio do ofício n. 77/GC1/1212, se manifestou no seguinte sentido (evento 51, OUT25, página 9):

“Sobre o assunto, informo que a Administração Militar da Aeronáutica, diante de recomendação médica, busca, analisando primariamente o interesse público, atender ao interesse do militar transexual, de modo a readaptá-lo para o desempenho da função para a qual tenha se formado, ou, se for o caso, promover a mudança de especialidade, desde que existente a possibilidade de acesso do pessoal do sexo feminino.

Nesse contexto, insta salientar que a diretriz de Política de Pessoal da Força Aérea, com foco na Administração de Recursos Humanos, tem como meta primordial o desempenho do militar nas atividades correlatas às suas atribuições, não sendo fator relevante a opção sexual ou qualquer outra convicção de gênero de cada um de seus integrantes.”

“A Força Aérea Brasileira possui programa de estudo presente nas grades curriculares das Escolas de Formação, cujas disciplinas, como, por exemplo, Direitos Humanos, englobam a questão sobre transtorno de gênero e homossexualismo, de modo a transmitir aos militares de ingressam na Força a necessidade do respeito e da não discriminação. Não se tem notícia, aliás, no âmbito da Força, de qualquer ordem ou conjunto de práticas contrárias a esse preceito. Ademais, já existem estudos no sentido de exigir dos candidatos ao Curso

de Formação de Oficiais Aviadores, nos testes de aptidão física, os mesmos índices mediante avaliação de esforços baseados em parâmetros operacionais de utilização das aeronaves da Força, mormente em situações de emergência, os quais independem de gênero.”

Por fim, o Comando da Marinha do Brasil, assim respondeu à recomendação do MPF (evento 51, OUT25, páginas 10/11):

“A transexualidade (CID 10 F64.0), um transtorno de identidade sexual, definida como um desejo de viver e ser aceito como pessoa do sexo oposto, acompanhado de sentimento de mal estar ou inadaptação ao sexo anatômico e desejo de submeter-se à intervenção cirúrgica ou tratamento hormonal para adequar o próprio corpo ao sexo desejado, está codificada como um Transtorno na Classificação Internacional de Doenças, décima revisão (CID 10).

O tratamento especializado proposto por especialistas, regulado na Portaria n. 457, de 19 de agosto de 2008, da Secretaria de Atenção à Saúde do Ministério da Saúde, e na Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) n. 1.955/2010, é de caráter multidisciplinar, de alta complexidade e demorado, podendo ser necessário que o militar seja mantido em Licença para Tratamento de Saúde Própria (LTSP). De acordo com a Lei n. 6.880/1980 (Estatuto dos Militares), artigo 82, incisos I e II c/c o artigo 106, inciso III, o militar somente poderá permanecer em LTSP por, no máximo, 3 anos, podendo vir a ser reformado se, após esse período, não for possível sua plena recuperação laborativa. É interpretação desta Força que a mera declaração pessoal de transexualidade não é motivo para reforma.

Assim, a reforma de um militar na atividade só é realizada se for considerado incapaz para permanecer no serviço ativo, em função de inspeção médica-pericial. Não há discricionariedade no setor de pessoal para reformar ou não um militar, pois o ato administrativo de reforma é vinculado ao laudo médico-pericial. A Marinha do Brasil mantém o entendimento no mesmo sentido da Organização Mundial de Saúde (OMS) e do CFM de que a transexualidade é uma patologia e deve ser tratada da mesma forma que qualquer outra patologia que acomete um militar.

Caso o militar transexual, portador da referida patologia, seja considerado apto para o serviço ativo, não será reformado. Neste caso, respeitando-se os requisitos e limites legais,

poderá ser requalificado para o exercício de funções ocupadas por militares do novo sexo para o qual foi redesignado, podendo ser necessárias modificações na carreira do mesmo e a consequente mudança de Corpo e Quadro.”

A promoção ministerial aduz ainda ter ocorrido um progresso científico e jurisprudencial acerca do tema, seja pela superação da transexualidade como patologia pelo CID-11, que retirou a transexualidade da categoria de distúrbios mentais, seja pela decisão do STF na ADI nº 4.275 que afirmou o direito da pessoa transgênero à mudança do prenome e sexo em seus assentamentos civis independentemente de cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes.

Por fim, o MPF opina (i) pela extinção do feito sem a apreciação do mérito em relação aos servidores civis, uma vez que não haveria interesse de agir, na medida em que não foi apresentada qualquer prova de que algum servidor civil tenha sido aposentado compulsoriamente em razão da transexualidade; e (ii) pela parcial “procedência do pedido para condenar a ré a se abster de transferir para a reserva militares com fundamento no diagnóstico ‘transexualidade’, de modo que devem as Forças Armadas providenciar a transferência/readaptação do praça ou oficial para um Corpo/Arma/Quadro compatível com sua identidade de gênero sempre que possível, considerada a sua formação, e justificada a eventual impossibilidade. Deve ainda a ré ser condenada a promover a retificação do nome e gênero dos militares transexuais nos assentos da Administração Pública Federal, e empregá-lo no tratamento interpessoal de todos os militares, desde que requerido, seja porque houve a mudança prévia nos registros civis, seja em razão se utilização de nome social”.

A sentença (evento 52/1º grau) extinguiu o feito sem a apreciação do mérito, na forma do art. 485, VI, do Código de Processo Civil, na parte referente aos servidores civis e condenou a União a “reconhecer o nome social em todos os seus órgãos da Forças Armadas – Exército, Aeronáutica e Marinha, assim como se abster de realizar aposentadorias ou reformas de militares sob a discriminatória alegação da doença ‘transexualismo’”, ressaltando, contudo “a hipótese indicada na fundamentação, quando a mudança de sexo viola as regras do edital que, licitamente, restringiu a vaga para pessoas de um só gênero”.

Isso porque, segundo a fundamentação da sentença, “se o ingresso no serviço público se deu com a restrição, prevista no edital, de que as vagas seriam exclusivamente para candidatos do sexo masculino e essa restrição é justificável pela natureza específica de certa atribuição ou pelas restrições estruturais do local onde as atribuições serão exercidas, há que se respeitar a essência da contratação”.

Dessa forma, segue a sentença afirmando que “não há violação à lei ou à Constituição em relação ao oferecimento de vagas especificamente para pessoas de certo gênero quando essa restrição é

baseada em fundamentos e justificativas plausíveis, razoáveis. É o caso da Marinha, onde as atribuições são exercidas em navios, com missões muitas vezes extensas, sendo que a estrutura dessas embarcações foi criada para um ambiente exclusivamente masculino, não se justificando tamanha alteração estrutural para comportar profissional do gênero feminino, diante do alto custo envolvido”.

Por fim, conclui que é “importante ressaltar que neste caso o candidato tinha ciência de que as vagas oferecidas eram restritas ao gênero masculino e, dessa forma, a alteração do sexo é uma evidente violação às normas do edital, promovendo uma quebra de isonomia relevante, já que a participação de mulheres foi vedada na origem. Neste caso específico, a alteração do sexo impede a manutenção no cargo, por respeito às normas do edital e para afastar tratamento antiisonômico em relação a outras mulheres que, mesmo interessadas no concurso foram impedidas de participar do certame.”.

O *decisum* ainda concedeu a tutela provisória de urgência para que a ré cumpra, de imediato, as determinações contidas na sentença.

As partes opuseram embargos de declaração em face da sentença, que foram rejeitados na decisão de evento 81 (1º grau).

A Defensoria Pública da União interpõe recurso de apelação (evento 85/1º grau) alegando, em síntese, que a sentença deve ser reformada na parte que impõe a ressalva para “a hipótese indicada na fundamentação, quando a mudança de sexo viola as regras do edital que, licitamente, restringiu a vaga para pessoas de um só gênero”, pois, na sua visão, tal comando parte de uma perspectiva equivocada sobre a questão da identidade de gênero. Também há impugnação do capítulo da sentença que indeferiu a condenação da ré em honorários advocatícios.

Por seu turno, o apelo da União (evento 86/1º grau) visa a improcedência da ação civil pública, trazendo os seguintes argumentos: (i) o Decreto nº 8.727/2016 não se aplica às Forças Armadas por força do art. 142, parágrafo 3º, inciso X da Constituição; (ii) a questão está pendente de deliberação legislativa, uma vez que no Congresso Nacional tramita um projeto de lei (PL 5002/2013) que regulamenta a matéria; (iii) a manutenção do termo “transexualismo” no CID-11; (iv) a impossibilidade de interferência do Poder Judiciário em questões afetas ao mérito do ato administrativo; e (v) as dificuldades geradas à Administração Pública pelas adaptações necessárias à execução, trazendo, como exemplo, o uso dos banheiros nos ambientes públicos.

Contrarrazões da DPU (evento 94/1º grau) pugnando a manutenção da decisão recorrida nos pontos controvertidos pela União. Esta, em suas contrarrazões (evento 96/1º grau), requer que seja negado provimento ao recurso da DPU.

Manifestação do Ministério Público Federal pelo conhecimento e não provimento dos apelos (evento 5).



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002781-93.2018.4.02.5101/RJ

RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL RICARDO PERLINGEIRO

APELANTE: UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO (RÉU)

APELANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO - DPU (AUTOR)

APELADO: OS MESMOS

VOTO-VISTA

Trata-se de Remessa Necessária e Apelações interpostas pela DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO (DPU) e pela UNIÃO FEDERAL em face da sentença contida no Evento 52 – 1º grau, integrada pela sentença de embargos de declaração (Evento 81 – 1º grau), nos autos desta Ação Civil Pública, que extinguiu o feito sem resolução de mérito em relação aos servidores civis, nos termos do art. 485, VI, do CPC, e julgou parcialmente procedente o pedido, nos termos do artigo 487, I, do CPC, “*para condenar a União Federal a reconhecer o nome social em todos os seus órgãos da Forças Armadas – Exército, Aeronáutica e Marinha, assim como se abster de realizar aposentadorias ou reformas de militares sob a discriminatória alegação da doença “transexualismo”, ressaltando, contudo, “a hipótese indicada na fundamentação, quando a mudança de sexo viola as regras do edital que, licitamente, restringiu a vaga para pessoas de um só gênero”*”.

O Juízo *a quo* concedeu, ainda, a tutela provisória de urgência para que a União cumpra, de imediato, as determinações contidas na sentença.

Em suas razões recursais (Evento 85 - 1º grau) a Defensoria Pública da União aduz, em suma, que a sentença deve ser reformada na parte que impõe a ressalva para “*a hipótese indicada na fundamentação, quando a mudança de sexo viola as regras do edital que, licitamente, restringiu a vaga para pessoas de um só gênero*”, pois parte de uma visão equivocada sobre a questão da identidade de gênero. Pugna, ainda, pela condenação da União ao pagamento de honorários advocatícios.

Por seu turno, a União sustenta, em síntese, que o Decreto nº 8.727/2016 não se aplica à Administração Militar, considerando o disposto no art. 142, §3º, X, da Constituição Federal; que o Poder Judiciário não tem função legislativa; que o transtorno em questão, por sua complexidade, sempre vem acompanhado de outros problemas, como ansiedade e depressão, o que contribui para a necessidade de concessões de licenças para tratamento da saúde, que podem culminar com a reforma militar ou aposentadoria civil (Evento 86 - 1º grau).

Na sessão de julgamento realizada em 02.03.2021, após o voto do ilustre relator, Desembargador Federal Ricardo Perlingeiro, no sentido de *“NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO e À REMESSA NECESSÁRIA tida por interposta a favor da União e de DAR PARCIAL PROVIMENTO À REMESSA NECESSÁRIA TIDA POR INTERPOSTA E AO RECURSO DE APELAÇÃO da Defensoria Pública da União, para, reformando parcialmente a sentença, condenar a União, em todos os seus órgãos das Forças Armadas – Marinha, Exército e Aeronáutica, a reconhecer o nome social dos seus militares transgêneros, assim como se abster de reformá-los mediante a alegação da doença ‘transexualismo’, sem qualquer ressalva, bem como para, com relação aos servidores civis, julgar improcedente o pedido por insuficiência de provas”* (Evento 30 – 2º grau), pedi vista dos autos.

Com efeito, após análise do processo, voto no sentido de acompanhar o voto do eminente relator.