

OEA/Ser/L/V/II.157
Doc. 15
14 abril 2016
Original: Espanhol

RELATÓRIO No. 11/16
PETIÇÃO 362-09
RELATÓRIO DE ADMISSIBILIDADE

LUIZA MELINHO
BRASIL

Aprovado pela Comissão em sua sessão nº 2063, realizada em 14 de abril de 2016
157º período ordinário de sessões

Citar como: CIDH, Relatório N° 11/16. Petição 362-09. Admissibilidade. Luiza Melinho. Brasil.
14 de abril de 2016.

RELATÓRIO Nº 11/16¹
PETIÇÃO 362-09
RELATÓRIO DE ADMISSIBILIDADE
LUIZA MELINHO
BRASIL
14 DE ABRIL DE 2016

I. RESUMO

1. No dia 26 de março de 2009 a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante, “Comissão Interamericana”, “Comissão” ou “CIDH”) recebeu uma petição apresentada por Thiago Cremasco, que posteriormente incluiu a Justiça Global como copeticionária (doravante, “peticionários”), contra o Brasil (doravante, “Brasil” ou “Estado”). A petição foi apresentada em representação de Luiza Melinho (doravante, “suposta vítima” ou “senhora Melinho”) cujos direitos humanos teriam sido supostamente violados pelo Estado em um processo relacionado com sua cirurgia de afirmação sexual.

2. Os peticionários sustentam que o Estado do Brasil violou os direitos humanos da suposta vítima ao lhe haver negado a realização de uma cirurgia de afirmação sexual através do sistema público de saúde e negado a pagar-lhe a realização da cirurgia em um hospital particular, pois isto a havia impedido de ter uma vida digna e havia posto em risco sua vida e integridade física. Além disso, os peticionários afirmam que o Estado violou os direitos da suposta vítima ao lhe haver negado acesso a recursos efetivos para garantir seus direitos. Por sua vez, o Estado assinala que a petição é inadmissível, pois os recursos internos não foram esgotados e porque não houve violações aos direitos protegidos pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante, “Convenção Americana” ou “Convenção”).

3. Sem prejudicar o mérito da denúncia, após analisar as posições das partes e em cumprimento dos requisitos previstos nos artigos 46 e 47 da Convenção Americana, a Comissão decide declarar o caso admissível para fins do exame sobre a suposta violação dos direitos consagrados nos artigos 5, 8, 11, 24, 25 e 26 da Convenção Americana em conexão com as obrigações estabelecidas nos artigos 1.1 e 2 a respeito da senhora Melinho. A Comissão decide também notificar esta decisão às partes, publicá-la e incluí-la em seu Relatório Anual à Assembleia Geral da OEA.

II. TRÂMITE ANTE A CIDH

4. A CIDH recebeu a petição em 26 de março de 2009 e em 27 de junho de 2014 transmitiu cópia das partes pertinentes ao Estado, concedendo-lhe um prazo de três meses para submeter suas observações, com base no artigo 30.3 de seu Regulamento. Em 27 de outubro de 2014 recebeu-se a resposta do Estado, que foi transmitida aos peticionários em 14 de novembro de 2014. Os peticionários apresentaram observações adicionais em 15 de dezembro de 2014. Por sua vez, o Estado remeteu observações adicionais em 13 de agosto de 2015. Estas comunicações foram devidamente transmitidas à parte contrária.

III. POSIÇÃO DAS PARTES

A. Posição dos peticionários

5. Os peticionários afirmam que a suposta vítima havia sofrido por muitos anos por não se identificar com seu sexo de nascimento e que havia chegado a tentar suicidar-se em 1997 e 1998. Segundo os peticionários, a suposta vítima considerava o procedimento cirúrgico de afirmação sexual como a única forma de garantir-lhe uma vida digna e assegurar-lhe o direito à vida e à integridade física. Afirmam, não obstante,

¹ O Comissário Paulo Vannuchi, cidadão brasileiro, não participou das deliberações nem da decisão relacionada com a presente petição, em conformidade com o artigo 17.2.a do Regulamento da Comissão. Além disso, o Comissário James L. Cavallaro não participou das deliberações nem da decisão relacionada com a presente petição, em conformidade com o previsto no artigo 17.2.b do Regulamento.

que, na busca por realizar essa cirurgia, os direitos humanos da suposta vítima teriam sido violados pelo Estado.

6. Os peticionários informam que no dia 10 de setembro de 1997 o Conselho Federal de Medicina do Brasil (doravante, “CFM-BR”) emitiu uma resolução regulamentando a realização de cirurgias de afirmação do sexo feminino no país. A resolução indicava que os hospitais universitários ou um “hospital público adequado à pesquisa médica” só poderiam realizar essas cirurgias quando a paciente: i) demonstrasse mal-estar com seu sexo “anatômico natural”; ii) expressasse o desejo de eliminar os genitais com os quais nasceu, perdendo as características primárias e secundárias de seu próprio sexo, e indicasse o desejo de obter os genitais do outro sexo; iii) padecesse deste “distúrbio” de forma contínua e consistente há pelo menos dois anos; iv) não fosse diagnosticada com “outros transtornos mentais”; v) fosse “diagnosticada como transexual”; vi) fosse maior de 21 anos; e vii) não possuísse características físicas impróprias para a realização da cirurgia. Além disso, a resolução do CFM-BR de 1997 estabelecia que a seleção de pacientes deveria ser realizada por uma equipe médica multidisciplinar, constituída de um médico psiquiatra, um cirurgião, um psicólogo e um assistente social, depois de supervisão médica conjunta.

7. Segundo os peticionários, em 8 de abril de 1998 o Hospital das Clínicas da Universidade Estadual de Campinas (doravante, “Hospital da UNICAMP”), um hospital público de pesquisa responsável por oferecer atenção médica de alta complexidade à comunidade, realizou sua primeira cirurgia de afirmação sexual. Alegam que depois dessa cirurgia o superintendente deste hospital havia dado declarações públicas afirmando que o hospital já havia diagnosticado outras seis pacientes que poderiam ser submetidas a esse procedimento cirúrgico e que o hospital realizaria um máximo de quatro cirurgias por ano.

8. Os peticionários afirmam que a senhora Melinho passou a receber atenção médica desse hospital a partir de fevereiro de 1997, data na qual foi internada no hospital em razão de sua primeira tentativa de suicídio. Afirmam, também, que a senhora Melinho passou a receber supervisão médica do Grupo Interdisciplinar de Estudos da Determinação e Diferenciação do Sexo (doravante, “GIEDS”) e fornecem relatórios médicos que indicam que no ano 2000 o hospital já havia confirmado que a senhora Melinho era uma transexual e em 2001 a encaminhou e admitiu no programa de afirmação sexual do Hospital da UNICAMP para que pudesse ser submetida a uma série de procedimentos médicos preparatórios para a cirurgia de afirmação sexual.

9. Nesse sentido, indicam que no dia 13 de março de 2001 a suposta vítima foi internada no Hospital da UNICAMP para modificar a estética de sua laringe. Não obstante, alegam que esta cirurgia foi cancelada em razão da ausência do médico anestesista que se encontrava em seu horário de almoço. Além disso, os peticionários indicam que, após este cancelamento, o hospital havia indicado que já não seguiria realizando cirurgias de afirmação sexual devido à sua complexidade e por não ter condições de manter a equipe multidisciplinar exigida pelo CFM-BR. Por isso, o hospital havia informado que a senhora Melinho teria que procurar outro hospital público para realizar sua cirurgia.

10. No entanto, os peticionários alegam que a senhora Melinho não tinha a possibilidade de procurar outro hospital público. Nesse sentido, indicam que somente cinco hospitais públicos em todo o país realizavam as cirurgias de afirmação sexual na época e que o hospital mais próximo, o Hospital das Clínicas da Universidade de São Paulo (doravante, “Hospital da USP”), não estava recebendo novas pacientes para este procedimento cirúrgico e não havia previsão de quando voltariam a selecionar novos pacientes. Ademais, este hospital se negava a utilizar os diagnósticos preparados por médicos do Hospital da UNICAMP e a senhora Melinho seria obrigada a reiniciar toda a supervisão médica, já realizada no Hospital da UNICAMP, com médicos da equipe multidisciplinar do Hospital da USP. Além disso, a realização de toda a supervisão médica neste hospital teria resultado em deslocamentos constantes da suposta vítima de Campinas a São Paulo durante ao menos dois anos, o que teria levado a um gasto muito elevado para a suposta vítima. Afirmam que, ante a impossibilidade de realizar a cirurgia no Hospital da UNICAMP ou em outro hospital público e a consequente deterioração de seu estado psicológico, a senhora Melinho mutilou seus genitais em janeiro de 2002.

11. Os petionários afirmam que em abril de 2002 a suposta vítima enviou uma notificação extrajudicial ao Hospital da UNICAMP solicitando que este realizasse sua cirurgia de afirmação sexual. Em resposta, o hospital afirmou que este só havia realizado uma cirurgia deste tipo em cumprimento a uma ordem judicial e que não havia prometido ou contemplado a realização dessas cirurgias em outras pacientes. Além disso, o hospital afirmou que o GIEDS, grupo do hospital que atendia a senhora Melinho, só tinha a função de ajudar a diagnosticar um possível “transtorno de identidade”. Segundo os petionários, o hospital informou que o GIEDS não realizava as funções da equipe multidisciplinar mencionada na resolução do CFM-BR de 1997 e que o hospital não contaria com uma equipe com estas características. Nesse sentido, apesar de contar com os profissionais exigidos, o hospital afirmou que não contava com uma equipe que atuasse de forma conjunta e integrada tal como exigia a resolução.

12. Acrescentam que, após esta notificação, em 6 de maio de 2002, uma médica psiquiatra do hospital, responsável pela atenção médica à suposta vítima, enviou uma carta à Comissão de Ética Médica e Direção Clínica do Hospital da UNICAMP solicitando que o hospital, que tinha as condições técnicas e humanas necessárias, ajudasse todas as pacientes que se encontravam na mesma condição da senhora Melinho a concretizar seu desejo de realizar a cirurgia de afirmação sexual. Em sua carta, a médica informou ao hospital o intenso sofrimento destas pessoas e sua impossibilidade de procurar outro hospital público.

13. Os petionários informam que, no dia 6 de novembro de 2002, o CFM-BR emitiu nova resolução modificando a regulamentação das cirurgias de afirmação sexual. Segundo os petionários, a resolução do CFM-BR de 2002 era idêntica à anterior com exceção de que a nova resolução: i) passou a autorizar a realização de cirurgias de afirmação do sexo feminino em hospitais públicos e privados que não se dedicavam à pesquisa; e ii) autorizou pela primeira vez a realização de cirurgias de afirmação do sexo masculino em hospitais públicos de pesquisa.

14. Em 8 de novembro de 2002 a suposta vítima apresentou uma demanda contra a Universidade Estadual de Campinas, com base na Constituição Federal do Brasil e diferentes tratados internacionais em matéria de direitos humanos, alegando que o hospital havia gerado a expectativa de que este realizaria sua cirurgia de afirmação sexual e o poder judiciário deveria lhe ordenar a realizá-la ou a pagar por sua realização em um hospital privado. Segundo os petionários, o hospital havia gerado esta expectativa em razão: i) das declarações públicas de que o hospital realizaria um máximo de quatro cirurgias de afirmação sexual por ano; ii) da intensa supervisão médica dedicada à suposta vítima durante mais de cinco anos; e iii) do relatório elaborado por médicos deste hospital que autorizavam a senhora Melinho à avaliação e realização da cirurgia de afirmação sexual. Além disso, a suposta vítima solicitou indenização por danos morais resultantes da frustração sofrida pela negativa do hospital de realizar sua cirurgia. A suposta vítima solicitou que o Ministério Público fosse intimado a participar no processo de ação e garantia da atenção médica integral às pessoas trans, incluindo a realização de cirurgias de afirmação sexual.

15. Devido ao seu estado psicológico e aos riscos à sua saúde representados por uma possível demora na tramitação do processo, a suposta vítima solicitou a antecipação de tutela para que o hospital fosse compelido a realizar a cirurgia de forma urgente ou a pagar por sua realização em um hospital privado. Os petionários indicam que o pedido de tutela antecipada foi rejeitado em 14 de outubro de 2003 por ser “premature, em especial pela própria irreversibilidade de seus resultados que não justificam os riscos de um julgamento sumário”.

16. Os petionários afirmam que o raciocínio da decisão demonstra que não havia no ordenamento jurídico brasileiro um recurso efetivo para garantir a realização de uma cirurgia de afirmação sexual de forma urgente. Os petionários sustentam que o próprio Estado reconhece a inexistência de recursos efetivos para obter a realização de uma cirurgia de afirmação sexual de forma imediata e urgente. Sustentam também que a natureza da decisão de submeter alguém a uma cirurgia, que dependeria de uma determinação médica nesse sentido, impediria que o poder judicial obrigue um hospital a realizar uma cirurgia no caso de uma decisão médica e técnica contrária.

17. Os petionários indicam que, após a rejeição do pedido de antecipação de tutela, o processo seguiu seu curso e a juíza encarregada do caso enviou um ofício ao CFM-BR indagando se o Hospital da

UNICAMP em algum momento esteve registrado para realizar cirurgias de afirmação sexual e se esse registro seria requisito indispensável para que um hospital pudesse realizar essas cirurgias. Em resposta, o CFM-BR informou que nenhum hospital necessitaria de registro prévio ou autorização para realizar uma cirurgia de afirmação sexual; bastaria que o hospital cumprisse os requisitos estabelecidos nas resoluções do CFM-BR.

18. Os peticionários indicam que a juíza também enviou um ofício ao Hospital da USP para indagar sobre a possibilidade de que este hospital realizasse a cirurgia de afirmação sexual da senhora Melinho. Indicam que em sua resposta o hospital informou possuir a equipe multidisciplinar exigida pela resolução do CFM-BR de 2002, mas que, naquele momento, não estava recebendo novos pacientes devido ao grande número de pessoas que já estavam aguardando sua cirurgia e pelo fato de o hospital se encontrar em reforma. Além disso, o hospital informou à juíza que não poderia utilizar os diagnósticos elaborados por médicos de outras instituições. Por esse motivo, um novo paciente, antes de realizar sua cirurgia, teria que se submeter à supervisão médica com profissionais desse hospital durante um mínimo de dois anos. Ademais, o hospital indicou que não existia um prazo para a reabertura do processo de seleção de novos pacientes.

19. No dia 9 de novembro de 2004 o Ministério Público apresentou um documento indicando entender que sua participação no processo não era necessária, já que não se tratava de um processo de retificação de registro civil. Segundo os peticionários, o Ministério Público havia tirado cópia do processo do caso para que se pudesse estudar a adoção de outras medidas, mas este órgão nunca atuou para garantir que o Hospital da UNICAMP oferecesse atenção médica integral às pessoas trans. Alegam também que o Ministério Público foi omissos em sua obrigação de assegurar os direitos difusos e coletivos das pessoas trans.

20. Ante as respostas proporcionadas por estas entidades, os peticionários assinalam que em março de 2005 a suposta vítima reiterou seu pedido de que a cirurgia fosse realizada de forma imediata, mas o tribunal nem sequer se manifestou a respeito desta solicitação. Os peticionários afirmam que, ante a impossibilidade de buscar outro hospital público para realizar sua cirurgia, ante a impossibilidade de obter uma resolução satisfatória pela via judicial e em razão da demora na tramitação do processo, em setembro de 2005 a suposta vítima não teve outra alternativa para garantir sua dignidade senão endividar-se para pagar a cirurgia de afirmação sexual em um hospital particular. Segundo os peticionários, a cirurgia foi realizada com base nos diagnósticos médicos elaborados pelo Hospital da UNICAMP. Os peticionários indicam que, depois dessa cirurgia, a suposta vítima começou a viver de forma digna e saudável e conseguiu retificar seu registro civil através de um processo judicial que teve a duração de pouco mais de um ano.

21. Segundo os peticionários, no dia 8 de fevereiro de 2006, o tribunal de primeira instância emitiu sentença contra a suposta vítima. A decisão afirma que não caberia impor ao Hospital da UNICAMP, através da via judicial, a obrigação de realizar a cirurgia de afirmação sexual da suposta vítima ante a complexidade do procedimento e por encontrar-se encerrado o processo de seleção de novos pacientes para este tipo de procedimento nesse hospital. Além disso, afirma que, não obstante a obrigação de se submeter a uma supervisão médica contínua e consistente, a senhora Melinho faltou a diversas consultas médicas. Também afirma que a senhora Melinho podia ter procurado outro hospital, mas decidiu não fazê-lo por motivos pessoais. A sentença conclui que não houve omissão ou atraso na atenção médica oferecida à senhora Melinho pelo Hospital da UNICAMP, já que não havia um contrato que estabelecesse a obrigação do hospital de realizar sua cirurgia. Nesse sentido, segundo o tribunal, a senhora Melinho tinha uma mera expectativa de direito. Ao não encontrar a existência de um ato ilícito cometido pelo hospital, o tribunal de primeira instância determinou que não havia motivos para indenizar a senhora Melinho por danos ou pelos gastos da cirurgia que havia sido realizada numa clínica privada.

22. Os peticionários indicam que em 27 de abril de 2006 a suposta vítima apelou desta decisão ante o Tribunal de Justiça de São Paulo (doravante “TJSP”). Indicam também que, enquanto seu recurso se encontrava pendente, em 23 de agosto de 2007 o Tribunal Regional Federal Nº4 (doravante, “TRF-4”) emitiu uma decisão de alcance nacional incluindo o procedimento de afirmação sexual como um dos procedimentos cirúrgicos que deveriam ser proporcionados pelo sistema público de saúde. Os peticionários assinalam que, apesar desta decisão, o TJSP negou o recurso da senhora Melinho no dia 9 de junho de 2008. Os peticionários entregam uma cópia desta decisão para demonstrar que o TJSP copiou *verbatim* o argumento da decisão de primeira instância e acrescentou um parágrafo de seu próprio argumento afirmando: i) ainda que se

admitisse que o Hospital da UNICAMP teria autorizado a senhora Melinho para a realização de sua cirurgia, tal circunstância não asseguraria à paciente o direito de que se realizasse a cirurgia; ii) a mera expectativa de um direito não constitui motivos suficientes para uma indenização quando essa expectativa se vê frustrada; e iii) os óbices assinalados pelo hospital são suficientes para exonerá-lo de qualquer responsabilidade pela não realização da cirurgia.

23. Ante o exposto anteriormente, os peticionários alegam que a suposta vítima não teve acesso a recursos efetivos para garantir seus direitos. Além disso, controvertendo a posição do Estado, os peticionários indicam que a suposta vítima não tinha que recorrer da decisão de segunda instância através da apresentação de recursos especial e extraordinário ante o Superior Tribunal de Justiça (doravante, “STJ”) e o Supremo Tribunal Federal (doravante, “STF”), respectivamente, por tratar-se de recursos excepcionais, muito restritivos e que não seriam efetivos. Indicam também que o processo interno não teve uma duração razoável.

24. Os peticionários também assinalam que, não obstante alguns avanços alcançados a respeito dos direitos das pessoas LGBT no Brasil, a situação das pessoas trans continua sendo preocupante e os serviços oferecidos precários. Nesse sentido, os peticionários indicam que, de 2008 a 2013, 486 pessoas trans foram assassinadas no país e que o Estado nunca investiu em campanhas de respeito e prevenção de violência contra pessoas trans. Ademais, informam que os únicos esforços do Estado para melhorar a situação das pessoas trans se concentraram no processo de afirmação sexual e que isto tampouco foi feito de forma satisfatória, já que pouco mais de 100 cirurgias foram realizadas no país desde 1998 e somente cinco hospitais públicos realizam este procedimento cirúrgico. Os peticionários também sustentam que as limitações impostas ao acesso das pessoas trans à saúde é uma forma de discriminação. Além disso, sustentam que a falta de regulamentação do processo de retificação do registro civil das pessoas trans resulta na necessidade de se submeter a um longo processo judicial para retificar documentos no país, o que em si poderia configurar uma violação e gera grande frustração e sofrimento para as pessoas trans.

25. Os peticionários também sustentam que todas as pessoas trans que procuraram o Hospital da UNICAMP para realizar sua cirurgia de afirmação sexual e tiveram sua pretensão frustrada também tiveram seus direitos violados.

26. Com base no exposto anteriormente, os peticionários alegam que o Estado violou os direitos reconhecidos nos artigos 1, 4, 5, 8, 11 e 25 da Convenção Americana, prejudicando a senhora Melinho e outras pessoas trans que procuraram o Hospital da UNICAMP para realizar o procedimento de afirmação sexual.

B. Posição do Estado

27. O Estado sustenta que a suposta vítima não esgotou os recursos internos, dado que não recorreu da decisão de segunda instância do TJSP. Segundo o Estado, a legislação brasileira exige a apresentação de recursos ante o STJ e STF quando o litígio se baseia em leis federais, tratados internacionais ou na Constituição Federal, situação na qual se encontrava a senhora Melinho. Além disso, o Estado alega que ambos os recursos poderiam ter garantido a pretensão da suposta vítima de maneira efetiva, já que o direito de realizar a cirurgia de afirmação sexual através do sistema de saúde pública foi reconhecido em uma sentença do TRF-4 em 2007, o que resultou em reforma do sistema público de acolhida e atenção à saúde das pessoas trans e de outros integrantes da comunidade LGBT. Ante o exposto anteriormente, o Estado conclui que a suposta vítima, apesar de ter acesso a recursos efetivos que poderiam satisfazer suas pretensões, decidiu não esgotá-los e agora recorre à CIDH como quarta instância.

28. Com relação aos recursos apresentados, o Estado indica que estes respeitaram o devido processo legal e que a suposta vítima teve a oportunidade de apresentar provas e de assistir a audiências. Além disso, o Estado afirma que o processo teve uma duração razoável.

29. O Estado também sustenta que os fatos narrados não constituem violações a direitos protegidos pela Convenção Americana. Primeiramente, o Estado considera que as supostas violações narradas pelos peticionários estariam subsumidas em uma possível violação ao direito à saúde protegido pelo artigo 10 do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos

Econômicos, Sociais e Culturais (doravante, “Protocolo de São Salvador”) e afirma que a Comissão não tem competência para analisar uma suposta violação deste artigo através de petições individuais.

30. Ademais, o Estado afirma que a supervisão médica oferecida à senhora Melinho pelo Hospital da UNICAMP tinha, primordialmente, um caráter de supervisão psicológica. Nesse sentido, indica que a senhora Melinho foi atendida inicialmente neste hospital em 1997 após uma tentativa de suicídio e seguia sob monitoramento dos profissionais deste hospital até a data do pedido do Estado, em 27 de outubro de 2014. Segundo o Estado, durante estes anos de supervisão médica, o hospital sempre informou à senhora Melinho que não realizava cirurgias de afirmação sexual e nunca lhe havia prometido ou indicado que realizaria a sua cirurgia. Indica, nesse sentido, que em maio de 2001 a Diretora Clínica do Hospital da UNICAMP informou à senhora Melinho que a cirurgia de afirmação sexual, por sua complexidade e devido à falta de profissionais adequados, não poderia ser realizada pelo hospital. Ante o exposto anteriormente, o Estado assinala que a senhora Melinho tinha a mera expectativa de que a cirurgia fosse realizada neste hospital.

31. O Estado também indica que, segundo o Ministério da Saúde, o fato de que alguns hospitais oferecem supervisão e atenção psicológica prévios a uma cirurgia de afirmação sexual não significa, necessariamente, que deveriam realizar essas cirurgias. O Estado afirma que o Hospital da UNICAMP encontrava-se nesta situação e informou à senhora Melinho que não seria possível realizar sua cirurgia de afirmação sexual por não poder lhe oferecer supervisão médica multidisciplinar e conjunta durante o período estabelecido em ambas as resoluções do CFM-BR. Não obstante, o Estado indica que a não realização da cirurgia de afirmação sexual no Hospital da UNICAMP não violou os direitos da senhora Melinho, já que ela sempre havia sido orientada a buscar outro hospital público adequado para realizar sua cirurgia, mas teria decidido não fazê-lo por não querer reiniciar a supervisão médica por um período de dois anos em outro hospital, conforme era exigido por ambas as resoluções do CFM-BR.

32. Ademais, o Estado afirma que o sistema de saúde pública brasileiro proporciona atenção médica adequada às pessoas trans e que a cirurgia de afirmação sexual é apenas um de seus componentes. O Estado também menciona que o sistema de saúde público passou por diversas reformas para proporcionar uma melhor atenção médica às pessoas trans e demais pessoas LGBT desde 2009.

33. Em conclusão, o Estado sustenta que, em função da falta de esgotamento dos recursos internos e a não existência de violações à Convenção Americana, a petição é inadmissível e solicita à Comissão Interamericana que assim a declare.

IV. ANÁLISE SOBRE COMPETÊNCIA E ADMISSIBILIDADE

A. Competência

34. Os peticionários se encontram facultados, em princípio, pelo artigo 44 da Convenção Americana para apresentar petições ante a Comissão. A petição assinala como supostas vítimas pessoas individualizáveis, a respeito das quais o Estado do Brasil se comprometeu a respeitar e garantir os direitos consagrados na Convenção Americana. No que diz respeito ao Estado, a Comissão indica que o Brasil é um Estado parte na Convenção Americana desde 25 de setembro de 1992, data na qual depositou seu instrumento de ratificação. Portanto, a Comissão tem competência *ratione personae* para examinar a petição.

35. A Comissão tem competência *ratione loci* para conhecer a petição, já que nela se alegam violações de direitos protegidos na Convenção Americana que teriam ocorrido dentro do território do Brasil, Estado Parte nesse tratado. A Comissão tem competência *ratione temporis*, pois a obrigação de respeitar e garantir os direitos protegidos na Convenção Americana já se encontrava em vigor para o Estado na data em que teriam ocorrido os fatos alegados na petição.

36. Finalmente, a respeito da competência *ratione materiae*, os peticionários alegam supostas violações a direitos humanos protegidos pela Convenção Americana, motivo pelo qual a Comissão tem

competência *ratione materiae* para analisar as supostas violações alegadas pelos peticionários através do sistema de petições individuais.

B. Requisitos de Admissibilidade

1. Esgotamento dos recursos internos

37. O artigo 46.1.a da Convenção Americana exige o prévio esgotamento dos recursos disponíveis na jurisdição interna conforme os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos, como requisito para a admissão de queixas sobre a suposta violação da Convenção Americana. Este requisito tem como objetivo permitir que as autoridades nacionais tomem conhecimento da suposta violação de um direito protegido e, sendo apropriado, solucionem a situação antes que seja submetida a uma instância internacional. O artigo 46.2 da Convenção prevê que o requisito de prévio esgotamento dos recursos internos não é aplicável quando (i) não existe na legislação interna do Estado o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alega terem sido violados; (ii) não se permite ao suposto lesado em seus direitos o acesso aos recursos para a jurisdição interna, ou tenha sido impedido de esgotá-los; ou (iii) haja atraso injustificado na decisão sobre os mencionados recursos.

38. Os peticionários sustentam que a via judicial não foi efetiva para assegurar à senhora Melinho a realização de sua cirurgia. Além disso, sustentam que houve um atraso injustificado na tramitação do processo interno. No entanto, igualmente sustentam que os recursos internos foram esgotados com a decisão de segunda instância e que não seria necessário interpor recursos extraordinários em tribunais superiores. Por sua vez, o Estado assinala que o processo teve uma duração razoável e indica que a interposição de recursos ante o STJ e STF seria necessária para esgotar os recursos internos. Também indica que estes recursos teriam sido eficazes para satisfazer a pretensão da suposta vítima, já que uma decisão do TRF-4 havia estabelecido a obrigação do Estado de oferecer cirurgias de afirmação sexual através do sistema público de saúde.

39. A CIDH observa que a demanda judicial interposta pela suposta vítima solicitava que o Estado realizasse sua cirurgia em um hospital público ou pagasse por sua realização em outro hospital, bem como solicitava indenização por danos sofridos em razão da negativa do Hospital da UNICAMP em realizar sua cirurgia. A CIDH também observa que o fato de que a suposta vítima optou por realizar sua cirurgia em um hospital privado em setembro de 2005 não pôs fim ao processo interno, que continuou com o objetivo de obter o reembolso pelos gastos desta cirurgia, bem como indenização pelos supostos danos sofridos. Nesse sentido, uma decisão de primeira instância foi emitida em 8 de fevereiro de 2006 e uma decisão de segunda instância em 9 de junho de 2008.

40. A CIDH toma nota da alegação do Estado sobre a necessidade da interposição dos recursos especial e extraordinário ante o STJ e STF para esgotar os recursos internos. No entanto, a CIDH observa que, até a data da decisão do TJSP, o processo já tinha uma duração de quase seis anos. Em razão das circunstâncias do caso, a CIDH considera que houve um atraso injustificado na tramitação do processo interno e que não seria razoável exigir a interposição de recursos extraordinários a tribunais superiores. Portanto, a Comissão conclui que no presente caso se aplica a exceção ao esgotamento dos recursos internos prevista no artigo 46.2.c da Convenção Americana no que diz respeito às pretensões da senhora Melinho.

41. O artigo 46.2 da Convenção Americana, por sua natureza e objetivo, é uma norma com conteúdo autônomo *vis a vis* as normas substantivas da Convenção. Portanto, a determinação de se as exceções à regra do esgotamento dos recursos internos previstas nessa norma seriam aplicáveis ao caso em questão deve ser efetuada de maneira prévia e separada da análise do mérito, já que depende de um padrão de apreciação distinto daquele utilizado para determinar a violação dos artigos 8 e 25 da Convenção. Cabe esclarecer que as causas e os efeitos que impediram o esgotamento dos recursos internos no presente caso

serão analisados, no que for pertinente, no relatório que a Comissão adotar sobre o mérito da controvérsia, a fim de constatar se efetivamente configuram violações à Convenção².

42. Por outro lado, a CIDH toma nota das alegações dos peticionários sobre as demais pessoas que procuraram o Hospital da UNICAMP para se submeter ao procedimento cirúrgico de afirmação sexual e tiveram sua pretensão frustrada; pessoas referidas pelos peticionários como supostas vítimas em suas alegações. A esse respeito, a CIDH considera que os peticionários não proporcionam informação específica sobre sua situação e tampouco sobre as gestões realizadas por estas pessoas e sobre sua situação atual, motivo pelo qual não é possível determinar o esgotamento de recursos internos por parte destas pessoas ou a aplicação de exceções.

2. Prazo de apresentação da petição

43. Na reclamação em análise, a CIDH estabeleceu a aplicação da exceção ao esgotamento dos recursos internos conforme o artigo 46.2.c da Convenção Americana. Ao respeito, o artigo 32.2 do Regulamento da Comissão estabelece que, nos casos em que se apliquem as exceções ao prévio esgotamento dos recursos internos, a petição deverá ser apresentada dentro de um prazo razoável, a critério da Comissão. Para tanto, a Comissão deve considerar a data em que tenha ocorrido a suposta violação dos direitos e as circunstâncias de cada caso.

44. A Comissão observa que a senhora Melinho tinha a pretensão de que o Estado realizasse a sua cirurgia de afirmação sexual através do sistema de saúde pública ou a reembolsasse pelos gastos da cirurgia em um hospital privado, bem como a indenizasse por supostos danos morais. Os fatos do caso indicam que a senhora Melinho tentava concretizar suas pretensões desde que o Hospital da UNICAMP realizou uma cirurgia de afirmação sexual em outra paciente em 1998. A Comissão também observa que até a presente data a senhora Melinho não conseguiu concretizar suas pretensões. Portanto, tendo em vista o contexto e as características do presente caso, a Comissão considera que a petição foi apresentada dentro de um prazo razoável e que deve dar-se por satisfeito o requisito de admissibilidade referente ao prazo de apresentação.

3. Duplicação de procedimentos e coisa julgada internacional

45. Não surge do processo que a matéria da petição se encontre pendente de outro procedimento internacional, nem que reproduza uma petição já examinada por este ou outro órgão internacional. Portanto, corresponde dar por cumpridos os requisitos estabelecidos nos artigos 46.1.c e 47.d da Convenção.

4. Caracterização dos fatos alegados

46. Para fins de admissibilidade, a Comissão deve decidir se os fatos alegados podem ser caracterizados como uma violação de direitos, conforme estipulado no artigo 47.b da Convenção Americana, ou se a petição é "manifestamente infundada" ou é "evidente sua total improcedência", conforme o inciso (c) desse artigo. O critério para analisar a admissibilidade difere do utilizado para a análise do mérito da petição, dado que a Comissão só realiza uma análise *prima facie* para determinar se os peticionários estabelecem a aparente ou possível violação de um direito garantido pela Convenção Americana. Trata-se de uma análise sumária que não implica prejudicar ou emitir uma opinião preliminar sobre o mérito do assunto.

47. Além disso, nem a Convenção Americana nem o Regulamento da CIDH exigem que o peticionário identifique os direitos específicos que teriam sido violados pelo Estado no assunto submetido à Comissão, embora os peticionários possam fazê-lo. Corresponde à Comissão, com base na jurisprudência do sistema, determinar em seus relatórios de admissibilidade que disposição dos instrumentos interamericanos

² CIDH, Relatório Nº 48/15, Petição 79-06. Admissibilidade. Povo Yaqui. México. 28 de julho de 2015, par. 56.

relevantes seria aplicável e se poderia estabelecer sua violação se os fatos alegados forem comprovados mediante elementos suficientes.

48. Os peticionários afirmam que a negativa do Estado de realizar a cirurgia de afirmação sexual da senhora Melinho em um hospital público, a negativa de reembolsá-la pelos gastos da cirurgia que foi realizada em um hospital privado e a negativa de conceder-lhe uma indenização por supostos danos morais constituiriam violações dos artigos 1, 4, 5, 8, 11, 24 e 25 da Convenção Americana em prejuízo da senhora Melinho. Por sua vez, o Estado manifesta que nos fatos narrados pelos peticionários não se vislumbram violações a direitos protegidos pela Convenção Americana e que o sistema público de saúde proporciona atenção médica adequada às pessoas trans.

49. A jurisprudência do sistema interamericano já estabeleceu que a orientação sexual, a identidade de gênero e a não discriminação por motivos de gênero são componentes fundamentais da vida privada das pessoas. O direito à vida privada garante esferas da intimidade que o Estado ou ninguém pode invadir, tais como a capacidade para desenvolver a própria personalidade e aspirações e determinar sua própria identidade, bem como campos de atividade das pessoas que são próprios e autônomos de cada um, tais como suas decisões, suas relações interpessoais e familiares e seu domicílio³.

50. A Comissão observa que o Hospital da UNICAMP passou a proporcionar atenção médica à senhora Melinho em 1997 depois de sua primeira tentativa de suicídio e que o hospital se negou a realizar a cirurgia de afirmação sexual da suposta vítima em razão de não cumprir os requisitos estabelecidos nas resoluções do Conselho Federal de Medicina do Brasil. Segundo o Estado, o hospital não teria a possibilidade de realizar a cirurgia de afirmação sexual da senhora Melinho por não contar com uma equipe médica multidisciplinar que pudesse realizar a supervisão médica conjunta e contínua da suposta vítima durante um mínimo de dois anos, tal como exigido pelo Conselho Federal de Medicina do Brasil.

51. A CIDH também observa que os tribunais internos indeferiram a demanda e recursos interpostos pela senhora Melinho por entender, em parte, que ela tinha a possibilidade de recorrer a outro hospital público, especificamente o Hospital da USP, e que ela não o fez por “motivos pessoais”. Contudo, ofícios deste hospital indicam, *prima facie*, que o hospital não poderia realizar a cirurgia da senhora Melinho, pois não estava aceitando novos pacientes para este procedimento cirúrgico e tampouco havia uma previsão de quando voltariam a aceitar novos pacientes.

52. Ademais, a CIDH observa que “os motivos pessoais” referidos pelo Estado e mencionados nas decisões internas seriam a suposta falta de vontade da senhora Melinho de submeter-se a uma supervisão médica contínua durante um período mínimo de dois anos com uma equipe multidisciplinar do Hospital da USP. Contudo, conforme mencionado anteriormente, a senhora Melinho afirma ter realizado sua cirurgia de afirmação sexual em um hospital privado com base nos diagnósticos elaborados por médicos do Hospital da UNICAMP e o Estado não indicou que existia uma obrigação legal do Hospital da USP de reiniciar todo o período de supervisão médica.

53. Além disso, a CIDH observa que a resolução do CFM-BR estabelece que a supervisão médica deve ser efetuada durante um mínimo de dois anos, sem estabelecer um prazo máximo para esta supervisão e sem permitir que o prazo seja mais curto em circunstâncias particulares. Nesse sentido, a CIDH assinala que no caso *Schlumpf v. Suíça* o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (doravante, “TEDH”), ao analisar a imposição de prazos objetivos para a realização de uma cirurgia de afirmação sexual sem ater-se às circunstâncias individuais de cada caso, afirmou que a imposição desses prazos pode levar a uma violação ao direito à vida privada⁴.

³ CIDH, Relatório No. 4/01, Maria Eugenia Morales de Sierra (Guatemala), 19 de janeiro de 2001, parágrafo 47 e CIDH, Relatório No. 38/96, X e Y (Argentina), 15 de outubro de 1996, parágrafo 91. Veja também, Corte IDH, Caso Atala Riffo e Niñas vs. Chile, Sentença de 24 de fevereiro de 2012 (Mérito, Reparações e Custas), parágrafos 84, 85, 91-93.

⁴ TEDH, *Affaire Schlumpf c. Suisse*. Requête n° 29002/06. Arrêt Définitif, 5 de junho de 2009, parágrafos 111-115. Em *Schlumpf v. Suíça*, o TEDH analisou a situação de um senhor de 67 anos de idade que queria realizar uma cirurgia de afirmação sexual depois de ter obtido diagnósticos médicos favoráveis à realização da cirurgia. O Tribunal assinalou que a legislação aplicável exigia uma supervisão [continua ...]

54. No presente caso, ao afirmar que a suposta vítima podia ter recorrido a outro hospital público e que não o fez por não querer reiniciar o período de supervisão médica de dois anos, os tribunais internos parecem, *prima facie*, não ter levado em conta as circunstâncias individuais da suposta vítima.

55. Ante o exposto anteriormente e tendo em vista os elementos de fato e de direito apresentados pelas partes e a natureza do assunto levado ao seu conhecimento, a CIDH considera que, se forem comprovados, os fatos alegados poderiam caracterizar possíveis violações aos direitos protegidos nos artigos 5 (direito à integridade pessoal), 8 (garantias judiciais), 11 (proteção da honra e da dignidade), 24 (igualdade perante a lei) e 25 (proteção judicial) da Convenção Americana, em concordância com os artigos 1.1 e 2 desse tratado.

56. Ademais, na etapa de mérito a CIDH decidirá se os fatos alegados, se forem comprovados, poderiam caracterizar uma violação ao artigo 26 (desenvolvimento progressivo) da Convenção Americana.

57. Por outro lado, quanto à reclamação do peticionário sobre a suposta violação do artigo 4 (direito à vida) da Convenção Americana, a Comissão observa que o peticionário não oferece alegação ou sustentação suficiente para esta suposta violação, motivo pelo qual não cabe declarar essa pretensão admissível.

V. CONCLUSÕES

58. Com fundamento nas considerações de fato e de direito expostas, a Comissão Interamericana conclui que a presente petição satisfaz os requisitos de admissibilidade enunciados nos artigos 46 e 47 da Convenção Americana e, sem prejudicar o mérito do assunto,

A COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

DECIDE:

1. Declarar admissível a presente petição com relação aos artigos 5, 8, 11, 24, 25 e 26 da Convenção Americana em conexão com as obrigações estabelecidas nos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento a respeito da senhora Melinho;

2. Declarar inadmissível a presente petição com relação ao artigo 4 da Convenção Americana a respeito da senhora Melinho;

3. Declarar inadmissível a presente petição com relação ao grupo de pessoas trans não identificadas que recorreram ao Hospital da UNICAMP para submeter-se ao procedimento de afirmação sexual;

4. Notificar às partes a presente decisão;

5. Continuar com a análise do mérito da questão; e

6. Publicar esta decisão e incluí-la em seu Relatório Anual à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos.

[... continuação]

médica durante dois anos e concluiu que as autoridades nacionais deveriam ter levado em conta as opiniões dos peritos para considerar se era apropriado admitir uma exceção à regra de dois anos, sobretudo em função da idade relativamente avançada do solicitante e o interesse em que se submetesse a uma cirurgia em um curto tempo. Nesse sentido, este tribunal afirmou que o respeito à vida privada requer a inclusão das realidades médicas, biológicas e psicológicas, expressadas inequivocamente pela opinião de um perito médico para evitar uma aplicação mecânica de um período de tempo.

Assinado na cidade de Washington, D.C., aos 16 dias do mês de abril de 2016. (Assinaturas): José de Jesús Orozco Henríquez, Francisco José Eguiguren, Primeiro Vice-Presidente; Margarete May Macaulay, Segunda Vice-Presidenta; José de Jesús Orozco Henríquez, Esmeralda E. Arosema Bernal de Troitiño e Enrique Gil Botero, Membros da Comissão.