TEMA CENTRAL: O CRITÉRIO CONSTITUCIONAL PARA A DEFINIÇÃO DO ESTABELECIMENTO ONDE, COM O MÍNIMO RESPEITO ÀS SUAS AUTONOMIAS E ÀS SUAS IDENTIDADES DE GÊNERO, TRANSEXUAIS DO GÊNERO FEMININO E TRAVESTIS IDENTIFICADAS SOCIALMENTE COM O GÊNERO FEMININO CUMPRIRÃO SUAS PENAS

- O cabimento da ADPF 527 (art. 102, § 1º da CF) e a opção institucional do STF por ouvir as legítimas forças da comunidade que requerem à Suprema Corte o gozo de direitos fundamentais (art. 103, IX da CF)

– A dignidade humana (art. 1º, III da CF) como pilar constitucional que veda uma postura estatal indiferente à dor e ao sofrimento dos hipervulneráveis

- A ressignificação do termo "sexo" como critério constitucional de definição do estabelecimento onde se cumprirá a pena (art. 5º, XLVIII da CF)

- Os direitos da diversidade no constitucionalismo sul-africano[1]: *a luta continua*

Natureza do estudo: parecer jurídico

Consulente: Dr. José Sousa de Lima

Parecerista: Prof. Dr. Saul Tourinho Leal

---

[1] Este parecer, *pro bono*, homenageia Edwin Cameron, juiz da Corte Constitucional da África do Sul, cuja coragem para falar sobre sua homossexualidade e condição de soropositivo ajudou a combater estigmas naquele país e no continente. Honrando a sua coragem, o presente estudo abraça a filosofia africana *Ubuntu*, que celebra a interconectividade entre todos os seres humanos. "Eu sou, porque você é", diz a filosofia.

Parecer Jurídico

Sumário: 1. Quadro factual-jurídico subjacente à consulta e quesitos; 2. "Diversidade é ouvir". Entidades nacionais de defesa dos direitos fundamentais de minorias são bem-vindas no STF. A legitimidade da ABGLT; 3. O exitoso percurso da ADPF como instrumento da jurisdição constitucional capaz de sanar o descumprimento de preceitos fundamentais de modo imediato, amplo e definitivo; 4. A dignidade das transexuais do gênero feminino e das travestis identificadas socialmente com o gênero feminino. O direito de, mesmo em cárcere, verem-se livres da dor e do sofrimento; 5. Fundamentos constitucionais para a procedência da ADPF 527; 6. Hipervulnerabilidade: transexuais do gênero feminino e travestis identificadas socialmente com o gênero feminino, encarceradas, reivindicando direitos no âmbito do "estado de coisas inconstitucional"; 7. A jurisprudência da diversidade: porque *a luta continua*; 8. Respostas aos quesitos; 9. FECHO.

1. Quadro factual-jurídico subjacente à consulta e quesitos

1.1 A Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos - ABGLT ajuizou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 527 (ADPF 527), de relatoria do min. Roberto Barroso, no Supremo Tribunal Federal, indicando como preceitos constitucionais fundamentais descumpridos a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a proibição ao tratamento degradante e/ou desumano (art. 5º, III) e o direito à saúde (art. 196).

1.2. O fundamento da controvérsia é a aplicação dos arts. 3º, § §1º e 2º e 4º, parágrafo único, da Resolução Conjunta do Conselho Nacional de Políticas Criminais e Penitenciárias e do Conselho Nacional de Combate à Discriminação nº 1/2014[2] (Resolução Conjunta 1/2014)[3], que diz o seguinte:

> "Art. 3º - Às travestis e aos gays privados de liberdade em unidades prisionais masculinas, considerando a sua segurança e especial vulnerabilidade, deverão ser oferecidos espaços de vivência específicos.
> § 1º - Os espaços para essa população não devem se destinar à aplicação de medida disciplinar ou de qualquer método coercitivo.
> § 2º - A transferência da pessoa presa para o espaço de vivência específico ficará condicionada à sua expressa manifestação de vontade.
>
> Art. 4º - As pessoas transexuais masculinas e femininas devem ser encaminhadas para as unidades prisionais femininas.
> Parágrafo único - Às mulheres transexuais deverá ser garantido tratamento isonômico ao das demais mulheres em privação de liberdade."

---

[2] Publicada no DOU de 17/4/2014 (nº 74, Seção 1, pag. 1).
[3] O Conselho Nacional de Combate à Discriminação - CNCD foi criado pelo Decreto nº 3.952/2001, pelo Ministério da Justiça, para a formulação e proposição de diretrizes de atuação governamental voltadas para o combate à discriminação e para a promoção e defesa dos direitos. Ao conselho compete participar na elaboração de critérios e parâmetros de ação governamental, assim como compete a revisão e monitoramento de ações, prioridades, prazos e metas do Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais - PNLGBT. Compõe-se paritariamente por 30 membros do poder público e da sociedade civil.

1.3. A Resolução tem sido aplicada divergentemente[4].

1.4. No STF, o min. Roberto Barroso, apreciando o Habeas Corpus nº 152.491 (DJe 20/2/2018), em favor de Pedro Henrique Oliveira Polo (nome social Laís Fernanda) e o corréu Luiz Paulo Porto Ferreira (nome social Maria Eduarda), decidiu: "a notícia de que o paciente e o corréu foram incluídos em estabelecimento prisional incompatível com as respectivas orientações sexuais autoriza a concessão da ordem de ofício", na linha da Resolução Conjunta 1/2014 e da Resolução SAP nº 11/2014, do Estado de São Paulo.

1.5. Laís Fernanda e Maria Eduarda estavam presas na penitenciária masculina de Presidente Prudente, em uma cela onde havia mais de trinta homens[5].

1.6. Cerca de 90 dias depois, a Vara de Execuções Penais do Distrito Federal (VEP/DF) interpretou diversamente a mesma Resolução Conjunta 1/2014.

1.7. Cinthia Dutra Bezerra, Thaís Bulgari, Brenda Juliana Neves de Souza, Adriana Rodrigues Natal, Rayssa Rodrigues Catanhede, Dricka Gomes de Araújo, Letícia Oliveira Santos, Carolina Ferreira Gonçalves, Lohanny Pinto Castro, Jéssica Silva e Aline Santos Viana, transexuais femininas ou travestis, suplicavam que

---

[4] O art. 64, I, da Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84) dispõe que "ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, no exercício de suas atividades, em âmbito federal ou estadual, incumbe propor diretrizes da política criminal quanto à prevenção do delito". O art. 1º do Decreto nº 7.388/2010, diz que o CNCD, tem por finalidade, respeitadas as demais instâncias decisórias e as normas de organização da administração federal, "formular e propor diretrizes de ação governamental, em âmbito nacional, voltadas para o combate à discriminação e para a promoção e defesa dos direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – LGBT".

[5] O HC 152.491 (min. Roberto Barroso), no STF, decorre do indeferimento de liminar pela 5ª Turma do STJ no HC 413.829 (min. Reynaldo da Fonseca, DJe 27/11/2017). Este último trouxe breve relatório sobre o caso. Laís Fernanda foi condenada à pena de 6 anos de reclusão, em regime fechado, bem como 10 dias multa, no valor unitário mínimo legal. Já Maria Eduarda foi condenada à pena de 7 anos de reclusão, em regime inicial fechado, além de 12 dias-multa. Ambas foram incursas no art. 158, § 3º, do Código Penal, sem o direito de apelar em liberdade. Segundo a condenação, praticaram extorsão, com o uso de arma branca (faca), contra vítima que as deixara entrar em seu carro com intuito de realizar um programa sexual, tendo esta sua liberdade restrita e sendo obrigada, sob ameaças de morte, a entregar todo seu dinheiro e dirigir-se a um caixa eletrônico para sacar mais". A inicial do HC 152.491 (min. Roberto Barroso), no STF, trouxe a informação de que "a travesti paciente compartilhava cela com mais de 31 homens, cuja cela tinha capacidade de comportar 12 pessoas, sofrendo todo o tipo de influências psicológicas e corporais".

fossem transferidas para estabelecimento prisional compatível com suas identidades de gênero. O Habeas Corpus foi negado (Proc.: 20180110063380)[6].

1.8. Consta: "O Excelentíssimo Senhor Ministro Barroso determinou realmente a transferência de duas travestis que estavam alocadas em cela masculina 'para estabelecimento prisional compatível com a orientação sexual' (sem menção expressa a presídio feminino), porque ambas estariam presas na penitenciária de Presidente Prudente em uma cela onde havia cerca de trinta homens".

1.9. A decisão pontuou ainda, quanto às pacientes, o seguinte: "essas pessoas trans também foram alocadas em celas separadas dos homens e estão recebendo banho de sol em pátio separado deles, de forma que suas situações não se assemelham em nada àquelas enfrentadas pelas travestis beneficiadas com a concessão da Ordem no HC nº 152.491/SP, de relatoria do Ministro Barroso".

1.10. A seguir, trechos essenciais da fundamentação da decisão da VEP/DF:

> "(...) Sopesando todas as informações relativas às diferenças físicas e a falta de privacidade aliadas ao fator confinamento, não é preciso muito esforço intelectual para facilmente concluir que a probabilidade de ocorrerem brigas ou desentendimentos é grande, comum aos ambientes em que há aglomeração de pessoas, especialmente em privação de liberdade, assim como a probabilidade de haver superioridade física das mulheres trans em relação às mulheres cis é maior ainda, de forma que estas se tornariam alvos frágeis.
>
> Nesse ponto, chamo atenção para a complexidade da situação, pois dentre as pacientes há mulheres trans e travestis, havendo inúmeras diferenças na expressão de suas sexualidades. A travesti, por exemplo, pode se relacionar sexualmente tanto com homem, quanto com mulher, uma vez que sua identidade de gênero comporta fluidez.
>
> Por outro lado, não se deve olvidar, que as pacientes, assim como a grande massa carcerária de mulheres cis é de pessoas jovens, portanto, todas, sem exceção, com alto

[6] Invocou-se o Decreto Federal 8.272/2016, o Decreto Distrital 37.892/2017 e os Princípios de Yogyakarta. Houve ainda a citação ao próprio HC 152.491, de relatoria do min. Roberto Barroso.

> Por outro lado, não se deve olvidar, que as pacientes, assim como a grande massa carcerária de mulheres cis é de pessoas jovens, portanto, todas, sem exceção, com alto percentual de libido. A possibilidade de vir a ocorrer relação sexual forçada não é percentualmente desprezível.
> (...)
> Considerando a regra prevista no artigo 77, § 2°da LEP, segundo a qual 'no estabelecimento para mulheres somente se permitirá o trabalho de pessoal do sexo feminino, salvo quando se tratar de pessoal técnico especializado', do qual decorre ainda a vedação para que agentes femininos façam revistas pessoais em homens, como elas procederiam, por exemplo, para abordar, revistar ou mesmo conter uma mulher trans que não tenha feito cirurgia de transgenitalização, portanto, teria um pênis e hormônios predominantemente masculinos, que porventura estivesse agredindo uma mulher cis?
> (...)
> Assim, se o fundamento dos impetrantes para o pedido de transferência é justamente a preservação da integridade física das mulheres trans e estas, como se viu em linhas volvidas já estão preservadas com suas alocações em espaços separados dos homens, não há como levá-las para o convívio direto e estreito com mulheres cis, se isso fizer com que estas corram os mesmos riscos. A preservação dos direitos deve ser igual.(...)"

1.11. As pacientes semearam esperança. Terminaram colhendo medo.

1.12. Objetivamente, as pessoas que estão em prisões violaram as leis, que têm sido a forma mais exitosa de conservar o estado democrático de direito. Leis essas que, hoje, podem ter a sua constitucionalidade aferida por um Poder Judiciário independente e responsável pelo resguardo dos direitos fundamentais.

1.13. Todavia, a Constituição também cuidou de quem transgride as leis. Há direitos básicos. Esse é outro elemento objetivo que há de ilustrar este parecer.

1.14. A leitura que o Judiciário (VEP/DF) fez da Resolução Conjunta 1/201 abre flanco para as mais variadas aplicações de algo que precisa contar com uniformidade, pois não se deve entregar prestações estatais distintas a pessoas em

situações idênticas. Daí a oportunidade de o STF, na ADPF 527, orientar o sistema de justiça quanto à leitura constitucionalmente adequada dessa Resolução.

1.15. A interpretação feita pela VEP/DF reúne um conjunto abrangente de estereótipos sem qualquer comprovação, convidando o próprio Poder Judiciário a tomar parte no "estado de coisas inconstitucional" do sistema carcerário.

1.16. Ela antevê a possibilidade de rebeliões, caso transexuais do gênero feminino e travestis identificadas socialmente com o gênero feminino saiam dos estabelecimentos masculinos para os femininos. Eis trecho: "a probabilidade de haver superioridade física das mulheres trans em relação às mulheres cis é maior ainda, de forma que estas se tornariam alvos frágeis".

1.17. Afirma que transgêneros e travestis não devem dividir o mesmo ambiente com mulheres cis, pois a chance daquelas estuprarem estas "não é percentualmente desprezível".

1.18. Ao final, presume a agressão: "A vedação para que agentes femininos façam revistas pessoais em homens, como elas procederiam, por exemplo, para abordar, revistar ou mesmo conter uma mulher trans que não tenha feito cirurgia de transgenitalização, portanto, teria um pênis e hormônios predominantemente masculinos, que porventura estivesse agredindo uma mulher cis?".

1.19. Eis o fato: há interpretações judiciais diversas acerca da aplicação da Resolução Conjunta 1/2014 do Conselho Nacional de Políticas Criminais e Penitenciárias e do Conselho Nacional de Combate à Discriminação.

1.20. O pedido da ADPF 527 é: "interpretação conforme a Constituição dos referidos dispositivos para assentar que: 'I – As custodiadas transexuais do gênero feminino somente poderão cumprir pena em estabelecimento prisional compatível

com o gênero feminino, poderão optar por cumprir pena em estabelecimento prisional do gênero feminino ou masculino""[7] (peça 11).

1.21. Daí o advogado da ABGLT, Dr. José Sousa de Lima, trazer quesitos:

"I. Tem a ABGLT legitimidade para o ajuizamento da ADPF e, tendo, é a ADPF cabível, considerando os requisitos da Lei nº 9.882/99 e da jurisprudência do STF?

II. Viável a ADPF, há base constitucional à procedência do pedido?"

2. "Diversidade é ouvir". Entidades nacionais de defesa dos direitos fundamentais de minorias são bem-vindas no STF. A legitimidade da ABGLT

2.1 "Diversidade é ouvir. A Constituição assegura que nós ouçamos. É nossa escolha fazê-lo graciosamente"[8].

2.2 A exortação acima é do juiz da Corte Constitucional da África do Sul, Edwin Cameron, alguém cuja fascinante história de vida que inclui quedas e triunfos inclui ser pobre, gay, soropositivo, cotista e filho de um presidiário.

2.3. Cameron foi um advogado combativo que ajudou a desmantelar o *apartheid*, um regime que privilegiava pessoas como ele, brancas. Tendo estudado por cotas ofertadas a jovens empobrecidos num *apartheid* em colapso, Cameron fala sobre diversidade a partir das vivências que experimentou. Seu brilhantismo fez com que Nelson Mandela o indicasse para o Tribunal Superior de Recursos. Depois, foi apontado para a Corte Constitucional sul-africana, onde segue como juiz até hoje.

---

[7] Na peça 25 dos autos da ADPF 527, o GADvS – Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual e de Gênero Aliança Nacional LGBTI, requerente a Amicus Curiae, defende "alas exclusivas para si nos presídios, como forma de preservação de sua dignidade e autonomia corporal e sexual".

[8] "Diversity is about listening. The Constitution ensures that we hear. It is our choice to do so joyfully", Edwin Cameron. *Justice: A personal account*. Cape Town: Tafelberg. 2014. p. 227.

2.4. Cameron lembra as palavras do seu *Chief Justice*, Mogoeng Mogoeng: "A nossa é uma democracia constitucional designada para garantir que os que não têm voz sejam ouvidos, e que mesmo aqueles que têm, caso não admitam os pontos de vista das minorias marginalizadas ou impotentes, pelo menos escutem"[9].

2.5. A democracia constitucional plural do Brasil (Preâmbulo e art. 1º, V da CF) requer que as minorias sejam pelo menos ouvidas. Uma Suprema Corte que fecha as suas portas para esses grupos marginalizados da comunidade fica com muito pouco, ou quase nada, para fazer com a missão que a Constituição lhe deu.

2.6. Para a AGU, todavia, "a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais não se destina à representação de uma classe ou categoria profissional ou econômica determinada" (p. 5 da manifestação, peça 33)[10].

2.7. O min. Roberto Barroso preferiu ouvir. Reconhecendo a legitimidade da associação[11], Sua Excelência superou a jurisprudência do STF "para assentar como entidade de classe de âmbito nacional, aquelas que, tendo comprovado seu caráter nacional, reúnam membros unidos por vínculo de natureza econômica, profissional ou pela defesa de direitos de grupos minoritários e vulneráveis de que façam parte".

2.8. Antes, na Questão de Ordem na ADI 1037 (min. Moreira Alves, julg. 3/6/98), o min. Marco Aurélio defendeu a legitimidade da Associação dos Delegados de Polícia do Brasil e, para tal, sustentou: "houve, quando dos trabalhos da Assembléia Constituinte, uma opção visando-se justamente a elastecer os

---

[9] "Ours is a constitutional democracy that is designated to ensure that the voiceless are heard, and that even those of us who would, given a choice, have preferred not to entertain the views of the marginalized or the powerless minorities, listen". *Ibidem.*

[10] Um ponto trazido pela AGU foi o de que essa discussão não deveria ocorrer no âmbito do STF, pois "a arguente deixou de especificar os atos do Poder Público impugnados no instrumento de procuração que acompanha a petição inicial, o qual se limita a conceder, genericamente, poderes para o ajuizamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental perante essa Suprema Corte" (p. 17).

[11] A esse respeito, anotou o min. Celso de Mello: "no desempenho dos poderes processuais de que dispõe, assiste, ao Ministro-relator, competência plena para exercer, monocraticamente, o controle das ações, pedidos ou recursos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal, legitimando-se, em conseqüência, os atos decisórios que, nessa condição, venha a praticar". ADPF 45, monocrática em 29/4/2004, DJ 4/5/2000.

legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade. O objetivo foi abrir a possibilidade, abandonando-se o nefasto monopólio do Ministério Público, da Procuradoria Geral da República, de ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade". Ficou vencido, mas não convencido. Optou por ouvir.

2.9. Em 2012, veio na ementa da ADI 4029 (min. Luiz Fux, DJe 27/6/2012):

> "1. A democracia participativa delineada pela Carta de 1988 se baseia na generalização e profusão das vias de participação dos cidadãos nos provimentos estatais, por isso que é de se conjurar uma exegese demasiadamente restritiva do conceito de 'entidade de classe de âmbito nacional' previsto no art. 103, IX, da CRFB.
> 2. A participação da sociedade civil organizada nos processos de controle abstrato de constitucionalidade deve ser estimulada, como consectário de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, na percepção doutrinária de Peter Häberle, mercê de o incremento do rol dos legitimados à fiscalização abstrata das leis indicar esse novel sentimento constitucional."

2.10. No caso, o min. Luiz Fux registrou: "a manifestação da sociedade civil organizada ganha papel de destaque na jurisdição constitucional. Como o Judiciário não é composto de membros eleitos pelo sufrágio popular, sua legitimidade tem supedâneo na possibilidade de influência de que são dotados todos aqueles diretamente interessados nas suas decisões. Essa a faceta da nova democracia no Estado brasileiro, a democracia participativa, que se baseia na generalização e profusão das vias de participação dos cidadãos nos provimentos estatais".

2.11. Em 6/5/2015, na ADI 5291 (DJe 11/5/2015), o min. Marco Aurélio voltou à ribalta: "Acreditando que restringir o conceito de entidade de classe implica, ao reduzir a potencialidade de interação entre o Supremo e a sociedade civil, amesquinhar o caráter democrático da jurisdição constitucional, em desfavor da própria Carta de 1988, reconheço a legitimidade ativa do Instituto Nacional de Defesa do Consumidor – IDECON".

2.12. De fato, a interpretação do inciso IX do art. 103 da CF quanto ao conceito de "classe", estrangula o acesso à justiça constitucional. Isso ficou claro na ADPF 54, que discutia a possibilidade de interrupção de gravidez. A ação não partiu de qualquer entidade ligada à causa da mulher, mas da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS.

2.13. Outro efeito colateral grave se viu na ADPF 172, quando a voz que se elevou na discussão do garoto Sean Goldman não foi a de nenhum dos muitos grupos ligados a um ou outro lado da discussão, mas a do Partido Progressista[12]. Um partido político inteiramente dissociado da temática familiar teve de intervir.

2.14. O reconhecimento da legitimidade da ABGLT para o ajuizamento da ADPF 527 se insere no excepcional quadro de hiper-vulnerabilidade das transexuais do gênero feminino e das travestis identificadas socialmente com o gênero feminino, encarceradas, no contexto de um país cuja Suprema Corte reconheceu o "estado de coisas inconstitucional" no sistema carcerário (ADPF 347 MC).

2.15. Recentemente, o min. Ricardo Lewandowski liderou o posicionamento em defesa de mulheres presas com filhos a amamentar e admitiu a figura do *habeas corpus* coletivo: "o Supremo Tribunal Federal tem admitido, com crescente generosidade, os mais diversos institutos que logram lidar mais adequadamente com situações em que os direitos e interesses de determinadas coletividades estão sob risco de sofrer lesões graves. A título de exemplo, vem permitindo a ampla utilização da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)(...)"[13].

---

[12] ADPF 172 (min. Marco Aurélio, julg. 2/6/2009, DJe 10/6/2009): "1. O Partido Progressista – PP formalizou esta arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada sentença proferida pelo Juízo da 16ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro no Processo nº 2009.51.01.018422-0, que tem, como autora, a União e, como réu, João Paulo Bagueira Leal Lins e Silva. Fê-lo ante a conclusão sobre o retorno do menor Sean Richard Goldman aos Estados Unidos, implicando a sentença a ordem de busca e apreensão caso, presente a tutela antecipada, o menor não venha a ser apresentado ao Consulado Americano na cidade do Rio de Janeiro, no dia de amanhã, até às 14h."

[13] Página 155 do voto do min. Ricardo Lewandowski no HC 143.641.

2.16. Prosseguiu: "É que, na sociedade contemporânea, burocratizada e massificada, as lesões a direitos, cada vez mais, assumem um caráter coletivo, sendo conveniente, inclusive por razões de política judiciária, disponibilizar-se um remédio expedito e efetivo para a proteção dos segmentos por elas atingidos, usualmente desprovidos de mecanismos de defesa céleres e adequados"[14]. Preferiu ouvir.

2.17. Então, arrematou: "Como o processo de formação das demandas é complexo, já que composto por diversas fases - nomear, culpar e pleitear, na ilustrativa lição da doutrina norte-americana (Cf. FELSTINER, W. L. F.; ABEL, R. L.; SARAT, A. *The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming. Law & Society Review*, v. 15, n. 3/4, 1980), é razoável supor que muitos direitos deixarão de ser pleiteados porque os grupos mais vulneráveis - dentre os quais estão os das pessoas presas - não saberão reconhecê-las nem tampouco vocalizá-los[15]".

2.18. Na hipótese presente, a ADPF é mais eficaz do que o *habeas corpus* coletivo, pois culmina com a fixação de uma tese dotada de efeitos *erga omnes* cujo desrespeito resultará em notícia direta ao STF, que zelará pelo seu cumprimento.

2.19. Logo, considerando as posições dos ministros Marco Aurélio, Roberto Barroso, Luiz Fux e Ricardo Lewandowski, a Constituição reclama que a Suprema Corte ouça a voz das minorias marginalizadas da comunidade. Por isso, a ABGLT deve gozar do reconhecimento da sua legitimidade para ajuizar a ADPF 527.

---

[14] Página 16 do voto do min. Ricardo Lewandowski no HC 143.641.

[15] Anotou o min. Lewandowski: "Considero fundamental, ademais, que o Supremo Tribunal Federal assuma a responsabilidade que tem com relação aos mais de 100 milhões de processos em tramitação no Poder Judiciário, a cargo de pouco mais de 16 mil juízes, e às dificuldades estruturais de acesso à Justiça, passando a adotar e fortalecer remédios de natureza abrangente, sempre que os direitos em perigo disserem respeito às coletividades socialmente mais vulneráveis. Assim, contribuirá não apenas para atribuir maior isonomia às partes envolvidas nos litígios, mas também para permitir que lesões a direitos potenciais ou atuais sejam sanadas mais celeremente. Ademais, contribuirá decisivamente para descongestionar o enorme acervo de processos sob responsabilidade dos juízes brasileiros". Página 16 do voto no HC 143.641.

3. O exitoso percurso da ADPF como instrumento da jurisdição constitucional capaz de sanar o descumprimento de preceitos fundamentais de modo imediato, amplo e definitivo

3.1. Não há nada de novo em o STF, pela via da ADPF, declarar a inconstitucionalidade de resoluções que, a despeito de se dizerem regulamentadoras de atos infralegais, interpretam comandos constitucionais e veiculam normas de conduta que recaem abrangentemente sobre determinados grupos da sociedade[16].

3.2. É extenso o rol de direitos fundamentais reafirmados em ADPF's:

(i) **direito à interrupção da gravidez de fetos anecéfalos** (ADPF 54, min. Marco Aurélio, DJe 30/4/2013);

(ii) **vedação à importação de pneus usados** (ADPF 101, min. Cármen Lúcia, DJe 4/6/2012);

(iii) **restrições ao uso do amianto crisotila** (ADPF 109, min. Edson Fachin, julg. 30/11/2017);

(iv) **não-recepção da Lei de Imprensa** (ADPF 130);

(v) **reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar** (ADPF 132, min. Ayres Britto, DJe 14/10/2011);

(vi) **vedação à Justiça eleitoral negar registro de candidatos** que respondem a processo, sem condenações transitadas em julgado (ADPF 144, min. Celso de Mello, DJe 26/2/2010);

[16] Ao julgar a ADPF 388 (min. Gilmar Mendes, DJe 1/8/2016), o Supremo declarou a inconstitucionalidade da Resolução nº 5/2006, do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, que disciplina o exercício de "cargos públicos por membros do Ministério Público Nacional".

(vii) **constitucionalidade das políticas de cotas raciais** (ADPF 186, min. Ricardo Lewandowski, DJe 20/10/2014);

(viii) **constitucionalidade da "Marcha da Maconha"** (ADPF 187, min. Celso de Mello, DJe 29/5/2014);

(ix) **reconhecimento do estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário** (ADPF 347 MC, min. Marco Aurélio, DJe 19/2/2016); e

(x) **descriminalização da interrupção voluntária da gravidez até a 12ª semana** (ADPF 442, min. Rosa Weber), ainda sem julgamento.

3.3. O § 3° do art. 103 da CF diz que, quando o STF apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo, citará, previamente, a AGU, "que defenderá o ato ou texto impugnado". A AGU assim o fez na ADPF 527[17].

3.4. A ADPF, prevista no § 1° do art. 102 da CF, tem por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público (art. 1° da Lei 9.882/99). Cabe ainda, quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo (art. 1°, parágrafo único).

3.5. As prestações do sistema penitenciário devem ser isonômicas. Todos merecem igual consideração e respeito perante o Estado. É o princípio da igualdade.

[17] Eis a ementa da manifestação da AGU, que, por imposição constitucional, deve defender o ato ou texto impugnado: "Penitenciário. Dispositivos da Resolução Conjunta n° 1/2014 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e do Conselho Nacional de Combate à Discriminação, que estabelece 'os parâmetros de acolhimento de LGBT em privação de liberdade no Brasil'. Preliminares, Ilegitimidade ativa. Inadequação da via eleita. Natureza regulamentar dos dispositivos impugnados. Inobservância do requisito da subsidiariedade. Irregularidade na representação processual. Ausência de interesse de agir e impossibilidade jurídica do pedido. Mérito. Pretensão ao recolhimento de transexuais e travestis em estabelecimentos prisionais femininos. Requisitos necessários à concessão da medida cautelar não satisfeitos. O artigo 4° da resolução questionada já estabelece que as pessoas transexuais, quando privadas da liberdade, devem ser encaminhadas a unidades prisionais femininas. Os travestis, por seu turno, em consonância com o artigo 3° do mesmo diploma, quando acolhidos em estabelecimentos prisionais masculinos, poderão optar por espaços de vivência específicos. Ausência de violação à dignidade da pessoa humana, ao direito à saúde e às garantias da vedação à tortura ou ao tratamento desumano ou degradante. Manifestação pelo não conhecimento da arguição e, quanto ao pedido de medida cautelar, pelo seu indeferimento".

3.6. Daí a valia da ADPF para possibilitar que o STF fixe, em caráter vinculante, a interpretação constitucionalmente adequada da Resolução Conjunta nº 1/2014. Vale trazer trecho do min. Gilmar Mendes nesse sentido:

> "A possibilidade de incongruências hermenêuticas e confusões jurisprudenciais decorrentes dos pronunciamentos de múltiplos órgãos pode configurar uma ameaça a preceito fundamental (pelo menos, ao da segurança jurídica), o que também está a recomendar uma leitura compreensiva da exigência aposta à lei da argüição, de modo a admitir a propositura da ação especial toda vez que uma definição imediata da controvérsia mostrar-se necessária para afastar aplicações erráticas, tumultuárias ou incongruentes, que comprometam gravemente o princípio da segurança jurídica e a própria idéia de prestação judicial efetiva. Ademais, a ausência de definição da controvérsia -- ou a própria decisão prolatada pelas instâncias judiciais -- poderá ser a concretização da lesão a preceito fundamental. Em um sistema dotado de órgão de cúpula, que tem a missão de guarda da Constituição, a multiplicidade ou a diversidade de soluções pode constituir-se, por si só, em uma ameaça ao princípio constitucional da segurança jurídica e, por conseguinte, em uma autêntica lesão a preceito fundamental"[18].

3.7. Indo adiante, a inicial da ADPF 527 está em sintonia com o art. 3º, incisos de I a V, da Lei nº 9.882/99, os quais reclamam que a inicial deverá conter:

> "I - indicação do preceito fundamental que se considera violado (na inicial: *a dignidade da pessoa humana contida no art. 1º, III; a proibição ao tratamento degradante e/ou desumano contida no 5º, III; e o direito à saúde contido no art. 196; todos da CF*);
>
> II - a indicação do ato questionado (na inicial: *a aplicação dos artigos 3º, § 1º, § 2º, e 4º, parágrafo único, da Resolução Conjunta nº 1/2014*);
>
> III - a prova da violação do preceito fundamental (peças 7 e 8 do proc. eletrônico);
>
> IV - o pedido, com suas especificações (no aditamento, peça 11 do processo eletrônico: *espera que a Colenda Corte realize a interpretação conforme à Constituição dos*

[18] ADPF 33-MC, voto do min. Gilmar Mendes, julg. 29/10/2003, DJ 6/8/2004.

artigos, mencionados na inicial, para assentar que: I – As custodiadas transexuais do gênero feminino somente poderão cumprir pena em estabelecimento prisional compatível com o gênero feminino; e II – As custodiadas travestis, identificadas socialmente com o gênero feminino, poderão optar por cumprir pena em estabelecimento prisional do gênero feminino ou masculino);

V - se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado (peças 7 e 8 do processo eletrônico)."

3.8. O § 1º do art. 4º da Lei nº 9.882/99 traz o requisito da subsidiariedade: "Não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade". Esse requisito, todavia, não pode ser invocado para que o Supremo deixe de assegurar direitos a grupos hiper-vulneráveis que se valem da Constituição para suplicar perante o órgão de cúpula da jurisdição constitucional. Nesse ponto, anotou o min. Celso de Mello:

> "Daí a prudência com que o Supremo Tribunal Federal deve interpretar a regra inscrita no art. 4º, § 1º, da Lei n. 9.882/99, em ordem a permitir que a utilização dessa nova ação constitucional possa efetivamente prevenir ou reparar lesão a preceito fundamental causada por ato do Poder Público. Não é por outra razão que esta Suprema Corte vem entendendo que a invocação do princípio da subsidiariedade, para não conflitar com o caráter objetivo de que se reveste a argüição de descumprimento de preceito fundamental, supõe a impossibilidade de utilização, em cada caso, dos demais instrumentos de controle normativo abstrato"[19].

3.9. Os atos do Poder Público descumpridores de preceitos fundamentais serão, inevitavelmente, decisões de varas de execuções penais. Não há, no controle objetivo de constitucionalidade, outra ação que alcance tal objeto senão a ADPF.

3.10. No caso, está-se diante da Resolução Conjunta 1/2014, e da sua aplicação pelo Judiciário que, a depender da forma que a interprete – se em sintonia

[19] ADPF 126-MC, min. Celso de Mello, monocrática julg. 19/12/2007, DJE 1º/2/2008.

com a Constituição ou não –, poderá entregar uma prestação estatal de modo anti-isonômico, além de degradar a dignidade das transexuais do gênero feminino e das travestis identificadas socialmente com o gênero feminino que cumprem pena.

3.11. Por fim, também não prospera o argumento de que o que se quer é constitucionalizar a citada Resolução. Na verdade, busca-se evitar que, no caso concreto, a aplicação da Resolução sobre grupos hipervulneráveis se dê em violação a direitos fundamentais constitucionalmente vinculantes de toda a atividade estatal[20].

4. A dignidade das transexuais do gênero feminino e das travestis identificadas socialmente com o gênero feminino. O direito de, mesmo em cárcere, verem-se livres da dor e do sofrimento

4.1. Não há civilização sem boas instituições. Nisso, o Brasil precisa se reencontrar com os anjos bons da sua própria natureza coletiva.

4.2. Em fevereiro de 1694, Dandara, mulher negra no Brasil colonial, esposa de Zumbi dos Palmares, após ser presa se atirou de uma pedreira ao abismo.

4.3. A morte ajudou a ilustrar uma ferida de difícil cicatrização: a vergonha por sabermos que os nossos ancestrais foram capazes de celebrar, por três séculos, a escravidão. Nenhum país foi tão longe, por tanto tempo, nesta horrenda prática. Corajosa, Dandara se atirou da pedreira. Perdeu a vida. Manteve a dignidade.

4.4. Em fevereiro de 2017, em Fortaleza, a travesti Dandara dos Santos, cujo nome homenageava a guerreira negra, foi barbaramente assassinada por um grupo de homens. A tortura foi gravada e fartamente divulgada nas redes sociais.

---

[20] Mesmo havendo previsão no Estatuto da OAB (Lei nº 8.906/94), no art. 7º, XIV, sobre os direitos dos advogados, o STF aprovou a Súmula Vinculante nº 14: "É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa".

4.5. A primeira dilaceração foi a das palavras: "viado", "arrombado", "baitola!", "mundiça!", gritavam.

4.6. Mas não foram apenas as palavras. Paus, pedras, golpes físicos e tiros foram usados para interromper uma caminhada de 42 anos. Dandara, HIV positiva, estava sozinha e indefesa. Ela foi assassinada no Conjunto Palmares, nome do Quilombo de onde a heroína negra do Brasil colonial tornou-se viva com a morte.

4.7. Duas Dandaras. Três séculos. É o império do preconceito reinando sobre pessoas que foram condenadas não por crimes que cometeram, mas por ser quem eram. A primeira Dandara era uma mulher negra numa nação escravocrata. A segunda, uma travesti num ambiente LGBTfóbico.

4.8. Mas também há relatos de elevação. O Tribunal Superior Eleitoral, apreciando a Consulta nº 060405458, de relatoria do min. Tarcísio Vieira, definiu que a reserva de vagas para mulheres quanto a registros de candidaturas em campanhas eleitorais (Lei 9.504/97) contempla as mulheres transexuais e travestis.

4.9. No mesmo dia, o STF julgou a ADI 4275, reconhecendo o direito à mudança de (pre)nome e sexo de transexuais e travestis, independente de cirurgia de transgenitalização, de laudos de terceiros e de ação judicial.

4.10. Os dois julgamentos abrem um espaço que incrementa o respeito e a consideração pela comunidade dos travestis e transgêneros. Mas essas vitórias também nos empurram à reflexão: quantos Brasis há no Brasil?

4.11. Pouco mais de 90 dias após o assassinato de Dandara dos Santos, em 2017, Gisele Alessandra Schmidt e Silva usou a tribuna do STF para levar suas razões como representante do *amicus curiae* Cidadania de Gays, Lésbicas e

Transgêneros na ADI 4275. Foi a primeira advogada transexual a usar essa tribuna. Tinha apenas dois anos de formada. Abriu sua fala dizendo ser uma sobrevivente.

4.12. Supremas Cortes e Cortes Constitucionais costumam requerer licenças adicionais para os advogados que lá atuam. O Brasil, contudo, escolheu o caminho da inclusão. Somos uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.

4.13. Essa originalidade tem feito com que o país divida com o mundo uma compreensão única da dignidade da pessoa humana, consistente na vedação de uma postura sádica por parte do aparelho estatal, ou seja, a proibição de que o Estado, ciente da dor e do sofrimento do povo numa área sob a inteira responsabilidade, nada faça para superar esse quadro de degradação do semelhante.

4.14. A vedação a uma conduta sádica por parte do Estado reclama que os governantes tenham empatia pela dor e pelo sofrimento de grupos vulneráveis que, valendo-se dos meios a eles disponíveis – o acesso à justiça, por exemplo (art. 5º, XXXV – elevam suas vozes contra a erosão da sua própria dignidade.

4.15. Para a Corte Constitucional sul-africana, dignidade é *Ubuntu*, o compromisso africano ancestral que conecta a comunidade construindo laços de irmandade e proteção recíprocas. "Eu sou, porque você é"[21], diz a filosofia.

4.16. Já para nós, dignidade é o direito à felicidade, compreendido inicialmente como o direito de vivermos uma vida tanto quanto possível livre da dor e do sofrimento, especialmente quando frutos das ações ou omissões do Estado[22].

---

[21] Sobre a filosofia *Ubuntu* e a sua ressignificação à luz da Constituição sul-africana pela Corte Constitucional do país, anota o juiz aposentado Albie Sachs: "*Ubuntu* é mais do que uma frase invocada esporadicamente para acrescentar um toque delicado e positivo a uma decisão judicial já estabelecida. É intrínseco e essencial à nossa cultura constitucional. Historicamente, foi fundamental para o espírito de reconciliação e a criação de pontes que possibilitaram à nossa sociedade profundamente traumatizada superar e transcender as divisões do passado. Nos dias de hoje, tem um caráter duradouro e criativo, representando o elemento de solidariedade humana que une liberdade e igualdade, criando a tríade de valores constitucionais centrais positivos e mutuamente solidários. Impregna e enriquece os direitos fundamentais consignados na Constituição". *Vida e direito: uma estranha alquimia*. Trad. Saul Tourinho Leal. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 102.

4.17. A ADPF 527, crendo nas instituições, evoca a dignidade das transexuais do gênero feminino e das travestis identificadas socialmente com o gênero feminino que cumprem pena, compreendida como o direito de se verem livres da dor e do sofrimento, em atenção ao respeito à sua integridade física e moral (art. 5º, XLIX) e sabendo que não haverá penas cruéis (art. 5º, XLVII, 'e'). O inciso III assegura que "ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante".

4.18. Por isso, este parecer encontra na Constituição base dogmática suficiente a dirigir a interpretação da Resolução Conjunta 1/2014 para a fixação da tese, pelo STF, com efeitos *erga omnes*, de que as custodiadas transexuais do gênero feminino somente poderão cumprir pena em estabelecimento prisional compatível com o gênero feminino; e as custodiadas travestis, identificadas socialmente com o gênero feminino, poderão optar por cumprir pena em estabelecimento prisional do gênero feminino ou masculino.

4.19. A identidade da guerreira negra Dandara foi a sua condenação. O mesmo se deu com a Dandara branca, do Conjunto Palmares, em Fortaleza. O pedido de clemência de Dandara dos Santos, impregnado de humanidade, envergonhou seus assassinos. Mostrou que ela, até o último minuto, acreditou no ser humano. Mesmo assim, mataram Dandara.

4.20. Dois Brasis. O primeiro, o da barbárie medieval. O segundo, o das conquistas iluministas[23]: a razão, a tolerância, os direitos e as instituições.

---

[22] Manifestações do min. Celso de Mello nessa linha: ADI 4277 (min. Ayres Britto, DJe 14/10/2011, ADPF 132 (min. Ayres Britto, DJe 14/10/2011), RE 477.554 AgR (Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJe 26/8/2011).

[23] A invocação ao Iluminismo não é retórica. Steven Pinker, professor em Harvard, pontua: "O princípio do Iluminismo segundo o qual podemos aplicar a razão e a simpatia para aumentar o florescimento humano pode parecer óbvio, banal, antiquado. Eu escrevi este livro porque percebi que não é. Mais do que nunca, os ideais da razão, da ciência, do humanismo e do progresso precisam de uma defesa sincera. Não damos valor aos presentes: recém-nascidos que viverão mais de oito décadas, mercados transbordando de comida, água limpa que aparece com um estalar de dedos e desperdício que desaparece com outro, pílulas que apagam uma infecção dolorosa, filhos que não são enviados para a guerra, filhas que podem andar pelas ruas em segurança, críticos de poderosos que não são presos ou fuzilados, o conhecimento e a cultura do mundo disponíveis em uma cesta de roupas. Mas estas são realizações humanas, não direitos nascidos cosmicamente. Nas memórias de muitos leitores deste livro - e na experiência daqueles em partes menos afortunadas do mundo - a guerra, a escassez, a doença, a ignorância e a ameaça letal são uma parte natural da existência. Sabemos que os países

5. Fundamentos constitucionais para a procedência da ADPF 527

5.1. A causa de pedir aberta da ADPF impõe que a Constituição Federal seja passada em revista de modo a identificar outros dispositivos que possam estar sendo violados por meio da leitura judicial retratada nesta ADPF 527[24].

5.2. Primeiro as coisas primeiras. O Preâmbulo da Constituição faz um convite ao que de melhor há em nós. Institui "um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais", dentre os quais a segurança, o bem-estar, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

5.3. Um dos fundamentos da República é a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), pilar que sustenta toda a ordem constitucional.

5.4. Dentre os objetivos fundamentais: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; III - erradicar a marginalização; e IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de sexo e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º).

5.5. Em suas relações internacionais, a República há de se reger também pelos seguintes princípios: II - prevalência dos direitos humanos; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (art. 4º).

5.6. Além de assegurar a igualdade, a Constituição assegura a inviolabilidade do direito à vida (art. 5º, *caput*). O inciso XLI do art. 5º dispõe: "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais".

---

podem voltar a essas condições primitivas e, portanto, ignoramos as conquistas do Iluminismo como sendo apenas um perigo turístico". Tradução livre. *Enlightment now. The case for reason, Science, humanism and progress.* New York, Penguin, 2018, p. 4.

[24] A ABGLT indica como preceitos fundamentais descumpridos a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a proibição ao tratamento degradante e/ou desumano (art. 5º, III) e o direito à saúde (art. 196).

5.7. Não sem razão, o inciso X do art. 5º diz: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

5.8. A Constituição também assegura "o respeito à integridade física e moral" dos presos (art. 5º, XLIX). Dispõe que "não haverá penas cruéis" (art. 5º, XLVII, 'e'). O inciso III do art. 5º assegura que "ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante". Segundo o inciso LXIII, "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado".

5.9. Segundo as normas vigentes, presas hão de cumprir suas penas, pois violaram as leis, mas essa imposição estatal não pode ensejar a barbárie, ou seja, o cumprimento da pena imposta há de ser feito em sintonia com a Constituição.

5.10. Ao se interpretar a Resolução Conjunta 1/2014 e deixar de entregar às pacientes o direito de não cumprirem suas penas em estabelecimentos masculinos, as varas de execuções penais desprezam aquilo que constitui a razão pela qual Supremas Cortes são erguidas: a proteção dos direitos fundamentais.

5.11. Suplicando pelo direito de não serem vítimas de estupros em cadeias masculinas, essas transexuais e travestis ouviram da VEP/DF que não poderiam deixar o estabelecimento onde estavam porque, caso fossem colocadas com mulheres cis, iriam estuprá-las. É preciso aplicar o princípio universal do "nunca mais" (*never again*) contra a prática institucional de culpar a vítima[25].

5.12. Riscos que seriam suportados por mulheres cis que dividissem o mesmo ambiente com transexuais do gênero feminino e travestis identificadas

[25] O princípio do "nunca mais" tem sido invocado em conflitos que vindicam direitos humanos. A minha inspiração é Nelson Mandela, na sua primeira fala pública após 27 anos preso, já na condição de homem livre que seria, mais adiante, o primeiro presidente de numa África do Sul democrática. Madiba disse: "Nunca, nunca e nunca mais, será que esta linda terra experimentará novamente a opressão de um pelo outro".

socialmente com o gênero feminino foram enfrentados pelo min. Roberto Barroso. "A mera presença de transexual feminina em áreas comuns de banheiro feminino poderia gerar algum constrangimento a mulheres, porém não seria comparável àquele suportado por um transexual que não teria a sua condição respeitada pela sociedade"[26], anotou no RE 845.779 (Tema 778 da repercussão geral).

5.13. O ponto principal de toda essa disputa está no inciso XLVIII do art. 5°, que diz: "a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade **e o sexo** do apenado".

5.14. Ocorre que a jurisprudência contemporânea do STF se alimenta da tolerância e da inclusão, reconhecendo os direitos da diversidade. Daí a ressignificação do termo "sexo" do no inciso XLVIII do art. 5° da Constituição[27].

5.15. No mosaico contemporâneo dos sexos, os reconhecimentos ultrapassam a velha dicotomia homem/mulher, abrindo espaço para o abrigo normativo de outras possibilidades. É a superação da heteronormatividade.

6. Hipervulnerabilidade: Transexuais do gênero feminino e travestis identificadas socialmente com o gênero feminino, encarceradas, reivindicando direitos no âmbito do "estado de coisas inconstitucional"

6.1. A ADPF 527 trata do sistema prisional brasileiro. Envolve um grupo duplamente vulnerável. Não são apenas presas. Não são somente membros da comunidade LGBTI. São ambos. Trata-se de uma comunidade hipervulnerável.

---

[26] Informativo do STF n° 808. RE 845.779 (min. Roberto Barroso, DJe 10/3/2015), Tema 778: "Possibilidade de uma pessoa, considerados os direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana, ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente".

[27] Há vasto tratamento internacional dos indivíduos colocados sob a custódia do Estado: Declaração Universal dos Direitos Humanos, Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, Convenção Americana de Direitos Humanos, Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas, Convenção das Nações Unidas contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e as Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros (Regras de Mandela).

6.2. Em 2016, ao apreciar o RE 592.581 (min. Ricardo Lewandowski, DJe 1/2/2016), o STF fixou a tese do Tema 220 da seguinte forma:

> "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 para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes".

6.3. Na ADPF 347 MC (min. Marco Aurélio, DJe 19/2/2016), a Corte reconheceu o "estado de coisas inconstitucional" no sistema penitenciário:

> "(...) Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caraterizado como "estado de coisas inconstitucional". (...) Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. (...) Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão."

6.4. Em seguida, no RE 641.320 (DJe 1º/8/2016), veio a tese do Tema 423:

> "Tese I - A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso; II - Os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos

que não se qualifiquem como 'colônia agrícola, industrial' (regime semiaberto) ou 'casa de albergado ou estabelecimento adequado' (regime aberto) (art. 33, §1º, alíneas 'b' e 'c'); III - Havendo déficit de vagas, deverá determinar-se: (a) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (b) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (c) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado"[28].

6.5. Adiante, a tese do Tema 365: "Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento"[29].

6.6. O quadro tenta tirar as nossas esperanças. E não é de hoje que é assim.

6.7. Há tempos vozes gritam esquecidas em presídios masculinos vindicando a sua própria libertação. Em 21/10/2007, L.A.B. foi presa em Abaetetuba, Pará, sob a acusação de tentar furtar um telefone celular. Aos 15 anos de idade, pesava menos de 40 quilos e tinha um metro e meio de altura[30].

6.8. Levada para a delegacia, passou 26 dias numa cela com mais de 20 homens. Estuprada inúmeras vezes, teve cigarros apagados em seu corpo e as plantas dos pés queimadas enquanto tentava dormir. Os policiais preferiram cortar o cabelo da adolescente com uma faca para camuflar a aparência feminina.

---

[28] Súmula Vinculante 56: "A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320".
[29] RE 580.252 (min. Gilmar Mendes, DJe 11/9/2017).
[30] Fatos extraídos da denúncia do Ministério Público do Pará.

6.9. Alertada para a presença da menina na cela masculina da cidade, a conselheira Diva de Jesus Negrão fez a denúncia e escancarou a realidade sádica.

6.10. Mais de dez anos depois, não é mais uma garota cis que pede para que alguma autoridade estatal ouça seus gritos por libertação. Agora são as travestis e transexuais. Outras personagens. Mesmas violações. Até quando?

7. A jurisprudência da diversidade: porque *a luta continua*

7.1. Do lado de fora do plenário da Corte Constitucional da África do Sul, na cidade de Johanesburgo, há um painel com luzes de neon vermelhas e uma mensagem escrita em língua portuguesa. "A luta continua", diz a mensagem.

7.2. O texto mostra para as pessoas que entram e saem da Corte, local destinado a ouvir súplicas por justiça constitucional, que não há descanso na jornada dos direitos fundamentais. Não pode haver retrocesso. Encerrando-se um ciclo, outro se inicia. Foi assim com as mulheres. Também com o povo negro. Não seria diferente com a comunidade LGBTI. Como disse Nelson Mandela: "É longa a caminhada para a liberdade". Mesmo longa, ela começa com o primeiro passo. E esse passo já foi dado. A caminhada está em curso e não deve parar.

7.3. No caso da comunidade LGBTI, o primeiro passo foi dado com a ADPF 132, que reconheceu como entidade familiar as uniões homoafetivas. A partir daí, outros passos inevitáveis vêm sendo dados. A ADPF 527 é um deles.

7.4. Quando o STF, na relatoria do min. Ayres Britto, reconheceu as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo como entidades familiares, o decano, min. Celso de Mello, afirmou se tratar de um marco histórico na caminhada da comunidade homossexual brasileira, "um ponto de partida para novas conquistas"[31].

[31] ADI 4277 e ADPF 132.

7.5. "É arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, exclua, discrimine ou fomente a intolerância, estimule o desrespeito e a desigualdade e as pessoas em razão de sua orientação sexual", anotou o min. Celso de Mello ao votar na ADPF 132, numa exortação que vale para a vida fora ou dentro de celas.

7.6. O trecho acima é suficiente para frear qualquer interpretação da Resolução Conjunta 1/2014 que prive transexuais femininas e travestis identificadas com o gênero feminino de reclamarem, dos guardiões e guardiãs da Constituição, o direito de não serem colocadas em presídios masculinos. Basta conhecer a jurisprudência contemporânea do STF quanto aos direitos da diversidade.

7.7. A jurisprudência da diversidade que vem sendo construída pelo STF encontra na África do Sul um terreno fértil onde triunfou a justiça sobre o estigma, o preconceito e a invisibilidade. A esse respeito, anotou Edwin Cameron: "A promessa da nossa diferença é a estimada base de todo o nosso estabelecimento constitucional. É um valor fundador não declarado da nossa Constituição"[32].

7.8. Em 28/10/2015, o STF julgou parcialmente procedente a ADPF 291, que questionava a constitucionalidade do art. 235 do Código Penal Militar (CPM). O Código trata como crime sexual a "pederastia ou outro ato de libidinagem" e estabelece pena de detenção de seis meses a um ano ao "militar que praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar". Declarou como não recepcionados os termos "pederastia ou outro" e "homossexual ou não", expressos no dispositivo do CPM.

7.9. Em 19/11/2015, foi suspenso, por um pedido de vista, o RE 845.779, cujo Tema 778 trata da "possibilidade de uma pessoa, considerados os direitos da

[32] Cameron, Edwin. *Justice: A personal account.* Cape Town: Tafelberg. 2014. p. 210.

personalidade e a dignidade da pessoa humana, ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente"[33].

7.10. O min. Roberto Barroso reputou um direito fundamental das transexuais serem tratados socialmente de acordo com sua identidade de gênero. O princípio da dignidade da pessoa humana incluiria valor intrínseco de todos os seres humanos. "O transgênero é alguém cuja identidade pessoal e autopercepção não correspondem ao seu sexo biológico", anotou o Ministro.

7.11. Destacando que as transexuais são uma das minorias mais marginalizadas e estigmatizadas da sociedade[34], Sua Excelência observou que o Brasil é o líder mundial de violência contra transgêneros. Indicou que a expectativa de vida de um transexual no país é de 30 anos, menos da metade da média nacional, que é de 75 anos, além de apresentar dificuldade de conseguir trabalho formal.

7.12. Votando, o min. Barroso apresentou três fundamentos que justificam o reconhecimento do direito fundamental dos transexuais a serem tratados socialmente de acordo com a sua identidade de gênero: dignidade como valor intrínseco de todo indivíduo; dignidade como autonomia de todo indivíduo; dever constitucional do estado democrático de proteger as minorias[35].

---

[33] Após os mins. Roberto Barroso e Edson Fachin, que proveram o RE, pediu vista o min. Luiz Fux.
[34] Em 4/6/2015, a Revista *Time* trouxe em sua capa reportagem de Aryn Baker com o título: "Na África, gays lutam contra uma onda crescente de homofobia". Dos 54 países, 34 reputam crime o fato de a pessoa ser gay. Na Gâmbia, enseja prisão perpétua. Na Mauritânia, no Sudão e em partes da Somália e Nigéria, a pena é de morte. O Sudão do Sul, a Libéria, a Nigéria e o Burundi estão incrementando o rigor de suas leis "anti-gays". O pior cenário é o de Uganda. "Apanhem-nos! Eles estão atrás dos nossos filhos", estampou a capa da revista *Rolling Stone* (que nada tem a ver com a oficial americana) em outubro de 2010, assim que foi aprovada uma lei prevendo pena de morte para gays. Trazia uma lista com nomes, endereços e fotos dos "Top Homos". Três meses depois, o corpo do ativista gay David Kato foi encontrado em sua casa. Ele havia sido espancado até a morte. Outros nomes da lista foram despejados, demitidos e abandonados por seus familiares. Em fevereiro de 2014, o presidente Yoweri Museveni promulgou a lei anti-gay, abrindo espaço para a prisão perpétua. A revista *Red Pepper*, então, estampou outra lista com nomes a serem caçados. O Judiciário derrubou a lei, por vícios formais, mas já há um novo projeto, ainda mais draconiano, tramitando. Dentre as condutas reputadas criminosas, está a de dar tratamento médico a gays. Disponível em: http://time.com/3908898/out-in-africa/
[35] O min. Roberto Barroso propôs a seguinte tese: "Os transexuais têm direito a serem tratados socialmente de acordo com a sua identidade de gênero, inclusive na utilização de banheiros de acesso público".

7.13. E a luta continuou. Em 26/10/2017, o STF suspendeu o julgamento, por um pedido de vista, da ADI 5543, na qual se questiona a Portaria nº 158/16 do Ministério da Saúde e a Resolução RDC nº 34/14 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, que restringem a doação de sangue por homossexuais. Os dispositivos estabelecem critérios de seleção para potenciais doadores de sangue, excluindo, entre outras hipóteses, os "homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes" nos 12 meses antecedentes.

7.14. A aplicação da Resolução Conjunta 1/2014 deve se guiar pela jurisprudência da diversidade elaborada pelo STF nos casos acima.

7.15. Tinha razão o min. Celso de Mello. O precedente das uniões homoafetivas era "um ponto de partida para novas conquistas". A sabedoria exposta na parte externa do plenário da Corte Constitucional da África do Sul é universal e imortal: na concretização dos direitos da diversidade, *a luta continua.*

8. Respostas aos quesitos

Primeiro quesito: "Tem a ABGLT legitimidade para o ajuizamento da ADPF, e tendo, é a ADPF cabível, considerando os requisitos constantes da Lei nº 9.882/99 e da jurisprudência do STF?"

Resposta: Sim! O STF tem por missão assegurar, em tempos de incertezas, e quando as circunstâncias são hostis, os direitos dos grupos marginalizados. É desse exercício de cura das feridas da nossa sociedade, à luz da Constituição, que se alimenta a legitimidade da Corte. O inciso IX do art. 103 da CF não pode ser compreendido isoladamente. A Constituição é inclusiva. O STF é acolhedor. A sociedade é aberta. Raciocínio que também abrange a própria viabilidade processual da ADPF que, na hipótese, é o único veículo do controle objetivo de constitucionalidade capaz de, a partir da interpretação

judicial dissonante da Resolução Conjunta 1/2014, proceder a uma orientação para todo o sistema penitenciário nacional e a todas as varas de execuções penais, para que não haja tratamentos anti-isonômicos na matéria.

Segundo quesito: "Há base constitucional à procedência do pedido?"

Resposta: Sim! Interpretações estigmatizantes da Resolução Conjunta 1/2014 violam preceitos constitucionais fundamentais como a dignidade da pessoa humana (art. 1°, III), a proibição ao tratamento degradante e/ou desumano (art. 5°, III) e o direito à saúde (art. 196). Há outros comandos constitucionais malferidos a depender da aplicação da Resolução, como o inciso XLVIII do art. 5°, segundo o qual "a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado". Manifestada a vontade, autonomamente, de não mais permanecer em estabelecimentos masculinos, deve o Estado providenciar a transferência das apenadas. Conclui-se pela procedência da ADPF 527, nos termos pedidos no aditamento da inicial (peça 11 do processo eletrônico).

9. FECHO

É o meu parecer jurídico, salvo melhor juízo.

Brasília, DF, 29 de agosto de 2018.

Saul Tourinho Leal[36]

OAB/DF 22.941

[36] Integra Ayres Britto Consultoria Jurídica e Advocacia. É doutor em Direito Constitucional pela PUC/SP. Foi premiado com a bolsa *Vice-Chancellor Fellowship* pela Universidade de Pretória para pós-doutorado. Na África do Sul, foi *clerk* na Corte Constitucional, tendo presidido o Comitê para Relações sul-africanas do Conselho Federal da OAB, que lhe outorgou o Troféu de *Mérito da Advocacia Raymundo Faoro*.