



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

N.º 544 /2018 – SFCONST/PGR
Sistema Único n.º 335.915/2018

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 527/DF

ARGUENTE: Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais- ABLGT

ARGUIDO: Presidente da República
Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal - CNPCP

RELATOR: Ministro Roberto Barroso

Excelentíssimo Senhor Ministro Relator,

PROCESSO CONSTITUCIONAL. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*. ART. 102, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONCEITO DE “CLASSE”. REVISITAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ACESSO DE GRUPOS VULNERÁVEIS E MINORIAS À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. CABIMENTO. CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL NA INTERPRETAÇÃO DE ATO NORMATIVO FEDERAL. LESÃO A PRECEITOS FUNDAMENTAIS. CONTRARIEDADE À JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. VIABILIDADE DA ADPE. PARÂMETROS DE ACOHLIMENTO DA PESSOA TRANSGÊNERO NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO. NEGATIVA DE RECONHECIMENTO DA IDENTIDADE DE GÊNERO. DIREITO À IDENTIDADE INDIVIDUAL E SOCIAL. DIREITOS DA PERSONALIDADE. VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA PROIBIÇÃO DE TRATAMENTO DESUMANO OU DEGRADANTE, E DOS DIREITOS À IGUALDADE, À NÃO-DISCRIMINAÇÃO, À SAÚDE E À SEGURANÇA PESSOAL DA PESSOA TRANSGÊNERO. CARACTERIZAÇÃO.

1. Legitimação ativa. Ampliação do acesso à jurisdição constitucional. Interpretação evolutiva dos direitos humanos. Incremento da proteção a grupos minoritários. Exigência de representatividade nacional. Devem ser revistos os limites subjetivos historicamente impostos pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ao exercício da legitimidade do inciso IX do art. 103 da Constituição Federal, para que, redefinindo-se o sentido atribuído à expressão “entidade de classe”, sejam incluídas nesse conceito, além das entidades cujos membros estão unidos por vínculos de natureza econômica ou profissional, aquelas constituídas para a defesa de grupos sociais vulneráveis.

veis. É exigência da Constituição de 1988 a democratização do acesso à jurisdição constitucional.

2. A existência de controvérsia constitucional relevante sobre a interpretação de ato normativo federal, manifestada pela prolação de decisões judiciais contrárias ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, autoriza a propositura da arguição de descumprimento de preceito fundamental como instrumento apto a fornecer solução abrangente e imediata para a controvérsia.

3. A manutenção de mulheres transexuais e de travestis identificadas socialmente com o gênero feminino em estabelecimento prisional incompatível com sua identidade de gênero contraria diversos preceitos fundamentais inscritos na Constituição Federal e em compromissos internacionais assumidos pela República Federativa do Brasil, em especial a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a não-discriminação, a saúde, a segurança pessoal e os direitos da personalidade da pessoa transgênero, justificando a imediata intervenção do Supremo Tribunal Federal para fazer cessar o quadro de violação de direitos humanos.

- Parecer pelo conhecimento da ação e pelo deferimento da medida cautelar.

I

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental proposta pela Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais- ABLGT, em face dos arts. 3º, §§1º e 2º, e 4º, *caput* e parágrafo único, ambos da Resolução Conjunta nº 1 da Presidência da República e do Conselho de Combate à Discriminação, de 14 de abril de 2014.

Este é o teor das normas impugnadas:

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.

A entidade autora sustenta que há decisões conflitantes sobre a aplicação desses dispositivos. Exemplifica a divergência citando as decisões preferidas no Habeas Corpus nº 152.491/SP, Relator o Ministro Roberto Barroso, e no Habeas Corpus nº 00022531720188070015, julgado pela Juíza de Direito da Vara de Execuções Penais do Distrito Federal, sobre a permanência de pessoas em estabelecimento prisional incompatível com sua identidade de gênero.

Afirma que as custodiadas travestis e transexuais que estão em estabelecimentos prisionais incompatíveis com o gênero feminino encontram-se em situação desconforme à dignidade humana e em condição degradante, o que afetaria sua condição de saúde, em afronta aos arts. 1º, III, 5º, III e 196, todos da Constituição da República.

Após aditamento da inicial, requer que se confira interpretação conforme aos dispositivos mencionados da Resolução Conjunta nº 1/2014, para que as custodiadas transexuais do gênero feminino somente cumpram pena em estabelecimento prisional compatível com o gênero feminino; e que as custodiadas travestis, identificadas socialmente com o gênero feminino, possam optar por cumprir pena em estabelecimento prisional do gênero feminino ou masculino. Requer, ainda, em sede cautelar, a determinação da transferência imediata das travestis que exercerem tal opção e das mulheres transexuais para os respectivos estabelecimentos prisionais. Por fim, e subsidiariamente, pleiteia o recebimento do feito como ação direta de inconstitucionalidade (ADI), caso se entenda não ser hipótese de cabimento de ADPF.

O Ministro Relator Roberto Barroso deu seguimento à ação, adotando o rito do art. 10 da Lei 9.868/1999. Determinou a intimação das autoridades para manifestação, incluindo o Conselho Nacional de Justiça.

O Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual e de Gênero e a Aliança Nacional LGBTI pediram o ingresso no feito como *amici curiae*.

A Advocacia-Geral da União manifestou-se pelo não conhecimento da presente arguição e pelo indeferimento da medida cautelar.

É o relatório.

II

II.1. Legitimidade da associação autora para a deflagração do controle concentrado de constitucionalidade. Entidade de classe de âmbito nacional defensora de direitos fundamentais da Comunidade LGBT. Superação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

A Advocacia-Geral da União suscitou, nos autos, a ilegitimidade da autora para a propositura de ação de controle concentrado de constitucionalidade, argumentando que, embora se trate de entidade representativa de importante segmento social, não se enquadra a referida associação no conceito de “**entidade de classe de âmbito nacional**” (art. 103, IX, da Constituição Federal), o qual, segundo definido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, compreende apenas as entidades representativas de categorias de natureza profissional ou econômica determinada.

Essa questão preliminar foi, no entanto, rechaçada por decisão proferida pelo Ministro Relator em 29 de junho de 2018, que, superando o entendimento pretérito da Suprema Corte, reconheceu que a requerente constitui entidade de classe de âmbito nacional, para os fins do art. 103, IX, da Constituição da República, e, portanto, conheceu da ação. Destacou o Ministro Relator, na oportunidade, a necessidade de revisão da jurisprudência da Corte, no que diz respeito à configuração do requisito “classe” para o acionamento do controle concentrado, de modo a permitir que grupos vulneráveis e minoritários, unidos pela luta por direitos fundamentais, possam deflagrar essa modalidade de fiscalização de constitucionalidade.

Tem razão o Ministro Relator.

A constatação – extraída de dados empíricos sobre as ações diretas de inconstitucionalidade apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal após 1988, mencionados pelo Relator em seu pronunciamento – de que a esmagadora maioria das ações diretas são propostas para a discussão de interesses corporativos, ficando alijado do debate constitucional um amplo rol de direitos fundamentais de caráter existencial, especialmente aqueles ligados a grupos minoritários historicamente marginalizados, torna imperiosa a redefinição das balizas traçadas por essa Suprema Corte, na interpretação do mencionado art. 103, IX, da Constituição, para o acesso à jurisdição constitucional.

O controle jurisdicional de constitucionalidade assumiu papel extremamente relevante no constitucionalismo contemporâneo, que tem, como um de seus elementos distintivos, a afirmação do valor jurídico da Constituição, antes entendida como mera proclamação política destinada a orientar a atuação do legislador. O reconhecimento do valor normativo do texto constitucional, impulsionado pelo cenário de descrença em relação aos poderes políticos majoritários verificado após a II Guerra Mundial, traduziu-se em verdadeiro mecanismo de contenção de abusos do legislador e das maiorias políticas, inaugurando uma nova cultura jurídica que superou o paradigma jurídico legalista até então vigente¹.

Nesse movimento, as Constituições do pós-guerra incorporaram extensos catálogos de direitos fundamentais, que passaram a ser considerados diretamente aplicáveis pelos magistrados na resolução de casos concretos, independentemente da vontade do legislador. Paralelamente a esse fenômeno, os textos constitucionais também criaram ou fortaleceram a jurisdição constitucional, a fim de assegurar a supremacia reconhecida à Constituição.

No Brasil, essa mudança somente se implementou com a Constituição de 1988. Até esse momento, a Constituição não exercia papel de relevo na vida política e social brasileira, e o controle de constitucionalidade tinha pouco destaque no cotidiano do Poder Judiciário.

No caso do controle concentrado de constitucionalidade, a legitimidade para deflagrá-lo, antes de 1988, estava adstrita ao Procurador-Geral da República, que, àquela altura, era agente público livremente nomeado pelo Presidente da República e a ele politicamente subordinado, circunstância que praticamente eliminava a possibilidade de submissão de atos de interesse do Poder Executivo Federal à fiscalização abstrata de constitucionalidade.

Alterando esse cenário, a Constituição de 1988, além de repetir e dilatar o rol de direitos fundamentais já consagrados em textos constitucionais anteriores, ampliou sobremaneira o sistema de jurisdição constitucional brasileiro, com a introdução de novas ações de inconstitucionalidade, além da expressiva ampliação do rol de legitimados ativos para a provocação do controle abstrato de constitucionalidade.

Todavia, a aferição da **legitimidade ativa das entidades de classe** foi feita caso a caso, desde a edição da Constituição de 1988, a partir das balizas construídas pelo Supremo Tribunal Federal. Com foco na jurisprudência existente, as entidades precisam (a) representar a

¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2014.

categoria em sua totalidade, nesse sentido, ter caráter nacional, pela presença efetiva de associados – pessoas físicas e/ou jurídicas – em, pelo menos, (b) nove Estados da Federação (aplicação analógica do artigo 7º, § 1º, da Lei 9.096/1995). Vide: ADI 386, Rel. Min. Sydney Sanches, Plenário, DJ de 28/6/1991; e ADI 1.486-MC, Rel. Min. Moreira Alves, Plenário, DJ de 13/12/1996; (c) demonstrar que seus filiados ou integrantes exercem a mesma atividade econômica ou profissional (ADI 108-QI, Rel. Min Celso de Mello, Plenário, DJ de 5/6/1992; ADI 146, Rel. Min. Maurício Corrêa, Plenário, DJ de 19/12/2002); (d) comprovar pertinência temática entre suas finalidades e a norma objeto da impugnação (ADI 1.873, rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, DJ de 19/9/2003).

Em 2016, houve a repetição dessa jurisprudência tradicional, no afastamento da legitimidade ativa do “Conselho Interdenominacional de Ministros Evangélicos - CIMEB”, com base na ausência de inserção da atividade do citado Conselho no bojo de “categoria econômica ou profissional homogênea”, como se vê abaixo:

“A legitimidade das entidades de classe para a propositura de ações no controle concentrado de constitucionalidade, ex vi do art. 103, IX, 1ª parte, pressupõe o preenchimento dos seguintes requisitos: (i) sejam compostas por pessoas naturais ou jurídicas; (ii) sejam representativas de **categorias econômicas e profissionais homogêneas**; e (iii) tenham âmbito nacional, o que significa ter representação em, pelo menos, 9 (nove) Unidades da Federação (Estados ou Distrito Federal), por aplicação analógica do art. 7º, § 1º, da Lei 9.096/1995 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos – LOPP). 2. O Conselho Interdenominacional de Ministros Evangélicos do Brasil – CIMEB –, a despeito de demonstrar formalmente em seu estatuto o caráter nacional da entidade, **não se afigura como categoria profissional ou econômica**, razão pela qual não possui legitimidade ativa para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade. 3. Nego provimento ao agravo regimental.” (ADI 4294 AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, DJe de 5/9/2016 – grifo não existente no original)

Em 2018, houve novamente enumeração dos requisitos exigidos para se aferir a legitimidade ativa por parte de confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional no controle concentrado de constitucionalidade, a saber:

[...] (a) caracterização como entidade de classe ou sindical, decorrente da representação de categoria empresarial ou profissional (ADI 4294 AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, DJe de 5/9/2016); (b) a abrangência ampla desse vínculo de representação, exigindo-se que a entidade represente toda a respectiva categoria, e não apenas fração dela (ADI 5320 AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, DJe de 7/12/2015); (c) caráter nacional da representatividade, aferida pela demonstração da presença da entidade em pelo menos 9 (nove) estados brasileiros (ADI 4230 AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe de 14/9/2011); e (d) a pertinência temática entre as finalidades institucionais da entidade e o objeto da impugnação (ADI 4722 AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe de 15/2/2017) [...]” (Agravo Regimental

na ADI 5.444, Relator Ministro Alexandre de Moraes, j. de 09/02/2018).

Com base na jurisprudência restritiva vista acima, os grupos sociais com vínculos a defesa de determinadas facetas de direitos humanos não seriam enquadrados formalmente na categoria de classe econômica ou profissional. As reivindicações de tais grupos sociais, em geral minoritários, devem ser assumidas por legitimados com histórico de atenção para com segmentos vulneráveis da sociedade. Ações propostas por partidos políticos, pela Procuradoria-Geral da República (PGR) e pela OAB na defesa de direitos fundamentais são inúmeras; seria despidendo listá-las.

Em que pese a possibilidade de acesso indireto à jurisdição constitucional concentrada, após o o transcurso de pouco mais de trinta anos de vigência dessa Lei Fundamental, verifica-se que é possível incrementar a atuação da jurisdição constitucional como instrumento de salvaguarda de direitos fundamentais, sobretudo aqueles titularizados por minorias sociais e políticas.

Em interessante estudo que busca explicar as causas da baixa efetividade da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na proteção de direitos fundamentais, em comparação com a atuação de outras cortes constitucionais latino-americanas – mais precisamente as cortes da Colômbia e da Costa Rica –, Alonso Freire² traça um panorama sobre a jurisdição constitucional no Brasil, expondo que:

[...] em primeiro lugar, o controle difuso de constitucionalidade no Brasil, embora aberto ao cidadão comum, não tem servido a ele. Em segundo lugar, o instituto da Repercussão Geral tem beneficiado de forma bastante desproporcional o Poder Executivo, de modo que, mais do que um filtro, tem sido ele um verdadeiro instrumento de governo para levar seus interesses à Corte. Em terceiro lugar, parece que o Supremo Tribunal Federal não está sendo provocado o suficiente para se manifestar sobre questões mais diretamente relacionadas aos direitos fundamentais em geral e individuais, em particular.

No que tange à segunda pesquisa, em primeiro lugar, os cientistas políticos que analisam o Supremo Tribunal Federal parecem estar corretos ao afirmarem que o Supremo Tribunal Federal realizada muito mais controle horizontal (disputas entre poderes) do que controle vertical (aplicação de direitos fundamentais). Em segundo lugar, o fato de a Constituição Federal de 1988 ter ampliado o rol de legitimados ativos para deflagarem o controle abstrato não tem representado um ganho ao cidadão comum e à sociedade em geral.

O estudo em questão, a partir de análise comparativa entre as Cortes da Colômbia, Costa Rica e Brasil, aponta, como diferencial importante na atuação da jurisdição consti-

2 FREIRE, Alonso. Desbloqueando os canais de acesso à jurisdição constitucional do STF: Por que não também aqui uma revolução de direitos? *In*: SARMENTO, Daniel (org.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

tucional na proteção de direitos, a concessão de legitimidade popular para provocar diretamente a jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal.

De fato, no que diz respeito ao controle concentrado de constitucionalidade, o rol de legitimados para acioná-lo, inscrito no art. 103 da Constituição de 1988, não contempla, dentro da interpretação que vem sendo conferida a esse dispositivo pelo Supremo Tribunal Federal, particularmente ao seu inciso IX, a possibilidade de acionamento direto da jurisdição constitucional por todos os seguimentos da sociedade civil.

Ao definir o conteúdo do conceito indeterminado “entidade de classe”, a Suprema Corte firmou orientação no sentido de que se trata de entidade cujos filiados ou integrantes exercem a mesma atividade econômica ou profissional³, em leitura extremamente restritiva da abertura dos canais de acesso à jurisdição constitucional promovida Constituinte de 1998.

Essa interpretação, porém, não é a que melhor se coaduna ao espírito democrático do texto constitucional.

O art. 103, IX da Constituição, justamente por permitir o acesso da sociedade civil como *autora* de demandas de provocação da jurisdição constitucional em temas de direitos humanos, deve ser objeto de uma interpretação *evolutiva* típica do regime jurídico dos direitos humanos.

A interpretação evolutiva dos direitos humanos permite que o texto constitucional seja atualizado em face das novas demandas sociais tanto do ponto de vista material quanto processual. A interpretação evolutiva dos direitos humanos é também aceita no plano internacional, corroborando sua utilização interna. Nesse sentido, assinala André de Carvalho Ramos que:

“(…) o princípio da interpretação evolutiva dos tratados de direitos humanos, pelo que se reconhece que o instrumento internacional de direitos humanos deve ser interpretado de acordo com o sistema jurídico do momento de sua aplicação. Nesse sentido, a Corte Europeia de Direitos humanos tem jurisprudência constante que afirma ser a Convenção Europeia de Direitos Humanos um 'instrumento vivo', que deve ser interpretado 'à luz das condições do presente'. Já a Corte Internacional de Justiça decidiu que 'um instrumento internacional deve ser interpretado e aplicado no âmbito do conjunto do sistema jurídico em vigor no momento em que a interpretação é feita'. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por seu turno, adotou esse princípio, sustentando que 'la evolución de los tiempos y las condiciones de la vida actuales', devem direcionar a interpretação dos diplomas de direitos humanos. Com isso, garante-se a consonância da interpretação internacional das nor-

3 ADI 108-QI, Rel. Min Celso de Mello, Plenário, DJ de 5/6/1992; ADI 146, Rel. Min. Maurício Corrêa, Plenário, DJ de 19/12/2002.

mas de direitos humanos com os novos parâmetros sociais, que afetam a própria determinação do que vem a ser a dignidade da pessoa humana”.⁴

No plano interno, a temática da democratização do acesso à jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal não é inédita nessa Corte. No julgamento da ADI 4.029/DF⁵, o voto do Ministro Luiz Fux consignou o seguinte:

A Carta de Outubro de 1988, ao estatuir amplo rol de legitimados para a propositura da Ação Direta, inaugurou nova fase no controle de constitucionalidade brasileiro, superando o amplo domínio do controle difuso e incidental sobre o abstrato e concentrado, decorrente do monopólio conferido pela Constituição de 1967 ao Procurador-Geral da República para a utilização da Representação de Inconstitucionalidade.

O novo regime preza, indubitavelmente, pela abertura dos canais de participação democrática nas discussões travadas pelo Judiciário, colimando instituir aquilo que Häberle definiu como sociedade aberta de intérpretes constitucionais. [...]

O diploma constitucional hoje vigente é dotado de um amplo catálogo de expressões de compreensão equívoca, identificados pela doutrina como cláusulas abertas ou conceitos jurídicos indeterminados, que adquirem densidade normativa a partir da atividade do intérprete, o qual, inevitavelmente, se vale de suas convicções políticas e sociais para delinear a configuração dos princípios jurídicos.

Segundo Robert Alexy, o sistema jurídico é um sistema aberto em face da moral (Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. *passim*), precisamente pela necessidade de conferir significação a princípios abstratos como dignidade, liberdade e igualdade. Sendo assim, seria iniquamente antidemocrático afastar a participação popular desse processo de transformação do axiológico em deontológico.

Nesse contexto, a manifestação da sociedade civil organizada ganha papel de destaque na jurisdição constitucional brasileira. 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. [...]

A interferência do povo na interpretação constitucional, traduzindo os anseios de suas camadas sociais, prolonga no tempo a vigência da Carta Magna, evitando que a insatisfação da sociedade desperte o poder constituinte de seu estado de latência e promova o rompimento da ordem estabelecida.

À luz dessas considerações deve ser interpretado o inciso IX do art. 103, não se recomendando uma exegese demasiadamente restritiva do conceito de “entidade de classe de âmbito nacional”. A participação da sociedade civil organizada nos processos de controle abstrato de constitucionalidade deve ser estimulada em vez de limitada, quanto mais quando a restrição decorre de construção jurisprudencial, à míngua de regramento legal.

4 CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 111-112.

5 ADI 4029, Relator: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 08.03.2012, DJe de 27.06.2012.

Não se deve olvidar que os direitos fundamentais, dentre eles o da participação democrática, merecem sempre a interpretação que lhes dê o maior alcance e efetividade. Recorrendo à lição de Luís Roberto Barroso, merece ser ressaltado que o fundamento para que o Judiciário possa sobrepor a sua vontade à dos agentes eleitos dos outros Poderes reside

justamente na confluência de ideias que produzem o constitucionalismo democrático (Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 286). Essa a configuração de democracia deliberativa engendrada por Carlos Santiago Nino (*La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997), estimulando o pluralismo do debate político, da qual não pode esta Corte descurar.

(ênfase acrescida)

No mesmo sentido foi a decisão proferida pelo Ministro Marco Aurélio na ADI 5.291/DF⁶. Ao propugnar a revisão dos limites subjetivos historicamente impostos ao exercício da legitimidade do inciso IX do art. 103 da Constituição de 1988, o Ministro destacou que:

Não há qualquer razão legítima que justifique esta interpretação restritiva do Supremo. Ela não é postulada pela interpretação literal, pois a palavra “classe” é altamente vaga, comportando leituras muito mais generosas. Ela não se concilia com a interpretação teleológica da Constituição, pois, como se viu acima, frustra o objetivo do texto magno, que foi democratizar o acesso ao controle concentrado de constitucionalidade. Pior, ela colide frontalmente com a interpretação sistemática da Carta, afrontando o postulado de unidade da Constituição.

Com efeito, não há, na Constituição de 88, uma priorização dos direitos e interesses ligados às categorias econômicas e profissionais, em detrimento dos demais. Pelo contrário, a Constituição revelou preocupação no mínimo equivalente com a garantia de outros direitos fundamentais. [...]

Mais recentemente, no paradigmático julgamento do HC nº 143.641/SP⁷, em que o Supremo Tribunal reconheceu a viabilidade de impetração do *habeas corpus* de forma coletiva, o Ministro Ricardo Lewandowski externou a crescente preocupação dessa Corte em assegurar aos grupos sociais vulneráveis mecanismos efetivos de acesso à Justiça:

Com efeito, segundo constatei no Recurso Extraordinário 612.043-PR, os distintos grupos sociais, atualmente, vêm se digladiando, em defesa de seus direitos e interesses, cada vez mais, com organizações burocráticas estatais e não estatais (Cf. FISS, O. *Um Novo Processo Civil: Estudos Norte-Americanos sobre Jurisdição, Constituição e Sociedade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004). Dentro desse quadro, a ação coletiva emerge como sendo talvez a única solução viável para garantir o efetivo acesso destes à Justiça, em especial dos grupos mais vulneráveis do ponto de vista social e econômico.

6 ADI 5291, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 06.05.2015, DJe de 08.05.2015.

7 HC 143641, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 20.02.2018, DJe de 09.10.2018.

De forma coerente com essa realidade, 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.

Diante dessas manifestações, e com base nas razões acima invocadas, entende a Procuradoria-Geral da República que é chegado o momento de submeter ao Plenário dessa Corte a rediscussão da interpretação jurisprudencial conferida ao art. 103, IX, da Constituição Federal, para que, redefinindo-se o sentido até então atribuído à expressão “entidade de classe”, sejam incluídas nesse conceito, além das entidades cujos membros estejam unidos por vínculos de natureza econômica ou profissional, aquelas constituídas para a defesa de grupos sociais vulneráveis, na forma proposta pelo Ministro Relator desta ação.

No tocante à abrangência ampla do vínculo de representação, a associação de defesa de direitos deve defender todos os membros do grupo vulnerável interessado. O caráter nacional da representatividade é requisito constitucional essencial, que pode ser provado pela presença da entidade em pelo menos 9 (nove) estados brasileiros ou por outras provas da dimensão nacional da associação.

No caso, a ABGLT realiza diversas atividades de âmbito nacional, dentre as quais se destacam a promoção de congressos nacionais, marchas, paradas e ações de visibilidade. Tem representação no Conselho Nacional de Saúde, Conselho Nacional de Segurança Pública, Conselho Nacional LGBT, Conselho Nacional de Direitos Humanos, entre outros. Ademais, possui status consultivo no Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas, o que é indicativo de sua representativa nacional.

Assim, conclui-se que a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais- ABGLT pode ser enquadrada no conceito de “entidade de classe de âmbito nacional”, conforme disposto no art. 103-IX da Constituição, sendo comprovada sua legitimidade ativa para a propositura de ações de controle concentrado de inconstitucionalidade.

II. 2. Cabimento da ADPF.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental tem por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato comissivo ou omissivo do Poder Público, quando não houver outro meio apto a saná-la (princípio da subsidiariedade).

A doutrina indica que a análise deste requisito decorre de enfoque objetivo ou de proteção da ordem constitucional objetiva:

Em outros termos, o princípio da subsidiariedade - inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão -, contido no §1º do art. 4º da Lei n. 9.882, de 1999, há de ser compreendido no contexto da ordem constitucional global. Nesse sentido, se considera o caráter enfaticamente objetivo do instituto (o que resulta, inclusive, da legitimação ativa), meio eficaz de sanar a lesão parece ser aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata.

Assim, a Lei 9.882 exige como condição de possibilidade da ADPF, o esgotamento de todos os meios para o saneamento do ato lesivo (§1º do art. 4º). Conforme posição firmada pelo STF na ADPF n. 33, os meios a serem esgotados para que se admita a ADPF são aqueles do controle concentrado. A existência de processos ordinários e recursos extraordinários não deve excluir, a priori, a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da feição marcadamente objetiva dessa ação⁸.

Embora a Constituição e a Lei nº 9.882/1999 não definam o que se entende por preceito fundamental, o Supremo Tribunal Federal já assentou a “*qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, dentre outros), dos princípios protegidos por cláusula pétrea (art. 60, § 4º, da CF) e dos 'princípios sensíveis' (art. 34, VII)*”⁹.

Nesta ADPF, aponta-se lesão aos direitos fundamentais da dignidade humana (art. 1º, III), da proibição de tratamento degradante ou desumano (art. 5º, III) e da saúde (arts. 6º e 196) de travestis e mulheres transexuais, todos assegurados pela Constituição Federal, os quais, indiscutivelmente, enquadram-se no parâmetro fornecido pela jurisprudência dessa Suprema Corte para a definição dos preceitos da Lei Maior passíveis de lesão que justifique o processo e julgamento da arguição de descumprimento.

No presente caso, aponta-se a existência de decisões judiciais, a exemplo daquela proferida pelo Juízo da Vara de Execução Penal do Distrito Federal no HC nº 00022531720188070015, que, a pretexto de observarem o quanto determinam os arts. 3º, §§1º e 2º, e 4º, *caput* e parágrafo único, ambos da Resolução Conjunta nº 1/2014 da Presidência da República e do Conselho de Combate à Discriminação, têm negado a

8 CANOTILHO, J. J. GOMES; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet e STRECK, Lenio Luiz. Coordenação Científica. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 1499.

9 STF. ADPF 388, relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe 1º.8.2016.

transexuais femininas ou a travestis a transferência para estabelecimentos prisionais compatíveis com suas identidades de gênero.

Certo é, porém, que Supremo Tribunal Federal, por meio de decisão proferida pelo Ministro Roberto Barroso no HC nº 152.491/SP, concedeu ordem de *habeas corpus* de ofício para determinar ao Juízo da Comarca de Tupã/SP a colocação de pacientes transgênero, que se encontravam em penitenciária masculina, em estabelecimento prisional compatível com as respectivas orientações sexuais, utilizando, como um dos elementos embasadores desse pronunciamento jurisdicional, exatamente o teor da citada Resolução Conjunta nº 1/2014. Da ementa do julgado, constou o seguinte:

Processual Penal. Habeas corpus. Extorsão. Direito de recorrer em liberdade. Regime inicial. Inadequação da via eleita.

1. Não cabe habeas corpus em substituição ao recurso ordinário constitucional.
2. A fundada probabilidade de reiteração criminosa e a gravidade em concreto do crime justificam a decretação da custódia cautelar para a garantia da ordem pública.
3. Acarreta indevida supressão de instância a análise de matéria que não foi submetida a exame da autoridade impetrada.
4. **A notícia de que a parte acionante está recolhida em estabelecimento prisional incompatível com a sua orientação sexual autoriza a concessão da ordem de ofício.**
5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício.¹⁰
(ênfase acrescida).

Ademais, no julgamento da ADI 4.275/DF, o Plenário da Corte, com fundamento na necessidade de garantia da dignidade das pessoas transgênero e de reconhecimento de suas identidades independente de qualquer fator objetivo externo às suas subjetividades, julgou procedente a ação “para dar interpretação conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58 da Lei 6.015/73, de modo a reconhecer aos transgêneros que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil”.¹¹

No ponto, vale mencionar que essa Corte já reconheceu o cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental em contexto de prolação de decisões judiciais contrárias à sua jurisprudência:

¹⁰ HC 152491, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 14/02/2018, publicado DJe de 20/02/2018.

¹¹ ADI 4.275/DF, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO, Redator para o acórdão: Ministro EDSON FACHIN, julgado em 1º. 03.2018, acórdão pendente de publicação.

[...] 4. Norma impugnada que trata da remuneração do pessoal de autarquia estadual, vinculando o quadro de salários ao salário mínimo. **5. Cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental (sob o prisma do art. 3º, V, da Lei nº 9.882/99) em virtude da existência de inúmeras decisões do Tribunal de Justiça do Pará em sentido manifestamente oposto à jurisprudência pacificada desta Corte quanto à vinculação de salários a múltiplos do salário mínimo [...].** 12. Caracterizada controvérsia relevante sobre a legitimidade do Decreto Estadual nº 4.307/86, que aprovou o Regulamento de Pessoal do IDESP (Resolução do Conselho Administrativo nº 8/86), ambos anteriores à Constituição, em face de preceitos fundamentais da Constituição (art. 60, §4º, I, c/c art. 7º, inciso IV, in fine, da Constituição Federal) revela-se cabível a ADPF. **13. Princípio da subsidiariedade (art. 4º, §2º, da Lei nº 9.882/99): inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão, compreendido no contexto da ordem constitucional global, como aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata.** [...] ¹²

(ênfase acrescida)

Importante também destacar que a decisão proferida pela Justiça do Distrito Federal no HC nº 00022531720188070015, anteriormente mencionado, afastou a aplicação da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal no HC nº 152.491/SP, dentre outras razões, pela ausência de efeito *erga omnes* deste último pronunciamento, circunstância indicativa de que a adoção de medidas pontuais e específicas, em processos de índole subjetiva nos quais se discuta a temática ora submetida à apreciação deste Supremo Tribunal, mostra-se ineficaz para a efetiva salvaguarda e observância dos preceitos fundamentais invocados nesta ADPF, o que demonstra, portanto, o cabimento da presente ação, como instrumento apto a fornecer solução abrangente e imediata para a controvérsia.

II. 3. Requisitos autorizadores do deferimento da medida cautelar.

Uma vez superadas as questões preliminares acima expostas, e passando-se ao exame da presença dos requisitos que autorizam o deferimento da medida cautelar, verifica-se que deve ser acolhido o pleito formulado na inicial desta ação.

Aponta-se, neste feito, a existência de descumprimento dos preceitos fundamentais assecuratórios da dignidade humana (CF/1988, art. 1º, III), da proibição de tratamento degradante ou desumano (CF/1988, art. 5º, III) e do direito à saúde (CF/1988, art. 196) de travestis e mulheres transexuais, decorrente da prolação de decisões judiciais que, em interpretação do disposto nos arts. 3º, §§1º e 2º, e 4º, *caput* e parágrafo único, ambos da Resolução Conjunta nº 1/2014 da Presidência da República e do Conselho de Combate à Discriminação, a qual estabelece parâmetros de acolhimento do público LGBT submetido à privação de liber-

¹² ADPF 33/PA, Relator: Ministro GILMAR MENDES, DJ de 27.10.2006, p. 31.

dade nos estabelecimentos prisionais brasileiros, têm negado a alocação dessas pessoas em estabelecimentos prisionais compatíveis com sua identidade de gênero.

A autora da ação ilustrou a alegação feita na inicial por meio de referência à decisão proferida pela Vara de Execução Penal do Distrito Federal no HC nº 00022531720188070015, cujo Juízo, em 15.03.2018, indeferiu ordem de *habeas corpus* impetrada em favor de diversas pessoas transexuais ou travestis, que se encontravam encarceradas no Centro de Detenção Provisória – CDP da Secretaria do Sistema Penitenciário (Sesipe), da Secretaria de Estado da Segurança Pública do Distrito Federal, a fim de que fossem transferidas para estabelecimento prisional compatível com sua identidade de gênero (feminino).

Os fundamentos lançados nessa decisão, para a negativa do *writ*, foram os seguintes: a) a Resolução Conjunta nº 1/2014 exige apenas que se reservem a travestis e transexuais “espaços de vivência específicos”, sem aludir expressamente a presídio feminino; (ii) os travestis e transexuais, no caso concreto, já estariam alocados em celas separadas dos homens, receberiam banho de sol em local diverso e teriam assegurado o direito à visita íntima; (iii) os pacientes não passaram por cirurgia de transgenitalização; (iv) embora não haja superlotação, também inexistem espaços ociosos nos presídios femininos, de modo que as mulheres transgênero seriam confinadas com as mulheres cisgênero; (v) as presidiárias cisgênero teriam sua dignidade e integridade postas em risco, se fossem confinadas com mulheres transgênero; (vi) os travestis e as mulheres transexuais nasceram biologicamente homens, têm força superior e vantagem física sobre as mulheres cisgênero, o que representaria risco para as últimas em caso de brigas; (vii) haveria possibilidade, em percentual não desprezível, de ocorrência de relação sexual forçada entre mulheres transgênero e cisgênero; (viii) devem ser preservados os interesses das agentes de segurança penitenciária, que trabalham nos presídios femininos e que poderão ter de apartar brigas entre mulheres cisgênero e transgênero, estas últimas dotadas de superioridade física.

De fato, o exame dessas razões revela, ao menos neste momento de juízo provisório sobre a matéria em debate, próprio das medidas cautelares, a existência de agressão aos preceitos fundamentais invocados pela autora da ação, bem como de contrariedade à jurisprudência desse Supremo Tribunal Federal, que vem reiteradamente afirmando a necessidade do reconhecimento da identidade de gênero, pelo Estado, como fator indispensável para o pleno gozo dos direitos humanos das pessoas transgênero.

Frise-se, de início, que é notória a imprescindibilidade da adoção de políticas públicas sérias para eliminar ou, no mínimo, reduzir as violações da integridade e da dignidade dos transgênero. Isto, contudo, não pode conduzir à conclusão de que, enquanto não implementadas tais políticas, as atuais práticas causadoras de danos morais ou pessoais aos transgênero devam ser desprezadas, sobretudo quando reconhecido que a realidade cultural e social do país tem constantemente levado os indivíduos a lesar direitos fundamentais relativos à dignidade e à integridade física e psíquica dessas minorias.

A invocação seletiva de razões de Estado para negar especificamente a uma categoria de sujeitos o direito à integridade física e psíquica, à dignidade, bem como outros direitos da personalidade, não é compatível com o sentido e alcance do princípio da jurisdição. Em tal sentido, recusar aos transgênero os mecanismos de reparação judicial de danos sofridos, deixando-os privados de qualquer proteção estatal, resultaria em manter excluída do Estado Democrático de Direito parte da população brasileira, o que contraria os valores fundantes da República delineada em 1988.

O Direito deve ser capaz de acompanhar as mudanças cotidianas, estar atento às realidades sociais, *“libertando-se de preconceitos que nos impedem de aceitar o próximo do jeito que é”*¹³. O Judiciário, em sua atuação, deve ter como premissa máxima a garantia da dignidade de todo ser humano, indistintamente.

Feito esse breve registro, com o intuito de evidenciar a importância individual, social e jurídica da atuação dessa Suprema Corte no caso em exame, ingressa-se na exposição das razões pelas quais este órgão ministerial entende ser cabível o deferimento da medida cautelar requerida na presente ação.

II. 3.1. Violação de direitos fundamentais da pessoa transgênero.

Para adequado enquadramento do objeto de discussão neste feito, é preciso, antes de tudo, esclarecer o que se entende por “identidade de gênero”, a qual foi definida pelo art. 1º, II, do Decreto Federal nº 8.727/2016, da seguinte forma:

Art. 1º. [...]

II – identidade de gênero – dimensão da identidade de uma pessoa que diz respeito à forma como se relaciona com as representações de masculinidade e feminilidade e como

13 DINIZ, Máira Coraci. **Direito à não discriminação: travestilidade e transexualidade**. São Paulo: Estúdio Editores, 2014, p. 8.

isso se traduz em sua prática social, sem guardar relação necessária com o sexo atribuído no nascimento.

O conceito está alinhado com aquele apresentado no Preâmbulo dos Princípios de Yogyakarta, segundo o qual a identidade de gênero consiste:

[...] na experiência interna, individual e profundamente sentida que cada pessoa tem em relação ao gênero, que pode, ou não, corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo-se aí o sentimento pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive o modo de vestir-se, o modo de falar e maneirismos;¹⁴

A afirmação da identidade de gênero, compreendida pela identidade humana, encerra a realização da dignidade no que tange à possibilidade de expressar todos os atributos e características do gênero imanente a cada pessoa. Para o transgênero, ter uma vida digna implica necessariamente **ter reconhecida a sua identidade de gênero**, sob a ótica psicossocial, a refletir a verdade real por ele vivenciada e que se reflete na sociedade¹⁵.

O direito ao reconhecimento pode ser definido como o direito à manutenção da identidade pessoal e ao reconhecimento dos direitos a ela inerentes. Os Princípios de Yogyakarta o mencionam como *direito ao reconhecimento perante a lei*, e como seu corolário estabelecem o dever do Estado de *implementar programas focalizados para apoiar socialmente todas as pessoas que vivem uma situação de transição ou mudança de gênero* (Princípio 3, f) e *tomar todas as medidas legislativas, administrativas e de outros tipos que sejam necessárias para respeitar plenamente e reconhecer legalmente a identidade de gênero auto-definida por cada pessoa* (Princípio 3, b). Conforme leciona André de Carvalho Ramos, “os

14 Princípios de Yogyakarta: Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Yogyakarta, Indonésia, 2006. Disponível em: <http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf>, acesso em: 18.12.2016. Os Princípios de Yogyakarta são normas de direitos humanos e de sua aplicação a questões de orientação sexual e identidade de gênero. Afirmam a obrigação primária dos Estados de implementarem os direitos humanos. Cada princípio é acompanhado de detalhadas recomendações aos Estados. Suas normas jurídicas internacionais são vetores interpretativos, devendo ser observadas por todos os Estados. O documento foi elaborado a pedido de Louise Arbour, ex-alta comissária da ONU para os Direitos Humanos, em novembro de 2006, na cidade indonésia de Yogyakarta, por um grupo de 29 especialistas em Direito Internacional dos Direitos Humanos de vários países. Foi apresentado, em 26.03.2007, no Conselho de Direitos Humanos da ONU e posteriormente ratificado pela Comissão Internacional de Juristas.

15 Foi na mesma linha a decisão da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.008.398, em que reconhecido, à unanimidade, o direito de transexual à alteração do prenome e designativo de sexo no registro civil. REsp 1.008.398, Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI, DJe de 18.11.2009.

'Princípios' representam importante vetor de interpretação do direito à igualdade e combate à discriminação por orientação sexual"¹⁶.

O princípio do reconhecimento, além de prever que *toda pessoa tem o direito de ser reconhecida, em qualquer lugar, como pessoa perante a lei*, reza que:

A orientação sexual e identidade de gênero autodefinidas por cada pessoa constituem parte essencial de sua personalidade e um dos aspectos mais básicos de sua autodeterminação, dignidade e liberdade. Nenhuma pessoa deverá ser forçada a se submeter a procedimentos médicos, inclusive cirurgia de mudança de sexo, esterilização ou terapia hormonal, como requisito para o reconhecimento legal de sua identidade de gênero. Nenhum *status*, como casamento ou *status* parental, pode ser invocado para evitar o reconhecimento legal da identidade de gênero de uma pessoa. Nenhuma pessoa deve ser submetida a pressões para esconder, reprimir ou negar sua orientação sexual ou identidade de gênero.¹⁷

Imperioso, então, concluir que o reconhecimento legal da identidade de gênero de uma pessoa independe de alteração no registro civil, de travestimento, da conclusão de processo transexualizador ou de que ele/ela seja inconfundível com alguém do sexo oposto ao seu sexo biológico. **Basta, para tanto, que a pessoa, por não desejar ser identificada e socialmente reconhecida pelo seu sexo biológico – ou seja, por uma questão de identidade –, apresente-se como do sexo oposto.**

Em contrapartida, não é demais exigir que haja um mínimo de exteriorização dessa vontade de se identificar como do sexo oposto. Isto é: não é razoável presumir o dano praticado em relação àquele que não apresente processo mínimo de transformação de gênero que permita perceber essa vontade de identificação individual e social.

Ademais, não parecer razoável reconhecer a vivência do gênero por mera funcionalidade (*crossdressers*¹⁸, *drag queens*, *drag kings*¹⁹ e transformistas²⁰) – e apenas por isto –

16 CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direitos humanos*. 6^a ed., São Paulo: Saraiva, p. 289 e seguintes.

17 Princípios de Yogyakarta (Princípio 3 – Direito ao reconhecimento perante a lei).

18 *Crossdressers* são pessoas que vestem roupa ou utilizam objetos associados ao sexo oposto, por qualquer uma de muitas razões, desde vivenciar uma faceta feminina (para os homens), masculina (para as mulheres), por motivos profissionais ou para obter gratificação sexual, dentre outros.

19 *Drag* é uma abreviação do termo “*Dressed as a girl*”. *Drag queens* designa os que se montam de mulher e *drag kings* as que se montam de homem.

20 Transformistas, *grag-kings* e *drag-queens* montam-se apenas em ocasiões e lugares especiais, que eles sempre denominam noite, embora possa acontecer durante o dia. Boates, festas, programas de televisão, entre outros. O tempo (dia ou noite) é geralmente quem define o masculino ou feminino. Dizem: “*eu sou homem de dia e mulher de noite*”. O corpo é modificado com maquiagem, roupa, espuma para fazer seios e ancas. Diante de uma transformista “montada” não é possível saber se se trata de homem, mulher, travesti ou transexual. A diferença entre transformistas e *grag-kings* ou *drag-queens* é o fato de as últimas não terem a preocupação de “parecer mulher”. A maquiagem é carregada, a roupa exagerada, com altas plataformas, cabelos coloridos, etc. Essas distinções são apresentadas por Juliana Gonzaga Jayme, no texto “Travestis,

como circunstância apta a interferir na análise da questão ora enfrentada, relativa ao direito de ocupar espaço reservado ao gênero no qual a pessoa está travestida. A seguinte lição é elucidativa quanto ao ponto:

Reconhecendo-se a diversidade de formas de viver o gênero, dois aspectos cabem na dimensão transgênero, enquanto expressões diferentes da condição. A vivência do gênero como:

1. Identidade (o que caracteriza transexuais e travestis); OU como
2. Funcionalidade (representado por *crossdressers*, *drag queens*, *drag kings* e transformistas)²¹.

A vivência de gênero como mera funcionalidade pode até atender a alguma necessidade pessoal, vivenciada de forma delimitada, mas, por não incluir a busca pela identidade, não gera demanda pelo reconhecimento.

O que parece razoável, então, é que o dano seja reconhecido em relação àqueles que de fato, almejem a vivência do gênero como identidade, ainda que não o seja em relação aos que a busquem apenas por funcionalidade, sem que esteja em causa aqui o aspecto da orientação sexual.

A Suprema Corte de Maine, nos Estados Unidos, ao reconhecer o direito de aluna transgênero de utilizar, em sua escola, o banheiro referente ao gênero com o qual se identifica, no caso *John Doe et. al. Regional School Unit 26*²², esclareceu que a decisão não tinha o condão de estabelecer ou sugerir que as escolas permitissem o acesso a banheiros com base na exclusiva **autodeclaração** de identidade de gênero. Confira-se:

Thus, we do not suggest that any person could demand access to any school facility or program based solely on a self-declaration of gender identity or confusion without the plans developed in cooperation with the school and the accepted and respected diagnosis that are present in this case. Our opinion must not be read to require schools to permit students casual access to any bathroom of their choice²³.

Transformistas, Drag-Queens, Transexuais: identidade, corpo e gênero.” Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/lab2004/inscricao/pdfs/painel3/JulianaJaime.pdf>>, acesso 19.12.2018.

- 21 DE JESUS, Jaqueline Gomes. **Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos**. Brasília, 2012, p. 7. Disponível em: https://www.sertao.ufg.br/up/16/o/ORIENTA%C3%87%C3%95ES_POPULA%C3%87%C3%83O_TRANS.pdf?1334065989. Acesso em 22 de mai. 2015.
- 22 MAINE SUPREME JUDICIAL COURT. *John Doe et. al. Regional School Unit 26*. Case No. Pen-12-582 (ME S.Ct., Jan. 30, 2014). Disponível em: <<http://www.glad.org/uploads/docs/cases/doe-v-clenchy/doe-v-clenchy-decision-1-30-14.pdf>>, acesso em 19.12.2018.
- 23 MAINE SUPREME JUDICIAL COURT. *John Doe et. al. Regional School Unit 26*. Case No. Pen-12-582 (ME S.Ct., Jan. 30, 2014, p. 13).

Na presente situação, em idêntico sentido, não se está a tratar de pessoas que simplesmente declaram o pertencimento a um sexo oposto ao seu sexo biológico, mas assim se identificam individual e socialmente, física e psiquicamente, o que lhes garante o direito ao reconhecimento de sua identidade de gênero²⁴.

Segundo Axel Honneth, a negativa desse reconhecimento gera uma violência ou abuso físico, que consiste no impedimento de alguém estar fisicamente seguro no mundo, e uma violência não física. Uma das formas de violência não física citada por Honneth é exatamente a exclusão de alguém de uma esfera de direitos, negando-lhe autonomia social e possibilidade de interação. A isso o autor denomina ostracismo social. A segunda forma de violência não física é a negativa de valor a uma forma de ser ou de viver, e é ela que está por trás das formas de tratamento degradante e insultuoso a certas pessoas e grupos, pois promove o desrespeito por maneiras individuais ou coletivas de viver²⁵, exatamente como se verifica no caso em apreço.

Ao se negar a custodiadas transexuais do gênero feminino, bem como a custodiadas travestis identificadas socialmente com o gênero feminino, a alocação em estabelecimento prisional compatível com o sexo feminino, submete-se essas pessoas às duas formas de violência citadas por Honneth, negando-se-lhes a autonomia social, a possibilidade de interação e a vivência da sua identidade.

O objeto da discussão não se restringe – como pareceu entender o Juízo da Vara de Execução Penal do Distrito Federal, na decisão que instrui a inicial da presente ADPF –, à preservação da integridade física dessas pessoas, por meio de sua colocação em “espaços de vivências específicos” dentro de presídios masculinos. Trata-se, na realidade, de garantir que essas pessoas possam ser o que são, possam ser reconhecidas como quem são, e, ainda, possam gozar de um direito básico, mas não por isso menos desprezível, de todo e qualquer ser humano: o de ocupar espaço especificamente destinado ao gênero ao qual pertencem.

O direito ao reconhecimento, portanto, deve afirmar-se como um **direito**, em primeiro lugar, e precisará traduzir-se em esforços públicos – estatais e não-estatais – que reti-

24 Conforme conceitos inscritos na Resolução Conjunta nº 1/2014, cuja interpretação discute-se nesta ação, travestis *são pessoas que pertencem ao sexo masculino na dimensão fisiológica, mas que socialmente se apresentam no gênero feminino, sem rejeitar o sexo biológico*, ao passo que transexuais *são pessoas que são psicologicamente de um sexo e anatomicamente de outro, rejeitando o próprio órgão sexual biológico* (art. 1º, parágrafo único, IV e V, respectivamente).

25 HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Ed. 34, 2003, pp. 213-219.

rem, ou, ao menos, minimizem, as consequências jurídicas de um estigma social sofrido pelo indivíduo estigmatizado.

Nesse contexto, impedir a alocação em presídios femininos de transexuais do gênero feminino, e de travestis identificadas socialmente com o gênero feminino, equivale a negar-lhes, individual e socialmente, **a identidade feminina**. A desarmonia psicossocial que a entrada de alguém com aparência de mulher em um presídio masculino causa à sua identidade pessoal é inegável, e dispensa maiores considerações.

Note-se que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Todos os direitos humanos são universais, interdependentes, indivisíveis e inter-relacionados. A “orientação sexual” e a “identidade gênero” são essenciais para a dignidade e humanidade de cada pessoa e não devem ser motivo de discriminação ou abuso²⁶.

A “orientação sexual” consiste na capacidade que cada indivíduo tem de ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por pessoas de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com esses indivíduos²⁷. O que importa, contudo, para fins da presente discussão não é a “orientação sexual”, mas a “identidade de gênero”, já acima delineada.

Como ressaltou a Procuradoria-Geral da República em parecer no RE nº 845.779/SC, no qual se discute, sob a sistemática da repercussão geral, o uso de banheiro público por transgênero, o respeito pela identidade de gênero é parte essencial da igualdade entre homem e mulher, assegurada no art. 5º, I, da Constituição, no art. 24 da Convenção Americana de Direitos Humanos, no art. I, primeira parte, da Declaração Universal dos Direitos Humanos e no art. 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

É parte igualmente essencial do direito à não-discriminação por motivos de sexo, orientação sexual ou identidade de gênero, tal como assegurado na Declaração Universal dos Direitos Humanos (no art. I, primeira parte) e nos seguintes tratados ratificados pelo Brasil: Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 2) e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (arts. 2, 4, 24 e 26).

De destacar, ademais, o artigo 1.1. da Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância - assinada, apesar de ainda não ratificada, pelo Brasil

²⁶ Introdução aos Princípios de Yogyakarta.

²⁷ Preâmbulo dos Princípios de Yogyakarta.

-, que estabelece expressamente o sexo, a orientação sexual, a identidade e a expressão de gênero como fatores de discriminação²⁸.

Também os já multicitados Princípios de Yogyakarta tratam da isonomia e, especificamente, da não-discriminação por motivações de gênero, nos seguintes termos:

Princípio 1 - DIREITO AO GOZO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Os seres humanos de todas as orientações sexuais e identidades de gênero têm o direito de desfrutar plenamente de todos os direitos humanos.

Os Estados deverão:

[...]

c) Implementar programas de educação e conscientização para promover e aprimorar o gozo pleno de todos os direitos humanos por todas as pessoas, não importando sua orientação sexual ou identidade de gênero;

d) Integrar às políticas de Estado e ao processo decisório uma abordagem pluralista que reconheça e afirme a inter-relacionalidade e indivisibilidade de todos os aspectos da identidade humana, inclusive aqueles relativos à orientação sexual e identidade de gênero.

Princípio 2 - DIREITO À IGUALDADE E À NÃO DISCRIMINAÇÃO

Todas as pessoas têm o direito de desfrutar de todos os direitos humanos livres de discriminação por sua orientação sexual ou identidade de gênero. Todos e todas têm direito à igualdade perante à lei e à proteção da lei sem qualquer discriminação, seja ou não também afetado o gozo de outro direito humano. A lei deve proibir qualquer dessas discriminações e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer uma dessas discriminações. A discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero inclui qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada na orientação sexual ou identidade de gênero que tenha o objetivo ou efeito de anular ou prejudicar a igualdade perante à lei ou proteção igual da lei, ou o reconhecimento, gozo ou exercício, em base igualitária, de todos os direitos humanos e das liberdades fundamentais. A discriminação baseada na orientação sexual ou identidade de gênero pode ser, e comumente é, agravada por discriminação decorrente de outras circunstâncias, inclusive aquelas relacionadas ao gênero, raça, idade, religião, necessidades especiais, situação de saúde e status econômico.

Os Estados deverão:

a) Incorporar os princípios de igualdade e não discriminação por motivo de orientação sexual e identidade de gênero nas suas constituições nacionais e em outras legislações apropriadas, se ainda não tiverem sido incorporados, inclusive por meio de emendas e interpretações, assegurando-se a aplicação eficaz desses princípios;

28 Artigo 1. Para os efeitos desta Convenção: 1. Discriminação é qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, em qualquer área da vida pública ou privada, cujo propósito ou efeito seja anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais consagrados nos instrumentos internacionais aplicáveis aos Estados Partes. **A discriminação pode basear-se em** nacionalidade, idade, **sexo, orientação sexual, identidade e expressão de gênero**, idioma, religião, identidade cultural, opinião política ou de outra natureza, origem social, posição socioeconômica, nível educacional, condição de migrante, refugiado, repatriado, apátrida ou deslocado interno, deficiência, característica genética, estado de saúde física ou mental, inclusive infectocontagioso, e condição psíquica incapacitante, ou qualquer outra condição. (ênfase acrescida)

- b) Revogar dispositivos criminais e outros dispositivos jurídicos que proibam, ou sejam empregados na prática para proibir, a atividade sexual consensual entre pessoas do mesmo sexo que já atingiram a idade do consentimento, assegurando que a mesma idade do consentimento se aplique à atividade sexual entre pessoas do mesmo sexo e pessoas de sexos diferentes;
- c) Adotar legislação adequada e outras medidas para proibir e eliminar a discriminação nas esferas pública e privada por motivo de orientação sexual e identidade de gênero;
- d) Tomar as medidas adequadas para assegurar o desenvolvimento das pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas, para garantir que esses grupos ou indivíduos desfrutem ou exerçam igualmente seus direitos humanos. Estas medidas não podem ser consideradas como discriminatórias;
- e) Em todas as respostas à discriminação na base da orientação sexual ou identidade de gênero deve-se considerar a maneira pela qual essa discriminação tem interseções com outras formas de discriminação;
- f) Implementar todas as ações apropriadas, inclusive programas de educação e treinamento, com a perspectiva de eliminar atitudes ou comportamentos preconceituosos ou discriminatórios, relacionados à ideia de inferioridade ou superioridade de qualquer orientação sexual, identidade de gênero ou expressão de gênero.

Sobre o tratamento das pessoas privadas de liberdade, e a necessidade de que sua orientação sexual e identidade de gênero sejam respeitadas, como partes essenciais de sua dignidade, o Princípio 9 desse mesmo documento é taxativo:

Princípio 9: Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com humanidade e com respeito pela dignidade inerente à pessoa humana. A orientação sexual e identidade de gênero são partes essenciais da dignidade de cada pessoa.

Os Estados deverão:

- a) Garantir que a detenção evite uma maior marginalização das pessoas motivada pela orientação sexual ou identidade de gênero, expondo-as a risco de violência, maus-tratos ou abusos físicos, mentais ou sexuais;
- b) Fornecer acesso adequado à atenção médica e ao aconselhamento apropriado às necessidades das pessoas sob custódia, reconhecendo qualquer necessidade especial relacionada à orientação sexual ou identidade de gênero, inclusive no que se refere à saúde reprodutiva, acesso à informação e terapia de HIV/Aids e acesso à terapia hormonal ou outro tipo de terapia, assim como a tratamentos de reassignação de sexo/gênero, quando desejado;
- c) Assegurar, na medida do possível, que todos os detentos e detentas participem de decisões relacionadas ao local de detenção adequado à sua orientação sexual e identidade de gênero;
- d) Implantar medidas de proteção para todos os presos e presas vulneráveis à violência ou abuso por causa de sua orientação sexual, identidade ou expressão de gênero e assegurar, tanto quanto seja razoavelmente praticável, que essas medidas de proteção não impliquem maior restrição a seus direitos do que aquelas que já atingem a população prisional em geral;

- e) Assegurar que as visitas conjugais, onde são permitidas, sejam concedidas na base de igualdade a todas as pessoas aprisionadas ou detidas, independente do gênero de sua parceira ou parceiro;
- f) Proporcionar o monitoramento independente das instalações de detenção por parte do Estado e também por organizações não-governamentais, inclusive organizações que trabalhem nas áreas de orientação sexual e identidade de gênero;
- g) Implantar programas de treinamento e conscientização, para o pessoal prisional e todas as outras pessoas do setor público e privado que estão envolvidas com as instalações prisionais, sobre os padrões internacionais de direitos humanos e princípios de igualdade e não-discriminação, inclusive em relação à orientação sexual e identidade de gênero.

É possível, então, relacionar o direito à alocação de transexuais femininas e de travestis em presídios femininos com o conteúdo essencial do direito de igualdade e com a proibição de discriminação direta e indireta por motivo de identidade de gênero.

Desse modo, ao determinar-se que seja viabilizada a permanência de indivíduo em estabelecimento prisional destinado ao sexo com o qual se identifica e se apresenta socialmente, o Estado cumpre os princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana – como expressamente previstos no âmbito interno e internacional.

Ressalte-se, no ponto, que compelir transexuais femininas e travestis a ocuparem “espaços de vivência específicos” em presídios masculinos também constitui medida de segregação, incompatível com o respeito ao direito à igualdade e à não-discriminação, porquanto as submete ao constrangimento de permanecerem confinadas em locais restritos dentro do estabelecimento prisional, impingindo-lhes rótulo segregacionista e discriminatório.

Outro direito fundamental diretamente ligado ao caso é o direito à segurança, uma vez que obrigar transexuais femininas e travestis a permanecerem custodiadas em estabelecimento prisional destinado a sexo diverso daquele com o qual se identificam pode colocá-las não apenas em situação de constrangimento e, por isto, atentatória à sua dignidade, mas também de efetivo risco à sua incolumidade física e moral, violando-se o seu direito à segurança pessoal.

Já em seu preâmbulo, a Constituição da República prevê a segurança como valor supremo *de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos*; no art. 6º, como direito social; e, no art. 144, estabelece a segurança pública como dever do Estado.

O direito à segurança pessoal está igualmente prescrito no art. 3º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, segundo o qual toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal, e, diretamente relacionado aos transgênero, nos Princípios de Yogyakarta, que assim dispõem:

Princípio 5 - DIREITO À SEGURANÇA PESSOAL

Toda pessoa, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero, tem o direito à segurança pessoal e proteção do Estado contra a violência ou dano corporal, infligido por funcionários governamentais ou qualquer indivíduo ou grupo.

Os Estados deverão:

a) Tomar todas as medidas policiais e outras medidas necessárias para prevenir e proteger as pessoas de todas as formas de violência e assédio relacionadas à orientação sexual e identidade de gênero; [...]

Apesar disso, são de conhecimento público os episódios de violência física, moral e sexual sofridos por transmulheres em presídios masculinos, como também é evidente o prejuízo à saúde dessas pessoas daí decorrente. Em nota técnica produzida no ano de 2017 pela Coordenação de Políticas Públicas para Mulheres e Promoção das Diversidades, do Ministério da Justiça e Segurança Pública, consignou-se que:

A população LGBT, em geral, integra a parcela particularmente vulnerável no sistema prisional, haja vista os riscos de discriminação e violências (física, psicológica, moral e sexual), mais especificamente para as pessoas trans, considerando o assujeitamento a que elas são submetidas, bem como a exclusão de atividades como esporte e educação, o que faz com esse grupo [sofra] além de uma dupla restrição de liberdade, uma acentuada restrição de direitos.²⁹

Os avanços conquistados, no Judiciário e no Executivo, no combate à discriminação por orientação sexual e identidade de gênero, não foram suficientes para modificar esse cenário de violência. Observam-se violências ainda mais marcadas pelo ódio e pela rejeição. Consoante destacado pelo Ministro Relator, em decisão proferida nestes autos, *o Brasil é o país que mais mata transexuais no mundo, seguido pelo México, que apresenta, contudo, menos de 1/3 (um terço) dos nossos números de mortes*, de acordo com dados extraídos do relatório da ONG *Transgender Europe* (TGEu).

²⁹ Nota Técnica nº 2/2017/COPMD/DIRPP/DEPEN, íntegra disponível em: https://www.anadep.org.br/wtksite/grm/envio/2281/SEI_08016.008235_2017_39.pdf, acesso em 18.12.2018.

Débora Diniz, em seu artigo *O Escândalo da Homofobia: Imagens de Vítimas e Sobreviventes*, bem retrata a vulnerabilidade, ou melhor, a violência a que se sujeitam as minorias de que aqui se trata:

Os fora da heteronorma são sujeitos vulnerabilizados pela violência epistêmica que os subalterniza. Se essa é uma experiência compartilhada por todos nós, há uma diferença entre sofrer subjugação moral e vivenciar a atualização da norma pela força física. A violência é uma forma brutal de subjugar os indivíduos à ordem moral hegemônica. Vítimas e sobreviventes são personagens que experienciaram a inscrição normalizadora pela violência ou, nos termos de Veena Das (2008), que passaram de vulneráveis a vítimas. Ser vulnerável não é o mesmo que ter experimentado a violência normalizadora no corpo: os fora da heteronorma são vulneráveis à moral hegemônica que lhes precariza a existência, mas alguns são ainda disciplinados com a força física ou com a sentença de morte. A violência física é, talvez, o instante mais cruel de atualização da heteronorma, e a imagem é o testemunho material de como ela se inscreve nos corpos. As imagens nos sensibilizam para a passagem do vulnerável à vítima³⁰.

Essas violações de direitos humanos que atingem pessoas em decorrência de sua orientação sexual ou identidade de gênero, real ou percebida, constituem, portanto, um padrão consolidado, que causa sérias preocupações e que, por esta razão, não pode ser ignorado pelo Poder Judiciário brasileiro. Essas violações incluem execuções, tortura e maus-tratos, detenção arbitrária, negação de oportunidades de emprego e educação, agressões sexuais, estupro e invasão de privacidade. Não bastasse isso, as violações são frequentemente agravadas por outras formas de violência, ódio, discriminação e exclusão, como a relatada no presente caso. A atuação do Judiciário, por vezes, mostra-se como a única via eficaz para a reparação dessas violações.

II. 3.2. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Em 1º.03.2018, o Supremo Tribunal Federal, em decisão histórica na ADI nº 4.275/DF, alçou as identidades transgênero a uma patamar de proteção constitucional que não pode ser desconsiderado, quer pelas instâncias ordinárias do Poder Judiciário, quer pelos órgãos da Administração Pública, dado seu caráter vinculante e *erga omnes* (art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99). Na referida decisão, já aqui mencionada, essa Suprema Corte deliberou o seguinte:

30 DINIZ, Débora. O escândalo da homofobia: imagens de vítimas e sobreviventes. In: DINIZ, Débora e DE OLIVEIRA, Rosana Medeiros (Org.). **Notícias de homofobia no Brasil**. Brasília: Letras Livres, 2014, p. 70.

O Tribunal, por maioria, vencidos, em parte, os Ministros Marco Aurélio e, em menor extensão, os Ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, julgou procedente a ação para dar interpretação conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58 da Lei 6.015/73, de modo a reconhecer aos transgêneros que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Redator para o acórdão o Ministro Edson Fachin. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 1º.3.2018” (DJe de 9-3-2018).

A *ratio decidendi* externada nesse julgado foi a de garantia da dignidade da pessoa transgênero e o reconhecimento de sua identidade independentemente de qualquer fator objetivo externo à sua subjetividade. Do voto proferido pelo Ministro Edson Fachin, constou o seguinte:

Em razão da cláusula material de abertura prevista no § 2º do art. 5º, da CRFB, igualmente não podem ser vistos isolados da perspectiva da prevalência dos direitos humanos, princípio que inclusive rege as relações internacionais da República, como estabelecido no Art. 4º, II, da CRFB. Quando se lê a cláusula de igualdade entre homens e mulheres prevista na Constituição da República, não se pode descurar das mais variadas obrigações a que o Brasil se vinculou na esfera internacional no que se refere à proteção dos direitos humanos. Assim, a igualdade entre homem e mulher, à luz do postulado maior da não discriminação, necessariamente dialoga, entre outros, com o disposto no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que prescrevem, em seus artigos 2º, 1, e 26, a proibição de qualquer forma de discriminação e garantia a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor e sexo, dentre outros. No mesmo sentido, o artigo 1 do Pacto de São José da Costa Rica, afasta qualquer tipo de discriminação seja por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. **Da forma como redigido, o dispositivo da Convenção Americana necessariamente abarca os transgêneros.** [...]

No que tange à noção de identidade de gênero, extremamente elucidativa a Introdução aos Princípios de Yogyakarta, documento apresentado no Conselho de Direitos Humanos da ONU que versa justamente sobre a aplicação da legislação internacional sobre direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero.

Nele se consigna logo de partida em seu preâmbulo que identidade de gênero:

"(...) como estando referida à experiência interna, individual e profundamente sentida que cada pessoa tem em relação ao gênero, que pode, ou não, corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo-se aí o sentimento pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive o modo de vestir-se, o modo de falar e maneirismo".

A Corte Interamericana, por sua vez, assentou que a identidade de gênero:

“também se encontra ligada ao conceito de liberdade e da possibilidade de todo ser humano autodeterminar-se e escolher livremente suas opções e circunstâncias que dão sentido à sua existência, conforme às suas próprias convicções, assim como ao direito à proteção de sua vida privada (...). Sobre esse ponto, deve-se recordar que a identidade

de gênero foi definida nesta opinião como a vivência interna e individual do gênero tal como cada pessoa o sente, o qual pode ou não corresponder com o sexo assinalado no momento do nascimento. (...) o reconhecimento da identidade de gênero encontra-se ligada necessariamente à ideia segundo a qual o sexo e o gênero devem ser percebidos como parte de uma construção identitária que resulta da decisão livre e autônoma de cada pessoa, sem que se deve estar sujeita à sua genitália. Dessa forma, o sexo, assim como as identidades, as funções e os atributos construídos socialmente que se atribuem a diferenças biológicas em todo o sexo assinalado ao nascer, longe de constituir-se em componentes objetivos e imutáveis do estado civil que individualiza uma pessoa, por ser um fato da natureza física ou biológica, terminam sendo traços que dependem da apreciação subjetiva de quem o detenha ou residam em construção da identidade de gênero auto-percebida relacionada com o livre desenvolvimento da personalidade, a autodeterminação sexual e o direito a vida privada”. (par. 93-95)

Sendo, pois, constitutivos da dignidade humana, **“o reconhecimento da identidade de gênero pelo Estado é de vital importância para garantir o gozo pleno dos direitos humanos das pessoas trans**, incluindo a proteção contra a violência, a tortura e maus tratos, o direito à saúde, à educação, ao emprego, à vivência, ao acesso a seguridade social, assim como o direito à liberdade de expressão e de associação”, como também registrou a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Por isso, “o Estado deve assegurar que os indivíduos de todas as orientações sexuais e identidades de gênero possam viver com a mesma dignidade e o mesmo respeito que têm todas as pessoas”.

E concluiu o Ministro Edson Fachin, cujo voto resume a orientação dessa Corte Suprema:

Dito isto, afigura-me inviável e completamente atentatório aos princípios da dignidade da pessoa humana, da integridade física e da autonomia da vontade, condicionar o exercício do legítimo direito à identidade à realização de um procedimento cirúrgico ou de qualquer outro meio de se atestar a identidade de uma pessoa.

A mesma *ratio* é também aplicável ao caso em exame nestes autos, impondo o reconhecimento e respeito da identidade transgênero das pessoas transexuais e travestis encarceradas em estabelecimentos penais masculinos.

Note-se que o entendimento manifestado pela Corte na referida ação direta foi confirmado em sessão plenária realizada no dia 15.08.2018, na qual foi dado provimento ao RE nº 670.422/RS, com repercussão geral reconhecida, para autorizar a alteração do registro civil de pessoa transgênero, diretamente pela via administrativa, independentemente da realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo.³¹

Antes da manifestação plenária da Corte, já havia o Ministro Roberto Barroso, no dia 14.02.2018, concedido ordem de *habeas corpus* de ofício para determinar a colocação de transexuais, que se encontravam custodiadas em presídio masculino, em estabelecimento pri-

31 Cf.: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=386930>>, acesso em 12.12.2018.

sional compatível com as respectivas orientações sexuais, utilizando como fundamento precisamente a Resolução Conjunta nº 01/2014 da Presidência da República e do Conselho Nacional de Combate à Discriminação³², mesmo ato normativo posteriormente utilizado pelo Juízo da Vara de Execução Penal do Distrito Federal para negar esse direito a transexuais e travestis alocadas em centro de detenção destinado ao gênero masculino.

Convém também mencionar, neste ponto, o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) a respeito do direito à não-discriminação por razão de orientação sexual ou identidade de gênero. O caso emblemático analisado pela Corte IDH é o *Atala Riffo vs. Chile*³³, em que se impugnou decisão da Suprema Corte do Chile que concedera a guarda das três filhas de Karen Atala ao pai, sob o argumento de que a mãe, em razão de união afetiva com pessoa do mesmo sexo, não poderia manter a custódia das crianças.

A Corte IDH entendeu que o Chile violou os arts. 1.1 e 24 da Convenção Americana de Direitos Humanos, por afrontar o princípio da igualdade e não-discriminação. Interpretou-se o art. 1.1. como cláusula aberta, incluindo-se na lista dos chamados “motivos proibidos”³⁴ a categoria “orientação sexual”. Destarte, ficou assentado que o direito à não-discriminação pautado na orientação sexual não se limita à condição de ser homossexual, mas inclui outras expressões ligadas ao projeto de vida de cada indivíduo (incluída a identidade de gênero).

Segundo o entendimento daquela Corte, as alegações por parte de um Estado de não existência de consenso quanto aos direitos das minorias sexuais não podem ser consideradas como um argumento válido para negar-lhes seus direitos humanos, ou para perpetuar e reproduzir a discriminação que há muito tais minorias vêm sofrendo³⁵. Destacou-se, assim, que, no âmbito dos direitos humanos, a interpretação deve sempre ser orientada pelo princípio *pro homine*, ou seja, da forma mais favorável ao indivíduo.

32 HC 152491, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 14/02/2018, DJe de 20.02.2018

33 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Atala Riffo vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. 24 fev. 2012. Série C No. 239.

34 “Motivos proibidos” é a tradução da expressão “*Prohibited Grounds of Discrimination*”, comumente utilizada nos Sistemas de Proteção de Direitos Humanos para designar os temas em que é quase impossível imaginar causa razoável de um tratamento diferenciado justificado. Correspondem a características das pessoas que não parecem ser relevantes para fins de diferenciação que o Estado deseje realizar para alcançar algum propósito legítimo, tais como, raça, cor, ascendência, religião, nacionalidade, origem étnica, cidadania, sexo (incluída a identidade de gênero), orientação sexual, estado civil, posição familiar e incapacidade.

35 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Atala Riffo vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. 24 fev. 2012. Série C No. 239, § 92.

Foi reforçada, ademais, a consideração do direito à igualdade e à não-discriminação como *jus cogens*, assentando-se que uma distinção que carece de justificação objetiva e razoável é efetivamente discriminatória e que o Estado, no exercício do chamado controle social, deve agir nos limites da razoabilidade e proporcionalidade, levando em conta cada uma das pessoas que será atingida por tal decisão ou ação. Logo, deve ser proibida qualquer norma, decisão ou prática de direito interno, seja por parte de autoridades estatais ou por particulares, que diminua ou restrinja, de qualquer modo, os direitos de uma pessoa a partir de sua orientação sexual³⁶.

Mais recentemente, na Opinião Consultiva OC-24/7, de 24.11.2017, solicitada pela República de Costa Rica³⁷, a Corte IDH expressamente asseverou a orientação sexual, a identidade de gênero e a expressão de gênero, como categorias protegidas pelo artigo 1.1 da Convenção Americana, considerando, por isto, que **está proscrita pela Convenção qualquer norma, ato ou prática discriminatória baseada na orientação sexual ou na identidade de gênero das pessoas** (item 68). Asseverou-se, especificamente, em relação à identidade de gênero, que:

95. Dessa forma, o sexo, assim como as identidades, as funções e os atributos construídos socialmente que se atribuem às diferenças biológicas em torno de sexo designado ao nascer, longe de constituir-se em componentes objetivos e imutáveis do estado do estado civil que individualiza a pessoa, por ser um direito de natureza física ou biológica, terminam sendo traços que dependem da apreciação subjetiva de quem o detenha e assentam-se em uma construção da identidade de gênero auto-percebida relacionada com o livre desenvolvimento da personalidade, a autodeterminação sexual e o direito à vida privada. Por isso, quem decide assumi-la é titular de interesses juridicamente protegidos, que sob nenhum ponto de vista podem ser objeto de restrições pelo simples fato de que no conglomerado social não compartilhem específicos e singulares estilos de vida. [...] **Assim é que os fatores que definem a identidade sexual e de gênero de uma pessoa, se apresenta na realidade como uma prioridade do fator subjetivo sobre seus caracteres físicos ou morfológicos (fator objetivo) Neste sentido, partindo da complexa natureza humana que leva cada pessoa a desenvolver sua própria identidade com base na visão particular que a respeito de si mesma tenha, deve dar-se um caráter proeminente ao sexo psicossocial frente ao morfológico**, a fim de respeitar plenamente os direitos de identidade sexual e de gênero, por serem aspectos que, em maior medida, definem tanto a visão que a pessoa tem de si mesma, quanto sua projeção para a sociedade. (tradução livre) (ênfase acrescida)

Em outros termos, afirmou a Corte IDH que a identidade das pessoas transexuais e travestis não depende de um fator objetivo, vale dizer, de seus caracteres físicos ou morfoló-

36 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Atala Riffo vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas. 24 fev. 2012. Série C No. 239, § 91. Na ocasião, a Corte mencionou o caso Yatama Vs. Nicarágua, 23/06/2005, Série C, No. 127, §§ 184 e 185.

37 Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>, acesso em 19.12.2018.

gicos, tampouco de qualquer cirurgia ou tratamento que atestem suas identidades. A transgeneridade (transexualidade e travestilidade) dá-se prioritariamente na subjetividade, exatamente como reconheceu o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 4.275/DF.

Conforme André de Carvalho Ramos:

“A proteção da liberdade de orientação sexual e identidade de gênero é indispensável ao reconhecimento das especificidades de pessoas e grupos de pessoas, que, sem tal reconhecimento **não conseguem usufruir dos demais direitos a todos os demais assegurados**. Retorna, na luta pela igualdade de direitos sexuais, o que Arendt denominou “direito a ter direitos”. A luta pelo reconhecimento da diversidade é indispensável para assegurar inclusão de todos na sociedade, **pois a invisibilidade de suas distinções acarreta discriminação e sentimento de inferiorização diante dos demais**” (grifos não constam do original; nota de rodapé suprimida³⁸).

Vê-se, assim, que o direito humano à liberdade de orientação afetivo-sexual, de identidade de gênero e, mais recentemente, de expressão de gênero, além de contar com amplo reconhecimento no âmbito da Suprema Corte brasileira, ocupa de forma significativa a atual agenda internacional dos direitos humanos no âmbito do sistema interamericano, de modo que o encarceramento de qualquer pessoa não pode prescindir da observância desses direitos.

II. 3. 3. Presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

Com base nas considerações acima expostas, considera-se presente o *fumus boni iuris* necessário ao deferimento do pleito cautelar formulado nestes autos, uma vez que a manutenção de mulheres transexuais e de travestis identificadas socialmente com o gênero feminino em estabelecimentos prisionais masculinos viola diversos preceitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal e em compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, em especial a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a não-discriminação, a saúde, a segurança pessoal e os direitos da personalidade que exigem o reconhecimento da identidade dos transgênero.

Demonstrou-se, na inicial da ação, que, a despeito da existência de ato normativo emanado da Presidência da República e do Conselho de Combate à Discriminação (Resolução Conjunta nº 1/2014), com o estabelecimento de parâmetros de acolhimento da

38 CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direitos humanos*. 6^a ed., São Paulo: Saraiva, 2018, p. 904 e seguintes.

população LGBT submetida à privação de liberdade nos estabelecimentos prisionais brasileiros, há decisões judiciais que vêm conferindo ao referido ato interpretação segundo a qual seria legítima a manutenção de travestis e de mulheres transexuais em presídios masculinos, o que diverge da orientação firmada no HC nº 152.491/SP, de Relatoria do Ministro Barroso, a respeito da aplicação da mesma Resolução.

O exemplo fornecido por um desses pronunciamentos jurisdicionais, prolatado pela Justiça do Distrito Federal no HC nº 00022531720188070015, evidencia que **razões** como a **ausência de cirurgia de transgenitalização** e o **risco à integridade física e sexual de mulheres cisgênero** têm sido usadas para justificar a **negativa** de alocação de travestis e de mulheres transexuais em presídios femininos, em **afrenta** ao entendimento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no sentido da impossibilidade de condicionar-se o reconhecimento da identidade transgênero a fatores objetivos externos à subjetividade da pessoa trans, bem como da vedação de tratamento discriminatório baseado na identidade de gênero.

É patente, assim, a existência de quadro de violação inconstitucional e inconvenção de direitos humanos das mulheres transexuais e de travestis mantidas em estabelecimentos prisionais incompatíveis com sua identidade de gênero.

O perigo na demora encontra-se igualmente caracterizado na hipótese, tendo em vista que o cenário descrito na ação, além de vulnerar direitos indispensáveis à preservação do núcleo essencial da dignidade humana – o que, por si só, já justifica a urgência da intervenção dessa Suprema Corte –, não apresenta qualquer perspectiva de superação geral e imediata, sobretudo quando se constata que, mesmo após a edição da Resolução Conjunta nº 1/2014, e a consolidação de entendimento pelo STF e pela Corte IDH sobre a matéria, subsistem atos de negativa de reconhecimento da identidade de gênero de travestis e de mulheres transexuais inseridas no sistema prisional brasileiro.

Anote-se, por derradeiro, que os argumentos relativos à suposta lesão à dignidade humana, e ao risco à integridade física e à liberdade sexual de mulheres cisgênero que tenham de dividir estabelecimento prisional com travestis e mulheres transexuais, não são aptos a afastar as conclusões aqui manifestadas, quer porque partem, eles próprios, de injustificável tratamento discriminatório entre pessoas transgênero e pessoas cisgênero, quer porque se apoiam em premissas meramente hipotéticas, que não podem prevalecer sobre os dados

concretos acerca da violência física, sexual, moral e emocional a que são submetidas as travestis e mulheres transexuais mantidas em estabelecimentos prisionais incompatíveis com sua identidade de gênero.

III

Ante o exposto, a Procuradora-Geral da República manifesta-se pelo conhecimento da ação e pelo deferimento da medida cautelar.

Brasília, 21 de fevereiro de 2019.

Raquel Elias Ferreira Dodge
Procuradora-Geral da República

ACR/KCOS