

**MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL 527 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR : **MIN. ROBERTO BARROSO**
REQTE.(S) : ASSOCIACAO BRASILEIRA DE GAYS, LESBICAS E
TRANSGENEROS
ADV.(A/S) : JOSE SOUSA DE LIMA E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE
POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA - CNPCP
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE
COMBATE À DISCRIMINAÇÃO - CNCD/LGBT
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisao:

Ementa: DIREITO DAS PESSOAS LGBTI. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. TRANSEXUAIS E TRAVESTIS. UNIDADES PRISIONAIS EM QUE DEVE OCORRER O CUMPRIMENTO DE PENA. PROTEÇÃO CONTRA ABUSOS FÍSICOS E PSÍQUICOS. PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA.

1. Interpretação judicial controvertida da Resolução Conjunta da Presidência da República e do Conselho de Combate à Discriminação nº 1/2014, acerca das unidades prisionais e demais condições em que deve ocorrer o cumprimento de pena de transexuais e travestis.

2. Transexuais são pessoas que se identificam com o gênero oposto ao seu sexo biológico. Percebem seu corpo como inadequado e buscam ajustá-lo à imagem de gênero que têm de si. Travestis são pessoas que se apresentam para o mundo com o

ADPF 527 MC / DF

gênero oposto àquele correspondente a seu sexo biológico, mas não percebem seu corpo como inadequado e não desejam modificá-lo.

3. Direito das transexuais femininas ao cumprimento de pena em presídios femininos, de acordo com a sua identidade de gênero. Incidência do direito à dignidade humana, à autonomia, à liberdade, à igualdade, à saúde, vedação à tortura e ao tratamento degradante e desumano (CF/1988, art. 1º, III; e art. 5º, caput, III). Normas internacionais e Princípios de Yogyakarta. Precedentes: ADI 4275, red. p/ acórdão Min. Edson Fachin; RE 670.422, rel. Min. Dias Toffoli.

4. Divergência quanto ao tratamento a ser conferido às travestis. Notícia de minuta de resolução em debate entre órgãos com expertise na matéria. Insuficiência das informações constantes dos autos para proporcionar uma decisão segura. Necessidade de complementação da instrução do feito quanto a este ponto. Presença de *periculum in mora inverso*.

5. Cautelar parcialmente deferida para assegurar que transexuais femininas cumpram pena em presídio feminino.

SÍNTESE DO CASO

1. Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental proposta pela Associação Brasileira de Lésbicas, Gays,

ADPF 527 MC / DF

Bissexuais, Travestis e Transexuais (“ALGBT”), tendo por objeto decisões judiciais conflitantes pertinentes ao conteúdo e alcance dos arts. 3º, §1º e 2º, e 4º, *caput* e parágrafo único, da Resolução Conjunta da Presidência da República e do Conselho de Combate à Discriminação nº 1, de 14 de abril de 2014 (“Resolução Conjunta”). Tais dispositivos estabeleceram parâmetros de acolhimento do público LGBT, submetido à privação de liberdade nos estabelecimentos prisionais brasileiros, nos seguintes termos:

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. A requerente narra que alguns juízos de execução penal têm interpretado a Resolução Conjunta em termos que, na prática, frustram a efetivação dos direitos de transexuais e travestis a gozarem de tratamento adequado no âmbito do sistema carcerário e implicam violação aos preceitos fundamentais: (i) da dignidade humana (CF/1988, art. 1º, III), (ii) da proibição de tratamento degradante ou desumano (CF/1988, art. 5º, III) e (iii) do direito à saúde de tais grupos (CF/1988, art. 196).

3. Com base nesses fundamentos, a requerente pleiteou,

ADPF 527 MC / DF

originalmente, que esta Corte conferisse interpretação conforme à Constituição aos arts. 3º, §§ 1º, 2º e 4º, parágrafo único, da Resolução Conjunta, *“para assentar que: as custodiadas transexuais e travestis somente poderão cumprir pena em estabelecimento prisional compatível com o gênero feminino”*. Postulou, portanto, quanto a transexuais, providência semelhante àquela já determinada pela Resolução Conjunta; e, quanto a travestis, *providência diversa daquela contemplada na Resolução, consistente em sua transferência a presídios femininos (em lugar da sua alocação em espaços de vivência específica como determinado pela resolução)*.

4. Entretanto, mais adiante, a requerente aditou a inicial, reformulando seu pedido (cautelar e de mérito) apenas quanto às travestis, para postular que a Corte declare que *“as custodiadas travestis, identificadas socialmente com o gênero feminino, poderão optar por cumprir pena em estabelecimento prisional do gênero feminino ou masculino”*.

5. Adotei o rito do art. 10 da Lei 9.868/1999.

6. O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (DEPEN) informou que o propósito da Resolução Conjunta nº 1/2014 *“foi dar atenção e tratamento diferenciado a parcela particularmente vulnerável da população carcerária, composta por lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais”* (fl. 01 do documento eletrônico nº 19).

7. A Advocacia-Geral da União manifestou-se pelo não conhecimento da presente arguição e, no mérito, pela sua improcedência. Preliminarmente, alegou que a procuração não indicou o ato a ser atacado por meio da ADPF e observou que a requerente não detém legitimidade ativa para propor ação direta. Ponderou que a ação se volta contra dispositivo meramente regulamentar, razão pela qual não poderia ser objeto de arguição de descumprimento de preceito fundamental. Observou, ainda, que, caso se considere a resolução conjunta como decreto autônomo, a ação cabível seria a ação direta de inconstitucionalidade, de forma que não estaria atendido o requisito da subsidiariedade, necessário ao cabimento da ADPF. No mérito, afirmou que, quanto às transexuais, a resolução conjunta já lhes atribui o regime postulado pela requerente; e, quanto às travestis, o que se pretende é criar

ADPF 527 MC / DF

uma nova norma, distinta daquela objeto da ação, o que ensejaria violação ao princípio da separação dos poderes.

8. A Procuradoria Geral da República, por sua vez, opinou pelo conhecimento da arguição e pela procedência do pedido cautelar, ressaltando a existência de decisões judiciais contraditórias sobre o assunto, bem como a ocorrência de violação à dignidade da pessoa humana, à igualdade, à não-discriminação, à saúde, à segurança pessoal e aos direitos da personalidade da pessoa transgênero.

9. É o relatório. Passo ao exame das preliminares e, na sequência, à apreciação da cautelar.

SUPERAÇÃO DAS PRELIMINARES

10. A Advocacia-Geral da União alega que a requerente não possui legitimidade ativa para propor a presente ação direta, por não se enquadrar no conceito de entidade de classe de âmbito nacional, tal como previsto no art. 103, IX, CF/1988 e interpretado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. É que a configuração como entidade de classe dependeria, segundo a AGU, da demonstração de que a associação defende os interesses de uma categoria profissional ou econômica, o que não é o caso da requerente.

11. Quanto a essa primeira alegação, reporto-me à decisão que proferi anteriormente nestes autos sobre o tema, por meio da qual já explicitiei o sentido que, a meu ver, deve ser atribuído ao conceito de entidade de classe. Como ali esclarecido, o entendimento invocado pela AGU de fato predominou por muito tempo no STF e integra aquilo que se convencionou chamar de jurisprudência defensiva da Corte, formada nos primeiros anos de vigência da Constituição de 1988, quando se temia que a ampliação dos legitimados para propor ações diretas pudesse gerar um grande aumento do volume de casos do controle concentrado.

12. Não foi, contudo, o que ocorreu. Não bastasse isso, tal interpretação defensiva produziu, ainda, o efeito adverso de limitar a

ADPF 527 MC / DF

chegada ao Supremo Tribunal Federal de demandas atinentes a violações de direitos fundamentais, já que as associações voltadas à sua defesa não logravam/logram ter a sua legitimidade ativa reconhecida para a propositura de ação direta. E vale observar que o fato de a questão poder ser trazida ao tribunal por legitimados ativos universais não soluciona o problema.

13. Em primeiro lugar, há, na matéria, uma questão de “lugar de fala” que deve ser assegurado a grupos minoritários e vulneráveis[1]. Em segundo lugar, o alto quantitativo de demandas que versam sobre interesses de categorias de profissionais e econômicas e o baixo quantitativo de causas sobre direitos fundamentais são suficientemente eloquentes e bastam para demonstrar que a interpretação redutiva da legitimidade ativa das associações de classe, praticada pelo STF, está a desvirtuar o próprio papel primário do Tribunal, como guardião da constituição, que é a proteção de direitos fundamentais.

14. Assim, considerando que a missão precípua de uma suprema corte é a proteção a tais direitos e que o entendimento anterior não se mostrou o mais compatível com tal objetivo, defendi, em minha decisão anterior, a superação parcial da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, para reconhecer, como entidade de classe, para os fins do art. 103, IX, CF/1988: “o conjunto de pessoas ligadas por uma mesma atividade econômica, profissional ou pela defesa de interesses de grupos vulneráveis e/ou minoritários cujos membros as integrem”. Essas são as razões que me levam a manter o reconhecimento da legitimidade ativa da requerente para esta causa.

15. Quanto à alegação de que a resolução conjunta constitui mero ato regulamentar ou, alternativamente, de que configura decreto autônomo, a ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade, vale observar, primeiramente, que a resolução tem por fundamento de validade imediato a própria constituição e que inovou no mundo jurídico, criando direitos para a população LGBTI e deveres para o Estado. Não há dúvida, portanto, de que se trata de norma primária, com natureza de decreto autônomo, e não de norma com conteúdo meramente

ADPF 527 MC / DF

regulamentar

16. É importante ter em conta, ainda, que a presente ação não se volta contra a resolução propriamente. Volta-se *contra decisões judiciais contraditórias* na aplicação da resolução, que, no entendimento da requerente, frustram o adequado tratamento da população LGBTI. A resolução é alvejada apenas em termos secundários. De todo modo, quer se entenda que esta ADPF tem por objeto decisões judiciais conflitantes, quer se entenda que seu objeto cumula tais decisões e, ainda, a resolução conjunta, trata-se de caso a ser objeto de ADPF. É que não cabe ADI para questionar a compatibilidade de decisões judiciais com a constituição, tampouco é possível cumular em ADI o ataque a ambos os atos – decisões judiciais e resolução. Assim, em qualquer hipótese, há inequívoca subsidiariedade, a ensejar o cabimento de ADPF. Por fim, há que se observar, ainda, que a requerente postulou o recebimento desta ação como ADI, caso, por qualquer fundamento, se viesse a entender não ser cabível ADPF. Portanto, por qualquer que seja o ângulo que se examine o cabimento da ação, ela deve ser conhecida.

17. Quanto à ausência de indicação expressa do ato estatal a ser atacado na procuração, há que se abrir vista à requerente, para que apresente procuração com tal indicação, de forma a superar esse aspecto formal.

APRECIÇÃO DO PEDIDO CAUTELAR

**1. ESCLARECIMENTOS PRELIMINARES:
CONCEITOS E CONTEXTOS**

18. A adequada compreensão da matéria tratada neste processo pressupõe a exposição de alguns conceitos fundamentais, que se passa a explicitar. Em primeiro lugar, *transsexuais* são as pessoas que se identificam com o gênero oposto ao seu sexo biológico. *Gênero* expressa a

ADPF 527 MC / DF

diferenciação cultural entre homem e mulher, ao passo que *sexo* distingue homens e mulheres segundo suas características orgânico-biológicas. A mulher transexual é a pessoa que, nascida com o sexo biológico masculino, se percebe como uma mulher e, portanto, tem identidade de gênero feminina. O homem transexual é a pessoa que, nascida com o sexo biológico feminino, se percebe como homem e tem identidade de gênero masculina. As pessoas transexuais são, portanto, aquelas que têm uma percepção de que seu corpo é inadequado à forma como se sentem, e buscam ajustá-lo à imagem de gênero que têm de si[2].

19. Transexuais não se confundem com homossexuais. Homossexuais sentem-se atraídos por pessoas do mesmo gênero[3]. O homem homossexual é aquele que se sente atraído por outro homem; a mulher homossexual, por outra mulher. Nesses termos, enquanto a questão central, para os transexuais, diz respeito à sua identidade de gênero, a questão central para os homossexuais está na orientação sexual ou, seja, no direcionamento de seu desejo sexual[4].

20. As *travestis* guardam semelhança com as transexuais porque se apresentam para o mundo com o gênero oposto àquele correspondente a seu sexo biológico. Entretanto, *não percebem seu corpo como inadequado*[5] e *vivenciam com intensidades variáveis sua identidade de gênero*[6]. Diferenciam-se das transexuais porque, enquanto as transexuais têm uma aversão a seu sexo biológico e desejam modificá-lo, as travestis *não têm aversão a seus órgãos sexuais* e, portanto, não querem modificá-los[7]. Ao contrário, algumas travestis *utilizam ativamente tais órgãos em suas relações sexuais*[8]. De acordo com estudo do Ministério da Saúde[9]:

A diferença entre a travesti e a transexual é identificada pelo fato de a travesti não possuir a identidade sexual feminina, apesar de poder desempenhar papel sexual feminino. A travesti se sente confortável com seu sexo genital e não expressa o desejo de alterá-lo. Por outro lado, a transexual possui a identidade sexual feminina, assim como a identidade de gênero, e, portanto, na maioria dos casos, seu maior desejo é realizar a cirurgia de feminilização da genitália

ADPF 527 MC / DF

(neocolpovulvoplastia), garantindo para si uma vida mais adequada, com maior conforto e felicidade.

21. Transexuais e travestis têm em comum a circunstância de integrarem um grupo extremamente estigmatizado. Têm dificuldade de permanecer na escola, de se empregar e até mesmo de obter atendimento médico nos hospitais públicos[10]. Trata-se, ademais, de um grupo exposto a graves situações de violência, situações estas que colocam em risco a sua integridade física, psíquica e a sua própria vida. Basta lembrar que o Brasil lidera o *ranking* mundial de violência contra transgêneros[11], cuja expectativa média de vida, no país, gira em torno de 30 anos, contra os quase 75 anos de vida do brasileiro médio[12].

23. A população carcerária é, de igual modo, um grupo extremamente vulnerável e estigmatizado. Não conta com o apoio da sociedade, que é, em regra, antipática à tutela dos direitos dos presos, que vê como delinquentes. Não vota. Não dispõe de voz nas instâncias políticas majoritárias. Vive em celas lotadas e em condições subumanas. É vítima de todo tipo de violência e está inserida em um sistema que, no Brasil, já se reconheceu ensejar a violação em massa de direitos humanos, ao ponto de esta Corte ter declarado o “estado de coisas inconstitucionais” do sistema carcerário, tal como estruturado atualmente (ADPF 347, Rel. Min. Marco Aurélio).

24. Transexuais e travestis encarceradas são, assim, um grupo sujeito a uma *dupla vulnerabilidade*, decorrente tanto da situação de encarceramento em si, quanto da sua identidade de gênero[13]. Trata-se de pessoas ainda mais expostas e sujeitas à violência e à violação de direitos que o preso comum. De fato, segundo relatório da Organização das Nações Unidas, há registros contundentes, por parte de comitês antitortura e órgãos e entidades de defesa de direitos humanos, acerca da prática de violência física, de abuso e de escravização sexual nas prisões, especificamente dirigidas às populações LGBTI, em razão da sua identidade de gênero ou orientação sexual, eventualmente com o apoio de servidores estatais, em situações equiparáveis a atos de tortura e de tratamento cruel no entendimento da própria ONU[14].

ADPF 527 MC / DF

25. Este é, portanto, o contexto em que a matéria deve ser examinada.

2. NORMAS E STANDARDS DE PROTEÇÃO

26. No âmbito internacional, a proteção das pessoas LGBTI em geral e, em especial, das pessoas LGBTI em situação de encarceramento parte da compreensão de que a identidade de gênero e a orientação sexual constituem dimensões essenciais da dignidade, da personalidade, da autonomia, da privacidade e da liberdade reconhecida a todo ser humano por múltiplos instrumentos internacionais. Nesses termos, tal proteção é articulada com recurso: (i) ao direito à vida, à liberdade e à segurança[15]; (ii) à vedação à tortura e ao tratamento desumano e cruel[16]; e (iii) à proibição de tratamento discriminatório[17]. Com base nessas normas, afirma-se o dever dos Estados de zelar pela não discriminação em razão da identidade de gênero e orientação sexual, de modo geral, bem como de adotar todas as providências necessárias para assegurar a integridade física e psíquica de pessoas LGBTI encarceradas[18].

27. Atenta, contudo, à necessidade de produzir standards mais específicos para a população LGBTI, a comunidade internacional aprovou, em 2007, os Princípios de Yogyakarta[19], que procuraram compilar e reinterpretar os direitos humanos aplicáveis a situações de discriminação, estigma e violência experimentados por grupos, em razão de sua identidade de gênero e de sua orientação sexual[20].

28. No que respeita ao assunto aqui em exame, tais princípios previram que os Estados devem tomar uma série de medidas voltadas a proteger a população LGBTI no sistema carcerário, tais como: (i) cuidar para que a detenção não produza uma marginalização ainda maior de tais pessoas, procurando minimizar risco de violência, maus-tratos, abusos físicos, mentais e sexuais; (ii) implantar medidas concretas de prevenção a tais abusos, buscando evitar que elas impliquem maior restrição de direitos do que aquelas que já atingem a população prisional;

ADPF 527 MC / DF

(iii) proporcionar monitoramento independente das instalações de detenção por parte do Estado e de organizações não-governamentais; (iv) implementar programas de treinamento e conscientização para agentes e demais envolvidos com instalações prisionais; e, finalmente, (v) **assegurar, na medida do possível, que pessoas detidas participem de decisões relacionadas ao local de detenção adequado à sua orientação sexual e identidade de gênero** (Princípio 9 de Yogyakarta)[21].

29. No âmbito do direito constitucional brasileiro, o direito das pessoas LGBTI à não discriminação e o direito das pessoas LGBTI à proteção física e mental têm amparo: (i) no princípio da dignidade humana[22], (ii) no direito à não discriminação em razão da identidade de gênero ou em razão da orientação sexual[23], (iii) no direito à vida e à integridade física[24], (iv) no direito à saúde[25], (v) na vedação à tortura e ao tratamento desumano ou cruel[26] e na cláusula de abertura da Constituição de 1988 ao direito internacional dos direitos humanos[27]. Não bastassem tais normas e em atenção aos problemas particulares enfrentados pelo público LGBT, editou-se, ainda, sobre a matéria, a Resolução Conjunta da Presidência da República e do Conselho de Combate à Discriminação nº 1, de 14 de abril de 2014.

30. O conjunto de standards e normas descrito acima é justamente aquele que serve de base para o enfrentamento da questão posta nos autos. Explicitados esses pontos, passa-se ao exame do tratamento a ser conferido a transexuais e travestis, separadamente, diante das diferenças comportamentais e fisiológicas já narradas acima, ainda que, ao final, se possa eventualmente concluir por uma convergência no tema.

3. QUANTO AO TRATAMENTO CONFERIDO ÀS TRANSEXUAIS

31. Quanto às transexuais, não há divergência sobre os estabelecimentos em que devem cumprir pena. A própria Advocacia Geral da União, ao se manifestar pela improcedência da ação, reconheceu que as transexuais femininas devem ser acolhidas em presídios

ADPF 527 MC / DF

femininos. No entendimento da AGU, a Resolução Conjunta já determina essa providência e justamente por isso não haveria necessidade de interpretação conforme à Constituição nessa hipótese.

32. A transferência de transexuais femininas para presídios femininos é, ainda, compatível com a razão de decidir de julgados do STF em que se reconheceu o direito deste grupo a viver de acordo com a sua identidade de gênero e a obter tratamento social compatível com ela. A título ilustrativo, quando se examinou seu direito à alteração de prenome e sexo no registro civil, observou-se que a medida era imprescindível para assegurar o respeito à dignidade humana, à liberdade e à autonomia das transexuais (ADI 4275, red. p/ acórdão Min. Edson Fachin; RE 670.422, rel. Min. Dias Toffoli). Nessa oportunidade, observei:

19. Transexuais e transgêneros em geral constituem, sem dúvida, um dos grupos mais marginalizados na sociedade brasileira. A discriminação que sofrem tem natureza essencialmente *cultural* ou *simbólica*. Ela decorre de modelos sociais de representação que excluem o diferente, produzindo o não reconhecimento e mesmo o desprezo. [...].

.....
.....

21. Por tudo isso, é preciso olhar a questão dos transexuais sob a perspectiva do direito ao reconhecimento, e não mais da patologização. A verdade é que **não se trata de doença, mas de uma condição pessoal, e, logo, não há que se falar em cura**. O indivíduo nasceu assim e irá morrer assim. Por isso, o papel do Direito é o de, reconhecendo a condição inata do *transexual*, atuar no sentido de promover a adequação jurídica entre o sexo biológico e a identidade de gênero, de modo a contribuir para a superação de preconceitos e para a mitigação do sofrimento dessas pessoas. (Grifos do original)

33. O encaminhamento das transexuais femininas a presídios femininos segue a mesma lógica. Trata-se da única medida apta a possibilitar que recebam tratamento social compatível com a sua

ADPF 527 MC / DF

identidade de gênero. Trata-se, ademais, de providência necessária a assegurar a sua integridade física e psíquica, diante do histórico de abusos perpetrados contra essas pessoas em situação de encarceramento. Não há, no caso, uma opção aberta ao Poder Público sobre como tratar esse grupo, mas uma imposição que decorre dos princípios constitucionais da dignidade humana, da liberdade, da autonomia, da igualdade, do direito à saúde e da vedação ao tratamento cruel e à tortura.

4. QUANTO AO TRATAMENTO DISPENSADO ÀS TRAVESTIS

34. Não há a mesma clareza, contudo, quanto ao tratamento a ser conferido às travestis, que apresentam uma identidade de gênero mais fluida, como exposto acima. No que respeita a esse grupo, cogitaram-se, nos autos, ao menos três medidas distintas. Na Resolução Conjunta, previu-se que as travestis poderiam optar por “*espaços de vivência específicos*”, compartilhados com homossexuais, sem prever sua transferência para unidades prisionais femininas. Na inicial da ação, postulou-se, primeiramente, que as travestis (assim como as transexuais) cumprissem pena “*em estabelecimento prisional compatível com o gênero feminino*”. Posteriormente, em petição de aditamento à inicial, requereu-se, contudo, que as travestis pudessem “*optar por cumprir pena em estabelecimento prisional do gênero feminino ou masculino*”.

35. Chama a atenção, neste ponto, o fato de a própria requerente, associação representativa dos interesses de transexuais e travestis, ter *hesitado* quanto ao tratamento a ser conferido às travestis. Além disso, o aditamento não expõe as razões que levam a requerente a alterar um pedido que é extremamente delicado porque importa em modificar o tratamento dado a um grupo vulnerável e estigmatizado, com possível impacto sobre outros grupos igualmente vulneráveis, em um sistema de encarceramento que apresenta condições já bastante adversas, marcadas pela violência e pela violação massiva a direitos fundamentais.

ADPF 527 MC / DF

36. Há, por fim, notícia de que se encontra em curso, no âmbito do Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – CNCD/LGBT, discussão acerca da conveniência de modificar o teor da Resolução Conjunta, de modo a prever o direito das travestis a serem encaminhadas às unidades prisionais “*de acordo com a sua identidade de gênero*”. Essa solução parece se aproximar do direito de opção das travestis (como postulado no aditamento), já que, ao definirem a sua identidade de gênero, estariam indiretamente elegendo a unidade prisional a que seriam destinadas. Entretanto, a discussão sobre essa nova redação, que foi objeto da 46ª Reunião Ordinária do CNCD/LGBT, realizada em 23 e 24 de agosto de 2018, ainda não está concluída. Confirase o teor proposto para a nova resolução que substituiria aquela atualmente em vigor:

Art. 5º. Transexuais e travestis devem ser encaminhadas para unidades prisionais, de acordo com os parágrafos abaixo:

§ 1º As transexuais e travestis devem ser encaminhadas às unidades prisionais de acordo com a sua identidade de gênero.

§ 2º Os homens trans devem ser encaminhados à unidades prisionais femininas, devido à situação de vulnerabilidade dentro das Unidades masculinas.

37. Diante da narrativa acima, fica claro, em primeiro lugar, que a situação das travestis pode ser distinta da situação das transexuais. Fica claro, ademais, que o tratamento a ser conferido às travestis está sendo objeto de reflexão e de amadurecimento pelos órgãos especializados na matéria. Não bastasse o exposto, a própria requerente aditou o pedido no ponto, considerando, originalmente, mais de uma solução para a questão, sem desenvolver uma fundamentação específica. Há que haver, portanto, alguma deferência quanto ao processo de deliberação daqueles que detêm expertise no assunto e que se dedicam à reflexão sobre o problema[28].

38. Nessas condições, a ação, tal como proposta e instruída,

ADPF 527 MC / DF

ainda não oferece um nível informacional que permita reconhecer, com segurança, à luz da Constituição, qual é o tratamento adequado a ser conferido às travestis. As razões articuladas no âmbito do processo não apontam para uma solução unívoca. Os elementos trazidos a este juízo são insuficientes. Não se pode desconsiderar que uma alteração no tema, em um sistema carcerário superlotado, conflagrado e marcado por um histórico de violação a direitos fundamentais, pode ensejar desdobramentos que não se é capaz de antever[29].

39. Assim, *ad cautelam* e diante do *periculum in mora inverso*, entendo que, quanto às travestis, ainda não está demonstrada qual é a melhor providência a ser adotada, devendo-se, por isso, abrir oportunidade aos interessados para ampliar a instrução nesta matéria.

CONCLUSÃO

40. Diante do exposto, tendo em vista a situação de assimetria informacional quanto às travestis e a existência de *periculum in mora inverso*, defiro parcialmente a cautelar para determinar apenas que transexuais femininas sejam transferidas para presídios femininos. Peço a inclusão do feito em pauta para referendo desta cautelar pelo plenário.

41. Determino, ainda, a intimação: (i) da requerente para regularizar a sua procuração, nos termos apontados pela AGU, e para justificar o pedido de aditamento à inicial, bem como (ii) da Presidência da República, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (DEPEN), do Conselho de Combate à Discriminação, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), para que se manifestem sobre o feito, bem como sobre a situação específica das travestis e, ainda, sobre a existência e estágio de tramitação de eventuais projetos de norma sobre o tema, em especial o projeto de resolução que pretende alterar a Resolução Conjunta nº 1/2014.

Publique-se. Intime-se.

ADPF 527 MC / DF

Brasília, 26 de junho de 2019.

MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO

RELATOR

Notas:

[1] Djamila Ribeiro. *O que é lugar de fala?* 2017.

[2] Maria Berenice Dias. *Homoafetividade e direitos LGBTI*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 7. ed., 2016, p. 56.

[3] Maria Berenice Dias. *Homoafetividade e direitos LGBTI*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 7. ed., 2016, p. 53-54.

[4] Maria Berenice Dias. *Homoafetividade e direitos LGBTI*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 70; Brasil. Ministério da Saúde. Guia de Prevenção das DST/Aids e Cidadania para Homossexuais, p. 33-41. Disponível em:

<<http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/manHSH01.pdf>>.

[5] Segundo Jaqueline Gomes Jesus, as travestis não se identificam plenamente com o gênero feminino, tanto que, embora o uso de vestuário oposto ao sexo biológico satisfaça uma experiência de pertencimento a tal gênero, não há desejo de mudança permanente de sexo (*Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos*. Brasília, 2012, p. 24, disponível em: www.sertao.ufg.br).

[6] Marcos Benedetti define as travestis como pessoas que se encontram na “fronteira do gênero”, esclarecendo: “As travestis não desejam ser como as mulheres. Seu objetivo, antes, é se sentirem como mulheres, se sentirem femininas. Vivem a experiência do gênero como um jogo artificial e passível de recriação. Por isso, criam um feminino particular com valores ambíguos. [...]. Um feminino que é por vezes masculino. Vivem, enfim, um gênero ambíguo, borrado, sem limites e separações rígidas” (Marcos Banedetti. *Toda feita: o corpo e o gênero das travestis*. Rio de Janeiro: Garamond, 2005 p. 131-132).

[7] Maria Berenice Dias define travesti como “pessoa que,

ADPF 527 MC / DF

independentemente da orientação sexual, aceita o seu sexo biológico, mas se veste, assume e se identifica com o gênero oposto. Não sente repulsa por sua genitália, como ocorre com os transexuais. Por isso, não buscam a redesignação cirúrgica dos órgãos sexuais, até porque encontram gratificação sexual com o seu sexo” (Maria Berenice Dias. *Homoafetividade e direitos LGBTI*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 7. ed., 2016, p. 56).

[8] Maria Berenice Dias. *Homoafetividade e direitos LGBTI*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 7. ed., 2016, p. 56 e 227.

[9] Brasil. Ministério da Saúde. Guia de Prevenção das DST/Aids e Cidadania para Homossexuais. Disponível em: <<http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/manHSH01.pdf>>.

[10] Marco Aurélio Máximo Prado; Rogério Diniz Junqueira. Homofobia, hierarquização e humilhação social. In: VENTURI, Gustavo; BOKANY, Vilma. *Diversidade sexual e homofobia no Brasil*. São Paulo: Ed. Fundação Perseu Abramo, 2011, p. 61.

[11] Disponível em: <https://transrespect.org/wp-content/uploads/2017/11/TvT_TMM_TDoR2017_Tables_EN.pdf>.

[12] Dado retirado do Manual Orientador sobre Diversidade, do Ministério dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.mdh.gov.br/todas-as-noticias/2018/dezembro/ministerio-lanca-manual-orientador-de-diversidade/copy_of_ManualLGBTDIGITAL.pdf>

[13] Heverton Garcia de Oliveira e Teresa Rodrigues Vieira. A dupla vulnerabilidade do preso LGBT. In: Tereza Rodrigues Vieira (org.). *Minorias sexuais: direitos e preconceitos*. Brasília: Consulex, 2012, p. 407-419.

[14] United Nations Human Rights. *Born Free and Equal: Sexual Orientation and Gender Identity in International Human Rights Law*. Nova Iorque e Geneva, 2012, p. 22-27. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes.pdf><https://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes.pdf><https://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes.pdf><https://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes.pdf>>

ADPF 527 MC / DF

os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. [...]”; PIDCP, art. 26: “Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, à igual proteção da Lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação”; Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, internalizado por meio do Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992 (PIDESC), art. 2º: “1. Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas. 2. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados e exercerão em discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação. 3. Os países em desenvolvimento, levando devidamente em consideração os direitos humanos e a situação econômica nacional, poderão determinar em que garantirão os direitos econômicos reconhecidos no presente Pacto àqueles que não sejam seus nacionais”.

[18] ONU. Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity: Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, 17.11.2011. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Discrimination/A.HRC.19.41_English.pdf>.

ADPF 527 MC / DF

[19] A Comissão Internacional de Juristas e o Serviço Internacional de Direitos Humanos, com o objetivo de desenvolver um conjunto de princípios jurídicos internacionais sobre a aplicação da legislação internacional às violações de direitos humanos com base na orientação sexual e identidade de gênero, reuniram um grupo de especialistas em direitos humanos de 25 países. Em novembro de 2006, em Yogyakarta, Indonésia, os Princípios de Yogyakarta foram aprovados por unanimidade. Disponível em: <http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf>.

[20] Anibal Guimarães. Os Princípios de Yogyakarta. In: Maria Berenice Dias (coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 707-732.

[21] Princípios de Yogyakarta: Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf>.

[22] CF/1988, art. 1º, III.

[23] CF/1988, art. 3º, IV.

[24] CF/1988, art. 5º, *caput*.

[25] CF/1988, art. 6º, *caput*, e art. 196.

[26] CF/1988, art. 5º, III.

[27] CF/1988, art. 5º, §2º.

[28] Sobre a importância de ter em conta as capacidades institucionais e seus limites no processo decisório sobre questões complexas que demandam expertise, v. Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule. *Interpretation and Institutions, U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 28; U Chicago Public Law Research Paper No. 28*. Disponível em: <[SSRN:https://ssrn.com/abstract=320245](https://ssrn.com/abstract=320245)> ou <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.320245>>.

[29] Sobre o recurso ao minimalismo judicial, em circunstâncias em que não é possível produzir um juízo seguro e aprofundado sobre um

ADPF 527 MC / DF

tema ou, ainda, quando não tem certeza das consequências sistêmicas de uma decisão, v. Cass Sunstein. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University, 2001, p. 3-72.

Cópia