



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O DIREITO DE TRANSEXUAIS E TRAVESTIS E O INÍCIO DO DEBATE SOBRE O  
SEU ENCARCERAMENTO NA ADPF 527/DF

Yasmin Silva Bittencourt

Rio de Janeiro  
2020

YASMIN SILVA BITTENCOURT

O DIREITO DE TRANSEXUAIS E TRAVESTIS E O INÍCIO DO DEBATE SOBRE O  
SEU ENCARCERAMENTO NA ADPF 527/DF

Artigo científico apresentado como exigência de  
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da  
Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.  
Professores Orientadores:  
Mônica C. F. Areal  
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro  
2020

## O DIREITO DE TRANSEXUAIS E TRAVESTIS E O INÍCIO DO DEBATE SOBRE O SEU ENCARCERAMENTO NA ADPF N.º 527/DF

Yasmin Silva Bittencourt

Graduada pelas Faculdades Integradas Vianna Jr.  
Pós-graduada em Direito Público e Privado pela  
Escola da Magistratura do Estado do Rio de  
Janeiro. Advogada.

**Resumo** – o presente trabalho é iniciado mostrando a evolução normativa relativa aos direitos humanos voltados à proteção da comunidade LGBTQI+. Pondera-se, em seguida, sobre a ineficácia da mera previsão normativa, a qual, embora importante, não é suficiente para afastar o tratamento discriminatório que as aflige perante a sociedade. É quando se atenta à necessidade de atuação do Poder Judiciário, para que se mitigue a violação massiva de direitos humanos da pessoa LGBTQI+, especialmente quando encarceradas. A pesquisa é focada no encarceramento de transexuais e travestis, expondo a lesão excessiva e desnecessária que as atinge quando nessa situação. O artigo apresenta, ainda, o impacto que a ADPF n.º 527/DF pode causar a esse sistema e a sua importância para efetivar direitos que até então eram negados a esse grupo de pessoas.

**Palavras-chave** – Direitos Humanos. Direitos LGBTQI+. Encarceramento de transexuais e travestis.

**Sumário** – Introdução. 1. A ineficácia da mera proteção normativa aos direitos LGBTQI+. A evolução jurisprudencial sobre os direitos assegurados a transgêneros. 3. A importância da ADPF n.º 527/DF para firmar a proteção carcerária a transexuais e travestis. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica visa expor a necessidade de assegurar às pessoas transgênero uma maior proteção quando forem encarceradas por qualquer motivo. Busca-se demonstrar a situação de dupla vulnerabilidade dessas mulheres e como adequar o sistema carcerário de modo mitigar os riscos e lesões a que são expostas.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, já que o Poder Legislativo se mantém inerte em relação aos direitos que deveriam ser assegurados à população LGBTQI+. Assim, discute-se se a mera aplicação do princípio da igualdade, em sua vertente material – tratar os desiguais na medida de sua desigualdade,

seria suficiente para tornar constitucional o tratamento diferenciado conferido pelo Poder Judiciário.

A fim de elucidar a explanação do tema, lembre-se que transgênero são todos os indivíduos que, de uma forma geral, não se identificam com seu sexo biológico. É como um guarda-chuva, que abrange transexuais, travestis, *crossdressers*, não binários.

Neste estudo, focar-se-á nas pessoas transexuais e travestis. Transexuais são as pessoas que se identificam com o gênero oposto ao seu sexo biológico. Elas têm uma percepção de que seu corpo é inadequado à forma como se sentem, e buscam ajustá-lo à imagem que têm de si. Travestis se diferem de transexuais porque, embora também se apresentem com o gênero oposto ao que corresponde seu sexo biológico, não têm aversão a seus órgãos sexuais e, portanto, não querem modificá-los.

Embora a legislação atual insista em ignorar essa realidade social, a verdade é que esse grupo de pessoas – LGBTQI+ e, em especial, transexuais e travestis – merece uma proteção especial do Direito. São grupos extremamente vulneráveis em relação a sociedade, sendo vítimas frequentes de violações massivas de direitos humanos, tendo em vista a visão conservadora e a atitude violenta da sociedade em relação a elas.

Essa situação social se agrava quando encarceradas. A população carcerária já é marginalizada por si só. Não obstante, transexuais e travestis, por se inserirem em um grupo extremamente estigmatizado, mesmo em liberdade, sofrem essa situação de dupla vulnerabilidade quando presas, como apresenta o Min. Roberto Barroso na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 527/DF.

O tema é controvertido na doutrina e na jurisprudência, mas merece atenção, uma vez que sempre é delicada a intervenção do Poder Judiciário quando existe omissão legislativa.

Inicia-se o primeiro capítulo apresentando a evolução jurisprudencial sobre os direitos assegurados à população LGBTQI+ e, especialmente, a transgêneros.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, sobre a medida cautelar proferida pelo Min. Roberto Barroso e sua importância para a concretização dos direitos de transexuais e travestis.

Já o terceiro capítulo abordará a discussão específica sobre as travestis, tendo em vista que não é pacificada a solução sobre qual seria a unidade prisional adequada para o seu cumprimento de pena. Serão trazidas soluções e debates formulados no direito comparado e se seria possível deixar a escolha nas mãos das próprias travestis, de modo a permanecerem na unidade prisional onde se sintam mais seguras.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo. A pesquisadora pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las de forma argumentativa.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia e jurisprudência pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

## 1. A INEFICÁCIA DA MERA PROTEÇÃO NORMATIVA AOS DIREITOS LGBTQI+

Os direitos humanos se tornaram uma preocupação em escala mundial a partir do século XX. As atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial atentaram para a necessidade de uma ordem universal e indivisível dos direitos humanos. Não podia mais ser concebida uma noção meramente doméstica do Estado, mas como um problema de relevância internacional. Pensando nisso foi criada a Organização das Nações Unidas (ONU), com a consolidação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948<sup>1</sup>.

Na teoria, para ser titular dos direitos ali assegurados bastava a condição de ser humano, sem distinção de raça, cor, orientação sexual, religião, língua, nacionalidade ou qualquer forma de discriminação. Sabe-se, todavia, que a concretização desses direitos é mais difícil, especialmente em relação às minorias, grupo que carece de uma atenção especial.

A ONU não havia se manifestado sobre orientação sexual e identidade de gênero até 1994, quando foi julgado um caso de homossexualidade ocorrido na Austrália, país que criminalizava a “prática homossexual”. O Comitê Internacional de Direitos Civis e Políticos, vinculado ao Conselho de Direitos Humanos da ONU, declarou que as leis que violam os direitos LGBT violam os direitos humanos<sup>2</sup>.

Em 2007 foram aderidos às Nações Unidas os Princípios de Yogyakarta sobre a Aplicação da Legislação Internacional de Direitos Humanos em relação à Orientação

---

<sup>1</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2019.

<sup>2</sup> ONU. Organização das Nações Unidas. *Toonen v. Australia*. CCPR/C/50/D/488/1992, UN Human Rights Committee (HRC), 1994. Disponível em: <<https://www.refworld.org/cases,HRC,48298b8d2.html>>. Acesso em: 29 abr. 2020.

Sexual e Identidade de Gênero<sup>3</sup>. Embora não fossem novos, pois muitos já haviam sido consagrados na Declaração Universal de Direitos Humanos, os princípios foram ressignificados e adequados ao prisma da sexualidade.

Em 2011 foi aprovada pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas a Resolução 17/19<sup>4</sup>, que versava sobre Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero, da qual o Brasil participou e votou favoravelmente. Como se nota, as Nações Unidas têm evidenciado a extensão dos direitos humanos às pessoas LGBT, a fim de mitigar a discriminação social que as atinge.

Não obstante, mesmo que se busque evidenciar esses direitos por meio de normas, recomendações e resoluções, ainda se mostra ineficaz a mera previsão normativa, pois carente de efetivação.

Na Inglaterra, apenas em outubro de 2015, foi Tara Hudson, uma mulher transexual, transferida de um presídio masculino para um presídio feminino. A atitude só ocorreu após uma mobilização nacional formada por uma petição subscrita por 140.000 pessoas em favor da remoção.

Apesar da alteração na situação de Tara, verifica-se que foi apenas um caso isolado, visto que logo depois duas transexuais presas em um presídio masculino, Joanne Latham e Vicky Thompson, cometeram suicídio<sup>5</sup>. Esses acontecimentos ensejaram uma discussão sobre direitos humanos no Reino Unido, que se comprometeu a divulgar quantas detentas existiam naquelas condições e iniciou um estudo para buscar o melhor lugar para cumprimento de pena dessas mulheres.

No Brasil, a situação é ainda pior. O sistema prisional é extremamente falho no geral, com problemas de superlotação, falta de estrutura, trabalho e educação, tráfico de drogas, domínio de facções criminosas, falta de acompanhamento das execuções penais. Além dessas reiteradas violações aos direitos humanos dos presos brasileiros, transexuais e travestis são duplamente humilhadas, já que expostas a uma população diferente de seu gênero, que as tornam o alvo principal de torturas e abusos. Exemplo disso se mostra na obrigatoriedade em alguns presídios de a presa tomar banho de sol sem camisa; o corte

---

<sup>3</sup> 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](http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf)>. Acesso em: 30 ago. 2019.

<sup>4</sup> CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos: Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*. Disponível em: <<http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/Resolucao1719ONU.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2020.

<sup>5</sup> ALISSON, Eric; PIDD, Helen. Second transgender prisoner found dead in male jail. *The Guardian*, 1.º dez. 2015. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/society/2015/dec/01/second-trans-prisoner-joanne-latham-apparently-takes-own-life-in-male-jail>>. Acesso em: 29 abr. 2020.

obrigatório dos cabelos femininos nos presídios masculinos; a proibição de tratamento com hormônios; a revista íntima vexatória.

No Ceará, em 2015, foi relatado por uma mulher transexual, que havia passado vinte dias presa em uma penitenciária masculina e se mataria se voltasse à prisão. A presa havia sido espancada e estuprada por quatro detentos, o que motivou a apuração do caso<sup>6</sup>.

Outro exemplo notório foi o de Vitória R. Fortes, que motivou a criação da “ala gay” em Minas Gerais, o primeiro Estado a reservar uma área para transexuais e travestis. Enquanto no presídio masculino, Vitória era obrigada a ter relação sexual com todos os homens das celas, em sequência, era ameaçada e morta e leiloada entre os presos. Para se ter uma ideia, a mulher chegou a sofrer 21 estupros em um dia, pegou hepatite e sífilis<sup>7</sup>.

A situação gravíssima anda em confronto com as evoluções mundiais no campo normativo.

No Brasil, apenas alguns Estados como Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Mato Grosso e Paraíba contam com ala específica em estabelecimentos penais para homossexuais, travestis e transexuais. A Bahia, em 2014, se comprometeu a criar espaços nesse sentido<sup>8</sup>.

Ainda em 2014, foi editada a Resolução Conjunta n.º 1/14<sup>9</sup> pelo Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNC/D/LGBT) e pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) estabelecendo novos parâmetros para o tratamento da população LGBT no sistema prisional.

Tal ato normativo elenca, entre outras medidas, a necessidade de manifestação da vontade da pessoa quanto ao tipo de estabelecimento para o qual será destinada, o direito de ser tratada pelo nome social e, principalmente, o encaminhamento de homens e mulheres transexuais para unidades prisionais femininas, com direito ao mesmo tratamento que o das demais mulheres privadas da liberdade (art. 4.º).

---

<sup>6</sup> ROMÃO, Rosana. Defensoria pública investiga estupro sofrido por transexual em cela masculina de presídio. *Tribuna do Ceará*, 2 out. 2015. Disponível em: <<https://tribunadoceara.com.br/noticias/segurancapublica/defensoria-publica-investiga-estupro-sofrido-por-transexual-em-cela-masculina-de-presidio/>>. Acesso em: 29 abr. 2020.

<sup>7</sup> KIEFER, Sandra. Homossexuais contam abusos que sofriam em prisões sem separação. *O Estado de Minas*, 25 nov. 2014. Disponível em: <[https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2014/11/25/interna\\_gerais,593189/uma-questao-de-respeito.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2014/11/25/interna_gerais,593189/uma-questao-de-respeito.shtml)>. Acesso em: 29 abr. 2020.

<sup>8</sup> CHAIB, Julia. *Cadeia exclusiva para homossexuais*. In: MP-MG. Superintendência de Comunicação Integrada. CLIPPING, n. 132, p. 14, 2013.

<sup>9</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Combate à Discriminação, Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. *Resolução n.º 1*. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=17/04/2014&jornal=1&pagina=2&totalArquivos=96>>. Acesso em: 29 abr. 2020.

É também assegurado a essas pessoas o uso de roupas femininas ou masculinas, conforme o gênero, a manutenção de cabelos compridos (art. 5.º), o uso do tratamento hormonal (art. 7.º), o direito à visita íntima (art. 6.º) e ao auxílio-reclusão (art. 11).

Outros Estados também têm adotado resoluções no âmbito de suas Secretarias de Administração Penitenciária, como São Paulo<sup>10</sup> e Rio de Janeiro<sup>11</sup>. Busca-se, por meio dessas resoluções, orientar os agentes penitenciários, efetivar os direitos dessas pessoas e criar espaços específicos para seu acolhimento.

Embora a Resolução SAP n.º 11 de São Paulo seja elogiável, sob sua vigência Verônica Bolina foi gravemente espancada e teve suas imagens divulgadas de forma atentatória à sua dignidade<sup>12</sup>. Isso demonstra que a mera imposição normativa não é suficiente, pois é preciso uma mudança estrutural dessa mentalidade calcada na banalidade do mal. A violência não é isolada, mas sim o resultado de um sistema estatal que mitiga a punição, quando existente, e se omite perante sua obrigação em educar.

Pensando nisso, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos aprovou, em 2018, um Relatório que analisa os avanços e desafios frente ao reconhecimento dos direitos das pessoas LGBTQI+ nas Américas.

Ainda que de difícil concretização, a previsão normativa é importante para demonstrar que o Estado, ou organização internacional, reconhece o problema e busca solucioná-lo. A questão é que, muitas vezes, é usada apenas como meio político, o que a distância da efetivação dos direitos. Justamente por isso a atuação judicial é importante, quando a mera positivação não basta para solucionar o conflito social.

## 2. A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL DOS DIREITOS ASSEGURADOS A TRANSGÊNEROS

O fato jurídico raramente acompanha o fato social, já que este é produzido com muito mais rapidez. Na maioria dos casos, a mobilização social é necessária para modificar o Direito e adequá-lo à situação fática contemporânea. A luta atual das minorias por

---

<sup>10</sup> SÃO PAULO (Estado). Secretaria de Administração Penitenciária. *Resolução n.º 11/2014*. Disponível em: <<http://justica.sp.gov.br/wp-content/uploads/2019/10/Resolucao-SAP-11-de-30-de-marco-de-2014.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2020.

<sup>11</sup> RIO DE JANEIRO (Estado). Secretaria de Estado de Administração Penitenciária. *Resolução n.º 558/2015*. Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/baixar.php?arquivo=admin/arquivos/1553110021.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2020.

<sup>12</sup> TOMAZ, Kleber; ACAYABA, Cíntia. Travesti fica desfigurada após prisão; Defensoria diz haver indício de tortura. *GI São Paulo*, abr. 2015. Disponível em <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2015/04/travesti-fica-desfigurada-apos-prisao-defensoria-diz-haver-indicio-de-tortura.html>>. Acesso em: 29 abr. 2020.



direitos iguais demonstra como a construção jurídica e legislativa acontece.

A Constituição Federal de 1988<sup>13</sup>, no artigo 5º, *caput*, assegura o direito à igualdade e à liberdade para todos os brasileiros. Seu artigo 1º, no inciso III, eleva a dignidade da pessoa humana a fundamento do Estado Democrático de Direito. Em razão da eficácia vertical dos direitos fundamentais, todo o ordenamento jurídico interno busca concretizar esses princípios e direitos, e os dele decorrentes, pouco importando as características pessoais de cada um.

No Brasil, a luta pelos direitos humanos de pessoas LGBTQI+ começa a ser levada em consideração na década de 1980, quando a ditadura perde sua força e o país passa por uma reabertura democrática, o que causa o reaparecimento de movimentos sociais e democráticos. A partir daí, as mobilizações LGBTQI+ passam a trabalhar em conjunto com o governo.

Em 1985, foi retirada, no Brasil, a homossexualidade da classificação de doenças no Conselho Federal de Medicina<sup>14</sup>. Já em 1990, a Organização Mundial de Saúde retira de seus catálogos médicos o sufixo -ismo da palavra “homossexual”, abandonando a alusão à doença e a passando a nomear homossexualidade, como condição de ser e orientação individual do desejo.

A Lei n.º 7.716/89 regulamentou a igualdade material prevista pela Constituição ao instituir, em seu artigo 1º que: “Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.”<sup>15</sup>

Apesar disso, percebe-se que os anseios da população LGBTQI+ não foram atendidos, pois não constam na lei os termos “orientação sexual” e “identidade de gênero”. Destarte, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que há omissão inconstitucional do Congresso Nacional por não editar lei que criminalize atos de homofobia e de transfobia. A decisão foi proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26<sup>16</sup> e no Mandado de Injunção (MI) 4.733<sup>17</sup>, quando a Corte decide enquadrar a homofobia e a transfobia como tipo penal definido na Lei do Racismo (Lei 7.716).

<sup>13</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 07 jan. 2020.

<sup>14</sup> BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Consulta nº 32/84*. Disponível em: <[http://www.portalmédico.org.br/pareceres/cfm/1985/5\\_1985.htm](http://www.portalmédico.org.br/pareceres/cfm/1985/5_1985.htm)> Acesso em: 07 jan. 2020.

<sup>15</sup> BRASIL. *Lei nº 7.716*, de 05 de janeiro de 1989. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm)> Acesso em: 07 jan. 2020.

<sup>16</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADO nº 26*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2020.

<sup>17</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MI nº 4.733*. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24353944/mandado-de-injuncao-mi-4733-df-stf>>. Acesso em: 30 mai. 2020.

Como o Poder Legislativo insiste em se manter inerte em relação à proteção à população LGBTQI+, a maior parte dos avanços conquistados adveio do Poder Judiciário, que atua fortemente na efetivação da isonomia pretendida pela Constituição. Exemplo disso é a regulação do casamento civil homoafetivo pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, ocorrida apenas em 2013, proibindo que cartórios brasileiros se recusassem a casar pessoas do mesmo gênero<sup>18</sup>.

Se os direitos dos homossexuais demoram a ser efetivados, os transgêneros são ainda mais prejudicados pela mora normativa. Para alcançar a finalidade desse trabalho, é válido diferenciar os conceitos de orientação sexual e de identidade de gênero.

Os Princípios de Yogyakarta, como visto, são premissas que refletem a aplicação de normas internacionais de direitos humanos sobre orientação sexual e identidade de gênero. O documento ensina que orientação sexual é a capacidade de cada pessoa a ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas. Identidade de gênero, por sua vez, consiste na experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos.

O debate proposto nesta pesquisa foca na questão da identidade de gênero em relação à pessoa transexual e à travesti.

Embora existam relatos sobre a transexualidade desde o império romano, Maria Berenice Dias<sup>19</sup> atenta que, apenas em idos de 1920, acontecem os primeiros relatos de cirurgia de mudança de sexo, a qual era associada ao hermafroditismo, com a finalidade de adequar o órgão genital a seu “verdadeiro gênero”.

Em 1980, a transexualidade é tida como “transexualismo” e entra no catálogo de doenças da DSM (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*), e ingressam no CID-10, no Brasil, em 1992.

Como o reconhecimento social da transexualidade como um fato – não doença – não foi assegurado pela norma jurídica, a jurisprudência desempenha um papel importante para a solução da questão.

---

<sup>18</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 175*. Disponível em: <[https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao\\_175\\_14052013\\_16052013105518.pdf](https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_175_14052013_16052013105518.pdf)> Acesso em: 07 jan. 2020.

<sup>19</sup> DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e Direitos LGBTI*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 226-229.

O marco jurídico sobre os direitos da pessoa transexual no Brasil foi o julgamento, pelo Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo na Apelação Criminal nº 201.999/Capital, que absolveu o médico que realizou cirurgia de transgenitalização em paciente transexual, tendo em vista a ausência de dolo.

O direito a tal cirurgia se consolida em 1997, quando o Conselho Federal de Medicina aprova a Resolução nº 1.482/97<sup>20</sup> e passa a autorizar a realização da cirurgia de transgenitalização para tratamento de pessoas transexuais.

Já o Código Civil de 2002, em seu artigo 13<sup>21</sup>, aparenta legalizar tal cirurgia ao permitir a disposição do próprio corpo quando decorrer de exigência médica, o que ocorre no caso de cirurgias de transgenitalização<sup>22</sup>. Esse entendimento é autorizado até mesmo pela Organização Mundial da Saúde (OMS), que conceitua saúde como completo estado de bem-estar físico, psicológico e social.

Embora assegurado o direito à cirurgia em 1997, o entendimento à época era de impossibilidade de alteração do registro civil da transexual, mesmo quando realizada a alteração do órgão sexual. Argumentava-se que isso seria o mesmo que “admitir o casamento homossexual”, que a cirurgia era meramente estética e não modificava o “verdadeiro sexo” da pessoa, e que qualquer constrangimento sofrido seria advindo de sua “escolha” pela cirurgia. Perceba-se que, além de confundirem identidade de gênero com orientação sexual, tratava-se de posição moralista que sequer buscava entender o sentimento alheio e a condição humana.

Em idos dos anos 2000, a jurisprudência evoluiu para permitir a alteração do prenome e do sexo da pessoa no registro civil, pois, segundo o Tribunal de Justiça de São Paulo, seria incoerente que o Estado admitisse a cirurgia, mas se recusasse a reconhecer os direitos da personalidade decorrentes de tal ato. A possibilidade de adequação do registro ao corpo em conformidade com o gênero pelo qual se identificava foi confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça em 2009.

O tema, todavia, continuou polêmico na sociedade e no Direito, o que perdurou até 2018, quando o Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.275, afirmou o direito à alteração no registro da transexual, independentemente de

---

<sup>20</sup> BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução nº 1.482*. Disponível em: <[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/1997/1482\\_1997.htm](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/1997/1482_1997.htm)> Acesso em: 07 jan. 2020.

<sup>21</sup> BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)> Acesso em: 07 jan. 2020.

<sup>22</sup> IV JORNADA DE DIREITO CIVIL, 276, 2006, Brasília. *Enunciado nº 276*. Brasil: Conselho de Justiça Federal, 2006.

realização da cirurgia de transgenitalização.

Para tanto, o Tribunal se baseou na Opinião Consultiva n.º 24/17 da Corte Interamericana de Direitos Humanos para esclarecer que a identidade de gênero não é sujeita a prova, pois a vontade da pessoa deve ser tida como soberana perante o Estado e a sociedade. Além disso, exigir uma cirurgia para adequar o registro acabaria por impor uma esterilização compulsória para que a pessoa tenha sua identidade de gênero respeitada, o que, evidentemente, violaria a sua autonomia e integridade corporal.

Como não se prova, o STF também definiu que essa adequação do registro independe de ação judicial, sendo suficiente o procedimento administrativo para tanto.

Outra evolução jurisprudencial foi a decisão do Tribunal Superior Eleitoral, em processo de Consulta, que reconheceu o direito de mulheres transexuais se enquadrarem nas cotas eleitorais destinadas ao sexo feminino<sup>23</sup>. É justificada a medida, pois a ação afirmativa busca proteger a identidade de gênero feminina em vez de seu “sexo biológico”.

Por fim, a medida cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 527/DF deu mais um passo no debate jurisprudencial sobre os direitos assegurados a transgêneros. Na cautelar, o Min. Barroso assegura às transexuais femininas a cumprirem pena em presídios femininos, de acordo com sua identidade de gênero<sup>24</sup>. Quanto às travestis, foi-lhe conferido o direito de escolha sobre qual estabelecimento penitenciário seria mais adequado. Visa a medida resguardar os direitos à dignidade humana, à autonomia, à liberdade, à igualdade, à saúde, vedação à tortura e ao tratamento degradante e desumano (CFRB/88, art. 1º, III; e art. 5º, caput, III).

### 3. A IMPORTÂNCIA DA ADPF N.º 527/DF PARA FIRMAR A PROTEÇÃO CARCERÁRIA A TRANSEXUAIS E TRAVESTIS

A ADPF n.º 527/DF visa assegurar o cumprimento dos artigos 3º, §§1º e 2º, e 4º, caput e parágrafo único, da Resolução Conjunta da Presidência da República e do Conselho de Combate à Discriminação n.º 1<sup>25</sup>, os quais definem parâmetros para o acolhimento de

<sup>23</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Consulta n.º 0604054-58.2017.6.00.0000*. Relator: Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-tarcisio-transgeneros.pdf>>. Acesso em: 08 jan. 2020.

<sup>24</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n.º 527/DF*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5496473>>. Acesso em: 08 jan. 2020.

<sup>25</sup> BRASIL. *Resolução Conjunta da Presidência da República e do Conselho de Combate à Discriminação n.º 1*, de 14 de abril de 2014. Diário Oficial da União. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&data=17/04/2014&pagina=1>>. Acesso em: 08 jan. 2020.

peças LGBT submetidas à privação de liberdade em estabelecimentos prisionais brasileiros. O texto da norma assegura às travestis e aos homossexuais presos em unidades prisionais masculinas espaços de vivência específicos, mediante expressa declaração de vontade dos presos. Quanto a pessoas transexuais, masculinas ou femininas, devem ser encaminhadas para unidades prisionais femininas. Estão as mulheres transexuais sujeitas a tratamento isonômico ao das demais mulheres em privação de liberdade.

Isto posto, foi pleiteado pela Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ALGBT), autora da ação, que o STF conferisse interpretação conforme à Constituição a tais normas para assegurar o direito de escolha às travestis, para que optem pelo estabelecimento que considerem mais adequado. Isso porque, até então, o direito ao cumprimento de pena em estabelecimento prisional compatível com o gênero feminino só era assegurado às transexuais. As travestis, até então, deviam viver nos mencionados espaços de vivência, o que pode ser extremamente prejudicial à sua integridade física e psicológica.

A Advocacia-Geral da União se manifestou contrariamente ao pedido, sob o argumento de que a norma já assegura os direitos requeridos às transexuais. Quanto às travestis, fundamenta que a autora busca a criação de uma norma pelo Poder Judiciário, o que viola o princípio da separação de poderes. A Procuradoria Geral da República, por sua vez, opinou pelo conhecimento da arguição e pela procedência do pedido cautelar.

Quanto aos direitos de transexuais, não há dúvida sobre onde devem cumprir pena. Tanto a autora como a Advocacia-Geral da União reconhecem que mulheres e homens transexuais devam ser acolhidas em presídios femininos. Em relação às mulheres, esse reconhecimento é compatível com decisões anteriores prolatadas pelo STF. Exemplo disso é a ADI n.º 4.275/DF que reconhece a possibilidade de registro do nome social, independente de cirurgia de mudança de sexo, por meio de procedimento administrativo, quando fundamenta sua decisão no direito de transexuais de viver de acordo com sua identidade de gênero e ter tratamento social com ela compatível<sup>26</sup>. Tal medida é reconhecidamente necessária para assegurar o respeito à dignidade humana, à liberdade e à autonomia das transexuais, além de sua integridade física e psíquica.

O Poder Público não oferece proteção específica à comunidade transgênero, mas

---

<sup>26</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n.º 4.275*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+4275%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+4275%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aju5rhv>>. Acesso em: 08 jan. 2020.

a Constituição admite esse resguardo. Afinal, são direitos constitucionais o tratamento isonômico, a dignidade humana, a liberdade, a autonomia privada, a saúde, a vedação ao tratamento cruel e à tortura, entre outros. Direitos fundamentais que são estendidos, por óbvio, às pessoas transgênero.

Em virtude desse fundamento constitucional é que se diz que os Princípios de Yogyakarta não inovam no ordenamento jurídico, mas especializam direitos que já eram assegurados, o que infelizmente é necessário. Quanto aos direitos humanos LGBTI+, definem que “toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com humanidade e com respeito pela dignidade inerente à pessoa humana” e que “a orientação sexual e identidade de gênero são partes essenciais da dignidade de cada pessoa”. Reforçam que os Estados devem evitar uma marginalização ainda maior dessas pessoas quando encarceradas e fornecer um acesso mais adequado à saúde física e psicológica, em atenção à necessidade especial relacionada à orientação sexual ou à identidade de gênero. Esse tratamento deve ser observado mesmo quanto à saúde reprodutiva, ao acesso à informação e à terapia hormonal ou qualquer outro tipo, bem como a tratamentos de reassignação de sexo/gênero, quando desejado.

Estabelecem, ainda, que os países devem assegurar que todos participem de decisões relacionadas ao local de detenção adequado à sua orientação sexual e identidade de gênero; implantar medidas de proteção para todos os presos vulneráveis à violência ou abuso e assegurar que tais medidas não impliquem maior restrição a seus direitos do que aquelas que já atingem a população prisional; assegurar que as visitas conjugais sejam concedidas na base de igualdade; 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; 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.

Ademais, os mencionados Princípios de Yogyakarta vedam a tortura e o tratamento cruel, desumano ou degradante, algo que aflige de forma especial a comunidade LGBTQI+ quando encarceradas.

Tais premissas são fixadas para que os Estados tomem as medidas legislativas e administrativas necessárias para evitar e proteger a comunidade desse tratamento, identificando todas as suas vítimas e oferecer-lhes recursos jurídicos, medidas corretivas e

reparações, além de apoio médico e psicológico. Determina-se, ainda, que os Estados implantem programas de treinamento e conscientização, para a polícia, agentes prisionais e todas as pessoas do setor público e privado em posição de perpetrar ou evitar esses atos.

Com base nesses princípios é que se baseou o Min. Barroso ao determinar que as transexuais que estivessem presas em penitenciárias masculinas fossem transferidas para estabelecimentos prisionais destinados ao gênero feminino.

Atente-se que homens transexuais lamentavelmente também são encaminhados a unidades prisionais femininas, tendo em vista a extrema vulnerabilidade que sofreriam em unidades masculinas, devido a estigma inerente à própria sociedade. Essa marginalização do transgênero poderia se agravar quando preso, o que colocaria o homem em situação de demasiada exposição à violência física e psicológica.

Finalmente, no que tange às travestis, não há a mesma clareza quanto à solução, visto que sua identidade de gênero não é tão definida quanto a de transexuais. Por esse motivo, o Relator Ministro Barroso transita entre três possibilidades para fins de deferimento da medida cautelar.

Poderia o Ministro seguir a existente Resolução Conjunta n.º 1, a qual confere às travestis a escolha por ser presa nos espaços de convivência específicos, situados na unidade prisional correspondente ao seu sexo biológico. É cogitada também a alocação das travestis em unidades prisionais femininas, de forma automática, como requerido na petição inicial da ADPF n.º 527/DF, mas que foi posteriormente modificado.

Por último, e que Barroso considerou mais adequado, poderia ser conferido às travestis o direito de optar entre cumprir pena em estabelecimento prisional destinado ao gênero feminino ou masculino. Essa medida não apaga a identidade de gênero da pessoa travesti, nem impõe que ela tenha seu gênero definido. Ao contrário, caberá a ela escolher o local de acolhimento mais adequado e menos degradante possível.

Barroso atenta para a notícia de que o CNCD/LGBT pretende modificar o teor da Resolução Conjunta n.º 1, passando a prever o direito das travestis a serem encaminhadas às unidades prisionais “de acordo com a sua identidade de gênero”. Essa aparenta ser a solução mais adequada, principalmente se comparada a situação até então existente. Todavia, a discussão está longe de ser concluída.

É preciso cuidado ao editar previsões normativas desse tipo, devendo existir antes uma profunda e extensa pesquisa sobre o tema. Isso porque a definição do gênero com o qual se identifica não é algo de fácil constatação. Aliás, a identidade com os gêneros masculino ou feminino não é sequer uma realidade para muitas pessoas, de modo que a

imposição para que definam sua identidade poderia gerar consequências graves tanto no aspecto psicológico como físico de uma pessoa.

A medida cautelar proferida na ADPF n.º 527/DF é de suma importância justamente por não impor a travestis que definam, de pronto, o gênero com o qual se identificam. Basta, agora, que escolham o estabelecimento prisional com o qual se sintam mais seguras e acolhidas, sem precisarem renunciar à fluidez de seu gênero.

## CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a situação atual da proteção às pessoas transgênero encarceradas. Demonstrou-se, em princípio, a situação de vulnerabilidade que essas pessoas vivem, tanto quando libertas como quando encarceradas.

Iniciou-se o trabalho expondo o histórico normativo internacional relacionado aos direitos assegurados especificamente a pessoas transgênero e a ineficácia de um sistema que valoriza o instrumento meramente normativo, sem qualquer ferramenta de concretização. Mostrou-se o quanto a mera positivação de direitos humanos não é suficiente para que sejam eles concretizados, principalmente quando se trata de grupos de minoria.

No segundo capítulo foi exposta a questão na ordem interna, isto é, a dignidade da pessoa humana como um princípio norteador da própria República Federativa do Brasil e sua carência de concretização social. Assim, foi ressaltada a necessidade de intervenção do Poder Judiciário para efetivar o princípio em relação à comunidade LGBTQI+ e, em especial, às pessoas transexuais e travestis.

Nesses termos, por ser o foco da presente pesquisa, foi discutida qual a melhor forma de lidar com o cárcere de pessoas que não se identificam com seu sexo biológico. Foram relatadas as soluções normativas e judiciais já conferidas ao tema, a fim de chegar a uma conclusão que mitigue a lesão aos direitos humanos dessas pessoas.

Como o sistema carcerário é opressor por si só, foi debatida a melhor forma de adaptá-lo a fim de resguardar os direitos básicos das pessoas transgênero. Foram apresentadas as opiniões que dividiam o tema, desde os que defendem a permanência nas prisões correspondentes ao sexo biológico até os que defendem a colocação automática dessas pessoas em penitenciárias femininas ou a sua possibilidade de escolha.

Por fim, foi abordada a importância da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 527/DF para a concretização da proteção carcerária a pessoas transexuais



e travestis. Dessa forma, foram trazidas posições favoráveis e contrárias à alteração da situação atual, bem como os fundamentos usados pelo Relator Min. Roberto Barroso para deferir em parte a medida cautelar.

O Ministro decidiu por transferir todas as mulheres transexuais presas para o presídio feminino e por conferir às travestis a possibilidade de escolha. Tal medida se mostra realmente mais adequada em face de toda a explanação realizada no presente trabalho. Até porque a colocação em penitenciárias diversas de sua identidade de gênero pode acarretar transtornos e abusos psíquicos e físicos.

Como a sociedade, em sua essência, não pode ser coordenada a pensar de forma mais liberal e empática, cabe ao ordenamento jurídico ao menos suavizar os danos decorrentes da violação massiva de direitos humanos.

A colocação de transexuais e travestis em prisões femininas ou em áreas específicas é uma relevante conquista, mas não é suficiente para modificar a estrutura social opressora em relação à comunidade LGBTQI+. Os direitos humanos precisam ser efetivados além do papel para que haja uma mudança sistêmica, até porque a situação carcerária é um reflexo piorado do que vem da própria sociedade.

A positivação e judicialização dos direitos humanos relacionados a pessoas transgênero é extremamente importante e significativa, mas precisa vir acompanhado de uma mudança na estrutura social. Somente assim será garantida, de forma eficaz, as premissas da isonomia e dignidade da pessoa humana asseguradas na Constituição Federal.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)> Acesso em: 07 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 07 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. *Resolução Conjunta n.º 1*. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=17/04/2014&jornal=1&pagina=2&totalArquivos=96>>. Acesso em: 29 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 527/DF*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5496473>>.

Acesso em: 29 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *REsp. n° 670422/RS*. Relator: Ministro Dias Tóffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4192182&numeroProcesso=670422&classeProcesso=RE&numeroTema=761#>>. Acesso em: 29 abr. 2020.

DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e direitos LGBTI*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ONU. Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas. *Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos: Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*. Disponível em: <<http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/Resolucao1719ONU.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2020.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 18. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

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](http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf)>. Acesso em: 30 ago. 2019.

RIO DE JANEIRO (Estado). Secretaria de Estado de Administração Penitenciária. *Resolução n° 558/2015*. Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/baixar.php?arquivo=admin/arquivos/1553110021.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2020.

SÃO PAULO (Estado). Secretaria de Administração Penitenciária. *Resolução n.º 11/2014*. Disponível em: <<http://justica.sp.gov.br/wp-content/uploads/2019/10/Resolucao-SAP-11-de-30-de-marco-de-2014.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2020.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.