

Ementa: Direito das Pessoas LGBTI. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Transexuais e Travestis. Direito de opção pelo cumprimento de pena em unidades prisionais femininas ou masculinas, no último caso, em alas específicas, que lhes garanta a segurança.

1. Direito das transexuais femininas e travestis ao cumprimento de pena em condições compatíveis 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.

2. Amadurecimento da matéria alcançado por meio de diálogo institucional estabelecido entre Poder Executivo, Poder Judiciário e entidades representativas da sociedade civil. Relatório do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos e Nota Técnica do Ministério da Justiça e da Segurança Pública sinalizando evolução do entendimento do Poder Executivo quanto ao tratamento a ser conferido a transexuais e travestis identificados com o gênero feminino, no âmbito do sistema carcerário.

3. Ambos os documentos recomendam a transferência, mediante consulta individual da pessoa trans ou da travesti, para estabelecimento prisional feminino ou masculino, no último caso, para ala separada, que lhes garanta a segurança. Necessidade de acomodar: (i) questões de identidade de gênero com (ii) relações de afeto e/ou estratégias de sobrevivência eventualmente estabelecidas, que minimizam o sofrimento de um grupo profundamente vulnerável e estigmatizado.

4. Referendo da medida cautelar convertido em julgamento de mérito. Pedido julgado procedente.

Voto :

O Sr. Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO:

I. Conversão do referendo

da medida cautelar em julgamento de mérito.

1. Registro, inicialmente, que estão presentes os requisitos para a conversão do referendo da medida cautelar em julgamento de mérito. O contraditório foi regularmente atendido e as informações apresentadas analisaram todos os aspectos da controvérsia em profundidade, não havendo necessidade de manifestações complementares. Por isso, entendo que a ação se encontra pronta para o julgamento do mérito do pedido, por imperativo de celeridade e economia processual.

2. Registro que o Supremo Tribunal Federal tem admitido a conversão do julgamento cautelar em deliberação a respeito do mérito da demanda, como, por exemplo, nos seguintes precedentes: ADI 6.518, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. 22.03.2021, DJe 15.04.2021; ADI 5.253, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. em 03.08.2016, DJe de 01.08.2017; ADPF 413, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. em 06.06.2018, DJe 21.06.2018; ADI 4.788 AgR, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe 8.8.2017; ADI 6.083, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe 18.12.2019 e ADI 6.031, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 16.4.2020.

3. Nessa oportunidade, reitero os fundamentos utilizados para a concessão da medida cautelar, ressaltando que para a análise da controvérsia não se faz diferenciação acerca do tipo de execução de pena de transexuais femininas e travestis (se definitiva ou provisória).

II. Fundamentação

1. Normas e Standards de Proteção à População LGBTI

4. Como já assinalado na decisão cautelar, a proteção das pessoas LGBTI e, em especial, das pessoas LGBTI em situação de encarceramento, no âmbito internacional, parte da compreensão de que a orientação sexual e a identidade de gênero constituem dimensões essenciais da dignidade, da personalidade, da autonomia, da privacidade e da liberdade. Nesses termos, tal proteção é articulada com recurso: (i) ao direito à vida, à liberdade e à segurança[1]; (ii) à vedação à tortura e ao tratamento desumano e cruel[2]; e (iii) à proibição de tratamento discriminatório[3]. Com base nessas normas, afirma-se o dever dos Estados de zelar pela não discriminação em razão da identidade de gênero e orientação sexual, bem como de adotar todas as providências necessárias para assegurar a integridade física e psíquica de pessoas LGBTI encarceradas[4].

5. Atenta, contudo, à necessidade de produzir standards mais específicos para a população LGBTI, a comunidade internacional aprovou, em 2007, os Princípios de Yogyakarta[5], 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[6].

6. 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; (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)[7].

7. No âmbito do direito constitucional brasileiro, o direito das pessoas LGBTI à não discriminação e à proteção física e mental tem amparo: (i) no princípio da dignidade humana[8], (ii) no direito à não discriminação em razão da identidade de gênero ou em razão da orientação sexual[9], (iii) no direito à vida e à integridade física[10], (iv) no direito à saúde[11], (v) na vedação à tortura e ao tratamento desumano ou cruel[12] e na cláusula de abertura da Constituição de 1988 ao direito internacional dos direitos humanos[13]. Há, igualmente, jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal reconhecendo o direito deste grupo a viver de acordo com a sua identidade de gênero e a obter tratamento social compatível com ela (ADI 4275, red. p/o acórdão Min. Edson Fachin; RE 670.422, rel. Min. Dias Toffoli).

2. Amadurecimento do tratamento a ser conferido à

População LGBTI no âmbito do Poder Executivo

8. Esclarecido o quadro normativo acima e como já assinalado, a requerente apresentou novos documentos relevantes para o presente feito, consistentes no já aludido Relatório do Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos e em Nota Técnica do Ministério da Justiça e Segurança Pública. O primeiro traz uma ampla pesquisa de campo com a população LGBT encarcerada, aludindo à existência de divergência quanto ao tratamento a ser dado a transexuais e travestis, a depender de se tratar de associações representativas de interesses de transexuais ou organizações com histórico de dedicação específica às questões de encarceramento. No caso das primeiras, segundo o relatório, há maior ênfase na afirmação de preocupações relacionadas à identidade de gênero, tais como direito ao nome, à alteração de registro, ao uso de banheiro, conforme pleitos submetidos ao Supremo Tribunal Federal. No caso das segundas, maior foco em aspectos ligados à formação de vínculos de afeto e a estratégias de sobrevivência desenvolvidas no âmbito do sistema carcerário.

9. Nesse ponto, o segundo conjunto de associações pondera que algumas transexuais e travestis encontram parceiros nos presídios masculinos e estabelecem uma vida equilibrada nessas condições. Outras logram desenvolver pequenos serviços compreendidos como “femininos” em tais presídios e, com eles, obtêm acesso a recursos que lhes permitem comprar cigarros, comida e material de higiene, que geralmente são

trazidos por parentes (já que essas populações geralmente são abandonadas pela família). Assim, produzir a decisão mais adequada, do ponto de vista da dignidade de tais grupos, extremamente vulnerável, não implica olhar apenas para questões identitárias, mas também para as múltiplas estratégias de sobrevivência, relações de afeto e realidades. Confira-se trecho do Relatório MMFDH:

“Os dados coletados no âmbito desta pesquisa apontam para duas grandes narrativas no ponto de vista das pessoas privadas de liberdade. De um lado, existem as travestis, mesmo em número notavelmente reduzido, que desejam alocação em unidades femininas por acreditar que lá estariam sujeitas a um tratamento mais humanizado e mais próximo do reconhecimento de feminilidade conferido às mulheres cisgêneras. Por outro, existe a narrativa das travestis e mulheres trans que não desejam transferência para unidades femininas por motivos de ordem material e de formação de vínculos.

.....
É preciso levar em consideração que, mesmo reconhecendo a coerência e importância dos pontos de vista proferidos pelas lideranças de algumas organizações da sociedade civil, o fato é que pouquíssimas travestis e mulheres transexuais relataram interesse em serem transferidas para unidades femininas. O argumento baseado na coerência entre as instituições do Estado e a identidade de gênero da população costuma ter bastante eco quando consideramos outros setores do funcionamento público, dos quais escolas e hospitais são bons exemplos. Entretanto, assumir esse argumento como imperativo para pensar uma possível alocação compulsória de pessoas travestis e trans é ignorar os altos riscos à vida que um encaminhamento indevido pode causar a essas pessoas.

[...]. Parece haver, neste momento, apenas um posicionamento possível: a transferência mediante consulta individual da travesti ou da pessoa trans. A recente manifestação, em caráter liminar, do Supremo Tribunal Federal, no dia 26/06/2019, já aponta nesse sentido mesmo que acabe por restringir essa possibilidade apenas para pessoas transexuais, e não para travestis ”. (Relatório MMFDH, pp. 124-125, grifou-se)

10. No mesmo sentido, a Nota Técnica MJSP defende a adoção dos seguintes procedimentos:

“b) às **peessoas presas travestis** - sendo possível haver encaminhamento da pessoa travesti, independentemente da retificação de seus documentos, à **unidade prisional feminina ou masculina, dependendo de manifestação de vontade da pessoa presa e mediante expressa autorização da Comissão Técnica de Classificação**, observando a identidade de gênero indicada pela pessoa presa, ou para cumprimento de ordem judicial: [...] alocar a pessoa em espaço de vivência específico, **separada do convívio dos demais presos**, se houver sido encaminhada para unidade masculina, ou das demais presas, se houver sido encaminhada para a unidade feminina.

c) às **mulheres transexuais presas** - É possível haver encaminhamento da mulher transexual (com ou sem cirurgia e independentemente da retificação de seus documentos) à **unidade prisional feminina ou masculina, dependendo de manifestação de vontade da pessoa presa e mediante expressa autorização da Comissão Técnica de Classificação**, observando a identidade de gênero indicada pela pessoa presa, ou para cumprimento de ordem judicial [...]: alocar a pessoa em espaço de vivência específico, **separada do convívio dos demais presos**, se tiver sido encaminhada para unidade masculina, ou das demais presas, se houver sido encaminhada para a unidade feminina.” (Nota Técnica MJSP, grifou-se)

11. Nota-se, portanto, uma **notável evolução no tratamento a ser dado à matéria no âmbito do Poder Executivo**, evolução decorrente de diálogo institucional ensejado pela judicialização da matéria, que permitiu uma interlocução entre tal poder, associações representativas de interesses de grupos vulneráveis e o Judiciário. Não há dúvida de que a solução sinalizada por ambos os documentos encontra-se em harmonia com o quadro normativo já traçado acima, em especial com o Princípio 9 de Yogyakarta, que recomenda que a população LGBTI encarcerada participe das decisões relacionadas ao local de detenção adequado à sua orientação sexual e identidade de gênero.

III. Conclusão

12. Diante do exposto, converto o referendo da medida cautelar em julgamento de mérito e julgo procedente o pedido, **para outorgar às transexuais e travestis com identidade de gênero feminina o direito de**

opção por cumprir pena: (i) em estabelecimento prisional feminino; ou (ii) em estabelecimento prisional masculino, porém em área reservada, que garanta a sua segurança.

É como voto.

Notas:

[1] Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), art. 3º: “Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”; Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, internalizado por meio do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992 (PIDCP), art. 6º: “1. O direito à vida é inerente à pessoa humana. Esse direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida. [...]”

[2] DUDH, art. 5º: “Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”; PIDCP, art. 7º: “Ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médias ou científicas”.

[3] DUDH, art. 2º: “1 - Todo ser humano tem capacidade para gozar 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”.

[4] 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>.

[5] 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>.

[6] 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.

[7] 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>.

[8] CF/1988, art. 1º, III.

[9] CF/1988, art. 3º, IV

[10] CF/1988, art. 5º, *caput*.

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

[12] CF/1988, art. 5º, III.

[13]CF/1988, art. 5º, §2º.

Plenário Virtual - minuta de voto - 03/09/2021 00:00