

DOI: <https://doi.org/10.23925/ddem.v.2.n.5.57501>

Licença Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DO RECONHECIMENTO DA IDENTIDADE SEXUAL COMO DIREITO DE PERSONALIDADE: ANÁLISE DA ADPF 527

THE PRINCIPLE OF THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSON AS THE FOUNDATION OF THE RECOGNITION OF SEXUAL IDENTITY AS A RIGHT OF PERSONALITY: ADPF ANALYSIS 527

Luiz Eduardo Gunther¹
Maria Victória da Fonseca Esmanhotto²
Rafael Santana Barros Lins³

RESUMO

O objetivo do presente trabalho foi analisar o princípio da dignidade humana se materializar por meio dos direitos de personalidade aplicados à possibilidade de escolha da pessoa transexual em optar pelo encarceramento na facilidade prisional do gênero que lhe proporcionar maior segurança a integridade física e psicológica. Para tanto, utilizou-se o método teórico-bibliográfico, analisando doutrina constante em livros, artigos e publicações jurídicas, bem como, o estudo jurisprudencial. Foram visitados também os textos legais que versam sobre o tema. Ao final, concluiu-se que o Estado deve assegurar condições mínimas de garantia à preservação dos direitos de personalidade às pessoas transexuais.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana; Direitos de personalidade; Pessoas transexuais; ADPF 527.

ABSTRACT

The objective of this study was to analyze the principle of human dignity being materialized through personality rights applied to the transsexual choice to opt for incarceration in the prison

¹ Pós-Doutor em Direito pela PUC-PR (2015). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2003). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2000). Graduado em Direito e em História pela Universidade Federal do Paraná (1977). Desembargador no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Tem experiência em: Direito Internacional do Trabalho, Direito Sindical e Coletivo do Trabalho, Tutela dos Direitos de Personalidade na Atividade Empresarial, Crise da Jurisdição: Efetividade e Plenitude Institucional. Autor de diversas obras na área do Direito do Trabalho. Poeta nas horas vagas, com diversos livros publicados. Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho, do Conselho Editorial do Instituto Memória - Centro de Estudos da Contemporaneidade, do Centro de Letras do Paraná e do Instituto Histórico e Geográfico do Paraná. Orientador do Grupo de Pesquisa que edita a Revista Eletrônica do TRT9. luiz.gunther@uol.com.br. <https://orcid.org/0000-0001-7920-3406>.

² Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Formada pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA (2020). Advogada criminalista no escritório Beno Brandão Advogados Associados. mvtoriaesmanhotto@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0002-0175-8652>.

³ Aluno especial no programa de mestrado do Centro Universitário de Curitiba - UNICURITIBA (2019). Especialista em Direito Processual Civil pela Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes - LFG (2018), pós-graduado em Gestão de Negócios Jurídicos pela Fundação Getúlio Vargas - FGV (2017) e Bacharel em Direito pela Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ (2010). dozedejaneiro@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0003-3953-3106>.

facility of the gender that provides greater security for physical and psychological integrity. For that, the theoretical-bibliographic method was used, analyzing constant doctrine in books, articles and legal publications, as well as the jurisprudential study. Legal texts on the subject were also visited. In the end, it was concluded that the Government must guarantee minimum conditions to ensure the preservation of the personality rights of transsexual people.

Keywords: Human dignity; Personality rights; Transsexual persons; ADPF 527.

INTRODUÇÃO

O princípio da dignidade da pessoa humana é tema amplamente discutido, nesse contexto, busca-se realizar uma análise mais ampla deste conceito como gênero, onde os direitos de personalidade são espécie.

Os direitos da personalidade materializam direitos subjetivos que refletem os atributos e as características da individualidade humana, e, portanto, trata-se de bens que devem ser tutelados pelo Estado, já que são revestidos do interesse público. De uma perspectiva humanística, tais direitos são pressupostos funcionais à existência digna da pessoa e de sua individualidade, apenas através do respeito aos direitos de personalidade, é possível alcançar plenamente a tutela da autonomia e liberdade dentro da coletividade.

Pode-se encontrar discussões sobre o direito da dignidade da pessoa humana nos pensadores cristãos dos primeiros séculos do cristianismo, a Igreja pregava sobre a salvação individual, mas também pregava a caridade e o desenvolvimento do sentimento de solidariedade e fraternidade, porém, foi durante o Iluminismo que esses conceitos ganharam materialidade na busca de igualdade entre os homens no âmbito político. Por isso, a análise busca encontrar em Kant definições que embasam os pontos discutidos nesta pesquisa. O homem passa a ser enxergado como um fim em si mesmo, por isso é titular de uma dignidade ontológica.

Sabe-se que a personalidade é composta por diversas vertentes subjetivas ligadas ao seu detentor. Uma delas diz respeito, seguramente, à identidade de gênero. Isso porque, a forma como se identifica e o gênero com o qual relaciona-se forma diversas características pessoais, as quais podem estar ligadas tanto à esfera particular da vida de alguém, quanto à própria esfera civil.

O cumprimento de deveres e o gozo de direitos, previstos pelo ordenamento jurídico, podem ter ampla relação com essa questão. E nesse ponto que se faz relevante o debate sobre o tema, na medida em que os reflexos podem estar presentes tanto na vida privada, quando

pública do sujeito. Para que possa usufruir amplamente de seus direitos, incluindo nestes o direito à personalidade, indispensável que o Estado garanta o exercício pleno do direito à dignidade, à personalidade e, conseqüentemente, à identidade de gênero.

E, é neste contexto que se discute as questões de gênero relativas aos transexuais sob o prisma dos direitos de personalidade que devem ser garantidos às pessoas, mesmo em situações de encarceramento.

1 PERCEPÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA SOB O VIÉS DA PERSONALIDADE

A personalidade é marca indissociável do ser humano, ela representa traços únicos de sua individualidade, ela existe independente do ordenamento jurídico, mas, por ele, é protegida. No ordenamento jurídico, ao indivíduo, é concedida personalidade jurídica, sendo esta a capacidade de ser sujeito de direitos e obrigações dentro da sociedade, é reconhecida mesmo sem exercício de vontade ou de confirmação de consciência.

Pode-se ler nos primeiros artigos do Código Civil: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, [...]” e “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. A pessoa natural é o centro das relações sociais, dotada de personalidade jurídica, portanto titular de direitos e obrigações, quando exercidos no uso pleno de sua capacidade civil, permitindo-lhe manifestar sua própria vontade, buscando alterar sua conjuntura jurídica.

A personalidade jurídica revestida de capacidade civil assegura aos homens o integral exercício da sua individualidade, permite-lhe naquilo que não ofende ao direito do outro a verdadeira manifestação de sua personalidade, uma vez que, por ser comum e inerente a todos os seres humanos, exige mútuo respeito.

Pode-se encontrar em artigo de Marighetto (2019, p. 2) que:

Os direitos da personalidade são, portanto, direitos subjetivos absolutos, sendo que regulamentam os aspectos mais essenciais e relevantes da personalidade humana. Esses direitos não possuem caráter patrimonial e são inalienáveis, intransmissíveis, irrenunciáveis e imprescritíveis.

Apesar de estar em constante evolução por ser reflexo da sociedade e conseqüentemente do seu amadurecimento, o ordenamento jurídico hodiernamente contempla, como direitos da personalidade, entre tantos outros: o direito à vida, à liberdade; à segurança física e psicológica, à igualdade; à dignidade, ao nome; à imagem; à liberdade de expressão e à inviolabilidade da vida privada, ou seja, a ordem jurídica toma para si a responsabilidade de preservar e tutelar a

autonomia e o valor individual do ser humano, de forma concreta, por meio do direito positivo, definido na legislação nacional e em tratados e declarações internacionais.

Encontra-se, na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que: “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e de consciência, [portanto] devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”.

Já na legislação nacional, o espírito da norma constitucional desde sua concepção reitera tais conjunturas como valor fundamental ao Estado Democrático de Direito. Conforme exposto na redação do preâmbulo da Carta Magna:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para **instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça** como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (BRASIL, CF, 1988) (grifo nosso).

Na busca da instituição de um Estado Democrático que assegure o bem-estar, o Constituinte elenca no primeiro artigo da Constituição como fundamentos do Estado:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; **III - a dignidade da pessoa humana**; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. (BRASIL, CF, 1988) (grifo nosso).

Constituído de personalidade jurídica própria, no exercício de sua capacidade civil, é mister o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como princípio implacável condicionado ao indivíduo como pessoa de direitos, a quem deve ser garantida uma vida digna.

Morais (2017, p. 66) conceitua dignidade como:

Um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos e a busca ao direito à Felicidade.

Sob este prisma, pode-se entender o princípio da dignidade da pessoa humana como a garantia das necessidades vitais de cada pessoa e de sua individualidade, de forma que o Estado deve prover um mínimo existencial, como conjunto de direitos fundamentais e sociais.

A tutela dos interesses do indivíduo, como a integridade física e psicológica, bem como a liberdade, é definida nas normativas na definição do conceito da dignidade humana, sendo, pois, bem indisponível, que materializa o princípio fundamental do Estado Democrático brasileiro, cujo objetivo é garantir à pessoa o respeito do poder público e da sociedade, de maneira a defender a valorização do indivíduo.

Kant é o grande expoente das teorias de reconhecimento universal dos direitos à dignidade da pessoa humana, o que impõe a todos o dever de respeito recíproco, por isso ele é defensor da tese de que o desrespeito à dignidade dos outros é nada mais que falta de respeito ao próprio gênero humano.

Para Kant, a dignidade do ser humano é a razão prática da moral, já que é qualidade intrínseca a todos os seres humanos, enquanto seres dotados de valores morais, portanto, quando os seres humanos a exercem, de forma independente, constroem diferentes personalidades, cada uma delas singular e insubstituível. Logo, não se pode falar em razão prática da dignidade de forma dissociada do conceito de liberdade.

A liberdade é um desejo inerente à humanidade, respeitar a dignidade da pessoa humana também significa atender ao homem seus anseios de autonomia em relação a sua individualidade e necessidades particulares, pois o exercício da razão prática moral da qual todos os homens são dotados advém de sua autonomia e natureza.

Ainda é possível encontrar na obra de Kant (2004 *apud* BARROSO, 2010, p. 77) que “No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Se uma coisa tem preço, pode-se pôr qualquer coisa equivalente, mas se uma coisa superar qualquer preço e, desse modo, não permite equivalência, então ela tem dignidade”, sintetiza este ponto do pensamento kantiano: o ser humano, para ser digno, deve ter um fim em si mesmo.

Ora, o homem é dotado de dignidade, portanto sujeito de direitos, não podendo ser utilizado como meio à consecução de um fim. De acordo com Kant (2007, p. 67-68):

O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ter considerado simultaneamente como fim.

Entendimento corroborado por Comparato (2003, p. 23):

Ademais, disse o filósofo, se o fim natural de todos os homens é a realização de sua própria felicidade, não basta agir de modo a não prejudicar ninguém. Isto seria uma máxima meramente negativa. Tratar a humanidade como um fim em si implica do dever de favorecer, tanto quanto possível, o fim de outrem. Pois, sendo o sujeito um fim em si mesmo, é preciso que os fins de outrem sejam por mim considerados também como meus.

Assim, afastando-se das abstrações teóricas, encontra-se na regulamentação do Direito Civil a materialização do direito da dignidade da pessoa humana por meio da estipulação e proteção dos direitos da personalidade, com isso, o Estado assume a obrigação de agir, a fim de resguardar condições existenciais mínimas a cada pessoa, incluindo proteções aos direitos à vida, à liberdade; à segurança física e psicológica, à igualdade; à dignidade, ao nome; à imagem; à liberdade de expressão e à inviolabilidade da vida privada como outrora mencionado.

O fato é que no atual cenário é impossível dissociar o ordenamento jurídico nacional e normativas internacionais do princípio protetor da dignidade da pessoa humana e seu exercício de direitos de personalidade.

2 IDENTIDADE SEXUAL E PERSONALIDADE

A personalidade da pessoa humana e os direitos que lhe são assegurados em decorrência dela são tão importantes que, nos termos da Lei Civil, a sua aquisição e, conseqüentemente, a sua proteção, ocorre no exato momento do nascimento da pessoa com vida, nos termos do art. 2º do Código Civil (BRASIL, 2002).

A regulação destes direitos primordiais e primários dos seres humanos ficou a cargo do capítulo II, Título I da parte geral do Diploma Legal supramencionado, iniciando-se em seu art. 11 e encerrando-se em seu art. 21.

A magnitude destes direitos, como já demonstrado no capítulo anterior, colocam a personalidade como parte da própria dignidade da pessoa humana. Esta segunda, por sua vez, é fundamento do Estado Democrático Brasileiro. Sua instituição, como parâmetro e objetivo da república, vem disposta no Preâmbulo da Constituição Federal, determinando que o Povo Brasileiro tem como dever “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos” (BRASIL, 1988).

Não é por menos que a dignidade da pessoa humana, cuja personalidade integra o conceito, vem disposta no art. 1º, inciso III, da Carta Magna, título designado para regular os

próprios princípios fundamentais da 8ª República Federativa do Brasil. Nesse sentido, fica evidente a importância do tema concedido pelo ordenamento jurídico, não só brasileiro, como também internacional, tendo em vista tratar-se de um direito humano fundamental.

Por isso, e por ser elevado à categoria de direito fundamental, os direitos da personalidade (integrantes da dignidade da pessoa humana), são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo, inclusive, sofrer limitações, nos termos do art. 11 do Código Civil. Considerando que a personalidade é subjetiva e, conforme orientação do próprio Código Civil, não pode ser voluntariamente limitada, seguramente deverá receber toda e qualquer proteção estatal (e privada) para que não sofra qualquer freio injustificável.

Esse objetivo já foi apreciado pelo Supremo Tribunal Federal, para o qual, em razão do disposto no Preâmbulo da Constituição Federal,

[...] não apenas o Estado haverá de ser convocado para formular as políticas públicas que podem conduzir ao bem-estar, à igualdade e à justiça, mas a sociedade haverá de se organizar segundo aqueles valores, a fim de que se firme como uma comunidade fraterna, pluralista e sem preconceitos (BRASIL, STF, ADI nº 2.649, 2008).

Sabe-se que a identidade sexual é assunto cada vez mais comum, a fim de conferir a esta parcela populacional, que por diversos anos sofreu com o estigma e preconceito, maior igualdade e representatividade, garantido toda a amplitude de direitos resguardados pela legislação.

Felizmente, o assunto é cada vez mais debatido e a sociedade caminha, cada vez mais rápido, à plena igualdade. Porém, ainda há muito o que se fazer para que a comunidade LGBTQIA+ possua, de fato, a integralidade de seus direitos, sem qualquer limitação ou preconceito.

Tendo como ponto de partida que a identidade e opção sexual da pessoa humana estão dentro dos direitos da personalidade, a atividade estatal deve, necessariamente, em razão dos fundamentos já acima expostos, empenhar-se para proteger respectivos direitos subjetivos.

No entanto, o que se vê é uma legislação, arcaica e defasada que precisa, constantemente, de ajustes e ponderações, justamente para acompanhar o desenvolvimento da sociedade e dos fatos sociais, que se demonstram toda a razão de um ordenamento jurídico.

Em todo o mundo, busca-se por maior igualdade e autonomia, tanto para a comunidade LGBTQIA+, quanto para todo e qualquer grupo. A dignidade deve ser o objetivo das decisões e discussões atuais. Sarmiento vincula a dignidade da pessoa humana à autonomia individual, envolvendo, nesse ponto, a liberdade de expressão da sexualidade. Como exemplo, cita-se um

juízo ocorrido na Alemanha, onde o Tribunal Constitucional reconheceu, “com base na dignidade da pessoa humana e no direito ao livre desenvolvimento da personalidade, o direito da transexual de celebrar a união com a sua companheira, tomando como base o gênero correspondente à sua identidade” (SARMENTO, 2016, p. 144).

Com efeito, cabe ao Poder Legislativo a adoção das medidas necessárias para a celeridade legislativa, editando, assim, novas leis sobre o tema. Inclusive, neste ponto, esta tarefa pode – e deve – ser compartilhada com os demais Poderes. Ao Executivo é facultada a prerrogativa das Medidas Provisórias, as quais possuem eficácia em razão do seu “processo” simplificado, podendo assim, dar conta das questões mais urgentes, enquanto a máquina do Legislativo trilha o seu caminho.

Ao Poder Judiciário restou a adequação da interpretação do ordenamento jurídico para conceder efetividade aos direitos da personalidade, o que se dá através de julgamento de temas relevantes, além de atuar como Legislador Negativo, extirpando, a requerimento da parte, normas jurídicas contrárias aos ditames constitucionais anteriormente mencionados.

Não se nega que a identidade sexual seja assunto complexo, principalmente por englobar, em suas diversas vertentes, a orientação sexual e identidade de gênero. A primeira, diz respeito ao desejo afetivo ou sexual de alguém. Já a segunda, trata da forma como cada pessoa se sente com relação ao seu gênero.

Mas este fato por si só, complexidade das relações sociais e afetivas, não autoriza o descaso com a pessoa humana. Assim, é evidente que o que se deve buscar, cada vez mais, é que referida rotulação seja cada vez menos relevante, podendo cada um optar pela forma que melhor atente seus desejos, sentimentos e momentos. Porém, para alguns aspectos, referida divisão ainda é muito relevante.

Nesse ponto, é relevante certa ponderação. Entende-se a transexualidade como a pessoa que não se identifica com seu gênero de nascença e, em razão disso, realiza procedimentos a fim de alterar referidas características – cirurgias, ingestão de hormônios, entre outras (COELHO, 2016, p. 16). Já os travestis são pessoas que não se identificam com sua identidade de gênero de nascença, mas não possuem a intenção de alterar seu corpo.

Porém, cabe ressaltar a liberdade de cada um para que possam optar livremente por realizar ou não referidos procedimentos, sem que sua escolha acarrete qualquer perda de direitos (CUNHA, 2014). A realização ou não de cirurgias ou ingestão hormonal não pode ser óbice ao exercício pleno e reconhecimento de seu direito à personalidade.

Nesse sentido, percebe-se que o ordenamento jurídico brasileiro, em conjunto à jurisprudência, já elucidou diversas questões, bem como possibilitou que pessoas transexuais e travestis tenham maior direito de escolha com relação aos seus direitos de personalidade. Tanto verdadeiro, que diversas questões relacionadas, por exemplo, ao nome civil, já foram debatidas e modificadas a fim de resguardar uma maior eficiência da proteção ao direito à personalidade e dignidade desta parcela populacional.

Torna-se, nesse ponto, verdadeiro direito à imagem, que se configura como liberdade para a expressão de quem se é, da personalidade. Nesse sentido, pode-se afirmar que o direito de imagem se configura como direito à personalidade, sendo indisponível e inerente à dignidade da pessoa humana (ARAÚJO, 1989).

Em razão disso, evidente que, cada vez mais, entende-se por necessária a adequação de leis, espaços sociais e quaisquer outros âmbitos de exercício social para que atendam, de forma humana, livre e respeitosa, as necessidades do público LBGTQIA+, para que possam finalmente exercer seus direitos de forma ampla e irrestrita.

3 COMENTÁRIOS ACERCA DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE NA ADPF 527

A ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 527 foi apresentada ao Supremo Tribunal Federal pela Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ALGBT) no ano de 2018. O objetivo da medida judicial era o reconhecimento quanto ao descumprimento de direitos fundamentais em razão de decisões conflitantes a respeito do 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.

Inicialmente, faz-se necessária certa contextualização a respeito do que diz referida Resolução Conjunta. O documento foi formulado em 2014, após a assinatura de alguns tratados internacionais que versavam sobre o tema, principalmente, visando conferir maior dignidade à pessoa transexual cumprindo pena privativa de liberdade em estabelecimento prisional. O primeiro dos artigos onde foram percebidas decisões conflitantes foi o 3º, §§ 1º e 2º. Sua redação assegura que

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 (BRASIL, CNJ, RC nº 348, 2020).

Já o segundo artigo que gerou discussão nesse ponto, diz respeito ao 4º, *caput* e parágrafo único. Esta segunda previsão garante que

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 (BRASIL, CNJ, RC nº 348, 2020).

Pois bem. O pedido inicial objetivava que mulheres transexuais fossem transferidas para presídios femininos – conforme entendimento do art. 4º da Resolução Conjunta. Após, foi aditada a inicial para que fosse incluído o pedido para que presas travestis que fossem identificadas socialmente com o gênero feminino pudessem cumprir pena em estabelecimento prisional feminino ou masculino, a depender de sua escolha.

Sobreveio em 2019 decisão liminar quanto aos pedidos, proferida pelo Relator Ministro Roberto Barroso. O entendimento sedimentado veio no sentido de que, quanto ao pedido relacionado às transexuais identificadas pelo gênero feminino, o direito ao cumprimento de pena em presídios femininos era à medida que se impunha. Nesse sentido, ressaltando a incidência do direito à dignidade humana, saúde, igualdade, liberdade, autonomia e vedação à tortura, o Ministro deferiu o pedido formulado pela ALGBT.

Já com relação ao aditamento, que englobava também o direito de travestis identificadas pelo gênero feminino optarem pelo estabelecimento prisional no qual cumpririam pena, o relator entendeu pela insuficiência de informações que embasassem “decisão segura” sobre o tema, tendo em vista a divergência jurisprudencial com relação ao tema. Sendo assim, negou o pedido liminar, a fim de melhor avaliar o tópico.

Já em 2020, a ALGBT juntou aos autos documentos relevantes à análise do tema, a fim de requerer a extensão da liminar às travestis e garantir um maior lastro probatório ao relator. Foram anexados o relatório “LGBT nas prisões do Brasil: diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento”, produzido pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (Relatório MMFDH); e também a Nota Técnica nº 7/2020/DIAMGE/CGCAP/DIRPP/DEPEN/MJ, do Ministério da Justiça e Segurança Pública (Nota Técnica MJSP).

Em sua nova decisão o Ministro asseverou, no próprio relatório do *decisium*, que ambos os documentos teriam demonstrado que o caminho mais adequado para a solução da questão

seria que, tanto para transexuais, quanto para travestis, fossem ofertadas a possibilidade de escolha entre o cumprimento de pena em estabelecimentos prisionais femininos ou masculinos.

A decisão foi exatamente nesse sentido, estendendo a medida liminar anteriormente concedida apenas às transexuais, bem como ajustando o entendimento para que tanto transexuais como travestis possam optar pelo local que melhor as atende para o cumprimento de pena, ressaltando, ainda, o direito às transexuais e travestis que optem pelo cumprimento em prisões masculinas, o direito a área reservada específica, garantindo sua segurança e maior dignidade. O voto foi proferido em março de 2021.

Para fundamentar sua decisão liminar, o Ministro afirma a importância do tema para a dignidade humana, direito à saúde, vida, liberdade e segurança. Afirma, nesse sentido, que é dever do Estado “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”.

Após a análise legal e constitucional do tema, passou a averiguação dos argumentos trazidos por ambos os documentos juntados pela ALGBT. Inicialmente, ponderou que o Relatório MMFDH considerou, levando em conta o contexto atual, existir “apenas um posicionamento possível: a transferência mediante consulta individual da travesti ou da pessoa trans”. Bem como sedimentou que a Nota Técnica MJSP entendeu, no mesmo sentido, quanto à urgente necessidade de possibilitar a escolha, por parte de transexuais e travestis, do local para cumprimento de pena.

Além disso, a Nota Técnica ainda afirma quanto à necessidade do local reservado destinado às transexuais e travestis que optarem pela permanência em presídios masculinos, a fim de melhor garantir seus direitos individuais.

Recentemente, o STF levou o tema a julgamento novamente, a fim de analisar definitivamente o tema. Ainda em setembro de 2021, o relator levou o julgamento ao colegiado, tendo convertido a decisão liminar proferida em março do mesmo ano em seu voto definitivo, julgado pelo relator, então, procedente o pedido, garantindo às travestis e transexuais o direito a (i) optar pelo estabelecimento prisional que melhor atenda suas características e direitos, entre feminino e masculino; bem como (ii) em optando pelo masculino, lugar reservado e destinado exclusivamente para este fim, objetivando sua segurança.

Acompanharam o relator os Ministros Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber e Edson Fachin. Já o Ministro Ricardo Lewandowski apresentou voto divergente, não conhecendo a ação, em razão de alteração substancial do panorama normativo descrito na inicial.

Acompanharam seu voto divergente os Ministros Luiz Fux, Alexandre de Moraes, Nunes Marques e Gilmar Mendes. Após a votação, o julgamento foi suspenso.

Assim, percebe-se que a questão se encontra empatada, com cinco votos para cada lado. Nesse sentido, verifica-se a importância do tema, na medida em que se trata de questão de acalorada discussão e que gera ainda grande divisão de entendimentos.

A questão resta ainda sem resolução ao tempo em que se escreve o presente artigo, porém o voto do relator traz importantes questões à tona. O direito à dignidade humana, resguardado tanto pela Constituição como direito fundamental, quanto por diversos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, deve ser sempre respeitado. É exatamente nesse sentido que se considera de tamanha importância a sedimentação do direito a escolha, por parte de presas transexuais e travestis, do local que melhor as atende conforme sua identidade de gênero.

O ambiente carcerário já é, por si só, local hostil e difícil adaptação. É certo que, quando o processo penal é devidamente respeitado e, ao final, define-se pena a ser cumprida, o apenado deve seguir os ditames legais para que a pena tenha sua função resguardada. Porém, impossível o cumprimento da função ressocializadora da pena quando cumprida em condições incompatíveis com a dignidade humana.

Assim, evidente a necessidade de adequação dos estabelecimentos prisionais às necessidades de pessoas transexuais e travestis, seja dando às detentas o direito de escolha, seja fornecendo área restrita e especial – quando optam pelo estabelecimento masculino – a fim de assegurar que toda a população carcerária, seja ela do grupo LGBT ou não, cumpra sua pena com padrões de dignidade humana, saúde, liberdade e segurança observados, conforme previsão constitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dignidade da pessoa humana é, há tempos, fato fundamental para uma vida digna e equilibrada. É direito inerente à pessoa. Essa afirmação, que tomou força com o pensamento de Kant, é também assegurada por diversas legislações em todo o mundo, incluindo o Brasil.

A personalidade, nesse contexto, se inclui como direito básico inerente à dignidade humana. Isso porque, conforme acima exposto, para o completo exercício da dignidade, ou seja, para o viver digno, é estritamente necessário que sejam respeitados os direitos inerentes à

personalidade, adquiridos no nascimento. Toda a pessoa terá, conforme as regras brasileiras, seu direito percebidos e respeitados.

No que tange aos direitos de personalidade ligados à identidade sexual, é evidente, também, a vinculação. Isso porque, para que se possa expressar livremente sua personalidade, a pessoa deve ser livre para expressar sua plena identidade sexual, sem qualquer amarra ou preconceito.

Nesse sentido, se mostra necessária a adequação de leis e costumes, a fim de assegurar a todos a plena liberdade de expressar sua identidade sexual, exercendo, assim, seu direito à personalidade de forma ampla, garantindo a vida digna. O Estado, ao observar as novas necessidades sociais, deve buscar se adequar da melhor forma.

O amadurecimento da sociedade diante do progresso das ciências naturais e humanas permite o reconhecimento e a sensibilização para conjunturas sociais antes negligenciadas pelo ordenamento jurídico.

Ao livrar-se do preconceito, a sociedade acolhe os indivíduos e cobra dentro dos ditames do Estado Democrático de Direito a efetividade de ações de proteção ao indivíduo de forma a lhe garantir uma existência digna dentro de um mínimo existencial.

É dever do Estado preservar e promover ações alinhadas com o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como resguardar e assegurar na disciplina da realidade da população carcerária, os direitos de personalidade às pessoas transexuais, protegendo sua integridade física e psicológica, autonomia e liberdade de expressão, ao serem submetidos a instituições prisionais de gênero que possam atenuar dentro de sua realidade os efeitos adversos destas pessoas no sistema prisional.

Essa regulamentação é prerrogativa do Estado, mas também deve ser preservada pelo ordenamento jurídico em alinhamento e harmonia com os princípios fundamentais da Constituição Federativa do Brasil e, conseqüentemente, pelos direitos positivos de proteção a personalidade.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**. São Paulo: PUCSP, 1989.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dez. 2010. Disponível em:

<https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf> Acesso em: 27 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

BRASIL. **CNJ.** Resolução Conjunta nº 348, de 13 de outubro de 2020. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3519>> Acesso em 3 de outubro de 2021.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 14 de set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2.649. Relatora Ministra Carmen Lúcia. **Lex:** jurisprudência do STF, publicação em 8 maio 2008.

COELHO, Maria Julieta Lima. **A identidade de gênero e os direitos da personalidade: a despatologização das transidentidades.** Rio Grande do Sul: FURG, 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CUNHA, Leonardo Reinaldo da. **Identidade e redesignação de gênero: aspectos da personalidade, da família e da responsabilidade civil.** São Paulo: PUC-SP, 2014.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

MARIGHETTO, Andrea. A Dignidade Humana e o limite dos direitos da personalidade. **Revista Consultor Jurídico**, 21 ago. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-ago-21/marighetto-dignidade-humana-limite-direitos-personalidade>> Acesso em: 3 out. 2021.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.** São Paulo: Atlas, 2011.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia.** Belo Horizonte: Fórum, 2016.

Recebido – 25/02/2022

Aprovado – 13/06/2022