



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA  
FACULDADE DE DIREITO**

**BÁRBARA DE OLIVEIRA AGUIAR**

**ANÁLISE CRÍTICA SOBRE O RECONHECIMENTO LEGAL DA  
AUTOIDENTIFICAÇÃO DE GÊNERO E A PROTEÇÃO LEGAL DAS MULHERES  
EM DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Brasília - DF

2024

BÁRBARA DE OLIVEIRA AGUIAR

**ANÁLISE CRÍTICA SOBRE O RECONHECIMENTO LEGAL DA  
AUTOIDENTIFICAÇÃO DE GÊNERO E A PROTEÇÃO LEGAL DAS MULHERES  
EM DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito

Orientadora: Doutora Suzana Borges Viegas de Lima

Brasília – DF

2024

Autorizo a reprodução total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

#### CIP - Catalogação na Publicação

da de Oliveira Aguiar, Bárbara.  
Análise crítica sobre o reconhecimento legal da  
autoidentificação de gênero e a proteção legal das mulheres  
em decisões do Supremo Tribunal Federal / Bárbara de  
Oliveira Aguiar; orientador Suzana Borges Viegas de Lima. --  
Brasília, 2024.  
91 p.

Monografia (Graduação - Direito) -- Universidade de  
Brasília, 2024.

1. Direito das mulheres. 2. Autoidentidade de gênero. 3.  
Proteção legal das mulheres. 4. Controle de  
Constitucionalidade. 5. LGBT. I. Borges Viegas de Lima,  
Suzana, orient. II. Título.

BÁRBARA DE OLIVEIRA AGUIAR

**ANÁLISE CRÍTICA SOBRE O RECONHECIMENTO LEGAL DA  
AUTOIDENTIFICAÇÃO DE GÊNERO E A PROTEÇÃO LEGAL DAS MULHERES  
EM DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia apresentada à Faculdade de  
Direito da Universidade de Brasília, como  
requisito parcial à obtenção do título de  
Bacharel em Direito sob orientação da  
professora e Doutora Suzana Borges Viegas  
de Lima

**BANCA EXAMINADORA**

Dra<sup>a</sup> Suzana Borges Viegas de Lima (FD/UnB)  
Professora Orientadora

Dr<sup>o</sup> Mamede Said Maia Filho (FD/UnB)  
Examinador

Dra<sup>a</sup> Rosilene Beatriz Lopes (SEJUS-DF)  
Examinadora

Ms. Carlos Henrique Benedito Nitão Loureiro (FD/UnB)  
Examinador

Resultado: Aprovada

Brasília, 15 de agosto de 2024

## AGRADECIMENTOS

Gostaria de dedicar esta monografia a Deus e todas as pessoas que contribuíram para a realização deste trabalho.

Meu profundo reconhecimento vai ao meu pai, Lúcio Silva Aguiar, e à minha mãe, Vera Lúcia de Oliveira, que me forneceram a base sobre a qual construí meu caminho. À minha avó, Maria Tereza de Souza Oliveira, deixo meu carinho e gratidão. Também quero expressá-lo a meu irmão, Guilherme Achilles de Oliveira Aguiar, minha irmã Alessandra de Oliveira Aguiar, minha tia Rosilene Lopes e minha prima e comadre Karen Rosane Oliveira.

À minha filha, Pietra Gabriela de Oliveira Aguiar Torres, cuja presença e inspiração foram o combustível para alcançar meus objetivos. Agradeço também ao meu ex-marido, Alan Silva Torres, por sua parceria na criação da nossa filha, o que tornou possível minha dedicação aos estudos e ao trabalho.

Agradeço ao meu namorado, Eduardo Ussía Muñoz-Seca, por seu apoio constante e encorajamento. Às minhas queridas amigas Pollyana Gomes Lima, Manoela Gouveia Carneiro, Wallece Lira, Dione Gumes, Ana Paula Ramalho Pereira, Bruna Versiani, Edilma Pedreira Maitê Oliveira e Patrícia Carvalho e meu querido amigo Érico Moura, cujas palavras de incentivo e amizade foram inestimáveis ao longo desta jornada.

Além disso, expresso um agradecimento especial à professora Suzana Borges Viegas de Lima. Sua coragem em discutir temas polêmicos e a valiosa contribuição de sua experiência de vida e acadêmica foram essenciais para a construção deste trabalho, demonstrando competência e sensibilidade. Também agradeço aos meus grandes amigos Sayid Marcos Tenório e Arodi Lima Gomes que têm me inspirado e contribuído com a minha trajetória profissional.

Por fim, uma homenagem especial em memória da minha madrinha, Terezinha Ivete de Oliveira e dos meus avós que já não estão mais conosco: Achilles Maia Aguiar, Maria Eufrozina Silva Aguiar e Aauto Augusto Oliveira. A memória e legado sempre serão uma fonte de força e inspiração para mim.

A todos vocês, meus sinceros agradecimentos. Este trabalho é dedicado a cada pessoa que, de alguma forma, contribuiu para a conclusão do meu curso de Direito na Universidade de Brasília, uma instituição de ensino de excelência. Sou profundamente grata pelo apoio que foi fundamental para a conquista iminente de me tornar Advogada.

“O correr da vida embrulha tudo, a vida é assim: esquenta e esfria, aperta e daí afrouxa, sossega e depois desinquieta. O que ela quer da gente é coragem. O que Deus quer é ver a gente aprendendo a ser capaz de ficar alegre a mais, no meio da alegria, e inda mais alegre ainda no meio da tristeza! Só assim de repente, na horinha em que se quer, de propósito — por coragem. Será? Era o que eu às vezes achava. Ao clarear do dia.”

ROSA, João Guimarães. Grande Sertão: Veredas, página 29.

## RESUMO

O tema deste trabalho examina o conflito entre o reconhecimento dos direitos das mulheres, baseados no sexo biológico e o reconhecimento legal da identidade de gênero, que se revela numa dimensão psicossocial e subjetiva. Para isso, foi realizada uma revisão bibliográfica e jurisprudencial abrangendo a história dos direitos das mulheres no Brasil, as conquistas políticas e trabalhistas, e a luta contra a discriminação. Também investiga-se o surgimento das teorias de gênero e a relação entre sexo, gênero e identidade no avanço das pautas identitárias LGBTI, além das críticas teóricas à dissociação entre o sexo biológico e a identidade de gênero. Juridicamente, buscou-se compreender as questões constitucionais presentes nas ações no Supremo Tribunal Federal, além de uma análise jurisprudencial e das legislações nacionais e internacionais que influenciaram tais decisões. Ao revisar a trajetória dos direitos das mulheres no Brasil, observou-se que mesmo com a mudança no paradigma de gênero, ao dissociar-se do sexo biológico através da autoidentificação, as desigualdades entre os sexos ainda ocorrem. Observa-se que as mulheres enfrentam discriminações de maneira distinta, e as desigualdades sexuais impactam de formas variadas as violências sofridas. Assim, as conquistas de direitos baseadas nessas diferenças foram substituídas por novas formas de desigualdade de gênero.

**Palavras-chave:** Direito das mulheres. Autoidentidade de gênero. Proteção Legal das Mulheres. Controle de Constitucionalidade. LGBT

## ABSTRACT

The theme of this work examines the conflict between the recognition of women's rights, based on biological sex, and the legal recognition of gender identity, which reveals a psychosocial and subjective dimension. To address this, a comprehensive literature and jurisprudential review was conducted, covering the history of women's rights in Brazil, political and labor achievements, and the fight against discrimination. The study also investigates the emergence of gender theories and the relationship between sex, gender, and identity in the advancement of LGBTI identity issues, along with theoretical critiques of the dissociation between biological sex and gender identity. Legally, the aim was to understand the constitutional issues present in actions before the Supreme Federal Court, as well as a jurisprudential analysis and national and international legislation that have influenced such decisions. The research, by reviewing the trajectory of women's rights in Brazil, found that even with the shift in the gender paradigm, which dissociates from biological sex through self-identification, it has not eliminated sex-based inequalities. It is observed that women face discrimination in different ways, and sexual inequalities impact the types of violence experienced in varied ways. Thus, the achievements of rights based on these differences have been replaced by new forms of gender inequality.

**Keywords:** Women's rights, Gender self-identity, Legal protection of women, Constitutional review, LGBT

## LISTA DE SIGLAS E ABREVIACÕES

ABGLT	Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis Transexuais
ADC	Ação Direta de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AGU	Advocacia Geral da União
Art.	Artigo
CC	Código Civil
CEDAW	Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CIDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CP	Código Penal
DDS	Distúrbio de Diferença Sexual
DEPEN	Departamento Penitenciário
DIAMGE	Divisão de Atenção à Mulheres e Grupos Específicos
DSTs	Doenças Sexualmente Transmissíveis
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IBRAT	Instituto Brasileiro de Transmasculinidades
HC	Habeas Corpus
LEP	Lei de Execução Penal
LGBTI	Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais
LGBTQIAPN+	Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais, Travestis e Transgêneros, Queer, Intersexuais, Assexuais, Pansexuais, Não Binárias
MATRIA	Mulheres Associadas, Mães e Trabalhadoras do Brasil
MJ	Ministério da Justiça e Segurança Pública
MMFDH	Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos
MPDFT	Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

Nº	número
OIT	Organização Internacional do Trabalho
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONG	Organização Não Governamental
ONU	Organização das Nações Unidas
p.	Página
PGR	Procuradoria- Geral da República
PR	Presidência da República
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
SPM	Secretaria de Políticas para Mulheres
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJDFT	Tribunal de Justiça do Distrito Federal Territórios
TJSC	Tribunal de Justiça de Santa Catarina
TSE	Tribunal Superior de Trabalho
WHRC	Women's human rights campaign

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>13</b>
<b>CAPÍTULO 1: UMA BREVE HISTÓRIA DAS CONQUISTAS DOS DIREITOS DAS MULHERES NO BRASIL</b> .....	<b>16</b>
1.1 O MOVIMENTO FEMINISTA E AS CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE GÊNERO E OS DIREITOS DAS MULHERES.....	16
1.2 A CONQUISTA DOS DIREITOS POLÍTICOS DAS MULHERES E O EXERCÍCIO DA CIDADANIA .....	17
1.3 A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS DA MULHER .....	22
1.4 DIFICULDADES ENFRENTADAS NO ALCANCE DA AUTONOMIA E DA CAPACIDADE CIVIL PLENA DAS MULHERES NO BRASIL .....	27
1.5 INSTRUMENTOS NORMATIVOS DE COMBATE À DISCRIMINAÇÃO ENTRE OS SEXOS: A RELEVÂNCIA JURÍDICA NO BRASIL DA CONVENÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER DA ONU .....	29
<b>CAPÍTULO 2 ELEMENTOS HISTÓRICOS E SOCIAIS DAS CATEGORIAS SEXO, GÊNERO E IDENTIDADE</b> .....	<b>33</b>
2.1 DESAFIOS CONCEITUAIS ENTRE A RELAÇÃO SEXO, GÊNERO E IDENTIDADE.....	33
2.2 A CONSTRUÇÃO SOCIAL DO CONCEITO DE GÊNERO A PARTIR DA “DESNATURALIZAÇÃO” DO SEXO BIOLÓGICO .....	35
2.3 A DISSOCIAÇÃO DO SEXO BIOLÓGICO NO DESENVOLVIMENTO DAS TEORIAS DE GÊNERO .....	36
2.4 DA TRANSEXUALIDADE AO TRANSGENERISMO: A POSSIBILIDADE DE CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE DE GÊNERO INDEPENDENTE DA IDENTIDADE SEXUAL .....	39
2.5 AS TEORIAS DE IDENTIDADE DE GÊNERO: “A SUPERAÇÃO DO SEXO BIOLÓGICO” E A LIBERDADE DE AUTOIDENTIFICAÇÃO .....	41
2.6 TEORIAS CRÍTICAS AO FENÔMENO DA AUTOIDENTIFICAÇÃO .....	43
<b>CAPÍTULO 3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A ANÁLISE DA ADOÇÃO DO CRITÉRIO DE AUTOIDENTIFICAÇÃO DE GÊNERO EM DECISÕES DO STF</b> .....	<b>46</b>
3.1 ASPECTOS INICIAIS SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO STF .....	46
3.1.1 Os tipos de controle de constitucionalidade concentrado .....	48
3.1.2 O controle difuso de constitucionalidade no STF: o Recurso Extraordinário.....	50
3.2 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 527 E A TRANSFERÊNCIA DE TRANSEXUAIS E TRAVESTIS AOS PRESÍDIOS FEMININOS.....	51
3.2.1 Aspectos iniciais sobre o cabimento da ADPF.....	51
3.2.2 Os fundamentos da decisão monocrática que conheceu a ADPF 527.....	56
3.2.3 A posição da Procuradoria Geral da República na ADPF 527 .....	57
3.2.4 LGBT nas prisões do Brasil: diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento" de 2020.....	61
3.2.5 A Nota Técnica n.º 7/2020/DIAMGE/CGCAP/DIRPP/DEPEN/MJ.....	65
3.2.6 Decisão monocrática sobre a medida cautelar na ADPF 527.....	68
3.2.7 Desfecho da ADPF 527 .....	70
3.3 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 845779 .....	71

3.3.1 Relatório do acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina .....	71
3.3.2 Principais pontos do julgamento do RE no STF .....	72
3.4 DIREITOS FUNDAMENTAIS E A QUESTÃO DE GÊNERO: DESAFIOS E CONTRADIÇÕES NA PROTEÇÃO DAS MINORIAS.....	74
3.5 ENTRE A INCLUSÃO E A EXCLUSÃO: DIREITOS DAS MULHERES E A CONTROVÉRSIA DA AUTOIDENTIFICAÇÃO DE GÊNERO .....	77
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>84</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>86</b>

## INTRODUÇÃO

O tema proposto neste trabalho surge a partir do questionamento da existência do conflito que envolve o reconhecimento de direitos das mulheres, categoria definida enquanto realidade biológica e o reconhecimento da identidade de gênero, que revela uma dimensão psicossocial e subjetiva do sujeito em que o indivíduo se reconhece como masculino ou feminino.

A preocupação sobre os critérios da autoidentificação é um tema controverso em várias áreas de conhecimento que impactam diretamente o mundo jurídico. Alguns pesquisadores têm sido silenciados a debaterem o assunto sendo acusados de transfobia. Questionar o critério de autoidentificação seria um discurso transfóbico? Comunga-se com o entendimento que é urgente e necessário o reconhecimento de direitos das minorias e a legitimidade da luta da população LGBTI em razão das inúmeras violações de direitos humanos que sofrem por conta de orientação sexual e da identidade de gênero. No entanto, não se pode negar que a diferença sexual é um importante fator de desigualdade entre homens e mulheres e essa realidade material e histórica tem sido relativizada em detrimento do critério de autoidentificação.

Nesse sentido, o trabalho de conclusão de curso *Análise crítica sobre o reconhecimento legal da autoidentificação de gênero e a proteção legal das mulheres em decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal* busca analisar a fundamentação jurídico-legal que implicou na adoção do critério de autoidentificação para garantia de direitos das múltiplas identidades de gênero, que tem privilegiado especialmente transmulheres (homens biológicos que se identificam com o gênero feminino) no âmbito do Supremo Tribunal Federal e de que modo tais decisões estão colidindo com os direitos das mulheres que foram conquistados com base no sexo biológico.

Para o desenvolvimento desta pesquisa foi necessária uma revisão bibliográfica e jurisprudencial que abrangesse uma análise histórica da conquista dos direitos das mulheres (categoria definida a partir da diferença biológica entre os sexos feminino e masculino), do surgimento das teorias de gênero, do avanço das pautas identitárias e das diferentes perspectivas sobre os conceitos de sexo, gênero e identidade. Juridicamente buscou-se compreender as questões constitucionais envolvidas nas ações, as jurisprudências e legislações no âmbito nacional e internacional que influenciaram as decisões do STF.

O primeiro capítulo abordará como os direitos humanos baseados no sexo representaram um avanço significativo para a conquista dos direitos das mulheres no Brasil com o objetivo de evidenciar o progresso alcançado e os desafios ainda presentes. Esse desenvolvimento será explorado por meio de um breve resgate histórico, que analisará os seguintes pontos: o movimento feminista e as primeiras considerações sobre gênero; a conquista dos direitos políticos e o exercício da cidadania no Brasil, os direitos trabalhistas e os desafios enfrentados no mercado de trabalho, as dificuldades no exercício dos direitos e o processo de reconhecimento da plena capacidade civil das mulheres e os instrumentos normativos de combate à discriminação entre os sexos.

O segundo capítulo visa explorar historicamente a construção do conceito identidade de gênero, por meio da investigação das categorias gênero, sexo e identidade. Este debate transcende múltiplas perspectivas e atravessa diversos campos do conhecimento, como filosofia, psicologia, psicanálise, medicina, sociologia e antropologia. Serão abordados temas como a construção social do conceito de gênero, o processo de “desnaturalização” do sexo biológico, o movimento de dissociação do sexo biológico no desenvolvimento das teorias de gênero, a transição da transexualidade para o transgênero e a subsequente possibilidade da construção da identidade de gênero independente da identidade sexual. Além disso, serão discutidas as principais críticas teóricas ao fenômeno da autoidentificação de gênero.

O terceiro capítulo abordará o controle de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal nas ações de controle concentrado e difuso. O objetivo é explicar os aspectos formais dessas ações, seus pressupostos de admissibilidade, legitimidade e os efeitos das decisões.

O quarto capítulo desenvolve-se com a análise crítica da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 527 e do Recurso Extraordinário nº. 845779 que tem como premissa o reconhecimento legal da autoidentidade de gênero. No aspecto formal, serão avaliados o cabimento das ações, a legitimidade dos requerentes, a repercussão geral, a relevância jurídica em matéria constitucional e a adequação das vias processuais de acordo com os instrumentos de controle de constitucionalidade. Sobre o aspecto material, serão explorados os principais instrumentos normativos e os precedentes nacionais e internacionais que têm fundamentado as decisões do STF, os direitos fundamentais a serem alcançados e as violações de direitos que buscam ser reparados.

Por fim, apresenta-se a conclusão, trazendo os resultados obtidos a partir da revisão bibliográfica e jurisprudencial, buscando construir pontes e não levantar muros, para o avanço da pesquisa sobre um tema complexo e desafiante.

## **CAPÍTULO 1: UMA BREVE HISTÓRIA DAS CONQUISTAS DOS DIREITOS DAS MULHERES NO BRASIL**

### **1.1 O MOVIMENTO FEMINISTA E AS CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE GÊNERO E OS DIREITOS DAS MULHERES**

A socióloga Lourdes Bandeira ao analisar a história do movimento feminista, revela que este se desenvolve a partir do século XIX dentro dos contextos revolucionários no âmbito nacional e internacional. Segundo a classificação de alguns autores a sua trajetória pode ser dividida em "ondas", uma metáfora que reflete as suas transformações destacando as diferentes reivindicações e suas respectivas conquistas ao longo do tempo (BANDEIRA, 2019, p. 8).

Nesse movimento, a elaboração do conceito gênero, como uma construção social acerca dos papéis culturais que eram atribuídos aos homens e mulheres, inicialmente não negava o sexo biológico, mas buscava romper uma lógica sexista que naturalizava a discriminação entre os sexos, que foi historicamente construída no Ocidente a partir de uma lógica de dominação patriarcal que se manifestava numa relação hierárquica.

A historiadora Elisabeth Roudinesco (2021, p.36) explica que ocorreu um alargamento da compreensão do gênero que “se transformou num conceito maior, com o objetivo não somente de esvaziar a diferença entre os sexos (no sentido anatômico), mas também de redefinir todos os tipos de disposições sexuais, sociais e políticas”. A análise dos direitos das mulheres a partir de uma análise de gênero, conceituada enquanto identidade subjetiva do indivíduo dissociada da realidade biológica é uma ideia recente, que se fortalece principalmente nos anos de 1990 a partir de teorias que se fundamentam na filosofia pós-estruturalista.

É imprescindível para a compreensão dos direitos das mulheres realizar uma explanação, ainda que breve, sobre as conjunturas históricas, culturais e sociais que moldaram suas conquistas ao longo do tempo. Além disso, é fundamental abordar a interseccionalidade desses direitos com outros recortes como classe social, raça, etnia e orientação sexual. Young apud Birolli (2013) esclarece que as marcas de gênero na vida dos indivíduos não são uniformes e podem variar dependendo das outras formas de "pertencimento". Essas interações podem alterar a maneira como o gênero é percebido e experimentado. Segundo Birolli (2013, p.89):

Além disso, a relação entre o sexo e outras variáveis e formas de “pertencimento”, como classe social, raça, ocupação, pode definir de maneiras variadas o sentido e o peso relativo que o gênero tem para um indivíduo. De modo mais abrangente, os constrangimentos estruturais se impõem, mas o modo como recortam identidades e

alternativas não está contido nessa afirmação, ainda que ela seja uma premissa bastante razoável.

A pesquisadora Flávia Birolli no artigo “*Autonomia, opressão e identidades: a ressignificação da experiência na teoria política feminista*” ao examinar as distintas abordagens dos três conceitos, a forma como eles se relacionam e a possibilidade de ressignificação da experiência e definição autônoma de identidades em contextos sociais em que prevalecem relações de poder desiguais e assimétricas, explica (BIROLI, 2013, p.89):

As mulheres são marcadas pelo corpo de maneiras socialmente diversas dos homens. Essa afirmação, desde que mantida assim genérica, pode ser associada amplamente à crítica feminista contemporânea e à própria noção de gênero. Pode corresponder, ainda genericamente, à crítica ao fato de que as mulheres sejam percebidas como o “Outro” dos homens e que essa alteridade seja definida pela oposição entre corpo e razão. A crítica à objetificação das mulheres passa, assim, pelo fato de que o feminino (como oposição binária ao masculino) seja perfilado a partir do olhar dos homens, de seu ponto de vista, sem que isso implique reciprocidade na definição do que caracterizaria as identidades de umas e outros.

Nesse sentido, este capítulo se propõe a realizar uma breve análise histórica das conquistas dos direitos femininos no Brasil, destacando as complexidades desse percurso. Apesar dos avanços alcançados, é crucial reconhecer as persistentes desigualdades entre os sexos, as vulnerabilidades e as desvantagens que as mulheres ainda sofrem em relações aos homens.

## 1.2 A CONQUISTA DOS DIREITOS POLÍTICOS DAS MULHERES E O EXERCÍCIO DA CIDADANIA

Bandeira e Melo (2010, p.10-11), na obra “*Tempos e Memórias: Movimento Feminista no Brasil*” ao apresentarem um resgate da história das mulheres a partir de acontecimentos relevantes que ensejaram a formulação de leis e o desenvolvimento de políticas públicas implementadas ao longo dos anos, explicam que a participação das mulheres nas lutas libertárias no Brasil e no mundo, especialmente as lutas pela conquista da cidadania, ganharam força no Ocidente no decorrer do século XIX.

As autoras destacam que na Inglaterra e na França, movimentos pelo direito à cidadania e ao sufrágio universal romperam paradigmas e geraram intensas transformações sociais. Essas lutas foram impulsionadas pelo movimento ludista (1811-1812) na Inglaterra e posteriormente pelo movimento cartista (1837-1848), que também influenciou a França no final da década de 1840. No entanto, na França, essas aspirações foram interrompidas com a ascensão de Luiz

Napoleão Bonaparte ao poder, resultando na concessão inicial do direito ao voto apenas aos homens.

Essas revoltas e lutas por igualdade inspiraram as mulheres nos Estados Unidos e na Europa, espalhando-se globalmente. No Brasil, essa inquietação se intensificou na segunda metade do século XIX. Mulheres brasileiras participaram ativamente em várias revoltas históricas, como a Inconfidência Mineira, a Balaiada, e a Revolta dos Malês, entre outras. Nesse contexto, destacou-se a atuação política de Nísia Floresta, republicana, abolicionista e feminista, cujo livro "*Direitos das Mulheres e injustiça dos Homens*" (1835) marcou as primeiras incursões feministas no Brasil, inspirada na obra da filósofa inglesa Mary Wolstonecraft, que viveu entre 1757 e 1797 e escreveu em 1790 "*A vindication of the rights of women*" traduzido como "A reivindicação dos direitos da mulher", que é classificada como a obra fundadora do feminismo.

A luta feminina também se destacou na abolição da escravidão no Brasil. As mulheres mesmo com todas as limitações que lhe eram impostas no século XIX, organizaram-se em todo o país. Exemplos dessas organizações que lutavam pela causa abolicionista incluem a Sociedade das Senhoras Libertadoras no Ceará criada em 1882 e a Associação de Mulheres Amazonenses Libertadoras em Manaus em 1884, ambas contribuindo significativamente para a abolição da escravidão em suas regiões.

Esse período também testemunhou um movimento inicial em direção ao direito de voto para as mulheres, discutido amplamente na Assembleia Constituinte de 1891 do Brasil, que inaugurou a República. A jornalista Josefina Álvares de Azevedo nascida em 1851, foi editora do jornal "A Família", e contribuiu com a luta sufragista com a peça teatral "O Voto Feminino" (1890), que foi um sucesso de público no Rio de Janeiro.

Assim, no final do século XIX, com o acesso à educação gradualmente sendo reconhecido como um direito para as mulheres, surgiu uma crescente participação feminina nos movimentos constitucionalistas e sociais, destacando-se a luta pelo direito ao voto. O lema "mulher instruída, mulher emancipada" sintetiza o espírito desses movimentos que marcaram um período de significativa mobilização feminina no Brasil.

No entanto, o movimento sufragista do século XIX não garantiu na Constituição da República promulgada em 1891 o direito ao voto feminino que possuía a seguinte redação: "São

eleitores todos os cidadãos maiores de 21 anos que se alistarem na forma da lei”. Conforme relatado por Bandeira e Melo (2010, p. 13):

“A cidadania perseguida pelas mulheres e abortada pela Carta Constitucional de 1891 desmobilizou as mulheres e uma grande letargia dominou o movimento social. Só na primeira década do século XX ressurgiu nova mobilização feminina agora tendo como mentora a professora Leolinda de Figueiredo Daltró (c.1860 – 1935), na luta pelo direito ao voto. Fundamentada na constitucionalidade do voto inscrito na Carta de 1891, requereu seu alistamento, que como todos os outros requeridos por mulheres foi rejeitado pela Justiça. Esse parecer sobre sua inscrição como eleitora foi o mote para que um grupo de mulheres do Rio de Janeiro se reunisse em dezembro de 1910 para fundar o Partido Republicano Feminino.”

Em 1922 no Rio de Janeiro, a sufragista Myrtes Gomes Campos, a primeira advogada a exercer a profissão no Brasil<sup>1</sup>, atuou no Congresso Jurídico e conseguiu que fosse aprovada emenda de sua autoria que garantia o direito ao voto das mulheres. Contou com 28 (vinte e oito) votos favoráveis e 4 (quatro) contrários, com a seguinte redação:

1. A mulher não é, moral nem intelectualmente, inapta para o exercício dos direitos políticos; 2. Em face da Constituição Federal, não é proibido às mulheres o exercício dos direitos políticos, que lhes deva ser permitido.

No entanto, apenas cinco anos depois que tal direito foi exercido pelas mulheres de fato. A professora Celina Guimarães foi a primeira eleitora do Brasil, que se alistou aos 29 anos de idade, após a entrada em vigor da Lei Estadual nº 660, de 25 de outubro de 1927, que tornava o Rio Grande do Norte o primeiro estado a estabelecer a não distinção de sexo para o exercício do voto. Em 25 de novembro daquele ano, Celina Guimarães fez uma petição, requerendo sua inclusão na lista de eleitores do Estado. Ao receber do juiz um parecer favorável, apelou ao presidente do Senado Federal para que todas as mulheres tivessem o mesmo direito. A sua inscrição eleitoral repercutiu mundialmente, por se tratar não só da primeira eleitora do Brasil como também da América Latina (TSE, 2024).

Na luta pelos direitos políticos das mulheres no Brasil, uma das vozes mais influentes foi Bertha Maria Júlia Lutz. Sua contribuição foi fundamental para avanços significativos na

---

<sup>1</sup> Myrthes Campos formou-se em 1898 na Faculdade Livre de Ciências Jurídicas e Sociais do Rio de Janeiro. Outras mulheres como Delmira Secundina, Maria Fragoso e Maria Coelho da Silva Sobrinha foram as primeiras a se formarem em Direito, mas não exerceram a profissão. No entanto, a Ordem dos Advogados do Brasil reconheceu em 2022, Esperança Garcia como a primeira advogada brasileira, que foi uma mulher negra escravizada que lutou contra a violência pelas quais crianças e mulheres sofriam durante o século XVIII, peticionando ao Governador da capitania do Piauí para que providências fossem tomadas em 6 de setembro de 1770, data que foi instituída como “Dia Estadual da Consciência Negra” em 1999 no Estado. <https://www.oab.org.br/noticia/60503/esperanca-garcia-e-reconhecida-pelo-conselho-pleno-como-a-primeira-advogada-brasileira#:~:text=O%20Conselho%20Pleno%20da%20OAB,e%20outras%20pessoas%20foram%20submetidas.>

igualdade entre os sexos no país. Sua argumentação articulada e convincente ajudou a galvanizar o movimento feminista no Brasil, fornecendo uma base intelectual e moral para a reivindicação de igualdade política. Seu trabalho jornalístico e sua presença no debate público foram fundamentais para conscientizar a população sobre a importância da participação das mulheres na política e na vida cívica do país.

O projeto provisório que autorizava o voto feminino em 1931 continha uma série de limitações, como as de que só poderiam votar as solteiras ou viúvas, com renda própria, ou as casadas, desde que autorizadas pelo marido. Tal limitações incitou grande revolta no movimento sufragista feminino e Bertha Lutz exerceu grande influência nas reivindicações contra tais restrições (BIAVASCHI, 2014).

Bertha teve uma presença internacional significativa, e representou o Brasil na Assembleia-Geral da Liga das Mulheres Eleitoras nos Estados Unidos em 1922, sendo eleita vice-presidente da Sociedade Pan-Americana das Mulheres. Após uma década de intensa mobilização e ativismo, o direito ao voto feminino foi finalmente conquistado no Brasil em 1932, por meio do decreto nº 21.076, do presidente Getúlio Vargas, conforme explicado por Bandeira e Melo (2010, p. 17):

Por sua vez, o Presidente Getúlio Vargas, resolveu simplificar e todas as restrições às mulheres foram suprimidas, na medida em que através do Decreto nº. 21.076, de 24 de fevereiro de 1932, foi instituído o Código Eleitoral Brasileiro, e o artigo 2 disciplinava que era eleitor o cidadão maior de 21 anos, sem distinção de sexo, alistado na forma do código. Assim, o direito do voto feminino obtido por meio do Código Eleitoral Provisório em 24 de fevereiro de 1932, portanto, há 78 anos apenas que as mulheres obtiveram os direitos políticos completos.

Em 1933, Bertha Lutz foi candidata a uma vaga na Assembleia Nacional Constituinte pelo Partido Autonomista do Distrito Federal, e posteriormente assumiu como deputada federal em 1936. Sua atuação parlamentar foi marcada por propostas pioneiras para melhorar as condições de trabalho das mulheres, incluindo igualdade salarial e direitos trabalhistas específicos para gestantes. A sufragista organizou o primeiro congresso feminista do Brasil, discutiu questões trabalhistas da mulher na Organização Internacional do Trabalho (OIT) e fundou diversas organizações voltadas para os direitos e o avanço das mulheres, como a União Universitária Feminina e a União Profissional Feminina. Mesmo após o fechamento das casas legislativas com o Estado Novo em 1937, Bertha continuou ocupando importantes cargos públicos, demonstrando seu compromisso contínuo com as causas femininas até sua aposentadoria em 1964.

Diversas conquistas eleitorais das mulheres que ocorreram nas décadas de 1930 e 1940 foram frutos do crescimento e da força do movimento feminista no Brasil que continuou a se fortalecer na luta por igualdade e representação política. Em Santa Catarina, Antonieta de Barros foi eleita deputada estadual, tornando-se a primeira mulher a ocupar esse cargo no Estado e a primeira mulher negra a ingressar na política brasileira. Em Alagoas, a médica Lili Lages foi eleita, enquanto na Bahia assumiu a advogada Maria Luíza Bittencourt em 1935. Em São Paulo, duas mulheres foram eleitas: Maria Thereza Nogueira de Azevedo, diretora da Associação Cívica Feminina, e Maria Thereza Silveira de Barros Camargo. Mais tarde, a professora Francisca (Chiquinha) Pereira Rodrigues também assumiria um papel importante na política paulista.

É importante ter uma visão crítica desse processo de construção da cidadania e participação efetiva das mulheres nos espaços públicos ao analisarmos as pautas defendidas e a participação de fato na esfera política. A socióloga Fanny Tabak, constatou que de modo geral dentro das organizações sindicais ou partidárias os postos de destaque ocupados por mulheres eram daquelas que eram filhas, esposas de políticos. Bandeira e Melo (2010, p. 22) explicam:

Embora na organização interna de alguns partidos políticos tivessem sido criados Departamentos Femininos ou Alas Femininas, estas serviam mais de apoio no desempenho dos papéis tradicionais femininos do que, efetivamente, de apresentar reivindicações próprias à sua condição. Como destaque de uma organização importante exclusivamente de mulheres nesta linha foi a Federação de Mulheres do Brasil que atuou ativamente na primeira metade dos anos 1950, depois da morte de Alice Tibiriçá, foi dirigida por Branca Fialho (1896-1965).

Entre o período de 1937 e 1945, conhecido historicamente no Brasil como o Estado Novo, em que Getúlio Vargas perseguiu diversos movimentos sociais, as mulheres desempenharam um papel fundamental na redemocratização do país. Elas foram ativistas na luta pela anistia na década de 1940, participaram do esforço de guerra e continuaram a mobilização após a redemocratização (BANDEIRA e MELO, 2010).

A efervescência política dos anos 1960 foi interrompida pelo golpe militar de 1964, que novamente silenciou a sociedade brasileira. Na resistência aos governos militares, as mulheres participaram ativamente de organizações de esquerda e, devido à opressão e perseguição, muitas foram mortas ou exiladas na América Latina e na Europa. Apenas no início dos anos 1970, influenciadas pela luta internacional das mulheres europeias e norte-americanas, as brasileiras começaram a levantar suas vozes novamente (BANDEIRA e MELO, 2010).

### 1.3 A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS DA MULHER

Uma análise das conquistas dos direitos das mulheres no contexto do trabalho requer uma abordagem que considere outras categorias, como classe e raça, além das diversas distinções que englobam o trabalho urbano, doméstico e rural. Isso implica em desafios persistentes ao tentar formular considerações gerais sobre essas conquistas.

A Procuradora do Trabalho e Doutora em Direitos Humanos Cristiane Maria Sbalqueiro Lopes em seu artigo “*Direito do Trabalho da Mulher: da proteção à promoção*” esclarece que a legislação de proteção ao trabalho da mulher e dos menores surgiu como resposta às condições extremamente degradantes enfrentadas por esses grupos durante a Revolução Industrial. Antes da implementação dessas normas protetivas, mulheres e menores, incluindo crianças de até cinco anos de idade, eram submetidos a jornadas de trabalho exaustivas que iam além das capacidades físicas desses trabalhadores e podiam chegar a até 16 (dezesesseis) horas diárias.

As diferenças salariais, com a remuneração feminina sendo inferior a masculina, tornava a opção de contratação de mulheres economicamente mais vantajosa para o capital, o que ao mesmo tempo que contribuía para o desemprego da força de trabalho masculina, colocava em risco a organização hierárquica da família (LOPES, 2006, p.411).

A necessidade de regulamentar o trabalho e de proteger mulheres e crianças, tornou-se evidente diante das condições desumanas em que trabalhavam. No entanto, a autora faz uma crítica importante, no que se refere aos protestos que contribuíram para a garantia de determinados direitos trabalhistas, em especial a dos direitos das mulheres e a proibição do trabalho infantil que se tornava uma alternativa mais econômica em relação aos homens trabalhadores. Para Vianna apud Lopes (2006, p.414):

[...]a ação decidida de alguns estadistas esclarecidos provocou medidas de proteção à mulher, mas a causa real dessa proteção foi mais a necessidade de impedir que, explorando sem limites o braço da mulher e da criança, as fábricas fossem suprimindo, tanto quanto possível, o braço masculino, provocando a existência de milhares de desempregados que se tornavam um perigo social.

Em 1932 foi publicado o Decreto 21.417-A que regulou o trabalho da mulher na indústria e no comércio e assegurou algumas garantias, conforme apresentado pela desembargadora aposentada do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª região Magda Barros Biavaschi, em seu artigo “*Os direitos das trabalhadoras domésticas e as dificuldades de implementação no Brasil: contradições e tensões sociais*” (BIAVASCHI, 2014, p.9):

[...] Forte no princípio da não discriminação, esse decreto assegurou salário igual a trabalho de igual valor, sem distinção de sexo; proibiu às mulheres trabalho em subterrâneos, mineração em subsolo, pedreiras e obras de construção pública ou particular e em serviços perigosos e insalubres; protegeu a maternidade, proibindo o trabalho da gestante desde quatro semanas antes até quatro meses após o parto, obrigando os estabelecimentos com, pelo menos 30 mulheres com mais de 16 anos, a terem local apropriado para guarda e vigilância dos filhos em período de amamentação; proibiu a despedida das grávidas pelo simples fato da gravidez, sem outro motivo que justificasse, regra bastante avançada em relação à própria CLT que, inscrita nas Constituições modernas do século XX, correspondera a importante conquista das mulheres na luta por direitos.

Até a Constituição de 1988, a “proteção” do trabalho da mulher no ordenamento jurídico brasileiro ainda possuía normas com um caráter evidentemente discriminatório, como por exemplo: a proibição da mulher realizar horas extras e de trabalhar no período noturno (LOPES, 2006). A divisão sexual do trabalho dentro de uma estrutura patriarcal, segundo a autora, reforçava a ideia de que o trabalho da mulher não poderia impedir a maternidade, considerada a principal função feminina. As normas e as práticas sociais promoviam a ideia de que o verdadeiro papel da mulher seria na esfera doméstica. Segundo Lopes (2006, p. 416-417):

O artigo 379 da CLT (revogado pela lei 7855/89) impunha a regra geral de vedação do trabalho noturno da mulher (mas elencava várias exceções). O artigo 380 da CLT condicionava a autorização para o trabalho da mulher, nas hipóteses de força maior e excesso de produção, além da apresentação de atestado médico (que provaria a possibilidade de trabalhar sem agredir à saúde), a apresentação, pelos empregadores, de atestado de bons antecedentes e capacidade física e mental. [...] Efetivamente, em atenção a certos preconceitos, injustificadamente conservados em relação à condição feminina, é que os juslaboralistas se inclinavam no sentido de coibir o trabalho noturno da mulher. Entretanto, considerando as necessidades econômicas, que tornam indispensável o trabalho nos períodos noturnos e a emancipação feminina, o legislador vem adaptando a norma à evolução social, como fez o constituinte na nova Constituição de 1988.

Lopes (2006) ao retratar as justificativas morais acerca do protecionismo do trabalho da mulher, explica que estas se dividem em duas espécies: as que se referem à moralidade sexual e as que pretendem preservar a estrutura familiar. As duas tinham o mesmo objetivo: conservar a hierarquia entre os homens e as mulheres. O artigo 446, § único da CLT, revogado pela Lei 7.855 de 1989, dispunha que:

Ao marido ou pai é facultado pleitear a rescisão do contrato de trabalho [da mulher], quando a sua continuação for suscetível de acarretar ameaça aos vínculos da família, perigo manifesto às condições peculiares da mulher ou prejuízo de ordem física ou moral para o menor.

A norma em referência revela o que Freitas Junior apud Lopes (2006, p. 416) compreende como “a distância que a ordem jurídica faz guardar entre a igualdade hipotética perante a lei e a igualdade expressa por meio da lei”. Em particular, aponta-se para a disparidade

entre os direitos conferidos ao marido e a esposa no contexto matrimonial. Evidencia-se a desigualdade de direitos dentro do casamento, onde o marido tinha autonomia e poder de decisão, enquanto a esposa não dispunha dos mesmos direitos ou poderes equivalentes. Nesse sentido, o texto destaca a importância de examinar não apenas a igualdade formal perante a lei, mas também a igualdade substantiva e efetiva na aplicação destas, especialmente no contexto das relações familiares e matrimoniais.

Às mulheres casadas não era permitido pleitear seus direitos perante a Justiça sem assistência dos seus maridos. Apenas em 1932 conforme resgatado por Biavaschi (2014, p. 10), essa possibilidade foi conquistada:

Em 25 de novembro de 1932, com as Juntas de Conciliação e Julgamento, outra conquista feminina, ao lado do direito ao voto, assegurou às mulheres o status de sujeito de direitos: as casadas poderiam trabalhar e pleitear a reparação de direitos lesados perante as Juntas de Conciliação independentemente da assistência de seus maridos.

Com a aprovação da Consolidação das Leis do Trabalho por meio do Decreto Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943, os direitos trabalhistas estabelecidos não se estenderam aos trabalhadores domésticos e rurais conforme disposto no art. 7º:

Art. 7º Os preceitos constantes da presente Consolidação, salvo quando for, em cada caso, expressamente determinado em contrário, não se aplicam:

- a) aos empregados domésticos, assim considerados, de um modo geral, os que prestam serviços de natureza não econômica à pessoa ou à família no âmbito residencial destas;
- b) aos trabalhadores rurais, assim considerados aqueles que, exercendo funções diretamente ligadas à agricultura e à pecuária, não sejam empregados em atividades que, pelos métodos de execução dos respectivos trabalhos ou pela finalidade de suas operações, se classifiquem como industriais ou comerciais.

A distinção entre trabalhadores urbanos, domésticos e rurais tem um impacto significativo para as mulheres devido à predominância feminina no trabalho doméstico. No Brasil, esse trabalho foi inicialmente regulamentado pelas Ordenações do Reino e posteriormente pelo Código Civil de 1916, tratado como locação de serviços. Neste sistema, os trabalhadores "locados" tinham direito apenas à contraprestação (BIAVASCHI, 2014, p. 10-11).

Apenas em 1972, com o advento da Lei nº 5.859/72, conforme historiado por Biavaschi (2014, p. 11) que foi atribuído aos trabalhadores domésticos a condição de sujeitos previdenciários e concedidos alguns direitos como registro na carteira de trabalho, inscrição como segurado obrigatório da Previdência Social e, férias anuais remuneradas de 20 dias úteis,

após doze meses de trabalho. No entanto, houve uma imensa dificuldade de aceitação dessas medidas como retrata Henriques (2017, p. 158):

[...] a sociedade não reconhecia o trabalho doméstico como um trabalho digno de direitos e obrigações. Um exemplo disso foi a resistência dos patrões em conceder alguns direitos implementados pelos militares, em 1972, como possibilidade da carteira assinada, trinta dias de férias e o direito à previdência para os trabalhadores domésticos, na modalidade de assalariado ou contribuinte individual (autônomo). [...] Essa leitura restrita do trabalho doméstico contribuiu para que as trabalhadoras domésticas negras, com baixa escolaridade, continuassem sem acesso às leis trabalhistas. Inclusive, na década de 80, a maioria das empregadas domésticas eram analfabetas e moradoras das periferias urbanas. Ademais, por ser uma profissão de “classe” e “cor”, predominantemente exercida por mulheres negras da classe trabalhadora, as ações governamentais voltadas para esse público ficavam à mercê das intemperanças dos gestores, pois o governo somente intervinha nas relações entre domésticas e empregadores quando necessitavam de apoio político.

A conquista de uma legislação que garantisse os direitos dos trabalhadores domésticos é algo recente. O art. 7º da Constituição Brasileira 1988, reconheceu constitucionalmente os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais. Esse cenário se transforma com a aprovação da Emenda Constitucional nº 72 de 2013 e da sua regulamentação por meio da Lei Complementar 150/2015, que alterou o texto constitucional e estabeleceu:

Art. 7º- Parágrafo único: São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII e, atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, bem como a sua integração à previdência social.

É importante evidenciar essas conquistas, pois, culturalmente os trabalhos de cuidado ao longo da história foram atribuídos às mulheres. Conforme exposto por Fraga e Monticelli (2021, p. 3):

Estabeleceu-se uma lógica mais igualitária em termos de acesso à justiça e na regulamentação de explorações e desigualdades, determinando, por exemplo: proteção contra despedida arbitrária, seguro-desemprego, FGTS, garantia de salário-mínimo, remuneração do trabalho noturno superior ao diurno, proteção do salário, salário-família, jornada de trabalho delimitada em oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, adicional de horas extras, redução dos riscos inerentes ao trabalho, creches e pré-escolas para filhos e dependentes até seis anos de idade, possibilidades de acordos e convenções coletivas, seguro contra acidentes de trabalho, proibição de discriminação de salário, de função, de critério de admissão, em relação à pessoa com deficiência, proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezesseis anos.

A presença da exploração do trabalho escravo exerceu grande impacto na história do trabalho das mulheres no Brasil. A abolição da escravidão no país, que ocorreu tardiamente em

1888 não eliminou as dominações, explorações, opressões e violências baseadas em determinantes raciais. Para as mulheres, especialmente, as negras libertas restavam o trabalho em atividades domésticas, conforme evidenciado por Henriques (2017, p. 154) “para as mulheres negras libertas foi concedida a submissão e a exploração, inerentes à escravidão, pois somente lhes foram ofertadas as atividades domésticas, onerosas, mal remuneradas que exigiam apenas uma formação prática – não intelectual”.

Segundo Feijó (2023), em seu artigo “*Diferenças de Gênero no mercado de trabalho*”, ao longo das últimas três décadas, a sociedade e o mercado de trabalho no Brasil passaram por diversas transformações que facilitaram uma maior participação feminina. Contudo, as disparidades entre homens e mulheres ainda persistem. Entre as mudanças mais significativas estão: 1) a expansão econômica e a urbanização das cidades desde a década de 1970, que aumentaram a demanda por mão de obra; 2) a evolução das normas e convenções sociais e culturais, resultando em mudanças nas estruturas familiares e na distribuição das responsabilidades domésticas; e 3) a redefinição dos papéis de gênero na sociedade, com as novas gerações se dedicando mais ativamente a combater as desigualdades existentes e a promover ambientes mais inclusivos.

Apesar dos avanços e da maior participação de mulheres no mercado do trabalho, estatísticas levantadas pela Pesquisa Nacional por Amostras de Domicílio, realizadas pelo IBGE em 2023, demonstram que a taxa de participação por gênero entre 2012-2022 no Brasil, considerada como o principal indicador que mensura a inserção feminina no mercado de trabalho foi inferior ao dos homens e ainda, que a taxa de desemprego no mesmo período das mulheres foi superior ao dos homens. Goldin (2014) apud Feijó (2023), explica que as responsabilidades domésticas e os cuidados com os filhos são fatores significativos além de outros de ordem social e cultural que dificultam tanto a inserção das mulheres como a performance feminina no mercado do trabalho. Segundo Goldin (2014):

A impossibilidade de conciliar o trabalho e responsabilidades familiares aumenta as chances das mulheres aceitarem salários mais baixos em troca de jornadas mais flexíveis. Isso também leva as mulheres a aceitarem trabalhar em funções diferentes da sua profissão em troca de jornadas menos rígidas.

Outro aspecto da desigualdade de gênero apontado por Feijó (2014) é a presença das mulheres em posições de prestígio. A sub-representação feminina em cargos gerenciais ainda é uma realidade tanto no Brasil quanto no mundo. Apesar das discussões, incentivos e políticas públicas, a proporção de mulheres em cargos de chefia tem aumentado de forma lenta e ainda

é inferior em relação aos homens. Outros problemas que ainda não foram superados dizem respeito a discriminação salarial<sup>2</sup> e sub-representação das mulheres em funções de gestão mesmo que estas tenham as mesmas competências, habilidades e experiências em relação aos homens conforme pode ser verificado no artigo da autora com os respectivos gráficos e apontamentos<sup>3</sup>.

#### 1.4 DIFICULDADES ENFRENTADAS NO ALCANCE DA AUTONOMIA E DA CAPACIDADE CIVIL PLENA DAS MULHERES NO BRASIL

A desvantagem estrutural que as mulheres enfrentam em relação aos homens podem ser observadas historicamente tanto nas práticas sociais quanto nas normas jurídicas, que muitas vezes refletiam valores altamente discriminatórios. Antes das codificações (que tem início no século XIX), o Brasil se orientava normativamente pelas Ordenações do Reino, em especial às Ordenações Filipinas, que foram editadas em 1603. Segundo Lopes (2002, p. 268-269):

“Não se tratava de um código, no sentido moderno, mas de uma consolidação de direito real. As *Filipinas*, especialmente, são criticadas pelas contradições e repetições, perfeitamente compreensíveis quando se sabe que nem pretendiam ser um código (não há partes gerais sobre atos, negócios, pessoas etc.) nem desejava o rei castelhano impor novidades a Portugal, preferindo manter (consolidando) o que já havia.

As Ordenações Filipinas que exerceu grande influência nos Códigos Brasileiros, normatizava a hierarquia sexual, garantia exclusivamente aos homens/maridos o exercício do poder familiar (pátrio poder) e na esfera criminal concedia aos homens o direito de ferir a esposa bem como castigá-las, desde que moderadamente (Livro V, Título 36, §1º). Conforme resgata Amaral e Pereira (2018, p.1-2):

Dentre outras permissões existentes, Costa Junior (1990, p. 183-184), nos ensina que as Ordenações Filipinas ainda permitiam que o marido executasse a mulher que surpreendida fosse em flagrante adultério. O título 38, do livro V, das Ordenações Filipinas, dispensa o flagrante, declarando que a mera suposição de prática do adultério pela mulher, geraria ao marido o direito de “puni-la”. (Livro V, Título 38, caput) As Ordenações foram aplicadas durante um grande período, sendo parcialmente revogada pelo código criminal de 1830, mas tendo a sua atuação civil mantida até a promulgação do código civil de 1916. (LOPES, 2011, p. 253)

Com a publicação do Código Civil de 1916, elaborado por Clóvis Beviláqua em 1899, as práticas patriarcais ainda se preservavam. O Capítulo III “Dos Direitos e Deveres da

<sup>2</sup> Foi publicada em 2023 a Lei da Igualdade Salarial entre mulheres e homens, que engloba a Lei nº 14.611/2023, o Decreto nº 11.795/2023 e a Portaria nº 3.714/2023 criada com o intuito de corrigir as lacunas, combater e eliminar as disparidades salariais baseadas em gênero e proporcionar maior segurança para as mulheres.

<sup>3</sup>[https://blogdoibre.fgv.br/posts/diferencas-de-genero-no-mercado-de-trabalho#\\_ftn1](https://blogdoibre.fgv.br/posts/diferencas-de-genero-no-mercado-de-trabalho#_ftn1).

Mulher”, expressava explicitamente essa relação de subordinação da mulher em relação ao homem, como por exemplo o art. 240 a 242 que dispunha na sua primeira versão:

Art. 240. A mulher assume, pelo casamento, com os apelidos do marido, a condição de sua companheira, consorte e auxiliar nos encargos da família ([art. 324](#)).

Art. 241. Se o regime de bens não for o da comunhão universal, o marido recobrará da mulher as despesas, que com a defesa dos bens e direitos particulares desta houver feito.

Art. 242. A mulher não pode, sem autorização do marido ([art. 251](#)):

I. Praticar os atos que este não poderia sem o consentimento da mulher ([art. 235](#)).

II. Alienar, ou gravar de ônus real, os imóveis de seu domínio particular, qualquer que seja o regime dos bens ([arts. 263, nº II, III, VIII, 269, 275 e 310](#)).

III. Alienar os seus direitos reais sobre imóveis de outra.

IV. Aceitar ou repudiar herança ou legado.

V. Aceitar tutela, curatela ou outro munus público.

VI. Litigar em juízo civil ou comercial, a não ser nos casos indicados nos [arts. 248 e 251](#).

VII. Exercer profissão ([art. 233, nº IV](#)).

VIII. Contrair obrigações, que possam importar em alheação de bens do casal.

IX. Aceitar mandato ([art. 1.299](#)).

Uma conquista significativa, embora ainda insuficiente para garantir plenamente a autonomia das mulheres, foi a promulgação da Lei nº 4.121 de 1962, conhecida como “Estatuto da Mulher Casada”. Essa lei concedeu alguns direitos civis às mulheres casadas, que anteriormente não podiam ser plenamente exercidos devido ao matrimônio. Entre esses direitos, destacam-se a dispensa da autorização do marido para trabalhar e a proteção do patrimônio adquirido pelo trabalho da esposa. Esse patrimônio, conforme narrado pela Desembargadora aposentada e vice-presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), Maria Berenice Dias, em seu artigo “*A mulher no Código Civil*”, foi classificado como bem reservado e não respondia pelas dívidas contraídas pelo marido.

Outra alteração importante do Código Civil com o advento do Estatuto da Mulher Casada incluiu a modificação do artigo 393, que anteriormente retirava da mulher o poder familiar sobre os filhos de um casamento anterior quando ela se casava novamente. Esse artigo foi alterado para garantir que a mãe não perdesse mais esses direitos ao contrair novas núpcias. O artigo 380, que atribuía exclusivamente ao marido o exercício do pátrio poder, passando-o à mulher apenas na ausência dele, foi alterado para concedê-lo a ambos os pais. Em caso de discordância entre o casal, a vontade do homem prevaleceria, mas a mãe teria o direito de recorrer ao juiz para resolver a divergência.

A promulgação da Constituição Federal de 1988 foi um marco importante para a construção de uma ordem jurídica que visa a superação das desigualdades entre homens e mulheres. A conquista desses direitos é resultado de uma luta intensa pela garantia da dignidade

das mulheres, reconhecendo que as vulnerabilidades que enfrentam não são decorrentes de sua natureza ou condição biológica, mas se desenvolvem a partir de práticas sociais e culturais que revelam um histórico de violência e exploração por parte dos homens em relação às mulheres. O Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, Joaquim Barbosa reconhece esses avanços expressos em vários dispositivos constitucionais, conforme descreve no voto do Recurso Extraordinário 227.114 de 22.11.2011:

“Pode-se afirmar, ainda, que a Constituição de 1988 é um marco histórico no processo de proteção dos direitos e garantias individuais e, por extensão, dos direitos das mulheres, como podemos constatar nos dispositivos constitucionais que garantem, entre outras coisas, a proteção à maternidade (arts. 6º e 201, II); a licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de 120 dias (art. 7º, XVIII); a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei (art. 7º, XX); a proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo (art. 7º, XXX); o reconhecimento da união estável (art. 226, § 3º) e como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4º); a determinação de que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal serão exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (art. 226, § 5º); a constitucionalização do divórcio (art. 226, § 6º); o planejamento familiar (art. 226, § 7º) e a necessidade de coibir a violência doméstica (art. 226, § 8º). [RE 227.114, voto do rel. min. Joaquim Barbosa, j. 22-11-2011, 2ª T, DJE de 16-2-2012.]

### 1.5 INSTRUMENTOS NORMATIVOS DE COMBATE À DISCRIMINAÇÃO ENTRE OS SEXOS: A RELEVÂNCIA JURÍDICA NO BRASIL DA CONVENÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER DA ONU

A Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (CEDAW) foi elaborada ao longo de 30 anos pela Comissão da Condição Jurídica e Social da Mulher, iniciando-se em 1946. O texto final foi aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1979. Essa convenção é resultado da internacionalização das lutas das mulheres pelo reconhecimento de seus direitos e pelo combate das diversas explorações e violências que decorrem da discriminação em razão do sexo. Esse movimento buscou romper uma perspectiva hegemônica sobre os direitos humanos que foi construída a partir de uma visão androcêntrica, que privilegia os homens e invisibiliza os direitos das mulheres. Segundo Montebello (2010, p. 165) este documento é reconhecido como a principal legislação internacional de proteção aos direitos da mulher hoje existente.

O reconhecimento dessas desigualdades e a intensa mobilização de mulheres em várias partes do mundo, orientaram a criação desta Convenção que no Brasil foi recepcionada como Tratado Internacional promulgado, primeiramente em 1984 pelo Decreto nº 89.460 com

reservas aos seus artigos 15, parágrafo 4º, e 16, parágrafo 1º, alíneas (a), (c), (g) e (h), que dispunham:

ARTIGO 15.º 1 - Os Estados Partes reconhecem às mulheres a igualdade com os homens perante a lei

4 - Os Estados Partes reconhecem aos homens e às mulheres os mesmos direitos no que respeita à legislação relativa à livre circulação das pessoas e à liberdade de escolha de residência e domicílio.

ARTIGO 16.º

1 - Os Estados Partes tomam todas as medidas necessárias para eliminar a discriminação contra as mulheres em todas as questões relativas ao casamento e às relações familiares e, em particular, asseguram, com base na igualdade dos homens e das mulheres:

a) O mesmo direito de contrair casamento;

(c) Os mesmos direitos e as mesmas responsabilidades na constância do casamento e aquando da sua dissolução;

g) Os mesmos direitos pessoais ao marido e à mulher, incluindo o que respeita à escolha do nome de família, de uma profissão e de uma ocupação;

h) Os mesmos direitos a cada um dos cônjuges em matéria de propriedade, aquisição, gestão, administração, gozo e disposição dos bens, tanto a título gratuito como a título oneroso.

Em setembro de 2002 o Decreto nº 4.377 revogou a norma que tratava das reservas e o tratado passou a ser observado integralmente. No mesmo ano foi publicado o “Novo” Código Civil que revogou o de 1916, e conforme apresentado, refletia uma estrutura patriarcal e machista, evidenciada pelas disparidades de direitos concedidos aos homens em detrimento das mulheres, reforçando uma ordem jurídica e social desigual e discriminatória.

Conforme apontado pela Doutora e Advogada Suzana Viegas de Lima Borges, em sua obra “*O Estatuto Jurídico das Relações Homoafetivas*”, a CEDAW é considerada um relevante instrumento normativo que garante os direitos femininos e também abriu caminho para outras conquistas, como os direitos homoafetivos. Segundo Lima (2015, p. 31):

Para o Brasil, que no ano de 1984 ainda não contava com as disposições de igualdade em matéria de família e gênero aportadas pela Constituição de 1988, a incorporação de tais valores representou grande avanço para a mudança no sistema predominante de exclusão da mulher nos diversos segmentos da sociedade. Ainda que suas disposições sejam especialmente voltadas para a figura feminina, a quebra de paradigma de valorização e prestígio exacerbado do papel masculino serviu como porta de entrada para avanços de outras naturezas, a exemplo dos direitos homoafetivos.

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher possui natureza jurídica de norma supralegal, mas infraconstitucional por se tratar de matéria relativa a Direitos Humanos (MENDONÇA, 2021). Não possui status de emenda constitucional pois não foi aprovada pelo mesmo quórum de aprovação das emendas previsto no art. 5º, §3º da CF/88:

Art.5º, §3º: Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”

A CEDAW, em seu art. 1º, reconhece como significado da expressão "discriminação contra a mulher" toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural, civil ou em qualquer outro campo.

O Conselho Nacional de Justiça em 2019 traduziu a Recomendação Geral nº 35 do Comitê para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), que atualizou a Recomendação Geral nº 19, a qual afirma que a discriminação contra as mulheres inclui a violência de gênero, ou seja, aquela “que é dirigida contra uma mulher porque ela é mulher ou que afeta as mulheres desproporcionalmente”, constituindo, portanto, uma violação aos direitos humanos (CEDAW, nº 39, p.10).

A Recomendação reconhece que a discriminação contra as mulheres está vinculada a outros fatores que as afetam de formas distintas e devem ser levadas em consideração para elaboração e implementação de respostas legais e políticas adequadas para que seja combatida (CEDAW, nº 39, p.19):

12. O Comitê, em sua jurisprudência, destacou o fato de que tais fatores incluem etnia/raça, ser indígena ou pertencer a outro grupo minoritário, cor, status, socioeconômico e/ou casta, língua, religião ou crença, opinião política, nacionalidade, estado civil e/ou maternal, idade, localização urbana/rural, estado de saúde, deficiência, propriedade, analfabetismo, busca de asilo, ser refugiada, deslocamento interno, apatridia, migração, chefia de família, viuvez, conviver com HIV/Aids, privação de liberdade, estar na prostituição, assim como o tráfico de mulheres, situações de conflito armado, distanciamento geográfico e estigmatização das mulheres que lutam por seus direitos, incluindo defensoras de direitos humanos. Assim, como as mulheres experimentam formas de discriminação diferentes e cruzadas, que geram impacto negativo agravante.

Como a recomendação descreve, existem muitos fatores que contribuem para que as mulheres sofram de formas distintas os efeitos da discriminação. No entanto, o reconhecimento que as mulheres (biologicamente diferente dos homens) são discriminadas historicamente, por meio da reprodução de práticas culturais e sociais que atribuem valores distintos aos sexos e que naturalizam a inferioridade feminina em relação aos homens não foi superada. Como analisa a pesquisadora Ediliane Lopes Leite de Figueirêdo em seu artigo “*A tradição jurídica sexista brasileira: manifesto da discriminação e desigualdade das mulheres*”:

Ao longo da história, as mulheres constituem o grupo humano mais sujeito a doutrinas e regras de desigualdade e de discriminação. A construção social do papel da mulher subordinada, ou melhor, como diz Saffioti (1998), dominada-explorada, terá a marca da naturalização, do inquestionável, de algo dado pela natureza. Todos os espaços de aprendizado, os processos de socialização vão reforçar os preconceitos e estereótipos dos gêneros como próprios de uma suposta natureza (feminina e masculina), apoiando-se, sobretudo, na determinação biológica. A diferença biológica tende a se transformar em desigualdade social e a tomar uma aparência de naturalidade.

No que se refere à garantia de direitos relacionados à sexualidade e à não discriminação por sexo, foram elaborados outros relevantes instrumentos normativos no âmbito internacional que constroem os alicerces do respeito e da proteção para a conquista da igualdade entre os sexos e para a defesa da mulher. Conforme esclarece Lima (2015, p. 31), alguns desses instrumentos incluem o Protocolo Facultativo à CEDAW (1999), a Declaração e Plataforma de Ação da III Conferência Mundial Sobre Direitos Humanos (Viena, 1993), a Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial da Mulher (Pequim, 1995), a Declaração do Milênio das Nações Unidas (Cúpula do Milênio, 2000), a Convenção Interamericana Para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher ("Convenção de Belém do Pará", 1994), e, em matéria de garantia de igualdade no trabalho, as Convenções nº 100 (1951), nº 103 (1952), nº 111 (1958) e nº 156 (1981) da OIT.

Esse resgate histórico sobre as lutas e conquistas dos direitos das mulheres parte do reconhecimento que essa categoria sofre violências que se inserem em uma estrutura de dominação patriarcal. Essa violência não ocorre apenas porque existe uma hipervalorização do gênero (enquanto identidade psicossocial) masculino sobre o feminino. Mas sim, da compreensão que a diferença sexual é relevante. Conforme esclarece Bourdieu (1998, p. 330), “a força da existência masculina lhe vem do fato dela acumular duas operações: ela legitima uma relação de dominação inscrevendo-a em uma natureza biológica que é, por sua vez, ela uma construção social naturalizada”.

O direito à "identidade de gênero" e as políticas associadas a ele, promovidas no Brasil nas últimas décadas têm excluído o critério do sexo biológico na definição de meninas e mulheres. Isso tem causado sérios conflitos de direitos, especialmente no desenvolvimento de políticas públicas, resultando no acesso de homens biológicos (que se definem como transgêneros) a espaços exclusivos para mulheres. Reflexo disso é a flexibilização de espaços exclusivos que foram conquistados a partir do reconhecimento das vulnerabilidades e das necessidades das mulheres biológicas, como banheiros femininos, alojamento em prisões, participação em esportes, cotas em concursos e cargos políticos.

## **CAPÍTULO 2 ELEMENTOS HISTÓRICOS E SOCIAIS DAS CATEGORIAS SEXO, GÊNERO E IDENTIDADE**

### **2.1 DESAFIOS CONCEITUAIS ENTRE A RELAÇÃO SEXO, GÊNERO E IDENTIDADE**

Existem diferentes perspectivas teóricas que abordam a relação entre os sexos, definidos enquanto realidade biológica pautados na diferença anatômica e na capacidade reprodutiva feminina e masculina e da categoria gênero, que se refere a uma classificação subjetiva do que é compreendido como masculino e feminino e que atualmente é marcado pela possibilidade de criação de múltiplas identidades.

Historicamente, o assunto é objeto de controvérsias pois o processo de autoidentificação de gênero parte de uma ideia de subjetivação do indivíduo, que só é possível quando se dissocia o aspecto biológico dos papéis sociais atribuídos a cada sexo. É possível a separação dos impulsos biológicos, dos processos de socialização e dos conteúdos psíquicos? O que se compreende como aspectos femininos e masculinos? É possível fazer essa distinção sem incorrer em ideias estereotipadas do que se compreende como feminilidade e masculinidade? Não há um consenso e esse debate é discutido por diferentes áreas do conhecimento como a medicina, sexologia, sociologia, antropologia, psicologia, psiquiatria e psicanálise revelando diferentes posicionamentos tornando o debate entre sexo e gênero algo complexo. Pierre Bourdieu trata sobre a problemática de uma construção social naturalizada, elaborada a partir de um processo que o autor descreve como a socialização do biológico e “biologização” do social que se conjugam para inverter a relação entre as causas e os efeitos (BOURDIEU, 1998, p.10).

As respostas dessas perguntas, que não são objeto de consenso foram respondidas pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 600 que julgou inconstitucional lei municipal que vedou o ensino sobre gênero bem como a utilização do conceito nas escolas. O Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso em decisão monocrática esclareceu os significados das expressões sexo, gênero e orientação sexual:

Para que se compreenda adequadamente o objeto da controvérsia, é importante esclarecer o significado das expressões “sexo”, “gênero” e “orientação sexual”. Como já tive a oportunidade de esclarecer, a palavra sexo, de modo geral, é utilizada para referir-se à distinção entre homens e mulheres, com base em características orgânico-biológicas, baseadas em cromossomos, genitais e órgãos reprodutivos. Gênero designa o autoconceito que o indivíduo faz de si mesmo como masculino ou feminino. Orientação sexual refere-se à atração afetiva e emocional de um indivíduo por determinado gênero. As pessoas cisgênero são aquelas que se identificam plenamente

com o gênero atribuído ao seu sexo e que se encontram nas fronteiras convencionais culturalmente construídas sobre o tema. As pessoas transgênero são aquelas que não se identificam plenamente com o gênero atribuído ao seu sexo biológico, incluindo-se entre as últimas os transexuais, indivíduos que se reconhecem no gênero oposto a seu sexo biológico. Quanto à orientação sexual, são heterossexuais os que se atraem afetiva e sexualmente pelo gênero oposto; homossexuais, os que se atraem pelo mesmo gênero; bissexuais, os que se atraem por ambos os gêneros etc. Vedar a adoção de políticas de ensino que tratem de gênero ou que utilizem tal expressão significa impedir que as escolas abordem essa temática, que esclareçam tais diferenças e que orientem seus alunos a respeito do assunto, ainda que a diversidade de identidades de gênero seja um fato da vida, um dado presente na sociedade que integram e com o qual terão, portanto, de lidar.

Como analisa a filósofa Nancy Fraser, importante pensadora feminista, a categoria gênero necessita de uma compreensão multidimensional, que não deve ser elaborada apenas de uma perspectiva econômico-política, mas também a partir de uma valoração cultural. Segundo Fraser (2006, p.233-234):

O gênero é, em suma, um modo bivalente de coletividade. Ele contém uma face de economia política, que o insere no âmbito da redistribuição. Mas também uma face cultural-valorativa, que simultaneamente o insere no âmbito do reconhecimento. Naturalmente, as duas faces não são claramente separadas uma da outra. Elas se entrelaçam para se reforçarem entre si dialeticamente porque as normas culturais sexistas e androcêntricas estão institucionalizadas no Estado e na economia e a desvantagem econômica das mulheres restringe a “voz” das mulheres, impedindo a participação igualitária na formação da cultura, nas esferas públicas e na vida cotidiana.

Para Fraser, a valoração cultural do “gênero feminino” possui elementos que se assemelham mais à sexualidade do que a categoria classe, e a característica central do que se compreende “injustiça de gênero” é o androcentrismo, compreendida enquanto “construção autorizada de normas que privilegiam os traços associados à masculinidade” (FRASER, 2006, p.234). Esse fenômeno vem acompanhado do “sexismo cultural”, em que ocorre um processo de desqualificação do que é designado como feminino. Como denuncia a filósofa, essa desvalorização assume diferentes formas, como: a violência e a exploração sexual, a violência doméstica generalizada, representações que degradam a imagem feminina, objetificam e a humilham na mídia, o assédio e a desqualificação em todas as esferas da vida cotidiana, a exclusão e marginalização das esferas públicas e centros de decisão e a negação de direitos legais plenos e proteções igualitárias.

O termo identidade de gênero revela uma dimensão psíquica e pessoal que se dissocia da orientação sexual. Segundo Roudinesco (2021, p. 36) “o gênero transformou-se num conceito maior, com o objetivo não somente de esvaziar a diferença entre os sexos (no sentido anatômico), mas também de redefinir todos os tipos de disposições sexuais, sociais e políticas”.

## 2.2 A CONSTRUÇÃO SOCIAL DO CONCEITO DE GÊNERO A PARTIR DA “DESNATURALIZAÇÃO” DO SEXO BIOLÓGICO

A filósofa francesa Simone de Beauvoir em sua obra “*O Segundo Sexo*” escrito em 1949 conseguiu desencadear um amplo debate na Europa que se estendeu pela América, em diferentes áreas do conhecimento que tinham como objeto de estudo realizar a distinção do sexo ou corpo sexuado do gênero como construção identitária, conforme exposto por Roudinesco (2021).

A obra de Beauvoir faz uma extensa análise histórica da condição feminina e de que modo a estrutura patriarcal e de dominação masculina condicionou o sexo feminino a determinados papéis que são construídos socialmente pelos homens. O livro foi um marco na teoria feminista e fomentou o intenso debate acerca da compreensão da feminilidade e masculinidade e como as representações culturais do que é considerado feminino foram historicamente elaboradas nas sociedades patriarcais pelos homens segundo seus próprios interesses. No prefácio a própria autora questiona (BEAUVOIR, 1949, p.9):

Se a função da fêmea não basta para definir a mulher, se nos recusamos também explicá-la pelo "eterno feminino" e se, no entanto, admitimos, ainda que provisoriamente, que há mulheres na terra, teremos que formular a pergunta: que é uma mulher?" [...] A mulher tem ovários, um útero; eis as condições singulares que a encerram na sua subjetividade; diz-se de bom grado que ela pensa com suas glândulas. O homem esquece soberbamente que sua anatomia também comporta hormônios e testículos.

Segundo Roudinesco (2021, p. 20), Simone de Beauvoir investiga a sexualidade feminina a partir da realidade biológica, social e psíquica além de resgatar os mitos fundadores das diferenças entre os sexos. Birolli (2015, p. 85) constata na obra da filósofa francesa “que o corpo e a identidade da mulher são apreendidos como dados de sua condição (fisiológica e social, sem que a primeira tenha existência separada da segunda) e como objetos forjados pelo olhar masculino”.

O antropólogo e sociólogo francês Pierre Bourdieu, em sua obra “*A dominação masculina*” estabelece que as diferenças sexuais permanecem imersas no conjunto das oposições que organizam todo o cosmo onde os atributos e os atos sexuais se veem sobrecarregados de determinações antropológicas e cosmológicas (BOURDIEU, 1998, pg. 15). A divisão entre os sexos aparentemente estão na “ordem das coisas”, classificado como algo natural e normal. O autor ao analisar as relações entre os sexos constata que a situação das mulheres na sociedade é amplamente caracterizada por um padrão de subordinação ao poder masculino e explica:

[...]o mundo social constrói o corpo como realidade sexuada e como depositário de princípios de visão e de divisão sexualizantes. Esse programa social de percepção incorporada aplica-se a todas as coisas do mundo e, antes de tudo, ao próprio corpo em sua realidade biológica: é ele que constrói a diferença entre os sexos biológicos, conformando-a aos princípios de uma visão mítica do mundo, enraizada na relação arbitrária de dominação de homens sobre as mulheres, ela mesma inscrita com a divisão do trabalho, na realidade da ordem social. A diferença *biológica* entre os sexos, isto é, o corpo masculino e o corpo feminino e, especificamente, a diferença anatômica entre os órgãos sexuais, pode assim ser vista como justificativa natural da diferença socialmente construída entre os *gêneros* e principalmente a divisão social do trabalho. (...) Dado o fato que é o princípio de visão social que constrói a diferença anatômica e que é esta a diferença socialmente construída que se torna o fundamento e a caução aparentemente natural da visão social que a alicerça, caímos em uma relação circular que encerra o pensamento na evidência de relações de dominação inscritas ao mesmo tempo na objetividade, sob forma de divisões objetivas, e na, subjetividade sob forma de esquemas cognitivos que, organizados segundo essas divisões, organizam a percepção das divisões objetivas.

### 2.3 A DISSOCIAÇÃO DO SEXO BIOLÓGICO NO DESENVOLVIMENTO DAS TEORIAS DE GÊNERO

A Procuradora da República e Mestre em Criminologia Tatiana Dornelles, em sua obra *“Prisioneixs: transmulheres nos presídios femininos e o X do problema”*, explica que os estudos de gênero começaram a assumir novos contornos a partir das pesquisas realizadas no campo da psicologia que buscavam analisar a biologia versus a socialização. Raymond (1979) apud Dornelles (2020) menciona no seu livro o psicólogo e sexólogo John Money da Universidade de Hopkins, frequentemente citado nas teorias transativistas, como o responsável por transferir o termo “gênero” das categorias gramaticais para a psicologia. Money e outros cientistas da sexualidade, como por exemplo o psiquiatra e psicanalista Robert Stoller durante as décadas de 1950 e 1960, usaram o termo gênero para se referir às características comportamentais que consideravam mais apropriadas para pessoas de um ou outro sexo biológico. Nesta perspectiva, Stoller (1978) apud Grossi (1998, p. 8), compreende a identidade de gênero como:

Todo indivíduo tem um núcleo de identidade de gênero, que é um conjunto de convicções pelas quais se considera socialmente o que é masculino ou feminino. Este núcleo não se modifica ao longo da vida psíquica de cada sujeito, mas podemos associar novos papéis a esta "massa de convicções". Este núcleo de nossa identidade de gênero se constrói em nossa socialização a partir do momento da rotulação do bebê como menina ou menino. Isto se dá no momento de nascer ou mesmo antes, com as novas tecnologias de detectar o sexo do bebê, quando se atribui um nome à criança e esta passa a ser tratada imediatamente como menino ou menina. A partir deste assinalamento de sexo, socialmente se esperarão da criança comportamentos condizentes a ele. Caso tenha havido um erro nesta rotulação inicial (em raros casos de intersexualidade ou “hermafroditismo”, como trata Stoller) impossível mudar a identidade de gênero deste indivíduo após os três anos de idade, uma vez que ele tiver superado a fase do complexo de Édipo, momento no qual todo ser humano descobre que é único e não a extensão do corpo da mãe.

John Money começa a desenvolver sua pesquisa científica a partir dos estudos com pessoas intersexuais com quem trabalhava, hoje conhecidas como pessoas com Distúrbios (ou Diferenças) do Desenvolvimento Sexual (DDS). Em alguns indivíduos, os cromossomos não se enquadram nas características esperadas. Money realizou seus estudos com crianças nessas circunstâncias e observou como os “papéis de gênero” externos se desenvolviam em algumas pessoas com DSD – se elas se comportavam “como meninas” ou “como meninos”. É a partir dessa experiência com pessoas intersexuais que Money desenvolveu a teoria do gênero neutro, que parte da ideia de que o papel da socialização é mais significativo que o papel biológico, sendo o gênero mais adquirido do que inato.

Em 1967 Money realizou um experimento que teve finais trágicos na tentativa de demonstrar à comunidade científica que o gênero não era inato, mas poderia ser ensinado e aprendido independente dos órgãos genitais (DORNELLES, 2020, p. 84). O experimento foi realizado sob a supervisão do psicólogo no emblemático caso de “David Reimer”. O bebê nasceu do sexo masculino, chamado Bruce com um irmão gêmeo idêntico, chamado Brian em 1965. Em 1966, os pais levaram os bebês para uma cirurgia de circuncisão quando tinham 8 meses de idade. Bruce perdeu o pênis no procedimento cirúrgico e os médicos decidiram não operar Brian. Foi então, que os pais conheceram o trabalho de John Money considerado uma referência no campo de desenvolvimento sexual e da “identidade de gênero” e levaram a criança para o Hospital Johns Hopkins onde o psicólogo desenvolvia seus estudos, preocupados com os desdobramentos futuros na vida do filho em razão da perda do órgão genital. Dos 9 aos 11 anos, Bruce que foi criado como Brenda passa a não se reconhecer nem como menino nem como menina e aos 15 anos seus pais revelaram que ele nasceu biologicamente do sexo masculino, passando a viver como David Reimer.

Os desdobramentos do experimento realizado por Money foram descritos pela historiadora Elisabeth Roudinesco, em sua obra “*O Eu Soberano*”, de 2021:

O primeiro a popularizar o termo, John Money, psicólogo de origem neozelandesa oriundo de uma confraria fundamentalista, especializou-se no estudo do hermafroditismo. Mas, longe de contentar-se em ajudar as famílias e as desventuradas crianças atingidas por essa anomalia tão rara, ele pretendia realizar, a partir da observação direta do fenômeno, uma vasta reflexão sobre as relações entre natureza e cultura, a fim de demonstrar que entre os dois sexos existia não um corte distintivo, mas uma espécie de continuidade. Ele afirmou também, em 1955, que o sexo anatômico não era nada diante da construção do gênero: “Um papel de gênero nunca é estabelecido no nascimento, mas construído de modo cumulativo por meio das experiências vividas”. A seu ver, só o que contava era o papel social: o gênero sem o sexo. Segundo ele, bastaria, portanto, educar um menino como menina e vice-versa para que um e outra adquirissem uma identidade diferente de sua anatomia.

Em 1966, Money encontrou uma cobaia para validar sua tese, na pessoa de David Reimer, que tinha dezoito meses e teve o pênis carbonizado em consequência de uma cirurgia de fimose malfeita. Seguindo os conselhos de Money, os pais autorizaram a ablação dos testículos e a mudança do prenome. Mas, na adolescência, David começou a sentir-se homem. Decidiu, então, fazer uma cirurgia para recuperar o pênis, porém os traumas cirúrgicos viriam a ser insuportáveis: ele cometeria suicídio. A experiência de Money é ainda mais chocante porque todas as pesquisas científicas demonstram que é quase impossível criar como menina uma criança geneticamente programada para ser menino. Atacado, Money declarou-se vítima de um complô da extrema direita.

A filósofa inglesa Kathleen Stock em seu livro “*Material Girls: Porque a realidade importa para o feminismo*” (2021) cita um dos trechos de John Money acerca do conceito de gênero ao qual o psicólogo revela que “um rol de gênero é todas aquelas coisas que uma pessoa diz e faz para revelar que tem a condição de menino ou homem, menina ou mulher respectivamente, incluindo os gestos, a conduta e o comportamento”. Segundo a autora essa perspectiva é diferente da proposta desenvolvida por Simone de Beauvoir, onde o conjunto de expectativas “femininas” ou “masculinas” são projetadas em si pela sociedade a partir do sexo biológico. Para Money a identidade de gênero é o conjunto de comportamentos feminizados ou masculinizados que uma criança e um adulto em desenvolvimento passam a adotar em resposta a estas projeções sociais. O papel de gênero é compreendido como o que se faz para agir no mundo “como um homem” ou “como uma mulher”.

Em 1954, o psiquiatra e pesquisador Robert Stoller interessou-se pela diversidade das identidades sexuais, sobretudo pelo transexualismo estudado um ano antes por um endocrinologista norte-americano Harry Benjamin e cria em 1954, na Universidade da Califórnia, em Los Angeles (UCLA), a Clínica de Pesquisa de Identidade do Gênero (ROUDINESCO, 2021, p. 25). Sobre o desejo de mudanças de sexo ao longo da história, Roudinesco explica:

O desejo de mudar de sexo ocorre em todas as sociedades. Na Antiguidade, o fenômeno foi objeto de numerosas observações, tanto sobre o travestismo quanto sobre a bissexualidade. Mas o que surgiu de novo no meio do século XX foi que o desejo podia enfim traduzir-se em transformações anatômicas radicais: operações cirúrgicas, uso de medicamentos etc. E o transexualismo foi definido como algo muito diferente do travestismo, do hermafroditismo e da androginia. Tratava-se de compreender a natureza de um problema de identidade puramente psíquico e caracterizado pela convicção inabalável — mas não delirante — de um sujeito homem ou mulher de pertencer ao sexo oposto.

Os estudos sobre indivíduos com DDS, levaram ao desenvolvimento de teorias críticas à classificação binária dos sexos. Stock (2023, p. 376) apresenta as pesquisas elaboradas a partir do fim da década de 1980 pela professora de biologia e estudos de gênero Anne Fausto-

Sterling, da Universidade de Brown, que propõe que o sexo biológico não se limita a uma divisão binária natural. Seu argumento se baseia nas investigações científicas de pessoas com Distúrbios do Desenvolvimento Sexual (DDS), cuja incidência aumentou significativamente no século XX, desafiando a compreensão das relações entre os cromossomos e os corpos humanos. Na maioria dos casos, os cromossomos são configurados como XX ou XY, cada um associado a características sexuais primárias e secundárias específicas. No entanto, indivíduos com DDS podem desenvolver características sexuais que não correspondem aos seus cromossomos originais. De acordo com Fausto-Sterling, essa condição afeta aproximadamente 1,7% da população, levando-a a sugerir a existência de pelo menos cinco sexos distintos, em vez de apenas dois e que as classificações dos sexos são relativamente arbitrárias. Segundo Sterling apud Stock (2023, p.377):

Além dos machos e fêmeas padrão, existem também "hermafroditas" (por exemplo, aqueles com uma anormalidade ovotesticular), "pseudo-hermafroditas masculinos" (aqueles com cromossomos XY e corpos "feminizados") e "pseudo-hermafroditas femininos" (aqueles com eles têm cromossomos XX e corpos "virilizados").

#### 2.4 DA TRANSEXUALIDADE AO TRANSGENERISMO: A POSSIBILIDADE DE CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE DE GÊNERO INDEPENDENTE DA IDENTIDADE SEXUAL

Pierre Henri Castel, doutor em filosofia e psicologia clínica, em seu artigo *“Algumas reflexões para estabelecer a cronologia do ‘fenômeno transexual: (1910-1995).”* analisa historicamente as modificações das percepções científicas, culturais e políticas da identidade sexual ao longo do século XX. Segundo Castel (2001, p. 78) a capacidade técnica de satisfazer as demandas de "adequação" dos transexuais, através de hormônios e avanços na cirurgia plástica, contribuiu para que o transexualismo adquirisse, a partir dos anos 1950, uma caracterização diferente das descrições mais antigas.

A partir disso, a liberdade de escolha do sexo passou a ser destacada como uma possibilidade de "construção de identidade sexual", acompanhada da busca por reconhecimento social e direitos correlatos (como casamento, inseminação artificial ou de parceria, e adoção). Isso também motivou uma crítica aos obstáculos a essa escolha, frequentemente utilizando com sucesso as ferramentas habituais da crítica dos preconceitos, como a sociologia comparada, que enfatizou no feminismo recente a distinção entre "gênero" sociocultural e "sexo" natural, além de diversos argumentos biológicos que relativizam o "dimorfismo" entre homens e mulheres.

O autor divide em fases o desenvolvimento da sexologia e da compreensão da identidade sexual. Na primeira fase, o médico e sexólogo alemão Magnus Hirschfeld que viveu entre 1868 e 1935, foi considerado um pioneiro na defesa dos direitos das pessoas homossexuais trazendo um enfoque científico e positivista sobre a homossexualidade e transexualidade, que teve como um dos objetivos a despenalização da homossexualidade. A segunda fase é marcada pelo desenvolvimento da endocrinologia, que significou um avanço na medicina científica entre as duas guerras mundiais. Durante este período, surge o que Castel classifica como “behaviorismo endocrinológico”, que rapidamente desafia a psicanálise. Este movimento foi fundamental para a aceitação das teses sociológicas sobre identidade sexual que se consolidaram após 1945, pavimentando o caminho para o reconhecimento do "fenômeno transexual". A terceira fase que vai de 1945 a 1975 tem uma forte influência da sociologia empírica americana e da teoria da socialização. Segundo o autor (2001, p. 80):

A tradição americana de sociologia empírica e sua teoria da influência determinante do meio vai conduzir muitos pesquisadores a explorar conjuntamente a questão da socialização dos hermafroditas, dos indivíduos geneticamente anormais, dos meninos com órgãos genitais acidentalmente mutilados, e dos transexuais. A mediatização do caso Jorgensen, feminizado em 1952, ilumina todo o período fornecendo um cenário padrão inúmeras vezes recopiado e/ou revivido pelos futuros candidatos à mudança de sexo.

A quarta fase tem origem a partir dos anos 1970 e busca por uma despatologização radical do transexualismo tendo como ideia central que a identidade sexual é em si vista como um preconceito e limita a liberdade individual. Castel (2001, p. 81) afirma que “a rejeição da psicanálise atinge então um tal grau que mesmo a ideia de uma solução psicoterapêutica do transexualismo não está longe de passar por uma fraude ou por um assassinato da liberdade”.

A conquista da despatologização da transexualidade ocorre efetivamente em 2019, oficializada pela 72ª Assembleia Mundial de Saúde que alterou a classificação estatística internacional de doenças e problemas de saúde (CID), em que a Organização Mundial de Saúde (OMS) deixa de reconhecê-la como transtorno mental e passa a integrá-la como categoria de “condições relacionadas à saúde sexual”, passando a ser classificada como “incongruência de gênero” (Conselho Federal de Psicologia, 2019). Segundo Neves (2022) “na prática, isso significa que transexuais passam a ser reconhecidos como indivíduos que podem necessitar de cuidados médicos, especialmente durante um processo de transição de gênero e não mais como pessoas que precisam de tratamento psiquiátrico”.

Uma compreensão da construção de identidade que transcende a condição biológica original do indivíduo permitiu que pessoas, mesmo sem se submeterem a procedimentos cirúrgicos de redesignação de sexo, sejam reconhecidas e vivam de acordo com sua identidade de gênero. Nesse sentido, o termo "Transgênero" é um termo mais amplo que abrange todas as pessoas cuja identidade de gênero difere do sexo que lhes foi atribuído ao nascimento. O STF, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4275 garantiu aos transgêneros que assim o desejarem, independentemente da realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil.

Partindo de uma visão crítica sobre a nova concepção da transexualidade e do transgenerismo, observa-se profundas alterações na forma como se desenvolve as percepções e definições de gênero. A definição e a interpretação de conceitos não são neutras, mas carregadas de implicações políticas e ideológicas. Isso significa que, ao definirmos um conceito, estamos, de alguma forma, influenciando a maneira como as pessoas percebem e discutem determinado assunto, frequentemente em alinhamento com visões ou agendas políticas específicas. Conforme apontado pela historiadora Roudinesco (2021, p.36-37):

O termo “transgênero” suplantou o termo “transexual”, a questão da “fluidez” na designação da diferença entre os sexos não pode mais ser colocada do mesmo modo. Se é possível ser ao mesmo tempo homem e mulher, por podermos escolher livremente ser “generificado”, fora de qualquer referência biológica e de maneira arbitrária, então é possível fazer desaparecer a própria ideia de escolha, expondo o corpo sob todas as suas formas, como se a ausência de referência à anatomia tivesse de ser contrabalançada por uma exibição estética que apaga a diferença sexual ao mesmo tempo que a reivindica.

## 2.5 AS TEORIAS DE IDENTIDADE DE GÊNERO: “A SUPERAÇÃO DO SEXO BIOLÓGICO” E A LIBERDADE DE AUTOIDENTIFICAÇÃO

Roudinesco (2021, p. 8) esclare que a teoria de gênero deixou de ser um instrumento conceitual voltado para explicar uma abordagem emancipadora da história das mulheres, como era até o ano 2000 e passou a ser utilizada para reforçar uma ideologia normativa de pertencimento na vida social e política, ao ponto de dissolver as fronteiras entre sexo e gênero.

A identidade sexual, que se associa às diferenças biológicas, passa a ser substituída pela identidade de gênero, que é baseada na percepção e construção social do feminino e do masculino. Este deslocamento sugere que as diferenças biológicas são consideradas menos importantes, ignorando o fato de que essas diferenças ainda são fatores relevantes para a discriminação entre os sexos.

Segundo Jeffrey (2014) apud Dornelles (2020, p.19) as mulheres não tem sido convidadas a discutir as mudanças trazidas pela aceitação da agenda de reivindicações do movimento transgênero. Isso revela como a opinião das mulheres sobre a possibilidade de homens serem reconhecidos como mulheres não tem sido relevante. Para a autora, as mulheres seriam o "referencial ausente" da equação.

Essa mudança nos conceitos, conforme explicado por Aguilar e Gonçalves é impulsionada pelo pensamento pós-estruturalista que apresenta novas possibilidades de compreensão da realidade e promove a desconstrução do que se compreende como pensamento hegemônico, que são conceitos considerados como verdades absolutas e centrais, que se refere às ideias, valores e crenças que são amplamente aceitos e dominantes dentro de uma determinada sociedade ou grupo social. Essas ideias hegemônicas não apenas prevalecem, mas também exercem influência significativa sobre as normas, práticas e instituições da sociedade. Em termos gerais, o conceito de hegemonia foi desenvolvido pelo filósofo italiano Antônio Gramsci e abrange não apenas o controle político e econômico, mas também a disseminação de uma visão de mundo que legitima e naturaliza as relações de poder existentes. Segundo as autoras, o pensamento pós estruturalista tem impactado significativamente os estudos de gênero (2017, p. 36):

[...]explicar as relações de dominação existentes na sociedade, cuja dominação vai além do aspecto econômico, incluindo questões étnico-raciais, de gênero e de sexualidade. Assim, nas diversas formas de dominação, um determinado grupo social é visto como hegemônico, o qual estabelece relações de poder a outros grupos que são vistos socialmente como subordinados.

Dentro da corrente pós-estruturalista, Faustini, Castro e Vieira (2021), explicam que surge o que alguns autores definem como quarta onda do feminismo, conhecido como feminismo pós-estruturalista que tem promovido uma abordagem crítica das estruturas de poder e das normas de gênero. É crucial notar que a reformulação desses conceitos transforma profundamente a maneira como a realidade é percebida e discutida, resultando em significativos impactos culturais, sociais, políticos e jurídicos. As autoras explicam:

O feminismo pós-estruturalista parte de uma concepção ontológica do “gênero” como socialmente construído e reproduzido por meio da prática discursiva e das relações de poder. Diferentemente da visão construtivista, que entende sexo enquanto uma categoria biológica e o gênero enquanto uma construção social, autoras do feminismo pós-estrutural, como Judith Butler (2019) e Laura Shepherd (2010; 2013), consideram que o sexo biológico é produto dos entendimentos e ideias construídas sobre gênero e que não existem características essenciais ou inerentes a nenhuma categoria de análise (SCOTT, 2010). Em outras palavras: “o corpo sexuado é tanto um produto de

discursos sobre gênero quanto os discursos sobre gênero são um produto do corpo sexuado” (SHEPHERD, 2010, p. 8, tradução própria).

Na década de 1990, a filósofa Judith Butler publicou o livro "*Gênero em Disputa: o feminismo e a subversão da identidade*," que impactou significativamente o mundo acadêmico. Sua obra promoveu uma nova compreensão das categorias de gênero e sexo, sugerindo que ambos são produtos de entendimentos, ideias e comportamentos que resultam de construções sociais. Dentro dessa perspectiva Faustini, Castro e Vieira (2021) explicam:

Maria Stern (2016) assinala que a base do feminismo pós-estrutural está em colocar em xeque as categorias binárias de gênero responsáveis por dividir os indivíduos entre ‘masculino’ e ‘feminino’, investigando como essas categorias interferem no processo de subjetivação, ou seja, no “processo pelo qual os indivíduos são produzidos enquanto sujeitos específicos por meio do funcionamento do poder”. Para isso, o conceito de performatividade, conforme desenvolvido por Butler (2018) e utilizado pelas teóricas feministas pós-estruturalistas, ganha importância nas análises. As identidades e as expressões de gênero são formadas pela repetição de signos, atos e gestos que são tanto intencionais quanto performativos, e que ao mesmo tempo em que produzem, também reiteram os significados e a construção dos corpos. Desse modo, para sermos reconhecidos pelos outros e por nós mesmos, nosso gênero deve ser expresso dentro de limites históricos e culturais específicos, sendo, no entanto, justamente nessa performance que está o espaço para a agência e para a transgressão.

O discurso pós-estruturalista considera os indivíduos em suas múltiplas inserções na realidade, entendendo a identidade como resultado de diversos estímulos. Essa perspectiva sugere que, em vez de descrevermos o mundo, nós o criamos por meio da linguagem possibilitando que o gênero seja visto como uma performance expressa através do discurso. O reconhecimento das múltiplas identidades requer a validação de sua existência, e a possibilidade de autoidentificação de gênero vem sendo institucionalmente reconhecida no âmbito jurídico, sob o argumento de proteção dos direitos de personalidade como dimensão essencial da dignidade da pessoa humana. O gênero passa a ser compreendido como um guarda-chuva que abrange as diversas formas de existir no mundo, o que se revela na pluralidade do movimento LGBTQPIAN+.

## 2.6 TEORIAS CRÍTICAS AO FENÔMENO DA AUTOIDENTIFICAÇÃO

Harrys (2011) apud Dornelles (2020), explica que parte do “movimento feminista aceita e considera o movimento transativista como um aliado na luta pelo reconhecimento dos direitos das minorias, da liberdade sexual e na luta contra a opressão de gênero”. No entanto, essa perspectiva não é unânime e existem várias teóricas feministas, intituladas como feministas radicais que fazem sérias críticas ao fenômeno do transgenerismo.

Segundo Dornelles (2020, p. 63) existe uma face do movimento que considera a transgeneridade como uma contradição aos fundamentos da luta feminista e faz um alerta aos riscos que a agenda de reivindicações transativistas expõe à segurança de mulheres, especialmente das mulheres lésbicas e de seus direitos conquistados historicamente. A autora cita as principais autoras da literatura crítica ao transgenerismo: Janice Raymond (1979) e Sheila Jeffreys (2014).

A obra de Janice Raymond publicada em 1979 “*Transsexual Empire: The making of the She-Male*”, apud Dornelles, (2020), denuncia o contexto social e político que ajudou no processo de disseminação da medicalização do transtorno de identidade de gênero pelo setor médico-farmacêutico e reage contra o que ela considera como o “reforço do mito patriarcal que esteriotipa e deseja controlar o corpo feminino”.

Raymond apud Dornelles (2020, p.64) “afirma que o transexualismo é originado, incentivado e institucionalizado pelos homens para seu próprio benefício” e mesmo com o reconhecimento da existência de transhomens (mulheres biológicas que se identificam com o gênero masculino), o transexualismo feminino é a zona de amortecimento que pode ser usada para promover o argumento universalista de que o transexualismo é um suposto problema humano, que não se limita exclusivamente aos homens (RAYMOND, 1979, p. 14).

Dornelles explica que de modo geral as feministas radicais acreditam que a masculinidade e a feminilidade são construções sociais esteriotipadas do comportamento impostos aos corpos masculino e feminino, mas isso não significa que é colocado em segundo plano a realidade biológica. Segundo Raymond apud Dornelles (2020, p.64), cirurgias ou hormônios agem apenas feminizando homens ou masculinizando mulheres e de forma bastante radical afirma que o transgenerismo, na verdade é uma falsa rebelião que faz uma redução a resistência de gênero a vestuários, hormônios, cirurgia e postura, tudo menos a verdadeira igualdade sexual (RAYMOND, 1995, p. 34).

A Women's Human Rights Campaign (Campanha pelos Direitos Humanos das Mulheres) na requisição elaborada para que o Ministério Público Federal atuasse em defesa dos direitos de meninas e mulheres no contexto da ADPF Nº 527, esclarece que nos últimos anos, em diversos países, os direitos de meninas e mulheres foram progressivamente limitados em nome do “direito à identidade de gênero”. Ao examinar como isso ocorreu em diferentes locais verificou-se que a implementação dessas políticas foi bastante similar em países como Brasil, Estados Unidos, Canadá, Reino Unido, Itália, Espanha, Argentina, Chile, Austrália, Índia e Congo. Esse processo foi iniciado por organizações internacionais e locais que utilizam siglas como “LGBT”, “LGBTI”, “LGBTQ”, “LGBTQIA+” ou se focam na letra “T”. Diferente

do grupo “LGB” (lésbicas, gays e bissexuais), que reivindica direitos baseados na orientação sexual e reconhece a realidade do sexo biológico, a inclusão do “T” redefine legalmente o conceito de sexo, neutralizando o direito à orientação sexual de todos, inclusive heterossexuais.

O “T” também se camufla sob a defesa dos direitos à saúde de pessoas intersexo (uma categoria biológica, não identitária), à igualdade racial e até aos direitos das mulheres, inserindo-se em expressões como “igualdade de gênero” e “equidade de gênero”. Essa vinculação levou as autoridades a acreditar que a sigla “LGBTQIA+” e os “direitos trans” fossem uma continuação dos direitos já reconhecidos, quando na verdade esses grupos nunca exigiram a redefinição do conceito material de homem e mulher.

Enquanto a orientação sexual é uma realidade vivida por todos os seres humanos, a “identidade de gênero” é uma hipótese criada inicialmente por médicos para explicar a confusão, sofrimento ou rejeição que alguns pacientes sentiam em relação à sua realidade biológica. O direito a autoidentificação de gênero vem sendo reforçado por meio de normas, elaboração de políticas públicas e decisões judiciais que hipervalorizam a dimensão subjetiva e suprimem do debate a dimensão biológica e os impactos das diferenças sexuais entre homens e mulheres. Essa supressão se revela em algumas decisões, como por exemplo a proferida pela Ministra aposentada do Supremo Tribunal Federal Rosa Weber, na Ação Direta de Constitucionalidade 4275 que argumenta: “A sexualidade não pode ser mais compreendida, no estágio atual evolutivo cultural da sociedade e de seus valores, apenas no seu aspecto anatômico-biológico, mas, antes, a partir do aspecto psicossocial”.

## **CAPÍTULO 3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A ANÁLISE DA ADOÇÃO DO CRITÉRIO DE AUTOIDENTIFICAÇÃO DE GÊNERO EM DECISÕES DO STF**

### **3.1 ASPECTOS INICIAIS SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO STF**

O Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo, Leonardo André Paixão em sua tese “*A função política do Supremo Tribunal Federal*” (2006, p.4) explica que a função política do Estado refere-se à atividade exercida pelos órgãos estabelecidos pela Constituição dentro de suas competências, com o objetivo de preservar a sociedade política e promover o bem comum. Diversos órgãos e poderes desempenham essa função, incluindo os tribunais constitucionais, que no Brasil tem a atribuição de realizar a interpretação das normas constitucionais exercendo uma função política-jurídica principalmente em quatro áreas principais: separação de poderes, federalismo, direitos fundamentais e funcionamento das instituições democráticas.

Segundo Saleme (2022, p. 208), o princípio da supremacia constitucional, conforme exposto por Palu, constitui a base fundamental sobre a qual se estrutura o direito público moderno. As normas constitucionais ocupam um nível superior em relação às demais normas jurídicas. O autor ao citar Bathélemy, explica que essa supremacia é uma característica comum a todas as constituições, sejam elas rígidas ou flexíveis, escritas ou baseadas em costumes. Como salientado pelo Ministro do STF Luís Roberto Barroso, a "rigidez constitucional é também uma premissa para o controle" das normas. A superioridade constitucional resulta do estabelecimento de um processo mais rigoroso e solene para a criação dessas normas. Sem esse processo distinto, não haveria uma diferença formal entre normas constitucionais e normas infraconstitucionais.

Conforme explicado por Motta (2020, p. 837), o parâmetro para realização do controle da constitucionalidade brasileiro abrange as normas constitucionais originárias, as emendas de revisão e constitucionais, as normas do texto constitucional transitório e os tratados internacionais de direitos humanos aprovados com quórum qualificado nos termos do art. 5º, § 3º, da CF/88. Segundo o constitucionalista, alguns autores também admitem que princípios implícitos constitucionais possam servir de parâmetro para efeito de controle de constitucionalidade.

O Supremo Tribunal Federal realiza o controle de constitucionalidade por duas vias: a concentrada (que é de competência exclusiva da Suprema Corte) e a difusa. A Constituição

Federal de 1988 estabeleceu cinco tipos de controle constitucional concentrado, conforme disposto nos art. 36, inciso III, art 102, inciso I, alínea “a” e §1º e no art. 103, §2º. Conforme explanado por Motta (2020, p. 867) são: A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) que busca a declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Constituição, a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) que visa a confirmação da constitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) destina-se a evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) busca sanar a omissão do Poder Público em regulamentar normas constitucionais. Já a representação de inconstitucionalidade interventiva (ADI Interventiva) é utilizada para solicitar a intervenção da União nos Estados ou no Distrito Federal. A Lei nº 9.868/99 regula as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) e as Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC), enquanto a Lei nº 9.882/99 trata especificamente das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

O controle difuso de constitucionalidade realizado pelo STF ocorre em um contexto de controle concreto, ou seja, quando a Suprema Corte decide sobre a constitucionalidade de normas dentro do julgamento de um caso específico por meio do Recurso Extraordinário (RE). Conforme explicado por Ribeiro (2023, p. 657) o RE é cabível nas situações previstas pelo artigo 102, inciso III, alíneas "a", "b" e "c", da CF/88. Essas hipóteses são: decisões que contrariem diretamente dispositivos da Constituição, que declare a inconstitucionalidade de tratados ou leis federais, e aquelas que considerem válida uma lei ou ato de governo local contestado com base na Constituição Federal. A inconstitucionalidade deve ser direta e não reflexa, não sendo admissível este tipo de recurso para combater decisões em que a demonstração da violação perpassa por violação de norma infraconstitucional. Nesse sentido o STF editou a Súmula 636 que dispõe que “não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida”. Quando for verificada inconstitucionalidade reflexa o art. 1.033 do Código de Processo Civil, estabelece a possibilidade de encaminhamento do recurso ao STJ, conforme abaixo:

“Art. 1.033 Se o Supremo Tribunal Federal considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação de lei federal ou de tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial.”

### 3.1.1 Os tipos de controle de constitucionalidade concentrado

A legitimidade ativa para propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, Ação Direta de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental está prevista no art. 103, incisos I ao IX, da Constituição Federal de 1988 que estabelece:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Conforme explicado por Motta (2020, p.877) os legitimados ativos constantes do art. 103, incisos I a VII, são dotados de capacidade postulatória, não sendo necessário que a petição inicial seja subscrita por advogado regularmente inscrito na OAB. Já os legitimados inseridos no art. 103, incisos VIII e IX, são desprovidos de capacidade postulatória, sendo requisito de admissibilidade da petição inicial a presença de advogado.

O Constitucionalista Paulo Hamilton Siqueira Jr. (2023) ao explicar os tipos de controle de constitucionalidade esclarece que a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) tem como finalidade a exclusão de leis ou atos normativos inconstitucionais do sistema jurídico, com foco na validade da norma em questão. O objetivo principal da ADI é a declaração de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos federais ou estaduais que contrariem a Constituição Federal. Além disso, a ADI pode ser utilizada para questionar atos normativos distritais, visto que o Distrito Federal exerce competências equivalentes às dos Estados-membros, conforme o artigo 32, § 1º, da Constituição Federal quando estes exercem competência estadual.

A Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) tem o propósito de afirmar a conformidade constitucional de uma lei ou ato normativo federal quando há dúvidas sobre sua validade, assegurando, dessa forma, a segurança jurídica. Segundo Alexandre de Moraes, a ADC é um processo objetivo que tem a finalidade de esclarecer e validar a constitucionalidade de uma norma, eliminando incertezas quanto à sua compatibilidade com a Constituição. Esta ação é projetada para proporcionar estabilidade e previsibilidade jurídica ao confirmar a

conformidade das leis ou atos normativos. Quanto aos efeitos, tanto a ADI quanto a ADC são julgadas procedentes ou improcedentes tem como regra geral, efeito *ex-tunc* e *erga omnes*, que ocorrerá no momento que a decisão for proferida. O efeito vinculante se estende ao Poder Executivo e demais órgãos do Poder judiciário.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade interventiva, cuja legitimidade ativa é exclusiva do Procurador- Geral da República, conforme explica Siqueira Jr. (2023, p. 317) “tem por finalidade a declaração da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual contrário aos princípios elencados no art. 34, VII, do texto constitucional, e a conseqüente intervenção federal no Estado ou Distrito Federal, objetivando restabelecer a ordem constitucional na unidade federativa”.

Já a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) é um instrumento de controle concentrado de constitucionalidade que tem como objeto evitar lesão ou ameaça de lesão a preceito fundamental, resultante de ato de Poder Público, conforme disposto no art. 1º da Lei 9.882, que disciplina o art. 102, § 2º do CF/88. O artigo “*Apontamentos sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*”, do Procurador da República Daniel Sarmento explica que existem duas modalidades de ADPF. Para Sarmento, (2001, p. 97):

A arguição autônoma constitui típica hipótese de processo objetivo, vocacionada ao controle abstrato de constitucionalidade, à semelhança da ADIN, da Ação Declaratória de Constitucionalidade e da ADIN por Omissão. Ela deve ser utilizada exatamente nas hipóteses em que estas outras ações constitucionais não forem cabíveis, ou não se revelarem idôneas para afastar ou impedir a lesão à preceito fundamental da Constituição, consoante o disposto no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99. [...]  
Já a Arguição Incidental, cuja existência infere-se da leitura de diversos dispositivos esparramados assistematicamente pelo corpo da lei, como o art. 5º, § 3º, e o 6º, § 1º, representa um mecanismo destinado a provocar a apreciação do Supremo Tribunal Federal sobre controvérsia constitucional relevante, que esteja sendo discutida em processo submetido a qualquer juízo ou tribunal, quando inexistir outro meio idôneo para sanar a lesividade ao preceito fundamental.

No que se refere ao conceito de "preceito fundamental", Neto (2013, p. 102), esclarece que alguns compreendem como sinônimo de direitos e garantias fundamentais, além dos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil. No entanto, há quem discorde dessa visão. Sarmento apud Neto (2013), por sua vez, propõe que o preceito fundamental seja visto como um conceito jurídico indeterminado. Ele argumenta que o legislador foi prudente ao não definir de maneira exata quais dispositivos constitucionais são considerados preceitos fundamentais. Ao adotar um conceito jurídico indeterminado, a lei proporciona maior flexibilidade à jurisprudência, permitindo que esta se adapte com mais facilidade às mudanças

na realidade e à interpretação evolutiva da Constituição. Segundo Sarmiento, o STF tem a responsabilidade de definir este conceito, sempre levando em conta os valores subjacentes ao ordenamento constitucional.

Quanto aos efeitos da decisão, a ADPF terá eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes aos demais órgãos do Poder Público, mas o STF por maioria de dois terços de seus membros, poderá, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

### 3.1.2 O controle difuso de constitucionalidade no STF: o Recurso Extraordinário

O controle de constitucionalidade difuso é caracterizado pela possibilidade de qualquer juiz ou tribunal identificar a inconstitucionalidade de uma norma ao analisar um caso concreto. Nesse modelo, a inconstitucionalidade não é o foco principal da ação que é arguido incidentalmente durante o julgamento do mérito. A declaração de inconstitucionalidade ocorre quando esta se demonstra essencial para a resolução do caso específico, ou seja, a análise da constitucionalidade é uma condição para decidir a relação jurídica principal da ação (SIQUEIRA JR, 2017, p. 150).

O Supremo Tribunal Federal exerce o controle difuso de constitucionalidade por meio do Recurso Extraordinário, que é um instrumento de direito processual constitucional utilizado para a provocação da jurisdição constitucional em casos concretos (2017, p. 185). A Emenda Constitucional nº 45/2004 introduziu o § 3º ao art. 102, III, da Constituição Federal, estabelecendo que no recurso extraordinário o recorrente deve demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas, conforme estipulado por lei. Esse critério de admissibilidade tem como efeito uma redução significativa nos números de Recursos Extraordinários que chegam ao STF. A ausência de repercussão geral resulta em um juízo negativo de admissibilidade, que deve ser confirmado por, no mínimo, oito Ministros do STF.

A repercussão geral é definida como a importância de questões que vão além dos interesses das partes envolvidas no litígio, conforme disposto no art. 1.035, § 1º: que estabelece:

Art. 1.035, § 1º para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos do processo”.

Ribeiro (2023, p. 658) explica que a análise da repercussão geral é responsabilidade exclusiva do Ministro relator, que pode permitir a participação de terceiros, conforme previsto no regimento interno do STF. Uma vez reconhecida a repercussão geral, o relator suspende o andamento de todos os processos semelhantes em trâmite no território nacional. O recorrente será intimado a se manifestar sobre o requerimento no prazo de cinco dias, podendo interpor agravo interno contra a decisão que rejeitar o pedido ou contra o entendimento firmado sobre a repercussão geral.

Se o STF negar a repercussão geral, todos os recursos extraordinários sobrestados na instância ordinária que tratem da mesma matéria serão negados. Se a repercussão for reconhecida, o recurso deve ser julgado em até um ano, com preferência sobre outros feitos, exceto em casos envolvendo réus presos ou habeas corpus. A decisão sobre a repercussão geral será registrada em ata e publicada no Diário Oficial como um acórdão. Caso esse acórdão seja desrespeitado pelas instâncias inferiores após o esgotamento das vias recursais ordinárias, poderá ser apresentada uma reclamação, conforme previsto no art. 988, § 5º, do CPC.

## 3.2 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 527 E A TRANSFERÊNCIA DE TRANSEXUAIS E TRAVESTIS AOS PRESÍDIOS FEMININOS

### 3.2.1 Aspectos iniciais sobre o cabimento da ADPF

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 527 foi ajuizada em 13 de junho de 2018 pela Associação Brasileira De Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, organização da sociedade civil sem fins lucrativos que representa nacionalmente a população LGBTQPIAN+ fundada em 31 de janeiro de 1995.

Para que entidades de classe possam propor ações de controle concentrado é necessário cumprir os requisitos de legitimidade ativa, que são: (i) atuação no âmbito nacional, nos termos art. 103, IX, da Constituição Federal c/c art. 2º, I, da Lei nº. 9.882, de 3 de dezembro de 1999, e (ii) demonstração da pertinência temática entre o objeto da ação e os objetivos da instituição, que ficou evidente no Estatuto Social da ALGBT, conforme disposto no art. 5º (2018, p.6):

Art. 5º Constitui finalidade precípua da ABGLT: ser um instrumento de expressão da luta 1) pela conquista dos direitos humanos plenos para todas as pessoas, inclusive aqueles relativos a sua orientação sexual ou identidade de gênero, sendo tais pessoas doravante denominadas lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, e 2) contra quaisquer formas de preconceito e discriminação aos indivíduos acima citados, sejam elas individuais ou coletivas e de natureza social, política, jurídica, religiosa, cultural ou econômica, entre outras.

Foram expostos no requerimento da ADPF a) relevante fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal; b) ameaça e violação a preceito fundamental; c) ato do Poder Público capaz de provocar a lesão; d) inexistência de qualquer outro meio capaz de sanar a lesividade. O objeto da controvérsia foi a aplicação dos artigos 3º, § 1º, § 2º, e 4º, parágrafo único, da Resolução Conjunta nº. 1 da Presidência da República e do Conselho Nacional de Combate à Discriminação, de 15 de abril de 2014 que estabeleceu parâmetros de acolhimento do público LGBT submetidos à privação de liberdade nos estabelecimentos prisionais brasileiros<sup>4</sup>.

Inicialmente foi pedido que “as custodiadas transexuais e travestis pudessem cumprir pena em estabelecimento prisional compatível com o gênero feminino”. Posteriormente, em 26 de junho de 2018, a petição inicial foi aditada, sob o argumento que a formulação proposta não se mostrava a mais adequada a resguardar e promover os direitos das travestis, identificadas socialmente com o gênero feminino, considerando que a alocação destas em prisões femininas, poderia ter o condão de vulnerar, sob outra roupagem e perspectiva, os direitos das travestis no cumprimento de pena nos estabelecimentos prisionais brasileiros. Nesse sentido, solicitou que as travestis pudessem escolher cumprir pena nas prisões femininas ou masculinas conforme disposto no trecho abaixo:

I – As custodiadas transexuais do gênero feminino somente poderão cumprir pena em estabelecimento prisional compatível com o gênero feminino; e II – As custodiadas travestis, identificadas socialmente com o gênero feminino, poderão optar por cumprir pena em estabelecimento prisional do gênero feminino ou masculino.

A resolução estabeleceu que nas unidades prisionais masculinas fossem providenciados espaços de convivência específicos para travestis e gays que estivessem detidos, considerando o risco que estão expostos. Estes espaços específicos não deveriam ser utilizados para a aplicação de medidas disciplinares ou qualquer tipo de método coercitivo e ainda, que a transferência de um preso para o espaço de convivência específico dependeria de manifestação expressa de vontade.

“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.

---

<sup>4</sup> A resolução suprimiu a lacuna da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210 de 1984) que não indicava nenhum procedimento especial voltado para as especificidades e vulnerabilidades da população LGBT.

§2º - A transferência da pessoa presa para o espaço de vivência específico ficará condicionada à sua expressa manifestação de vontade.

O art. 4º, determinou que transexuais masculinas e femininas deveriam ser encaminhadas para as unidades prisionais femininas e que fossem garantidos às transexuais femininas tratamento isonômico ao das demais mulheres em privação de liberdade.

Os atos do poder público que consubstanciaram a lesão a preceitos fundamentais foram atos de natureza judicial, que mantiveram custodiadas, travestis e transexuais, em estabelecimentos prisionais incompatíveis com o gênero feminino. Os preceitos ameaçados e violados foram: a dignidade da pessoa humana contida o art. 1º, III; a proibição ao tratamento degradante ou desumano contido no 5º, III; e o direito à saúde contido no art. 196; todos da Constituição Federal.

Foram apresentadas duas decisões que demonstraram a controvérsia: uma concedendo a transferência de travestis para presídios femininos e outra negando. Uma dessas decisões foi prolatada em 2018 pelo Ministro do STF Luís Roberto Barroso no Habeas Corpus nº. 152.491 – SP, impetrado por Pedro Henrique Oliveira Polo, cujo nome social é Laís Fernanda, travesti, que se encontrava presa em unidade prisional masculina. O HC foi negado por irregularidades processuais, no entanto foi concedido de ofício que o impetrante e outro transgênero que era corréu, Luiz Paulo Porto Ferreira (nome social Maria Eduarda Linhares) cumprissem a pena em prisão de mulheres. Na decisão que concedeu a ordem de ofício constava que “o paciente e o corréu foram incluídos em estabelecimento prisional incompatível com as respectivas orientações sexuais” fato que “autoriza a concessão da ordem de ofício, na linha da Resolução Conjunta nº. 1, de 15.04.2014; e da Resolução SAP nº. 11, de 30.01.2014, do Estado de São Paulo”. É importante ressaltar a confusão expressa na decisão considerando que a orientação sexual não corresponde a identidade de gênero. A primeira se refere as escolhas afetivas e sexuais do indivíduo enquanto a segunda, se refere aos aspectos psicossociais.

Habeas Corpus nº. 152.491 – SP, assim ementada: EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. EXTORSÃO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. REGIME INICIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. 1. Não cabe habeas corpus em substituição ao recurso ordinário constitucional. 2. A fundada probabilidade de reiteração criminosa e a gravidade em concreto do crime justificam a decretação da custódia cautelar para a garantia da ordem pública. 3. Acarreta indevida supressão de instância a análise de matéria que não foi submetida a exame da autoridade impetrada. 4. A notícia de que a parte acionante está recolhida em estabelecimento prisional incompatível com a sua orientação sexual autoriza a concessão da ordem de ofício. 5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício.

A decisão que denegou a transferência foi proferida pela Juíza de Direito, Leila Cury em 15 de março de 2018, da Vara de Execução Penal do Distrito Federal no Habeas Corpus nº 00022531720188070015, onde foi solicitado que as travestis Cinthia Dutra Bezerra, Thais Bulgari, Brenda Juliana Neves de Souza, Adriana Rodrigues Natal, Rayssa Rodrigues Catanhede, Dricka Gomes de Araujo, Leticia Oliveira Santos, Carolina Ferreira Gonçalves, Lohanny Pinto Castro, Jessica Silva e Aline Santos Viana, sob o argumento de que, a permanência na unidade prisional masculina que estavam alocadas, não lhes preserva, por inteiro, a dignidade inerente às suas identidades de gênero. O entendimento do Juízo *a quo*, foi que a decisão do Ministro Roberto Barroso, proferida nos autos do Habeas Corpus nº 152.491/SP, não possuía efeitos *erga omnes*, ou seja, não vinculava as demais decisões de outros juízes e tribunais e se baseou nos seguintes fundamentos:

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

Em relação à inexistência de outro meio capaz de sanar a lesividade foi discutido que embora fosse viável a especulação que argumentam existir outros instrumentos capazes de corrigir os efeitos prejudiciais de quaisquer atos judiciais, nenhum deles tem eficácia *erga omnes* como a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Foi apresentado a posição do Ministro do STF Gilmar Mendes acerca da inadmissão da utilização da ADPF em razão da existência de processos ordinários e recursos extraordinários que explicou (MENDES apud ALGBT, 2020, p. 19):

Não se pode admitir que a existência de processos ordinários e recursos extraordinários deva excluir, a priori, a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Até porque, tal como assinalado, o instituto assume, entre nós, feição marcadamente objetiva. Nessas hipóteses, ante à inexistência de processo de índole objetiva apto a solver, de uma vez por todas, a controvérsia constitucional, afigura-se integralmente aplicável a arguição de descumprimento de preceito fundamental. É que as ações originárias e o próprio recurso extraordinário não

parecem capazes, a mais das vezes, de resolver a controvérsia constitucional de forma geral, definitiva e imediata. A necessidade de interposição de uma pletera de recursos extraordinários idênticos poderá, em verdade, constituir-se em ameaça ao livre funcionamento do Supremo Tribunal Federal.

Sobre as ameaças e violação de preceitos fundamentais, foram aludidos a (i) dignidade humana, (ii) proibição de tratamento degradante e (iii) o direito à saúde. A violação da dignidade humana das travestis e transexuais custodiadas pelo Estado em estabelecimento prisional incompatível com o gênero feminino se revela por exemplo, no desrespeito à integridade física, moral, honra, vida, e, sobretudo, no impedimento de expressar sua sexualidade e o seu gênero. A petição inicial narra a situação de vulnerabilidade em que uma travesti se encontrava conforme exposto nos autos do HC nº 152.491(ALGBT, 2018, p. 24):

Pede-se licença à Vossa Excelência para destacar, por exemplo, a situação fática narrada nos autos do Habeas Corpus nº 152.491, em que a travesti paciente compartilhava cela com mais de 31 (trinta e um) homens, cuja cela tinha capacidade de comportar 12 (doze) pessoas, “sofrendo todo o tipo de influências psicológicas e corporais”. - Portanto, são essas influências psicológicas e físicas, a que as transexuais e travestis estão expostas, que afrontam a dignidade humana, porquanto todo o núcleo fundamental de proteção, que materializa o ideal de dignidade humana, consagrado pela Constituição Federal, é fragilizado ao submetê-las às inúmeras mazelas contidas no ambiente prisional do gênero masculino.

A violação da proibição ao tratamento degradante ou desumano foi aduzido nos mesmos termos da violação da dignidade humana considerando que a primeira decorre da segunda e além da tortura, as transexuais e travestis sofrem assédio moral e sexual nos estabelecimentos prisionais masculinos. Sobre a violação do direito à saúde foi sustentado que este é demonstrado pelas condições precárias que as transexuais e travestis são submetidas, que impedem a plenitude da qualidade de vida das custodiadas e, com isso, tornam sua saúde excessivamente penosa e precária, como por exemplo a falta de acesso a hormônios femininos, o abuso psicológico, o não reconhecimento pelo nome social, a transfobia, abuso sexual cometido por outros detentos, além de outras violências físicas.

O pedido da ALGBT foi no sentido que as decisões judiciais observassem a Resolução Conjunta nº 1 considerando que esta teve como fundamento diversos instrumentos legais, inclusive no âmbito internacional como: a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, o Protocolo Facultativo da Convenção Contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos, as Regras das Nações Unidas para o Tratamento de

Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras, além dos Princípios de Yogyakarta.

Também foi solicitada medida liminar para que transexuais femininas fossem transferidas para estabelecimentos prisionais compatíveis com o gênero feminino e para que as travestis pudessem optar pelo local do cumprimento de pena, considerando que diante das circunstâncias narradas ficou evidenciado o *periculum in mora* e o *fumus boni Iuris*.

### 3.2.2 Os fundamentos da decisão monocrática que conheceu a ADPF 527

O ministro do STF Luís Roberto Barro, foi designado como relator e em 29 de junho de 2018 apresentou seu relatório. Primeiramente, reconheceu a legitimidade ativa da ALGBT para a propositura da ADPF, considerando que ficou demonstrado que a entidade possui atuação no âmbito nacional, nos termos art. 103, IX, da Constituição Federal c/c art. 2º, I, da Lei nº. 9.882, de 3 de dezembro de 1999, e pertinência temática com o objeto proposto. Nesse sentido, sobre a ampliação do rol de legitimados para a propositura de ações de controle concentrado, abordou a superação jurisprudencial do STF na interpretação restritiva que limitava a legitimidade às entidades de classe que representavam categorias econômicas e profissionais. Argumentou que tal limitação não corresponde à intenção da norma constitucional, que foi de permitir que a sociedade civil também possa acionar esse tipo de controle judicial.

No que tange a discussão dos direitos fundamentais por meio de outras vias processuais, mencionou sobre a possibilidade destas chegarem ao STF através de Recursos Extraordinários, no entanto, evidenciou a dificuldade de admissão destes recursos pela Suprema Corte e a pouca representatividade, como requerentes, de associações que atuam na proteção de direitos fundamentais. Com vistas a proteção desses direitos de modo mais célere por meio de decisões que produzam efeitos vinculantes, evidenciou que o controle de constitucionalidade concentrado é uma via essencial para que o STF atue de modo efetivo, reconhecendo legítimos os fundamentos da ADPF proposta pela ABLGT.

Sobre a necessidade de proteção da população de travestis e transexuais reconheceu as discriminações que esta parcela da população sofre, no entanto, apresentou em seu voto estatísticas questionáveis acerca da expectativa de vida destes transgêneros, conforme pode ser verificado no Relatório elaborado pela MATRIA - Mulheres Associadas, Mães e Trabalhadoras

do Brasil, que elaborou o estudo “*Referências falsas afirmações sobre a população autodeclarada trans no Brasil*” em 2024<sup>5</sup>. Segundo Barroso (STF, 2018 p. 14):

Nessa linha, é importante lembrar que a população de travestis e transexuais é uma das populações mais fortemente estigmatizadas na nossa realidade, vítima de graves violências. O Brasil é o país que mais mata transexuais no mundo, seguido pelo México, que apresenta, contudo, menos de 1/3 (um terço) dos nossos números de mortes[25]. No Brasil, o tempo médio de vida médio de um transexual é – pasme-se – de trinta e cinco anos[26]. Esses dados bastam para demonstrar quão imprescindível é possibilitar o acesso dessa população ao controle concentrado, uma vez que não há qualquer expectativa de que ela se faça ouvir no âmbito representativo.

Na conclusão determinou a intimação das autoridades que emanaram o ato normativo para que se manifestassem no prazo de cinco dias, que no caso foi o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP, responsável pela elaboração da Resolução Conjunta nº. 01 e sucessivamente, a oitava do Advogado-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República, no prazo de três dias além da intimação do Conselho Nacional de Justiça para manifestação.

Sobre a concessão da medida liminar reconheceu o *periculum in mora*, determinando que as transexuais femininas fossem transferidas para presídios femininos. Quanto a transferência de travestis antes da concessão da cautelar, recomendou a prévia oitiva das autoridades e solicitou informações acerca da população de travestis e transexuais encarcerados e do impacto de sua transferência sobre o sistema.

### 3.2.3 A posição da Procuradoria Geral da República na ADPF 527

A manifestação da Procuradoria-Geral da República por meio do parecer n.º 544 /2018 – SFCONST/PGR, reforçou as razões de mérito e os pedidos da ALGBT. Inicialmente reconheceu a legitimidade ativa da ALGBT para propositura da ação e quanto ao cabimento, esclareceu que o STF já reconheceu a ADPF como via adequada em contexto de prolação de

---

<sup>5</sup>Segundo o relatório da MATRIA, a maioria dos países não fornece dados de assassinatos de pessoas autodeclaradas trans, o que torna qualquer comparação com o Brasil inviável. Também alertou que não há dados oficiais governamentais sobre a população autodeclarada trans. A utilização do número absoluto de assassinatos relatados pela mídia não tem significado algum enquanto indicador de violência, que sempre deve levar em conta a população total do país em questão. Revelou que inexistente dado de expectativa de vida ao nascimento para pessoas autodeclaradas trans, pois o indicador só pode existir para características passíveis de serem acompanhadas do nascimento à morte além de terem sido utilizadas referências circulares em busca de legitimar uma informação para a qual não há fonte. (2024, p.5)

decisões judiciais contrárias à sua jurisprudência, conforme pode ser extraído na ADPF 33 de 2006 apud PGR (2019, p.14):

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

Reconhece os descumprimentos de preceitos fundamentais e alega que (PGR, 2018, p. 31) a manutenção de mulheres transexuais e de travestis identificadas socialmente com o gênero feminino em estabelecimentos prisionais masculinos viola diversos preceitos fundamentais previstos na Constituição Federal e em compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, em especial a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a não-discriminação, a saúde, a segurança pessoal e os direitos da personalidade que exigem o reconhecimento da identidade dos transgênero.

No sentido inclusive de combater esses tratamentos discriminatórios, a PGR compreende que é dever do Estado a adoção de políticas públicas sérias para eliminar ou, no mínimo, reduzir as violações da integridade e da dignidade dos transgêneros e que “a invocação seletiva de razões de Estado para negar especificamente a uma categoria de sujeitos o direito à integridade física e psíquica, à dignidade, bem como outros direitos da personalidade, não é compatível com o sentido e alcance do princípio da jurisdição”.

Ao longo da manifestação da PGR foram mencionados os Princípios de Yogyakarta. Estes princípios foram estabelecidos em um documento sobre direitos humanos nas áreas de orientação sexual e identidade de gênero, publicado em novembro de 2006 como resultado de uma reunião internacional de grupos de direitos humanos na cidade de Yogyakarta, na Indonésia e apresentado perante o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas em Genebra, em 26 de março de 2007. Um dos deveres dos Estados, conforme estabelecido nesta declaração é a implementação dos programas específicos voltados ao apoio social a todas as pessoas que estão em processo de transição ou mudança de gênero além da efetivação de medidas legislativas,

administrativas e de outras naturezas necessárias para respeitar plenamente e reconhecer legalmente a identidade de gênero autodefinida por cada pessoa.

Cumpra salientar que este instrumento, que vem sendo utilizado como fundamento normativo e tem orientado a consolidação jurisprudencial e legislativa no Brasil não passou por nenhum tipo de adoção formal no ordenamento jurídico pátrio não gozando de status de tratado internacional ainda que verse sobre direitos humanos. Como explicado por Dornelles (2020, p.40) “o documento não foi adotado como tratado pelos Estados e, portanto, não existe força vinculativa, mas é reivindicado como um avanço normativo que deve ser seguido”.

Foi trazido como precedente do reconhecimento legal do critério de autoidentificação de gênero, a jurisprudência firmada pelo STF na ADI 4275, que garantiu aos transgêneros que assim desejassem, independentemente da cirurgia de transgenitalização ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil. Para ser reconhecido de modo diverso do seu sexo biológico, basta que a pessoa se apresente como do sexo oposto (PGR, 2019, p. 18):

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

Reforçando a relevância da identidade de gênero, o parecer menciona o alemão Axel Honneth, responsável por desenvolver a “teoria do reconhecimento”. Segundo o filósofo (PGR, 2018, p. 20), o não reconhecimento da identidade de gênero resulta em dois tipos de violência: a física, que se revela no abuso físico que consiste no impedimento de alguém estar seguro no mundo e outras, que constituem violências “não-físicas” como (i) a exclusão de alguém de uma esfera de direitos, negando-lhe autonomia social e a possibilidade de interação, o que ele denomina ostracismo social, (ii) a negação de valor a uma forma de ser ou viver, que está na base de tratamentos degradantes e insultuosos a certas pessoas e grupos, promovendo o desrespeito por maneiras individuais ou coletivas de existir. Segundo a PGR (2018, p. 20):

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

O parecer menciona a Opinião Consultiva OC-24/7<sup>6</sup>, de 24 de novembro de 2017, solicitada pela República da Costa Rica à Corte Interamericana de Direitos Humanos, na qual se reconhece que a identidade das pessoas transexuais e travestis não depende de fatores objetivos, como caracteres físicos ou morfológicos, nem de qualquer cirurgia ou tratamento que ateste suas identidades. A transgeneridade (transexualidade e travestilidade) se dá prioritariamente na subjetividade. Segundo a OC-24/7 (PGR, 2019, p.30):

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

O parecer da PGR concorda com todos os pedidos da ALGBT e evidencia as razões para que seja concedida as medidas cautelares solicitadas na inicial demonstrando o perigo de dano e a probabilidade do direito alegando que a negativa da transferência de transexuais e travestis demonstram que a manutenção em estabelecimentos prisionais incompatíveis com a identidade de gênero revela a existência de um quadro de violação institucional e inconstitucional de direitos humanos das transgêneros femininas.

Na opinião da PGR, o exemplo fornecido pelo pronunciamento jurisdicional no HC nº 00022531720188070015<sup>7</sup>, ilustra como questões como a ausência de cirurgia de transgenitalização e o suposto risco à integridade física e sexual de mulheres cisgênero têm sido

<sup>6</sup>Este documento orientou a decisão vencedora da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4275, que garantiu às pessoas transgênero o direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil, por meio administrativo ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros. A decisão teve como fundamento o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade, permitindo que as pessoas transgênero comprovem sua identidade de gênero dissonante daquela designada ao nascer por meio de autoidentificação firmada em declaração escrita.

<sup>7</sup> A decisão proferida pelo Juízo de Execução Penal do Distrito Federal que negou a transferência de travestis ao presídio feminino, mencionada na petição inicial como exemplificativa da controvérsia discutida na ADPF 527.

utilizadas para justificar a negativa de alocação de travestis e mulheres transexuais em presídios femininos contradizendo entendimentos consolidados pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Reforça o entendimento que ambas as instâncias têm afirmado (PGR, 2018, p.32): “no sentido da impossibilidade de condicionar-se o reconhecimento da identidade transgênero a fatores objetivos externos à subjetividade da pessoa trans, bem como da vedação de tratamento discriminatório baseado na identidade de gênero”.

A PGR compreende que a recusa em alocar travestis e mulheres transexuais em presídios femininos, com base em critérios que não consideram sua identidade de gênero autodeclarada, explícita o tratamento discriminatório a essa população, violando normativas internacionais de direitos humanos e a jurisprudência nacional, tendo como base premissas meramente hipotéticas que não podiam prevalecer sobre os dados concretos acerca da violência física, sexual, moral e emocional enfrentada por travestis e transexuais mulheres em estabelecimentos prisionais incompatíveis com sua identidade de gênero.

### 3.2.4 LGBT nas prisões do Brasil: diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento" de 2020

O diagnóstico dos procedimentos institucionais e da experiência do encarceramento da população LGBT elaborado por consultoria contratada pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos em 2020 foi utilizado como um dos fundamentos do voto do relator na ADPF 527. O estudo foi realizado a partir da avaliação de 508 unidades prisionais entre masculinas, mistas e femininas, de um total de 1499 estabelecimentos prisionais no Brasil, segundo dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, até julho 2016, publicado pelo DEPEN (que corresponde a 33,8% das unidades prisionais brasileiras). Apenas 106 unidades, todas masculinas, indicaram que dispunham de espaço designado para realizar a custódia de homens biológicos homossexuais, bissexuais, travestis, transmulheres e, em muitos casos, e outros homens heterossexuais que mantêm relações afetivo-sexuais com essa população.

A metodologia adotada teve duas frentes analíticas, executadas simultaneamente, uma quantitativa por meio de questionário e outra qualitativa, realizadas presencialmente. As visitas técnicas ocorreram em 7 penitenciárias na Região Sul e Centro Oeste, 10 na região nordeste, 6

na Região Sudeste, 7 na Região Norte, totalizando 30 penitenciárias. Das penitenciárias visitadas apenas 3 eram femininas. O questionário foi dividido em 4 seções (2020, p.13):

A. IDENTIFICAÇÃO: A primeira seção tratou da identificação do estabelecimento prisional, bem como do agente responsável pelo preenchimento do mesmo.

B. ESTRUTURA: A segunda seção abordou o aspecto estrutural da prisão. Além de mapear a relação entre quantitativo de vagas e população carcerária, foram produzidos dados sobre como é feita a segmentação do espaço interno de cada instituição. Foi possível mapear quais as categorias que orientam a organização interna de cada prisão e se a instituição possui, ou não, um espaço reservado para LGBT.

C. GALERIAS/ALAS/CELAS LGBT: A terceira seção tratou da caracterização das galerias, alas e/ou celas reservadas LGBT. Foi possível mapear a relação entre o quantitativo de vagas dos espaços reservados e relacioná-los com o número de LGBT em casa prisão. Para as prisões que não possuem espaço reservado, no mesmo questionário foram feitas perguntas a fim de mapear a opinião sobre a relevância da criação dessas galerias.

D. PERFIL POPULACIONAL: A quarta, e última, seção do questionário reúne perguntas com o objetivo de traçar o perfil da população LGBT nas prisões. Foi possível identificar quantitativo de pessoas que se declaram pertencentes a cada um dos segmentos que compõem o público LGBT.

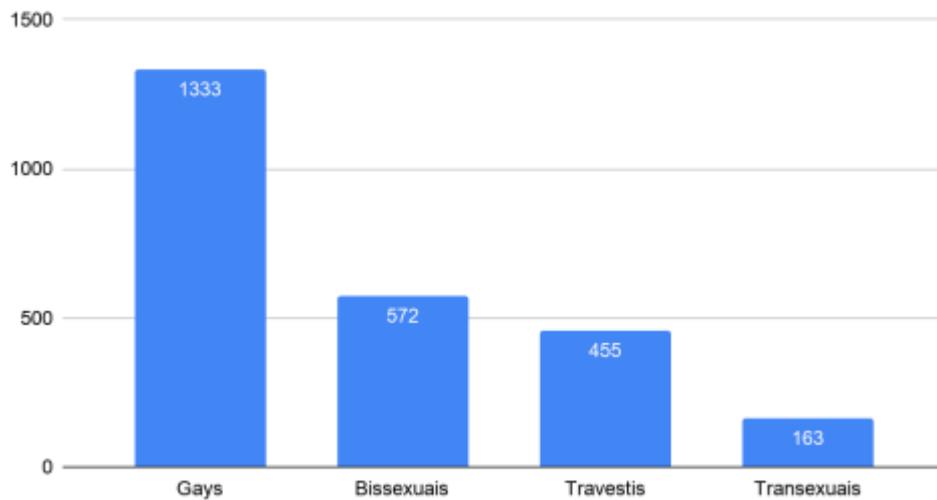
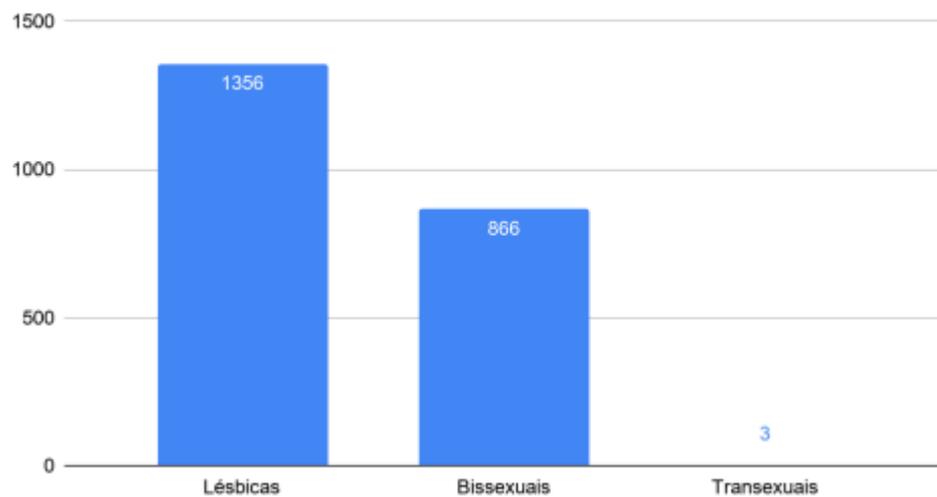
Os dados majoritariamente quantitativos sobre o perfil da população LGBT privada de liberdade foram obtidos através de um levantamento conduzido pela Diretoria de Promoção dos Direitos de LGBT em colaboração com o Departamento Penitenciário Nacional. Um ofício foi enviado juntamente com um link para um questionário online às administrações penitenciárias de cada Estado, com a solicitação de que este fosse distribuído para as unidades penais sob sua gestão.

O documento revelou que, devido à natureza dos dados, houve grandes desafios para garantir a homogeneidade da amostra e a padronização do procedimento de coleta. Isso ocorreu porque não foi possível assegurar que todas as pessoas LGBT nas unidades prisionais participantes da pesquisa foram efetivamente consultadas. Especificamente nos presídios masculinos, onde a violência contra essa população é evidente, muitos dos presos consultados não se sentiam livres para declarar sua sexualidade e identidade de gênero sem enfrentar riscos significativos, tanto de sanções administrativas quanto de represálias por parte dos outros internos.

Outro dado relevante no estudo aponta que ser uma mulher cis lésbica, bissexual ou um homem trans não representa um risco significativo no contexto das unidades prisionais femininas. Essa conclusão foi corroborada pela coleta de dados realizada diretamente nas prisões femininas, onde não se identificou demanda para a criação de espaços de convivência específicos para essa população. O estudo constatou que ser lésbica, bissexual, homem trans ou

uma mulher cis heterossexual que mantém relações afetivo-sexuais com outras mulheres durante a privação de liberdade não aumenta o risco individual dessas pessoas.

Segundo o estudo, os dados do Infopen revelaram que em 2016 o quantitativo de pessoas em unidades femininas chegou a 42.355, enquanto nas unidades masculinas o número alcançou 665.482 de custodiados. Verificou-se que a população autodeclarada LGBT nas prisões femininas supera, em número absolutos, proporcionalmente cerca de 15 vezes, a população LGBT em unidades masculinas. Essa relação não significa dizer que existem necessariamente mais mulheres cis lésbicas, bissexuais e homens trans em privação de liberdade que homens gays, bissexuais, travestis e mulheres transexuais. Pela análise do diagnóstico, os autores esclareceram que esse dado era mais um indicativo de que ser reconhecida LGBT em uma prisão feminina majoritariamente não implica em risco à vida, em oposição ao que ocorre com os LGBT em unidades masculinas. Foram identificados os seguintes números da população LGBT em unidades prisionais masculinas e femininas (2020, p. 20):

**Gráfico 5: População LGBT em unidades masculinas****Gráfico 6: População total LGBT em unidades femininas**

A respeito da fidedignidade dos dados produzidos sobre a população LGBT nas unidades prisionais masculinas, foi constatado durante visitas institucionais que há uma significativa presença de homens cisgênero acusados ou condenados por crimes sexuais que estão alojados nas alas ou celas destinadas à população LGBT. Esses indivíduos, conhecidos como "criminosos sexuais", são frequentemente alvos de violência por parte de outros detentos, embora as motivações para esses ataques possam variar em certa medida. Foi observado que devido ao perigo ao qual estão expostos, é comum que esses presos optem por se declarar homossexuais perante a administração prisional para acessar o mesmo espaço protetivo destinado à população LGBT. As condições de acesso às celas/alas LGBT variam de prisão para prisão. Algumas unidades exigem apenas a assinatura de um termo no qual o interno declara

oficialmente que é homossexual, independente das relações afetivo-sexuais que pratica fora do contexto de encarceramento. Outras consultam os internos e internas das celas/alas LGBT para validar a declaração desses homens. Ainda existem as que utilizam métodos mais singulares, como avaliação de profissional da psicologia e/ou assistência social, entre outros procedimentos.

As condições de acesso às celas ou alas LGBT revelaram uma diversidade significativa nas abordagens adotadas pelas instituições prisionais para lidar com a questão da identidade de gênero e orientação sexual dentro do sistema carcerário. Em algumas unidades, o acesso é concedido mediante a assinatura de um termo no qual o interno declara oficialmente sua identidade homossexual, independentemente das relações afetivo-sexuais que mantém fora do contexto de encarceramento. Em outras unidades, a validação dessa declaração pode envolver consultas aos próprios internos das celas ou alas LGBT. Outras unidades adotam métodos mais complexos e individuais para validar a identidade LGBT de um interno, como avaliações realizadas por profissionais da psicologia ou assistência social, entre outros procedimentos específicos.

Sobre a opinião das travestis e transexuais transferidas para presídios femininos, foram apresentados como exemplo do Estado do Piauí onde ocorreram três casos de transferência para unidades femininas, onde uma delas solicitou retorno para uma unidade masculina e outra foi colocada em liberdade. Essa experiência demonstrou que nem todas as travestis desejavam ser transferidas para presídios femininos e isso foi um fator que impactou na decisão monocrática do relator que ressaltou a importância de considerar as preferências individuais e as necessidades específicas de cada pessoa transfeminina no sistema prisional.

### 3.2.5 A Nota Técnica n.º 7/2020/DIAMGE/CGCAP/DIRPP/DEPEN/MJ

Outro documento que foi utilizado na formação do voto do relator foi a Nota Técnica n.º 7 elaborada em 2020 pela Divisão de Atenção à Mulheres e Grupos Específicos vinculada à Coordenação- Geral da Cidadania e Alternativas Penais, da Diretoria de Políticas Penitenciárias do Departamento Penitenciário Nacional que compõe a estrutura do Ministério da Justiça e Segurança Pública.

O Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) instituiu por meio da Portaria GABDEPEN n.º 10, de 24 de janeiro de 2019, um Grupo de Trabalho (GT) com o objetivo de

elaborar um manual de procedimentos para revista e busca pessoal voltado para a população LGBT no sistema prisional brasileiro. Além disso, o GT também propôs um manual específico para a capacitação de agentes prisionais nesse tema.

A elaboração desses procedimentos que constam na nota técnica em referência, teve como objetivo atender às necessidades especiais da população LGBT dentro do contexto carcerário com foco na prevenção de todas as formas de violência, tratamento e cuidados específicos em saúde, além do respeito ao nome com o qual as pessoas travestis e transexuais se identificam. Outros aspectos abordados incluíram diretrizes como o uso de vestimentas de acordo com o gênero com o qual a pessoa se identifica e medidas de promoção de um ambiente mais inclusivo e respeitoso para a população LGBTI.

A demanda principal e mais urgente da população LGBTI encarcerada era a proteção contra a violência, especialmente a violência sexual perpetrada por outros detentos. O estudo cita o relatório do Human Rights Watch (2001), que revela que a população LGBT é significativamente mais vulnerável a agressões sexuais e estupro do que a população não LGBT nas mesmas circunstâncias. Segundo dados da Comissão dos Estados Unidos para Eliminação da Violência Sexual no Sistema Penitenciário (2005) constatou-se que 41% dos gays e bissexuais nas unidades prisionais dos EUA foram vítimas de estupro, em comparação com apenas 9% entre a população heterossexual do sistema. Esses dados destacam a necessidade crítica de políticas e medidas específicas para proteger a população LGBT contra a violência dentro do ambiente prisional, garantindo assim seus direitos fundamentais e a integridade física e psicológica. Não foram apresentados no documento dados sobre a situação carcerária dessa população no Brasil conforme observado no trecho abaixo (2020, p. 4):

Contudo, ainda que a referida pesquisa seja a respeito de população LGBTI em solo norte-americano, recentes decisões de Cortes Superiores do Brasil têm demonstrado preocupação com a alocação da população prisional LGBTI, em especial com as travess e transsexuais. Assim, tem sido comum decisões judiciais que encaminham pessoas travess e mulheres trans que não passaram ainda pelo processo de redesignação sexual para a custódia em unidades femininas.

O referencial normativo utilizado foi a Constituição Federal, especificamente o art. 3º, inciso IV, que dispõe sobre a promoção do “bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, e o art. 5º, que dispõe que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

Também foi citado dois tratados internacionais em matéria de Direitos Humanos, os quais o Brasil é signatário: o art. 2º da Declaração Internacional de Direitos que estabelece que “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 pública ou de outra natureza, origem nacional ou social” e o art. 17 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos que determina que “1. Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação”; e “2. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas”.

Os "Princípios de Yogyakarta" foi mencionado como um instrumento orientador para os Estados na aplicação da legislação internacional em relação à orientação sexual e diversidade de gênero em diversas áreas, incluindo o sistema prisional. Ao citá-los, a nota técnica afirma que tal documento têm natureza de “normas jurídicas internacionais vinculantes que devem ser cumpridas por todos os Estados signatários”. Isso significa que esses princípios estabelecem diretrizes obrigatórias para os Estados em relação à proteção dos direitos humanos das pessoas LGBT, incluindo a eliminação de discriminações e a promoção da igualdade de tratamento, conforme pode ser verificado abaixo (p. 2020, p. 2):

Tais “Princípios” “afirmam normas jurídicas internacionais vinculantes, que devem ser cumpridas por todos os Estados”. Nesse sentido, em seu princípio nº 9, os “Princípios de Yogyakarta” garante o “direito a tratamento humano durante a detenção”, determinando que: “toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com humanidade e com respeito pela dignidade inerente à pessoa humana. A orientação sexual e identidade de gênero são partes essenciais da dignidade de cada pessoa”.

Sobre os procedimentos de recebimento de pessoas presas LGBT nos estabelecimentos prisionais, a recomendação prevista foi que, após a autorização da Comissão Técnica de Classificação, travestis e transexuais femininas podiam ser encaminhadas a prisão feminina ou masculina, e que os homens transexuais deviam ser encaminhados a prisão feminina, nos seguintes termos (MJ, 2020, p. 5):

(b) às pessoas presas travestis - sendo possível haver encaminhamento da pessoa trans, 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, sendo o gestor prisional responsável [...] 5º alocar a pessoa em espaço de vivência específico, separada do convívio dos demais presos, se ver sido encaminhada para unidade masculina, ou das demais presas, se ver 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, sendo o gestor prisional responsável por: [...] 5º alocar a pessoa em espaço de vivência específico, separada do convívio dos demais presos, se ver sido encaminhada para unidade masculina, ou das demais presas, se ver sido encaminhada para a unidade feminina.

d) aos homens transexuais presos – que o homem trans (com ou sem cirurgia), mesmo havendo a retificação do nome e sexo constante de seu registro civil (para masculino), seja encaminhado para unidades prisionais femininas, para garantir sua segurança, sendo o gestor prisional responsável por: [...] 5º alocar a pessoa em espaço de vivência específico, separada do convívio das demais presas.

Destaca-se que a perspectiva do parecer valoriza principalmente a dimensão subjetiva da identidade de gênero, sem dar ênfase às diferenças biológicas. Segundo a nota técnica, uma pessoa que se identifica como transgênero (seja trans mulher ou trans homem) é aquela que se identifica com um gênero diferente daquele que lhe foi atribuído no nascimento, independentemente de ter realizado intervenções cirúrgicas para modificar características físicas dos órgãos sexuais devendo ser reconhecida e respeitada pelo gênero com o qual se identifica.

### 3.2.6 Decisão monocrática sobre a medida cautelar na ADPF 527

Em 18 de março de 2021, o Ministro Luís Roberto Barroso concedeu a medida cautelar outorgando às transexuais e travestis com identidade de gênero feminina o direito de opção por cumprir pena em estabelecimento prisional feminino ou em estabelecimento prisional masculino, em área reservada, com vistas a garantir sua segurança.

No âmbito normativo, o relator justificou que o deferimento da decisão cautelar que busca proteger pessoas LGBT em especial, as que estão em situação de encarceramento, no âmbito internacional, parte da compreensão de que a identidade de gênero e a orientação sexual constituem dimensões essenciais da dignidade, da personalidade, da autonomia, da privacidade e da liberdade. Afirmou que no âmbito do direito constitucional brasileiro, tais direitos das pessoas LGBTI à não discriminação e à proteção física e mental são respaldados pelos seguintes princípios constitucionais: dignidade humana, não discriminação em razão da identidade de gênero ou orientação sexual, vida, integridade física, saúde, vedação à tortura e ao tratamento desumano ou cruel e a cláusula de abertura ao direito internacional dos direitos humanos.

Destacou os Princípios de Yogyakarta, que estabelecem diretrizes para proteção a população LGBTI também no sistema carcerário. Esses princípios preveem uma série de medidas que os Estados devem adotar, incluindo:

- (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)

Apresentou dados constantes no Relatório "LGBT nas prisões do Brasil: diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento" e da Nota Técnica n.º 7/2020 n.º 7/2020/DIAMGE/CGCAP/DIRPP/DEPEN/MJ, dispondo “que a evolução do tratamento dessa matéria pelo Poder Executivo reflete o diálogo institucional gerado pela judicialização, promovendo interlocução entre poderes, associações representativas e o Judiciário”. Aponta que a solução proposta nos documentos está em conformidade com o quadro normativo estabelecido, incluindo o Princípio 9 de Yogyakarta, que recomenda a participação das pessoas LGBTI nas decisões sobre o local de detenção adequado à sua orientação sexual e identidade de gênero.

Avaliou que os dois documentos convergiram no sentido de que a abordagem mais adequada para transexuais e travestis femininas era que estas decidissem cumprir pena em estabelecimento prisional feminino ou em estabelecimento prisional masculino, em área reservada. Pondera que a decisão mais adequada do ponto de vista da dignidade de tais grupos, implicaria em olhar não apenas as questões identitárias, mas também para as relações de afeto e múltiplas estratégias de sobrevivência trazendo como fundamento o trecho do Relatório do Ministério Mulher, Família e Direitos Humanos (2020):

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.

Por fim, citou a jurisprudência consolidada no STF que reconheceu o direito das pessoas transgênero a receber tratamento social e jurídico compatível com sua identidade, aludindo ao julgamento da ADI 4275 que garantiu aos transgêneros independentemente da realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil.

### 3.2.7 Desfecho da ADPF 527

Em 16 de agosto de 2023 ADPF não foi conhecida por perda superveniente do objeto devido ao novo tratamento da matéria pelo CNJ em razão da publicação da Resolução nº 366 de 2021, que alterou a Resolução CNJ nº 348/2020 e estabeleceu diretrizes e procedimentos a serem observados pelo Poder Judiciário no âmbito criminal, “relativamente ao tratamento da população lésbica, gay, bissexual, transexual, travesti ou intersexo que se encontre sob custódia, seja acusada, ré, condenada, privada de liberdade, em cumprimento de alternativas penais ou monitorada eletronicamente”. Segundo o relator houve um amadurecimento da abordagem através do diálogo institucional entre os Poderes Executivo e Judiciário e entidades representativas da sociedade civil.

Foi considerado que a mudança no panorama normativo refletiu uma evolução significativa no entendimento do Poder Executivo quanto ao tratamento adequado a ser conferido a transexuais e travestis que se identificam com o gênero feminino no contexto carcerário, alinhando-se ao Princípio 9 de Yogyakarta, que conforme já mencionado, recomenda que as pessoas LGBT participem das decisões relacionadas ao local de detenção adequado à sua orientação sexual e identidade de gênero.

A Resolução faz referência a termos contidos no glossário das Nações Unidas, como "transgênero" e "intersexo", para fins de definição e aplicação das normativas em questão, conforme disposto no art. 3º:

- I – transgênero: termo empregado para descrever uma variedade ampla de identidades de gênero cujas aparências e características são percebidas como atípicas – incluindo pessoas transexuais, travestis, cross-dressers e pessoas que se identificam como terceiro gênero; sendo:
- a) mulheres trans: identificam-se como mulheres, mas foram designadas homens quando nasceram;
  - b) homens trans: identificam-se como homens, mas foram designados mulheres quando nasceram,
  - c) outras pessoas trans não se identificam de modo algum com o espectro binário de gênero; e
  - d) que algumas pessoas transgêneras querem passar por cirurgias ou por terapia hormonal para alinhar o seu corpo com a sua identidade de gênero; outras, não;

II – intersexo: pessoas que nascem com características sexuais físicas ou biológicas, como a anatomia sexual, os órgãos reprodutivos, os padrões hormonais e/ou cromossômicos que não se encaixam nas definições típicas de masculino e feminino;

Quanto a validade das resoluções o Ministro André Mendonça dispôs sobre a impossibilidade de ser examinado considerando que a Arguição de Descumprimento Fundamental não é o meio legítimo para que seja feita essa análise. A Resolução dispôs que o reconhecimento do custodiado como parte da população LGBT ocorrerá por meio de autodeclaração, que deve ser colhida pelo magistrado em qualquer fase do procedimento penal, inclusive na audiência de custódia, assegurando privacidade e integridade à pessoa declarante. Caso o magistrado seja informado de que a pessoa pertence à população LGBT, deve cientificá-la sobre a autodeclaração e seus direitos, conforme previsto na Resolução.

Pessoas autodeclaradas LGBTI têm garantido o direito ao uso do nome social de acordo com sua identidade de gênero, mesmo que diferente do registrado civilmente, conforme estabelecido na Resolução CNJ nº 270/2018. Sobre a prisão de uma pessoa autodeclarada parte da população LGBTI, o local de privação de liberdade será definido pelo magistrado em decisão fundamentada.

### 3.3 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 845779

#### 3.3.1 Relatório do acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina

O Recurso Extraordinário 845779 discutiu o caso envolvendo uma pessoa transexual que foi proibida de usar o banheiro feminino em um shopping center, sob o argumento que tal conduta violou a dignidade humana e os direitos da personalidade. A principal questão constitucional aludida segundo o relator do caso, o Ministro Luís Roberto Barroso era saber se a abordagem de transexual para utilizar banheiro do sexo oposto ao qual se dirigiu configura ou não conduta ofensiva aos direitos ora referenciados indenizável a título de dano moral.

A transexual feminina André dos Santos Fialho, que se apresenta como Amanda dos Santos Fialho, ajuizou uma ação de indenização por danos morais contra a Beiramar Empresa Shopping Center Ltda., alegando ter sofrido discriminação devido à sua identidade de gênero durante uma visita ao estabelecimento réu. Relatou que, ao tentar utilizar o banheiro feminino, como era seu hábito em locais públicos, foi abordado de maneira inadequada por uma funcionária do shopping, que o forçou a se retirar sob a justificativa de que sua presença causaria constrangimento às demais usuárias.

O autor tentou então utilizar um banheiro em uma das lojas do shopping, mas foi informado de que as lojas não dispunham de banheiros privativos. Alegou que incapaz de encontrar uma solução alternativa e em estado de grande nervosismo, acabou por atender suas necessidades fisiológicas em suas próprias roupas, em plena vista do público. Posteriormente, teve que utilizar transporte coletivo para retornar à sua residência. Em face dos acontecimentos, Fialho requereu que a empresa ré fosse condenada ao pagamento de indenização por danos morais.

A decisão de primeira instância julgou o pedido procedente, estabelecendo uma indenização de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) por danos morais. No entanto, ao revisar o caso, o Tribunal deu provimento à apelação da ré, concluindo que o único evento comprovado foi a abordagem do autor pela funcionária do shopping, que o havia solicitado a usar o banheiro masculino. O Tribunal considerou que não houve dano moral, apenas "mero dissabor".

O recurso foi inadmitido na origem pelas seguintes razões: (i) a alegação de violação aos artigos 5º, incisos V, X, XXXII, LIV e LV, e art. 93 da CF/88, que segundo o TJSC configurou em tese, mera ofensa reflexa ao texto constitucional, porquanto dependente do exame de legislação infraconstitucional e (ii) a pretexto de violação ao art. 1º, III, da CF/1988, referente ao princípio da dignidade da pessoa humana, pretendeu-se rediscutir o mérito da questão posta em julgamento, com a reanálise dos elementos fático-probatórios, o que é expressamente vedado em sede de recurso extraordinário.

### 3.3.2 Principais pontos do julgamento do RE no STF

O Ministro Luís Roberto Barroso foi designado como relator do Recurso Extraordinário nº. 845779 e em 24 de outubro de 2014 manifestou-se no sentido de reconhecer o caráter constitucional e a repercussão geral do caso. Segundo o relator a repercussão geral demonstrou-se pelo alcance das garantias de direitos fundamentais das minorias que segundo o Ministro se revela como “uma das missões precípua das Cortes Constitucionais Contemporâneas” (2014, p. 1). Quanto a superação do interesse subjetivo, justifica que por não se tratar de um caso isolado a decisão pode afetar diversas situações semelhantes em todo o país conforme pode ser verificado abaixo (2014, p. 6):

Dito isso, impende notar que a matéria versada no presente recurso é relativa à aplicabilidade do artigo 1º, inciso III e 5º, incisos V, X e XXXII e ultrapassa os interesses subjetivos da causa, tendo em vista a alta relevância no meio social ao

contribuir para a construção de um novo paradigma cultural, primando pelo respeito mútuo e igualdade de tratamento, objetivos da República Federativa do Brasil.

O relator afirmou que o recurso buscou examinar “uma questão crucial sobre a identidade de gênero e o tratamento social de pessoas transexuais, levantando um importante debate constitucional sobre a dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade”. Segundo a doutrina apresentada, esclareceu que o dano moral só tem relevância jurídica e resulta na obrigação de indenizar quando há uma significativa ofensa a um direito personalíssimo. Se o ato considerado não tem a capacidade de ferir sentimentos ou causar dor e sofrimento íntimo, não haverá dano moral passível de compensação. Para evitar a proliferação de ações judiciais por danos morais, alertou que é importante distinguir entre uma verdadeira lesão à pessoa e um mero desconforto e que “portanto, nem toda sensação de desagrado, incômodo ou contrariedade justificará uma indenização. O reconhecimento do dano moral requer uma certa gravidade”.

Sobre a inadmissão do recurso na origem que considerou se tratar de análise de inconstitucionalidade para realizar o reexame de provas o relator se manifestou de modo contrário afirmando que “o recurso não busca reexame de provas, ao contrário: parte da premissa assentada pelo acórdão recorrido, no sentido de que o único acontecimento que ficou demonstrado nos autos foi o fato de o requerente ter sido abordado no toalete feminino por uma funcionária do shopping, que solicitou a ele que fizesse uso do banheiro masculino”.

A respeito da negativa do STF acerca do reconhecimento de repercussão geral relativos a casos de indenização por dano moral, o relator mencionou algumas ações, tais como: (i) inscrição indevida em cadastros de inadimplentes (RE 602.136, tema 232), (ii) negativa de cobertura por operadora de plano de saúde (ARE 697.312, tema 611) e (iii) espera excessiva em fila de instituição financeira e argumentou que o objeto do RE analisado era distinto destas, por envolver a projeção social da identidade sexual do indivíduo, aspecto diretamente ligado à dignidade humana e a diversos direitos da personalidade

Arguiu que se trata de questão constitucional saber se uma pessoa pode ou não ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente e que o caso discutido não pode ser reduzido a uma mera questão patrimonial de responsabilidade civil considerando a essencialidade do tema e seu impacto no tratamento social dos grupos afetados, o que por si já justificaria a necessidade do pronunciamento da Suprema Corte, além de apresentar precedente do próprio tribunal relativo aos direitos de

trangêneros. Nesse sentido, resgatou outro precedente do próprio tribunal no RE 670.422 RG, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 12.09.2014, em que foi reconhecido a repercussão geral na matéria que tratava sobre a alteração do assento de nascimento e da possibilidade de retificação do nome e do gênero sexual de pessoas transexuais com base nos princípios constitucionais de personalidade, dignidade da pessoa humana, intimidade, saúde e a sua convivência com princípios da publicidade e da veracidade dos registros públicos.

Em sentido contrário o Ministro Marco Aurélio, em 31 de outubro de 2014 manifestou-se pela inadequação da repercussão geral e consignou o primeiro juízo de admissibilidade, no sentido de reconhecer que a pretensão versada nas razões do RE, para ter violado a CF/88, pressupõe a reanálise dos elementos fático-probatórios. E quanto a matéria constitucional também se manifestou de modo diverso do relator, argumentando que o colegiado apontou a inexistência de ato que pudesse gerar indenização não podendo ser demonstrado a matéria constitucional.

Em 6 de junho de 2024 o STF por maioria, negou seguimento ao Recurso Extraordinário, cancelando o reconhecimento da repercussão geral da matéria nos termos do voto do Ministro Luiz Fux que foi o redator para o acórdão ficando vencidos os Ministros Luís Roberto Barroso (Presidente e Relator), Edson Fachin e Cármen Lúcia

### 3.4 DIREITOS FUNDAMENTAIS E A QUESTÃO DE GÊNERO: DESAFIOS E CONTRADIÇÕES NA PROTEÇÃO DAS MINORIAS

Noberto Bobbio, em sua obra “*A Era dos Direitos*” explica que o grande desafio da atualidade não diz respeito a justificação dos direitos fundamentais, mas sim a sua proteção que se revela em uma questão não filosófica, mas política. Segundo Bobbio (1992, p.24):

[...]o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político [...]. Não se trata de encontrar o fundamento absoluto – empreendimento sublime, porém desesperado –, mas de buscar, em cada caso concreto, os vários fundamentos possíveis. Mas também essa busca de fundamentos possíveis – empreendimento legítimo e não destinado, como o outro, ao fracasso – não terá nenhuma importância histórica se não for acompanhada pelo estudo das condições, dos meios e das situações nas quais este ou aquele direito pode ser realizado”.

Nesse sentido, é importante compreender que, atualmente, a discussão não se centra mais na legitimidade de direitos, que são uma condição essencial e inerente a todas as pessoas, mas sim em como esses direitos serão protegidos e garantidos, considerando as desigualdades ainda persistentes na sociedade. Esta discussão revela a dimensão política da questão, pois

envolve a implementação de estratégias concretas que de fato atendam as necessidades específicas de cada grupo.

O reconhecimento das vulnerabilidades das minorias é crucial para assegurar seus direitos, conforme destacado pelo Ministro Dias Toffoli (STF, 2020), que enfatizou que “a Constituição Federal visa promover o bem de todos sem discriminação de origem, raça, sexo, cor, idade ou qualquer outra forma de preconceito”. Esses princípios são pilares do Estado Constitucional e Democrático de Direito, orientando as ações dos Poderes Públicos na proteção e promoção dos direitos de minorias, dentro delas das mulheres e das pessoas transgêneros.

A separação entre os sexos foi um marcador fundamental na conquista dos direitos das mulheres e conforme discutido ao longo deste trabalho partiu do reconhecimento de um histórico de dominação, desigualdades, violência e vulnerabilidades em relação aos homens. A necessidade de segregação no âmbito prisional está prevista no texto constitucional conforme disposto no art. 5º, inciso XLVIII que estabelece os critérios para o cumprimento da pena que “será cumprida em estabelecimento distintos de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”.

Esta necessidade de distinção é medida necessária por questões de segurança o que inclusive ficou evidenciado no Diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiência de encarceramento da população LGBT, realizado em 2020 pelo Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos que verificou o risco de violência que os transhomens (mulheres biológicas que se identificam como homens) estariam correndo nos presídios masculinos (p. 12), que dispôs “apenas reiterando o óbvio, um ambiente repleto de homens cisgênero configura extremo risco para os homens trans, tornando-os alvos dos mais diversos tipos de violência física e sexual”.

Muniz & Fortunato (2020, p. 13) no artigo “*A assistência judiciária às mulheres em situação de violência doméstica nas ações penais como direito fundamental*”, ao discutir sobre os aspectos da desigualdades entre homens e mulheres esclarecem:

A desigualdade de gênero faz parte da história da humanidade, na qual o homem sempre prevaleceu como o mais forte, não somente no aspecto físico, mas também no psicológico e econômico, como chefe da casa e da família, o provedor, e, ainda, como proprietário da mulher. Hegel apud Beauvoir (1970, p. 30) remonta ao passado e traz o pensamento patriarcal de outrora, quando diz que “os dois sexos devem ser diferentes: um será ativo e o outro passivo e naturalmente a passividade caberá à fêmea”. Trata-se de mulheres sendo objetificadas, sem direito ao livre pensamento.

A Constituição Federal de 1988 reconhece em seu artigo 5º, inciso I, que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, conforme determinado pela lei. Essa garantia fundamental consubstancia-se no princípio da isonomia. A conquista dessa igualdade parte do reconhecimento que existem diferenças e a ordem jurídica e política só conseguirá alcançá-la por meio de medidas que buscam enfrentar as razões da desigualdade. Apesar desse reconhecimento legal, a conquista efetiva da equidade entre os sexos enfrenta desafios persistentes. Nesse sentido, Muniz & Fortunato (2020, p. 16), apontam que a “igualdade está garantida na lei, mas, culturalmente, ainda há uma grande diferença entre homens e mulheres, ou simplesmente, uma grande diferença entre os gêneros, quando tratamos da temática da violência”.

Atualmente, tornou-se comum falar em “gênero” em vez de sexo e em “violência de gênero” em vez de “violência contra a mulher” ao abordar a violência contra mulheres e meninas. No entanto, o termo gênero, que tem sido pautado em aspectos psicossociais e atualmente busca superar as diferenças sexuais, oculta a origem do problema, seus perpetradores e, conseqüentemente, a realidade material sofrida pelas mulheres em razão da sua condição biológica.

A substituição do termo “sexo” por “gênero” vem causando mudanças estruturais e é justificada pela inclusão de pessoas do sexo masculino que se identificam ou se sentem parte da comunidade feminina e que também são vítimas de violência. Dessa forma, em vez de utilizar “violência contra a mulher”, algo específico para pessoas do sexo feminino, substituiu-se pela “violência de gênero”. Em inglês, essa mudança é ainda mais evidente: a expressão sex-based violence (“violência com base no sexo”) é substituída por gender-based violence (“violência com base no gênero”), desvinculando a violência da realidade material e biológica de ser do sexo feminino e a associando a ocupação do papel social “feminino” na sociedade.

Essa mudança tem repercussões significativas nos campos jurídico, legislativo e executivo. Com o alargamento da categoria mulher através da autoidentificação de gênero, diversos aspectos da vida cotidiana são afetados: desde espaços exclusivos até políticas públicas, critérios de aposentadoria, participação nos esportes e toda uma estrutura construída com base em distinções sexuais materiais. Essa readequação é feita sob um discurso inclusivo, mas gera debates sobre como atender às necessidades específicas das mulheres e suas demandas históricas.

### 3.5 ENTRE A INCLUSÃO E A EXCLUSÃO: DIREITOS DAS MULHERES E A CONTROVÉRSIA DA AUTOIDENTIFICAÇÃO DE GÊNERO

Segundo Jeffreys (2014) apud Dornelles (2020, p. 107) a primeira onda do movimento feminista lutou para que as mulheres pudessem participar da vida pública do mesmo modo que os homens. Ocorreu uma integração formal, mas as necessidades especiais desse grupo foram esquecidas, o que dificultou uma participação de fato.

O problema da violência de homens contra as mulheres, uma realidade bem conhecida, teve que ser “redescoberto pelas feministas da segunda onda” que a partir da década de 1970 lutou pela conquista de espaços exclusivos para as mulheres, como abrigos, centros de saúde e serviços sanitários a partir do reconhecimento que este grupo é historicamente vulnerável, subordinado e desfavorecido. Conforme explica Jeffreys (2014):

Os centros de saúde para as mulheres foram criados devido à constatação de que há necessidades especiais na saúde da mulher que não foram abordadas e sensibilizadas corretamente em uma carreira dominada por homens. Abrigos e delegacias especiais para mulheres em situação de violência sexista e agressão sexual foram também criados pela mesma razão. A disponibilidade de banheiros só para as mulheres tem sido uma meta feminista importante e ainda é considerado um grande problema em países como a Índia e outros, onde as taxas de agressão sexual impede as mulheres de participar realmente na vida pública.

Apesar dos progressos dos direitos das mulheres e sua crescente influência na política e economia global, é crucial compreender que as violências sofridas e perpetradas ao longo da história como a exploração dos corpos femininos, prostituição, submissão, agressão, aprisionamento, tráfico, estupro e sexismo, persistem em pleno século XXI. Os espaços reservados partem do reconhecimento destas vulnerabilidades e a segregação é fundamental para a garantia da segurança, integridade, liberdade e dignidade das mulheres.

Dornelles (2020, p. 108) compreende que a defesa dos espaços íntimos das mulheres ou a extinção destes espaços revela uma cegueira quanto à história de vitimização das mulheres e às diferentes manifestações da sexualidade entre os sexos feminino e masculino. Com a possibilidade de autoidentificação de gênero, essas necessidades têm sido colocadas em segundo plano. Segundo Jeffreys (2014) apud Dornelles (2020, p. 109), a segurança e a dignidade das mulheres têm sido subordinadas ao conforto dos homens que clamam por uma identidade subjetiva feminina. Conforme exemplificado por Darke & Cope (2002, p. 87) apud Dornelles (2020, p. 109):

O manual canadense compara com racismo a situação de uma mulher que se recusa a ser atendida por um homem biológico transidentificado em um abrigo para mulheres vítimas de violência de gênero, ou se recusa a dividir um quarto com esta pessoa, aludindo à situação de alguém que se recusa a ser atendido por alguém negro ou aborígene.

Esse tipo de entendimento pode ser observado aqui no Brasil, na decisão do STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 julgada em 2019, que equiparou ao crime de racismo a homofobia e a transfobia.

Evidenciando a hipervalorização da dimensão subjetiva sob a realidade biológica, em 2017 a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que a identidade psicossocial deve prevalecer sobre a identidade biológica, não sendo necessário realizar intervenção médica nos órgãos sexuais (transgenitalização) para a alteração de gênero em documentos públicos. No mesmo sentido, em 2018 o STF reafirmou o direito de transgêneros alterarem o registro civil sem mudança de sexo, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4275. O Tribunal Superior Eleitoral (TSE) em 2018 determinou que as cotas de candidatos dos partidos políticos deviam ser de gênero, não levando em conta o sexo biológico.

Em 2022 o relator Ministro Rogério Schietti Cruz da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº. 1.977.124/SP, ao conceder medida protetiva à vítima transexual feminina afirmou que o elemento diferenciador da abrangência da Lei Maria da Penha é o gênero feminino, o qual nem sempre coincide com o sexo biológico, conforme pode ser verificado ementa oficial:

RECURSO ESPECIAL. MULHER TRANS. VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. APLICAÇÃO DA LEI N. 11.340/2006, LEI MARIA DA PENHA. CRITÉRIO EXCLUSIVAMENTE BIOLÓGICO. AFASTAMENTO. DISTINÇÃO ENTRE SEXO E GÊNERO. IDENTIDADE. VIOLÊNCIA NO AMBIENTE DOMÉSTICO. RELAÇÃO DE PODER E MODUS OPERANDI. ALCANCE TELEOLÓGICO DA LEI. MEDIDAS PROTETIVAS. NECESSIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. A aplicação da Lei Maria da Penha não reclama considerações sobre a motivação da conduta do agressor, mas tão somente que a vítima seja mulher e que a violência seja cometida em ambiente doméstico, familiar ou em relação de intimidade ou afeto entre agressor e agredida. 2. É descabida a preponderância, tal qual se deu no acórdão impugnado, de um fator meramente biológico sobre o que realmente importa para a incidência da Lei Maria da Penha, cujo arcabouço protetivo se volta a julgar autores de crimes perpetrados em situação de violência doméstica, familiar ou afetiva contra mulheres. Efetivamente, conquanto o acórdão recorrido reconheça diversos direitos relativos à própria existência de pessoas trans, limita à condição de mulher biológica o direito à proteção conferida pela Lei Maria da Penha. 3. A vulnerabilidade de uma categoria de seres humanos não pode ser resumida tão somente à objetividade de uma ciência exata. As existências e as relações humanas são complexas e o Direito não se deve alicerçar em argumentos simplistas e reducionistas. 4. Para alicerçar a discussão

referente à aplicação do art. 5º da Lei Maria da Penha à espécie, necessária é a diferenciação entre os conceitos de gênero e sexo, assim como breves noções de termos transexuais, transgêneros, cisgêneros e travestis, com a compreensão voltada para a inclusão dessas categorias no abrigo da Lei em comento, tendo em vista a relação dessas minorias com a lógica da violência doméstica contra a mulher. 5. A balizada doutrina sobre o tema leva à conclusão de que as relações de gênero podem ser estudadas com base nas identidades feminina e masculina. Gênero é questão cultural, social, e significa interações entre homens e mulheres. Uma análise de gênero pode se limitar a descrever essas dinâmicas. O feminismo vai além, ao mostrar que essas relações são de poder e que produzem injustiça no contexto do patriarcado. Por outro lado, sexo refere-se às características biológicas dos aparelhos reprodutores feminino e masculino, bem como ao seu funcionamento, de modo que o conceito de sexo, como visto, não define a identidade de gênero. Em uma perspectiva não meramente biológica, portanto, mulher trans mulher é.<sup>6</sup> Na espécie, não apenas a agressão se deu em ambiente doméstico, mas também familiar e afetivo, entre pai e filha, eliminando qualquer dúvida quanto à incidência do subsistema da Lei n. 11.340/2006, inclusive no que diz respeito ao órgão jurisdicional competente - especializado - para processar e julgar a ação penal.

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 527, o STF não fez nenhuma consideração acerca das diferenças sexuais e necessidades específicas das mulheres presas e do impacto da decisão sob o sistema carcerário feminino, considerando que a autoidentificação de gênero, não altera o sexo biológico e não supera as diferenças físicas ao outorgar às transexuais e travestis com identidade de gênero feminina optar por cumprir pena em estabelecimento prisional feminino.

Esse dilema entre assegurar os direitos e a dignidade das pessoas transgênero e garantir a segurança e o bem-estar das mulheres cisgênero no sistema prisional é complexo e requer uma abordagem cuidadosa que considere ambos os aspectos. É crucial encontrar soluções que protejam os direitos humanos de todas as partes envolvidas, ao mesmo tempo que mantenham um ambiente seguro e justo dentro das prisões.

A decisão da juíza Leila Cury no Habeas Corpus nº 00022531720188070015<sup>8</sup>, que negou a transferência de travestis para um presídio feminino, destacou diversas preocupações em relação à segurança e bem-estar das mulheres cisgênero dentro do sistema prisional. A juíza argumentou que as diferenças físicas entre mulheres cisgênero e transgênero poderiam resultar

---

<sup>8</sup>A PGR no parecer da ADPF 527 alegou que as razões trazidas pela Magistrada revelava a existência de agressão aos preceitos fundamentais conforme pode ser verificado no seguinte trecho: (PGR, 2019) “De fato, o exame dessas razões revela, ao menos neste momento de juízo provisório sobre a matéria em debate, próprio das medidas cautelares, a existência de agressão aos preceitos fundamentais invocados pela autora da ação, bem como de contrariedade à jurisprudência desse Supremo Tribunal Federal, que vem reiteradamente afirmando a necessidade do reconhecimento da identidade de gênero, pelo Estado, como fator indispensável para o pleno gozo dos direitos humanos das pessoas transgênero”.

em situações de risco, como brigas e possíveis agressões sexuais, além de considerar o impacto sobre as agentes de segurança penitenciária.

No entanto, tanto a Procuradoria-Geral da República (PGR) quanto o Supremo Tribunal Federal (STF) abordaram o caso sob uma perspectiva dos direitos fundamentais, enfatizando a importância do reconhecimento e respeito à identidade de gênero. Eles consideraram que a decisão da juíza violava preceitos fundamentais, como a dignidade humana e a igualdade, e reforçaram a necessidade do tratamento adequado às identidades de gênero das pessoas encarceradas, sem entrar profundamente no mérito das preocupações de segurança levantadas.

Com a expansão do conceito de gênero, observa-se um processo de minimização da histórica desigualdade sexual enfrentada pelas mulheres em comparação aos homens. Essa expansão tem afetado especialmente as mulheres biológicas, pois são os espaços exclusivos femininos que tem sido ressignificados para permitir a “pluralidade da manifestação de identidades de gênero”.

O diagnóstico do MMFDH revelou que a violência contra a população LGBT é predominante no contexto carcerário masculino. No entanto, é crucial fazer algumas considerações sobre o sistema penitenciário no Brasil, que enfrenta graves violações de direitos humanos refletidas em várias áreas críticas especialmente nas prisões masculinas em que o número de custodiados<sup>9</sup> é muito superior ao número de mulheres: a superlotação é uma delas, com as prisões frequentemente abrigando um número de presos muito superior à sua capacidade, resultando em condições de vida precárias e aumento da violência entre detentos. A violência e os abusos são comuns, tanto entre os presos quanto por parte dos agentes penitenciários, com relatos de tortura e abuso físico e psicológico sendo frequentes. A falta de programas de reabilitação e atividades educacionais reduz as oportunidades de reintegração social dos custodiados, perpetuando o ciclo de criminalidade. Além disso, a privação de direitos é uma constante, com restrições severas às visitas, comunicação com o exterior e acesso a recursos legais, dificultando a manutenção dos laços familiares e o apoio jurídico. Essas condições têm sido amplamente documentadas por organismos de direitos humanos e relatórios governamentais, evidenciando a necessidade urgente de reformas na política carcerária brasileiro.

---

<sup>9</sup>Segundo o último relatório do DEPEN de janeiro a junho de 2023 a população carcerária masculina era de 616.930 enquanto a feminina era de 27.375.

Em audiência pública realizada em 2021 pela Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados sobre a situação prisional, verificou-se estatísticas divergentes dos dados disponibilizados pelo Governo em relação aos dados das entidades da sociedade civil de direitos humanos. O Fórum Brasileiro de Segurança Pública destacou um retrocesso na transparência das informações e disparidades nos dados fornecidos pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e pelas secretarias estaduais. Apesar dessas discrepâncias, houve consenso sobre o perfil da população carcerária, que é predominantemente jovem, negra e com baixa escolaridade.

É evidente que a comunidade LGBT enfrenta discriminações e violências adicionais principalmente no contexto carcerário, o que requer um tratamento específico devido às suas vulnerabilidades. No entanto a questão psicossocial nas decisões judiciais e na elaboração normativa tem sido abordada apenas para justificar a ocupação de transmulheres nos espaços femininos, desconsiderando as diferenças que existem entre as mulheres e as transmulheres. Outro ponto que merece destaque é a narrativa de que as mulheres cisgênero possuem vantagens que as transmulheres não têm, o que tem gerado tensões e divisões dentro do movimento feminista. Conforme descrito por Dornelles (2020, p. 63-64):

Além disso, Jeffreys faz duras críticas a terminologia imposta pelos movimentos de transgênero, especialmente o termo “cis”, que se aplicaria àqueles que não estão insatisfeitos com seu “gênero”. Sua reprovação se deve à criação de dois tipos de mulheres, aquelas com corpos femininos que são etiquetadas como “mulheres cisgênero” aquelas com corpos masculinos que são “mulheres trans”. Para ela, esta terminologia sentencia as mulheres a sofrer uma perda de status, com suas vozes precisando competir com a outra categoria de mulheres, isto é, dos homens que são transgênero. O sucesso desta ideologia criaria uma sensação constante de culpa nas mulheres por um suposto “cisprivilégio”. Na opinião da autora, é uma linguagem que silencia as mulheres e as feministas. Além disso, qualquer oposição ou dúvida, por parte das lésbicas, em aceitar sexualmente transmulheres, operadas ou não, como mulheres verdadeiras e possíveis parceiras sexuais, é denominada de transfóbica (Jeffreys, 2014, p. 50).

Observa-se que as mulheres não sofrem as discriminações do mesmo modo e a desigualdade sexual impacta de forma distinta as violências sofridas. O reconhecimento das mulheres passa pela conceituação: quem são as mulheres? Raymond (2017) apud Dornelles (2020, p.127) faz uma importante reflexão sobre as diferenças biológicas e sobre a transexualização:

“Meninas e mulheres compartilham a experiência de um corpo mais fraco do que o macho, que menstrua, que engravida (e que há um prazo para isso), que é regulado por certos hormônios. Elas têm uma história comum. A cirurgia pode conferir os artefatos dos órgãos femininos externos, mas não pode conferir a história de nascer mulher nesta sociedade”

Mesmo a existência de mulheres que se autoidentificam como do gênero masculino, não implica em uma situação de “privilégio” que coloca os transhomens numa posição igualitária aos homens. O Instituto Brasileiro de Transmasculinidades (IBRAT), organização da sociedade civil sem fins lucrativos que atuou *como amicus curiae* na ADPF 527, alertou sobre os riscos caso a identidade de gênero seja o único critério no contexto carcerário. A instituição ressaltou que os homens trans, apesar de se identificarem como masculinos, não possuem as mesmas vantagens físicas que os homens cisgênero, o que pode colocá-los em situações de vulnerabilidade e risco, especialmente em ambientes prisionais masculinos. Assim, é crucial considerar não apenas a identidade de gênero, mas também os aspectos físicos e de segurança ao determinar a alocação de pessoas transgênero no sistema prisional, garantindo que suas necessidades e proteção sejam devidamente atendidas conforme disposto no pedido de ingresso no feito (IBRAT, 2021, p. 5):

Antes de mais nada, cabe ressaltar que apesar de extremamente importante a ADPF 527, esta trouxe uma omissão que pode causar DANO IRREPARÁVEL a parcela da comunidade de transexuais, já que a exordial da ação é COMPLETAMENTE OMISSA acerca da existência a realidade de HOMENS TRANSEXUAIS, bem como, suas particularidades. Analisar-se a demanda da presente ação SEM CONSIDERAR AS PARTICULARIDADES E VULNERABILIDADES COPÓREAS dos homens transexuais pode levar a latente ilegalidade e futuras agressões a princípios fundamentas contemplados em nosso ordenamento jurídico, principalmente, princípios constitucionais relativos a integridade física da pessoa humana. Cientes do RISCO IMINENTE da presente ADF, bem como, da necessidade de uma readequação, com contemplação de texto expresso frisando sobre as particularidades e necessidades específicas dos homens transexuais, o instituto IBRAT, formado em sua TOTALIDADE por homens transexuais, inclusive, alguns egressos do sistema prisional, expressam sua vontade em contribuir com arcabouço oral e teórico de só quem tem local de fala pode contribuir. Ao afirmar que transexuais e travestis devem ser conduzidos para estabelecimento prisional conforme sua identidade de gênero, obviamente, tal medida para mulheres trans e travestis é de grande valia, pois estas no sistema prisional masculino sofrem as mais variadas violências, entretanto, caso a identidade de gênero seja o único critério, tal afirmativa ocasionará o direcionamento de homens transexuais à presídios masculinos, que apesar de condizer com sua identidade de gênero, iria colocá-lo em situação de vulnerabilidade física. Em virtude de todo referencial abordado no decorrer do trabalho constatou-se que apesar de haverem alguns avanços no que tange o tratamento de travestis, homens e mulheres transexuais, ainda existe muito trabalho a fazer para garantir parâmetros mínimos que garantam o tratamento adequado desta parcela da população

O Ministério da Saúde em cartilha publicada em 22 de maio de 2024 sobre “*Acolhimento e Valorização às trabalhadoras e trabalhadores e futuras trabalhadoras e trabalhadores da saúde no processo de maternagem/transpaternagem, acolhimento e valorização de mulheres, homens trans e outras pessoas que gestam*”, indicou que em 2021 2% da população brasileira se identificava como trans. O documento considera que o sexo biológico é produto dos

entendimentos e ideias construídas sobre gênero e que não existem características essenciais ou inerentes a nenhuma categoria de análise. Citando Judith Butler, a cartilha afirma: "O sexo e o gênero são materializados nos corpos por normas regulatórias que são constantemente reiteradas, repetidas e ratificadas e que assumem o caráter de substância e de normalidade" (BUTLER, 2008, p. 10).

Tatiana Dornelles faz uma ponderação importante ao destacar a escassez de produção científica que investiga os efeitos da implementação das demandas da comunidade transgênera sobre as mulheres. Ela ressalta a necessidade de uma análise mais profunda e equilibrada para compreender como essas mudanças impactam diretamente as mulheres, especialmente em áreas onde as implicações são significativas.

Negar direitos às mulheres com base no sexo biológico, que constituem 51,5% da população (segundo o último Censo do IBGE, realizado em 2022) em favor de um grupo que representa apenas 2% da população, sem considerar a proporção entre transmulheres e transhomens, contradiz o discurso de proteção e garantia dos direitos das minorias, que visa reconhecer e atender às suas vulnerabilidades. Embora seja crucial reconhecer a identidade de gênero como um direito de personalidade, tratar a diferença sexual como se mulheres e transmulheres enfrentassem o mesmo tipo de violência não promove verdadeira equidade. O dilema de assegurar os direitos e a dignidade das mulheres transgênero, enquanto se garante a segurança e o bem-estar das mulheres, é complexo e requer uma abordagem cuidadosa que considere ambos os aspectos. É essencial encontrar soluções que protejam os direitos humanos de todas as partes envolvidas, mantendo um ambiente seguro e justo para todos.

## CONCLUSÃO

A revisão bibliográfica e jurisprudencial revela que as mulheres continuam a enfrentar desvantagens estruturais em relação aos homens. A mudança no paradigma de gênero, que se afastou do sexo biológico em função da autoidentificação, não eliminou as desigualdades sexuais. Pelo contrário, as mulheres agora enfrentam novos desafios, à medida que conquistas de direitos que reconheciam essas desigualdades são substituídas por novas formas de desigualdade de gênero.

O debate sobre a adoção do critério de autoidentificação tem sido frequentemente evitado, sendo rotulado como transfobia ou discurso de ódio. No entanto, não há consenso acadêmico e científico sobre se apenas a cultura e a socialização são determinantes na construção das identidades de gênero. As consequências dessa mudança impactam aspectos cotidianos da vida das mulheres, como o uso de espaços públicos, banheiros, prisões, competições esportivas e sistemas de cotas para cargos públicos, entre outros.

Foi demonstrada a falta de consenso quanto ao acesso às prisões femininas em duas decisões apresentadas: uma concedendo a transferência de travestis para presídios femininos e outra negando. Uma dessas decisões foi prolatada em 2018 pelo Ministro do STF Luís Roberto Barroso no Habeas Corpus nº. 152.491 – SP, a outra proferida pela Juíza de Direito, Leila Cury em 15 de março de 2018, da Vara de Execução Penal do Distrito Federal no Habeas Corpus nº 00022531720188070015.

Outra situação que mostra a controvérsia trata-se do Recurso Extraordinário 845779 que discutiu o caso envolvendo uma pessoa transgênera que foi proibida de usar o banheiro feminino em um shopping center. A decisão da primeira instância julgou o pedido procedente, estabelecendo uma indenização de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) por danos morais, mas o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina reformou a decisão, não reconhecendo que a conduta seria indenizável a título de dano moral. O Recurso Extraordinário, visando reformar o acórdão proferido pelo TJSC, relatado pelo Ministro do STF Luís Roberto Barroso decidiu pelo conhecimento do recurso, evidenciando a controvérsia constitucional, relevância jurídica e repercussão geral demonstrando que foram cumpridos os requisitos de admissibilidade recursal. No entanto, a maioria dos Ministros do STF, negou seguimento ao Recurso Extraordinário, votando pelo não reconhecimento da repercussão geral da matéria nos

termos do voto do Ministro Luiz Fux, que foi o redator do acórdão, ficando vencidos os Ministros Luís Roberto Barroso (Presidente e Relator), Edson Fachin e Cármen Lúcia.

A abordagem de “violência de gênero” em vez de “violência contra a mulher”, de certa forma oculta a origem do problema, seus perpetradores e, conseqüentemente, a realidade material sofrida pelas mulheres em razão da sua condição biológica.

A ampliação do conceito de gênero tem levado a um apagamento do histórico de desigualdade sexual que as mulheres enfrentam, um problema que persiste em diferentes graus e culturas. A realidade dos corpos sexuados é relevante e reconhecer essa realidade não implica em determinismo biológico, mas em considerar as necessidades e vulnerabilidades desses corpos para promover direitos e proteção adequados.

A população LGBTI sofre diversos tipos de violência, em especial as transmulheres, no entanto pôde ser verificado que o problema vai além de uma questão identitária. Mulheres biológicas e transmulheres não estão expostas aos mesmos tipos de violência e considerar as diferenças não significa infringir em uma lógica discriminatória, mas encontrar medidas que mitiguem essas violências de forma efetiva.

Reconhecer a diferença sexual não reduz a complexidade das relações humanas. Os argumentos que enfatizam a relevância das diferenças biológicas são essenciais para a formulação de políticas públicas e decisões judiciais que afetam diretamente a sociedade. Portanto, é crucial entender que ciência e objetividade não são incompatíveis com a complexidade das relações humanas e das questões sociais, mas sim complementares na busca por justiça e igualdade para todos. Concluimos que a integração de uma abordagem que considere tanto as diferenças biológicas quanto as construções sociais é fundamental para promover uma justiça equitativa e proteger os direitos de todos os indivíduos.

## BIBLIOGRAFIA

ALVES, Leonardo Dias. **A divisão racial do trabalho como um ordenamento do racismo estrutural**. Revista Katálysis. Florianópolis, v. 25, n. 2, ESPAÇO TEMÁTICO: SERVIÇO SOCIAL, RACISMO E CLASSES SOCIAIS, p. 212-221, maio-ago. 2022.

AGUILAR, Márcia Adriana Brasil; GONÇALVES, Josiane Peres. **Conhecendo a perspectiva pós-estruturalista: breve percurso de sua história e propostas**. Revista Conhecimento Online. Novo Hamburgo, v. 9. 2017.

AMARAL, Fabíola Scheffel do; PEREIRA, Jhonatan. **A violência contra as mulheres e seus reflexos na legislação brasileira**. In: III Colóquio Nacional de Estudos de Gênero e História: Epistemologias, Interdições e Justiça Social, Marechal Cândido Rondon, 2018.

BANDEIRA, Lourdes M. **A Lei Maria da Penha completa 15 anos e ainda provoca desafios**. Agência Patrícia Galvão, 11 ago. 2021. Disponível em: <<https://www.agenciapatriciagalvao.org.br>>.

BANDEIRA, Lourdes. **Por onde anda o ativismo feminista hoje?**. Texto apresentado em 1ª versão no MR10 - Ativismos feministas, política e poder, durante o 43º ANPOCS-2019, Caxambu, MG, 22 out. 2019.

BASTOS, Celso Seixas Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1989.

BIAVASCHI, Magda Barros. **Os direitos das trabalhadoras domésticas e as dificuldades de implementação no Brasil: contradições e tensões sociais**. São Paulo: Friedrich-Ebert-Stiftung (FES) Brasil, dezembro de 2014.

BIROLLI, Flavia. **Autonomia, opressão e identidades: a resignificação da experiência na teoria política feminista**. Estudos Feministas. Florianópolis, v. 21, n. 1, p. 424, jan./abr. 2013.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. 10.1998 ed. São Paulo: Bertrand Brasil, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em:

BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Políticas para as Mulheres. **Tempos e Memórias do Feminismo no Brasil**. Brasília: SPM, 2010. 68 p. : il. Série: Memórias das Lutas Feministas no Brasil. Linha do Tempo. Textos de Lourdes Bandeira e Hildete Pereira de Melo.

BRASIL. Secretaria Nacional de Políticas Penais. **Relatório de Informações Penais: 1º Semestre de 2023**. Dados Estatísticos do Sistema Penitenciário. Brasília: Secretaria Nacional de Políticas Penais, 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Proteção da mulher: jurisprudência do STF e bibliografia temática**. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2019.

BUTLER, Judith. **Problemas de Gênero: Feminismo e subversão da identidade**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CLÉVE, Clèmerson Merlin. **Ação direta de inconstitucionalidade**. A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional, ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

COSSI, Rafael Kalaf. **Stoller e a psicanálise: da identidade de gênero ao semblante lacaniano**. Estud. psicanal., Belo Horizonte, n. 49, p. 31-43, jul. 2018.

DORNELLES, Tatiana Almeida de Andrade. **A “disforia de gênero” infanto-juvenil e o direito fundamental da proteção integral da criança e do adolescente - Um debate necessário**. In: Direitos Fundamentais em Processo – 2020. ESMPU.

DORNELLES, Tatiana Almeida de Andrade. **O Supremo Tribunal Federal e os transgêneros em presídios femininos: análise crítica da ADPF 527**. 2022.

DORNELLES, Tatiana Almeida de Andrade. **Perguntem aos promotores: as transmulheres em presídios femininos e a ADPF 527**. Revista CNMP, [local], [s.n.] 2021.

DORNELLES, Tatiana Almeida de Andrade. **PrisioneirXs: Transmulheres nos presídios femininos e o X do problema**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2020. 164 p. ISBN 978-65-5599-002-7.

ESTUPRADORA trans é acusada de abusar de mulheres na prisão. Catraca Livre, [s.l.], 11 set. 2018. Disponível em: <https://catracalivre.com.br/cidadania/estupradora-trans-e-acusada-de-abusar-de-mulheres-na-prisao/>.

FAUSTINI, Ana Carolina Miguel; CASTRO, Helena Salim de; VIEIRA, Raissa do Vale. **Feminismo Pós-Estruturalista**. 2021. IARAS: Grupo de Estudo de Gênero da UNESP.

FEIJÓ, Janaína. **Diferenças de gênero no mercado de trabalho**. Instituto Brasileiro de Economia. Fundação Getulio Vargas, 8 mar. 2023.

FEITOSA, Y. S.; ALBUQUERQUE, J. S. **Evolução da mulher no mercado de trabalho**. Business Journal, v.1, n.1, p.1-17, 2019.

FRAGA, Alexandre Barbosa; MONTICELLI, Thays Almeida. **“PEC das Domésticas”:** **holofotes e bastidores**. Revista Estudos Feministas, Florianópolis, v. 29, n. 3, e71312, 2021.

FRASER, Nancy. **Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas**. Tradução de Julio Assis Simões. Cadernos de Campo, São Paulo, n. 14/15, p. 7-68, 2006.

FIGUEIRÊDO, Ediliane Lopes Leite de. **A tradição jurídica sexista brasileira: manifesto da discriminação e desigualdade das mulheres**. In: MELO, Ezilda (org.). Maternidade e direito [livro eletrônico]. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. 2Mb: e-book.

GONÇALVES, Fernanda Bernardo. **A Convenção pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) e a condição feminina nas “sociedades opressoras contemporâneas”**. Revista Brasileira de Direito Internacional, Curitiba, v. 6, n. 6, p. jul./dez. 2007.

GOLDIN, Claudia. **A grand gender convergence: Its last chapter**. American Economic Review. 2014. P. 1091-1119.

GROSSI, Miriam Pillar. **"Identidade de gênero e sexualidade."** Revista antropologia em primeira mão (1998).

HENRIQUES, Cibele da Silva. **Do trabalho doméstico à educação superior: a luta das mulheres trabalhadoras negras pelo direito à educação superior**. O Social em Questão, Rio de Janeiro, ano XX, n. 37, p. 111-127, jan./abr. 2017.

JEFFREYS, Sheila. **Gender hurts: a feminist analysis of the politics of transgenderism**. Londres: Routledge, 2014.

JEFFREYS, Sheila. **Man's dominion: religion and the eclipse of women's rights in world politics**. Nova Iorque: Routledge, 2012.

JENNESS, V. **Transgender inmates in California's prisons: an empirical study of a vulnerable population**. In: The California department of corrections and rehabilitation wardens' meeting, 2009, Sacramento, CDCR, 2009.

JR., Paulo Hamilton Siqueira. **Direito processual constitucional**. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2017. E-book. ISBN 9788547213152.

LIMA, João Batista Guimarães de. **A mudança de sexo do transexual e a não exigência de intervenção cirúrgica de transgenitalização ou decisão judicial para alteração no registro civil**. In: Temas contemporâneos de direito latino-americano. Brasília: Editora Kiron, 2018, p. 99-122.

LIMA, Suzana Borges Viegas de. **O estatuto jurídico das relações homoafetivas**. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015. v. 1. 252 p.

LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito do trabalho da mulher: da proteção à promoção**. Cadernos Pagu, Campinas, n. 26, p. 405-430, jan./jun. 2006.

MARIANO, Gustavo Borges; GONÇALVES NETO, João da Cruz. **Corpos inominados nas margens da realidade: um estudo interdisciplinar sobre o direito ao nome de travestis e transexuais**. In: Da dogmática à efetividade do direito civil: anais do Congresso Internacional de Direito Civil e Constitucional: IV Congresso do IBDCIVIL. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 677-698.

RIBEIRO, Marcelo. **Processo Civil**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559646166.

MATRIA - Mulheres Associadas, Mães e Trabalhadoras do Brasil. **Referências falsas afirmações sobre a população autodeclarada trans no Brasil**. 2024.

MELO, Cristina Nascimento de. **A cota de gênero nas eleições proporcionais: a inclusão dos transgêneros e travestis**. In: Direito eleitoral: temas relevantes. Curitiba: Juruá, 2018, p. 229-244.

Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Proteção Global. Departamento de Promoção dos Direitos de LGBT. (2020). **LGBT NAS PRISÕES: Diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiência de encarceramento**. Diretora: Marina Reidel. Consultor: Amilton Gustavo da Silva Passos.

Ministério da Mulher. **Igualdade Salarial**. 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/mulheres/pt-br/assuntos/igualdade-salarial#:~:text=O%20artigo%203%C2%BA%20do%20Decreto,de%20A%C3%A7%C3%A3o%20para%20Mitiga%C3%A7%C3%A3o%20da>

MENDONÇA, Jorge André De Carvalho. **A hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos: uma análise do RE 80.004/SE, do HC 72.131/RJ e do RE 466.343-1/SP.2021**. Justiça Federal em Pernambuco. Disponível em: [jfpe.jus.br](http://jfpe.jus.br)

MONTEBELLO, Marianna. **A proteção internacional aos direitos da mulher**. Revista da EMERJ, v.3, n.11, 2000.

MONTEIRO, Izabelle Pontes Ramalho Wanderley; COUTINHO, Ana Luisa Celino. **Gênero e violência contra a mulher no direito brasileiro: uma análise histórica**. In: MELO, Ezilda (Org.). Maternidade e direito [livro eletrônico]. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

MOTTA, Sylvio. **Direito Constitucional**. Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9788530993993.

MUNIZ, Alexandre Carrinho; FORTUNATO, Tammy. **A assistência judiciária às mulheres em situação de violência doméstica nas ações penais como direito fundamental**. In: Direitos fundamentais em processo - Estudos em comemoração aos 20 anos da Escola Superior do Ministério Público da União. 2020.

NASCIMENTO, Vanderlei de Freitas; LEHFELD, Lucas de Souza. **O tratamento social igualitário destinado aos transexuais enquanto expressão dos direitos fundamentais**. Revista de direito constitucional e internacional, v. 24, n. 95, p. 83-102, abr./jun. 2016.

ONU. **Convenção sobre eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (CEDAW)**. 1978

CASTEL, Pierre-Henri. **Algumas reflexões para estabelecer a cronologia do "fenômeno transexual" (1910-1995)**. Revista Brasileira de História, v. 21, n. 41, 2001.

PRADO, Marco Aurélio Máximo et al. **A construção institucional do gênero criminoso: travestis e transexuais no sistema de justiça.** Revista brasileira de ciências criminais, v. 26, n. 146, p. 515-537, ago. 2018.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Resolução Conjunta n. 1**, de 15 de abril de 2014 - Conselho Nacional de Combate à Discriminação.

RAGAZZI, José Luiz. **Homoafetividade e o direito à igualdade, à liberdade, à não discriminação e o respeito à diferença.** In: Manual do direito homoafetivo. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 100-119.

ROCHA, Anderson Caldas et al. **A evolução dos direitos trabalhistas da mulher ao longo dos tempos.** Cadernos de Graduação - Ciências Humanas e Sociais. Aracaju, v. 1, n. 17, p. 77-84, out. 2013.

ROUDINESCO, Elisabeth. **O eu soberano: Ensaio sobre as derivas identitárias.** Trad. Eliana Aguiar. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2022. (Coleção Transmissão da Psicanálise).

SALEME, Edson Ricardo. **Direito constitucional.** Disponível em: Minha Biblioteca, (5th edição). Editora Manole, 2022.

SANTIAGO, Eloisa Samy. **Convenção sobre eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (CEDAW) O decreto 4.377/2002 como norma fundamental definidora do conceito mulher.** Rio de Janeiro, 2022. Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

SARMENTO, Daniel. **Apontamentos sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental.** Revista de Direito Administrativo, v. 224, p. 95-116, 2001.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26.** 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.275.** 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 527.** 2018