

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

RELATOR : **MIN. ROBERTO BARROSO**
REQTE.(S) : ASSOCIACAO BRASILEIRA DE GAYS, LESBICAS E
TRANSGENEROS
ADV.(A/S) : JOSE SOUSA DE LIMA E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE
POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA - CNPCP
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE
POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

DECISÃO:

PROCESSO CONSTITUCIONAL. ARGÜIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. AÇÃO PROPOSTA
PELA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LÉSBICAS, GAYS, BISEXUAIS,
TRAVESTIS E TRANSEXUAIS.

1. De acordo com a jurisprudência do STF, as entidades de
classe de âmbito nacional devem reunir os seguintes requisitos
para configuração da legitimidade ativa para propor ação
direta: (i) comprovação de associados em nove Estados da
federação; (ii) composição da classe por membros ligados entre
si por integrarem a mesma categoria econômica ou profissional;
(iii) pertinência temática entre seu objetivo social e os interesses
defendidos em juízo.

2. Superação da jurisprudência. A missão precípua de uma
suprema corte em matéria constitucional é a proteção de
direitos fundamentais em larga escala. Interpretação teleológica
e sistemática da Constituição de 1988. Abertura do controle
concentrado à sociedade civil, aos grupos minoritários e
vulneráveis.

ADPF 527 MC / DF

3. Considera-se classe, para os fins do 103, IX, CF/1988, o conjunto de pessoas ligadas por uma mesma atividade econômica, profissional ou pela defesa de interesses de grupos vulneráveis e/ou minoritários cujos membros as integrem.

4. Ação direta admitida.

SÍNTESE DA CAUSA

1. Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental proposta pela Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (“ALGBT”), tendo por objeto os arts. 3º, §§1º e 2º, e 4º, *caput* e parágrafo único, da Resolução Conjunta da Presidência da República e do Conselho de Combate à Discriminação nº 1, de 14 de abril de 2014 (“Resolução Conjunta”). Tais dispositivos estabeleceram parâmetros de acolhimento do público LGBT submetido à privação de liberdade nos estabelecimentos prisionais brasileiros, com o seguinte teor:

“Art. 3º - Às travestis e aos gays privados de liberdade em unidades prisionais masculinas, considerando a sua segurança e especial vulnerabilidade, deverão ser oferecidos espaços de vivência específicos.

§1º - Os espaços para essa população não devem se destinar à aplicação de medida disciplinar ou de qualquer método coercitivo.

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

Art. 4º - As pessoas transexuais masculinas e femininas devem ser encaminhadas para as unidades prisionais femininas.

Parágrafo único – Às mulheres transexuais deverá ser garantido tratamento isonômico ao das demais mulheres em

ADPF 527 MC / DF

privação de liberdade.” (Grifou-se)

2. A requerente reconhece que a Resolução Conjunta foi elaborada a partir de importantes normas internacionais de direitos humanos, e que a sua aprovação constituiu uma conquista para a Comunidade LGBT. Observa, ainda, que a norma serviu de base à decisão proferida no âmbito do HC 152.491, de minha lavra, em que se determinou a colocação de mulheres transexuais em estabelecimento compatível com a sua identidade de gênero.

3. Pondera, contudo, que outros juízos têm conferido à norma interpretação diversa. Ilustra a assertiva com decisão proferida pelo juízo da Vara de Execução Penal do Distrito Federal (HC 00022531720188070015), em que se indeferiu o pedido de transferência de travestis e de mulheres transexuais para presídios femininos, com base nos seguintes fundamentos: (i) a Resolução Conjunta 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 examinado pela Vara de Execução Penal, já estariam alocados em salas separadas dos homens, receberiam banho de sol em local diverso e visita íntima; (iii) os postulantes não passaram por cirurgia de transgenitalização; (iv) não há superlotação, mas também não há espaço ocioso nos presídios femininos, de modo que as mulheres transgênero serão 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 representa risco para as últimas em caso de brigas; (vii) a possibilidade de “ocorrer relação sexual forçada não é percentualmente desprezível” (não se apresenta, contudo, o percentual); (viii) devem-se preservar os interesses das agentes de segurança penitenciária, que trabalham nos presídios femininos e que poderão ter que apartar brigas entre mulheres cisgênero e transgênero, essas últimas dotadas de superioridade física.

ADPF 527 MC / DF

4. Afirma-se, ainda, no feito, que a decisão proferida nos autos do HC 152.491, de minha relatoria, não teria determinado a transferência de travestis ou de mulheres transexuais para presídios femininos, prescrevendo tão-somente sua colocação em “estabelecimento compatível com a sua identidade”. Alega-se, também, que a decisão não é dotada de efeitos *erga omnes*, razão pela qual o juízo da Vara de Execuções Penais não estaria obrigado a observar a tese nela firmada.

5. A Requerente argumenta que interpretações como aquela descrita acima implicam violação aos preceitos fundamentais: (i) da dignidade humana (CF/1988, art. 1º, III), (ii) da proibição de tratamento degradante ou desumano (CF/1988, art. 5º, III) e (iii) do direito à saúde de travestis e transexuais (CF/1988, art. 196). E frisa que, muito embora os direitos da população LGBT possam ser objeto de ações individuais, há necessidade de uma decisão do STF sobre o tema, dotada de efeitos vinculantes e gerais, de forma a ser obrigatoriamente observada pelas diversas Varas de Execução Penal, para que situação semelhante àquela narrada acima não se repita. Estariam demonstrados, com base em tais fundamentos, a presença da potencial violação a preceito fundamental e do requisito da subsidiariedade da ação, para os fins de cabimento da ADPF.

6. No que respeita à legitimidade para a propositura da ação direta, a Requerente afirma ser entidade de classe de âmbito nacional, cujo objeto é a defesa dos interesses e direitos das pessoas LGBTs. Alega que tal objeto está previsto nos arts. 5º e 6º de seu Estatuto Social (“Estatuto”)[1]. E observa que seu caráter nacional deriva do art. 24 do Estatuto, que prevê, em sua estrutura administrativa, uma direção nacional e cinco secretarias regionais, a saber: Regional Centro-Oeste, Regional Nordeste, Regional Norte, Regional Sudeste e Regional Sul[2].

7. Com base nesses fundamentos, postula que o Supremo

ADPF 527 MC / DF

Tribunal Federal confira interpretação conforme aos arts. 3º, §§1º e 2º, e 4º, par. único, da Resolução Conjunta, para assentar, nos termos da petição de aditamento à inicial, que: (i) “as custodiadas transexuais do gênero feminino somente poderão cumprir pena em estabelecimento prisional compatível com o gênero feminino”; (ii) “as custodiadas travestis, identificadas socialmente com o gênero feminino, poderão optar por cumprir pena em estabelecimento prisional do gênero feminino ou masculino”. Em sede cautelar, requer, ainda, a determinação da transferência imediata das travestis que exercerem tal opção e das mulheres transexuais para os respectivos estabelecimentos prisionais. Por fim e subsidiariamente, postula o recebimento do feito como ação direta de inconstitucionalidade (ADIN), caso se entenda não ser hipótese de ADPF.

É o relatório.

CONHECIMENTO DA AÇÃO:

A REQUERENTE COMO ENTIDADE DE CLASSE DE ÂMBITO NACIONAL
DEFENSORA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DA COMUNIDADE LGBT

8. De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, alguns requisitos devem ser preenchidos para a configuração de uma entidade de classe de âmbito nacional, a saber[3]: (i) a demonstração do alcance nacional da associação, por meio da comprovação de afiliados presentes em ao menos nove Estados da Federação, em analogia à Lei dos Partidos Políticos[4]; (ii) a representação de uma classe, caracterizada por filiados ligados entre si pelo exercício da mesma atividade econômica ou profissional, por aplicação analógica da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT, art. 920); (iii) a existência de pertinência temática entre o objeto da entidade e o direito defendido por meio da ação.

ADPF 527 MC / DF

9. A Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (“ALGBT”) demonstrou possuir caráter nacional. Além de atuar nacionalmente e de apresentar diretorias para todas as regiões brasileiras, a requerente reúne filiados em mais de nove Estados da federação, tal como exigido pela jurisprudência desta Corte[5]. Não há dúvida, ademais, da existência de pertinência temática entre os objetivos da ALGBT, consistentes na defesa dos interesses da comunidade LGBT, e a providência postulada por meio desta ação: a transferência de travestis e mulheres transexuais para presídios femininos, justamente para observar sua identidade de gênero e protegê-las contra atos de violência.

10. Entretanto, *a ALGBT não constitui entidade de classe de âmbito profissional ou econômico*, tal como exigido pela jurisprudência do Supremo, pois não reúne, em seus quadros, afiliados que desempenhem a mesma atividade econômica ou profissional. O vínculo que une os associados da ALGBT consiste na *busca pela não discriminação com base na orientação sexual ou na identidade de gênero* e pelo reconhecimento da sua autonomia e identidade. A pergunta que se coloca aqui, portanto, é: *deve o Supremo Tribunal Federal revisitar a sua jurisprudência sobre a configuração do requisito “classe”, para o fim de conferir-lhe entendimento menos restritivo que aquele praticado até o momento? Deve-se buscar interpretação, que permita que grupos vulneráveis e minoritários, unidos pela luta por direitos fundamentais, possam acessar o controle concentrado da constitucionalidade?*

11. Parece-me que a resposta é inequivocamente positiva por três ordens distintas de fundamentos. *Em primeiro lugar*, as justificativas que levaram o STF a construir uma interpretação restritiva do significado de “classe” não estão mais presentes. *Em segundo lugar*, o resultado de tal interpretação implica violação à teleologia e ao sistema da Constituição e impede que o Supremo cumpra uma dimensão fundamental da sua missão institucional: a proteção de direitos fundamentais com celeridade, efetividade e em ampla escala. *Em terceiro lugar*, trata-se de interpretação que enseja a violação da igualdade por impacto desproporcional sobre

ADPF 527 MC / DF

grupos minoritários.

1. A SUPERAÇÃO DAS CONDIÇÕES QUE JUSTIFICARAM A INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DO CONCEITO DE “CLASSE”

12. A Constituição previu, em seu art. 102, IX, que podem propor ação direta as entidades de classe de âmbito nacional. Não definiu o significado do conceito jurídico indeterminado “classe”, ou da expressão “âmbito nacional”. Tampouco estabeleceu uma diferença entre legitimados universais, que poderiam propor ações diretas sobre toda e qualquer matéria, e legitimados especiais, que deveriam se ater a questões relacionadas aos interesses que foram constituídos para defender e, portanto, demonstrar o requisito de pertinência temática. A limitação do significado de classe a categorias econômicas e profissionais, assim como a exigência do requisito de pertinência temática são produto da interpretação produzida pelo Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria, nos primeiros anos de vigência da Constituição de 1988, que, não por acaso, acabou identificada pela doutrina como “jurisprudência defensiva”[6].

13. No regime constitucional anterior, a propositura de ações diretas encontrava-se limitada ao Procurador-Geral da República, cargo de livre nomeação e exoneração do Presidente da República. Essa circunstância permitia que o controle concentrado fosse exercitado com extrema parcimônia e se mantivesse sob o controle do Poder Executivo. A Constituição de 1988 exerceu a opção de ampliar substancialmente o rol dos legitimados para deflagrar tal controle (e ainda os instrumentos aptos a ensejá-lo). Tal ampliação gerou apreensão entre os Ministros do STF, durante o processo constituinte. Alguns membros do Tribunal manifestaram-se, então, desfavoravelmente à medida[7].

14. Acredita-se que uma razão relevante para a resistência a

ADPF 527 MC / DF

tal competência era o temor de que a ação direta de inconstitucionalidade se tornasse uma nova ação popular, alçando toda e qualquer matéria diretamente ao conhecimento da Corte e sobrecarregando o Tribunal. Uma segunda justificativa ventilada pela doutrina corresponde ao próprio período de transição democrática experimentado pelo STF, em que a Corte procurava exercer suas competências com parcimônia, de forma a não comprometer a consolidação da Democracia. Por fim, a composição do Supremo, nos primeiros anos de vigência da Constituição, não foi alterada. Os Ministros que proferiram as primeiras decisões à luz da Constituição de 1988 foram investidos em seus cargos durante o período autoritário, de maciça violação a direitos fundamentais[8]. Compartilhavam, ademais, uma outra compreensão do direito e da missão institucional do Supremo, tendo-o como uma espécie de “poder moderador” dos embates e articulador da cooperação entre os demais Poderes[9].

15. Todas as mencionadas circunstâncias se alteraram. Em primeiro lugar, estudos empíricos demonstram que, a despeito da ampliação do rol de legitimados e das ações que permitem a deflagração do controle concentrado, o volume de ações diretas propostas desde o início da vigência da Constituição representa parcela irrelevante do total de processos em curso no Supremo Tribunal Federal, correspondendo a menos de 1% do total dos processos da Corte. Os recursos que chegam ao STF, a seu turno, são responsáveis por mais de 90% do total de feitos que lhe são submetidos[10].

16. A democracia brasileira se consolidou ao longo do tempo. A Constituição está em vigor há trinta anos. Ultrapassou dois *impeachments* de Presidentes da República, o afastamento de parlamentares, investigações e instaurações de diversas ações penais contra altas autoridades. Não é mais o caso de se atuar com a apreensão de quem busca consolidar um regime recém-estabelecido.

ADPF 527 MC / DF

17. Por fim, a principal missão do Supremo Tribunal Federal, tal como a missão de toda e qualquer corte constitucional ou suprema corte com competência nesta matéria, é identificada atualmente com a proteção dos direitos fundamentais e do adequado funcionamento do processo democrático[11]. Como se demonstrará adiante, essa competência é frustrada pela interpretação restritiva ora examinada.

18. Assim, não há qualquer evidência de que a construção de um conceito de classe que permita a abrangência de entidades protetoras de direitos fundamentais possa gerar risco de aumento de ações, a ponto de impactar o funcionamento da Corte, ou que o exercício de tal competência possa comprometer, de algum modo, a estabilidade da Democracia brasileira.

2. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA E SISTEMÁTICA DO ART. 102, IX, CF/1988 E A MISSÃO INSTITUCIONAL DO SUPREMO: A PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS EM AMPLA ESCALA

19. Além disso, e como narrado acima, o art. 102 e seus incisos tiveram o objetivo de ampliar o acesso ao controle concentrado, por meio da extensão do rol de legitimados. Esse foi o propósito da inclusão das entidades de classe, das confederações sindicais, dos partidos políticos e de outras instituições nesse rol. Pretendeu-se efetivamente abrir o Tribunal à interlocução com a sociedade civil e com os movimentos sociais[12]. Tanto é assim que a Constituição não se ateve à majoração dos legitimados. Incluiu, ainda, em seu texto, outras ações que possibilitam deflagrar tal controle, tais como a ação de inconstitucionalidade por omissão[13], a ação declaratória da constitucionalidade[14] e a arguição de descumprimento de preceito fundamental[15]. Assim, a interpretação que limita a entidade de classe de âmbito nacional a categorias econômicas e profissionais é uma interpretação que deixa de observar a própria *teleologia da norma*, cujo propósito foi possibilitar a deflagração desta modalidade de controle pela sociedade civil.

ADPF 527 MC / DF

20. Mas não é só. A Constituição trouxe em seu texto um rol amplíssimo de direitos fundamentais e expressou particular preocupação com grupos vulneráveis. Nesse sentido, previu que a dignidade da pessoa humana constitui fundamento da República (art. 1º, III). Estabeleceu normas protetivas: dos reconhecidamente pobres (CF/1988, arts. 3º, III, 5º, LXXVI), de crianças, adolescentes, idosos e portadores de deficiência (CF/1988, art. 203). Garantiu a liberdade de religião e de expressão (CF/1988, art. 5º, VI, VII e VIII). Vedou a discriminação em razão de raça, gênero ou cor (CF/1988, art. 3º, IV). Protegeu indígenas (CF/1988, art. 231) e comunidades tradicionais (CF/1988, arts. 215 e 216).

21. A Constituição assegurou, ainda, o direito de voto de todos e ampliou a participação direta da sociedade civil por meio dos mais diversos institutos, tais como: a ação popular, a iniciativa popular de lei, o plebiscito e o referendo. Não é por acaso que foi chamada de Constituição Cidadã. O *ethos* da Constituição de 1988 liga-se a uma densa proteção dos direitos fundamentais, sobretudo de grupos minoritários e vulneráveis, e à ampliação da interlocução direta entre o Poder Público e a sociedade civil. Portanto, a interpretação que restringe o acesso de associações representativas dos direitos de grupos vulneráveis ao Supremo Tribunal Federal está em desacordo com o sistema constitucional.

22. É certo que as discussões sobre direitos fundamentais poderiam chegar à Corte por meio dos recursos extraordinários. Entretanto, a prática tem demonstrado que a grande maioria dos recursos admitidos e julgados pelo Supremo têm o Poder Público como recorrente. Qualquer que seja a razão de tal estado de coisas, o fato é que são raros os recursos admitidos e julgados em que figuram como requerentes associações protetoras de direitos fundamentais[16].

23. A via do controle concentrado é, ainda, mais célere, permite o conhecimento e a imediata suspensão de um ato violador de direitos fundamentais e produz uma decisão com efeitos vinculantes e

ADPF 527 MC / DF

gerais, de observância obrigatória para o Judiciário e a Administração Pública como um todo. Portanto, o controle concentrado da constitucionalidade é uma via *essencial* para que a Corte exerça a proteção de direitos fundamentais com efetividade. Trata-se, contudo, de proteção que só pode ser exercida se for provocada. Se, todavia, as associações de defesa de tais direitos não detêm legitimidade para propor tais ações – por não representarem uma classe econômica ou profissional – o principal autor de tais demandas estará afastado do controle concentrado.

24. Nessas condições, será preciso contar com a acolhida de tais interesses pelo Ministério Público, pela Ordem dos Advogados ou por algum outro legitimado universal para que certas violações sejam levadas ao Supremo. Todavia, nessas circunstâncias, a instituição que proporá a ação e defenderá tais direitos, se o fizer, não será aquela composta por quem experimenta as suas violações. O legitimado não terá uma perspectiva própria sobre a experiência de vulnerabilidade, discriminação e invisibilidade que se pretende corrigir. Nessas condições, *os grupos minoritários, que já não têm voz nas instâncias majoritárias, perdem o seu “lugar de fala” também no Judiciário*[17].

25. Estudos empíricos comprovam a assertiva acima e mostram um quadro ainda mais grave. Um levantamento sobre as ações diretas de inconstitucionalidade apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal, no período de 1988 a 2012, constatou que a maioria das ações diretas que versam sobre direitos fundamentais referem-se a *interesses corporativos* de servidores públicos, advogados públicos, magistrados, membros do Ministério Público etc.[18]. Obviamente, esse quadro tem íntima relação com quem pode propor uma ação direta. Se apenas entidades de classe representativas de interesses econômicos e profissionais podem deflagrar o controle concentrado, esses serão os interesses debatidos nesse âmbito[19].

26. Disso resulta que um imenso rol de direitos fundamentais

ADPF 527 MC / DF

relacionados à afirmação da dignidade, da autonomia, das liberdades, da igualdade e de outros valores essenciais sob o prisma existencial – dotados de elevado valor intrínseco, tal como reconhecido pela própria Constituição – simplesmente ficaram de fora do debate constitucional por meio do controle concentrado, nos últimos trinta anos de vigência da Constituição. Também ficaram substancialmente fora do debate por meio do controle difuso[20].

27. Isso permitiu que violações de direitos promovidas pelo regime autoritário não fossem conhecidas a tempo e hora. E continua permitindo, hoje, que a jurisdição constitucional, em lugar de ter por papel precípua a inclusão e a guarda dos direitos humanos daqueles grupos que não têm voz, seja instrumentalizada, em lugar disso, para promover a proteção dos interesses das corporações, para manter interesses econômicos de grupos que têm força no espaço majoritário, impossibilitando-se aquela que deveria ser a missão mais fundamental a ser exercida pela Supremo Tribunal Federal[21]. Nas palavras de Daniel Sarmiento[22]:

“Não há, assim, por que permitir o acesso à jurisdição constitucional para atores que encarnam os interesses das profissões e categorias econômicas, mas não para os que corporificam outros direitos e interesses, que são valorados, no mínimo, com o mesmo peso pela ordem jurídica. Esta assimetria no campo das garantias jurisdicionais é absolutamente injustificada, fruto de uma jurisprudência defensiva infeliz do STF, firmada em outro momento histórico, mas que parece subsistir por inércia, sem maiores questionamentos.

Só que a persistência desta jurisprudência restritiva cobra um preço muito caro: ela desprotege direitos básicos, ao dificultar a sua garantia pela jurisdição constitucional; empobrece a agenda do STF e mina a sua legitimidade democrática, tornando ilusória a ideia anteriormente discutida da representação argumentativa.” (Grifou-se)

ADPF 527 MC / DF

28. Assim, limitar as entidades de classe às categorias econômicas e políticas significa valer-se do controle de constitucionalidade para preservar interesses de grupos que dispõem de força política e frustrar o acesso à jurisdição constitucional justamente pelos grupos que mais precisam dela.

3. IGUALDADE E IMPACTO DESPROPORCIONAL SOBRE GRUPOS VULNERÁVEIS E/OU MINORITÁRIOS

29. Diante do exposto, fica evidente que a interpretação conferida pela jurisprudência do Supremo Tribunal federal à expressão “entidade de classe de âmbito nacional”, muito embora aplicada, de forma indistinta, a toda e qualquer associação, na prática implica em uma maior oneração daquelas entidades defensoras de direitos fundamentais de grupos minoritários e vulneráveis. Trata-se, portanto, de um entendimento pretensamente neutro, que produz um impacto desproporcional (*disparate impact*) e mais grave sobre tais grupos e que, por isso, não se compatibiliza com a ideia de igualdade[23].

30. A teoria do impacto desproporcional já foi utilizada pelo Supremo Tribunal Federal para afastar o teto de pagamento de benefícios do INSS no que diz respeito ao salário maternidade. Identificou-se que embora o teto fosse aplicável a todos em igualdade de condições, ele onerava particularmente as mulheres, uma vez que a diferença entre o valor limite de benefícios do INSS e o salário da trabalhadora deveria ser custeado pelo empregador, que acabaria evitando contratar empregados do sexo feminino para evitar custos adicionais. Nesse sentido: ADI 1.946, Rel. Min. Sydney Sanches[24].

31. Na mesma linha, defendi em outro processo (embora tenha ficado vencido neste ponto), que a manutenção do art. 235 do Código Penal Militar, que torna crime militar o sexo consensual entre

ADPF 527 MC / DF

adultos, ainda que sem a carga pejorativa das expressões “pederastia” e “homossexual ou não”, produzia, apesar de sua aparente neutralidade e em razão do histórico e das características das Forças Armadas, um impacto desproporcional sobre homossexuais, o que seria incompatível com o princípio da igualdade. Nesse sentido, meu voto na ADPF 291, Rel. Min. Barroso.

32. A mesma situação parece se colocar no presente caso. *A limitação do conceito de classe à categoria econômica e social onera de forma desproporcional as entidades de defesa de grupos minoritários e vulneráveis, ligados entre si pela defesa de valores existenciais indiscutivelmente amparados pela Constituição.* Trata-se de ônus desproporcional porque a conceituação em tais termos mantém o acesso de entidades que têm trânsito na seara majoritária e que poderiam defender seus interesses nesse ambiente, ao passo em que sacrifica o acesso de grupos que só logram adquirir voz e acolhida no Judiciário.

33. 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.

34. Portanto, é preciso avançar para reconhecer que a entidade de classe de âmbito nacional é aquela composta por indivíduos ligados por vínculos econômicos, profissionais ou de defesa de direitos fundamentais, e que em todos esses casos há legitimidade ativa para a propositura de ação direta. A ideia, de fato, não é nova. O Ministro Fux já defendeu posição semelhante, em voto proferido na ADI 4029[27]. O

ADPF 527 MC / DF

Ministro Marco Aurélio posicionou-se da mesma forma em decisão monocrática proferida na ADI 5291[28]. Não bastasse isso, a interpretação aqui proposta tem sido defendida – e possivelmente aguardada – por diversos acadêmicos que se dedicam a acompanhar o funcionamento do Supremo Tribunal Federal[29]. Trata-se, portanto, de “*uma ideia cujo tempo chegou*”.

35. Essas são as razões que me levam a superar a jurisprudência anterior do Supremo Tribunal Federal, para assentar como entidade de classe de âmbito nacional, aquelas que, tendo comprovado seu caráter nacional, reúnam membros unidos por vínculo de natureza econômica, profissional ou pela defesa de direitos de grupos minoritários e vulneráveis de que façam parte.

CONCLUSÃO

36. Por todo o exposto, supero a jurisprudência pretérita do Supremo Tribunal Federal, para reconhecer que a Requerente constitui entidade de classe de âmbito nacional, e, portanto, conheço da ação.

37. No que respeita ao pleito cautelar, confiro ao feito o rito do art. 10 da Lei 9.868/1999. Entendo presente a existência de *periculum in mora* inverso (consistente no desfazimento das transferências de presídio) que recomenda a prévia oitiva das autoridades, antes da apreciação da cautelar. É importante, ainda, que se colham mais informações sobre: (i) a população de travestis e transexuais encarcerada e sobre (ii) o impacto de sua transferência sobre o sistema.

38. Nessa linha, determino: (i) a intimação das autoridades de que emanou o ato, para manifestação, no prazo de 5 (cinco) dias; e (ii) sucessivamente, a oitiva do Advogado-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República, no prazo de 3 (três) dias. Determino, ainda, (iii) a intimação do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, para que se manifeste

ADPF 527 MC / DF

sobre o tema, no mesmo prazo de 5 (cinco) dias.

Intime-se. Publique-se.

Brasília, 29 de junho de 2018.

MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO

Relator

Notas:

[1] Estatuto Social da ALGBT: “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. Art. 6º **Constituem finalidades adicionais da ABGLT: I – Promover campanhas gerais elou informativas procurando ser um instrumento de expressão, em nível nacional e internacional, das diretrizes políticas propostas por seus membros, propugnando pelo reconhecimento e exercício de todos os direitos para lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais; II – Maximizar a eficácia de organizações e redes que promovam a união de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais através da coordenação de ações políticas no Brasil; III – Promover cursos, seminários, fóruns de debates e encontros que atendam às necessidades de aprofundamento dos ternas relevantes a realidade de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais no Brasil; IV – Estimular e promover o intercâmbio de informação e cooperação entre organizações de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, mesmo não afiliadas, objetivando a emancipação LGBT, bem como outros**

ADPF 527 MC / DF

movimentos que apoiem essa luta no Brasil e no Exterior; V – **Defender os interesses comuns de seus membros** e representar suas afiliadas sempre que necessário; VI – Apoiar a criação e o desenvolvimento de organizações de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais no Brasil, promovendo iniciativas que visem o alcance da cidadania plena bem como o fim de qualquer discriminação por orientação sexual e/ou identidade de gênero; VII – Servir de ponto de referência em casos de discriminação contra lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais ou de violação de direitos humanos dos mesmos, fornecendo, dentro do possível, apoio moral, jurídico e logístico; VIII – **Reivindicar, protestar e usar todos os meios legais para combater qualquer forma de discriminação e violência por orientação sexual e/ou identidade de gênero, visando inclusive o direito de resposta por todos os meios de comunicação disponíveis**; IX – Colaborar com as afiliadas na elaboração de todos os tipos de projetos que promovam os direitos humanos de LGBT; X – **Promover e apoiar ações no combate a agravos de saúde que atinjam especialmente a população LGBT**, tal como é o caso da epidemia de HIV/AIDS, as Hepatites Virais, a Tuberculose, o HPV, entre outros, tendo em vista sempre a saúde integral em todos os seus aspectos de especificidades de gênero, raça/etnia e geracional numa perspectiva de redução de danos; XI – Criar, implantar e auxiliar programas, projetos e atividades de promoção das manifestações culturais e artísticas relativas a diversidade sexual; XII – Colocar-se ao lado de todas as organizações populares e movimentos que almejam transformar a vida das pessoas, fazendo-as mais livres e dignas. Estar ao lado dos chamados setores oprimidos e de todos os grupos vítimas da opressão generalizada ou específica; XIII – Divulgar para a sociedade as finalidades, objetivos, promoções e realizações da ABGLT” (grifou-se).

[2] Estatuto Social: “Art. 24 A Diretoria da ABGLT será composta por: **a) Diretoria Executiva Nacional**; Presidente(a); 1ª Vice-Presidência; 2ª Vice-Presidência; Secretaria Geral; Secretaria de Finanças; Secretaria de Comunicação; Secretaria de Relações Internacionais; Secretaria de Relações Institucionais; Secretaria de Relações com os Movimentos

ADPF 527 MC / DF

Populares; Secretaria de Organização e Formação Política; Secretaria de Direitos Humanos; 1º Suplente; 2º Suplente; 3º Suplente. **b) Secretarias Nacionais: (i) Secretarias Regionais: Regional Centro-Oeste; Regional Nordeste; Regional Norte; Regional Sudeste; Regional Sul”** (grifou-se).

[3] Luís Roberto Barroso. *Controle da constitucionalidade no Direito brasileiro*, 2016, p. 203-210.

[4] STF, RDA, 201:114, 199, ADIN 892, Min Néri da Silveira.

[5] Informação disponível em: www.abglt.org/associadas.

[6] BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2016, p. 195 e ss.

[7] Diego Werneck Arguelhes. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização. In.: Daniel Sarmento (org.). *Jurisdição Constitucional e Política*, 2015, p. 211-242.

[8] BARROSO, Luís Roberto. Doze anos da Constituição brasileira de 1988. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*, 2001. t. I, p. 24.

[9] Andrei Koerner; Lígia Barros de Freitas. Uma Análise Política do Processo de Representação de Inconstitucionalidade Pós-64. *Revista da Emarf*, Cadernos Temáticos, p. 299-328, 2010. Rodrigo Brandão; Daniel Capecchi Nunes. O STF e as entidades de classe de âmbito nacional: a sociedade civil e seu acesso ao controle concentrado de constitucionalidade. *Revista de Direito da Cidade*, v. 10, n. 1, p. 164-196.

[10] Joaquim Falcão; Pablo de Camargo Cerdeira. Diego Werneck Arguelhes. *Relatório Supremo em Números: O Múltiplo Supremo*. Disponível em: www.fgvbr./supremoemnumeros/publicacoes. O estudo abrangeu os processos recebidos pelo Supremo entre os anos de 1988 e 2009.

[11] Ronald Dworkin. *Império do Direito*. Jefferson Luiz Camargo (trad.), 2003, p. 271-331; John Hart Ely. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*, 1981; Luís Roberto Barroso. *Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas*. Disponível em:

ADPF 527 MC / DF

www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2015/12/O-papel-das-cortes-constitucionais.

[12] Newton Tavares Filho. Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público. *In.*: BACKES, Ana Luiza Backes et al (org.). *Audiências Públicas na Assembleia Nacional Constituinte: a sociedade na tribuna*, 2009, p. 219-238.

[13] A ADO constava do texto original da Constituição de 1988.

[14] A ADC foi inserida pela Emenda Constitucional 3/1993.

[15] A ADPF estava prevista no art. 102, §1º, CF/1988 e foi regulamentada, como ação direta, pela Lei 9882/1999.

[16] Alexandre Costa; Juliano Zaiden. Benvindo. A Quem Interessa o Controle Concentrado De Constitucionalidade? O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais. Universidade de Brasília (working paper), p. 1-84, abril 2014. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2509541>.

[17] Djamilia Ribeiro. *O que é lugar de fala?*, 2017.

[18] Alexandre Costa; Juliano Zaiden. Benvindo. A Quem Interessa o Controle Concentrado De Constitucionalidade? O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais. Universidade de Brasília (working paper), p. 1-84, abril 2014. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2509541>.

[19] Alonso Freire. Desbloqueando os canais de acesso à jurisdição constitucional do STF: Por que não também aqui uma revolução de direitos? *In.*: Daniel Sarmento (org). *Jurisdição constitucional e política*, 2015, p. 591-640.

[20] Joaquim Falcão; Pablo de Camargo Cerdeira. Diego Werneck Arguelhes. *Relatório Supremo em Números: O Múltiplo Supremo*. Disponível em: www.fgvbr.supremoemnumeros/publicacoes.

O estudo abrangeu os processos recebidos pelo Supremo entre os anos de 1988 e 2009.

[21] Alexandre Costa; Juliano Zaiden. Benvindo. A Quem Interessa o Controle Concentrado De Constitucionalidade? O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais. Universidade de

ADPF 527 MC / DF

Brasília (working paper), p.1-84, abril 2014. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2509541>.

[22] Daniel Sarmiento. Dar voz a quem não tem voz: por uma nova leitura do art. 103, IX, da Constituição. In: *Direitos, Democracia e República: escritos de direito constitucional*, 2018, p. 79-90.

[23] *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971), no qual, em síntese, a Suprema Corte dos EUA, levando em conta um histórico de discriminação racial, invalidou “testes de inteligência” aplicados como condição para contratação de candidatos a postos de trabalho, que implicavam para os negros resultados desfavoráveis em proporções muito mais altas do que aquelas que se verificavam em relação aos brancos. Sobre o tema, cf. John E. Nowak e Ronald D. Rotunda. *Constitutional law*. 5 ed., 1995; Daniel Sarmiento. A igualdade étnico-racial no Direito Constitucional Brasileiro: discriminação “de facto”, teoria do impacto proporcional e ação afirmativa. In. *Livres e Iguais: estudos de direito constitucional*, 2006.

[24] “DIREITO CONSTITUCIONAL, PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. LICENÇA-GESTANTE. SALÁRIO. LIMITAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 14 DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 3º, IV, 5º, I, 7º, XVIII, E 60, § 4º, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. [...]. 3. Na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R\$1.200,00 (hum mil e duzentos reais) por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira, facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora. Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da C.F./88), proibição, que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal. Estará, ainda, conclamado o empregador a oferecer à mulher trabalhadora,

ADPF 527 MC / DF

quaisquer que sejam suas aptidões, salário nunca superior a R\$1.200,00, para não ter de responder pela diferença. Não é crível que o constituinte derivado, de 1998, tenha chegado a esse ponto, na chamada Reforma da Previdência Social, desatento a tais conseqüências. Ao menos não é de se presumir que o tenha feito, sem o dizer expressamente, assumindo a grave responsabilidade”.

[25] Relatório da ONG Transgender Europe (TGEu). Disponível em: <http://especiais.correiobraziliense.com.br/brasil-lidera-ranking-mundial-de-assassinatos-de-transexuais>.

[26] Pedro Sammarco. *Travestis envelhecem*, 2013.

[27] Nas palavras do Ministro Luís Fux: “1. A democracia participativa delineada pela Carta de 1988 se baseia na generalização e profusão das vias de participação dos cidadãos nos provimentos estatais, por isso que **é de se conjurar uma exegese demasiadamente restritiva do conceito de “entidade de classe de âmbito nacional” previsto no art. 103, IX, da CRFB.** 2. **A participação da sociedade civil organizada nos processos de controle abstrato de constitucionalidade deve ser estimulada**, como conseqüência de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, na percepção doutrinária de Peter Häberle, mercê de o incremento do rol dos legitimados à fiscalização abstrata das leis indicar esse novel sentimento constitucional” (ADI 4029, Rel. Min. Fux, grifou-se).

[28] Segundo o Ministro Marco Aurélio: “Estou convencido, a mais não poder, ser a hora de o Tribunal evoluir na interpretação do artigo 103, inciso IX, da Carta da República, **vindo a concretizar o propósito nuclear do constituinte originário – a ampla participação social, no âmbito do Supremo, voltada à defesa e à realização dos direitos fundamentais.** A jurisprudência, até aqui muito restritiva, limitou o acesso da sociedade à jurisdição constitucional e à dinâmica de proteção dos direitos fundamentais da nova ordem constitucional. **Em vez da participação democrática e inclusiva de diferentes grupos sociais e setores da sociedade civil, as decisões do Supremo produziram acesso seletivo. As portas estão sempre abertas aos debates sobre interesses federativos,**

ADPF 527 MC / DF

estatais, corporativos e econômicos, mas fechadas às entidades que representam segmentos sociais historicamente empenhados na defesa das liberdades públicas e da cidadania” (ADI 5217, Rel. Min. Marco Aurélio, grifou-se).

[29] V. a título ilustrativo: Daniel Sarmento. Dar voz a quem não tem voz: por uma nova leitura do art. 103, IX, da Constituição. In: *Direitos, Democracia e República: escritos de direito constitucional*, 2018, p. 79-90; Rodrigo Brandão; Daniel Capecchi Nunes. O STF e as entidades de classe de âmbito nacional: a sociedade civil e seu acesso ao controle concentrado de constitucionalidade. *Revista de Direito da Cidade*, v. 10, n. 1, p. 164-196; Alonso Freire. Desbloqueando os canais de acesso à jurisdição constitucional do STF: Por que não também aqui uma revolução de direitos? In: Daniel Sarmento (org). *Jurisdição constitucional e política*, 2015, p. 591-640; Carina Lellis. Diálogos Sociais no STF: o art. 103, IX, da Constituição e a participação da sociedade civil no controle concentrado da constitucionalidade. In: Luís Roberto Barroso e Patrícia Perrone Campos Mello. *A Constituição brasileira de 1988 na visão da escola de direito constitucional da UERJ*. No prelo, 2018.