



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 527

Arguente: Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transsexuais

Arguidos: Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e Presidente do Conselho Nacional de Combate à Discriminação

Relator: Ministro Roberto Barroso

Penitenciário. Dispositivos da Resolução Conjunta nº 1/2014 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e do Conselho Nacional de Combate à Discriminação, que estabelece “os parâmetros de acolhimento de LGBT em privação de liberdade no Brasil”. Preliminares. Ilegitimidade ativa. Inadequação da via eleita. Natureza regulamentar dos dispositivos impugnados. Inobservância do requisito da subsidiariedade. Irregularidade na representação processual. Ausência de interesse de agir e impossibilidade jurídica do pedido. Mérito. Pretensão ao recolhimento de transexuais e travestis em estabelecimentos prisionais femininos. Requisitos necessários à concessão da medida cautelar não satisfeitos. O artigo 4º da resolução questionada já estabelece que as pessoas transexuais, quando privadas da liberdade, devem ser encaminhadas a unidades prisionais femininas. Os travestis, por seu turno, em consonância com o artigo 3º do mesmo diploma, quando acolhidos em estabelecimentos prisionais masculinos, poderão optar por espaços de vivência específicos. Ausência de violação à dignidade da pessoa humana, ao direito à saúde e às garantias da vedação à tortura ou ao tratamento desumano ou degradante. Manifestação pelo não conhecimento da arguição e, quanto ao pedido de medida cautelar, pelo seu indeferimento.

Egrégio Supremo Tribunal Federal,

A Advogada-Geral da União vem, em atenção à decisão proferida pelo Ministro Relator em 29 de junho de 2018, manifestar-se quanto à presente arguição de descumprimento de preceito fundamental.

I – DA ARGUIÇÃO

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida cautelar, proposta pela Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, tendo por objeto os artigos 3º, §§ 1º e 2º; e 4º, parágrafo único, da Resolução Conjunta nº 1, de 15 de abril de 2014, editada pelos Presidentes do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e do Conselho Nacional de Combate à Discriminação. Eis o teor dos dispositivos impugnados:

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 privação de liberdade.

Após sustentar sua legitimidade ativa e o cabimento da presente arguição, a autora alega que os dispositivos questionados deveriam ser interpretados em conformidade ao disposto nos artigos 1º, inciso III; 5º, inciso III; e 196, todos da Constituição de 1988¹.

¹ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
(...)

III - a dignidade da pessoa humana;”

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos
ADPF nº 527, Rel. Min. Roberto Barroso

Nessa linha, afirma que os preceitos impugnados seriam objeto de controvérsia judicial relevante, caracterizada pela existência de decisões conflitantes, tais como as proferidas pelo Ministro Roberto Barroso no julgamento do *Habeas Corpus* nº 152.491 e pela Juíza de Direito da Vara de Execuções Penais do Distrito Federal no *Habeas Corpus* nº 00022531720188070015. Segundo a arguente, tal circunstância demonstraria a adequação e a necessidade do instrumento processual ora acionado.

Nos termos da petição inicial, a presente arguição teria por objetivo resguardar a dignidade da pessoa humana, a proibição de tratamento degradante e o direito à saúde de travestis e transexuais submetidas à custódia estatal em estabelecimentos prisionais incompatíveis com o gênero feminino.

Com esteio nesses argumentos, a arguente postula a concessão de medida cautelar, com sua posterior confirmação no mérito, para que seja dada interpretação conforme aos artigos 3º, §§ 1º e 2º; e 4º, parágrafo único, da Resolução Conjunta nº 1/2014, em ordem a “*assentar que: as custodiadas transexuais e travestis somente poderão cumprir pena em estabelecimento prisional compatível com o gênero feminino*” (fl. 32 da petição inicial).

Subsidiariamente, pleiteia o recebimento da presente arguição como ação direta de inconstitucionalidade, a fim de que seja declarada inconstitucional a expressão “*às travestis*”, constante no artigo 3º da resolução questionada, bem como para que se confira interpretação conforme ao artigo 4º desse ato normativo,

estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;”

“Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

nos termos mencionados no pedido principal.

Posteriormente, a arguente apresentou petição de aditamento à inicial, com o objetivo de retificar seu pedido de interpretação conforme, de modo a que essa Suprema Corte assentasse o seguinte: *“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”* (fl. 02 da petição de aditamento).

O processo foi despachado pelo Ministro Relator Roberto Barroso, que, nos termos do rito previsto pelo artigo 10 da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, solicitou informações às autoridades requeridas, bem como determinou a oitiva da Advogada-Geral da União e da Procuradora-Geral da República.

Em atendimento à solicitação, o Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária sustentou que o propósito da Resolução Conjunta nº 1/2014 *“foi dar atenção e tratamento diferenciado a parcela particularmente vulnerável da população carcerária, composta por lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais”* (fl. 01 do documento eletrônico nº 19).

O Presidente do Conselho Nacional de Combate à Discriminação, por sua vez, deixou de prestar as informações requeridas no prazo legal, conforme atestado por certidão emitida pela Seção de Processos do Controle Concentrado e Reclamações dessa Suprema Corte em 10 de agosto de 2018.

Na sequência, vieram os autos para manifestação da Advogada-Geral da União.

II – PRELIMINARES

II.1 – Da ilegitimidade ativa da requerente

Inicialmente, cumpre destacar que a autora não possui legitimidade para o ajuizamento da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental. Isso porque, diversamente do que sustenta na petição inicial, a arguente não satisfaz os requisitos constantes do artigo 103, inciso IX, da Constituição Federal², que somente confere legitimidade ativa *ad causam* às confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional.

De fato, a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais não se destina à representação de uma classe ou categoria profissional ou econômica determinada. Em consonância com os artigos 1º e 3º do seu Estatuto Social (documento eletrônico nº 03), trata-se de associação civil voltada, essencialmente, a promover ações que garantam a cidadania e os direitos humanos de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais. Confira-se:

Art. 1º A Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, doravante designada pela sigla ABGLT, cujo nome e fins foram aprovados em 31 de Janeiro de 1995, data de sua fundação, é uma pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos e com duração por tempo indeterminado, com sede e foro no município de Curitiba, Paraná, na Avenida Marechal Floriano Peixoto, 366, cj. 43.

(...)

Art. 3º A missão da ABGLT é: promover ações que garantam a cidadania e os direitos humanos de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais (LGBT), contribuindo para a construção de uma sociedade democrática, na qual nenhuma pessoa seja submetida a quaisquer formas de discriminação, coerção e violência, em razão de sua orientação sexual e identidade de gênero.

² “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (...)

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.”

Em outros termos, a requerente não se caracteriza como entidade de classe ou confederação sindical para os fins do artigo 103, inciso IX, da Carta da República, o que evidencia sua ilegitimidade ativa *ad causam*. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes dessa Suprema Corte:

DIREITO CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA, ART 103, IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ENTIDADE DE CLASSE DE ÂMBITO NACIONAL. CONSELHO INTERDENOMINACIONAL DE MINISTROS EVANGÉLICOS DO BRASIL. ILEGITIMIDADE ATIVA “AD CAUSAM” CARACTERIZADA. ENTIDADE QUE NÃO REPRESENTA CATEGORIA PROFISSIONAL OU ECONÔMICA. PRECEDENTES DESTA SUPREMA CORTE. **1. A legitimidade das entidades de classe para a propositura de ações no controle concentrado de constitucionalidade, ex vi do art. 103, IX, 1ª parte, pressupõe o preenchimento dos seguintes requisitos: (i) sejam compostas por pessoas naturais ou jurídicas; (ii) sejam representativas de categorias econômicas e profissionais homogêneas; e (iii) tenham âmbito nacional, o que significa ter representação em, pelo menos, 9 (nove) Unidades da Federação (Estados ou Distrito Federal), por aplicação analógica do art. 7º, § 1º, da Lei 9.096/1995 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos – LOPP).** 2. O Conselho Interdenominacional de Ministros Evangélicos do Brasil – CIMEB –, a despeito de demonstrar formalmente em seu estatuto o caráter nacional da entidade, não se afigura como categoria profissional ou econômica, razão pela qual não possui legitimidade ativa para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade. 3. Nego provimento ao agravo regimental. (ADI nº 4294 AgR, Relator: Ministro Luiz Fux, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 01/07/2016, Publicação em 05/09/2016; grifou-se);

AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. **ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE CIDADANIA (ASPIM)**. ART. 103, XI, DA CARTA MAGNA. ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*. ENTIDADE DE CLASSE DE ÂMBITO NACIONAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. PRECEDENTES. AGRAVO NÃO PROVIDO. I – **A associação agravante não se enquadra no conceito de entidade de classe de que trata o art. 103, XI, da Constituição Federal, pois, “a pretexto de efetuar a defesa de toda a sociedade, patrocina interesses de diversas categorias profissionais e/ou econômicas não homogêneas”** (ADI 4.230-AgR/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli). II – Agravo regimental a que se nega provimento.

(ADI nº 4231 AgR, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 21/08/2014, Publicação em

25/09/2014; grifou-se);

AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGITIMIDADE ATIVA. INCISO IX DO ART. 103 DA CF/88. **A entidade-agravante, além de não possuir caráter nacional, também não congrega nem uma classe profissional nem uma classe econômica propriamente dita.** Agravo desprovido.

(ADI nº 3613 AgR, Relator: Ministro Carlos Britto, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 12/06/2006, Publicação em 25/08/2006; grifou-se);

Ação direta de inconstitucionalidade. Não se caracteriza, como “entidade de classe”, a conferir legitimidade para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do art. 103, IX, da Constituição, a simples associação de empregados de determinada empresa, por não congregar uma categoria de pessoas intrinsecamente distinta das demais, mas somente agrupadas pelo interesse contingente de estarem a serviço de determinado empregador. Processo extinto, por ilegitimidade de parte, sem julgamento de mérito.

(ADI nº 34 MC, Relator: Ministro Octavio Gallotti, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 05/04/1989, Publicação em 28/04/1989).

Como se nota, a jurisprudência sedimentada no âmbito dessa Suprema Corte não estende o conteúdo do artigo 103, inciso IX, da Constituição além dos limites que seu texto comporta, cingindo, desse modo, o significado do termo “*classe*” às categorias de natureza profissional ou econômica. Essa compreensão, que já prevalece por cerca de 3 (três) décadas, inviabiliza a propositura de ação de controle concentrado por entidade voltada a representar grupos sociais destituídos do caráter de classe. Confira-se:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA "AD CAUSAM". UNIÃO NACIONAL DOS ESTUDANTES - UNE. CONSTITUIÇÃO, ART.103, IX. 2. A UNIÃO NACIONAL DOS ESTUDANTES, COMO ENTIDADE ASSOCIATIVA DOS ESTUDANTES UNIVERSITÁRIOS BRASILEIROS, TEM PARTICIPADO, ATIVAMENTE, AO LONGO DO TEMPO, DE MOVIMENTOS CÍVICOS NACIONAIS NA DEFESA AS LIBERDADES PÚBLICAS, AO LADO DE OUTRAS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE; E INSUSCETÍVEL DE DÚVIDA SUA POSIÇÃO DE ENTIDADE DE ÂMBITO NACIONAL NA DEFESA DE INTERESSES ESTUDANTIS, E

MAIS PARTICULARMENTE, DA JUVENTUDE UNIVERSITÁRIA. NÃO SE REVESTE, ENTRETANTO, DA CONDIÇÃO DE "ENTIDADE DE CLASSE DE ÂMBITO NACIONAL", PARA OS FINS PREVISTOS NO INCISO IX, SEGUNDA PARTE, DO ART. 103, DA CONSTITUIÇÃO. 3. ENQUANTO SE EMPRESTA À CLÁUSULA CONSTITUCIONAL EM EXAME, AO LADO DA CLÁUSULA "CONFEDERAÇÃO SINDICAL", CONSTANTE DA PRIMEIRA PARTE DO DISPOSITIVO MAIOR EM REFERÊNCIA, CONTEÚDO IMEDIATAMENTE DIRIGIDO A IDÉIA DE "PROFISSÃO", - ENTENDENDO-SE "CLASSE" NO SENTIDO NÃO DE SIMPLES SEGMENTO SOCIAL, DE "CLASSE SOCIAL", MAS DE "CATEGORIA PROFISSIONAL", - NÃO CABE RECONHECER À UNE ENQUADRAMENTO NA REGRA CONSTITUCIONAL ALUDIDA. AS "CONFEDERAÇÕES SINDICAIS" SÃO ENTIDADES DO NÍVEL MAIS ELEVADO NA HIERARQUIA DOS ENTES SINDICAIS, ASSIM COMO DEFINIDA NA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO, SEMPRE DE ÂMBITO NACIONAL E COM REPRESENTAÇÃO MÁXIMA DAS CATEGORIAS ECONÔMICAS OU PROFISSIONAIS QUE LHE CORRESPONDEM. NO QUE CONCERNE ÀS "ENTIDADES DE CLASSE DE ÂMBITO NACIONAL" (2. PARTE DO INCISO IX DO ART. 103 DA CONSTITUIÇÃO), VEM O STF CONFERINDO-LHE COMPREENSÃO SEMPRE A PARTIR DA REPRESENTAÇÃO NACIONAL EFETIVA DE INTERESSES PROFISSIONAIS DEFINIDOS. ORA, OS MEMBROS DA DENOMINADA "CLASSE ESTUDANTIL" OU, MAIS LIMITADAMENTE, DA "CLASSE ESTUDANTIL UNIVERSITÁRIA", FREQUENTANDO OS ESTABELECIMENTOS DE ENSINO PÚBLICO OU PRIVADO, NA BUSCA DO APRIMORAMENTO DE SUA EDUCAÇÃO NA ESCOLA, VISAM, SEM DÚVIDA, TANTO AO PLENO DESENVOLVIMENTO DA PESSOA, AO PREPARO PARA O EXERCÍCIO DA CIDADANIA, COMO À QUALIFICAÇÃO PARA O TRABALHO. NÃO SE CUIDA, ENTRETANTO, NESSA SITUAÇÃO, DO EXERCÍCIO DE UMA PROFISSÃO, NO SENTIDO DO ART. 5., XIII, DA LEI FUNDAMENTAL DE 1988. 4. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE NÃO CONHECIDA, POR ILEGITIMIDADE ATIVA DA AUTORA, DEVENDO OS AUTOS, ENTRETANTO, SER APENSADOS AOS DA ADIN N. 818-8/600. (ADI nº 894 MC, Relator: Ministro Néri da Silveira, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 18/11/1993, Publicação em 20/04/1995; grifou-se).

Desse modo, em que pese a relevância social da entidade autora, que tem por objetivo promover a igualdade formal e material de importante segmento social, constata-se que seus fins se distanciam daqueles previamente

estabelecidos na Carta Política para legitimar o acionamento da jurisdição constitucional de natureza concentrada, nomeadamente porque não correspondem à representação de categoria econômica ou profissional.

A propósito, deve-se destacar que a ausência de legitimidade ativa da autora não constitui óbice à proteção efetiva dos interesses dos segmentos sociais por ela representados. Isso porque o artigo 103, incisos VI, VII e VIII, do Texto Constitucional³ assegura ao Procurador-Geral da República, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional a prerrogativa de propor ações objetivas como a presente.

Nessa linha, os artigos 127 e 129 da Carta Republicana⁴ conferem ao Ministério Público e, por conseguinte, ao Procurador-Geral da República, a essencial função de defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, cabendo-lhe, ainda, zelar não apenas pelos direitos assegurados pelo Constituinte, como também por todos aqueles de natureza difusa ou coletiva que sejam albergados pelo ordenamento jurídico.

Por sua vez, a legislação infraconstitucional também impõe à Ordem dos Advogados do Brasil e aos partidos políticos a finalidade institucional de

³ “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (...)

VI - o Procurador-Geral da República;

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

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;”

⁴ “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;”

defesa dos direitos fundamentais e humanos, bem como da justiça social (artigo 44, inciso I, da Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994⁵; e artigo 1º, *caput*, da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995⁶).

Evidencia-se, portanto, que a recusa à legitimidade *ad causam* da arguente não implica ausência de garantia de acesso aos instrumentos processuais de tutela constitucional dos direitos fundamentais de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, os quais podem e devem, conforme visto, ser resguardados por iniciativa de outras entidades e instituições autorizadas pelo Texto Fundamental a acionar os mecanismos de controle concentrado de constitucionalidade.

Assim, diante da ilegitimidade ativa da autora, a presente arguição não comporta conhecimento.

II.II – Da natureza regulamentar dos dispositivos impugnados

Ressalte-se, ademais, que as normas impugnadas pela arguente possuem natureza meramente regulamentar, o que também impede o conhecimento da arguição.

Com efeito, os artigos 3º, §§ 1º e 2º; e 4º, parágrafo único, da Resolução Conjunta nº 1/2014 foram editados com respaldo no artigo 64, inciso I, da Lei de Execução Penal e no artigo 6º, inciso III, do Decreto nº 7.388, de 09

⁵ “Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade:

1 - defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas;”

⁶ “Art. 1º O partido político, pessoa jurídica de direito privado, destina-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal.”

de dezembro de 2010⁷, que dispõem o seguinte:

Lei nº 7.210/1984.

Art. 64. Ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, no exercício de suas atividades, em âmbito federal ou estadual, incumbe:
I - propor diretrizes da política criminal quanto à prevenção do delito, administração da Justiça Criminal e execução das penas e das medidas de segurança;

Decreto nº 7.388/2010.

Art. 1º O Conselho Nacional de Combate à Discriminação - CNCD, órgão colegiado de natureza consultiva e deliberativa, no âmbito de suas competências, integrante da estrutura básica da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, tem por finalidade, respeitadas as demais instâncias decisórias e as normas de organização da administração federal, formular e propor diretrizes de ação governamental, em âmbito nacional, voltadas para o combate à discriminação e para a promoção e defesa dos direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais - LGBT.

(...)

Art. 6º São atribuições do Presidente do CNCD:

(...)

III - firmar as atas das reuniões e emitir as respectivas resoluções.

As normas impugnadas destinam-se, portanto, a viabilizar a aplicação concreta das diretrizes estipuladas pela Lei de Execução Penal, cujo texto prevê, em termos gerais, o objetivo de fornecer aos condenados um ambiente capaz de propiciar sua harmônica integração à sociedade, bem como lhes assegurar todos os direitos não atingidos pela condenação ou por outras leis, protegendo-os, dessa forma, contra práticas discriminatórias no âmbito do sistema penitenciário (artigos 1º e 3º da Lei nº 7.210/1984⁸).

⁸ “Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.”

“Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

Dentre as garantias atribuídas aos presos, o diploma legal referido estabelece os direitos de assistência à saúde e social, com o objetivo de prevenir a prática de crimes e orientar seu retorno à convivência em sociedade, além da igualdade de tratamento entre aqueles que se encontrem em situações similares, salvo imposições decorrentes diretamente da condenação criminal (artigos 10, 11 e 41, incisos VII e XII, da Lei nº 7.210/1984⁹).

Desse modo, constata-se que os dispositivos ora impugnados não inovam o ordenamento jurídico em caráter primário, mas se limitam a especificar disposições constantes da Lei de Execução Penal, de modo que se fundamentam apenas indiretamente no Texto Constitucional.

Não obstante, essa Suprema Corte não admite o ajuizamento de ações de natureza concentrada para a impugnação de normas de caráter regulamentar. A propósito, confirmam-se os seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. **PETIÇÃO INICIAL INDEFERIDA.** ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 4º DO ART. 6º-A DO DECRETO N. 4.376/2002: **NORMA DE**

Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.”

⁹“Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.

Art. 11. A assistência será:

I - material;

II - à saúde;

III - jurídica;

IV - educacional;

V - social;

VI - religiosa.”

“Art. 41 - Constituem direitos do preso:

(...)

VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;

(...)

XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;”

ADPF nº 527, Rel. Min. Roberto Barroso

CARÁTER SECUNDÁRIO QUE SE PRESTA A REGULAMENTAR O DISPOSTO NA LEI N. 9.883/1999. 1. Os atos regulamentares, cujo conteúdo ultrapasse o que na lei regulamentada se contém, podem estar eivados de ilegalidade. Precedentes. 2. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (ADI nº 4176 AgR, Relatora: Ministra Cármen Lúcia, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 20/06/2012, Publicação em 01/08/2012; grifou-se);

Agravo regimental em ação direta de inconstitucionalidade. Decisão agravada mediante a qual se negou seguimento à ação direta de inconstitucionalidade. Incisos I e II do art. 9º da Resolução nº 15/2018 GS/SEED da Secretaria de Educação do Estado do Paraná. Ato normativo de natureza secundária. Ausência de autonomia nomológica. Necessidade de análise prévia de outras normas infraconstitucionais para verificar a suposta ofensa à Constituição Federal. Ofensa reflexa. Crise de legalidade para cujo exame não se abre o controle concentrado de normas. Agravo regimental ao qual se nega provimento. 1. **A jurisprudência da Corte é pacífica no sentido de não se admitir o controle concentrado de normas secundárias, editadas com o fim de regulamentar a legislação infraconstitucional pertinente, tais como a resolução analisada na ADI, pois elas não retiram seu fundamento de validade diretamente da Constituição Federal.** 2. No caso dos autos, não é possível verificar as supostas inconstitucionalidades dos incisos I e II do art. 9º da Resolução nº 15/2018 GS/SEED da Secretaria de Educação apenas pelo confronto desse ato normativo com a própria Constituição Federal. Para que se evidenciem tais alegações, faz-se imprescindível averiguar como as Leis Complementares estaduais nº 174/2014 e nº 103/2004 dispuseram acerca da distribuição da carga horária entre os professores da rede pública de ensino e se a resolução objurgada dispôs de modo diverso sobre o tema. 3. Fazendo-se necessário esse exame, constata-se que se está diante de típica ofensa reflexa ou indireta ao texto constitucional, para cujo deslinde não se presta o controle concentrado de normas. 4. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (ADI nº 5904 AgR, Relator: Ministro Dias Toffoli, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 27/04/2018, Publicação em 28/05/2018; grifou-se).

Esse entendimento é igualmente aplicável em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental. Veja-se:

Agravo regimental. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. **Portarias do Ministério de Estado da Justiça e Segurança Pública.** Emprego da Força Nacional de Segurança Pública. Supostas violações do princípio da legalidade e das competências constitucionais da Polícia Rodoviária Federal. Necessidade de prévia

análise da legislação infraconstitucional para verificar as suscitadas ofensas à CF/88. **Ofensa reflexa à Constituição Federal. Impossibilidade de discussão em sede de ADPF.** Agravo regimental não provido. 1. Trata-se de portarias do Ministério da Justiça e Segurança Pública que autorizaram o emprego da Força Nacional de Segurança Pública no Estado do Rio de Janeiro a pedido do Governador do mencionado ente federado. 2. Para verificar, *in casu*, as violações dos arts. 37, *caput*, e 144, § 2º, da Constituição Federal, apontadas pelos agravantes, seria necessário, anteriormente, interpretar as regras constantes da Lei Federal nº 11.473/07 e do Decreto nº 5.289/04, pois são elas que dão supedâneo legal à edição das portarias impugnadas. 3. Assim, **as supostas ofensas ao texto constitucional, caso configuradas, seriam meramente reflexas ou indiretas, sendo incabível sua análise em sede de controle abstrato de constitucionalidade, conforme jurisprudência pacificada do Supremo Tribunal Federal.** Precedente: ADPF nº 192/RN-AgR, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 17/9/15. 4. Agravo regimental não provido.

(ADPF nº 468 AgR, Relator: Ministro Dias Toffoli, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 27/04/2018, Publicação em 28/05/2018; grifou-se);

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. DISPOSITIVOS DO DECRETO PRESIDENCIAL 5.597, DE 28 DE NOVEMBRO DE 2005, QUE REGULAMENTA O ACESSO DE CONSUMIDORES LIVRES ÀS REDES DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. ILEGITIMIDADE ATIVA DA ASSOCIAÇÃO ARGÜENTE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. AUSÊNCIA DE POTENCIALIDADE LESIVA. OFENSA REFLEXA À CONSTITUIÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. (...) IV - **A jurisprudência desta Suprema Corte, não reconhece a possibilidade de controle concentrado de atos que consubstanciam mera ofensa reflexa à Constituição, tais como o ato regulamentar consubstanciado no Decreto presidencial ora impugnado.** (...) VI - Agravo regimental improvido.

(ADPF nº 93 AgR, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 20/05/2009, Publicação em 07/08/2009; grifou-se).

Dessa maneira, reafirma-se o descabimento da presente arguição.

II.III – Da inobservância ao requisito da subsidiariedade

Além disso, a arguição em exame também encontra óbice no

princípio da subsidiariedade, previsto pelo artigo 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999, *in verbis*:

Art. 4º A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de argüição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta.

§ 1º **Não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.** (Grifou-se).

Ao interpretar referido dispositivo de lei, essa Corte Suprema concluiu que a argüição de descumprimento de preceito fundamental somente é cabível no caso de não existir outro meio processual apto a sanar, de forma efetiva, suposta lesão a preceito fundamental. Veja-se:

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (CF, ART. 102, § 1º) - AÇÃO ESPECIAL DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL - PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE (LEI Nº 9.882/99, ART. 4º, § 1º) - EXISTÊNCIA DE OUTRO MEIO APTO A NEUTRALIZAR A SITUAÇÃO DE LESIVIDADE QUE EMERGE DOS ATOS IMPUGNADOS - INVIABILIDADE DA PRESENTE ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - **O ajuizamento da ação constitucional de argüição de descumprimento de preceito fundamental rege-se pelo princípio da subsidiariedade (Lei nº 9.882/99, art. 4º, § 1º), a significar que não será ela admitida, sempre que houver qualquer outro meio juridicamente idôneo apto a sanar, com efetividade real, o estado de lesividade emergente do ato impugnado.** Precedentes: ADPF 3/CE, ADPF 12/DF e ADPF 13/SP. A mera possibilidade de utilização de outros meios processuais, contudo, não basta, só por si, para justificar a invocação do princípio da subsidiariedade, pois, para que esse postulado possa legitimamente incidir - impedindo, desse modo, o acesso imediato à argüição de descumprimento de preceito fundamental - **revela-se essencial que os instrumentos disponíveis mostrem-se capazes de neutralizar, de maneira eficaz, a situação de lesividade que se busca obstar com o ajuizamento desse writ constitucional.** - A norma inscrita no art. 4º, § 1º da Lei nº 9.882/99 - que consagra o postulado da subsidiariedade - estabeleceu, validamente, sem qualquer ofensa ao texto da Constituição, pressuposto negativo de admissibilidade da argüição de descumprimento de preceito

fundamental, pois condicionou, legitimamente, o ajuizamento dessa especial ação de índole constitucional, à observância de um **inafastável requisito de procedibilidade, consistente na ausência de qualquer outro meio processual revestido de aptidão para fazer cessar, prontamente, a situação de lesividade (ou de potencialidade danosa) decorrente do ato impugnado.**

(ADPF nº 17 AgR, Relator: Ministro Celso de Mello, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 05/06/2002, Publicação em 14/02/2003; grifou-se).

Na espécie, caso não se reconheça o caráter meramente regulamentar das disposições impugnadas, o que se admite por mera hipótese, a impugnação de sua validade poderia ser veiculada por meio de ação direta de inconstitucionalidade, uma vez que se trata de normas federais editadas posteriormente à promulgação da Carta de 1988. Veja-se, a propósito, o teor do artigo 102, inciso I, alínea “a”, da Lei Maior:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

Assim, ainda que superada a preliminar suscitada no tópico anterior, o cabimento desta arguição restaria afastado diante da inobservância ao princípio da subsidiariedade. É o que se depreende do precedente transcrito a seguir:

AGRAVO REGIMENTAL EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. DIREITO ELEITORAL. DECISÕES JUDICIAIS. COLIGAÇÕES. AUTONOMIA E CARÁTER NACIONAL DOS PARTIDOS POLÍTICOS. INAFASTABILIDADE JURISDIONAL. LEI 9.504/1997. LEI 9.096/1995. PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. MEIO CAPAZ DE SANAR A CONTROVÉRSIA DE FORMA GERAL, IMEDIATA E EFICAZ. 1. A arguição de descumprimento de preceito fundamental, em sua modalidade incidental, possui seu interesse processual correlato às ações eleitorais ajuizadas. 2. Tendo em vista os objetos serem pronunciamentos judiciais submetidos

regularmente ao sistema recursal eleitoral, constata-se que esta ADPF foi funcionalizada pela parte Agravante como verdadeiro sucedâneo recursal. Precedentes. 3. **O requisito da subsidiariedade coloca-se como óbice ao processamento da ADPF, pois é possível a utilização de ADI ou ADC como veículo processual com aptidão para conferir interpretação conforme à Constituição aos dispositivos da Lei 9.096/95.** Precedentes. 4. Agravo regimental em arguição de descumprimento de preceito fundamental a que se nega seguimento. (ADPF nº266 AgR, Relator: Ministro Edson Fachin, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 12/05/2017, Publicação em 23/05/2017; grifou-se).

Nesses termos, evidencia-se a inviabilidade da arguição em análise.

II.IV – Da irregularidade na representação processual da arguente

Observe-se, outrossim, que, embora tenha juntado aos autos instrumento de mandato, a autora não se desincumbiu desse ônus da maneira adequada.

Isso porque a arguente deixou de especificar os atos do Poder Público impugnados no instrumento de procuração que acompanha a petição inicial, o qual se limita a conceder, genericamente, poderes para o ajuizamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental perante essa Suprema Corte.

Referido vício de representação processual inviabiliza o conhecimento do processo objetivo. Confira-se:

É de exigir-se, em ação direta de inconstitucionalidade, a apresentação, pelo proponente, de instrumento de procuração ao advogado subscritor da inicial, com **poderes específicos para atacar a norma impugnada.**

(ADI nº 2187 QO, Relator: Ministro Octavio Galloti, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 24/05/2000, Publicação em 12/12/2003; grifou-se).

Esse entendimento é igualmente aplicável às arguições de descumprimento de preceito fundamental, consoante se extrai da decisão transcrita a seguir:

AGRAVO REGIMENTAL EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. CONFEDERAÇÃO DE SERVIDORES. FIXAÇÃO DE VALOR. REQUISIÇÕES DE PEQUENO VALOR. MUNICÍPIO. LEGITIMIDADE ATIVA. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. PROCURAÇÃO COM PODERES ESPECÍFICOS. 1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido da necessidade de subscrição da exordial por procurador devidamente amparado por poderes especiais para o questionamento do ato normativo. Nesse sentido, o ato de mandato deve conter descrição mínima do objeto digno de hostilização. Precedentes. (...) 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(ADPF nº 480 AgR, Relator: Ministro Edson Fachin, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 13/04/2018, Publicação em 24/04/2018; grifou-se).

Diante da constatação dessa irregularidade adicional, reitera-se a conclusão pela inadmissibilidade da presente arguição.

II.V – Da ausência de interesse de agir e da impossibilidade jurídica do pedido

Ainda em sede preliminar, deve-se notar que a arguente carece de interesse de agir quanto ao primeiro pedido formulado, ao passo que o segundo pleito veiculado na presente arguição se revela juridicamente impossível.

O primeiro pedido mencionado consiste na atribuição de *“interpretação conforme à Constituição dos artigos, mencionados na inicial, para assentar que: I – As custodiadas transexuais do gênero feminino somente poderão cumprir pena em estabelecimento prisional compatível com o gênero feminino”* (fl. 02 da petição de aditamento à inicial).

Ocorre que o artigo 4º da Resolução Conjunta nº 1/2014 estipula, de maneira expressa, que as mulheres transexuais devem ser encaminhadas para as unidades prisionais femininas, assegurando-lhes, além disso, tratamento isonômico ao destinado às demais mulheres que se encontram em privação de liberdade. Confira-se:

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

Parágrafo único. Às mulheres transexuais deverá ser garantido tratamento isonômico ao das demais mulheres em privação de liberdade

Como se nota, o pleito da autora já está atendido pela resolução impugnada, o que evidencia sua ausência de interesse de agir quanto ao ponto.

Esse pedido deixa claro, na verdade, que a arguente pretende conferir *status* constitucional à disciplina constante da Resolução Conjunta nº 1/2014, de modo a impedir que os órgãos arguidos alterem, futuramente, a regulamentação em vigor sobre o tema. Trata-se, a toda evidência, de pretensão que não se compatibiliza com a via da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Por sua vez, é juridicamente impossível o pedido de interpretação conforme “*para assentar que: (...) II – As custodiadas travestis, identificadas socialmente com o gênero feminino, poderão optar por cumprir pena em estabelecimento prisional do gênero feminino ou masculino.*” (fl. 02 da petição de aditamento à inicial).

De fato, sob o pretexto de sugerir interpretação conforme aos artigos 3º, §§ 1º e 2º; e 4º, parágrafo único, da Resolução Conjunta nº 1/2014, a arguente postula a instituição de novo regramento relacionado ao cumprimento de penas

privativas de liberdade por travestis, em verdadeira substituição ao regime atualmente vigente.

Isso porque, em consonância com a literalidade do ato normativo impugnado, os travestis que estejam privados de liberdade em unidades prisionais masculinas podem optar pela transferência a espaços de vivência específicos, condicionada à sua expressa manifestação de vontade.

Observa-se, portanto, que o pedido veiculado na peça de aditamento, caso acolhido, implicaria reformulação na disciplina conferida à matéria pelos arguidos, de forma a amoldá-la aos interesses da autora, sem que tal provimento possa ser diretamente extraído do Texto Constitucional.

A arguente não se limita, destarte, a provocar a função de legislador negativo que cabe a esse Pretório Excelso exercer no controle concentrado de constitucionalidade. Na verdade, pretende que essa Suprema Corte atue como legislador positivo, o que não encontra respaldo em sua jurisprudência. Confira-se:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. REGULAMENTAÇÃO DE PROPAGANDA DE BEBIDAS DE TEOR ALCOÓLICO INFERIOR A TREZE GRAUS GAY LUSSAC (13° GL). AUSÊNCIA DE OMISSÃO. ATUAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO. ART. 2° DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DE ATUAR O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO LEGISLADOR POSITIVO, SUBSTITUINDO-SE AO PODER LEGISLATIVO NA DEFINIÇÃO DE CRITÉRIOS ADOTADOS NA APROVAÇÃO DAS NORMAS DE PROPAGANDA DE BEBIDAS ALCOÓLICAS: PRECEDENTES. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. DECISÃO COM EFEITOS VINCULANTES.
(ADO nº 22, Relatora: Ministra Cármen Lúcia, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 22/04/2015, Publicação em 03/08/2015; grifou-se);

Ação direta de inconstitucionalidade. Medida Liminar. **Arguição de inconstitucionalidade da expressão “um terço” do inciso I e do inciso II do § 2º, do § 3º e do § 4º do artigo 47 da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997**, ou quando não, do artigo 47, incisos I, III, V e VI, exceto suas alíneas “a” e “b” de seu § 1º, em suas partes marcadas em negrito, bem como dos incisos e parágrafos do artigo 19 da Instrução nº 35 - CLASSE 12ª - DISTRITO FEDERAL, aprovada pela Resolução nº 20.106/98 do TSE que reproduziram os da citada Lei 9.504/97 atacados. - Em se tratando de instrução do TSE que se limita a reproduzir dispositivos da Lei 9.504/97 também impugnados, a arguição relativa a essa instrução se situa apenas mediatamente no âmbito da constitucionalidade, razão por que não se conhece da presente ação nesse ponto. - **Quanto ao primeiro pedido alternativo sobre a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei 9.504/97 impugnados, a declaração de inconstitucionalidade, se acolhida como foi requerida, modificará o sistema da Lei pela alteração do seu sentido, o que importa sua impossibilidade jurídica, uma vez que o Poder Judiciário, no controle de constitucionalidade dos atos normativos, só atua como legislador negativo e não como legislador positivo. (...) Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida.** (ADI nº 1822, Relator: Ministro Moreira Alves, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 26/06/1998, Publicação em 10/12/1999; grifou-se).

Desse modo, impõe-se o não conhecimento da presente arguição.

III – DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DA MEDIDA CAUTELAR

III.1 – Da ausência de fumus boni iuris

Conforme relatado, a arguente sustenta que os artigos 3º, §§ 1º e 2º; e 4º, parágrafo único, da Resolução Conjunta nº 1/2014 deveriam ser interpretados à luz do disposto nos artigos 1º, inciso III; 5º, inciso III; e 196 do Texto Constitucional, de modo a assentar que “*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*” (fl. 02 da petição de aditamento à

inicial).

A pretensão inicial, contudo, não merece prosperar, uma vez que as disposições hostilizadas já conferem efetividade aos preceitos constitucionais suscitados como parâmetros de controle.

Inicialmente, observa-se que a resolução em exame foi editada pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e pelo Conselho Nacional de Combate à Discriminação com base na clássica divisão binária do sistema penitenciário brasileiro, o qual se encontra conformado pelo próprio Texto Constitucional, que estabelece a segmentação espacial da população carcerária segundo o sexo do apenado, dentre outros critérios.

A referida separação foi albergada pela Constituição de 1988 em respeito ao princípio da igualdade, de modo que o cumprimento da pena privativa de liberdade seja realizado em estabelecimentos distintos, compatíveis com a natureza do delito, a idade e o sexo do custodiado. Vejamos:

Art. 5º 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, nos termos seguintes:

(...)

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

A segmentação da população carcerária a partir do sexo do apenado também é disciplinada pela Lei nº 7.210/1984, a qual assegura às mulheres o cumprimento da pena privativa de liberdade, separadamente, em estabelecimentos próprios e adequados à sua condição pessoal. Confirmam-se as seguintes disposições da Lei de Execução Penal:

Art. 82. Os estabelecimentos penais destinam-se ao condenado, ao submetido à medida de segurança, ao preso provisório e ao egresso.

§ 1º A mulher e o maior de sessenta anos, separadamente, serão recolhidos a estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal.

(...)

Art. 90. A penitenciária de homens será construída, em local afastado do centro urbano, à distância que não restrinja a visitação.

Do mesmo modo, em atenção às particularidades físicas e psíquicas de seus destinatários, as normas atacadas inserem os travestis e transexuais no referido sistema binário, observando, a um só tempo, os comandos constitucionais e legais que adotam o sexo como fator objetivo de divisão dos custodiados, bem como a segurança e o grau de vulnerabilidade desses indivíduos e do grupo no qual devem ser acomodados.

Assim, nos termos dos artigos 3º e 4º da Resolução Conjunta nº 1/2014, aos travestis acolhidos em unidades prisionais masculinas serão oferecidos espaços opcionais e específicos de vivência. Aos transexuais, por sua vez, resta assegurado o cumprimento de pena em estabelecimentos prisionais femininos. Veja-se, novamente, a redação das referidas normas:

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 privação de liberdade. (Grifou-se).

Como se nota, o ato normativo hostilizado representa importante avanço no reconhecimento estatal da identidade de gênero, resguardando os interesses de grupos vulneráveis no âmbito prisional. Além do recolhimento em local compatível com o seu gênero, a resolução sob invectiva assegura o direito do travesti ou transexual de ser chamado pelo seu nome social (artigo 2^{o10}), de optar pela utilização de roupas femininas ou masculinas, de manter cabelos compridos (artigo 5^{o11}) e até mesmo de prosseguir com eventual tratamento hormonal (artigo 7^o, parágrafo único¹²).

Nessa esteira, verifica-se que a pretensão exposta pela arguente, no sentido de que seja assegurado às pessoas transexuais femininas o cumprimento de pena em locais destinados ao público do sexo feminino, já se encontra atendida pelas disposições questionadas, especificamente pelo artigo 4^o da Resolução Conjunta n^o 1/2014.

Aliás, cumpre notar que a referida diretriz normativa está em consonância com recentes posicionamentos desse Supremo Tribunal Federal, que tem garantido aos transexuais, como forma de materialização do princípio da

¹⁰ “Art. 2^o - A pessoa travesti ou transexual em privação de liberdade tem o direito de ser chamada pelo seu nome social, de acordo com o seu gênero.
Parágrafo único - O registro de admissão no estabelecimento prisional deverá conter o nome social da pessoa presa.”

¹¹ “Art. 5^o - À pessoa travesti ou transexual em privação de liberdade serão facultados o uso de roupas femininas ou masculinas, conforme o gênero, e a manutenção de cabelos compridos, se o tiver, garantindo seus caracteres secundários de acordo com sua identidade de gênero.”

¹² “Art. 7^o - É garantida à população LGBT em situação de privação de liberdade a atenção integral à saúde, atendidos os parâmetros da Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais - LGBT e da Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional - PNAISP.
Parágrafo único - À pessoa travesti, mulher ou homem transexual em privação de liberdade, serão garantidos a manutenção do seu tratamento hormonal e o acompanhamento de saúde específico.”

igualdade, o respeito ao seu autorreconhecimento nas mais diversas esferas sociais.

De fato, ao analisar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275, essa Suprema Corte concebeu o direito à identidade ou à expressão de gênero como emanção da própria personalidade da pessoa humana, a qual se sujeita exclusivamente à autopercepção do indivíduo, cabendo ao Estado apenas o papel de reconhecê-la. Extrai-se do Informativo nº 892 desse Supremo Tribunal Federal o seguinte extrato do referido julgado, cujo inteiro teor se encontra pendente de publicação:

O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou a expressão de gênero. A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. A pessoa não deve provar o que é, e o Estado não deve condicionar a expressão da identidade a qualquer tipo de modelo, ainda que meramente procedimental.

Com base nessas assertivas, o Plenário, por maioria, julgou procedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade para dar interpretação conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58 da Lei 6.015/1973 (1). Reconheceu aos transgêneros, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à alteração de prenome e gênero diretamente no registro civil.

O Colegiado assentou seu entendimento nos princípios da dignidade da pessoa humana, da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, bem como no Pacto de São José da Costa Rica.

Considerou desnecessário qualquer requisito atinente à maioridade, ou outros que limitem a adequada e integral proteção da identidade de gênero autopercebida. Além disso, independentemente da natureza dos procedimentos para a mudança de nome, asseverou que a exigência da via jurisdicional constitui limitante incompatível com essa proteção. Ressaltou que os pedidos podem estar baseados unicamente no consentimento livre e informado pelo solicitante, sem a obrigatoriedade de comprovar requisitos tais como certificações médicas ou psicológicas, ou outros que possam resultar irrazoáveis ou

patologizantes. Pontuou que os pedidos devem ser confidenciais, e os documentos não podem fazer remissão a eventuais alterações. Os procedimentos devem ser céleres e, na medida do possível, gratuitos. Por fim, concluiu pela inexigibilidade da realização de qualquer tipo de operação ou intervenção cirúrgica ou hormonal.

Vencidos, em parte os ministros Marco Aurélio (relator), Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes. O relator assentou a possibilidade de mudança de prenome e gênero no registro civil, mediante averbação no registro original, condicionando-se a modificação, no caso de cidadão não submetido à cirurgia de transgenitalização, aos seguintes requisitos: a) idade mínima de 21 anos; e b) diagnóstico médico de transexualismo, presentes os critérios do art. 3º da Resolução 1.955/2010 (2), do Conselho Federal de Medicina, por equipe multidisciplinar constituída por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, após, no mínimo, dois anos de acompanhamento conjunto. Considerou inconstitucional interpretação que encerre a necessidade de cirurgia para ter-se a alteração do registro quer em relação ao nome, quer no tocante ao sexo.

Os ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes condicionaram a alteração no registro civil a ordem judicial e a averbação no registro civil de nascimento, resguardado sigilo no tocante à modificação. (1) Lei 6.015/1973: “Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios. Parágrafo único. A substituição do prenome será ainda admitida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente da colaboração com a apuração de crime, por determinação, em sentença, de juiz competente, ouvido o Ministério Público”. (2) Resolução 1.955/2010 do CFM: “Art. 3º Que a definição de transexualismo obedecerá, no mínimo, aos critérios abaixo enumerados: 1) Desconforto com o sexo anatômico natural; 2) Desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto; 3) Permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos; 4) Ausência de outros transtornos mentais.(Onde se lê ‘Ausência de outros transtornos mentais’, leia-se “Ausência de transtornos mentais”)

(ADI nº 4275, Relator: Ministro Marco Aurélio, Redator para o Acórdão: Ministro Edson Fachin, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 28/02/2018 e 1º/03/2018; grifou-se).

A necessidade de conferir tratamento isonômico aos transexuais também foi ressaltada pelo Ministro Roberto Barroso no *Habeas Corpus* nº 152.491, oportunidade em que concedeu a ordem de ofício para determinar o recolhimento dos pacientes transexuais a estabelecimento prisional compatível

com as respectivas orientações sexuais. Confira-se:

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. (HC nº 152.491, Relator: Ministro Roberto Barroso, Decisão Monocrática, Julgamento em 14/02/2018, Publicação em 20/02/2018; grifou-se).

Conforme se observa da mencionada decisão monocrática, o posicionamento em referência foi adotado pelo Ministro Relator com fulcro na Resolução Conjunta nº 1/2014, bem como na Resolução SAP nº 11, de 30 de janeiro de 2017, do Estado de São Paulo. A propósito, confira-se o seguinte trecho desse julgado:

10. Sem prejuízo disso, a notícia de que o paciente e o corréu foram incluídos em estabelecimento prisional incompatível com as respectivas orientações sexuais autoriza a concessão da ordem de ofício, **na linha da Resolução Conjunta nº 1, de 15.04.2014, do Conselho Nacional de Combate à Discriminação;** e da Resolução SAP nº 11, de 30.01.2014, do Estado de São Paulo.

11. Diante do exposto, com base no art. 21, §1º, do RI/STF, nego seguimento ao *habeas corpus*. Contudo, concedo a ordem de ofício para determinar ao Juízo da Comarca de Tupã/SP que coloque o paciente PEDRO HENRIQUE OLIVEIRA POLO (nome social Laís Fernanda) e o corréu Luiz Paulo Porto Ferreira (nome social Maria Eduarda Linhares) em estabelecimento prisional compatível com as respectivas orientações sexuais. (Grifou-se).

Dessa forma, constata-se que a disposição constante do artigo 4º da Resolução Conjunta nº 1/2014, impugnada na presente arguição, atende aos interesses e particularidades da pessoa transexual feminina, assegurando-lhe o

cumprimento de pena privativa de liberdade em unidade prisional compatível com o seu gênero, nos exatos termos pleiteados pela arguente.

Por sua vez, a possibilidade de recolhimento de travestis em estabelecimentos prisionais destinados ao sexo masculino, diversamente do entendimento sustentado pela autora, não fragiliza a proteção à dignidade da pessoa humana e à saúde dos custodiados, tampouco desrespeita a vedação constitucional à prática de tortura e ao tratamento desumano ou degradante desses indivíduos.

Isso porque, nos termos do artigo 3º da Resolução Conjunta nº 1/2014, aos travestis recolhidos em unidades prisionais masculinas serão ofertados espaços de vivência específicos, se assim o desejarem. A disposição hostilizada, portanto, considera a segurança e a especial vulnerabilidade dessas pessoas, inibindo, até mesmo, que sofram eventuais discriminações decorrentes da sua forma de vestimenta ou do seu comportamento.

As providências indicadas pelas normas questionadas, buscou compatibilizar o bem-estar e a segurança das pessoas travestis e transexuais com os interesses também relevantes de outros grupos vulneráveis do sistema.

Constata-se, portanto, que as disposições atacadas preservam, adequadamente, os direitos das pessoas transexuais e travestis submetidos ao sistema penitenciário, não havendo que se falar em afronta a qualquer dos preceitos fundamentais tidos por violados.

Diante dessas considerações, constata-se a ausência de *fumus boni iuris* acerca da pretensão da requerente, o que obsta a concessão do provimento

cautelar postulado na petição inicial.

III.II – Da inexistência de periculum in mora

Por fim, em relação ao *periculum in mora*, requisito de satisfação igualmente necessária ao deferimento de medida cautelar, observa-se que a arguente não logrou demonstrar sua ocorrência na espécie.

Com efeito, além de a pretensão inicial referente aos transexuais já se encontrar plenamente atendida pelas normas atacadas, o que evidencia a inexistência de perigo da demora quanto ao pronunciamento definitivo dessa Suprema Corte, existe uma necessidade de maior cautela acerca do exame do pedido relacionado às pessoas travestis.

Isso porque a concessão da liminar nos moldes pleiteados é capaz de agravar a situação de grande instabilidade já verificada no sistema prisional brasileiro. A transferência de custodiados recolhidos em estabelecimentos prisionais masculinos para unidades femininas demandaria, por certo, a criação de mais vagas nesses locais, bem como o emprego de significativos recursos materiais e humanos para essa finalidade.

Desse modo, a execução da providência reclamada geraria grande dispêndio de recursos públicos, o que poderia comprometer a gestão do sistema penitenciário, sem que ao menos houvesse uma posição consolidada dessa Suprema Corte acerca da questão.

Além disso, conforme afirmado anteriormente, a própria resolução impugnada assegura aos travestis a opção pelo recolhimento em espaços específicos de vivência nas unidades prisionais masculinas, de forma a garantir a

sua segurança e o respeito aos seus direitos fundamentais.

Dessa forma, observa-se que os argumentos veiculados pela requerente na tentativa de fundamentar seu pleito cautelar carecem de plausibilidade, o que inviabiliza seu deferimento.

IV – CONCLUSÃO

Ante o exposto, a Advogada-Geral da União manifesta-se, preliminarmente, pelo não conhecimento da presente arguição e, quanto ao pedido de medida cautelar, pelo seu indeferimento.

São essas, Excelentíssimo Senhor Relator, as considerações que se tem a fazer em face do artigo 10 da Lei nº 9.868/1999, cuja juntada aos autos ora se requer.

Brasília, de agosto de 2018.


GRACE MARIA FERNANDES MENDONÇA
Advogada-Geral da União


ISADORA MARIA B. R. CARTAXO DE ARRUDA
Advogada da União
Secretária-Geral de Contencioso

ALESSANDRA LOPES DA SILVA PEREIRA
Advogada da União