



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 7.429/DF

RELATOR: MINISTRO NUNES MARQUES

REQUERENTE: ARTICULAÇÃO NACIONAL DAS TRANSGÊNEROS – ANTRA

ADVOGADOS: PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI E OUTRO

INTERESSADO: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ

PARECER AJCONST/PGR Nº 12425866/2023

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITOS HUMANOS E DIREITO PENITENCIÁRIO. PRELIMINARES. LEGITIMIDADE. ART. 103, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MINORIAS E GRUPOS VULNERÁVEIS. DIREITOS E INTERESSES ESPECÍFICOS. FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO CONTROLE CONCENTRADO. POSSIBILIDADE. RESOLUÇÃO CNJ 348/2020. CRITÉRIOS E PROCEDIMENTOS PARA ALOCAÇÃO DE PESSOA LGBTQIAPN+ NO SISTEMA PENITENCIÁRIO. QUESTIONAMENTO INDIVIDUAL. DECISÃO JUDICIAL IMPOSSIBILIDADE. DIREITO ABSOLUTO DE ESCOLHA POR UNIDADE PRISIONAL CORRESPONDENTE OU ALA SEPARADA COM SEGURANÇA. PAPÉIS INSTITUCIONAIS: ANÁLISE JUDICIAL E MINISTERIAL. INDEPENDÊNCIA DO MAGISTRADO E DO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. DEVIDO PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL. COMPATIBILIZAÇÃO COM A DIGNIDADE HUMANA E COM OS DIREITOS À IDENTIDADE INDIVIDUAL E SOCIAL, À SEGURANÇA, À NÃO DISCRIMINAÇÃO E À PROIBIÇÃO DE TRATAMENTO DESUMANO E



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

DEGRADANTE. PARECER PELA PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO.

1. A função contramajoritária da jurisdição constitucional abstrata possibilita que entidades representativas de grupos minoritários e vulneráveis acionem o Supremo Tribunal Federal em defesa dos direitos e interesses específicos dessa parcela da população. Precedentes.

2. É inconstitucional norma que diferencie tratamento carcerário a pessoas transexuais, travestis e intersexo, em contexto de manifestação de preferência por unidade feminina ou masculina como expressão do direito fundamental à identidade.

3. A opção por unidades prisionais ou alas específicas, femininas ou masculinas, corolário dos direitos de personalidade da pessoa trans, não retira a independência do juízo natural para decidir fundamentadamente (CPP, art. 157), à luz do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), sobre a viabilidade concreta da privação de liberdade no ambiente escolhido.

— Parecer pela procedência parcial para que seja declarada a inconstitucionalidade dos incisos II e III, do art. 8º, da Resolução CNJ 348/2020, com a redação conferida pela Resolução CNJ 366/2021



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

Excelentíssimo Senhor Ministro Nunes Marques,

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pela Associação Nacional de Travestis e Transexuais – ANTRA, tendo por objeto os arts. 7º e 8º da Resolução 348/2020, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que *“estabelece diretrizes e procedimentos a serem observados pelo Poder Judiciário, no âmbito criminal, com relação ao tratamento da população lésbica, gay, bissexual, transexual, travesti ou intersexo que seja custodiada, acusada, ré, condenada, privada de liberdade, em cumprimento de alternativas penais ou monitorada eletronicamente”*, com a redação que lhe fora conferida pela Resolução CNJ 366/2021.

Eis o teor dos dispositivos questionados:

Art. 7º Em caso de prisão da pessoa autodeclarada parte da população LGBTI, o local de privação de liberdade será definido pelo magistrado em decisão fundamentada. (redação dada pela Resolução n. 366, de 20/01/2021)

§ 1º A decisão que determinar o local de privação de liberdade será proferida após questionamento da preferência da pessoa presa, nos termos do art. 8º, o qual poderá se dar em qualquer momento do processo penal ou execução da pena, assegurada, ainda, a possibilidade de alteração do local, em atenção aos objetivos previstos no art. 2º desta Resolução. (redação dada pela Resolução n. 366, de 20/01/2021)



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

§ 1º - A. *A possibilidade de manifestação da preferência quanto ao local de privação de liberdade e de sua alteração deverá ser informada expressamente à pessoa pertencente à população LGBTI no momento da autodeclaração. (redação dada pela Resolução n. 366, de 20/01/2021)*

§ 2º *Para os fins do caput, a autodeclaração da pessoa como parte da população LGBTI poderá ensejar a retificação e emissão dos seus documentos quando solicitado ao magistrado, nos termos do art. 6º da Resolução CNJ nº 306/2019.*

§ 3º *A alocação da pessoa autodeclarada parte da população LGBTI em estabelecimento prisional, determinada pela autoridade judicial após escuta à pessoa interessada, não poderá resultar na perda de quaisquer direitos relacionados à execução penal em relação às demais pessoas custodiadas no mesmo estabelecimento, especialmente quanto ao acesso a trabalho, estudo, atenção à saúde, alimentação, assistência material, assistência social, assistência religiosa, condições da cela, banho de sol, visitação e outras rotinas existentes na unidade.*

Art. 8º *De modo a possibilitar a aplicação do artigo 7º, o magistrado deverá:*

I – *esclarecer em linguagem acessível acerca da estrutura dos estabelecimentos prisionais disponíveis na respectiva localidade, da localização de unidades masculina e feminina, da existência de alas ou celas específicas para a população LGBTI, bem como dos reflexos dessa escolha na convivência e no exercício de direitos;*

II – *indagar à pessoa autodeclarada parte da população transexual acerca da preferência pela custódia em unidade feminina, masculina ou específica, se houver, e, na unidade escolhida, preferência pela detenção no convívio geral ou em alas ou celas específicas, onde houver; e (redação dada pela Resolução n. 366, de 20/01/2021)*

III – *indagar à pessoa autodeclarada parte da população gay, lésbica, bissexual, intersexo e travesti acerca da preferência pela custódia no convívio geral ou em alas ou celas específicas. (redação dada pela Resolução n. 366, de 20/01/2021)*



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

§ 1º Os procedimentos previstos neste artigo devem ser observados na realização da audiência de custódia após prisão em flagrante ou cumprimento do mandado de prisão, na prolação de sentença condenatória, assim como em audiência na qual seja decretada a privação de liberdade de pessoa autodeclarada parte da população LGBTI.

§ 2º A preferência de local de detenção declarada pela pessoa constará expressamente da decisão ou sentença judicial, que determinará seu cumprimento.

A requerente defende sua legitimidade ativa para propositura desta ação direta de inconstitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal, por estar presente em todo o território nacional e por haver pertinência temática entre o conteúdo da norma impugnada e os objetivos institucionais da associação.

Sinaliza, ademais, evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, que franqueia o acesso à jurisdição constitucional abstrata às entidades que representem grupos de minorias ou vulneráveis.

A requerente afirma que a Resolução CNJ 348/2020, alterada pela Resolução CNJ 366/2021, é ato normativo federal geral e abstrato passível de controle concentrado de constitucionalidade via ação direta de inconstitucionalidade. Subsidiariamente, requer seja conhecida como arguição de descumprimento de preceito fundamental.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

No mérito, visa garantir o direito de mulheres transexuais e travestis serem inseridas em unidades de custódia feminina, ou ala ou cela específica, sempre que o desejarem.

Sustenta que a escolha pela penitenciária ou ala/cela feminina há de ser obrigatoriamente cumprida pelo Estado como livre manifestação do direito à identidade, com vinculação do magistrado à opção individual.

Afirma que os arts. 7º e 8º da Resolução CNJ 348/2020, ao preverem que o local de privação de liberdade será definido pelo magistrado, em decisão fundamentada, após manifestação de preferência pela pessoa interessada, suscita dúvida jurídica sobre a obrigatoriedade de a autoridade judicial acatar a vontade da pessoa transexual/travesti encarcerada a respeito do local de privação de liberdade, se feminino ou masculino.

Pondera que o estado de incerteza teria sido agravado pela cessação dos efeitos da segunda cautelar proferida na ADPF 527 (DJe 23.3.2021), concedida pelo Ministro Roberto Barroso, que garantiu o direito de pessoas transexuais e travestis optarem por segregação em unidades prisionais



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

masculinas ou femininas, sendo-lhes também franqueada a opção de celas/alas específicas¹.

Aduz que os incisos II e III do art. 8º da Resolução CNJ 348/2020, ao incorporarem fundamentos jurídicos retirados do primeiro *decisum* liminar na ADPF 527, introduziram distinção arbitrária entre mulheres transexuais e travestis, conferindo apenas às primeiras a possibilidade de encaminhamento a estabelecimentos, celas ou alas femininas.

Pondera que a alteração da Resolução CNJ 348/2020, pela Resolução CNJ 366, de 20.1.2021, promoveu tratamento anti-isonômico entre pessoas transexuais e travestis, de modo que a ausência de adequação à segunda cautelar da ADPF 527 faz presumir *“ter havido um mero lapso do Egrégio Conselho Nacional de Justiça em manter a distinção de tratamento entre as pessoas transexuais e as travestis nos incisos II e III do art. 8º de sua Resolução 348/2020”*.

Nesse sentido, afirma que a interpretação conforme a Constituição Federal é técnica adequada para afastar incertezas relacionadas aos arts. 7º e 8º da

1 Nos autos da ADPF 527, em 26.6.2019, o Ministro Relator deferiu parcialmente medida cautelar *“para determinar que transexuais femininas fossem transferidas para presídios femininos”*. Após diálogo institucional, na mesma ADPF 527, nova decisão cautelar foi proferida (23.3.2021). Apenas em 2023, em decisão plenária, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a perda de objeto da ADPF 527. Na oportunidade, por maioria de votos, os ministros da Corte Suprema afirmaram substancial alteração no cenário jurídico normativo descrito na petição inicial e registraram a relevância do papel do Conselho Nacional de Justiça na regulamentação da *quaestio iuris*.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Resolução CNJ 348/2020, de modo a impor aos juízos de execução penal o dever de deferir a inserção de pessoas travestis ou transexuais na unidade de segregação escolhida, pois entende que interpretação “*em sentido contrário implicaria numa consulta fútil e inútil à vontade da pessoa transgênero e LGBTI+ em geral presa*”.

Cita a ADI 4.275, a ADO 26, o MI 4.733 e os REs 670.422 e 845.779 como precedentes do STF que reconhecem a personalidade trans e a necessidade de providências contramajoritárias. Traz entendimentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos: *Flor Freire v. Equador*, *Duque v. Colômbia* e Opiniões Consultivas 24/17 e 29/22.

Menciona a evolução das ciências médicas e sociais sobre o tema, com tratamento normativo pela Resolução 2.265/2019 do Conselho Federal de Medicina; pelas Resoluções 1/1999, 1/2018 e 8/2022 do Conselho Federal de Psicologia; e pela Resolução 489/2006 do Conselho Federal de Serviço Social.

Afirma que os dispositivos atacados violam os direitos fundamentais ao livre desenvolvimento da personalidade; à identidade pessoal, à livre identidade de gênero, à livre orientação sexual e ao direito de bem-estar psicossocial das mulheres transexuais e das travestis, extraídos dos arts. 1º, III; 3º, IV; 5º, *caput* e III, XLI e XLII; e 196 a 198 da Constituição Federal.

Ao fim, requer:



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

*(i) seja deferida **MEDIDA CAUTELAR, INAUDITA ALTERA PARS**, para que seja determinado, até o julgamento definitivo da ação, **INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO** dos arts. 7º, §§ 1º, 1º-A e 3º, e 8º, II, III e §2º, com efeito vinculante e eficácia erga omnes e ex nunc (prospectiva), para que sejam considerados como constitucionais apenas se interpretados como **exigindo seja acolhido o pedido de preferência** por transferência para presídio feminino, por mulher transexual ou travesti presa, ou para ala ou cela específica, no caso de pessoa LGBTI+ em geral, o que também desde já se requer tanto em sede de pedido de medida cautelar monocrática e colegiada quanto de julgamento de mérito da presente ação. Determinando-se, ainda, que a eficácia prospectiva (ex nunc) gere o dever dos Juízos de Execução Penal e Autoridades Administrativas competentes indagarem às mulheres transexuais e às travestis presas se desejam ficar em presídio feminino ou ala ou cela específica, nos termos dos textos normativos cuja interpretação conforme aqui se requer;*

***(i.1) SUBSIDIARIAMENTE**, na longínqua hipótese desta Suprema Corte entender que “não seria possível” referida interpretação conforme a Constituição à luz dos “limites semânticos” do inc. III do art. 8º da Resolução CNJ 348/2020, no que não se acredita e se aventa unicamente por força do princípio da eventualidade, então, à luz dos mesmos fundamentos, também se requer desde já a **suspensão cautelar monocrática e plenária e declaração de inconstitucionalidade do mérito de todo o inciso III do art. 8º, para que ao inc. II seja atribuída interpretação conforme a Constituição** para se declarar que ele é constitucional apenas se interpretado como não garantindo o direito de escolha entre presídios feminino ou masculino apenas às mulheres transexuais, mas também às travestis, bem como que, por força dos princípios da igualdade e da não-discriminação, cabe analogia caracterizadora de decisão aditiva para garantir o direito de escolha de ala ou cela específica a toda a população LGBTI+, não só à população transgênero;*

(...)



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

*(iii) seja, ao final, **JULGADA TOTALMENTE PROCEDENTE** a presente ação, confirmando-se a medida cautelar exposta no item “i”, tornando-a definitiva, ou, caso indeferida, para se atribuir a interpretação conforme a Constituição ali requerida (no citado item “i” do pedido cautelar), como medida da mais lúdima **JUSTIÇA CONSTITUCIONAL!** Ou, subsidiariamente, caso assim esta Suprema Corte não entenda, para se atribuir a interpretação conforme a Constituição requerida no item “i.1” do pedido cautelar e, em qualquer caso, a determinação do item “ii” do pedido cautelar também como decisão definitiva, enquanto decorrência lógica da interpretação conforme a Constituição deferida por esta Suprema Corte. (Grifos originais.)*

Adotou-se o rito do art. 12 da Lei 9.868/1999 (peça 18).

O Conselho Nacional de Justiça acostou aos autos o voto do Conselheiro Márcio Guerreiro, relator do Ato Normativo 0010207-87.2020.2.000.0000, acolhido pelo Plenário de modo a atualizar a Resolução 348/2020 por meio da Resolução CNJ 366/2021.

Nas razões de voto, o Conselheiro Relator explica que as alterações propostas são corolário da necessidade de adaptação da Resolução CNJ 348/2020 ao art. 21 da Lei de Abuso de Autoridade e à primeira decisão nos autos da ADPF 527 “*que, diante da situação de assimetria informacional quanto às travestis, deferiu parcialmente medida cautelar para determinar apenas que transexuais femininas sejam transferidas para presídios femininos*” (peça 25).



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

A Advocacia-Geral da União manifestou-se pela procedência parcial do pedido, com base nos fundamentos sintetizados na seguinte ementa (peça 27):

Penitenciário. Artigos 7º, §§ 1º e 1º-A; e 8º, II, III; e § 2º, da Resolução nº 348/2020, editada pelo Conselho Nacional de Justiça, com redação dada pela Resolução CNJ nº 366, de 20 de janeiro de 2021. Normas que estabelecem critérios e procedimentos para a alocação da pessoa autodeclarada parte da população LGBTI em estabelecimento prisional. Mérito. O ato normativo atacado foi editado e atualizado para garantir a observância, na gestão penitenciária nacional, de diplomas normativos que dispõem sobre o tratamento respeitoso da população LGBTI, dentre eles os Princípios de Yogyakarta, Resoluções da CIDH e o artigo 21 da Lei nº 13.869/2019. Ao receber atualização para compatibilizar os incisos do seu artigo 8º com a primeira decisão liminar proferida na ADPF nº 527 (DJe de 1º/07/2019), a Resolução nº 348/2020 estipulou distinção entre transsexuais e travestis posteriormente superada na própria ADPF nº 527 (DJe de 23/03/2021). Possibilidade de equiparação do tratamento de mulheres transsexuais, travestis e intersexos reconhecida pela Secretaria Nacional de Políticas Penais (SENAPPEN). Ao estabelecer que o local da privação de liberdade da população LGBTI será definido por decisão judicial fundamentada (artigo 7º, caput), após o questionamento da preferência da pessoa presa (artigo 7º, § 1º) e o esclarecimento do custodiado sobre a disponibilidade de alas e celas específicas (artigo 8º, incisos I e II), os dispositivos impugnados da Resolução nº 348/2020 garantem o cumprimento apropriado dos direitos fundamentais do grupo minoritário, conforme definido na ADPF nº 527. Manifestação pela procedência parcial do pedido.

Eis o relatório.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

1. LEGITIMIDADE ATIVA

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 34/DF, tentou definir um conceito de entidade de classe para os fins do art. 103, IX, da Constituição Federal. Assentou, na ocasião, que *“simples associação de empregados de determinada empresa, por não congregar uma categoria de pessoas intrinsecamente distintas das demais, mas somente agrupadas pelo interesse contingente de estarem a serviço de determinado empregador”*, não se qualifica como entidade de classe para efeitos de propositura de ações de controle concentrado.

A partir desse entendimento, passou o Supremo Tribunal Federal a exigir, para os fins do art. 103, IX, da CF, a demonstração, pela entidade requerente, da existência de *“um elemento unificador que, fundado na essencial homogeneidade, comunhão e identidade de valores, constitui o fato necessário de conexão apto a identificar os associados que as compõem como membros efetivamente pertencentes a uma determinada classe”* (ADI 79-QO/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 5.6.1992).

A ideia de um interesse comum fornece a base para distinção das organizações de classe das demais associações ou organizações sociais. Outro traço distintivo está na circunstância de a entidade representar um segmento profissional ou econômico específico. Daí assentar a jurisprudência do Supremo



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Tribunal Federal que “o conceito de entidade de classe é dado pelo objetivo institucional *classista*” (ADI 3.153/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 9.9.2005).

Grupos formados circunstancialmente, que não representem categoria profissional ou econômica e que não tenham interesse comum que os unam, não são considerados entidade de classe, para efeito de instauração da jurisdição constitucional abstrata no Supremo Tribunal Federal.

Citem-se, a propósito, os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal:

AGRAVO REGIMENTAL EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. DECRETOS MUNICIPAIS. MEDIDAS DE RECOLHIMENTO NOTURNO RELACIONADAS À COVID-19. ILEGITIMIDADE ATIVA. ENTIDADE QUE NÃO REPRESENTA CATEGORIA PROFISSIONAL. INOBSERVÂNCIA DO REQUISITO DA SUBSIDIARIEDADE. POSSIBILIDADE DE IMPUGNAÇÃO EM SEDE DE CONTROLE CONCENTRADO PERANTE O TRIBUNAIS DE JUSTIÇA LOCAIS. DESPROVIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL.

1. A jurisprudência do STF exige, para a caracterização da legitimidade ativa das entidades de classe e confederações sindicais nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, a representatividade de categoria empresarial ou profissional.

2. Sob esse enfoque, a Associação Nacional de Juristas Evangélicos – ANAJURE carece de legitimidade para a propositura de presente arguição, na medida em que congrega associados vinculados por convicções e práticas intelectuais e religiosas. Precedentes.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

3. O cabimento de arguição de descumprimento de preceito fundamental será viável desde que haja a observância do princípio da subsidiariedade, que exige o esgotamento de todas as vias possíveis para sanar lesão ou ameaça de lesão a preceitos fundamentais, ou a verificação, ab initio, de sua inutilidade para preservação do preceito. Precedentes desta CORTE.

4. A possibilidade de impugnação de ato normativo municipal perante o Tribunal de Justiça local, em sede concentrada, tendo-se por parâmetro de controle dispositivo da Constituição estadual, ou mesmo da Constituição Federal, desde que se trate de norma de reprodução obrigatória, caracteriza meio eficaz para sanar a lesividade apontada pela parte, de mesmo alcance e celeridade que a arguição de descumprimento de preceito fundamental perante o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, em razão do que se mostra desatendido o requisito da subsidiariedade (art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/1999).

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(ADPF 703-AgR/BA, Tribunal Pleno, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe de 25.2.2021) – Grifo nosso.

CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. DECISÃO AGRAVADA EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA SUPREMA CORTE QUE ORIENTA A MATÉRIA SOB EXAME. ILEGITIMIDADE ATIVA. ART. 103, IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ENTIDADES QUE NÃO REPRESENTAM CATEGORIAS PROFISSIONAIS OU ECONÔMICAS. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – As entidades de classe só podem ajuizar ações de controle concentrado quando representem nacionalmente interesses profissionais típicos da classe representada. Precedentes.

II – As entidades postulantes, voltadas, sobretudo, à inclusão das pessoas com deficiência, apesar da relevância dos pedidos formulados,



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

não atendem aos requisitos exigidos pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para a propositura de ações de controle concentrado de constitucionalidade.

III – Agravo regimental a que se nega provimento.

(ADPF 840-AgR/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 24.8.2021) – Grifo nosso.

O Supremo Tribunal Federal, porém, têm conferido interpretação ampliativa ao rol de legitimados para propositura de ações de controle abstrato, para reconhecer **a possibilidade de entidades representativas de grupos vulneráveis acionarem a jurisdição constitucional em defesa de interesses típicos dessas minorias** (ADPF 527/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 23.3.2021; ADPF 702-MC, Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, DJe de 29.4.2021; ADPF 991-MC-Ref, Rel. Min. Edson Fachin, DJe de 2.10.2023, entre outros julgados).

A Associação Nacional de Travestis e Transexuais – ANTRA é associação civil que articula, em todo Brasil, 127 instituições. A missão da ANTRA é *“identificar, mobilizar, organizar, aproximar, empoderar e formar Travestis e Transexuais das cinco regiões do país para construção de um quadro político nacional a fim de representar nossa população na busca da cidadania plena e isonomia de direitos (Assembleia da ANTRA, Teresina-PI/ Maio 2009)”*².

2 Informações obtidas no site institucional da ANTRA: <https://antrabrasil.org/sobre/>. Acesso em: 4.10.2023.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

Sob a perspectiva contramajoritária de acionamento da jurisdição constitucional, via controle abstrato de constitucionalidade, a ANTRA detém legitimação ativa para esta ação direta de inconstitucionalidade, na medida em que questiona ato normativo que exige cirurgia de confirmação de gênero para que pessoas trans sejam inseridas em unidades prisionais compatíveis com a autoidentificação.

O tema tratado pela Resolução CNJ 348/2020 é de interesse típico do seguimento social protegido, a ensejar a interpretação ampliativa do art. 103, IX, da Constituição Federal, nos termos da citada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

2. MÉRITO

A ANTRA – Associação Nacional de Transexuais e Travestis questiona os arts. 7º e 8º da Resolução CNJ 348/2020 e sustenta afronta aos arts. 1º, III; 3º, IV; 5º, *caput* e III, XLI e XLII; e 196 a 198 e seguintes, todos da Constituição Federal.

Afirma haver *(i)* inadequada distinção de tratamento entre mulheres transexuais e travestis submetidas à privação de liberdade; e *(ii)* dúvida objetiva



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

acerca da obrigatoriedade de acatamento, pelo magistrado, da vontade da pessoa transexual ou travesti sobre o local adequado para privação de liberdade.

2.1 Distinção normativa de tratamento entre mulheres transexuais e travestis

O tratamento de pessoas trans, travestis e intersexo inseridas no contexto penitenciário nacional foi objeto da ADPF 527/DF, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, ajuizada em 25.6.2018³.

Naqueles autos, a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT pleiteou interpretação conforme à Constituição, dos arts. 3º, §§ 1º e 2º, e 4º, *caput* e parágrafo único, da Resolução Conjunta da Presidência da República e do Conselho de Combate à Discriminação 1/2014 (“Resolução Conjunta”), de modo a garantir que as custodiadas transexuais e travestis somente pudessem cumprir pena em estabelecimento prisional compatível com o gênero feminino.

Em decisão cautelar publicada no *DJe* de 1º.7.2019, determinou-se que apenas presas transexuais femininas fossem transferidas para

3 Antes do acionamento da jurisdição constitucional via controle concentrado, a *quaestio iuris* foi decidida pelo Ministro Roberto Barroso no HC 152.491. Na oportunidade, determinou-se a colocação de mulheres transexuais em estabelecimento compatível com a sua identidade de gênero.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

presídios femininos, imediatamente. Naquela oportunidade, diante da “*falta de informações*”, as presas travestis não foram abrangidas⁴.

Com a juntada do relatório “*LGBT nas prisões do Brasil: diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento*”, do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MDH), e da Nota Técnica 7/2020, do Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP),

4 *DIREITO DAS PESSOAS LGBTI. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. TRANSEXUAIS E TRAVESTIS. UNIDADES PRISIONAIS EM QUE DEVE OCORRER O CUMPRIMENTO DE PENA. PROTEÇÃO CONTRA ABUSOS FÍSICOS E PSÍQUICOS. PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA.*

1. *Interpretação judicial controvertida da Resolução Conjunta da Presidência da República e do Conselho de Combate à Discriminação no 1/2014, acerca das unidades prisionais e demais condições em que deve ocorrer o cumprimento de pena de transexuais e travestis.*

2. *Transexuais são pessoas que se identificam com o gênero oposto ao seu sexo biológico. Percebem seu corpo como inadequado e buscam ajustá-lo à imagem de gênero que têm de si. Travestis são pessoas que se apresentam para o mundo com o gênero oposto àquele correspondente a seu sexo biológico, mas não percebem seu corpo como inadequado e não desejam modificá-lo.*

3. *Direito das transexuais femininas ao cumprimento de pena em presídios femininos, de acordo com a sua identidade de gênero. Incidência do direito à dignidade humana, à autonomia, à liberdade, à igualdade, à saúde, vedação à tortura e ao tratamento degradante e desumano (CF/1988, art. 1º, III; e art. 5º, caput, III).*

Normas internacionais e Princípios de Yogyakarta. Precedentes: ADI 4275, red. p/ acórdão Min. Edson Fachin; RE 670.422, rel. Min. Dias Toffoli.

4. *Divergência quanto ao tratamento a ser conferido às travestis. Notícia de minuta de resolução em debate entre órgãos com expertise na matéria. Insuficiência das informações constantes dos autos para proporcionar uma decisão segura. Necessidade de complementação da instrução do feito quanto a este ponto. Presença de periculum in mora inverso.*

5. *Cautelar parcialmente deferida para assegurar que transexuais femininas cumpram pena em presídio feminino.*



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

o Ministro Relator promoveu o ajuste dos termos da decisão cautelar anteriormente proferida na ADPF 527.

A publicação da adequação dos termos do *decisum*, após diálogo institucional e novos documentos, ocorreu por intermédio do *DJe* de 23.3.2021.

Entre a primeira publicação da medida de urgência e sua respectiva adequação transcorreram-se quase 2 anos.

Nesse ínterim, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ elaborou a Resolução 348/2020, *DJe* de 15.10.2020, em que *“estabelece diretrizes e procedimentos a serem observados pelo Poder Judiciário, no âmbito criminal, com relação ao tratamento da população lésbica, gay, bissexual, transexual, travesti ou intersexo que seja custodiada, acusada, ré, condenada, privada de liberdade, em cumprimento de alternativas penais ou monitorada eletronicamente”*.

No mês de janeiro de 2021, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ alterou o texto da Resolução CNJ 348/2020 para adequá-lo ao teor da primeira decisão cautelar proferida nos autos da ADPF 527, publicada em 1º.7.2019.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

A Resolução CNJ 366/2021 conferiu nova redação aos incisos II e III do art. 8º da Resolução CNJ 348/2020.

Diferentemente do texto de 2020, que equiparava a situação de escolha por transexuais, travestis e intersexos, a redação de 2021 diferenciou o questionamento sobre a preferência direcionada a pessoas transexuais, de um lado, e intersexo e travestis, de outro.

De acordo com os novos termos dos incisos II e III do art. 8º da Resolução CNJ 348/2020, ainda vigente, (i) indaga-se à pessoa autodeclarada **transexual** sobre a preferência pela custódia em unidade feminina, masculina ou específica, se houver, e, na unidade escolhida, preferência pela detenção no convívio geral ou em alas ou celas específicas, onde houver; (ii) às pessoas **intersexo e travestis**, questiona-se a preferência pela custódia no convívio geral ou em alas específicas.

A alteração da Resolução CNJ 348/2020, de janeiro de 2021, observou a primeira decisão acauteladora proferida nos autos da ADPF 527, de 2019, como se pode extrair do voto do Conselheiro Mário Guerreiro, relator do Ato Normativo 0010207-87.2020.2.000.0000.

Contudo, menos de 2 meses após o novo texto dos incisos II e III do art. 8º da Resolução CNJ 348/2020, em março de 2021, após o já referido



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

diálogo institucional, o Ministro Relator verificou o efeito prático anti-isonômico do primeiro *decisum* proferido na ADPF 527.

A reformulação dos termos da decisão cautelar promoveu igualdade de tratamento entre pessoas transexuais e travestis em contexto carcerário, de modo a “outorgar às transexuais e travestis com identidade de gênero feminina o direito de cumprir a pena: (i) em estabelecimento prisional feminino; ou (ii) em estabelecimento prisional masculino, porém em área reservada, que garanta a sua segurança”:

DIREITO DAS PESSOAS LGBTI. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. TRANSEXUAIS E TRAVESTIS. DIREITO DE OPÇÃO PELO CUMPRIMENTO DE PENA EM UNIDADES PRISIONAIS FEMININAS OU MASCULINAS, NO ÚLTIMO CASO, EM ALAS ESPECÍFICAS, QUE LHES GARANTA A SEGURANÇA.

1. *Direito das transexuais femininas e travestis ao cumprimento de pena em condições compatíveis com a sua identidade de gênero. Incidência do direito à dignidade humana, à autonomia, à liberdade, à igualdade, à saúde, vedação à tortura e ao tratamento degradante e desumano (CF/1988, art. 1º, III; e art. 5º, caput, III). Normas internacionais e Princípios de Yogyakarta. Precedentes: ADI 4275, red. p/acórdão Min. Edson Fachin; RE 670.422, rel. Min. Dias Toffoli.*

2. *Amadurecimento da matéria alcançado por meio de diálogo institucional estabelecido entre Poder Executivo, Poder Judiciário e entidades representativas da sociedade civil. Relatório do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos e Nota Técnica do Ministério da Justiça e da Segurança Pública sinalizando uma*



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

notável evolução do entendimento do Poder Executivo quanto ao tratamento a ser conferido a transexuais e travestis identificados com o gênero feminino, no âmbito do sistema carcerário.

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

4. Cautelar ajustada quanto às transexuais e estendida às travestis.

A alteração da Resolução CNJ 348/2020 pela Resolução CNJ 366/2021, especialmente do art. 8º, II e III, **precedeu** a adequação dos termos da medida cautelar ocorrida em março de 2021.

O tratamento diverso para pessoas transexuais, travestis e intersexo é inconstitucional e foi expressamente afastado nos mesmos autos da ADPF 527, fundamento orientador que não mais subsiste.

Por oportuno, registre-se que a técnica de interpretação conforme à Constituição, nos termos requeridos na petição inicial, é despicienda.

Declarada a nulidade *ab initio* da redação conferida pela Resolução CNJ 366/2021 aos incisos II e III do art. 8º da Resolução CNJ



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

348/2020, o efeito repristinatório viabilizará a retomada da redação original, constitucionalmente adequada:

Art. 8º De modo a possibilitar a aplicação do artigo 7º, o magistrado deverá:

(...)

II – indagar à pessoa autodeclarada parte da população transexual, travesti e intersexo acerca da preferência pela custódia em unidade feminina, masculina ou específica, se houver, e, na unidade escolhida, preferência pela detenção no convívio geral ou em alas ou celas específicas, onde houver; e

III – indagar à pessoa autodeclarada parte da população gay, lésbica e bissexual acerca da preferência pela custódia no convívio geral ou em alas ou celas específicas.

Portanto, por ofensa aos arts. 1º, III; 3º, IV; 5º, *caput* e III, XLI e XLII; e 196 a 198 da Constituição Federal, há de ser reconhecida a inconstitucionalidade da **vigente redação** dos incisos II e III do art. 8º da Resolução CNJ 348/2020, conferida pela Resolução CNJ 366/2021.

2.2 Da indagação à pessoa trans sobre a unidade prisional à vinculação do magistrado: compatibilização entre autonomia da vontade, devido processo legal e independência funcional

O reconhecimento do *status* de “pessoa” a todo ser humano é processo historicamente recente e de revisitação constante. Como pontua Maria Victoria Benevides: “É o que garante a todos, homens e mulheres, ricos e



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

pobres, crentes e ateus, nacionais e estrangeiros, em qualquer lugar – o reconhecimento de sua dignidade”⁵.

Lançar luzes às vulnerabilidades acrescidas, em contexto de pessoas privadas de liberdade, é medida que se atenta à dignidade humana e aos direitos humanos das pessoas em cárcere – provisório ou definitivo.

A visibilidade de pessoas LGBTQIAPN+, especialmente ao tratamento institucional de pessoas trans, é questão de incipiente tratamento jurídico por normas nacionais. Textos normativos ainda trazem expressões que se referem apenas a “sexo”, *ex vi* do art. 21 da Lei de Abuso de Autoridade, por exemplo, que penaliza o agente público que permita pessoas do “*mesmo sexo*” no mesmo espaço de confinamento.

A pessoa trans conduzida ao cárcere, provisória ou definitivamente, há de se submeter ao devido processo legal, garantia constitucional que visa à preservação das liberdades individuais.

O art. 5º, LIV, da CF, garante que o indivíduo só será privado de liberdade ou terá seus direitos restringidos mediante processo legal, exercido

5 BENEVIDES, Maria Victoria. Direitos humanos: desafios para o século XXI. In: SILVEIRA, Rosa Maria Godoy et al. *Educação em direitos humanos: fundamentos teórico-metodológicos*. João Pessoa: Editora Universitária, 2007.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

pelo Poder Judiciário, por juiz natural, assegurados o contraditório e a ampla defesa.

Nesse contexto, tem-se como medida humanizadora e de viés evolutivo a indagação, à pessoa trans, sobre em qual unidade de recolhimento deseja se inserir – ou ala específica, quando disponível.

Não obstante isso, caberá ao juiz da comarca ou da seção judiciária analisar a opção da pessoa trans e verificar a viabilidade de concretizá-la, sempre de forma fundamentada.

A missão do intérprete jurídico é conjugar atos normativos vigentes para garantir tanto o devido processo penal constitucional quanto a atenção integral humanizada às vulnerabilidades acrescidas na privação da liberdade.

Constatada a conduta criminosa, que implica ofensa a bem jurídico penalmente tutelado (materialidade delitiva), verificar a pertinência de medidas cautelares que restringem a liberdade e dimensionar a sanção aplicável ao autor é tarefa constitucionalmente atribuída ao magistrado, com atuação do Ministério Público e produção de provas submetidas ao contraditório e à ampla defesa.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

A independência “interna”, “decisória”, “subjéitiva”, “funcional” ou “particular” do juiz é corolário lógico do art. 95, I, II e III, da CF. É garantia de supremacia da Constituição e dos direitos fundamentais⁶.

É por isso que os arts. 7º e 8º da Resolução CNJ 348/2020 hão de ser interpretados sem perder de vista as competências judiciais: consideração das diretrizes de direitos humanos; análise das normas aplicáveis e da realidade local; resolução de incidentes durante o cumprimento de medidas cautelares ou da sanção individualizada; atenção aos termos da sentença.

Eventual determinação vinculante para que magistrados sejam obrigados a acatar a opção da pessoa trans, sem espaço de ponderação, desconsidera a independência do juízo e o princípio da livre convicção judicial motivada (CPP, art. 157), sempre submetido às garantias constitucionais do processo penal⁷.

6 *“A independência do Judiciário configura, primeiro, pressuposto para a limitação efetiva dos poderes e garantia dos direitos. Sem essa prerrogativa de Poder (...), o Judiciário não poderia exercer livremente o controle de constitucionalidade e de legalidade dos atos do governo, comprometendo seriamente o Estado de Direito e, com ele, as liberdades”* (SAMPAIO, José Adércio Leite. *O Conselho Nacional de Justiça e a independência do Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 117).

7 *“À luz da Constituição brasileira de 1988 podemos exemplificar as seguintes: devido processo legal (art. 5º, LIV); juiz e promotor naturais (art. 5º, XXXVII e LIII); contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV); obtenção da prova ilícita (art. 5º, LVI); motivação das decisões judiciais (art. 93, IX); dignidade da pessoa humana (art.1º, III); legalidade (art. 5º, II); isonomia (art. 5º, caput e inc. I); inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV); publicidade dos atos processuais (art. 5º, LX e 93, IX); proibição à tortura (art. 5º, III e XLIII) etc.”*. Sobre a livre convicção do juiz, conferir: BULOS, Uadi Lamêgo. *O livre convencimento do juiz e as garantias constitucionais do processo penal*. *Revista da EMERJ*, v. 3, n. 12, 2000.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Portanto, o desejo da pessoa trans em ir para determinada unidade prisional, ou ala específica, não deve retirar do magistrado a qualidade de órgão de decisão, seja sobre questões cautelares/incidentais, seja a respeito de cumprimento de sanção penal imposta após regular processamento.

Em face do exposto, opina a PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA pela procedência parcial dos pedidos formulados na petição inicial, de modo que seja declarada a inconstitucionalidade da **vigente redação** dos incisos II e III do art. 8º da Resolução CNJ 348/2020, conferida pela Resolução CNJ 366/2021.

Brasília, data da assinatura digital.

Elizeta Maria de Paiva Ramos
Procuradora-Geral da República
Assinado digitalmente

TSS