

HABEAS CORPUS Nº 497.226 - RS (2019/0065773-1)

RELATOR : **MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : ALINE CORRÊA LOVATTO - RS043217
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : D. S. DE S. (PRESO)

DECISÃO

D. S. S. alega, por meio da Defensoria Pública, sofrer coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Agravo n. 70080189442), que não lhe deferiu, no cumprimento de pena em regime semiaberto, o pernoite em cela feminina, dada "sua condição de gênero, possuindo aparência e características femininas" (fl. 4).

A defesa esclarece, *verbis*:

D. é reconhecidamente **travesti**, integrante da comunidade LGBTTT.

Trata-se de **indivíduo extremamente vulnerável, o qual está sendo submetido, ao ser mantido junto ao alojamento masculino, a evidente violência psíquica, moral, física e, quiçá, sexual**. Mais, por ser pertencente a um grupo minoritário, sofre, não só com a desigualdade decorrente de uma sociedade ainda patriarcal, mas pela sua situação agravada pela inserção no mundo do crime, que as marginaliza duplamente, tendo que, no sistema carcerário, por vezes, como dizia Foucault, acabar sujeitando-se a múltiplos dispositivos de obediência e humilhação (fl. 6).

Ainda de acordo com a impetrante (fl. 7):

Essa separação das penitenciárias entre homens e mulheres gera evidente violação ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, na medida em que desconsidera as identificações de gêneros das pessoas recolhidas que não se enquadram nem como homens, nem como mulheres cisgêneros por conta das peculiaridades de transgeneridade, que fogem da heteronormatividade.

Para piorar, ausente legislação específica de proteção. Por tal

Superior Tribunal de Justiça

razão houve a necessidade de que se estabelecesse princípios norteadores a regular situações como a presente, daí a razão de ser do documento de Yogyakarta.

A Defensoria Pública considera que razões como a ausência de cirurgia de transgenitalização e o risco à integridade física e sexual das mulheres cisgênero não podem lastrear a negativa de alocação de travestis e de mulheres transexuais em presídios femininos, pois isso afronta o reconhecimento da identidade transgênero e afronta direitos da pessoa humana.

Aduz que a "determinação contida na decisão recorrida, de permanência dela [paciente] em estabelecimento prisional destinado ao sexo com o qual não se identifica e se apresenta socialmente, atenta contra os princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana, viola dispositivos constitucionais [...], inobserva orientações internacionais de proteção de grupos vulneráveis, da dignidade da pessoa humana e do respeito à diversidade de identidade de gêneros" (fl. 20).

Requer, em liminar, a imediata transferência da paciente para estabelecimento prisional compatível com sua identidade de gênero (feminino).

Decido.

Depreende-se dos autos que a paciente cumpre, no Presídio Estadual de Cruz Alta, pena de **13 anos, 1 mês e 22 dias de reclusão, atualmente no regime semiaberto**, em razão da prática de crimes patrimoniais.

Após iniciar a execução em 23/2/2016, no regime fechado, teve, em 2017, homologado judicialmente o PAD n. 055/2017, em que se reconheceu a prática de falta grave e se lhe alterou a data-base; posteriormente, o Juiz da execução autorizou a "liberação do apenado para o **Trabalho Externo, com saída às 7 h e recolhimento às 20h, de segundas à sextas-feiras**, porém aos sábados com recolhimento às 13h30min" (fl. 39).

O Magistrado, "diante da manifestação contrária da administração prisional, da **ausência de cela especial para abrigar pessoas LGBT no presídio local** e para evitar a ocorrência de atos de indisciplina que possam comprometer a segurança do estabelecimento prisional", **indeferiu o pedido de pernoite em cela feminina** (fl. 53).

Em 30/1/2018, foi negado o agravo regimental interposto pela

Superior Tribunal de Justiça

defesa contra tal decisão.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul assim se manifestou sobre a controvérsia (fls. 115-117):

De igual forma, não comporta acolhida o pedido de pernoite do segregado no alojamento feminino.

Isso porque, ainda que o agravante descreva sua condição de gênero, indicando que é travesti, o que lhe faz possuir aparência e características femininas, tanto não é suficiente para autorizar que resgate sua sanção em alojamento destinado às mulheres.

Gize-se que, embora o requerente tenha alegado que as detentas não se opuseram à sua presença para pernoitar no local, o fato é que a administração do ergástulo, por intermédio de ofício, explicitou a inconveniência da medida, sob o argumento de que as celas femininas acolhem apenas beneficiadas com trabalho externo e que possuem companheiros recolhidos na acomodação masculina e na galeria, sendo que eventual deferimento do pedido "causaria transtornos a ordem e a disciplina desta Casa Prisional" (fl. 08).

Não resta dúvida no sentido de que a melhor alternativa seria a instalação de celas especiais visando atender às necessidades dos apenados em seus diferentes níveis, inclusive opção sexual.

Contudo, essa não é a situação do Presídio Estadual de Cruz Alta, que foi parcialmente interditado em decorrência dos diversos problemas estruturais e de superlotação, circunstâncias que se aplica a maioria dos estabelecimentos carcerários do Estado, a revelar que tal providência, por ora, mostra-se inviável.

Ademais, imprescindível analisar a razoabilidade e a proporcionalidade da medida, sopesando o direito individual e coletivo da massa de condenados que lá resgaram pena.

O fato é que se a concessão do pleito traria consequências de ordem e de disciplina no cárcere, como adiantado pela administração do alojamento, tanto atingiria a totalidade dos presos que executam sanção no estabelecimento, o que não se mostra plausível.

De outro lado, permitir que os travestis cumpram pena em presídio feminino viola a Constituição Federal, no ponto em que segmenta a população carcerária segundo o sexo do preso.

Não se está aqui a dizer que o Estado não deva assegurar a integridade física e psíquica dos custodiados, mas as normas que regulamentam a separação dos apenados insere os travestis e os

Superior Tribunal de Justiça

transexuais no sistema binário, que contempla as regras constitucionais e legais que adotam o sexo como elemento objetivo à divisão dos reeducandos.

Outrossim, inexistem informações dando conta de que os direitos do apenado não estão sendo respeitados.

Por tais fundamentos, nego provimento ao agravo em execução.

Verifica-se, portanto, que **a paciente está incluída em alojamento não compatível com sua identidade de gênero**. Também consta nos autos o registro de "**ausência de cela especial para abrigar pessoas LGBT no presídio local**" (fl. 53)

Conquanto compreenda as dificuldades estruturais mencionadas no acórdão impugnado, que não podem ser desconsideradas, entendo, em avaliação inicial, que a situação retratada nos autos configura **constrangimento ilegal a ser sanado pela via do remédio heroico**.

Na dicção do Preâmbulo da Constituição, formamos um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a **segurança**, o **bem-estar**, o desenvolvimento, a **igualdade** e a justiça como valores supremos de uma **sociedade fraterna**, pluralista e **sem preconceitos**; outrossim, como já anuncia o art. 1º da Lei Maior, a **dignidade da pessoa humana** se apresenta como princípio fundamental da República,

Já nas primeiras linhas da introdução aos **Princípios de Yogyakarta** (em referência à conferência havida nesta cidade da Indonésia em 2006, dirigida a otimizar a legislação internacional de direitos humanos sobre orientação sexual e identidade de gênero) se afirma que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Todos os direitos humanos são universais, interdependentes, indivisíveis e inter-relacionados. **A orientação sexual e a identidade gênero são essenciais para a dignidade e humanidade de cada pessoa e não devem ser motivo de discriminação ou abuso**”.

Sobre o tema, a propósito, é lapidar o escólio do Ministro Celso de Mello, em excerto de seu substancial e histórico voto proferido no julgamento da ADO 26/DF (Pleno, j. 20/2/2019), *verbis* (com nossos destaques):

[..] 13. O Poder Judiciário, em sua atividade hermenêutica, há de tornar efetiva a reação do Estado na prevenção e repressão aos atos de preconceito ou de discriminação praticados contra pessoas integrantes de grupos sociais vulneráveis

A ausência de efetiva reação estatal às injustas agressões praticadas contra grupos sociais vulneráveis e a recusa do Poder Público a enfrentar e superar as barreiras que inviabilizam a busca da felicidade por parte de homossexuais e transgêneros vítimas de inaceitável tratamento discriminatório, traduzem omissão que frustra a autoridade do Direito, que desprestigia o interesse público, que gera o descrédito das instituições e que compromete o princípio da igualdade.

Com o propósito de endereçar uma solução a esse problema, o Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, em junho de 2011 – expressando grave preocupação com os atos de violência e discriminação praticados, em todas as regiões do mundo, contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero – adotou a Resolução nº 17/19 sobre “Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero”, solicitando ao Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos a elaboração de propostas destinadas a orientar os Estados na implementação de medidas para proteger os grupos sociais expostos aos riscos da intolerância.

O relatório submetido pelo Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos e aprovado pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU apresentou evidências de um padrão sistemático de violência e discriminação motivado pela orientação sexual ou pela identidade de gênero das pessoas, vindo a reconhecer que **a falha das autoridades estatais em criar mecanismos de proteção aos direitos e liberdades ameaçados, além de configurar transgressão aos compromissos assumidos pelos Estados (inclusive o Brasil) na ordem internacional, ocasiona, ainda, a exposição dos integrantes da comunidade LGBT aos riscos da violência, da opressão e do constrangimento**, tanto na esfera pública quanto no âmbito privado, seja em decorrência da atuação de agentes estatais, de particulares, de grupos ou de organizações extremistas, seja, até mesmo, em face de comportamento de membros da própria família da vítima.

É por isso mesmo, Senhor Presidente, que este julgamento assume importância fundamental no processo de ampliação e de consolidação dos direitos fundamentais das pessoas e constitui momento culminante na efetivação do dogma –

segundo proclama a Introdução aos Princípios de YOGYAKARTA (2006) – de que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, pois todos os direitos humanos são universais, interdependentes, indivisíveis, inexauríveis e inter-relacionados, sendo certo, presente esse contexto, que **a orientação sexual e a identidade de gênero são essenciais à dignidade e à humanidade de cada pessoa, não devendo constituir motivo de discriminação ou abuso.**

Violações de direitos humanos que atingem pessoas por motivo de orientação sexual ou de identidade de gênero traduzem situações que um Estado fundado em bases democráticas não pode tolerar nem admitir.

É por essa razão que, entre os Princípios de YOGYAKARTA – que exprimem postulados sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e à identidade de gênero –, há um, o Princípio n. 3, que proclama o direito titularizado por qualquer pessoa “de ser reconhecida, em qualquer lugar, como pessoa perante a lei. As pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas devem gozar de capacidade jurídica em todos os aspectos da vida. A orientação sexual e a identidade de gênero autodefinidas por cada pessoa constituem parte essencial de sua personalidade e um dos aspectos mais básicos de sua autodeterminação, dignidade e liberdade” (grifei).

Isso significa que os **homossexuais, os transgêneros e demais integrantes do grupo LGBT têm a prerrogativa, como pessoas livres e iguais em dignidade e direitos, de receber a igual proteção das leis e do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República**, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguale as pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero.

Essa afirmação, mais do que simples proclamação retórica, traduz o reconhecimento, que emerge do quadro das liberdades fundamentais, de que **o Estado não pode adotar medidas nem formular prescrições normativas que provoquem, por efeito de seu conteúdo discriminatório, a exclusão jurídica de grupos minoritários que integram a**

comunhão nacional.

É por tal razão que o magistério da doutrina – apoiando-se em valiosa **hermenêuticas emancipatória e construtiva** e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) – tem revelado admirável percepção quanto ao significado de que se reveste o reconhecimento do **direito personalíssimo à orientação sexual e à identidade de gênero**, em ordem a permitir que se extraiam, em favor das pessoas em geral e dos homossexuais e transexuais em particular, relevantes consequências no plano jurídico.

Também se mostra oportuno – sobretudo pela especificidade em relação à hipótese versada nos autos – aludir à **Resolução Conjunta n. 1**, de 15/4/2014, do Conselho Nacional de Combate à Discriminação, no seguinte ponto:

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.

A paciente está submetida, por falta de espaço próprio, a permanecer no período noturno em alojamento ocupado por presos do sexo masculino, em ambiente, portanto, notória e absolutamente impróprio para quem se identifica e se comporta como transexual feminina.

Assim, em exame ainda preliminar, não vejo como negar à paciente o **direito de colocação em espaço de vivência específico, preferencialmente** separado das demais pessoas privadas de liberdade, de modo **compatível, portanto, com sua identificação de gênero e em conformidade com a dignidade da pessoa em cumprimento de sanção criminal**, de sorte a lhe permitir quitar sua dívida social em condições que lhe preservem a

integridade física e moral (art. 5º, incs. XLVIII e XLIX, da Constituição da República).

Sem embargo, **não desconsidero a realista observação externada no acórdão impugnado**, onde se assentou que:

Não resta dúvida no sentido de que a melhor alternativa seria a instalação de celas especiais visando atender às necessidades dos apenados em seus diferentes níveis, inclusive opção sexual.

Contudo, essa não é a situação do Presídio Estadual de Cruz Alta, que foi parcialmente interditado em decorrência dos diversos problemas estruturais e de superlotação, circunstâncias que se aplica a maioria dos estabelecimentos carcerários do Estado, a revelar que tal providência, por ora, mostra-se inviável.

Decerto que o mundo do dever-ser (*law on the books*) não corresponde necessariamente (ou quase nunca) ao mundo do ser (*law in action*), do que resulta a constatação das enormes e crônicas dificuldades do Estado brasileiro – com todas as suas conhecidas carências e deficiências estruturais, conjunturais e funcionais –, para a concretização das normas nacionais e internacionais dirigidas a assegurar o pleno exercício de todos os direitos da pessoa humana, em qualquer condição em que se encontre, inclusive, e particularmente, na condição de pessoa condenada a cumprir pena no sistema penitenciário nacional, o qual, vale lembrar, foi identificado, pela Corte Suprema, como exemplo de um Estado de Coisas Inconstitucional (MC na ADPF 347).

Assim, em que pesem essas relatadas carências, **especialmente a falta de espaço adequado** (ou adaptado para essa finalidade), no presídio local, para permitir o cumprimento da pena não somente pela paciente, mas também por todas as pessoas (de ambos os sexos e de qualquer orientação sexual) ali recolhidas, **não se há de optar pela alternativa de manter a situação atual relatada nos autos**, i.e., de pernoite da paciente em alojamento masculino, colocando-a sob iminente risco de sofrer **violência psíquica, moral, física e, quiçá, sexual, como acentuado pela impetrante**, riscos esses que, como é público e notório, efetivamente se fazem presentes, dada a característica ainda patriarcal e preconceituosa de boa parte de nossa sociedade, agravada pela **promiscuidade que caracteriza ambientes carcerários masculinos**.

Melhor então – ante a plausibilidade do direito invocado e o evidente perigo da demora do provimento final, e sendo afirmada a inviabilidade de se obter a solução ideal alvitrada – que se permita à paciente, ao menos até o julgamento do mérito deste *writ*, pernoitar em ambiente menos hostil, sendo de

Superior Tribunal de Justiça

destacar, aliás, que o acórdão menciona “que as detentas não se opuseram à sua presença para pernoitar no local”.

À vista do exposto, **concedo a liminar para determinar a colocação da paciente em espaço próprio, compatível com sua identidade de gênero**, separada dos homens e mulheres que cumprem pena no Presídio Estadual de Cruz Alta. Não sendo, como tudo indica, possível o imediato atendimento desta determinação, **deverá a paciente ser colocada na ala feminina no presídio, preferencialmente em cela individual**.

Sem embargo, na eventual falta de condições para o atendimento também desta determinação – **fiando-me no prudente arbítrio da douta autoridade judiciária competente** – determino que se apliquem, então, os parâmetros fixados no RE n. 641.320/RS.

De toda sorte, **em nenhuma hipótese poderá a paciente continuar a pernoitar no alojamento masculino** do Presídio Estadual de Cruz Alta ou de qualquer outro estabelecimento penal do Estado do Rio Grande do Sul.

Publique-se e intimem-se.

Solicitem-se informações atualizadas ao Juízo da Execução. Depois da resposta, encaminhem-se os autos ao Ministério Público Federal.

Brasília (DF), 13 de março de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**