



Autos nº 00022531720188070015
(Processo antigo nº 20180110063380)

DECISÃO

Habeas Corpus

Impetrante: ANDERSON CAVICHIOLI, BRUNO CARVALHO DE ALMEIDA e MICHEL PLATINI GOMES FERNANDES.

Paciente:

Autoridade Coatora: SUBSECRETÁRIO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO - SESIPE.

Trata-se de Habeas Corpus impetrado por ANDERSON CAVICHIOLI, BRUNO CARVALHO DE ALMEIDA e MICHEL PLATINI GOMES FERNANDES em favor das pacientes

com a finalidade de que, concedida a ordem, sejam as pacientes, transexuais femininas ou travestis, transferidas para estabelecimento prisional compatível com suas identidades de gênero, sob o argumento de que, a permanência na unidade prisional em que estão alocadas, não lhes preserva, por inteiro, a dignidade inerente às suas identidades de gênero.

Os impetrantes trazem longo arrazoado acerca do direito da população LGBTI, mencionando conceitos de identidade de gênero extraídos do Decreto Federal 8272/16, do Decreto Distrital 37.892/17 e dos Princípios de Yogyakarta. Trazem à colação recente decisão proferida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luis Roberto Barroso, no bojo do HC 152.491/SP, que teria determinado a transferência de duas travestis que estariam alocadas em celas masculinas, para presídio feminino.

Apontam como ato coator a Ordem de Serviço Nº 345/2017, da Subsecretaria do Sistema Penitenciário, cujo artigo 9º autoriza a transferência para a Penitenciária Feminina do Distrito Federal apenas de mulheres trans que já tenham realizado cirurgia de transgenitalização do sexo masculino para o feminino.

Pedido liminar indeferido, nos termos da decisão que proferi aos 14/3/2018.

A SESIPE, apontada como autoridade coatora, prestou informações nos termos do Ofício SEI - GDF nº 54/2018 - SSP/SESIPE/CG/ACG, sustentando que a Ordem de Serviço nº 345/2017 foi expedida em consonância com as atuais políticas públicas de

valorização da pessoa humana, ao estabelecer mecanismos de proteção ao público LGBTI.

O Ministério Público se manifestou preliminarmente pelo não conhecimento do habeas corpus, em razão da inadequação da via eleita e, ainda, pelo reconhecimento da perda do objeto em relação à paciente [REDACTED], visto que foi colocada em liberdade aos 21/3/2018.

Já em relação ao mérito, manifestou-se pela denegação da ordem, asseverando que a decisão proferida no HC 152.491/SP tão somente determinou a alocação de travestis em local compatível com suas orientações sexuais, e não em presídios femininos, conferindo à administração penitenciária, no uso de sua discricionariedade, estabelecer se a alocação será feita em presídios masculinos ou femininos. Assim, conclui que a permanência das pacientes nas celas em que estão alocadas no CDP confere-lhes o adequado tratamento para suas identidades de gênero.

Relatei.

DECIDO.

Preliminarmente, registro que a via processual eleita pelos impetrantes não se mostra adequada, visto que o habeas corpus, cujos fundamentos para impetração são, basicamente, a Constituição Federal, em seu art. 5º, inc. LXVIII, e o Código de Processo Penal, em seus arts. 647 e seguintes, é ação constitucional cuja finalidade é evitar ou fazer cessar a violência ou coação à liberdade de locomoção, decorrente de ilegalidade ou abuso de poder.

As prisões das pacientes decorrem de decisões proferidas por Juízos Criminais do Distrito Federal, nas quais foram decretadas suas prisões preventivas e, de acordo com as competências deste Juízo da Execução Penal, previstas na Lei da Organização Judiciária do Distrito Federal e dos Territórios, no Regimento Interno do TJDFT e no Provimento Geral da Corregedoria do TJDFT, não compete ao Juízo da VEP conhecer de habeas corpus contra ato de Juízo Criminal de 1º grau.

Como bem pontuou o Ministério Público, os impetrantes não lograram êxito em comprovar a incidência de nenhuma das hipóteses de coação ilegal previstas no artigo 648 do CPP.

Noutro giro, observo que ação tem por objeto principal discutir qual seria o estabelecimento prisional adequado para a alocação das impetrantes e, segundo a tese defensiva, deveriam ser alocadas na PFDF exclusivamente em razão de suas identidades de gênero.

Assim, não obstante a via eleita não se mostre adequada ao pleito, o artigo 86, § 3º da Lei de Execução Penal estabelece que *"Caberá ao juiz competente, a requerimento da autoridade administrativa definir o estabelecimento prisional adequado para abrigar o preso provisório ou condenado, em atenção ao regime e aos requisitos estabelecidos"*.

Ademais, a LEP também prevê em seu artigo 66, VII a competência do Juízo da Execução para a tomada de providências para o adequado funcionamento dos

estabelecimentos penais e promoção, quando o caso, da apuração de responsabilidades.

Desse modo, considerando que os impetrantes levantaram questões exclusivamente de direito, que independem de análise fático-probatória, concluo não haver óbice à análise do pedido formulado neste feito originário, o que faço de ofício, nos moldes previstos nos artigos 194 e seguintes da LEP.

Ainda em sede de questões preliminares, julgo prejudicada a análise do feito em relação à paciente JÉSSICA SILVA, porque já foi colocada em liberdade, em razão da expedição de alvará de soltura pelo Juízo Criminal de origem.

Quanto ao mérito, tenho que não são procedentes as pretensões defensivas, conforme passo a explicar.

Um primeiro ponto a ser esclarecido diz respeito ao alcance da decisão proferida em sede do HC nº 152.491/SP, a qual, diga-se, não alcançou efeito ***erga omnes***. O Excelentíssimo Senhor Ministro Barroso determinou realmente a transferência de duas travestis que estavam alocadas em cela masculina "para estabelecimento prisional compatível com a orientação sexual" (sem menção expressa a presídio feminino), porque ambas estariam presas na penitenciária de Presidente Prudente em uma cela onde havia cerca de trinta homens.

Naquela decisão, Sua Excelência fez referência a Resolução Conjunta 1 do Conselho Nacional de Combate à Discriminação, que trata do acolhimento de pessoas LGBTI em privação de liberdade no Brasil e que estabelece, entre outros direitos, que a pessoa travesti ou transexual deve ser chamada pelo seu nome social, contar com **espaços de vivência específicos**, usar roupas femininas ou masculinas, conforme o gênero, e manter os cabelos compridos e demais características de acordo com sua identidade de gênero, além do direito a visita íntima.

Note-se que a própria Resolução Conjunta 1 do Conselho Nacional de Combate à Discriminação **estabelece que a pessoa travesti ou transexual em privação de liberdade deve contar com espaços de vivência específicos, sem referência expressa a presídio feminino**.

No caso do Distrito Federal, desde 22 de setembro de 2017 a Subsecretaria do Sistema Penitenciário - SESIPE editou a OS nº 345 por meio da qual estabeleceu que pessoas *trans* - travestis, transexuais e transgêneros - podem utilizar o nome social que adotam e isso deve ser reconhecido e respeitado pelos servidores públicos, demais presos e visitantes e referido nome deverá constar de todos os cadastros sejam internos ou externos e foi criado campo específico no SIAPEN, ou seja, no sistema que processa todos os dados relativos a pessoa encarcerada com amplo acesso interno e externo.

Essas pessoas *trans* também foram alocadas em celas separadas dos homens e estão recebendo banho de sol em pátio separado deles, de forma que suas situações não se assemelham em nada às aquelas enfrentadas pelas travestis beneficiadas com a concessão da Ordem no HC nº 152.491/SP, de relatoria do Ministro Barroso.

Da mesma forma, pessoas *trans* têm assegurada a visita íntima, desde que cumpram as regras previstas na OS nº 82/2013 e 83/2013, ambas da SESIPE e, ainda,

ao disposto nos artigos 10 e 11 da Portaria nº 008/2016 desta VEP, assim como todos os demais presos que se declaram heterossexuais devem fazê-lo, se tencionarem receber este tipo de visita.

Acresça-se o fato de que antes mesmo da edição da Ordem de Serviço atacada pelos impetrantes, proferi decisão em 29/9/2017 para o fim de autorizar que pessoas *trans* nascidas sob o gênero masculino, mas que possuam características do sexo oposto e que não tenham feito cirurgia de transgenitalização, não sejam obrigadas a cortar cabelos, preservando, assim, as características femininas.

Sopesando a situação relativa à alocação de mulheres *trans* no DF com as regras de regência, forçoso concluir que o sistema penitenciário do DF segue à risca o conteúdo da Resolução Conjunta 1 do Conselho Nacional de Combate à Discriminação, que trata do acolhimento de pessoas LGBTI em privação de liberdade no Brasil.

Cumprido destacar novamente que a situação das pacientes diferem - e muito - da situação que as travestis mencionadas na decisão do Ministro Barroso enfrentaram.

Noutro giro, trago a baila o conteúdo do artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, que instituiu como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana e em seu artigo 5º estabeleceu que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

E assim o faço para fundamentar meu entendimento no sentido de que, se a pessoa *trans* é detentora de direitos, evidentemente a mulher *cis* é igualmente detentora desses mesmos direitos.

Destarte, todos nós somos socialmente iguais, mas biologicamente existem diferenças que são cientificamente inegáveis. A musculatura esquelética de quem nasceu homem tem fator hormonal que lhe assegura vantagem de força sobre a mulher. Além do mais, mulher *trans*, por exemplo, não menstrua como a mulher *cis*, sendo cediço que durante o período menstrual a mulher *cis* passa por período de mudança de humor, dores, prostrações, etc.

Faz-se necessário trazer a baila tais diferenças, para rebater a pretensão dos impetrantes, os quais pretendem que as pacientes - todas mulheres *trans* que não fizeram cirurgia de transgenitalização e, por isso, todas têm pênis - sejam transferidas para o presídio feminino e sejam alocadas junto com mulheres *cis*.

Embora não exista superlotação na Penitenciária Feminina do Distrito Federal - PFDF, sabe-se que também não há espaço ocioso. Assim, se as pacientes forem transferidas liminarmente para lá, terão que ser confinadas em celas com mulheres *cis*. Sabe-se, ainda, que as celas onde as pessoas em conflito com a lei penal cumprem pena são espaços pequenos e sem qualquer garantia de privacidade, vale dizer, não há quartos separados, tampouco banheiros com porta.

Sopesando todas as informações relativas às diferenças físicas e a falta de privacidade aliadas ao fator confinamento, não é preciso muito esforço intelectual para facilmente concluir que a probabilidade de ocorrerem brigas ou desentendimentos é grande, comum aos ambientes em que há aglomeração de pessoas, especialmente em

privação de liberdade, assim como a probabilidade de haver superioridade física das mulheres *trans* em relação às mulheres *cis* é maior ainda, de forma que estas se tornariam alvos frágeis.

Nesse ponto, chamo atenção para a complexidade da situação, pois dentre as pacientes há mulheres *trans* e travestis, havendo inúmeras diferenças na expressão de suas sexualidades. A travesti, por exemplo, pode se relacionar sexualmente tanto com homem, quanto com mulher, uma vez que sua identidade de gênero comporta fluidez.

Por outro lado, não se deve olvidar, que as pacientes, assim como a grande massa carcerária de mulheres *cis* é de pessoas jovens, portanto, todas, sem exceção, com alto percentual de libido. A possibilidade de vir a ocorrer relação sexual forçada não é percentualmente desprezível.

Há, ainda, outro público que é igualmente detentor de direitos que não podem ser desrespeitados. No presídio feminino há lotação prioritária e preponderante de agentes femininas.

Isso porque somente agentes do gênero feminino podem trabalhar nos postos localizados dentro das galerias, onde as celas ocupadas por mulheres estão situadas. Assim, em caso de desencadeamento de eventuais brigas entre mulheres *trans* e *cis*, somente agentes do sexo feminino poderiam intervir.

Considerando a regra prevista no artigo 77, § 2º da LEP, segundo a qual "no estabelecimento para mulheres somente se permitirá o trabalho de pessoal do sexo feminino, salvo quando se tratar de pessoal técnico especializado", do qual decorre ainda a vedação para que agentes femininos façam revistas pessoais em homens, como elas procederiam, por exemplo, para abordar, revistar ou mesmo conter uma mulher *trans* que não tenha feito cirurgia de transgenitalização, portanto, teria um pênis e hormônios predominantemente masculinos, que porventura estivesse agredindo uma mulher *cis*?

Para preservação do direito de uns, não pode haver desrespeito aos direitos de outros, sejam eles quais forem.

Em suma, as pacientes estão tendo seus direitos preservados, sobretudo por já estarem encarceradas em locais separados dos homens, inclusive quando recebem banho de sol e não são expostas aos mesmos índices de superlotação que as demais celas, motivo pelo qual não há motivos legais suficientes para alocá-las em celas juntos com mulheres *cis*, sobretudo porque caso assim fosse feito, estas correriam riscos à suas integridades físicas e suas dignidades sexuais.

Assim, se o fundamento dos impetrantes para o pedido de transferência é justamente a preservação da integridade física das mulheres *trans* e estas, como se viu em linhas volvidas já estão preservadas com suas alocações em espaços separados dos homens, não há como levá-las para o convívio direto e estreito com mulheres *cis*, se isso fizer com que estas corram os mesmos riscos. A preservação dos direitos deve ser igual. Assim garante a Carta Magna.

Por todo o exposto, julgo improcedentes os pedidos formulados e INDEFIRO a transferência de [REDACTED]

[REDACTED]

Intime-se o Ministério Público e a Defesa.

Remetam cópia da presente decisão à SESIPE.

Nada mais havendo, arquite-se.

Distrito Federal, 15 de Maio de 2018.

LEILA CURY
JUIZ(A) DE DIREITO