



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 861817 - SC (2023/0375894-7)

RELATOR : **MINISTRO JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF)**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : BRUNA FERNANDES (PRESO)
OUTRO NOME : MAICON VINICIUS FERNANDES
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. ESTABELECIMENTO PRISIONAL ADEQUADO. LIBERDADE SEXUAL E DE GÊNERO. DIVERSIDADE DE GÊNERO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE MATERIAL. PRESÍDIO FEMININO COM ESTRUTURA PARA RECEBER MULHER TRANSGÊNERO. ESCOLHA DA PESSOA PRESA.

1. A determinação do local do cumprimento da pena da pessoa transgênero não é um exercício de livre discricionariedade da julgadora ou do julgador, mas sim uma análise substancial das circunstâncias que tem por objeto resguardar a liberdade sexual e de gênero, a integridade física e a vida das pessoas transgênero presas, haja vista que o art. 7º da Resolução CNJ n. 348/2020 determina que a referida decisão "será proferida após questionamento da preferência da pessoa presa". Assim, o órgão estatal judicial responsável pelo acompanhamento da execução da pena não deve ter por objeto resguardar supostos constrangimentos das agentes carcerárias, pois, para isso, o Estado tem outros órgãos e outros instrumentos, que, inclusive, utilizam a força e a violência; e, por isso, é objetivo do Judiciário resguardar a vida e a integridade físicas das pessoas presas, respeitando a diversidade de gênero e a liberdade sexual.

2. O Supremo Tribunal Federal (STF), em 2019, em razão da diversidade de gênero e da igualdade material, havia concedido medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 527, para que pessoas presas transexuais e travestis com identidade de gênero feminino possam escolher cumprir a pena em estabelecimentos prisionais femininos ou masculinos. Assim também determina o art. 8º da Resolução CNJ n. 348/2020.

3. É dever do Judiciário 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.

4. *Habeas corpus* concedido para, restabelecendo a primeira decisão do órgão judicial de primeira instância, determinar que seja expedido o alvará de soltura, e que seja mantida a prisão domiciliar da paciente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, conceder o habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Antonio Saldanha Palheiro e Teodoro Silva Santos votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 06 de fevereiro de 2024.

Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 861817 - SC (2023/0375894-7)

RELATOR : **MINISTRO JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF)**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : BRUNA FERNANDES (PRESO)
OUTRO NOME : MAICON VINICIUS FERNANDES
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. ESTABELECIMENTO PRISIONAL ADEQUADO. LIBERDADE SEXUAL E DE GÊNERO. DIVERSIDADE DE GÊNERO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE MATERIAL. PRESÍDIO FEMININO COM ESTRUTURA PARA RECEBER MULHER TRANSGÊNERO. ESCOLHA DA PESSOA PRESA.

1. A determinação do local do cumprimento da pena da pessoa transgênero não é um exercício de livre discricionariedade da julgadora ou do julgador, mas sim uma análise substancial das circunstâncias que tem por objeto resguardar a liberdade sexual e de gênero, a integridade física e a vida das pessoas transgênero presas, haja vista que o art. 7º da Resolução CNJ n. 348/2020 determina que a referida decisão "será proferida após questionamento da preferência da pessoa presa". Assim, o órgão estatal judicial responsável pelo acompanhamento da execução da pena não deve ter por objeto resguardar supostos constrangimentos das agentes carcerárias, pois, para isso, o Estado tem outros órgãos e outros instrumentos, que, inclusive, utilizam a força e a violência; e, por isso, é objetivo do Judiciário resguardar a vida e a integridade físicas das pessoas presas, respeitando a diversidade de gênero e a liberdade sexual.

2. O Supremo Tribunal Federal (STF), em 2019, em razão da diversidade de gênero e da igualdade material, havia concedido medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 527, para que pessoas presas transexuais e travestis com identidade de gênero feminino possam escolher cumprir a pena em estabelecimentos prisionais femininos ou masculinos. Assim também determina o art. 8º da Resolução CNJ n. 348/2020.

3. É dever do Judiciário 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.

4. *Habeas corpus* concedido para, restabelecendo a primeira decisão do órgão judicial de primeira instância, determinar que seja expedido o alvará de soltura, e que seja mantida a prisão domiciliar da paciente.

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Bruna Fernandes contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, cuja ementa teve o seguinte teor (fl. 13):

AGRAVO INTERNO EM *HABEAS CORPUS*. INSURGÊNCIA CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DE NÃO CONHECIMENTO, POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE AGRAVO EM EXECUÇÃO. INSURGÊNCIA QUE VISA A TRANSFERÊNCIA DA APENADA (TRANSEXUAL) PARA CUMPRIMENTO DA PENA EM PRESÍDIO FEMININO. MATÉRIA AFETA AO RECURSO DE AGRAVO EM EXECUÇÃO (ARTIGO 197, DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL). INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL CAPAZ DE JUSTIFICAR A CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Consta nos autos que a paciente cumpre pena privativa de liberdade, e foi beneficiada com o "regime semiaberto harmonizado", porém a Juíza da Vara de Execução Penal revogou a prisão domiciliar daquela, porque o Presídio Regional de Criciúma estaria "apto a receber reclusos em regime semiaberto", e ainda permitiu à paciente retornar à comarca da Capital para manter sua prisão domiciliar. A magistrada também determinou a intimação da paciente para, em 10 dias, informar se irá retornar para Florianópolis, para manter o cumprimento de pena em prisão domiciliar, ou informar se permanecerá em Criciúma, caso em que deverá se apresentar voluntariamente ao Presídio Regional (presídio masculino).

A impetrante informa que "o presente *habeas corpus* visa a desconstituir a decisão monocrática ilegal do TJSC que, ao julgar o *habeas corpus* criminal substitutivo de agravo em execução penal impetrado pela Defensoria Pública, manteve a decisão de primeiro grau que revogou a concessão da prisão domiciliar à paciente, determinando que ela se apresentasse voluntariamente no prazo de 10 dias no Presídio Regional de Criciúma, destinado a apenados do gênero masculino — embora a paciente seja uma mulher trans" (fl. 5).

Sustenta também que "a revogação da prisão domiciliar da paciente (mulher

trans) para cumprir pena no regime semiaberto no Presídio Regional de Criciúma é absolutamente ilegal", porque não é um estabelecimento adequado para o cumprimento da pena no regime semiaberto, sobretudo na situação de peculiar vulnerabilidade, e "não há estrutura para oferecer (a) cela separada e (b) espaços de convivência específicos para pessoas transexuais (sem riscos à sua integridade pessoal), conforme exigido pela Resolução Conjunta n. 1/2014 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária" (fl. 7).

Portanto, requer, liminarmente, a ordem de *habeas corpus*, expedindo-se o competente alvará de soltura, para restabelecer provisoriamente a prisão domiciliar, e, "ao final, seja concedida a ordem para cassar a decisão de primeiro grau e restabelecer o direito da paciente à prisão domiciliar, independentemente do local de cumprimento da pena — ou, subsidiariamente, que ao menos lhe seja assegurado o direito de cumprir a pena em regime semiaberto em estabelecimento adequado à sua identidade de gênero" (fl. 11).

O pedido liminar foi deferido para manter o cumprimento da pena privativa de liberdade em prisão domiciliar, as informações foram prestadas pela autoridade coatora, e o parecer do Ministério Público foi pela concessão da ordem.

É o relatório.

VOTO

A Corte de origem não conheceu do *writ*, pois entendeu que é "manifesta a inadequação da via eleita, tendo em vista que a pretensão defensiva trata de matéria de Execução Penal, que deveria ser combatida por meio de Agravo em Execução".

Ambas as Turmas criminais desta Corte Superior entendem que é viável conceder *habeas corpus*, ainda que de ofício, em matéria penal, mesmo nas situações em que é impetrado substituindo o instrumento processual cabível, quando há flagrante ilegalidade, ainda mais no curso do cumprimento da pena privativa de liberdade, como ocorre no presente caso.

A matéria ora apresentada é relevante, pois reflete a situação prisional de várias pessoas na sociedade brasileira, que por ser, estruturalmente, uma sociedade racista, misógina, homófoba e transfóbica, tem um sistema carcerário violento e segregacionista.

A Juíza da Vara da Execução Penal havia concedido a forma de cumprimento harmonizada para o regime semiaberto em prol da paciente, determinando que ela cumpra a pena em recolhimento domiciliar integral, sob sujeição ao monitoramento eletrônico, conforme a seguinte fundamentação (fls. 103-105):

A apenada encontra-se cumprindo pena em regime semiaberto junto à Penitenciária de Florianópolis na ala LGBTQIA+.

Nos autos do procedimento instaurado para averiguar as irregularidades do setor (autos n.º 50290933920228240023, eproc) decidi:

No transcorrer da inspeção ordinária que realizei no último mês de dezembro (14/ 12/2022) percorri todas as celas ocupadas por tal perfil, sendo que a imensa maioria das pessoas reclusas fez coro com o que declararam ao Juízo as depoentes desse procedimento, no sentido de que a mudança de lugar da galeria significou alguma melhora para a qualidade de vida.

No entanto, constatei que havia presas e presos já com regime semiaberto concedido que se encontravam naquele espaço, sabidamente reservado para o regime fechado para os presos provisórios.

Não se olvida, é claro, que a situação do regime semiaberto no estabelecimento em questão inspira cuidados e está sendo tratada em procedimento próprio. Contudo, há que se reconhecer que as soluções ora existentes para os presos fora do grupo tratado neste procedimento (alocação nos alojamentos internos, nas celas de laborterapia, e a "fila de espera" na Central de Observação e Triagem) não podem ser aplicadas ao público LGBTQIA+, já que não há condição se oferecer a ele espaços separados.

Nesse aspecto, de se destacar que uma das presas inclusive confidenciou durante minha visita de dezembro que chegou a ser alocada em um dos alojamentos externos mas pediu para retornar por não se sentir segura.

Ora, evidentemente não podemos tratar este pedido de retorno como uma verdadeira, válida e livre opção de sua parte. Consoante se extrai de importante relatório elaborado pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, um dos pontos generalizáveis nacionalmente é a percepção de vulnerabilidade muito específica a qual os homens gays, bissexuais, travestis e transexuais estão sujeitos nas prisões masculinas. Importante ressaltar que vulnerabilidade não é a mesma coisa que o risco de iminência da violência física, por exemplo. As pessoas LGBT nas prisões masculinas que não possuem celas/alas estão submetidas a um regime de constante risco, portanto, vulneráveis à violência física, sexual e psicológica sobretudo advinda dos outros custodiados. Os LGBT que estão em unidades prisionais que possuem celas/alas específicas, mesmo que talvez não estejam em risco imediato, também estão vulneráveis uma vez que vivem a precariedade dessas políticas institucionais [grfeir. (BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. LGBT nas prisões do Brasil: diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento. Brasília, 2020. Disponível em).

De outro visor, dispõe a Resolução CNJ n.º 348/20 que "a alocação da pessoa autodeclarada parte da população LGBI I 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".

Veja-se então que se a situação dos presos em geral de semiaberto na Penitenciária de Florianópolis já está muito aquém da ideal, no caso do público LGBTQ1A+ é ainda pior, pois sequer de espaço próprio e separado dispõe.

Ademais disso, sobreleva ponderar que, quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347, o Supremo Tribunal Federal já adjetivou a situação do sistema carcerário brasileiro um "estado de coisas inconstitucional", reconhecendo a violação massiva de direitos fundamentais dos encarcerados por conta da omissão do Poder Público. Eis a ementa:

CUSTODIADO — INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL — SISTEMA PENITENCIÁRIO — ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL — ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL — SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA — CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA — VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS — FALBAS ESTRUTURAIS — ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL — CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como "estado de coisas inconstitucional" [4. (ADPF 347 MC, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18- 02-2016 PUBLIC 19-02-2016).

Desta feita, em sendo constatado o deficit de vagas, aplica-se a Súmula Vinculante n.º 56, a qual dispõe que "a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS", a saber, "(I) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado".

Assim, a este Juízo não resta outra alternativa que não a concessão da modalidade harmonizada para cumprimento do regime semiaberto para os reclusos da ala LGBTQ1A+, afim de preservar a integridade física e psíquica dos alienados.

As providências para a concessão de tal modalidade serão tomadas em cada um dos processos de execução criminal, iniciando-se pela relação encaminhada (Evento 1 01).

O regime semiaberto harmonizado será cumprido mediante recolhimento domiciliar integral (permitida sua movimentação em um raio de quinhentos metros em torno de sua residência) e monitoramento eletrônico.

Anoto, por fim, que caso comprovada documentalmente oferta formal de emprego (inclusive com referência ao horário exato da jornada), este Juízo autorizará o deslocamento até o local de trabalho.

Diante as razões acima mencionadas, determino a forma de cumprimento harmonizada para o regime semiaberto em prol de BRUNA FERNANDES (registrado(a) civilmente como Maicon Vinicius Fernandes), determinando que este passe a cumprir sua pena em

recolhimento domiciliar integral, sob sujeição ao monitoramento eletrônico.

Expeça-se ordem de liberação, termo de audiência admonitória e mandado de monitoração eletrônica, fazendo constar, para fins de área de inclusão, que se trata de recolhimento domiciliar integral, ficando permitido que a apenada circule em um raio de 500 (quinhentos metros) de sua residência para o desempenho das pequenas tarefas diárias.

Atualize-se o relatório de situação processual executória.

Intimem-se.

Como se vê, a medida de regime semiaberto harmonizado foi determinada porque, conforme relatou a Juíza de primeiro grau, "as soluções ora existentes para os presos fora do grupo tratado neste procedimento (alocação nos alojamentos internos, nas celas de laborterapia, e a 'fila de espera' na Central de Observação e Triagem) não podem ser aplicadas ao público LGBTQIA+, já que não há condição se oferecer a ele espaços separados".

A Juíza também ressaltou que "as pessoas LGBT nas prisões masculinas que não possuem celas/alas estão submetidas a um regime de constante risco, portanto, vulneráveis à violência física, sexual e psicológica sobretudo advinda dos outros custodiados", e que "não resta outra alternativa que não a concessão da modalidade harmonizada para cumprimento do regime semiaberto para os reclusos da ala LGBTQIA+, a fim de preservar a integridade física e psíquica dos alienados".

Contudo, essa decisão, proferida em 30/1/2023, foi revista no dia 14/3/2023 por outra decisão assim fundamentada (fls. 180-182):

Trata-se de processo de Execução Penal do(a) reeducando(a) BRUNA FERNANDES (registrado(a) civilmente como Maicon Vinicius Fernandes), o qual veio concluso para análise.

Com efeito, trata-se de reeducando que foi beneficiado com o regime semiaberto harmonizado.

Sobre o tema, sabe-se que o benefício do regime semiaberto harmonizado com tornozeleira eletrônica pode ser revisto a qualquer tempo, porquanto se trata de situação excepcional de cumprimento de pena, que somente poderá persistir enquanto permanecer o quadro especial que serviu de subsídio para o deferimento da benesse.

Logo, não havendo mais necessidade da prisão especial nas situações de regime semiaberto, o retorno intramuros é consectário lógico, sob pena de causar situações desiguais de cumprimento de pena, privilegiando uns, em detrimento de outros.

Cediço que o regime "semiaberto harmonizado" é uma "construção jurisprudencial" para conter a superpopulação carcerária em alguns Estados em que os detentos não tinham a menor condição de acomodação. Conforme notícias em periódicos, ficavam acorrentados a viaturas ou em locais impróprios, pois não havia celas disponíveis, porquanto a lotação superava 100 por cento.

No caso, cumprindo pena em regime semiaberto, é de bom alvitre salientar que o Presídio Regional de Criciúma encontra-se devidamente estruturado há anos para albergar reclusos no regime semiaberto, em pavilhões separados dos demais, garantidos todos os direitos inerentes ao regime intermediário, e não importam as nomenclaturas "prisão em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar" e "presídio regional", haja vista que

em um ou outro, os privilégios, recompensas, prejuízos, gravames ou obrigações são idênticos, além do que o preso desfrutará de todos os benefícios legais que proporciona o regime semiaberto, lembrando, novamente, que "os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto para qualificação como adequados a tais regimes e que são aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como "colônia agrícola, industrial" (regime semiaberto) ou 'casa de albergado ou estabelecimento adequado" (regime aberto) (texto aprovado no Plenário do Supremo Tribunal Federal que dá origem à Súmula Vinculante nº 56).

Nesse sentido, podemos citar a posição do TJ/SC:

[...]

Ainda, cabe registrar que o Presídio Regional possui ala específica para reclusos em regime semiaberto.

Em suma: todos os direitos do regime semiaberto estão sendo respeitados, à luz do direito penal e dos direitos humanos.

Logo, sem delongas, está claro que o Presídio Regional de Criciúma está apto para abrigar reeducandos em regime semiaberto.

Assim, a continuidade do benefício do regime semiaberto harmonizado com tornozeleira eletrônica, na Comarca de Criciúma, não se justifica.

Desta forma, cientifique o reeducando de que sua condição de prisão especial (benefício do semiaberto harmonizado com tornozeleira eletrônica) será revogada na Comarca de Criciúma e haverá seu ingresso no Presídio Regional, para cumprimento de pena no regime semiaberto.

De toda sorte, será oportunizada sua volta à Comarca da Capital, se desejar manter sua segregação diferenciada.

Intime-se o reeducando e sua defesa, para que, no prazo de 10 dias, manifeste-se sobre sua permanência na Comarca de Criciúma, ou se o caso, se irá retornar à Comarca da Capital.

Na mesma oportunidade, o reeducando deverá ser cientificado que em caso de pretender permanecer em Criciúma, deverá se apresentar voluntariamente no Presídio Regional no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de expedição de mandado de prisão.

CUMPRASE COM URGÊNCIA, devendo ser expedido mandado de intimação para cumprimento imediato.

Cópia da presente decisão serve como ofício para todos os fins.

Intimem-se. Cumpra-se.

A decisão anterior foi revista, pois "o Presídio Regional de Criciúma encontra-se devidamente estruturado há anos para albergar reclusos no regime semiaberto, em pavilhões separados dos demais, garantidos todos os direitos inerentes ao regime intermediário, e não importam as nomenclaturas 'prisão em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar' e 'presídio regional', haja vista que em um ou outro, os privilégios, recompensas, prejuízos, gravames ou obrigações são idênticos, além do que o preso desfrutará de todos os benefícios legais que proporciona o regime semiaberto". Entretanto, nada se apontou sobre as condições para receber mulheres transgênero.

A defesa requereu a reconsideração dessa última decisão, a fim de manter o regime semiaberto harmonizado, ou, alternativamente, que seja autorizado o recolhimento da apenada na Penitenciária Feminina, consoante o contido no evento 87.

O pedido foi indeferido pelos seguintes fundamentos (fls. 229-230):

Trata-se do processo de execução penal de BRUNA FERNANDES (registrado(a) civilmente como Maicon Vinicius Fernandes), cujos autos sobem conclusos para análise.

A Defensoria Pública veio aos autos pugnando pela reconsideração da determinação contida no evento 76, ou subsidiariamente, seja autorizado o recolhimento da apenada na Penitenciária Feminina, consoante o contido no evento 87.

Em face do pedido, foi determinado na seq. 91, que o DEAP fosse oficiado para informar acerca de local adequado para que o(a) reeducando(a) pudesse se apresentar.

Por sua vez, o DEPEN informou na seq. 103.1, que no Presídio Masculino de Tubarão e na Penitenciária Feminina de Criciúma (região Sul), há ala específica LGBTI.

Decido:

Pois bem, como já mencionado na decisão da seq. 91, o art. 7 a , da Resolução 348, do CNJ, estabelece que: "Em caso de prisão da pessoa autodeclarada parte da população LGBT o local de privação de liberdade será definido pelo magistrado em decisão fundamentada." Com efeito, embora conste no ofício da seq. 103.1 que na Penitenciária Feminina de Criciúma existe ala LGBTI, a informação não procede.

Na data de hoje realizei inspeção na aludida Unidade Prisional e não há local adequado para a segregação do público LGBTI.

Ainda, é de se ponderar que sendo a reeducanda biologicamente do sexo masculino, absolutamente inviável mantê-la em uma Unidade Feminina, compartilhando cela com reclusas biologicamente do sexo feminino, porquanto é sabido que a privacidade das internas é bastante reduzida.

E mais: nas revistas para o banho de sol, realizadas em fila e em grupo, por policiais penais femininas, haveria muito constrangimento em ser a reeducanda em questão revistada em meio às demais apenadas, por policial feminina.

Lembre-se, por oportuno, que não há instalações físicas na Penitenciária Feminina de Criciúma para se manter a reeducanda Bruna em cela especial, com policial penal específico para suas revistas, tampouco banho de sol exclusivo.

Então, considerando que no ofício da seq. 103.1 foi indicado o Presídio Masculino de Tubarão como possuidor de espaço LGBTI, parece-me que lá seria o local mais adequado para a segregação em tela.

Assim, sem mais delongas, INTIME-SE a reeducanda e sua defesa, para que, no prazo de 05 dias, manifeste-se sobre sua permanência na região de Criciúma, ou se irá retornar à Comarca da Capital.

Na mesma oportunidade, a reeducanda deverá ser cientificada que em caso de pretender permanecer na região de Criciúma, deverá se apresentar voluntariamente no Presídio Masculino de Tubarão no prazo de 05 (cinco) dias, sob pena de expedição de mandado de prisão.

CUMPRA-SE COM URGÊNCIA, devendo ser expedido mandado de intimação para cumprimento imediato.

Todavia, como já mencionado nas outras decisões e reiterado nesta, caso a reeducanda tenha interesse, poderá retornar à Comarca da Capital, devendo tal intenção ser comunicada ao Juízo, para fins de declinação de competência.

Comunique-se à Unidade Prisional de Tubarão acerca da presente decisão.

Cópia da presente decisão serve como ofício para todos os fins.

Intimem-se. Cumpra-se.

Não parece crível que a unidade prisional que foi considerada inapta (de acordo com a primeira decisão) para receber pessoas LGBTQIA+ (proferida em 30/1/2023), passado menos de 2 meses, já esteja apta a recebê-las, o que, supostamente,

justificaria a revogação do cumprimento da pena em regime domiciliar, conforme decisão proferida em 14/3/2023.

O presente caso não trata da estrutura prisional para o cumprimento da pena em regime semiaberto, mas sim das condições adequadas para resguardar a vida e a integridade física das pessoas transgênero, custodiadas pelo Estado.

Há nos autos a informação prestada pelo Departamento de Polícia Penal, segundo a qual, na Penitenciária Feminina de Criciúma (Região Sul), existe ala específica LGBTQIA+ (fls. 218), porém, a Juíza da Vara de Execução Penal entendeu que "a reeducanda biologicamente do sexo masculino, absolutamente inviável mantê-la em uma Unidade Feminina, compartilhando cela com reclusas biologicamente do sexo feminino, porquanto é sabido que a privacidade das internas é bastante reduzida".

A Resolução n. 366, de 20/1/2021, do CNJ alterou o art. 7º da Resolução CNJ n. 348/2020, 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. A nova redação passou a vigorar nos seguintes termos:

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.

§ 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.

§ 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.

Como se vê, a determinação do local do cumprimento da pena da pessoa transgênero não é um exercício de livre discricionariedade da julgadora ou do julgador, mas sim uma análise substancial das circunstâncias que tem por objeto resguardar a liberdade sexual e de gênero, a integridade física e a vida das pessoas transgênero presas, haja vista que a resolução do CNJ determina que a referida decisão "será proferida após questionamento da preferência da pessoa presa". Dessa forma, o órgão estatal judicial responsável pelo acompanhamento da execução da pena não deve ter por objeto resguardar supostos constrangimentos das agentes carcerárias, pois, para isso, o Estado tem outros órgãos e outros instrumentos, que, inclusive, utilizam a força e a violência; e,

por isso, é objetivo do Judiciário resguardar a vida e a integridade físicas das pessoas presas, respeitando a diversidade de gênero e a liberdade sexual.

O Supremo Tribunal Federal (STF), em 2019, em razão da diversidade de gênero e da igualdade material, havia concedido medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 527, para que pessoas presas transexuais e travestis com identidade de gênero feminino possam escolher cumprir a pena em estabelecimentos prisionais femininos ou masculinos. Assim também determina o art. 8º da Resolução CNJ n. 348/2020:

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 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, bissexual, intersexo e travesti acerca da preferência pela custódia no convívio geral ou em alas ou celas específicas.

Portanto, é dever do Judiciário 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.

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para, restabelecendo a primeira decisão do órgão judicial de primeira instância, determinar que seja expedido o alvará de soltura, e que seja mantida a prisão domiciliar da paciente.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2023/0375894-7

HC 861.817 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00107785320198240023 107785320198240023 31901413
50166708220238240000 80002822720228240020

EM MESA

JULGADO: 06/02/2024

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDFT)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CARLOS FREDERICO SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : BRUNA FERNANDES (PRESO)
OUTRO NOME : MAICON VINICIUS FERNANDES
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Execução Penal e de Medidas Alternativas - Pena Privativa de Liberdade

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, concedeu o habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Antonio Saldanha Palheiro e Teodoro Silva Santos votaram com o Sr. Ministro Relator.