



# Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

31 de janeiro de 2019

3ª Câmara Criminal

Agravo de Instrumento - Nº 1412453-08.2018.8.12.0000 - Campo Grande

Relator – Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

Agravante : A. F. T.

DPGE - 1ª Inst. : Rodrigo Zoccal Rosa (OAB: 186604/SP)

Agravado : Ministério Público Estadual

Prom. Justiça : Vera Aparecida Cardoso Bogalho Frost Vieira

**E M E N T A – AGRAVO DE INSTRUMENTO – ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A HOMICÍDIO – INFRATORA TRANSGÊNERO – TRANSFERÊNCIA PARA UNIDADE EDUCACIONAL DE INTERNAÇÃO COMPATÍVEL COM SUA IDENTIDADE DE GÊNERO - DEVER DE PROTEÇÃO À INTEGRIDADE FÍSICA, PSÍQUICA E MORAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES – PRESERVAÇÃO DO DIREITO À IDENTIDADE E PERSONALIDADE - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. RECURSO PROVIDO.**

I - Qualquer indivíduo se identifica conforme a sua identidade de gênero, de forma que cisgêneros são as pessoas cuja identidade de gênero corresponde ao sexo biológico. Já o transgênero é aquele que não se identifica com o sexo biológico, independentemente de ter ou não realizado a cirurgia de transgenitalização, ou mesmo de sua orientação sexual, posto que tal situação opera-se no campo psicológico.

II - A prerrogativa da pessoa, de ser tratada de acordo como ela se expressa e se apresenta socialmente, decorre da própria dignidade humana, nos termos do artigo 1º, III, da CF, que consagra tal preceito como fundamento da República Federativa do Brasil, bem assim do direito ao igual respeito e consideração que a todos deve ser reconhecido.

III - Negar à adolescente o direito personalíssimo à sua identidade de gênero e ao consequente convívio social com reeducandas com as quais ela se reconhece, seria negar vigência ao inciso III do art. 1º da CF, bem assim ao contido no art. 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

IV – Recurso a que, contra o parecer, dá-se provimento.



# Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento.

Campo Grande, 31 de janeiro de 2019.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva - Relator



# Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

## R E L A T Ó R I O

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por A. F. T. , contra a decisão de f. 52/58 que indeferiu o pedido de transferência da Unidade Educacional de Internação masculina (UNEI-Dom Bosco) para a Unidade de Internação feminina (UNEI-Estrela do Amanhã), assim como o pedido de progressão de medida socioeducativa.

Inconformado com a decisão, pelas razões expostas a f. 01/14, pugna seja efetuada a transferência da Unidade Educacional de Internação masculina para a Unidade Educacional de Internação feminina, uma vez que se trata de pessoa transgênero, com características biológicas masculinas, porém identidade de gênero e orientação sexual femininas. Subsidiariamente, requer alteração da medida socioeducativa de internação para liberdade assistida. Para fins de prequestionamento requer manifestação expressa sobre os dispositivos legais indicados a f. 12.

O Ministério Público apresentou contraminuta a f. 69/76, pugnando pelo desprovisionamento do presente Agravo, e a Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 80/89, opina no mesmo sentido.

## V O T O

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por A. F. T. , contra a decisão de f. 52/58 que indeferiu o pedido de transferência da Unidade Educacional de Internação masculina (UNEI-Dom Bosco) para a Unidade de Internação feminina (UNEI-Estrela do Amanhã), assim como o pedido de progressão de medida socioeducativa.

Pelas razões expostas a f. 01/14, pugna seja efetuada a transferência da Unidade Educacional de Internação masculina para a Unidade Educacional de Internação feminina, uma vez que se trata de pessoa transgênero, com características biológicas masculinas, porém identidade de gênero e orientação sexual femininas. Subsidiariamente, requer alteração da medida socioeducativa de internação para liberdade assistida. Para fins de prequestionamento requer manifestação expressa sobre os dispositivos legais indicados a f. 12.

O Ministério Público apresentou contraminuta a f. 69/76, pugnando pelo desprovisionamento do presente Agravo, e a Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 80/89, opina no mesmo sentido.

### **É o que basta para analisar a pretensão.**

A questão posta no presente recurso refere-se a tema que remete à necessidade de reflexão urgente, diante da dificuldade de estabelecer o local



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

(instituição) em que homossexuais ou transgêneros devam cumprir pena restritiva de liberdade ou medida socioeducativa de internação de acordo com o seu gênero, já que a sexualidade é uma extensão dos direitos da personalidade.

Na hipótese dos autos, a agravante pede a transferência da unidade masculina onde atualmente cumpre medida socioeducativa de internação para uma unidade feminina, uma vez que se trata de pessoa transgênero, com características bio-fisiológicas masculinas, porém identidade de gênero e orientação sexual femininas, razão pela qual vem encontrando dificuldades de inserção social entre reeducandos, mormente em decorrência da ausência de identificação sexual com o gênero masculino, tendo-lhe sido dirigidas, em consequência disso, manifestações ostensivas de preconceito, ridicularização e, em alguns casos, até ameaças de morte.

Argumenta, em síntese, que a sua transferência para a unidade educacional feminina encontra-se amparada pelo art. 35, VIII, do SINASE, que veda expressamente a discriminação de adolescente em razão de seu gênero, bem como por Resolução do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e do Conselho Nacional de Combate à Discriminação, cujo art. 3º garante às travestis e aos gays privados de liberdade em unidades prisionais masculinas a sua alocação em espaços de vivência específicos. Conclui, nesse sentido, que, ao ser mantida na unidade educacional masculina, estaria sendo privada do seu direito ao convívio social, tendo em vista o isolamento e a dor psíquica que vem lhe sendo impostos em virtude da rejeição e hostilidade de que tem sido vítima.

Assiste razão à agravante.

Qualquer indivíduo identifica-se conforme a sua identidade de gênero, de forma que cisgêneros são as pessoas cuja identidade de gênero corresponde ao sexo biológico. Já o transgênero (travestis e transexuais) é aquele que não se identifica com o sexo biológico, independentemente de ter ou não realizado a cirurgia para alterá-lo (transgenitalização), ou mesmo de sua orientação sexual, posto que tal situação opera-se no campo psicológico.

Tem-se nos autos que a agravante, inobstante "aprimorada" em corpo de homem, sempre se viu mulher, possui características físicas externas femininas, optou por usar nome social feminino, de maneira que não se trata de pessoa que se aproveita de uma situação traumática para auferir vantagem decorrente de uma situação inexistente, e sim porque, de fato, trata-se de transgênero.

Segundo HÉLIO VEIGA JÚNIOR, em "*O direito de pertencer a si mesmo. A despatologização o transexualismo e sua regulamentação jurídica como um direito fundamental ao gênero*". Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, a palavra "transgênero" dá origem a várias espécies de denominações, sejam elas "transexuais" (aqueles que fizeram ou não cirurgia de redesignação sexual, mas que reconhecem-se com gênero diverso do sexo biológico ou de nascença – que é o que consta nos documentos oficiais) quanto "travestis" (que são pessoas que se apresentam com aparência de gênero diversa do sexo biológico que consta nos documentos de identificação, ainda que não possuam gênero diverso).



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Esclarece que a personalidade de tais pessoas fica impedida de ser desenvolvida com segurança quando as mesmas encontram-se presas em local para pessoas do gênero diverso do que elas se reconhecem, pois o preconceito e ódio são repelidos com violência física, psicológica ou moral.

Ou seja, o recolhimento de cidadãos com tais características em instituições incondizentes com a sua condição de gênero viola o direito à personalidade na fase de execução penal, além de desatender ao princípio da individualização da pena (artigo 5º, XLVI e XLIII da Constituição Federal) e o da humanização das penas (artigo 1º, III, c/c art. 5º XLVII, da Carta Magna), já que não se está privando apenas sua liberdade de locomoção, mas sim outros direitos fundamentais que preservam a dignidade do indivíduo.

De tal maneira, embora não se possa discordar do argumento primordial contido na decisão agravada, no sentido de que nenhuma das unidades educacionais de internação possui condições ideais de recepção de jovens infratores transgêneros, este não pode servir de fundamento para que seja negado à agravante o direito personalíssimo à sua identidade de gênero e ao conseqüente convívio social com os demais reeducandos, sob pena de negar-se vigência ao contido no art. 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual dispõe que "*Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais*", bem assim ao previsto no art. 1º, inciso III<sup>1</sup>, que consagra a dignidade humana como fundamento da República Federativa do Brasil e, por analogia, artigo 5º, XLIX, da Constituição Federal.

A propósito, confira-se os seguintes julgados:

*"DIREITO CONSTITUCIONAL. TRANSEXUALIDADE. CRIANÇAS E ADOLESCENTES. USO DE NOME SOCIAL DO ALUNO EM ESCOLAS. PRINCÍPIO DA IGUALDADE E PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO POR MOTIVO DE GÊNERO. DIREITOS FUNDAMENTAIS DE LIBERDADE, LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE, PRIVACIDADE E RESPEITO À DIGNIDADE HUMANA. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. TRATADOS INTERNACIONAIS. INTERPRETAÇÃO. DEVER DE CUMPRIMENTO DA RESOLUÇÃO Nº. 12/2015/CNCD. 1. Trata-se de ação ajuizada pelo Sindicato dos Estabelecimentos de Ensino do Estado de Santa Catarina em face da União para que as escolas por ele representadas sejam desobrigadas do cumprimento da Resolução nº. 12/2015, exarada pelo Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, órgão vinculado ao Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCD). 2. Há relevância no julgamento, com apreciação do mérito, da presente ação, com a finalidade de propiciar ao Sindicato autor e às escolas por ele representadas o parâmetro de cumprimento da referida Resolução, não sendo caso de carência de ação. 3. Dever de cumprimento da Resolução*

<sup>1</sup> "dignidade da pessoa humana"



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

*n.º 12/2015, do Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, que, ainda que possua status de recomendação, afigura-se enquanto ato normativo visando a elucidar a melhor interpretação e tomada de ações concretas visando à reparação das violações de direitos humanos que o Estado brasileiro, conjuntamente com toda a sociedade, comprometeu-se a efetivar. 4. A sociedade como um todo (nela incluídas em papel de destaque as escolas) e em especial os órgãos estatais, notadamente o Judiciário, possuem o dever de concretização de direitos fundamentais expressos no texto constitucional, e, com especial relevância, o da dignidade da pessoa humana, de forma a impedir a agressão por parte de terceiros, a segregação, e a discriminação contra pessoas transgênero, transexuais e travestis, além de garantir seu direito de identidade e de integridade psíquica e intelectual. 5. Normas internas e internacionais, sobretudo em Declarações Internacionais (Declaração Universal dos Direitos Humanos e Declaração da Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata de 2001), reconhecem o direito à pessoa de se expressar e de assim ser respeitada conforme se apresenta socialmente e de não ser em hipótese alguma discriminada (art. 3º, IV, CRFB). 6. Segundo a Portaria n.º 33/18 do MEC, deve ser utilizado o nome civil nas escolas representadas pelo Sindicato autor quando presente a anuência dos pais do estudante, independentemente de sua idade, pelo próprio Ministério da Educação. 7. Há que se atentar ao dever de proteção integral às crianças e adolescentes, à sua integridade física, psíquica e moral, com a preservação da sua identidade e personalidade, autonomia, e valores - a qual abrange o respeito ao nome com o qual o menor de fato se identifica, sem ser forçado a utilizar, no âmbito escolar, nome que fere sua identidade. 8. Impõe-se a proteção do menor contra violência psicológica ou física advinda do medo e da intimidação, para o fim de forçá-lo a aceitar a intolerância e a discriminação do ambiente escolar. 9. É inadmissível a violação ao direito fundamental à igualdade, uma vez que a resistência enfrentada pelo aluno transgênero deve, nos termos de todos os dispositivos normativos acima mencionados, ser mitigada através de ações assertivas, de responsabilidade da família, da escola e da sociedade, para que a discriminação não mais leve essas pessoas a terem seu futuro ceifado em razão do preconceito de quem deveria zelar pelo seu bom desenvolvimento. 10. Acaso se reputasse aceitável a perpetuação da discriminação sistemática no âmbito escolar de estudantes transgênero, ignorar-se-ia o conjunto do ordenamento jurídico pátrio, que, através de todos os seus níveis normativos, desde a Constituição Federal, tratados internacionais ratificados pelo Brasil, Leis e atos normativos reconhecem a relevância do tema da discriminação, inclusive a de gênero, e combate os atos atentatórios aos direitos fundamentais de dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade e busca da felicidade. 11. Dados os termos em que proposta a Resolução n.º 12/2015, do Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, enquanto orientação para o melhor cumprimento das diretrizes de direitos humanos previstas em normas cogentes, trata-se de medida adequada e proporcional a ser seguida pelas escolas públicas e particulares, notadamente as representadas no presente processo pelo Sindicato autor." (TRF 4ª R.; APL-RN*



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

5010492-86.2016.4.04.7200; SC; Terceira Turma; Rel. Des. Fed. Rogerio Favreto; Julg. 31/07/2018; DEJF 03/08/2018)

*"APELAÇÃO CÍVEL. JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. TRANSGÊNERO. REGISTRO CIVIL. ALTERAÇÃO. MUDANÇA DE PRENOME E DE SEXO. CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. DESNECESSIDADE. ADI 4275 E RE 670422 COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. ENTENDIMENTO FIRMADO PELO DIREITO À SUBSTITUIÇÃO DE PRENOME E SEXO PELA VIA JUDICIAL OU ADMINISTRATIVA. SENTENÇA REFORMADA. APELAÇÃO PROVIDA. É cabível a alteração do prenome e do designativo de gênero/sexo no registro civil, independentemente de realização de cirurgia de transgenitalização, quando comprovada cabalmente a identidade de gênero diferente do denominado quando do nascimento. **Identificação psicológica que se sobrepõe à morfológica, em atenção ao comportamento e à identificação existentes e em afirmação à dignidade da pessoa humana.**" (TJBA; AP 0510233-25.2016.8.05.0001; Salvador; Quarta Câmara Cível; Rel. Des. José Olegário Monção Caldas; Julg. 27/11/2018; DJBA 03/12/2018; Pág. 516)*

Ademais, como bem salientou a Defensoria Pública em sua minuta recursal, a socialização é um requisito importantíssimo para a recuperação social da agravante.

O próprio Ministério Público, em sua manifestação de f. 80/89, corrobora o acima aventado quando afirma: *"Deveras, como é cediço, o Estatuto da Criança e do Adolescente consagra a doutrina da proteção integral do menor e, portanto, o objetivo das medidas socioeducativas constantes nesse diploma é a reeducação das crianças e adolescentes em conflito com a lei, visando a sua reintegração à sociedade, bem como seu melhor interesse. É certo que a postura adotada pela Lei n.º. 8.069/1990 tem como alicerce a convicção de que os menores são merecedores de direitos próprios e especiais que, em razão de sua condição específica de pessoas em desenvolvimento necessitam de uma proteção especializada, diferenciada e integral".*

Não se pode olvidar a gravidade dos delitos praticados pela agravante, conforme pormenorizadamente relatado pelo *parquet*. Contudo, a pretensão deduzida na peça recursal em momento algum pretende eximi-la da medida socioeducativa, mas tão somente proporcionar-lhe melhores condições de cumprimento e possibilidade - ainda que remota, dado o grau de marginalização pontuado pelo MP - de reinserção social.

Por outro lado, embora impossível desprezar o direito à integridade física e à intimidade das reeducandas presentes na UNEI feminina, também há que se considerar que o mencionado "hipotético episódio de descontrole e brigas" é passível de ocorrer também em unidade prisional do gênero masculino, sendo responsabilidade mínima do Estado coibir eventuais discórdias entre os internos. Pensar o contrário seria admitir que o controle das unidades de internação estaria nas mãos dos próprios infratores, o que não se pode admitir.



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Além disso, se é certo que tanto o direito à personalidade da agravante quanto os direitos à intimidade e integridade física das demais reeducandas tratem-se de direitos fundamentais que, do mesmo modo que os princípios, pairam sobre todo o ordenamento jurídico, não menos certo é que, segundo grande parte da doutrina, não há hierarquia entre os princípios constitucionais, possuindo eles, por força do princípio da Unidade da Constituição, idêntico status no ordenamento jurídico vigente. Nesse sentido, reduzidos ao ponto que interessa:

*"APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO COMINATÓRIA E INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. VEICULAÇÃO DE NOTÍCIA EM SÍTIO ELETRÔNICO DE CENTRAL SINDICAL SOBRE SUPOSTA AGRESSÃO FÍSICA DE PRESIDENTE SINDICAL A OUTRA DIRIGENTE. ALEGAÇÃO DE MATÉRIA OFENSIVA À HONRA E À IMAGEM. CASO CONCRETO NO QUAL CONFIGURADO EXCESSO AO DIREITO DE INFORMAR. DANO MORAL VERIFICADO. VALOR DA CONDENAÇÃO MANTIDO. MARCO INICIAL DOS JUROS DE MORA ALTERADO. 1. Não existem direitos ou garantias fundamentais que se revistam de caráter absoluto no ordenamento brasileiro. O princípio da unidade da constituição impõe a coexistência harmônica das liberdades e dos direitos assegurados na Lei Fundamental, não se legitimando o exercício de direito ou garantia com ofensa a bens jurídicos outros de mesma dignidade constitucional. (TJRS; AC 0115510-27.2018.8.21.7000; Porto Alegre; Nona Câmara Cível; Rel. Des. Carlos Eduardo Richinitti; Julg. 12/07/2018; DJERS 18/07/2018)*

*"APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO CIVIL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. FACEBOOK. PUBLICAÇÃO. PARLAMENTAR. FIGURA PÚBLICA. LIBERDADE EXPRESSÃO. CENSURA. AFASTADA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.(...)3. Os princípios constitucionais em aparente conflito devem se conciliar, pois diante da unidade constitucional não pode haver conflito dentro da própria Constituição. O intérprete deve sopesar os princípios em conflito por meio da técnica da ponderação." (TJDF; APC 2015.01.1.134117-3; Ac. 999.854; Primeira Turma Cível; Rel. Des. Rômulo de Araújo Mendes; Julg. 22/02/2017; DJDFTE 13/03/2017)*

Assim, eventual conflito entre direitos fundamentais deve ser resolvido, a princípio, mediante ponderação no caso concreto, de modo que o intérprete possa "preservar o máximo de cada um dos valores em conflito, realizando escolhas acerca de qual interesse deverá circunstancialmente prevalecer".

Nesse sentido, a então Ministra Ellen Gracie, no julgamento do RE 208.685/RJ (DJ 22/08/2003), enfatizou que "não se resolve a suposta colisão entre dois princípios suprimindo um em favor do outro", mas "levando-se em conta o peso ou a importância relativa de cada um".

Nesse contexto, forte na premissa de que nenhum direito fundamental é absoluto, é de se concluir como possível "minorar o conteúdo material de



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

um direito fundamental para salvaguardar outro", de modo que, no presente caso concreto, afigura-se mais razoável, à luz dos princípios constitucionais, que a agravante seja transferida para a unidade educacional de internação feminina, pois sendo dever do Estado garantir a integridade física de todos os reeducandos, e possuindo o poder público condições de fazê-lo, deve aquele direito ceder, de modo a garantir o direito à personalidade e à integridade psíquica da adolescente.

Aqui, impende destacar recente julgado do Supremo Tribunal Federal, autorizando a transferência de internos para unidade prisional compatível com a respectiva identidade de gênero, como mostra trecho do voto do Relator Ministro Luiz Roberto Barroso, no HC n. 152.491: *"a notícia de que o paciente e o corréu foram incluídos em estabelecimento prisional incompatível com as respectivas orientações sexuais autoriza a concessão da ordem de ofício, na linha da Resolução Conjunta nº 1, de 15.04.2014, do Conselho Nacional de Combate à Discriminação; e da Resolução SAP nº 11, de 30.01.2014, do Estado de São Paulo."*

Portanto, a agravante identifica-se e caracteriza-se como transgênero, e como tal deve ser tratada pelo Estado, em atenção ao disposto pelo artigo 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem assim ao previsto no art. 1º, inciso III, que consagra a dignidade humana como fundamento da República Federativa do Brasil e, por analogia, artigo 5º, XLIX, da Constituição Federal.

A realidade da vida está a exigir dos órgãos públicos que deem efetivo cumprimento a tais preceitos abstratos, adotando meios e propiciando condições para o recolhimento no seio das instituições de cumprimento de pena/medida socioeducativa de indivíduos de tal natureza dentre os seus iguais, pena de total descumprimento a dispositivos legais de ordem pública.

No que tange ao **prequestionamento** cabe esclarecer que os dispositivos legais invocados foram expressamente abordados.

São estes os fundamentos pelos quais, contra o parecer, **dou provimento** ao recurso para determinar a imediata transferência da adolescente Alice Ferreira Torres (Alex Ferreira Torres) para a Unidade Educacional de Internação – UNEI Estrela do Amanhã.



# Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

## D E C I S Ã O

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva  
Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. Jairo Roberto de Quadros e Des<sup>a</sup>. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Campo Grande, 31 de janeiro de 2019.

gar