



**FUNDAÇÃO PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - FUPAC  
FACULDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS DE ITABIRITO  
CURSO DE DIREITO**

**NAYARA MARIA DE LIMA**

**POLÍTICA CARCERÁRIA NO BRASIL E PESSOAS TRANSEXUAIS: UMA  
DISCUSSÃO DE IDENTIDADE DE GÊNERO E EFETIVAÇÃO DE DIREITOS  
FUNDAMENTAIS**

**ITABIRITO  
2020**



**NAYARA MARIA DE LIMA**

**POLÍTICA CARCERÁRIA NO BRASIL E PESSOAS TRANSEXUAIS: UMA  
DISCUSSÃO DE IDENTIDADE DE GÊNERO E EFETIVAÇÃO DE DIREITOS  
FUNDAMENTAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Fundação Presidente Antônio Carlos - FUPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Me. Luiz Carlos Garcia.

**ITABIRITO  
2020**



**Nayara Maria de Lima**

**Política carcerária no Brasil e pessoas transexuais: uma discussão de identidade de gênero e efetivação de direitos fundamentais**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Fundação Presidente Antônio Carlos - FUPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Me. Luiz Carlos Garcia.

Aprovada em 09/12/2020

**BANCA EXAMINADORA**

Prof. Me. Gustavo Marcel Filgueiras Lacerda  
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC

Prof. Me. Luiz Carlos Garcia  
Fundação Presidente Antônio Carlos - FUPAC



Dedico esta monografia a toda população LGBTQI+, especialmente aos Transexuais e Travestis, indivíduos esses tão excluídos e marginalizados socialmente. Principalmente, àqueles que não estão apenas aprisionados em um corpo que não lhes pertence, mas também em um estabelecimento estatal que não lhes garante o mínimo de dignidade.



## AGRADECIMENTOS

O trabalho de conclusão de curso significa o encerramento de uma fase e o início de outras. Entretanto, nada disso seria possível sem o apoio, força e motivação de pessoas especiais que fazem parte da caminhada.

Inicialmente agradeço a Deus por me sustentar e tornar possível a realização desse sonho. Quantas foram às vezes que, em uma cumplicidade silenciosa, chorei e pedi forças para prosseguir. Vários foram os sacrifícios, as renúncias e os obstáculos, mas sei que fui sustentada e fortalecida por Aquele que nunca desistiu de mim.

Aos meus pais, Ailton e Nilza, pelo exemplo de força e coragem, bem como por toda compreensão nessa caminhada. Sabemos o quão árdua foi essa batalha, mas chego ao fim com o coração radiante mediante a realização desse sonho.

Aos meus irmãos, Gabriel e Leonardo, pelo amor, confiança e pela motivação diária. Obrigada por toda cumplicidade, apoio e amizade, bem como por toda ajuda sempre que necessária. Que sorte tê-los como irmãos. Eu amo vocês. À minha cunhada Daiane, por toda generosidade e por não medir esforços ao me ajudar tanto. Você tornou-se uma amiga querida.

Aos meus afilhados Jéssica e Victor, por me ensinar uma nova forma de amor. Vocês que são minha calma em meio à tempestade. Eu estarei sempre por vocês e com vocês, sendo amor, conforto e abrigo, para sempre.

Ao meu amigo, orientador e mestre Luiz Carlos Garcia, pela brilhante e dedicada orientação. Preciosos foram os seus ensinamentos e orientações, sempre com paciência e carinho, sem os quais, de longe, não teria se chegado à conclusão de tal tarefa. Sou grata por tê-lo como orientador, professor, amigo, parceiro e confidente. Nossa relação e amizade é algo que transcende a academia e assim será por toda a vida. Ademais, seu exemplo de força, dedicação, lealdade, caráter e integridade, seja na carreira acadêmica ou na vida, é sempre um incentivo, aumentando cada vez mais minha admiração por você.

Aos meus professores da graduação, por todo conhecimento transmitido e por tanta dedicação durante esses cinco anos. Obrigada por terem me direcionado demonstrando a realidade dessa escolha e importância da profissão.

Agradeço ao professor Gustavo Marcel Filgueiras Lacerda, por participar da minha banca como avaliador e contribuir com suas observações para aprimoramento do meu trabalho, bem como para meu crescimento pessoal.

Aos meus amigos da faculdade, em especial Marília Ferreira, Daniel Soares, Diego Soares, Kamila Angelis e Raphael Miranda, pela amizade e companheirismo. Juntos

vivenciamos esses cinco anos, aprendendo, amadurecendo, errando, lamentando, mas vencemos. E desejo que o sucesso seja constante a vocês.

Aos meus queridos amigos de Belo Horizonte, Miguel, Leo, Eris e Gustavo, pela amizade, confiança, força e receptividade de sempre. Inúmeras foram às vezes em que estive exausta da rotina e meu refúgio era vocês. Juntamente do Luiz, não sei o que seria de mim nesse final de curso sem o companheirismo e força transmitida. Sempre me receberam de forma tão amorosa, me estendendo as mãos em todos os sentidos, razão pela qual serei sempre grata por tudo que fizeram e fazem por mim.

À minha amiga e irmã do coração Iara Elias, pela amizade, força, incentivo e troca de conhecimento nesse período. Ter sua amizade foi fundamental para mim ao saber que você sempre estaria por perto seja pra me ouvir, aconselhar e fortalecer. Obrigada por tudo!

Aos colegas da Secretaria de Saúde, em especial ao Ewerton Paranhos, Gabriel Ciccone e Ana Flávia Vaz por me aguentarem em meus momentos de insegurança, incerteza, medo, choro e vontade de desistir. Vocês sempre se fizeram presente, seja com abraços, palavras, ombro amigo ou até mesmo em silêncio, razão pela qual sou grata pela companhia diária, o que sem dúvida tornou o fardo mais leve.

Por fim, agradeço a todos que, de alguma forma, torceram e celebraram minhas conquistas. Muito obrigada!

“Que nada nos limite, que nada nos defina, que nada nos sujeite. Que a liberdade seja nossa própria substância, já que viver, é ser livre”.

(Simone de Beauvoir)



## RESUMO

A presente pesquisa visa analisar em que medida o Estado, considerando o seu dever constitucional para a promoção dos direitos fundamentais e para a proteção à dignidade humana, deve assumir a responsabilidade de contribuir para a promoção do direito à igualdade e a não discriminação às pessoas transexuais e travestis, haja vista que o sistema prisional, por sua natureza, já é um local hostil e que, em muitos casos, acaba cerceando direitos que não são atingidos pela condenação. Para além, considerando que o sistema jurídico construiu-se sob uma perspectiva binária, limitando-se a legitimar a existência de homens e mulheres a partir do sexo biológico, torna-se necessário analisar como o sistema penal brasileiro lida com as identidades de gênero que estão fora do padrão binário socialmente estabelecido no momento do cárcere, em especial com a identidade transexual e travesti, evidenciando as questões jurídicas que envolvem a vulnerabilidade dessa classe dentro do paradigma discriminatório institucionalizado nas penitenciárias e nas legislações penais vigentes, que privilegiam a discriminação de gênero.

**Palavras-chave:** Binarismo no Sistema Carcerário. Transexuais. Vulnerabilidade. Violação de Direitos Fundamentais.



## ABSTRACT

This research aims to analyze the extent to which the State, considering its constitutional duty for the promotion of fundamental rights and the protection of human dignity, should assume the responsibility of contributing to the promotion of the right to equality and non-discrimination to transgender people and transvestites, given that the prison system, by its nature, is already a local hostile and that, in many cases, ends up curtailing rights that are not affected by the conviction. Furthermore, considering that the legal system was built from a binary perspective, limiting itself to legitimizing the existence of men and women from biological sex, it is necessary to analyze how the Brazilian penal system deals with gender identities that they are outside the socially established binary standard at the time of imprisonment, especially with a transsexual and transvestite identity, evidencing as legal issues that involve a vulnerability of this class within the institutionalized discriminatory paradigm in prisons and in current criminal laws, which privilege gender discrimination.

**Keywords:** Binarism in the Prison System. Transsexuals. Vulnerability. Violation of Fundamental Rights.



## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	17
1. SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO.....	19
1.1 O entrelaçamento entre o Direito Penal e a Constituição Federal.....	19
1.2 A crise no sistema carcerário brasileiro.....	23
1.3 A individualização da pena no Brasil.....	25
1.3 O binarismo-sexual institucionalizado no sistema penitenciário.....	30
2. REFLEXÕES ACERCA DA IDENTIDADE DE GÊNERO E SUAS VERTENTES.....	35
2.1 Identidade de Gênero <i>versus</i> Orientação Sexual.....	35
2.2 População transgênera no Brasil.....	40
3. RECONHECIMENTO DA IDENTIDADE DE GÊNERO FRENTE AO CÁRCERE.....	47
3.1 Qual criminologia para a Teoria <i>Queer</i> ? Transexualidade no Direito Penal.....	47
3.2 Tratamento prisional <i>versus</i> questões de gênero: Panorama sobre o encarceramento da população transexual e travesti.....	52
4. ANÁLISE DAS PRÁTICAS ATUAIS.....	59
4.1 Resolução Conjunta nº 01, de 15 de abril de 2014.....	59
4.2 Resolução nº 348, de 13 de outubro de 2020.....	64
4.3 Reintegração social da população transgênera? Análise frente à luz da Lei de Execução Penal (nº 7.210/84).....	66
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	69
REFERÊNCIAS.....	71



## INTRODUÇÃO

Ao se referir a gênero, tanto na perspectiva identitária quanto da própria expressão, bem como a orientação sexual, tem-se um padrão preestabelecido que exclui todo aquele que dele se distancia. Com isso, considerando que o direito é fruto da convivência humana em sociedade, é importante pensar como o sistema jurídico brasileiro lida com as identidades fora do padrão imposto.

A concepção binária de gênero, enquanto categoria universal, naturaliza a existência apenas do homem e da mulher, ou seja, o sexo biológico é visto como determinante do gênero, suas expressões e desejos, ditando assim os comportamentos dos indivíduos. Essa visão coloca a heterossexualidade como ponto de referência, haja vista que os sujeitos que possuem orientação sexual e uma identidade de gênero fora desse marco, sempre estiverem inscritos às margens do gozo dos principais direitos fundamentais.

Considerando o aspecto pluralista da sociedade, assim como a cidadania enquanto fundamento que ultrapassa direitos políticos e a dignidade da pessoa humana como centro da estrutura do Estado, o direito de exercer a identidade de gênero em grau de igualdade, liberdade e sem discriminação de qualquer tipo é um postulado capaz de demonstrar, inclusive, que em uma sociedade democrática é preciso observar as demandas por inclusão social, política, cultural e econômica.

Neste aspecto, torna-se notório e evidente que os indivíduos que não se adequam ao padrão heteronormativo encontram-se socialmente mais vulneráveis, considerando que apesar da estrutura normativa vigente encontram obstáculos para exercer a identidade de gênero nos moldes constitucionais e democráticos,

Ao abordar o termo binarismo no sistema penitenciário, é necessário que haja uma compreensão da linguagem constitutiva e construtiva do sistema penitenciário, com suas raízes no sistema ocidental e sempre interligado ao sexo do indivíduo, efetuando uma divisão da sociedade entre homens e mulheres, por meio, único e exclusivo, ao sexo genital do agente. Contudo, essa separação traz um problema e um conflito no atual sistema carcerário.

Desta forma, a presente pesquisa disserta acerca das pessoas transexuais e travestis ante ao sistema carcerário, onde são depositadas com supressão dos seus direitos, bem como mediante a falta de cuidados e/ou atenção que advém de sua condição, remontando-se um sistema carcerário primitivo, onde a preocupação pautava-se apenas na justiça retributiva.

Neste sentido, considerando que a pena privativa de liberdade, por vezes, não atende as condições mínimas da dignidade da pessoa humana, referido fato agrava-se quando tem-se os indivíduos que não se adequam às imposições de gênero heteronormativos. Ou seja, além da ausência de um local condizente com seu gênero, por não ser abarcado pelo sistema binário, haja vista que este individualiza e segrega os indivíduos em decorrência do órgão genital, ainda há o preconceito e exclusão social quando do ingresso ao cárcere.

Desta forma, questiona-se neste estudo, em que medida o Estado, considerando o seu dever constitucional para a promoção dos direitos fundamentais e para a proteção à dignidade humana, deve assumir a responsabilidade de contribuir para a promoção do direito à igualdade e a não discriminação às pessoas transexuais e travestis, haja vista que o sistema prisional, por sua natureza, já é um local hostil e que, em muitos casos, acaba cerceando direitos que não são atingidos pela condenação.

Ato contínuo, o trabalho é composto por quatro capítulos, em que o primeiro trata de um breve histórico sobre o sistema carcerário brasileiro, analisando o entrelaçamento entre o Direito e a Constituição Federal, bem como a atual crise no sistema carcerário e a instituição do binarismo sexual no sistema penitenciário.

Ademais, em um segundo momento, haverá reflexões acerca da identidade de gênero e suas vertentes, fazendo distinção entre identidade de gênero e orientação sexual, bem como levantamento de dados sobre a população transgênera no Brasil.

Para além, também se discutirá sobre o reconhecimento da identidade de gênero frente ao cárcere, traçando um panorama sobre o encarceramento da população transexual, considerando que o Direito Penal adota a heteronormatividade e o binarismo sexual como ponto de partida, com a exposição dos vínculos existentes entre o cárcere e gênero.

Por derradeiro, passa-se à análise das principais práticas atuais no que concerne à identidade de gênero, a saber, Resolução Conjunta nº 01, de 15 de abril de 2014 e a recente Resolução nº 348, de 13 de outubro de 2020. No mais, será traçado um breve levantamento sobre a reintegração social da população transgênera, frente à luz da Lei de Execução Penal, nº 7.210/84.

Não obstante, o método de pesquisa utilizado foi embasado em pesquisas bibliográficas, estudando a condição específica das pessoas transexuais e travestis, utilizando-se também de relatos de casos concretos do cenário carcerário brasileiro, extraído de reportagens, matérias e artigos sobre o tema. Ressalta-se, ainda, que a pesquisa pautou em face a condições de supressões de direitos, o que não induz que todos os transgêneros do país que estão aprisionado sofram com as violações abordadas.

## 1. SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

### 1.1 O entrelaçamento entre o Direito Penal e a Constituição Federal

Inicialmente, cumpre evidenciar a existência de crítica ao Direito posto, visto este ser dotado de capacidade de transformação social. Assim, para que tal transformação seja alcançada de forma eficaz, é preciso que o Direito esteja atento às questões históricas e culturais de um povo, bem como a sua função social deve ser contemplada e analisada dentro de um Estado Democrático de Direito (STRECK, 2013, p. 34).

O Estado Democrático de Direito, no Brasil, foi instituído pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como o garantidor do efetivo exercício dos direitos civis, sociais, liberdades, entre outros direitos. Além da sua previsão no preâmbulo, também é definido no artigo 1º, relacionando-se ao princípio da legalidade e da igualdade, configurando o núcleo-base em que se atrela a democracia e aos direitos humanos fundamentais conquistados (CANOTILHO, 2013, p. 116).

A Constituição Federal de 1988 traz os direitos fundamentais explícitos, ou seja, são positivados, como é o exemplo dos direitos fundamentais individuais do artigo 5º, da Constituição e, o §2º, do mesmo artigo, com a previsão dos direitos fundamentais implícitos, *in verbis*: “§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, 1988). Portanto, o art. 5º não se constitui em um rol exaustivo de direitos fundamentais, mas exemplificativo, conforme mencionado anteriormente.

No Estado Democrático de Direito, a Constituição possui dois contrapontos: de um lado ela faz a consagração de direitos fundamentais, com real estabelecimento de limites ao poder político, instituindo princípios básicos de proteção do indivíduo perante o Estado. Lado outro, a mesma Constituição também fixa diretrizes, com o intuito de promover valores e ações de cunho social.

Neste sentido, cumpre ressaltar que o Estado jamais poderá partir do Direito Penal para enfrentar os problemas sociais. Indubitavelmente, temos que o Direito Penal deve ser considerado como um instrumento legal de controle do poder punitivo. A opção legislativa de se valer desse ramo do direito como instrumento simbólico não se justifica nem mesmo na proteção de valores de patamar constitucional.

Para tanto, ao mesmo ao mesmo tempo em que encontra fundamento na Constituição Federal, também encontra nela limites intransponíveis. Segundo Juarez Cirino dos Santos, o “Direito Penal é o setor do ordenamento jurídico que define crimes e prevê medidas de segurança aplicáveis aos autores das condutas incriminadas” (SANTOS, 2010, p. 03).

Por conseguinte, com a inserção de princípios previstos na Constituição Federal, pode-se visualizar para além da fundamentação, considerando que há restrições e impedimentos para o dever e direito de punição que fora concedido ao Estado, ocorrendo por meio de indicação de seu alcance, fontes e exigências de enunciados e jurisprudências, tornando o Direito Penal uma ferramenta para uma comunidade mais justa e equânime.

Quanto ao Direito Penal em um Estado Democrático de Direito, fundado na Constituição, observa-se que ele deverá justificar o uso das penas na capacidade de proteger os cidadãos, ao mesmo tempo em que respeita certos limites.

Por outro lado, um Estado não confessional e democrático não pode assumir o dever de exercer a justiça divina sobre a terra (pura retribuição), mas deverá justificar o uso das penas por sua capacidade de proteger os cidadãos (prevenção), ainda que em um Estado de Direito a prevenção deva respeitar certos limites. Assim há de ser em um estado social e democrático [...] (MIR PUIG, 2011, p. 59).

Portanto, essa consagração de valores possui a finalidade de dirigir a ação estatal em sentido de realização e não apenas com a descrição de condutas proibidas, considerando que o limite ao poder de punir é o respeito aos princípios constitucionais que deve ser pautado e respeitado por todo legislador penal.

Cirino dos Santos aborda a ideia de neutralidade do Sistema Penal produzida pelos seus objetivos declarados, mas que é derrubado quando se analisam as fontes materiais do ordenamento jurídico. Assim, nota-se que estamos diante de um ramo do Direito voltado à proteção de bens jurídicos, entretanto, conforme já mencionado anteriormente, também é alvo de críticas por aqueles que o vislumbram como instrumento de controle social.

Os objetivos declarados do Direito Penal produzem uma aparência de neutralidade do Sistema de Justiça Criminal, promovida pela limitação da pesquisa jurídica ao nível da lei penal, única fonte formal do Direito Penal. Essa aparência de neutralidade do Direito Penal é dissolvida pelo estudo das fontes materiais do ordenamento jurídico, enraizadas no modo de produção da vida material, que fundamentam os interesses, necessidades e valores das classes sociais dominantes das relações de produção e hegemônicas do poder político do Estado, como indicam as teorias conflituais da Sociologia do Direito (SANTOS, 2010, p. 7-8).

Neste sentido, o Direito Penal está limitado pela Constituição, devendo ater-se a esses princípios, não violando os valores constitucionais, mas sim por eles pautando-se. Mesmo porque do contrário a norma seria inconstitucional. Entretanto, alguns penalistas

procuram ancorar de forma mais estrita o Direito Penal à Constituição Federal, entendendo que não pode o Direito Penal punir comportamentos que não lesem valores constitucionais (CUNHA, 1995, p. 129). A dignidade penal, portanto, decorreria como reflexo dos princípios e valores constitucionais, espelhando-os.

Para além, haveria a força impositiva da Constituição no que tange a proteção dos valores constitucionais por meio da incriminação, dando a devida eficácia ao teor do texto constitucional (CUNHA, 1995, p. 287). Portanto, a Constituição estaria autorizando o legislador ordinário a proteger determinado valor por meio da tutela penal.

Neste sentido, torna-se notório que a amplitude dos textos constitucionais, que anteriormente fixavam normas e diretrizes promocionais, como a de que “a saúde é um dever do Estado”, hoje aduz que antes ao Direito Penal máximo do que ao Direito Penal mínimo, trazendo uma incompatibilidade de que o Direito Penal deve e pretende ser a *ultima ratio*.

Assim, se a norma incriminadora deve visar a proteção de valores fundamentais à convivência social, não tem justificativa ao avassalador processo de criminalização, operado por meio de uma inflação legislativa penal (DOTTI, 2002, p. 25), que conduz a uma contínua administrativização do Direito Penal.

Com a referida administrativização do Direito Penal, a lei penal torna-se um regulamento, criado único e exclusivamente para sancionar a inobservância a regras e matérias de cunho disciplinar. Em seu substrato, está a concepção pela qual a lei penal visa antes a “organizar” do que a proteger, sendo, portanto, destituída da finalidade de consagrar valores e tutelá-los.

Especificando a função da Constituição como limite e fundamento do Direito Penal, acrescenta-se a função de fonte valorativa, ou seja, a Constituição como paradigma no momento de se indicar qual bem jurídico será alvo de proteção penal:

A Constituição funciona como: (I) limite material do Direito Penal, erigindo barreiras ao processo criminalizador (limite normativo superior); (II) fonte valorativa do Direito Penal, funcionando como legítimo paradigma na escolha de bens jurídicos suscetíveis de proteção jurídico-penal (fundamento axiológico); (III) fundamento normativo do Direito Penal, apontando zonas de obrigatoria intervenção do legislador penal (limite normativo inferior) (FELDENS, 2012, p. 65).

Indo além, é na Constituição Federal que encontram-se os fundamentos bem como os critérios que selecionam os bens jurídicos e temas que devem ser protegidos pelo Direito Penal, isso considerando que a Constituição se trata da fonte exclusiva de bens jurídicos, ou seja, é documento definidor dos valores mínimos essenciais aos indivíduos e da sociedade que dela fazem parte.

Segundo Luciano Feldens, o Direito Penal não possui uma existência autônoma em relação à Constituição Federal, considerando que essa funciona, efetivamente, como limite e como fundamento de estruturação daquele ramo das ciências jurídicas:

O Direito Penal não desfruta de existência autônoma em face da Constituição, senão que tem por ela definidos tanto os limites quanto os fundamentos de sua estruturação. É-nos oportuno reconhecer, nesse diapasão, que são por demais conhecidos os limites restritivos à atividade legislativa incriminadora. Dentre outros, formam exemplos eloquentes dessas categorias: o caráter fragmentário e subsidiário de que deve revestir-se o Direito Penal; sua aplicação como a *ultima ratio* do sistema normativo; a invariável exigência de sua manipulação mediante prévia e elucidativa definição legal da conduta ilícita e da correlata sanção, e, ainda, no plano processual, a necessária observância de critérios probatórios que partam da inocência do acusado em direção à sua responsabilidade, sendo constitucionalmente vedado o raciocínio inverso. De acentuada inspiração iluminista, e forjados no seio de um modelo de Estado liberal, tais limites incorporaram-se paulatinamente aos textos constitucionais modernos (FELDENS, 2012, p. 85).

Desta forma, é possível compreender que a evolução do constitucionalismo moderno nos conduziu a um entrelaçamento entre os valores e princípios constitucionais com o conteúdo e objeto do Direito Penal, embora tal medida se mantenha em constante conflito, considerando que ainda não há, por parte do Direito Penal, uma existência autônoma em face da Constituição Federal, haja vista que tem por ela definidos tanto os limites quanto os fundamentos de sua estruturação e aplicação.

Ademais, em certos casos, a Constituição exige a intervenção penal por meio de normas que designamos mandados constitucionais de tutela penal (criminalização). A Constituição funciona, aqui, como fundamento normativo do Direito Penal.

Dentro dessa temática, percebe-se que o Estado tem a responsabilidade de combater a criminalidade, aplicando as penas cabíveis a cada caso. É nesse sentido que o filósofo Foucault ensina que o criminoso deve sim ser punido por seus atos, mas para isso os órgãos competentes devem aprender a punir melhor, observando a universalidade e necessidade, para que o objetivo da prisão possa ser cumprido.

[...] a reforma propriamente dita, tal como ela se formula nas teorias do direito ou que se esquematiza nos projetos, é a retomada política ou filosófica dessa estratégia, com seus objetivos primeiros: fazer da punição e da repressão das ilegalidades uma função regular, extensiva à sociedade; não punir menos, mas punir melhor; punir talvez com uma severidade atenuada, mas para punir com mais universalidade e necessidade; inserir mais profundamente no corpo social o poder de punir. (2011, p. 79)

Portanto, fica explícita a imprescindibilidade do Estado em fazer valer as normas que já estão estabelecidas na legislação, visando o bem-estar no encarcerado e o real objetivo da pena.

## 1.2 A crise no sistema carcerário brasileiro

O Sistema Penitenciário Brasileiro sofre diversas críticas e questionamentos, seja por membros da sociedade em geral ou por organizações nacionais e internacionais de direitos humanos, na medida em que é marcado por deficiências e ilegalidades que, por diversas vezes, não cumpre o papel de ressocialização do condenado, conforme previsto na legislação e, ainda, acaba por produzir uma quantidade exacerbada de infratores reincidentes (RABELO, 2011).

A real efetividade do sistema prisional é questionada considerando se tratar de uma situação degradante a qual são submetidos, como a superlotação dos estabelecimentos prisionais, a falta de projetos de ressocialização dos detentos, a precariedade e insalubridade dos presídios, a falta de compromisso e amparo do poder público, bem como a não aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana.

Corroborando a afirmação, a declaração de Marcos Rolim, publicada na Revista de Estudos Criminais, em 2003:

O Brasil como a maioria dos países latino-americanos, assiste imobilizado ao desenvolvimento de uma crise crônica em seu sistema penitenciário. Especialmente nesta última década, os indicadores disponíveis a respeito da vida nas prisões brasileiras demonstram de maneira incontestável um agravamento extraordinário de problemas já muito antigos como a superlotação carcerária, a escalada de violência entre os internos, as práticas de abusos, maus-tratos e torturas sobre eles, a inexistência de garantias mínimas aos condenados e o desrespeito sistemático e institucional à legislação ordinária e aos princípios dos direitos humanos (ROLIM, 2003, p. 121).

Notoriamente, a forma que o Estado possui de materializar o direito de punir aqueles que praticam um crime é através das penitenciárias. Contudo, não há êxito satisfatório no emprego de suas sanções e penalidades, devido à falta de estrutura carcerária ofertada aos condenados, que na maioria das vezes, são amontoados nas celas que não tem capacidade de suportar a grande quantidade destes.

Para além, tem-se a construção de uma subjetividade que organiza e orienta a sociedade, fazendo uma apologia da punição que quase sempre tem uma cor e uma classe determinada, razão pela qual, o sistema punitivo cria uma sociedade doente, que naturaliza a punição, bem com a ideia de que determinadas pessoas, cores e classes sociais podem e devem ter o seu fim determinado dentro de um sistema carcerário.

Entretanto, é necessária a reflexão sobre como é que tanta gente foi retirada do convívio social sem que houvesse uma discussão da eficácia desses “buracos de gente” entre a

sociedade. Da mesma forma que a prisão é considerada como algo natural e inevitável, muitos também se negam a refletir, de forma crítica, sobre os motivos e circunstâncias que se escondem por trás das prisões.

Neste sentido, é evidente que não há um entendimento e um debate sobre quais as reais razões e motivos do encarceramento de milhares de pessoas, sendo em sua maioria, pessoas com baixo poder aquisitivo e baixa escolaridade. Há simplesmente a definição de um mal a ser combatido, perdendo sua condição de pessoas detentoras de direitos, o qual entende-se que deve ser excluída do meio social.

Ressalta Ângela Davis, portanto, que:

A prisão funciona ideologicamente como um local abstrato no qual os indesejáveis são depositados, livrando-nos da responsabilidade de pensar sobre as verdadeiras questões que afligem essas comunidades das quais os prisioneiros são oriundos em números tão desproporcionais (DAVIS, 2018, p. 16).

Quando há, ainda, referência aos direitos fundamentais, dignidade, direitos humanos dos encarcerados está se fazendo referência aos mesmos direitos da pessoa em liberdade, não há como separar ou tratar de forma desigual, ante o amparo Constitucional Brasileiro, aqueles, como se fosse outra espécie de ser humano, diferente destes.

Apesar da proteção e previsão de direitos fundamentais do cidadão-presos ser a mesma dos demais, é comum encontrar pessoas na sociedade que defendem uma radical posição na qual o preso deve perder não somente a sua liberdade, mas, inclusive a própria vida.

Indubitavelmente, no sistema carcerário, a realidade de exclusão social é escancarada cotidianamente, negando-se àqueles indivíduos a própria condição de seres humanos. Ainda, é como se o encarceramento retirasse a responsabilidade de reflexão social, constantemente produzida pelo racismo, pelo capitalismo e pela desigualdade social.

Conforme abordado por Frans Kafka, há uma preocupante realidade do direito de defesa negado a diversos acusados nos processos criminais, onde o ser humano é reduzido como um objeto, sem um conhecimento prévio das razões e do crime que supostamente cometeu.

- Ele conhece a sentença?
- Não, disse o oficial, e logo quis continuar com as suas explicações.
- Mas o explorador interrompeu:
- Ele não conhece a própria sentença?
- Não, repetiu o oficial e estacou um instante, como se exigisse do explorador uma fundamentação mais detalhada da sua pergunta; depois disse:
- Seria inútil anunciá-la. Ele vai experimentá-la na própria carne (KAFKA, 2016, p. 36).

Por conseguinte, não há o reconhecimento de um mínimo de garantias a esses indivíduos, que por vezes não considerados pessoas, considerando que ser pessoa não é inerente a todo e qualquer indivíduo, mas depende do grau de satisfação e das expectativas normativas que ele é capaz de oferecer.

Desta forma, o Estado adota tal forma de repressão, sob justificativa e argumento de ser a maneira encontrada de manter a segurança da sociedade, isso sem uma reflexão sobre os reais motivos do aumento dos índices de criminalidade em sua totalidade.

Portanto, não restam dúvidas de que o encarcerado é possuidor, pelo menos em tese, desses direitos, pois o legislador no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal tratou de explicitar e deixar claro, ao determinar que todos são destinatários, ou seja, se são todos, então o preso está inserido no contexto dessa previsão. Segundo o Direito Penal, isto significa que o homem, ainda que esteja submetido à punição estatal, deve ter seus direitos respeitados, ou seja, as punições devem ocorrer dentro de um critério que respeite os princípios da justiça e os direitos do homem.

No âmbito normativo, o Estado brasileiro adotou uma política de execução penal pautada no princípio da dignidade da pessoa humana e na proibição de tratamento desumano e degradante ao preso, inclusive estabelecendo o princípio da individualização da pena para que, por meio de medidas ressocializadoras, o sofrimento do preso pudesse ser minimizado.

Contudo, ante ao direito de punir, previsto na Constituição de 1988 e os reflexos na execução da pena privativa de liberdade tem-se um desencontro entre a prática na execução da prisão com os princípios constitucionais, notadamente o da individualização da pena e da proibição de penas cruéis, projetando-se no sentido de instigar qual seria o resultado prático da prisão se os presos tivessem resguardados os seus direitos constitucionais.

### **1.3 A individualização da pena no Brasil**

A Constituição Federal traz uma série de princípios garantidores dos direitos fundamentais do cidadão frente ao poder punitivo do Estado, refletindo posições ideológicas, filosóficas e políticas, com o estabelecimento de valores primordiais a serem seguidos, a saber: liberdade, igualdade e justiça. Contudo, referidos valores servem como base para interpretações sobre matéria penal em normas infraconstitucionais.

Neste sentido, a Constituição Federal prevê princípios específicos do âmbito penal, o qual, seguindo a linha da teoria da pirâmide de Kelsen, adotada e utilizada no ordenamento jurídico brasileiro, concede orientações ao legislador infraconstitucional “para a adoção de um

sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, embasado em um Direito Penal da culpabilidade, um Direito Penal mínimo e garantista” (BITENCOURT, 2012, p. 47).

Em consonância aos valores e posições ora mencionados, adotados pelo constituinte, o inciso XLVI, do artigo supracitado, trata sobre o chamado princípio de individualização da pena, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos (BRASIL, 1988).

Nesse diapasão, o princípio da individualização da pena, consiste primordialmente em mensurar a pena aplicada ao caso concreto, considerando que cada agente possui um histórico pessoal, passível de receber a punição que lhe seja devida, e sempre em observância do devido cumprimento legal.

Não obstante, a Constituição consagra a humanização das penas através do artigo 5º, inciso XLVII de que “não haverá penas: de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis” (BRASIL, 1988). E mais uma vez individualizando a pena em relação à conduta do apenado quando da previsão no inciso XLVIII dispondo que “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado” (BRASIL, 1988), assegurando no inciso XLIX, o respeito à integridade física e moral dos presos.

Nelson Hungria, citado por Luiz Luisi, afirma o que deve ser entendido pelo princípio da individualização da pena, a saber: “retribuir o mal concreto do crime, com o mal concreto da pena, na concreta personalidade do criminoso” (LUIZI, 1991, p. 37). Desta forma, o referido princípio exterioriza a conclusão de que a pena deve, em tese, ser aplicada proporcionalmente face à lesão, ao bem jurídico tutelado e a medida de segurança do agente.

Para tanto, cumpre elucidar que o processo de individualização da pena ocorre em três etapas complementares: o legislativo, o judicial e o executório ou administrativo. Mediante uma hermenêutica constitucional, percebe-se que o primeiro momento é o legislativo, pois é aqui que o legislador vai selecionar as condutas, positivas ou negativas, que “atacam os bens mais importantes” (GRECO, 2012, p. 69).

Nessa primeira fase, legislativa, o legislador estabelece um critério político-criminal, e a partir dele, faz a atribuição a cada tipo penal, que deve ser sempre proporcional ao bem

jurídico protegido e à gravidade da ofensa, de forma a individualizar as penas de cada infração penal.

Neste sentido, Flávio Barros leciona que “todo processo de individualização, de adequação da pena ao fato e à pessoa concreta, está limitado pelos princípios da legalidade, da necessidade e da proporcionalidade” (BARROS, 2011, p. 112).

O doutrinador Rogério Greco assim exemplifica:

“A proteção à vida, por exemplo, deve ser feita com uma ameaça de pena mais severa do que aquela prevista para resguardar o patrimônio; um delito praticado a título de dolo terá sua pena maior do que aquele praticado culposamente; um crime consumado deve ser punido mais rigorosamente do que o tentado etc. A esta fase seletiva, realizada pelos tipos penais no plano abstrato, chamamos de cominação” (GRECO, 2012, p. 69).

Com precisão no assunto, Guilherme de Souza Nucci leciona que:

a- individualização legislativa: o primeiro responsável pela individualização da pena é o legislador, afinal, ao criar um tipo penal incriminador inédito, deve-se estabelecer a espécie de pena (detenção e reclusão) e a faixa na qual o juiz pode mover-se (ex.: 1 a 4 anos; 2 a 8 anos; 12 a 30 anos) (NUCCI, 2012 p. 173).

Em um segundo momento, tratando-se da individualização judiciária, depois de realizada a análise sobre a teoria analítica do delito, bem como constatado de que o fato cometido é típico, ilícito e culpável, passa-se então a individualizar a pena correspondente, momento em que o magistrado profere a sentença que cominou as sanções penais.

Ou seja, a individualização judicial ocorre na sentença penal condenatória, momento em que, depois de seguidos todos os trâmites do processo penal se chega ao momento de aplicar a pena ao caso concreto.

Para Guilherme de Souza Nucci, trata-se da concretização da pena abstrata por meio da sentença penal condenatória:

b- individualização judicial: na sentença condenatória, deve o magistrado fixar a pena concreta, escolhendo o valor cabível, entre o mínimo e o máximo, abstratamente previstos pelo legislador, além de optar pelo regime de cumprimento da pena e pelos eventuais benefícios (penas alternativas, suspensão condicional da pena etc.) (NUCCI, 2012 p. 173).

Por conseguinte, o juiz, orientado inicialmente pelo artigo 59 do Código Penal, define as regras básicas da individualização da pena, para reprovar o crime cometido pelo agente. Desta forma, o magistrado estabelecerá as penas aplicáveis, sua quantidade, o regime de execução, se é possível à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, se é possível uma suspensão condicional do processo ou até mesmo o oferecimento de uma transação penal.

Para além, o *caput* e incisos do artigo supracitado, afirma que o juiz deve estabelecer a pena sempre atento aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, *in verbis*:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

I - As penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - A quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - O regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - A substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível (BRASIL, 1940).

Observa-se que ao fim do artigo 59, do Código Penal, observa-se que o legislador estabelece que a pena seja necessária e suficiente para a reprovação e a prevenção do crime. Logo, as circunstâncias judiciais, não definidas pelo legislador, fica por parte da discricionariedade do julgador, que terá a missão e obrigação de identificá-las nos autos e fazer a devida mensuração.

Entretanto, verifica-se que o artigo supracitado possui uma gama imensa de discricionariedade, motivo pelo qual o artigo traz elementos apenas exemplificativos, estabelecendo parâmetros a serem seguidos. Mesmo que estejam presentes em sua decisão, possivelmente haverá a influência e aspectos de sua personalidade. Contudo, ao analisar e valorar as referidas circunstâncias, o magistrado deve fazer de forma individualizada e, de forma alguma, de maneira genérica.

Com a definição das circunstâncias judiciais, haverá a fixação da pena base, o juiz deverá observar as circunstâncias agravantes e atenuantes do delito, nos termos do artigo 68 do Código Penal e, por derradeiro, as causas de diminuição e aumento da pena, previstos no mesmo dispositivo.

Dissertando sobre o assunto, Frederico Marques assim aduz:

“A sentença é, por si, a individualização concreta do comando emergente da norma legal. Necessário é, por isso, “que esse trabalho de aplicação da lei se efetue com sabedoria e justiça, o que só se consegue armando o juiz de poderes discricionários na graduação e escolha das sanções penais.” Trata-se de um *arbitrium regulatum*, consistente na faculdade a ele expressamente concedida, sob a observância de determinados critérios, de estabelecer a quantidade concreta da pena a ser imposta, entre o mínimo e o máximo legal para individualizar as sanções cabíveis” (MARQUES, 1999, p. 297)

Após a individualização judiciária, a sanção penal aplicada nos termos supracitado, concretiza-se com a efetiva execução penal. Sobre o tema, Luiz Luisi afirma que é nesse

momento que a sanção penal “começa verdadeiramente a atuar sobre o delinquente, que se mostrou insensível à ameaça contida na cominação” (LUISI, 1991, p. 39).

Neste sentido, com a certificação do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, advém a Execução Penal do condenado, preconizada no artigo 5º da Lei de Execução Penal, no qual assevera: “Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal”.

Este princípio possui um condão humanístico, eis que tem a função de resguardar direitos ao ser humano que transgredir normas penais, determinando as espécies de penas aplicáveis, todas compatíveis com a ideia de dignidade humana.

Ainda, a Lei de Execuções Penais - nº 7.210, de 11 de julho de 1984, possui parâmetros que devem ser observados durante a execução da pena, com garantia dos direitos aos presos que estão em cumprimento da pena, bem como prevê diretrizes de assistência aos presos no que tange à ressocialização, sendo essencial que o preso seja assistido em suas necessidades. Por isso, o Estado fica obrigado a fornecer, direta ou indiretamente, assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, bem como o fornecimento de estrutura material e imaterial, para que volte a conviver em sociedade.

Neste sentido, Júlio Fabbrini Mirabete, aduz:

“Com os estudos referentes à matéria, chegou-se paulatinamente ao ponto de vista de que a execução penal não pode ser igual para todos os presos – justamente porque nem todos são iguais, mas sumamente diferentes – e que tampouco a execução pode ser homogênea durante todo o período de seu cumprimento. Não há mais dúvida de que nem todo preso deve ser submetido ao mesmo programa de execução e que, durante a fase executória da pena, se exige um ajustamento desse programa conforme a reação observada no condenado, só assim se podendo falar em verdadeira individualização no momento executivo. Individualizar a pena, na execução, consiste em dar a cada preso as oportunidades e os elementos necessários para lograr sua reinserção social, posto que é pessoa, ser distinto. A individualização, portanto, deve aflorar técnica e científica, nunca improvisada, iniciando-se com a indispensável classificação dos condenados a fim de serem destinados aos programas de execução mais adequados, conforme as condições pessoais de cada um” (MIRABETE apud GRECO, 2012, p. 70-71).

Por derradeiro, a individualização da pena, como ficou demonstrada, é um dos pilares na condenação do infrator e, por assim ser, deve ser levado em consideração desde o momento do cometimento da infração até o seu dia final, quando o mesmo estará em plena liberdade.

Contudo, em que pese toda a fundamentação jurídica e todo aparato constitucional, a realidade prática, por vezes, nos evidencia um distanciamento de tais garantias de humanização e individualização da pena pelos poderes políticos, seja pelo Legislativo, com a edição de leis cada vez mais severas, com o intuito de penalizar o ofensor; seja pelo

Judiciário, como responsável pela sua aplicabilidade; ou até mesmo pelo Executivo, que mantém o cárcere abarrotado de pessoas em condições degradantes e desumanas, aumentando ainda mais o foco da criminalidade.

Para além, notoriamente, a situação torna-se ainda mais alarmante se consideramos os indivíduos que não se encontram dentro de um padrão heteronormativo imposto pela sociedade. Portanto, ao abordar o termo binarismo no sistema penitenciário, é necessário que haja uma compreensão da linguagem constitutiva e construtiva do sistema penitenciário, com suas raízes no sistema ocidental o que gera um conflito no atual sistema carcerário, conforme será analisado no tópico a seguir.

### **1.3 O binarismo-sexual institucionalizado no sistema penitenciário**

Considerando o aspecto pluralista da sociedade, assim como a cidadania enquanto fundamento que ultrapassa direitos políticos e a dignidade da pessoa humana como centro da estrutura do Estado, o direito de exercer a identidade em grau de igualdade, liberdade e sem discriminação de qualquer tipo é um postulado capaz de demonstrar, inclusive, que em uma sociedade democrática é preciso observar as demandas por inclusão social, política, cultural e econômica.

Neste aspecto, torna-se notório e evidente que os indivíduos que não se adequam ao padrão heteronormativo encontram-se socialmente mais vulneráveis, considerando que apesar da estrutura normativa vigente, em tese, pautada na proteção da dignidade da pessoa humana e nos direitos e garantias fundamentais, as pessoas gays, lésbicas, transgêneros e todo aquele que não esteja inserido no padrão imposto, encontram obstáculos para exercer sua identidade de gênero nos moldes constitucionais e democráticos.

Ao abordar o termo binarismo no sistema penitenciário, é necessário que haja uma compreensão da linguagem constitutiva e construtiva do sistema penitenciário, com suas raízes no sistema ocidental e sempre interligado ao sexo do indivíduo, efetuando uma divisão da sociedade entre homens e mulheres, por meio, único e exclusivo, ao sexo genital do agente. Contudo, essa separação traz um problema e um conflito no atual sistema carcerário.

Neste sentido, se temos a definição apenas de homens e mulheres cisgêneros como usuários e que são enquadrados nas premissas do sistema carcerário, há que se afirmar que os grupos que não são definidos por esse critério são banidos, como exemplo, as pessoas transexuais, que fogem dos padrões impostos pelo gênero, portanto, acaba por ter desrespeitada a sua dignidade.

Para Maria Berenice Dias, o comportamento sexual divergente da ordem da heterossexualidade é situado fora dos estereótipos, restando rotulado de anormal, ou seja, fora da normalidade.

O que não se encaixa nos padrões é rejeitado pelo simples fato de ser diferente. A discussão é invariavelmente baseada na moralidade, imoralidade ou amoralidade, sem se buscar a identificação de suas origens: se orgânicas, sociais ou comportamentais (DIAS, 2014, p. 35).

Ademais, observa-se que o conceito de normal e anormal decorre da formação básica da sociedade brasileira, historicamente, relacionada unicamente à noção de casamento, filhos, religião, profissão, sempre em relações heterossexuais, fazendo com que os valores dominantes em cada momento histórico pautassem um sistema de exclusão sob preconceitos discriminantes, bem como sob limitação pela crença da maioria.

Contudo, o Direito instituído como um mecanismo regimentado da ordem social reflete, portanto, a sociedade humana, devendo ser compreendida diferentemente de uma situação natural, sem interferências passadas, bem como pelas mudanças futuras, mas pautando-se nas modificações contínuas no decorrer da história. Não obstante, sobre o assunto, Miguel Reale afirma:

A sociedade em que vivemos é, em suma, também realidade cultural e não mero fato natural (...). A convivência dos homens (...) é algo que se modifica através do tempo, sofrendo influências várias, alterando-se de lugar para lugar e de época para época (REALE, 2000, p. 20).

Deste modo, quando temos que, aquilo que foge do padrão heteronormativo, não recebe a devida atenção e respaldo do nosso ordenamento jurídico, instaura-se a problemática das novas identidades frente ao binarismo, presente nos sistemas penitenciários ocidentais, enquadrado no Brasil, como definidor de normas de gênero baseando-se no mesmo critério.

Sobre o assunto, encontra-se pertinente passagem na obra de Thiago Bonfim,

“A busca pelo ‘corpo apropriado’ ao gênero não é sinônimo de busca pela heterossexualidade. A cirurgia pode auxiliar na tentativa de minimizar problemas e conflitos potenciais pela inadequação às “normas de gêneros”, diante de uma dimensão identitária referente às discussões de gênero, principalmente em ambientes que obriguem explicações sobre o mesmo” (BONFIM, 2009, p. 51).

Provavelmente há transexuais presos nas penitenciárias femininas, que não sofrem preconceitos pela sua condição transexual haja vista terem seu sexo anatômico em conformidade com o seu sexo biológico e, até certo ponto, encaixando-se aos padrões binários. Contudo, apesar da configuração de um aparente paradoxo ao retornar ao binarismo, a análise nos mostra que esses pensamentos nos são conflitantes.

A divisão sexual-anatômica do cárcere brasileiro é ratificada pela Lei de Execução Penal - LEP, nº 7.210/84. Percebe-se a segregação pelo sexo a partir da leitura dos artigos 89 e 90, que afirmam os critérios binários e omitem o trato das travestis e transexuais.

Art. 89. Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa.

Art. 90. A penitenciária de homens será construída, em local afastado do centro urbano, à distância que não restrinja a visitação.

Para além, a Lei de Execução Penal traça condições de concretização do cárcere que estão muito distantes da realidade brasileira. Ratifica-se ainda, o fato desta silenciar na questão das travestis e transexuais, limitando-se a uma divisão sexual, não concretizando princípios norteadores da Constituição de 1988:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:  
(...) III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Essa problemática demonstra e evidencia uma necessidade de adaptar-se e formular políticas no trato de pessoas transexuais e o seu difícil enquadramento no sistema penitenciário brasileiro, por sua vez, binário, que desconsidera, na prática, a dignidade da pessoa humana e em especial, desse grupo de pessoas, simplesmente por ignorar sua identidade de gênero, encarcerados, normalmente e independentemente de critérios próprios.

Argumentar que a questão das travestis presos é fruto das rápidas mudanças nas dinâmicas sociais, não justifica a inércia em relação a uma situação de desrespeito da dignidade dessas pessoas. Não se pode ao menos afirmar que essa problemática é algo novo, considerando que a heteronormatividade exclui as outras formas de identidade e, conseqüentemente, isso é refletido no ordenamento jurídico.

A autora Berenice Bento, comenta a dificuldade de enquadramento das transexuais:

A polêmica de como definir o grupo [transexuais] está relacionada à própria problemática transexual; a pluralidade de experiências de vidas e de respostas para os conflitos existentes para a relação entre corpo, identidade de gênero; e sexualidade se reflete na hora que se tenta encontrar um termo que feche, cristalize e substancialize suas histórias (BENTO, 2008, p. 220).

Para tanto, as pessoas cuja identidade seja para além das classificações já existentes, como no caso de travesti, transexual ou qualquer outra situação não binária, uma vez

submetidas ao cárcere, no ato da designação à unidade prisional para cumprimento da pena, há evidente impedimento e supressão ao exercício de suas respectivas identidades de gênero.

É justamente nesse momento, como em tantos outros, que a percepção do indivíduo sobre si mesmo é desconsiderada em detrimento de questões tidas como naturais, biológicas e, portanto, corretas.

O tratamento penal conferido às Travestis e Transexuais é um desafio para o processo democrático e jurídico, já que o sistema carcerário irá engendrar a lógica presente na sociedade: a heteronormatividade e o binarismo sexual, sendo estas premissas quase inquestionáveis perante o Estado. Portanto, indivíduos que fogem às “normalidades” impostas não são recepcionados pelo ordenamento jurídico. (SILVA; ARCELO, 2016, p.33).

Indubitavelmente, a desconsideração de determinadas identidades de gênero não apenas pelo sistema penal, mas em todo o ordenamento jurídico é um fato concreto que repetidamente legitima inúmeras violências. Essa não recepção, bem como o silêncio diante dela, cria um sistema de opressão que pune os indivíduos antes de tudo pela sua existência. Desta forma, torna-se necessário um questionamento sobre a postura a ser adotada quando sujeitos contrários ao padrão normativo são submetidos ao sistema penal. Decerto que tal qual a norma está disposta a indagação é logo confrontada com a realidade que se materializa cotidianamente, ou seja, o enquadramento no binarismo sexual é uma imposição do sistema penal que se justifica por fatores naturais e biológicos, desconsiderando a perspectiva da identidade de gênero.



## 2. REFLEXÕES ACERCA DA IDENTIDADE DE GÊNERO E SUAS VERTENTES

### 2.1 Identidade de Gênero *versus* Orientação Sexual

Dentro de uma perspectiva antropológica é possível perceber que o comportamento humano decorre de uma experiência socialmente condicionada, ou seja, cada cultura é tomada como experiência na sobrevivência e de uma compreensão do potencial humano. Desta forma, o condicionamento cultural ou a socialização refere-se, basicamente, à aprendizagem de modos comportamentais admitidos e aprovados por um determinado grupo social. Grupo esse responsável pela formação dos comportamentos masculinos e femininos.

Atrelado à questão, Gayle Rubin produz o conceito de “essencialismo sexual”, compreendendo-o como “a ideia de que sexo é uma força natural que existe anteriormente à vida social e que molda as instituições”. A autora constata que:

O essencialismo sexual é incorporado no saber popular das sociedades ocidentais, as quais consideram o sexo como eternamente imutável, a-social e transhistórico. Dominado por mais de um século pela medicina, psiquiatria e psicologia, o estudo acadêmico do sexo tem reproduzido o essencialismo. Estes campos classificam o sexo como propriedade dos indivíduos. Talvez seja inerente aos hormônios ou a psique. Talvez seja construído como fisiológico ou psicológico. Mas dentre essas categorias etnocientíficas, a sexualidade não tem história e tampouco tem determinantes sociais significativos. (RUBIN, 2012, p. 10)

Quando abordamos temas de gênero e identidade, categorias notoriamente interligadas, contudo, distintas, torna-se necessário a diferenciação dos institutos denominados orientação sexual e identidade de gênero. Especificamente, gênero é definido como sinônimo de sexo, adotando aqui uma perspectiva biológica, segundo a qual o gênero masculino refere-se ao sexo masculino e, lado outro, o gênero feminino indica o sexo feminino.

Nesse contexto, evidencia-se que a dicotomia de gênero e a rotulação binária deste em masculino e feminino, são carregados de traços de cunho políticos, sociais, culturais, que perpassa o contexto da mera similaridade com o sexo biológico. A efeito, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, aduz:

Sistemas binários de sexo e gênero têm sido entendidos como modelos sociais dominantes na cultura ocidental que considera que o gênero e o sexo incluem somente duas categorias rígidas, quais sejam, os sistemas binários de masculino/homem e feminino/mulher, e excluem aquelas pessoas que não podem se identificar dentro destas duas categorias, como por exemplo, algumas pessoas trans ou algumas pessoas intersexo. (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2015, p. 42).

Para tanto, a noção de identidade de gênero trata-se da categoria de gênero dentro da qual a pessoa se reconhece, bem como a percepção que ela tem de si como sendo do gênero masculino, feminino ou de alguma combinação dos dois, independente de sexo biológico. Trata-se da convicção íntima de uma pessoa de ser do gênero masculino (homem) ou do gênero feminino (mulher) (ABGLT, 2010, p. 16).

Os Princípios de Yogyakarta abordam a necessária conceituação dos referidos termos afirmando, primeiramente, que “a orientação sexual e a identidade de gênero são essenciais para a dignidade e humanidade de cada pessoa e não devem ser motivo de discriminação ou abuso.” No referido documento consta:

1) Compreendemos **orientação sexual** como uma referência à capacidade de cada pessoa de ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas. 2) Compreendemos **identidade de gênero** a profundamente sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos (INTERNACIONAL COMMISSION OF JURISTS - ICJ, 2018, p. 7-8).

Sob análise do trecho supracitado, podemos definir a orientação sexual como a atração sexual, emocional ou até ambas de uma pessoa em relação ao gênero da outra. Em termos práticos, considera-se, por exemplo, heterossexual aquela pessoa que sente atração por alguém do gênero “oposto” ao que lhe é atribuído; já o homossexual tem-se por aquele que apresenta atração sexual por pessoas do mesmo gênero com o qual se identifica; no mesmo sentido, o bissexual é quem sente atração por ambos os gêneros tidos como “oficiais”, a saber, homem e mulher.

Percebe-se, diante do exposto, que a noção de gênero abarca muito mais que a diferença entre o masculino e o feminino, e vai muito além de um termo classificatório gramatical, um conceito fluido social, de representação e de divisão de poder. Aqui, vale a explanação de Letícia Lanz sobre a autopercepção da identidade de gênero:

Embora a autopercepção da identidade de gênero dependa do equipamento biológico de cada pessoa, feminilidade e masculinidade não podem ser consideradas como determinações biológicas porque não estão no indivíduo e sim na sociedade, uma vez que são atributos estabelecidos no código de conduta de gênero de cada cultura e época. Ou seja, é a sociedade quem decide o que significa ser homem e ser mulher (por exemplo: homem veste calça, é forte, bravo, ativo e racional; mulher veste saia, é meiga, dócil, passiva e emocional), agindo de maneira decisiva, através da educação (sugestão, condicionamento e repressão) para que os machos biológicos se identifiquem como homens, desenvolvendo os padrões de masculinidade desejados pela sociedade, assim como as fêmeas biológicas se identifiquem como mulheres, desenvolvendo os padrões de feminilidade (LANZ, 2016, P. 12).

Sendo assim, à luz da compreensibilidade do sistema sexo-gênero-identidade, tem-se que os sujeitos que atravessam as premissas rígidas impostas e estabelecidas para o gênero e identidade, ou seja, aqueles que transgredirem referidos símbolos são postos como diferentes e desviantes, considerando que a heterossexualidade foi consagrada como única forma saudável e legítima da identidade, estabelecendo uma necessidade de compatibilidade entre a identidade de gênero e a anatomia.

Nesse contexto, surgem as categorias definidas como “homossexualidade” e “transexualidade”, existindo em outros períodos históricos, contudo, não havia essa nomenclatura. Para tanto, homossexualidade foi o termo criado para se referir às “pessoas que fazem sexo com pessoas do mesmo sexo” (ZAMBRANO, 2006, p. 128), de modo que a transexualidade decorre dos “mistérios que levam uma pessoa de um determinado sexo a reivindicar o reconhecimento social como membro de outro” (ALMEIDA, 2013, p. 384)

Dessa forma, compreende-se que as homossexualidades e transexualidades nascem dentro de uma perspectiva médica tratando-as como desviantes e inversas, delimitando “uma fronteira entre o normal e o patológico no campo das identidades sexuais” (ALMEIDA, 2013, p. 384).

Não obstante, o resultado dessa análise patológica de expressões de gênero e identidade, conforme supracitado gerou a classificação da homossexualidade e transexualidade como doença na Organização Mundial de Saúde. A configuração da homossexualidade como um distúrbio mental e sexual, corroborou para a perseguição de sua estigmatização, que vinha sendo promovida paulatinamente pela religião e pelo Estado. A patologização do amor entre iguais culminou em diversas tentativas de tratamentos clínicos, bem como psiquiátricos, com o objetivo de alterar as preferências e desejos dos pacientes tidos como homossexuais.

Em 17 de maio de 1990, a 43ª Assembleia Mundial da Saúde adotou, por meio da sua resolução WHA43.24, a 10ª Revisão da Lista da Classificação Internacional de Doenças (CID-10), sendo que nesta versão da CID “a homossexualidade *per se* não está mais incluída como categoria”. A nova classificação entrou em vigor entre os países-membro das Nações Unidas a partir de 1º de janeiro de 1993 (CNS, 2014).

De acordo com o Conselho Nacional de Saúde (CNS), a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 estabeleceu diversas garantias individuais e fundamentais, as quais incluem a igualdade de direitos, a dignidade humana, o direito de cada pessoa à vida, à liberdade, à segurança pessoal, a igual proteção da lei, a igual proteção contra a

discriminação, bem como o direito de não ser submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

Contudo, apesar dessas garantias, segundo levantamento da Associação Internacional de Lésbicas, Gays, Bissexuais, pessoas Trans e Intersex (ILGA), os atos homossexuais ainda são ilegais em 76 países, a maioria signatários da Declaração Universal dos Direitos Humanos, e em cinco deles (Arábia Saudita, Irã, Iêmen, Mauritânia e Sudão) bem como algumas partes da Nigéria e da Somália, os atos homossexuais são puníveis com pena de morte (ILGA, 2014).

Já a transexualidade carregou o estigma de transtornos mentais junto à esquizofrenia, cleptomania e depressão até o dia de 18 de junho de 2018, quando a OMS passou a classificá-la como uma condição relativa à saúde sexual. Entretanto, somente em 21 de maio de 2019 que a Organização Mundial de Saúde (OMS) oficializou, durante a 72ª Assembleia Mundial da Saúde, em Genebra, a retirada da classificação da transexualidade como transtorno mental da 11ª versão da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas de Saúde (CID). Pela nova edição da CID 11, a transexualidade sai, após 28 anos, da categoria de transtornos mentais para integrar o de “condições relacionadas à saúde sexual” e é classificada como “incongruência de gênero” (CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 2019).

Em suma, apesar da homossexualidade não ser tratada mais como doença de ordem nenhuma, a transexualidade ainda tem uma larga batalha para deixar de ser considerada o mesmo que uma condição de saúde sexual.

Segundo a autora Berenice Bento, a “transexualidade é um desdobramento inevitável de ordem de gênero que estabelece a inteligibilidade dos gêneros no corpo” (BENTO, 2008, p. 19), onde a autora compreende que “a transexualidade é uma experiência identitária, caracterizada pelo conflito com as normas de gênero”, se remetendo “às experiências de trânsitos entre gêneros” (BENTO, 2008, p. 18). Destaca ainda:

A especificidade da transexualidade está na explicitação dos limites dessas normas de gênero, à medida que a reivindicação de passagem do gênero imposto ao nascer para o gênero identificado exige que os defensores dessas normas de gênero se posicionem (BENTO, 2008, p. 20).

Fato notório é que a população trans ainda carece de um direito positivado que lhes garantam direitos fundamentais, inclusive à personalidade. Exemplificando, nota-se que a retirada da transexualidade da lista de doenças mentais da OMS só ocorreu muito recentemente, conforme mencionado anteriormente.

Para além, a questão do nome social das pessoas Trans apresenta conquistas também muito novas, como é o caso do Decreto nº 8.727, de 2016, o qual dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

Outro marco importante para a concretização do direito fundamental à personalidade das pessoas Trans foi a decisão do STF (Supremo Tribunal Federal) no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4275. A decisão possibilitou a alteração de nome e gênero no assento de registro civil mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo, segue trecho da decisão:

O Tribunal, por maioria (...) julgou procedente a ação para dar interpretação conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58 da Lei 6.015/73, de modo a reconhecer aos transgêneros que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil.

Ante a um cenário marcado por poucas e recentes conquistas, a população Trans ainda sofre as consequências de uma histórica exclusão social na defesa da expressão e identidade de gênero. Entretanto, parece-nos que os precedentes brasileiros caminham com o fito de preencher a lacuna legal quanto aos direitos das pessoas trans, refere à personalidade, considerando que as decisões dos Tribunais são e foram fundamentadas nos termos dos princípios fundamentais, bem como dos direitos humanos universais, especificamente no que se refere à dignidade da pessoa humana.

Apesar do aprofundamento dos debates sobre a temática, a violência ainda há muito que avançar, considerando a necessidade do “enfrentamento ao preconceito, discriminação e exclusão que atingem transexuais, travestis, lésbicas, bissexuais e gays no país, por possibilitarem a visibilização, quantificação e comparação da realidade de violações dos direitos humanos” (BRASIL, 2012, p. 10).

Indubitavelmente temos um problema ontológico, pautada em determinar as relações sociais em termos de dicotomia identitária, com autêntica negação sexual da diversidade, a qual repercute na interpretação de cuidado e proteção aos idênticos e não daqueles que são diferentes, destacando e reproduzindo as performances de rejeição social.

A exclusão contemporânea é pautada pela criação de indivíduos inteiramente desnecessários ao universo produtivo, para os quais parece não haver mais possibilidades de inserção. Poder-se-ia dizer que os novos excluídos são seres descartáveis (SAWAIA, 2008). Tal exclusão acaba por empurrar as pessoas trans para fora da sociedade, para fora de suas

melhores e mais justas relações sociais, privando-as dos direitos que dão sentido a essas relações.

Ressalta-se que a exclusão social está presente por toda a vida da pessoa trans, dentro das próprias famílias, nos estabelecimentos educacionais, no mercado de trabalho, haja vista que os sujeitos que se identificam como pessoas trans, em sua grande parcela, são expulsos de casa, ficam impossibilitados de frequentar as instituições de ensino, não conseguem emprego e conseqüentemente, tem-se a exclusão em todos os campos sociais.

Ante o exposto, notoriamente a exclusão de gênero é caracterizada e comprovada através da violência e da discriminação que as pessoas trans sofrem em diversos âmbitos da sociedade. Desta forma, entende-se que essa exclusão faz parte de um processo de manutenção da ordem social, de ser traduzido como um jogo de poder em que os indivíduos que se julgam superiores excluem aqueles que são diferentes para manterem-se no domínio das relações.

Conforme previsto nos artigos 5º e 6º, da Constituição Federal, é assegurado a igualdade de todos perante a lei “sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. Bem como a garantia de direitos sociais à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao transporte, ao lazer, à segurança, à previdência social, proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

Indiscutivelmente, sabemos que a nenhum dos brasileiros estes direitos são assegurados de forma integral, pelo Estado. Contudo, quando nos referimos às pessoas trans, até o mínimo, como o direito de ir e vir sem serem violentadas física ou verbalmente, de acesso aos sistemas de saúde, de reconhecimento pelo nome e gênero com os quais se identificam, de transitarem nas instituições de ensino, todos esses direitos básicos e essenciais são extirpados desse grupo vulnerável.

## **2.2 População transgênera no Brasil**

Inicialmente vale enfatizar que rotineiramente às pessoas trans é negado reconhecimento legal do gênero com o qual se identificam, e, para consegui-lo, é necessário o enfrentamento de diversos abusos, como esterilizações, tratamentos forçados, sem o qual sofrem com a exclusão e marginalização. Conforme mencionado por Berenice Bento, o

sofrimento das pessoas trans deriva muito mais do tratamento que recebem na sociedade, do que da própria transexualidade (BENTO, 2008, p. 27).

A população trans no Brasil se constitui como uma das mais vulneráveis, e apesar disso, uma das maiores dificuldades que se coloca é “a ausência de dados oficiais que não sejam sobre doenças sexualmente transmissíveis (DSTs), tais como presença ou evasão escolar, taxa de desemprego, entre outros” (ALMEIDA; VASCONCELLOS, 2018, p. 306). Todavia, há alguns dados levantados por estudos e pesquisas acadêmicas, bem como por organizações de militância e ativismo.

No ensaio *Diversidade Sexual e Políticas Públicas: compreendendo os vetores de subjetivação e as transformações no dispositivo da identidade*, Henrique Nardi contextualiza debate em torno das populações de gêneros diversos e o enuncia:

A vulnerabilidade mostra como o preconceito, a discriminação, a ausência de igualdade de direitos, a moral sexual rígida marcada pela dominação sexual masculina, as relações de gênero opressoras, a pobreza e a falta de políticas públicas produzem, em conjunto, as condições para que as pessoas, independente da sexualidade e da identidade de gênero, não utilizem o preservativo e não realizem o tratamento adequado (NARDI, 2013, p. 253).

Não obstante, o preconceito, somado às agressões físicas e emocionais, deixam marcas profundas na vida dos transgêneros refletindo na expectativa de vida deste grupo que não supera os 35 anos de idade<sup>1</sup>. Desta forma, segundo o relatório da *Transgender Europe*, 11% das pessoas trans assassinadas, entre 1º de janeiro de 2008 e 31 de dezembro de 2016, tinha menos de 20 anos, 46% tinha entre 20 e 29 anos, 29% entre 30 e 39 anos, 11% entre 40 e 49 anos, 3% entre 50 e 59 anos e 1% era maior de 60 anos<sup>2</sup>.

Dentre as diferentes identidades sexuais e de gênero que compõe a sigla LGBT, as pessoas transexuais e travestis são as mais marginalizadas e as que mais morrem, segundo o *Transgender Europe's Trans Murder Monitoring* (TMM) mostra que 50% das mortes de transexuais do mundo ocorreram no Brasil. Assim como, a Associação Nacional de Travestis e Transexuais do Brasil (Antra) 90% das travestis e transexuais estão na prostituição por falta de oportunidade de emprego.

Ainda, segundo dados da Rede Nacional de Pessoas Trans do Brasil (RedeTrans), 82% das mulheres trans abandonam o ensino médio entre os 14 e os 18 anos em função da

<sup>1</sup> EXPECTATIVA de vida de transexuais é de 35 anos, metade da média nacional. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/procuradoria/comum/expectativa-de-vida-de-transexuais-e-de-35-anos-metade-da-media-nacional>>. Acesso em: 27 set. 2020.

<sup>2</sup> 2.343 asesinatos registrados de personas trans y género-diversas entre 1 de enero de 2008 y 31 de diciembre de 2016. Disponível em <[http://transrespect.org/wpcontent/uploads/2017/03/TvT\\_TMM\\_TDoV2017\\_Tables\\_ES.pdf](http://transrespect.org/wpcontent/uploads/2017/03/TvT_TMM_TDoV2017_Tables_ES.pdf)>. Acesso em: 22 out. 2020.

discriminação na escola e da falta de apoio familiar. Sem opção, 90% acabam na prostituição. Percebe-se, com isso, que ao ser roubado da pessoa trans o direito de frequentar a escola, conseqüentemente, é roubada a expectativa de ascensão social, a possibilidade de exercer a profissão desejada, enfim, lhe é roubada a possibilidade de inserção social.

A escassez de políticas públicas em relação às pessoas trans, bem como a intolerância social, acabam fechando as portas da sociedade para estes sujeitos, ou seja, há também uma exclusão cultural (SAWAIA, 2008). No entanto, as pessoas trans não são apenas marginalizadas, violentadas, caladas e ignoradas pela sociedade, elas são mortas, não só fisicamente, mas socialmente.

“Marroni levou 18 facadas. Samilly foi baleada, assim como Gaby. Hérica morreu de tanto apanhar e ser jogada do alto de um viaduto. Depois de agredida com murros, pedradas e pauladas, Dandara levou dois tiros”<sup>3</sup>. Essas são algumas das mulheres trans que foram vítimas de homicídio em 2017, no Brasil. Entre 1º de janeiro de 2008 e 31 de dezembro de 2016 aconteceram 2.343 homicídios relatados de pessoas trans em 69 países em todo o mundo, segundo pesquisa da ONG internacional *Transgender Europe*. O Brasil encabeça esse ranking com 938 assassinatos seguido do México com 290 homicídios no mesmo período<sup>4</sup>.

O homicídio de pessoas trans, em regra, acontece através do chamado crime de ódio, crime esse que é motivado pelo preconceito, seja ele relacionado à raça, religião, orientação sexual, deficiências físicas ou mentais, nacionalidade ou identidade sexual. As vítimas são escolhidas intencionalmente por pertencerem à determinada minoria social, sendo violentamente mortas por serem diferentes do padrão imposto pela sociedade, o qual reflete na brutalidade dos assassinatos das pessoas trans ou de gêneros diversos; de modo que, dos 2.343 homicídios entre 1º de janeiro de 2008 e 31 de dezembro de 2016, cerca de 37% se deu por disparos de armas de fogo, 20% por punhaladas, 10,5% por pauladas, 4% por estrangulamento, 2,5% por apedrejamento, 2% por asfixia, 1,5% por queimaduras e 1,5% por degolamento ou desmembramento<sup>5</sup>.

Dentre os assassinatos de pessoas transgêneras contabilizados no país nos últimos três anos, o caso da travesti Dandara foi o que mais repercutiu nos principais meios de comunicação devido à brutalidade das agressões e dos diversos meios empregados pelos

---

<sup>3</sup> EXPECTATIVA de vida de vida de transexuais é de 35 anos, metade da média nacional. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/procuradoria/comum/expectativa-de-vida-de-transexuais-e-de-35-anos-metade-da-media-nacional>>. Acesso em: 20 set. 2020.

<sup>4</sup> 2.343 personas trans reportadas asesinadas en los últimos 9 años. Disponível em: <[http://transrespect.org/wpcontent/uploads/2017/03/TvT\\_TMM\\_TDoV2017\\_PR\\_ES.pdf](http://transrespect.org/wpcontent/uploads/2017/03/TvT_TMM_TDoV2017_PR_ES.pdf)>. Acesso em: 23 set. 2020.

<sup>5</sup> Idem

assassinos para provocar não apenas a morte, mas também para humilhar e torturar a vítima. No dia 15 de fevereiro de 2017, Dandara dos Santos foi cruelmente espancada por diversos homens em uma via pública de Fortaleza, sendo morta com dois tiros de arma de fogo e uma pedrada na cabeça em sequência (G1, 2017).

Ao analisar o mapa de assassinatos de pessoas Trans no Brasil, a ANTRA também apresentou um ranking dos assassinatos por estado proporcional à sua população e a Paraíba ficou em primeiro lugar, bem como o Nordeste ocupou o primeiro lugar em relação às demais regiões. Além disso, o relatório aponta que a cada 48 horas uma pessoa Trans é assassinada no país<sup>6</sup>.

O risco de uma pessoa trans ser assassinada é 14 vezes maior que um homem gay cis; e se compararmos com os Estados Unidos, as 144 travestis brasileiras assassinadas em 2016 face às 21 trans americanas, as brasileiras têm 9 vezes mais chance de morte violenta do que as trans norte-americanas (TGEU, 2017).

O mesmo relatório aponta que 90% da população travesti e transexual faz da prostituição a sua fonte de renda. Esse fato é consequência direta da estigmatização social que exclui tal grupo vulnerável do mercado de trabalho. O preconceito e a discriminação persistem inviabilizando a inserção destas pessoas no mercado de trabalho. O mercado já possui uma segregação ocupacional de gêneros, ou seja, profissões específicas para cada gênero, porém, além dessa segregação existe uma outra, mesmo que de forma velada, quando o assunto é transgênero, considerando que os empregadores encaram os transgêneros como ambíguos, não possuindo assim, espaço nesse mercado segregado.

Para além, assassinatos analisados, 70% foi cometido contra mulheres trans e travestis profissionais do sexo e mais da metade desses ocorreu na rua<sup>7</sup>. De acordo com o relatório da CIDH “as mulheres trans e as pessoas trans com expressão de gênero feminina tendem a ser assassinadas com armas de fogo, e seus corpos geralmente são encontrados em vias públicas ou outros espaços públicos, e às vezes, em situações vinculadas com o trabalho sexual”<sup>8</sup>.

Durante o ano de 2013, a CIDH foi informada de inúmeros homicídios de mulheres trans que eram trabalhadoras sexuais, na sua maioria perpetrados por clientes. As

---

<sup>6</sup> BENEVIDES, Bruna. Mapa dos Assassinatos de Travestis e Transexuais no Brasil em 2017. ANTRA (Associação Nacional de Travestis e Transexuais). Brasil, 2018. Disponível em: <<https://antrabrasil.files.wordpress.com/2018/02/relatc3b3rio-mapa-dos-assassinatos-2017-antra.pdf>> Acesso em 15 out. 2020.

<sup>7</sup> Idem.

<sup>8</sup> Inter-American Commission on Human Rights. Violência contra pessoas lésbicas, gays, bissexuais, trans e intersexo nas Américas / Comissão Interamericana de Direitos Humanos. v. ; cm. (OAS. Documentos oficiais; OEA/Ser.L). Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/docs/pdf/violenciapessoaslgbti.pdf>> Acesso em 19 out. 2020.

vítimas foram atacadas com pedras na cabeça, apedrejadas até a morte enquanto ofereciam seus serviços, agredidas até a morte com garrafas quebradas, esfaqueadas em seus lugares habituais de trabalho, foram baleadas ao se aproximar de um veículo, e inclusive vítimas de disparos de arma de fogo ao discordar sobre as tarifas.

A violência sistemática contra a mulher acompanha o gênero feminino também no âmbito da transexualidade e travestilidade. A esmagadora maioria dos assassinatos e lesões são cometidos, quase que diariamente, contra as pessoas que se identificam com o gênero feminino a despeito do sexo biológico.

São experiências identitárias e vivências excluídas, silenciadas, invisíveis. Sujeitos que não são integrados na sociedade, não tem participação, estão inseridos na medida em que são excluídos, só existem na norma quando são taxados de anormais. Diante de números tão alarmantes e título de país que mais mata pessoas transgênero, questiona-se o que o Estado vem se prontificando a fazer para alterar tal realidade, considerando que ele não pode se omitir em situações nas quais as pessoas têm direitos violados. A proteção quando se mostra insuficiente é inclusive considerada inconstitucionalidade por omissão.

A falta de oportunidades e visibilidade, muitas vezes levam à uma vida de ilicitudes, como meio de persistência e até mesmo subsistência, podendo até ser um estilo de vida, sendo que a violação de direitos é quase que uma situação cotidiana. Entre as manifestações de preconceito e estigma da sociedade, há uma invisibilidade social, seja no mercado de trabalho ou na educação, que passa a não acolher ou respeitar transgêneros, razão pela qual a marginalização da pessoa transgênera começa de maneira precoce.

Ao considerar a crença de que o corpo é um atributo natural e que define a identidade de homens e mulheres enquanto pessoas de um gênero ou de outro, as mudanças corporais realizadas pelas travestis e transexuais implicam em dificuldade de convivência nos espaços sociais normatizados. Por conseguinte, são diversos os fatores que conduzem essas pessoas a situações de risco, haja vista que em decorrência dessas dificuldades, acabam por viver em contexto de rua, atuando na prostituição e igualmente nas ruas, espaços esses que notoriamente facilitam situações de violência.

De modo geral, travestis e mulheres transexuais são atreladas à dois fatores: as ilegalidades que circundam o mundo da prostituição, incluindo a proximidade com o tráfico de drogas, e a representação social que aproxima compulsoriamente todas as mulheres transexuais e travestis do universo do trabalho sexual. O primeiro contribui para a sua apreensão, condenação e encarceramento; e o segundo as posiciona compulsoriamente como suspeitas e potenciais criminosas.

De acordo com a pesquisa realizada por Silvia, Bezerra e Queiroz (2015, p. 367), foi possível constatar que a esse grupo possui a vida marcada pela vulnerabilidade, seja pela situação de trabalho informal, que gera inúmeras carências materiais, ou pela história de vida repleta de rupturas relacionais, principalmente com os familiares. Sendo assim, fora traçado três categorias de caracterização dessa vulnerabilidade, a saber: a família como primeiro grupo que exclui; a escola como locus de reprodução do preconceito e discriminação; a rua que acolhe e vulnerabiliza. Estas categorias giram em torno dos principais contextos de vida (família, escola, rua) afetados pela condição transgênero e que marcam as trajetórias de vida.

A não compreensibilidade do gênero de um corpo pressupõe, portanto, determinados riscos sociais. Conforme já exposto neste trabalho, a experiência da transgeneridade é cercada de uma série de reações sociais que tornam esses indivíduos extremamente vulneráveis à violência e à morte, como a hipersexualização e a objetificação, a patologização e a exclusão das instituições de ensino e do mercado de trabalho formal.

Assim, é inevitável constatar que os indivíduos transgêneros se encontram, sobretudo no Brasil, em uma condição de precariedade na qual tecnologias e aparatos de controle social dificultam o reconhecimento de sua cidadania e aceleram os processos que culminam na morte prematura dessa população - sendo os homicídios apenas uma parte da problemática, levando em conta a exposição mais acentuada a suicídios e a mortes decorrentes de procedimentos estéticos de risco.

Atrelado à não inteligibilidade desses corpos performáticos sob a matriz do dispositivo binário de gênero, está o fato de que a maior parte da população transgênera no Brasil integra as massas supérfluas no contexto do capitalismo periférico. São indivíduos cujas vidas não se fazem necessárias ao modo de produção atual (BENTO, 2011, p. 548-559).

Trata-se, portanto, de corpos plausíveis a homicídios e passíveis de sanções de caráter heterocispunitivo, as quais decorrem de um necropoder que se opera não apenas pelo Estado, mas em conjunto a instituições como a família, a religião e a medicina, que empregam uma vigilância dos corpos transgêneros, taxando-os como anormais, pecaminosos e patológicos a fim de expor essas corporalidades à morte. (MORERA; PADILHA, 2018, p. 5-6).

Apesar de vivos, os corpos transgêneros não são apreendidos como vidas passíveis de serem enlutadas - tendo em vista a ausência de condições políticas, sociais e econômicas capazes de resgatá-los de sua condição de precariedade. São figuras vivas situadas fora das normas da vida, ou seja: mortos-vivos, supérfluos, descartáveis, matáveis, desregrados, desviantes, transgressores (BUTLER, 2018).

Ante o exposto, o conceito de biopoder parece ser insuficiente para tratar dessa realidade. Mesmo o aporte teórico do racismo de Estado, mecanismo pelo qual a biopolítica efetiva o fenômeno do “deixar morrer”, não é adequado à tarefa de diagnosticar um fenômeno inserido em um contexto político e social tão singular como é o caso do Brasil. Por isso, é imprescindível o reconhecimento de que os processos de violência em nosso país, são sistematizados sobre estruturas pós-coloniais. Exige-se, portanto, um olhar desde a margem; o reconhecimento de que na periferia, o poder não se manifesta mediante omissão, como um “deixar morrer”, e sim como comissão de um “fazer morrer” - física ou simbolicamente.

No que tange a transgeneridade, assevera Judith Butler:

A simples noção de que as categorias de sexo/gênero não são condicionadas por características anatômicosexuais, mas se constituem mediante a reiteração de atos performáticos, já apresenta por si só um horizonte emancipatório capaz de atribuir inteligibilidade aos corpos transgêneros – oportunizando, assim, que essas corporalidades migrem de um contexto de excessiva vulnerabilidade e estigmatização para um espaço no qual os indivíduos vislumbrem a possibilidade de uma existência na qual seus esforços vitais não sejam integralmente direcionados a manter sua própria sobrevivência (BUTLER, 2018).

Sendo assim, é evidente a necessidade e a urgência de serem criadas condições sociais e redes de apoio capazes de reduzir a precariedade distribuída à população transgênera. Conforme demonstrado anteriormente, a criação de um banco de dados oficial que adote uma metodologia adequada para contabilizar as mortes de pessoas transgêneras é uma das reivindicações mais imediatas das organizações que atuam na defesa dessa população.

Ademais, fomentar debates públicos qualificados acerca da temática também é uma medida imprescindível nos esforços pela diminuição da precariedade, exposição ou à replicação de riscos de morte, bem como a processos de invisibilização, expulsão, estigmatização e exclusão social - aspectos que parecem permitir uma associação ao conceito de condição de precariedade desenvolvido por Judith Butler.

### 3. RECONHECIMENTO DA IDENTIDADE DE GÊNERO FRENTE AO CÁRCERE

#### 3.1 Qual criminologia para a Teoria *Queer*? Transexualidade no Direito Penal

Notoriamente todas as pessoas são diferentes, no entanto, na vivência social nem sempre isso é considerado. As pessoas que não se enquadram dentro das perspectivas que foram ditadas em relação às normas de gênero e ao que vem a ser a representação social da figura do masculino e do feminino, são evidentemente discriminadas.

A seletividade sofrida pela comunidade de Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros não é novidade, principalmente no que tange as pessoas homossexuais (gays e lésbicas) e trans. Na verdade, assim como as mulheres, os judeus e os negros, as pessoas de gênero e identidade fora do *status quo* ditado pela regra moral fundamentalista sempre sofreram repressão, seja policial, seja política, seja religiosa, ou ainda, social.

Os direitos de travestis e transexuais parecem estar sempre em negociação, podendo ser reivindicados apenas quando apresentam determinados padrões mínimos de bens materiais atrelados a padrões culturais de comportamento, como exemplo: família estruturada, residência fixa, escolaridade alta, etc. Nitidamente sem o preenchimento desses quesitos, torna-se praticamente impossível a garantia de legitimidade e poder para reivindicar acesso não discriminatório à Justiça.

Neste sentido, torna-se necessário considerar o todo o contexto que envolve as vivências das travestis e transexuais quando for realizada alguma análise, definição ou até mesmo investigação. Caso contrário, corre-se risco de acreditar que as motivações para crimes direcionados a elas sejam considerados banais, inexplicáveis ou então culpabilizantes à própria vítima.

Desta forma, para o entendimento das violências perpetradas a essa população, assim como os crimes nos quais elas se envolvem, é importante considerar quais as condições que trouxeram possibilidades para tal ato. Sendo assim, de que modo o contexto de vulnerabilidade e negação estatal produziram as possibilidades para os crimes que envolvem essa população?

O contexto das experiências de gênero e identidade se tornam munições que alimentam o universo da moralidade convencional, tornando, assim, a experiências das travestis e transexuais, diante dos fatos a serem investigados, experiências de gênero criminosos. Esta é a razão pela qual criam-se procedimentos e atos que materializam os

elementos que culpabilizam o gênero, identificando nesses corpos e vidas gêneros criminosos da Justiça brasileira.

De modo geral, existe uma estrutura hierárquica que consolida o poder vigente no mundo. A visão fundamentalista tida por grande parte da sociedade está intrínseca ao seu modelo penal-criminal. Desde a inquisição até a estrutura se dá da mesma forma: um determinado grupo - “os inimigos da sociedade” - apresenta-se também como inimigo da ordem, surgindo um discurso de iminente risco para a humanidade, havendo na punitividade uma forma de salvação para essa humanidade, utilizando-se da autoridade para punir (ZAFFARONI, 2013, p. 27).

Tudo isso diz muito respeito à Educação e ao Direito, campos que constroem e sustentam tipologias do aceitável e do não aceitável, conforme bem assevera Judith Butcher:

Pois, como se sabe, as tipologias são exatamente o modo pelo qual a abjeção é conferida: considere-se o lugar da tipologia dentro da patologização psiquiátrica. Entretanto, prevenindo qualquer mal-entendido antecipado: o abjeto para mim não se restringe de modo algum a sexo e heteronormatividade. Relaciona-se a todo tipo de corpos cujas vidas não são consideradas “vidas” e cuja materialidade é entendida como “não importante”. Para dar uma ideia: a imprensa dos Estados Unidos regularmente apresenta as vidas dos não ocidentais nesses termos. O empobrecimento é outro candidato frequente, como o é o território daqueles identificados como “casos” psiquiátricos. (BUTLER, 2002, p. 161-162).

Se por um lado são o Direito e a Educação campos nos quais reina a preocupação com a norma, seja com seu aprendizado, seja com seu correto cumprimento, é inegável que esses campos operam com lógicas diversas. Também é inegável que neles há cada vez mais espaço para acolher as transgressões da norma e para buscar modalidades de convívio com os “diferentes”.

A população “minoritária” pautada pelo gênero, explicitam maneiras tão diversas de vivenciar a diferença que evidenciam o fato de que cada diferença denota uma forma particular de opressão. Sendo assim, verifica-se a importância da Teoria *Queer* a fim de compreender a complexidade contemporânea, com a supressão de modelos totalizadores e posterior criação de campos de diálogo para ruptura com a cultura homofóbica e transfóbica, diante de diversos tipos de violência contra essa população tão marginalizada.

A Teoria *Queer* foi elaborada como forma de repensar novas e antigas perspectivas da construção social dos mecanismos que levam a discriminação e o preconceito com as identidades transgênero, e na tentativa de problematizar a desnaturalização das questões que envolvem os sexos biológicos. (MISKOLCI, 2011, p. 47).

Referida teoria emergiu nos Estados Unidos, durante os anos 1980 a partir do encontro entre uma vertente dos estudos culturais, o pós-estruturalismo francês, e o feminismo de “terceira onda”. Em 1990 a denominação Teoria *Queer* foi usada pela primeira vez por Teresa de Lauretis para contrastar o empreendimento analítico que um conjunto de pesquisadores desenvolvia em oposição crítica aos estudos sociológicos sobre minorias sexuais e de gênero (MISKOLCI, 2011, p. 48).

*Queer* é uma palavra da língua inglesa, cujo sentido original é ‘estanho’, ‘esquisito’. O termo foi usado como forma de ofensa e discriminação com as pessoas consideradas diferentes dos padrões normativos relacionados ao binarismo sexual, atualmente a palavra ganhou sentidos positivos junto com o debate da desnaturalização das identidades sexuais e de gênero e contribui para entender as formas de organização das identidades e, também, a noção de diferença (MISKOLCI, 2011, p. 48).

A Teoria *Queer* se opõe as perspectivas excludentes e lida com o gênero como algo cultural. Considera que o masculino e o feminino presente em homens e mulheres, de forma que cada pessoa tem características que podem se qualificar como masculinas ou femininas, independente do sexo biológico (MISKOLCI, 2011, p. 48).

No Brasil, a incorporação da Teoria *Queer* se iniciou no final da década de 1990 na área dos estudos de gênero e sexualidade. O marco de sua recepção pode ser estabelecido em 2001, quando Guacira Lopes Louro publicou, na Revista Estudos Feministas, o artigo “Teoria *Queer*: uma política pós-identitária para a educação”.

A partir da ótica da Teoria *Queer*, de contestação a qualquer padrão normatizador, as pessoas que fogem ao padrão heteronormativo não são inteligíveis para os padrões hegemônicos de gênero fundamentados no binarismo e se tornam alvo de preconceito e/ou discriminação em função da sua identidade de gênero, prática esta denominada de transfobia e que não deve ser confundida com a homofobia (BENTO, 2008).

Pessoas transgênero são alvo de preconceito, não atendimento de direitos fundamentais e de exclusão estrutural, que se manifesta na dificuldade de acesso à educação, mercado de trabalho qualificado e até uso de banheiros, além de sofrerem violências variadas, ameaças, agressões e homicídios (JESUS, 2013).

Na medida em que *queer* sinaliza para o estranho, para a contestação, para o que está fora-do-centro, seria incoerente supor que a teoria se reduzisse a uma ‘aplicação’ ou a uma extensão de ideias fundadoras, razão pela qual, ao utilizar o termo *queer*, o fazem em um uso próprio e transgressivo das proposições das quais se utilizam, geralmente para desarranjar e subverter noções e expectativas. Butler afirma que as sociedades constroem normas que

regulam e materializam o gênero dos sujeitos e que essas “normas regulatórias” precisam ser constantemente repetidas e reiteradas para que tal materialização se concretize. Contudo, ela acentua que “os corpos não se conformam, nunca, completamente, às normas pelas quais sua materialização é imposta” (BUTLER, 1999, p. 54).

Jordan Woods argumenta que existem poucos dados sobre a experiência das pessoas LGBT com o crime, suscitando assim a necessidade de que a criminologia investigue a diversidade das circunstâncias sob as quais as pessoas *queer* experenciam - e também cometem - os crimes. Além disso, verificou-se que há pouco ou nenhum compromisso com o estudo da orientação sexual e da identidade de gênero (WOODS, 2014).

Ao ter uma estrutura que subjetiva e oprime a comunidade *queer*, na qual a punitividade se encontra em vários aspectos da vida social destes, desde a limitação de seus direitos até a marginalização sofrida em âmbitos institucionais, paulatinamente vem sendo atacada pelas críticas da teoria *queer*. Neste sentido, Richard Miskolci assevera:

O que hoje chamamos de *queer*, em termos tanto políticos quanto teóricos, surgiu como um impulso crítico em relação à ordem sexual contemporânea, possivelmente associado à contracultura e às demandas daqueles que, na década de 1960, eram chamados de novos movimentos sociais (MISKOLCI, 2012, p. 21).

Desse modo, considerando que a população LGBT é formada por uma diversidade de sujeitos, cujas experiências com a vitimização ou cometimento de crimes variam enormemente, suscita-se a importância que os estudos da teoria *queer* abrem para um diálogo entre novos sujeitos criminológicos, numa relação interdisciplinar com a criminologia ao inserir raça, classe, idade, religião, gênero e orientação sexual nas críticas de uma criminologia que poderia ser denominada de criminologia *queer*.

Portanto, para a criminologia abarcar essa nova abordagem, segundo Salo de Carvalho, é preciso que a mesma abdique dos modelos totalizadores “representados pelas grandes narrativas sobre o crime, o criminoso, os processos de criminalização e os mecanismos de controle social” (CARVALHO, 2012, p. 163). Segundo o autor, é possível a criminologia dialogar com uma vasta gama de orientações distintas para compreender as convergências da cultura na vida contemporânea, não havendo uma contradição insuperável entre a criminologia crítica e as teorias feministas e *queer*. Desse modo, “a criminologia cultural deveria, pois, compreender a criminologia *queer*, de forma a explorar com profundidade as políticas culturais de controle e de criminalização para além do reducionismo biológico” (CARVALHO, 2012, p. 164).

Sendo assim, verifica-se a importância de gerar uma Criminologia *Queer* em nosso país disposta a compreender a complexidade do contemporâneo, abdicando de modelos totalizadores e criando campos de diálogo para ruptura com a cultura homofóbica, geradora de diversos tipos de violência contra essa população tão marginalizada em nosso país.

Além do aumento dos crimes de ódios contra a população LGBT, aqui, em particular, as transexuais, têm-se o crescimento desse público nos contextos de privação de liberdade. Dados da Secretaria de Administração Penitenciária de São Paulo informam que só neste estado existem 431 mulheres trans e 19 travestis em privação de liberdade (ZAMBONI, 2016, p. 15).

Neste local, práticas comuns de transfobia se manifestam em: “Dormir de cabelo comprido e acordar de cabelo raspado”, “Ser obrigada a agir como mulas para o tráfico”, “Ser obrigada a esconder entorpecentes em cavidades do corpo”, “Estupros coletivos”, “Agressões corporais”, essas são apenas algumas situações transfóbicas vivenciadas por mulheres trans e travestis no contexto de privação de liberdade.

É preciso olhar e enxergar as pessoas transexuais e travestis a partir de óticas, que não aquelas nas quais estão constituídos os saberes científicos do mundo ocidental, sendo necessário localizar os saberes em campos outrora negados e subjugados, é preciso (trans)formar a realidade de centenas de travestis e mulheres transexuais que vivem no cárcere a maximização das violações sofridas fora dele.

Ainda, é possível identificar que esta parcela da população carcerária vivencia aquilo que Judith Butler aponta como abjeção. Os corpos marcados pela necessidade de reconhecimento identitário contrastam com a realidade do sistema prisional, levantando questionamentos e atritos. Os sujeitos egressos neste sistema já são vistos como a escória da sociedade, “o lixo” que nós produzimos, mas do qual nos anulamos de qualquer responsabilidade. Quando se associam a estes estereótipos os de identidade de gênero, a invisibilidade se amplia. As travestis e transexuais que já recebem da sociedade as periferias, as noites e os guetos, como únicos espaços de existência, recebem no cárcere uma enxurrada de novos desafios. Desafios esses que ocorrem nas experiências diárias e vão desde os apelidos ao assédio, perpassando por situações de violência, que chegam a se amplificar em momentos de maior conflito.

Evidente que possuímos um sistema carcerário que defende o modelo binário, importando-se mais com o sexo, que divide homens e mulheres, do que com o gênero, mitigando os direitos das transexuais e infringindo a dignidade dessa classe. Para além, são poucos os estados brasileiros que detêm uma política dentro das instituições de

cumprimento da pena, sendo o sistema prisional marcado pela invisibilidade, bem como desconhecimento pela sociedade, razão pela qual torna-se necessário colocarmos em prática a humanização dos direitos dentro deste sistema (BEZERRA, 2017, p. 40).

### **3.2 Tratamento prisional *versus* questões de gênero: Panorama sobre o encarceramento da população transexual e travesti**

A existência do sistema penal se justifica na medida em que, previamente a ele, existe a vida em sociedade, uma determinada ordem social e, a punição para aqueles que desrespeitarem as normas de conduta prescritas. Portanto, é nesse cenário que a pena encontra sua razão de ser e, é a partir dele que a pena terá, conforme cada contexto histórico, funções, fins e justificativas distintas.

Ao analisar a pena, que detinha natureza retribucionista, ou seja, o mal ocasionado através do delito era retribuído com outro mal que era exatamente pena, cedeu espaço para uma concepção onde, em tese, há uma preocupação com o condenado. Assim, o poder de punir do Estado se limita a observância dos princípios e garantias fundamentais, bem como se expande para além do mero castigo, devendo preocupar com a ressocialização dos indivíduos.

Nesse contexto de seletividade e eliminação de certos sujeitos da sociedade pelo sistema penal insere-se, inclusive, a identidade e os gêneros fora do padrão de “normalidade”, uma vez que integram um grupo socialmente vulnerável, principalmente quando aliados a fatores de classe social e raça, por exemplo. Assim, a junção dessas vulnerabilidades torna esses indivíduos mais propensos a ser alvo do sistema penal.

Considerando que transexuais e travestis são cotidianamente rechaçadas do convívio familiar, bem como do meio acadêmico e do mercado formal de trabalho, restando-lhes frequentemente a prostituição como mecanismo de sobrevivência, tem-se que os corpos são socialmente criminalizados. Tem-se uma sociedade e um cenário excludente, que cria um ciclo para servir às estruturas de poder dominantes, haja vista que os menos afortunados serão os mesmos que não terão acesso a uma educação de qualidade, bem como os que receberão os menores salários, tais fatores atrelados a questões de raça, por exemplo, etiquetará esses sujeitos como aptos a integrar o sistema penal e, é justamente através dessa perspectiva que grupos determinados irão massivamente ocupar o cárcere.

O sistema que cria direitos a serem assegurados aos indivíduos, portanto, é o mesmo que produz condições favoráveis que os empurra para o cárcere, assim, seletividade,

segregação e violação de direitos são estruturas que compõem o atual cenário do sistema penal brasileiro.

Para além, seguindo esse cenário segregacionista, o direito penal adota a heteronormatividade e o binarismo sexual como ponto de partida para o encarceramento. Assim, o que se leva em consideração não ultrapassa a seara do sexo biológico dos indivíduos, desconsiderando suas respectivas identidades de gênero.

É justamente nesse momento, como em tantos outros, que a percepção do indivíduo sobre si mesmo é desconsiderada em detrimento de questões tidas como naturais, biológicas e, portanto, corretas.

O tratamento penal conferido às Travestis e Transexuais é um desafio para o processo democrático e jurídico, já que o sistema carcerário irá engendrar a lógica presente na sociedade: a heteronormatividade e o binarismo sexual, sendo estas premissas quase inquestionáveis perante o Estado. Portanto, indivíduos que fogem às “normalidades” impostas não são recepcionados pelo ordenamento jurídico (SILVA; ARCELO, 2016, p.33).

Nessa circunstância, mais prisões são edificadas e mais corpos indesejáveis são legitimamente amontoados nesses espaços, essa superpopulação tem, no atual retrato social, o poder de evidenciar como diversos direitos que compõem o ordenamento jurídico pátrio são extremamente violados, considerando as condições nas quais as prisões brasileiras se encontram, trata-se, assim, de verdadeira contradição entre a realidade e os postulados jurídicos.

De acordo com pesquisa realizada pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), a população carcerária atingiu a marca de 773.151 mil detentos em 2019, esse número se mostra oito vezes maior do que os 90 mil reeducandos levantados em 1990, significando que em vinte e nove anos, a população carcerária cresceu em mais de 600 mil reeducandos. Desta forma e baseando-se nesses dados, o Brasil é considerado o terceiro país com a maior população carcerária do mundo, ficando atrás apenas dos Estados Unidos, que ocupa o primeiro lugar, seguidos da China, em segundo lugar (INFOPEN, 2019).

Os dados levantados pelo estudo “Sistema Prisional em Números” e divulgado pela comissão do Ministério Público, atestam que em 2019 as penitenciárias apresentavam uma superlotação de 166%, haja vista o quantitativo de 729.949 presos e uma existência de apenas 437.912 vagas (CNMP, 2019).

A superlotação carcerária produz reflexos negativos e diretos na qualidade de cumprimento da pena, no tratamento destinado aos aprisionados e no caráter reeducativo da pena. Contudo, a superlotação não é fato novo, bem como não o são as péssimas condições do

cumprimento da pena, que sempre estiveram presentes no sistema prisional no Brasil, conforme menciona Roberto Delmanto:

Em trabalho elaborado a pedido do Instituto Max Plank, da American Watch, que, em 1989, já consignava: os “presos brasileiros estão frequentemente apinhados em celas pequenas, escuras, úmidas e sujas, construídas para comportar a metade, um terço ou ainda menor número de detentos do que efetivamente estão nelas confinados. As celas estão infestadas de ratos e baratas, e em muitos locais os detentos geralmente não têm nada para fazer o dia todo exceto jogar baralho ou abusar uns dos outros. Eles dormem com toalhas ou lençóis sobre o chão de concreto úmido (DELMANTO, 2016, p. 204).

As acomodações são precárias, o espaço é insuficiente para que todos tenham um mínimo de conforto ao repousar. Em algumas situações, os detentos precisam dormir no concreto puro, e por vezes, tão pouco de beliches no espaço que lhes é destinado. Ainda, há situações em que os detentos não conseguem se locomover porque não há capacidade física para tanto. Neste sentido, Rogério Greco afirma:

Como se percebe sem muito esforço, essa é uma das regras mais desrespeitadas pelo sistema prisional. Nas cadeias e presídios superlotados, os presos são jogados nas celas como se fossem animais. O espaço interno é disputado com violência. Os mais fracos ocupam os piores lugares. Muitas vezes, não têm aonde dormir. Celas que comportariam, coletivamente, até 4 presos, abrigam, muitas vezes, 20 ou mais pessoas (GRECO, 2015, p. 159).

No Brasil, além dos problemas que acometem a todos os presidiários como os da superlotação das celas, falta de estrutura e recursos destinados ao sistema penitenciário, falta de acompanhamento da execução da pena e de estrutura para ressocialização dos apenados, existe ainda o tratamento dado às pessoas transexuais e seu convívio em locais incompatíveis com a identidade de gênero, que resultam em constantes humilhações, torturas praticadas pelos próprios agentes públicos, abusos sexuais, exposição da intimidade a uma população diferente de sua identidade gênero, proibição de tratamentos hormonais, entre outros.

A privação da liberdade para travestis e transexuais é mais que um ambiente para cumprimento de uma sanção ou de uma pena, haja vista que, infelizmente, se transforma em um local violências constantes referentes à integridade sexual, física, psicológica, entre outras, gerando consequências significativas para a vida do indivíduo.

Há alguns anos, casos de violência contra essas pessoas nas penitenciárias vem tomando proporções juridicamente. Na Inglaterra, em outubro de 2015, após manifestações e milhares de assinaturas, a detenta Tara Hudson foi removida de um presídio masculino para um feminino. O caso sensibilizou juízes, que passaram a levar em consideração o gênero pelo qual a presidiária se identificava e não o que constava em seu registro civil (CARDOSO, 2017).

Notoriamente são diversos os casos em que travestis e transexuais sofrem violações de direitos humanos dentro do presídio, contudo, pouco são os questionamentos sobre adaptação dos encarcerados, bem como sobre as dificuldades que encontram nos ambientes prisionais incompatíveis com sua identidade de gênero.

Se para mulheres transexuais há dificuldades e violações de seus direitos por se identificarem psicologicamente e socialmente como mulheres, possuindo, portanto, características secundárias femininas, para homens transexuais também não seria diferente quando alocadas em locais incompatíveis com sua identidade psicossocial, uma vez que essa incompatibilidade acaba por afrontar gravemente a sua identidade de gênero.

Habitualmente as pessoas não se importam com a violação da dignidade das pessoas humana no cárcere, sob a justificativa e fundamento de que aqueles que transgridam a lei devem pagar de certa forma por isso. Entretanto, não analisam as condições em que os infratores são submetidos, que sem dúvida alguma perpassa da punição condizente com a repressão do ato praticado. Para além, a existência de direitos e garantias positivadas mostram-se irrelevantes considerando a dinâmica do sistema carcerário, com um consenso de demonização por parte da sociedade e dos órgãos públicos em detrimentos às pessoas que se encontram aprisionadas.

Conforme explica Gilberto Giacóia, ao serem inseridos dentro do cárcere, algumas mudanças ocorrem na vida dos reclusos, haja vista que deixam de existir como as pessoas que eram e adotam uma nova personalidade, com novos padrões comportamentais:

A ruptura de laços familiares e outros vínculos humanos, a convivência promíscua e anormal da prisão, as drogas exercem um efeito devastador sobre a personalidade do preso, reforçando desvalores, criando e agravando distúrbios de conduta. Estar preso não é somente perder o direito à liberdade, portanto. Os efeitos colaterais ou acessórios da restrição da liberdade são, às vezes, muito mais graves que a própria pena, especialmente quando as causas daninhas são transferidas a terceiros (GIACÓIA, 1996, p. 242).

Ademais, a restrição da liberdade do indivíduo gera a exclusão social, vez que não há a preocupação com as questões que envolvem o crime e a criminalidade, mas apenas de deletar o agente infrator do meio social. Não raras vezes os detentos sofrem com ansiedade, depressão, transtornos de identidade, dentre outras doenças psicológicas e psiquiátricas, em razão do aprisionamento. Com isso, a dissociação de uma personalidade pré-existente, como pessoa, como ser humano, passa para o enquadramento do indivíduo como criminoso (COSTA, 2018, p. 51).

O cenário geral para aqueles que se submeteram a uma busca no mercado de trabalho é dificultado pelo preconceito de serem presidiários (ou ex-presidiários), existe um consenso

geral da população em enxergar aqueles indivíduos com comportamento desviante, que transgridem a lei, como inimigos e queiram que sejam excluídos do seu meio social (CARVALHO; VETTORE, 2016, p. 4).

Todos os sofrimentos, violações, exclusões e preconceito que se passam dentro do cárcere, somados a falta de resolução do problema do crime e da criminalidade com a devida ressocialização do egresso, levam os transgêneros e travestis de volta ao ambiente vulnerável do qual vieram, o que não significa que voltarão a delinquir, mas sim que ao retomar ao convívio social, se encontram duplamente marginalizadas, sem muitas opções de uma vida digna.

Há uma necessidade de se destinar o grupo trans a locais adequados, celas apropriadas e separadas por gênero, possibilitando uma maior proteção à integridade física e psicológica desses, havendo ainda uma carência significativa de instruções entre juízes sobre os aspectos sociais da população trans, assim é comum observar que preconceitos, estereótipos e senso comum são classificados como agentes ainda atuantes nas aplicações das leis penais.

Segundo o relatório produzido pelo Centro para o Progresso Americano (ITTC, 2017), uma pessoa transexual ou travesti tem quinze vezes mais chances de sofrer violência sexual dentro do cárcere do que uma pessoa heterossexual e/ou cisgênera (pessoas cujo gênero é o mesmo que o designado em seu nascimento).

Atualmente, existem algumas práticas utilizadas nos presídios em tentativa de melhorar o atendimento as pessoas LGBTI, como a estipulação de alas específicas ou manter as trans em lugar seguro, conforme será pautada no próximo tópico, com análise das atuais práticas em relação á população transgênera no cárcere.

Por fim, a Resolução Conjunta nº 01 do Conselho Nacional de Combate à Discriminação, prevê em seu artigo 4º que as pessoas transexuais devem ser separadas e levadas as unidades penitenciárias conforme a escolha do gênero, feminino e masculino. Também é assegurada por essa resolução o tratamento isonômico entre as mulheres cisgêneras e trans em privação da liberdade. (BRASIL, 2014). Complementando o entendimento de tal resolução, o STF determinou que devem ser tutelados as garantias individuais de todos os indivíduos, assegurando aos presos trans a integridade física e moral, bem como a individualização da pena, conforme o crime, idade e gênero do preso.

No entanto, essas manifestações de políticas públicas estatais ainda são ínfimas diante do contingente de presos no decadente sistema penitenciário brasileiro, o qual promove, cotidianamente, o não-lugar das minorias transexuais. É necessária uma discussão sobre a realidade ainda vivida por esse grupo, haja vista que sofrem violências, ainda que silenciosas,

devendo se colocar em voga o referido assunto, alarmando e questionando as atuações das autoridades e evidenciando que ainda se trata de um problema não resolvido.



## 4. ANÁLISE DAS PRÁTICAS ATUAIS

### 4.1 Resolução Conjunta nº 01, de 15 de abril de 2014

A violência contra homossexuais, travestis e transexuais é recorrente, razão pela qual surge uma preocupação com o bem-estar físico, psíquico e sexual desses indivíduos, mesmo após sua inserção no sistema carcerário. Entretanto, referida preocupação com tais grupos específicos não deveria existir, ao considerar que trata-se de espaço coordenado pelo Estado, aquele garantidor dos direitos fundamentais do indivíduo, e desta, teoricamente, deveria conceder condições de segurança a todos e todas.

Nessa perspectiva, percebe-se que “estar preso em um ambiente exclusivamente masculino onde a violência é acentuada e ainda assim buscar sua constituição como sujeito e sua relação com o corpo é o desafio que marca o rosto de cada uma das travestis, transexuais, gays e companheiros” (GUADAGNIN, 2013, p. 5).

Desta forma, fez-se necessário que o poder público tomasse medidas quanto à população LGBT (lésbicas, gays, bissexuais e transexuais) - não somente as transexuais e os travestis - no que tange o encarceramento dos indivíduos em questão no regime de pena privativa de liberdade.

Neste sentido, relativamente às condições de vida de gays, travestis e transexuais em situação de privação de liberdade, a mais importante destas normas protetivas foi a Resolução Conjunta nº 01, de 15 de abril de 2014, do Conselho Nacional de Combate à Discriminação de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (CNCD/LGBT) e o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP).

A referida Resolução reafirma os parâmetros para o acolhimento e respeito à dignidade dos indivíduos da comunidade LGBT que possuem uma identidade de gênero divergente da heteronormatizada pela sociedade, estabelecendo critérios para o acolhimento no sistema penitenciário brasileiro, bem como contendo direcionamentos de combate a tortura, a discriminação, a violação da dignidade da pessoa humana para com a comunidade, positivando direitos, com o objetivo de um tratamento mais humanitário dentro do cárcere. (BRASIL, 2014a).

Em decorrência das violações aos direitos humanos, além do dilaceramento do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, tal resolução preconiza que esse grupo de pessoas tenham direito a local de convivência específico, levando em consideração a

sua segurança e especial vulnerabilidade, e que o uso de roupas masculinas ou femininas seja facultativo para pessoas transexuais (BRASIL, 2014a).

Um dos objetivos precípuos da Resolução Conjunta de nº 01 de 2014, é garantir melhores condições de tratamento ao LGBT, trazendo mais conforto físico e psicológico para aqueles que são/eram menosprezados e tratados de forma exclusiva nas unidades prisionais. Um dos parâmetros a seguir descritos na resolução concerne ao tipo de espaço especial onde o apenado LGBT deve cumprir sua pena, de modo que, seja privado de violência dos demais apenados e ainda a resolução se aplica ao convívio com agentes penitenciários e outros servidores das unidades prisionais.

Entretanto, no momento em que as autoridades e os órgãos públicos não podem garantir a proteção do grupo de pessoas LGBT's presas, especialmente das pessoas transexuais, deve haver a busca por alternativas com o objetivo de evitar o isolamento e marginalização desses indivíduos, seja no momento da sentença, ao se definir a alocação até o momento das inspeções das condições prisionais.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) notadamente pugnou por uma “abordagem diferenciada” com respeito a pessoas que pertencem a um grupo sob um risco particular, como pessoas LGBTI e isso significa “considerar as vulnerabilidades particulares e fatores que podem aumentar o risco de atos de violência e discriminação em contextos de prisão provisória” e “reduzir a sujeição à prisão provisória por meio da priorização de medidas alternativas (GUIA DE MONITORAMENTO, 2018).

Em suma, a resolução garantiu, ao menos no plano legal, o respeito ao nome social, a criação de alas LGBT+, tratamento isonômico ao dado as mulheres em presídios femininos as mulheres trans e travestis, o direito de mulheres transgêneros que se submeteram a cirurgia de redesignação sexual serem destinadas a presídios femininos, atendimento integral a saúde, inclusive a tratamento hormonal para transexuais e travestis, acesso a formação educacional e profissional, garantia da igualdade e da não discriminação por gênero ou identidade, benefício do auxílio reclusão para os dependentes do apenado, até mesmo o cônjuge ou companheiro do mesmo sexo (BRASIL, 2014a).

Imperiosa se torna uma análise dos principais dispositivos da legislação. Inicialmente, em seu artigo 1º o instrumento normativo dispõe já em seu caput a finalidade da Resolução e no parágrafo único se incumbe de destrinchar a quem se direciona tais parâmetros de acolhimento, conceituando os segmentos LGBT, assim dispondo:

Art. 1º Estabelecer os parâmetros de acolhimento de LGBT em privação de liberdade no Brasil. Parágrafo único. Para efeitos desta Resolução, entende-se LGBT

a população composta por lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, considerando-se:

I – Lésbicas: denominação específica para mulheres que se relacionam afetiva e sexualmente com outras mulheres;

II – Gays: denominação específica para homens que se relacionam afetiva e sexualmente com outros homens;

III – Bissexuais: pessoas que se relacionam afetiva e sexualmente com ambos os sexos;

IV – Travestis: pessoas que pertencem ao sexo masculino na dimensão fisiológica, mas que socialmente se apresentam no gênero feminino, sem rejeitar o sexo biológico e;

V – Transexuais: pessoas que são psicologicamente de um sexo e anatomicamente de outro, rejeitando o próprio órgão sexual biológico (BRASIL, 2014).

A população transgênera faz uma ruptura ao sistema binário que insiste em relacionar genitália à questão de gênero, e que ignora as mais variadas possibilidades de se vivenciar os corpos fora do padrão heteronormativo. Entretanto, essa ruptura não significa uma quebra das normas pré-estabelecidas ou biológicas, mas essencialmente uma tentativa de readequação dos espaços socialmente construídos com o objetivo de proporcionar um ambiente pacífico às diversas consequências trazidos pelo gênero e identidade. Neste sentido,

Desconstruir a polaridade rígida dos gêneros, então, significaria problematizar tanto a oposição entre eles quanto a unidade interna de cada um. Implicaria observar que o polo masculino contém o feminino (de modo desviado, postergado, reprimido) e vice-versa; implicaria também perceber que cada um desses pólos é internamente fragmentado e dividido (afinal não existe a mulher, mas várias e diferentes mulheres que não são idênticas entre si, que podem ou não ser solidárias, cúmplices ou opositoras) (LOURO, 1997, p. 31-32).

Ainda, no seu artigo 2º da Resolução, com o objetivo de inibir os episódios de discriminação, abuso e constrangimentos contra indivíduos que possuem sua orientação sexual diversa ou gênero incompatível com seu sexo biológico, permite à essas pessoas disporem de seu nome social, conferindo-lhe dignidade e expressão no ambiente prisional.

Art. 2º A pessoa travesti ou transexual em privação de liberdade tem o direito de ser chamada pelo seu nome social, de acordo com o seu gênero. Parágrafo único. O registro de admissão no estabelecimento prisional deverá conter o nome social da pessoa presa (BRASIL, 2014).

A autora Berenice Bento manifesta-se no sentido de que a compreensão de sua individualidade, bem como a permissão para uso de roupas, acessórios e inclusive o nome que associe a pessoa ao que ela realmente se identifica é efetivar a compreensão de personalidade do sujeito, bem como garantir a dignidade do indivíduo preso.

Serem identificados/as publicamente pelo nome que os/as posiciona no gênero rejeitado era uma forma ressignificada de atualizar os insultos de “veado”, “sapatão”, “macho-fêmea”, que, ao longo de suas vidas, os/as haviam colocado à margem [...]. (BENTO, 2006, p. 57).

Indo além, o artigo 3º aponta a necessidade da separação entre os presos heteronormativos dos presos LGBT's, considerando a diversa gama de eventos que esses indivíduos são submetidos, atentando-se contra sua dignidade física, sexual e moral. Neste sentido, observa-se:

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 (BRASIL, 2014).

Exemplo emblemático sobre atentado à dignidade desses indivíduos é o da travesti Vitória Fortes, de 28 anos, condenada por tráfico de drogas em 2009. Enquanto estava no presídio masculino, Vitória começou a mutilar os próprios braços para chamar a atenção da diretoria do presídio. O relato de Vitória indica a gravidade da situação:

“[...] era obrigada a ter relação sexual com todos os homens das celas, em sequência. Todos eles rindo, zombando e batendo em mim. Era ameaçada de morte se contasse aos carcereiros. Cheguei a ser leiloada entre os presos. Umdeles me ‘vendeu’ em troca de 10 maços de cigarro, um suco e um pacote de biscoitos. [...] Fiquei calada até o dia em que não aguentei mais. Cheguei a sofrer 21 estupros em um dia. Peguei hepatite e sífilis. Achei que iria morrer. Sem falar que eu tinha de fazer faxina na cela e lavar a roupa de todos. Era a primeira a acordar e a última a dormir” (ESTADO DE MINAS, 2014).

O caso supramencionado foi um dos que motivou a criação da “ala LGBT” em Minas Gerais, o primeiro estado a ter uma área reservada para transexuais e travestis. A primeira ala foi criada em 2009, no presídio de São Joaquim de Bicas II, em Minas Gerais, e após dois anos, uma outra ala foi criada no presídio de Vespasiano, no mesmo estado. Após essas iniciativas, outros estados movimentaram-se quanto à criação de novas alas, dentre eles Bahia, Rio Grande do Sul, Mato Grosso e Paraíba.

Cumprе ressaltar que as alas específicas exclusivas para as pessoas transexuais e travestis são uma importante conquista, mas não são suficientes para a solução do problema da homofobia, da transfobia, do preconceito e da discriminação. Obviamente as alas colaborou para a diminuição das violências praticadas, considerando que antes de sua criação, eram incontáveis os relatos de violência sexual, física, psicológica e exploração laboral, entretanto, não é possível atestar e afirmar que as formas de violência se encerraram ao serem criadas as “alas LGBT”.

Uma nova proteção dada pela Resolução é a previsão do seu artigo 5º, considerando que se anteriormente a condição de transexual ou travesti estava relacionada e interligada à

discricionariedade da administração da unidade prisional, este artigo garante a liberdade de disposição do corpo a esses indivíduos, considerando tratar-se de elementos indissociáveis entre o desencontro do corpo físico e a subjetividade do sujeito, *in verbis*:

Art. 5º À pessoa travesti ou transexual em privação de liberdade serão facultados o uso de roupas femininas ou masculinas, conforme o gênero, e a manutenção de cabelos compridos, se o tiver, garantindo seus caracteres secundários de acordo com a sua identidade de gênero (BRASIL, 2014).

No que tange à garantia do direito constitucional de acesso à Saúde, a Resolução prevê em seu artigo 7º, uma conexão com o artigo 196 da Constituição Federal atrelado à esfera LGBT, destacando a atenção que deve ser dada às pessoas travestis e transexuais, bem como permitindo a manutenção e fornecimento do tratamento hormonal que conserve suas características de gênero.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988).

Art. 7º É garantida à população LGBT em situação de privação de liberdade a atenção integral à saúde, atendidos os parâmetros da Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais - LGBT e da Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional - PNAISP.

Parágrafo único – À pessoa travesti, mulher ou homem transexual em privação de liberdade, serão garantidos a manutenção do seu tratamento hormonal e o acompanhamento de saúde específico. (BRASIL, 2014).

Prosseguindo com o disposto na Resolução Conjunta, o artigo 8º trata de um assunto de extrema importância no âmbito prisional, considerando que ele traz a vedação de transferência do preso LGBT entre celas como medida punição ou justamente por sua condição de gênero. Leia-se o artigo mencionado:

Art. 8º A transferência compulsória entre celas e alas ou quaisquer outros castigos ou sanções em razão da condição de pessoa LGBT são considerados tratamentos desumanos e degradantes (BRASIL, 2014).

Observa-se que ao abordar o tema tratamentos desumanos e degradantes, o legislador sinaliza à atenção que deve ser depositada pelo Estado na fiscalização de eventos e práticas que atentem contra a integridade física, sexual ou moral do apenado. Neste sentido, o Pacto de São José da Costa Rica, tendo o Brasil como signatário, disserta acerca da incolumidade do preso, assim dispondo:

Artigo 5 – Direito a Integridade Pessoal Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de

liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano. (COSTA RICA, 1969).

Por fim, em análise a mais um artigo relevante proposto pela Resolução, tem-se a previsão abordada no artigo 11, que se desdobra em estender à população carcerária LGBT o benefício do auxílio-reclusão, sendo abrangidos em condições equânimes os dependentes do segurado preso, *in verbis*:

Art. 11. Será garantido à pessoa LGBT, em igualdade de condições, o benefício do auxílio-reclusão aos dependentes do segurado recluso, inclusive ao cônjuge ou companheiro do mesmo sexo (BRASIL, 2014).

Portanto, após detida análise dos artigos mais expressivos trazidos pela resolução, notoriamente há entendimento que ela foi benéfica ao grupo de indivíduos pertencentes à população LGBT, considerando que entre outras medidas, elenca a necessidade de manifestação da vontade da pessoa quanto ao tipo de estabelecimento para o qual será destinada, o direito de ser tratada pelo nome social (art. 2º) e, principalmente, o encaminhamento das pessoas transexuais masculinas e femininas para unidades prisionais femininas, com direito ao mesmo tratamento que o das demais mulheres privadas da liberdade (art. 4º).

Ademais, tem-se também a garantia à pessoa travesti ou transexual o uso de roupas femininas ou masculinas, conforme o gênero, a manutenção de cabelos compridos (art. 5º), o uso do tratamento hormonal (art. 7º), a vedação de transferência como forma de punição (art. 8º) e ao auxílio-reclusão (art. 11).

Contudo, infelizmente ainda não há uma aplicabilidade integral da resolução, haja vista que ao ingressar o sistema carcerário, é realizada uma análise do sexo biológico e não observada a identidade de gênero do indivíduo punido. Por este motivo levou-se a observância da invisibilidade da reabilitação ocorrida por tais indivíduos, que mesmo dispondo de diversas legislações concernentes ao tema ainda se veem a margem de um resguardo do Estado no que se diz a garantia e efetividade das mesmas.

Por derradeiro, é necessário a implantação de uma estrutura e de uma cultura favorável aos Direitos Humanos em todo o sistema penitenciário brasileiro, como forma de resgatar a dignidade humana e a decência humana da sociedade brasileira, que não pode continuar conivente com essa situação.

#### **4.2 Resolução nº 348, de 13 de outubro de 2020**

O retrato do sistema prisional brasileiro é composto de fatos que revelam total desrespeito aos direitos humanos. Especificamente para os indivíduos transgêneros, a situação é bem mais ameaçadora, principalmente pelo fato de possuírem apenas a sobra do sistema prisional masculino: velhos presídios que não podem mais ser utilizados para abrigar os homens infratores passam a serem destinados às mulheres, assim como, os recursos enviados para o sistema prisional são encaminhados prioritariamente para os presídios masculinos.

Em que pese às diversas violações aos direitos, bem como o desrespeito à dignidade da pessoa humana das trans e travestis que ocorrem frequentemente dentro e fora do cárcere, ainda há indivíduos que afirmam e entender não ser correto atribuir essa culpa somente à ausência de efetivação do Estado, haja vista que foram editados decretos, leis e resoluções, a fim de se garantir e postular o mínimo de direitos a essas pessoas. Entretanto, o que temos aqui é a negação ao outro, com conflitos entre indivíduos que são vulneráveis e a sociedade, não permitindo a esses, comportamentos de liberdade, pautadas por sua identidade, marcadas, portanto, por relações conflituosas entre eles e os agentes sociais.

A exemplo da vulnerabilidade enfrentada no cárcere foi um caso em 2015, no Ceará, onde uma transexual foi levada à audiência de custódia, ocasião em que, com marcas de espancamento, chorando e vomitando, ela relatou que não queria voltar à prisão, e, se isso acontecesse, ela cometeria suicídio. O motivo relatado por ela foi que passou 20 dias presa na Penitenciária masculina de Caucaia, sendo espancada e estuprada por quatro detentos. Durante a audiência de custódia, um dos presos disse ao juiz que ouviu os gritos da transexual durante a noite pedindo socorro (ROMÃO, 2016).

Para além, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 348, de 13 de outubro de 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.

O objetivo da Resolução é promover e assegurar os direitos fundamentais da população LGBTI submetida à investigação criminal e ao processo penal, bem como mitigar a elevada vulnerabilidade enfrentada por este grupo.

Conforme definido pela norma, caberá aos juízes de execução penal avaliar a possibilidade dos presos cumprirem pena em locais adequados ao gênero autodeclarado, devendo o magistrado reconhecer a pessoa como parte da população LGBTI a partir de uma autodeclaração, ou seja, uma vez que a pessoa se identifique e declare seu gênero, o juiz vai

informar, em linguagem acessível, os direitos garantidos pela resolução, podendo ocorrer em qualquer fase processual.

Ainda, segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), o Conselho Nacional de Justiça declara que no Brasil, apenas 3% das unidades prisionais, ou seja, um quantitativo de 36 presídios possuem alas especiais destinadas ao público LGBTI.

Para além, a sociedade se coloca completamente a parte dessa realidade, a população transgênera continua em uma situação de invisibilidade, inclusive por parte do Estado, que é extremamente moroso, e quando entram no cárcere a sua Identidade de Gênero não é reconhecida, ao invés disso são submetidas a violências extremas. E no fim, a consequência são pessoas que sofrem com discriminação em todos os setores de uma sociedade e, a tendência é não conseguirem se reintegrar no meio social, se é que um dia elas já foram integradas.

Desta forma, e necessário que haja mudanças nesse cenário é a conscientização da sociedade e, principalmente, daqueles que tem como função representar o Estado nos estabelecimentos penais, bem como daqueles que já estão inseridos no sistema.

#### **4.3 Reintegração social da população transgênera? Análise frente à luz da Lei de Execução Penal (nº 7.210/84)**

Diante dos graves problemas carcerários enfrentados atualmente no Brasil, é necessário que o poder público repense e reformule a política da execução penal aplicada hoje. Tal política possui o condão de privilegiar o encarceramento em massa, com construção de novos presídios, criação de mais vagas em detrimento à outras políticas que poderiam ser efetivas.

Conforme previsto na Lei de Execução Penal, além do caráter retributivo, a sanção penal deve ter como função “reeducar”, e proporcionar condições para a “harmônica integração social do condenado ou do internado” (BRASIL, 1984).

As instituições penitenciárias procuram executar um conjunto de atividades definidas como parte da reintegração social dos apenados, conforme previsão expressa na Lei de Execução Penal. Entretanto, as assistências destinadas aos apenados, são por vezes ínfimas, sendo justificada pela atribuição legal, bem como para manutenção da imagem sobre a temática ressocializadora, ignorando a realidade na execução penal.

Esses indivíduos, além de terem perdido o direito à liberdade, perderam outros direitos fundamentais, sem oportunidades de vivenciar um processo de ressocialização, como prevê a

Lei de Execução Penal (LEP) em seu Art. 1º: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (BRASIL, 1984).

Diante disso, a reintegração de retirados do convívio social é tão complexa, que esbarram em mais um contratempo: não são todos os empregadores que gostariam de ter reintegrados compondo o quadro de trabalhadores. Existe a crença de que o indivíduo cumprindo a pena nos presídios estará isento de cometer infrações fora dos portões, convicção esta errônea, pois privar o sujeito da liberdade não o impede de continuar na marginalidade (VAZ, 2016).

Nessa perspectiva, a reintegração social pode ser definida como o movimento de procura de todas as formas e oportunidades legais com o objetivo de colaborar com a adequação ideal ao retorno do preso ao convívio em sociedade. Observando a sua liberdade de escolha e sua personalidade (FELBERG, 2015, p.72).

A Lei de Execução Penal, em seu art. 4º, ressalta que a participação da sociedade auxiliando o Estado nesse processo de reintegração é de suma importância, uma vez que a reintegração social do egresso é benéfica tanto para ele, quanto para toda comunidade de forma geral.

Entretanto, quando o egresso é uma pessoa transgênera a questão da reintegração com o auxílio da sociedade torna-se ainda mais complicada, considerando que no último relatório de violência homofóbica do Brasil, levando em consideração que de 411 violações relacionadas a população LGBT's, apenas 239 denúncias foram realizadas, sendo mais da metade delas só de discriminação<sup>9</sup>.

Portanto, quando se trata de reintegração social, é necessária assistência efetiva do Estado e a colaboração da sociedade para poder alcançar a ressocialização do indivíduo, o que já bastante difícil de ser alcançado. Quando o egresso é uma pessoa transgênera, é perceptível que existem violações dos seus direitos tanto fora do cárcere quanto dentro, o que tornam impossível ou, ao menos, improvável a sua reintegração.

Por fim, é preciso haver um maior empenho na criação de regulamentações que tenham como objetivo a proteção dessa minoria e, além disso, essas normas e as já existentes devem transpor do papel para que tenham efetividade e consigam alcançar o fim a que são destinadas.

---

<sup>9</sup> BRASIL. Relatório sobre a violência homofóbica no Brasil, 2012, p. 64. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/noticias/2013/junho/numero-de-denuncias-de-violencia-homofobicacresceu-166-em-2012-diz-relatorio>> Acesso em: 05 dez. 2020.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Indubitavelmente, na história da sociedade, sempre houve determinados grupos de pessoas que, em razão de suas características, sucumbiram a uma suposta maioria, que não aceitavam condutas diferentes das postas pelo padrão de normalidade. Desta forma, com uma sociedade que não aceita o diferente, e não prioriza a inclusão daqueles indivíduos que se encontram marginalizados, essas minorias padecem em face à injustiça e cerceamento de direitos fundamentais.

A concepção de gênero para além da perspectiva socialmente construída (homem/mulher) é responsável por criar uma exclusão dos indivíduos dissidentes do padrão heteronormativo. Essa marginalização abrange todos os âmbitos sociais, uma vez que a própria estrutura social reitera o “não lugar” dessas pessoas.

Como dito, a diferenciação de gênero e a rotulação binária deste em masculino e feminino, apresentam traços políticos, sociais e culturais e vão muito além do contexto de similaridade com o sexo biológico.

Tal categorização, desde os primórdios, é alimentada pela repetição de ações que acaba por tornar hegemônico um padrão heteronormativo, bem como cisnormativo. Assim, percebe-se uma normalização em tratar o gênero como sinônimo de sexo e um desvio social em qualquer indício que fuja disso. Logo, torna-se a população transgênera um grupo vulnerável socialmente.

Em que pese existirem legislações que confere direitos e garantias sem qualquer distinção de indivíduos, notoriamente tem-se aqueles que se contrapõem à norma de gênero, tem suprimidos seus direitos básicos, inclusive a legitimidade da própria identidade de gênero, tal qual ocorre historicamente com as transexuais e travestis.

O sistema jurídico por meio de omissões e exclusões declaradas marginaliza os que não se enquadram dentro do padrão binário. Desconsiderar essa realidade é pactuar com as inúmeras violências a qual esse grupo é exposto diariamente. Não por coincidência o Brasil é o país que mais mata travestis e transexuais no mundo (TRANSGENDER EUROPE, 2017), bem como o que tem 90% da população de travestis e transexuais na prostituição (ANTRA, 2017). São corpos que já possuem determinados os lugares que devem /podem ocupar e isso é naturalizado socialmente.

A vida da população transgênera é pautada pela violência, realidade essa com origem antes mesmo de serem submetidas à prisão, contudo, considerando o recorte específico do

cárcere, a deslegitimação de sua identidade de gênero inaugura uma infinidade de hostilidades que as colocam, não raras às vezes na condição de subalternas.

Esse processo tem como ponto de partida a determinação da unidade prisional na qual cumprirão a pena privativa de liberdade. Com isso, apesar da Resolução Conjunta nº 1, de 2014, do Conselho Nacional de Justiça representar um avanço significativo ao versar especificadamente sobre os parâmetros de acolhimento de pessoas LGBT no momento do cárcere, há de se levar em consideração que o próprio conceito de travestis e transexuais, bem como a definição das unidades prisionais na qual cumprirão suas penas.

Dessa forma, embora o sistema penal ainda tenha dificuldades em estabelecer parâmetros que o torne capaz de lidar com as diferentes identidades de gênero, essa é uma questão que repercute em todo o ordenamento jurídico.

Contudo, os avanços nas discussões sobre esse tema não devem ser desconsiderados, pois ainda que tímidos e insuficientes representam a abertura para que se construa uma sociedade que respeite de fato os indivíduos em todos os aspectos.

Portanto, faz-se necessária a maneira de repensar o cárcere, em primeiro lugar porque a instituição como um todo se encontra falida, sem qualquer pretensão de cumprir aos fins para qual se destina. No mais, a sistemática binária prevista na Constituição, já não se adequa mais a realidade vivida, onde cada vez menos se tolera preconceitos, abusos e violências, contra quem quer que seja.

Por fim, torna-se necessário a promoção de políticas públicas que visem à justiça social, criando direitos, reconhecendo e respeitando a diversidade, a fim de garantir proteções e garantias fundamentais às pessoas transgêneras. Contudo, isso deve ser feito em atenção às demandas dos movimentos sociais e em constante diálogo com eles.

Caso contrário, há grande chance de que, baseadas em uma lógica binária e machista, as políticas acabem por multiplicar a violência existente, ao invés de reconhecer e promover direitos.

## REFERÊNCIAS

- BARROS. Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal: parte Geral**. Vol. 1. 2ª ed. São Paulo. Saraiva, 2001.
- BENTO, Berenice. **O que é transexualidade**. São Paulo: Brasiliense, 2008.
- BEZERRA, Beatriz Caroline. **As Dificuldades que os Transexuais Enfrentam nas Prisões**. Publicado em 2017. Disponível em <<http://repositorio.asc.es.edu.br/bitstream/123456789/836/1/Monografia%20Beatriz%20.pdf>>. Acesso em: 17 nov. de 2020.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BOMFIM, Patrick Thiago. **Discriminação e Preconceito: Identidade, cotidiano e religiosidade de travestis e transexuais**. In: Brasília. Tese de mestrado da Universidade Católica de Brasília. Disponível em: <<https://bdtd.ucb.br:8443/jspui/handle/123456789/1939>>. Acesso em 24 set. 2020.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em 07 out. 2020.
- BRASIL. **Relatório sobre a violência homofóbica no Brasil**, 2012, p. 64. Disponível em:<<http://www.sdh.gov.br/noticias/2013/junho/numero-de-denuncias-de-violencia-homofobicacresceu-166-em-2012-diz-relatorio>> Acesso em: 05 dez. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 4275/DF** – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Consultar Processo eletrônico. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2691371>>. Acesso em: 18 set 2020.
- BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos. **Relatório sobre Violência Homofóbica no Brasil: ano de 2012**. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Disponível em:<<http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/pdf/relatorio-violencia-homofobica-ano-2012>>. Acesso em: 02 nov. 2020.
- CANOTILHO, Gomes et al (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/almedina, 2013.
- CARAVACA-MORERA, Jaime Alonso; PADILHA, Maria Itayra. **Necropolítica Trans: diálogos sobre dispositivos de poder, morte e invisibilização na contemporaneidade**. Texto & Contexto - Enfermagem, Florianópolis, v. 27, n. 2, e3770017, 2018, p. 5-6. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S010407072018000200326&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010407072018000200326&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 03 nov. 2020.
- CARVALHO. Lucas; VETTORE. Rebeca. **Depois das Grades. A realidade dos presidiários em busca de uma nova chance na sociedade**. 1ª ed. São Paulo: Farol. 2016

COSTA, Larissa Aparecida. **A crise endêmica do sistema carcerário nacional: Traços do descaso institucional tendentes ao estado de coisas inconstitucional e o constitucionalismo cooperativo do STF**. Monografia de Pós Graduação. Presidente Prudente: 2018

CUNHA, M. C. F. **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?** Tradução: Marina Vargas, 2. ed. Rio de Janeiro, Difel, 2018.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto. **Código Penal Comentado**. 9ª Ed. Saraiva: São Paulo, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os Direitos LGBTI**. 6. ed. São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

DOTTI, Renê Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

EXPECTATIVA de vida de transexuais é de 35 anos, metade da média nacional. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/procuradoria/comum/expectativa-de-vida-de-transexuais-e-de-35-anos-metade-da-media-nacional>>. Acesso em: 19 nov. 2020.

FELBERG, Rodrigo. **A Reintegração Social dos Cidadãos-Egressos: Uma Nova Dimensão de Aplicabilidade às Ações Afirmativas**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 72

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal - a constituição penal**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

GIACOIA, Gilberto. **Retrospecto e perspectivas das estratégias repressivas sob enfoque criminológico**. Tese de Doutorado. São Paulo: 1996

GALVÃO, Patrícia. Judith Butler: **“O queer é uma aliança de pessoas em vidas precárias”**. Disponível em: <<https://agenciapatriciagalvao.org.br/mulheres-de-olho/judith-butler-o-queer-e-uma-alianca-de-pessoas-em-vidas-precarias/>>. Acesso em: 03 nov. 2020.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

JESUS, Jaqueline Gomes. **Transfobia e crimes de ódio: assassinatos de pessoas transgênero como genocídio**. In: Maranhão Fo EMA, organizador. (In)Visibilidade Trans. Disponível em: <http://jaquejesus.blogspot.com.br/2015/08/transfobia-e-crimes-de-odio.html>. Acesso em 15 nov. 2020.

KAFKA, Franz. **O veredicto/ Na colônia penal**. Tradução: Modesto Carone. São Paulo, Companhia das letras, 2019.

LANZ, Letícia. **Dicionário transgênero**. Curitiba: Editora Transgente, 2016.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. 3 v. São Paulo: Millenium, 1999.

MISKOLCI, Richard. **Não ao sexo rei: da estética da existência foucaultiana à política queer**. In: Souza LAF, Sabatine TT, Magalhães BR, organizadores. Michel Foucault: sexualidade, corpo e direito. Marília: Cultura Acadêmica Editora; 2011

MIR PUIG, Santiago. **Bases constitucionales del derecho penal**. 1.ed. Iustel: Madri, 2011

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e processuais penais comentadas**. 6ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

RABELO, César Leandro de Almeida; VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo et al. **A privatização do sistema penitenciário brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2960, 9 ago. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19719>>. Acesso em: 15 ago. 2020

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROLIM, Marcos. **Prisão e Ideologia: limites e possibilidade para a reforma prisional no Brasil**. Revista de Estudos Criminais, n. 12, Rio Grande do Sul, 2003.

ROMÃO, Rosana. **Defensoria pública investiga estupro sofrido por transexual em cela masculina de presídio**. Tribuna do Ceará, 2 out. 2015. Disponível em: <<http://tribunadoceara.uol.com.br/noticias/segurancapublica/defensoriapublica-investiga-estupro-sofrido-por-transexual-em-cela-masculina-depresidio/>>. Acesso em: 20 nov. 2020.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 4.ed. Conceito Editorial: Florianópolis, 2016.

SILVA, Ramon Alves; ARCELO, Adalberto Antonio Batista. **Heteronormatividade e sistema carcerário no Brasil contemporâneo**. Sistema Penal & Violência, v. 8, n. 1, p. 29-37, 2016. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/23597/0>> Acesso em: 02 de nov. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

WOODS, Jordan Blair. **Queer contestations and the future of a “queer” criminology**. Critical Criminology: An International Journal 2014

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. Tradução Sérgio Lamarão. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan. 2013.

ZAMBONI, Márcio. **Travestis e transexuais privadas de liberdade: A (des)construção de um sujeito de direitos**. Revista Euroamericana de Antropología. 2016.