

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PROGRAMA DE ESTUDOS PÓS-GRADUADOS EM DIREITO**

Amanda Ferreira de Souza Nucci

Execução penal e transexualidade

MESTRADO EM DIREITO

São Paulo – SP

2020

Amanda Ferreira de Souza Nucci

Execução penal e transexualidade

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca do Exame de Qualificação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), como exigência parcial para a obtenção do Título de MESTRE em Direito, Núcleo de Direito Penal, sob a orientação do Prof. Dr. Antônio Carlos da Ponte.

**São Paulo – SP
2020**

Amanda Ferreira de Souza Nucci

Execução penal e transexualidade

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), como exigência parcial para a obtenção do Título de MESTRE em Direito, Núcleo de Direito Penal, sob a orientação do Prof. Dr. Antônio Carlos da Ponte.

Aprovada em: ____ / ____ / ____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Antônio Carlos da Ponte (Orientador) – PUC/SP (titular)

Prof. Dr. Pedro Henrique Demercian – PUC/SP

Prof. Dr. Jamil Chaim Alves – EPM/SP

Autorizo exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação por processo fotocopiadores ou eletrônicos.

Assinatura:

Data:

E-mail:

Sistema para Geração Automática de Ficha Catalográfica para Teses e Dissertações com dados fornecidos pelo autor

N962 Nucci, Amanda Ferreira de Souza
 Execução penal e transexualidade / Amanda Ferreira
de Souza Nucci. -- São Paulo: [s.n.], 2019.
 124p. il. ; cm.

 Orientador: Antonio Carlos da Ponte.
Dissertação (Mestrado em Direito) -- Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo, Programa de
Estudos Pós-Graduados em Direito, 2019.

 1. Execução Penal. 2. Estabelecimentos prisionais.
3. População transgênero. 4. Dignidade da pessoa
humana. I. da Ponte, Antonio Carlos. II. Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo, Programa de
Estudos Pós-Graduados em Direito. III. Título.

CDD 340

À Coordenação, um agradecimento especial pela bolsa dissídio que me foi concedida pela Fundação São Paulo – FUNDASP.

AGRADECIMENTOS

O trabalho de escrever uma dissertação de mestrado muitas vezes parece solitário. Contudo, ao longo desta jornada pude perceber as pessoas que estiveram realmente ao meu lado me dando forças para continuar, apoio e estímulo para não desistir, ainda que eu tenha tido algumas intercorrências ao longo deste caminho.

São nessas horas que percebemos os verdadeiros amigos e as pessoas que torcem efetivamente para que consigamos alcançar o nosso sonho. Contudo, algumas pessoas merecem destaque neste momento.

Agradeço ao meu orientador Dr. Antônio Carlos da Ponte pelo apoio, dedicação, pela serenidade na condução do trabalho e da parte emocional, pela paciência e motivação constante.

À minha família, em especial ao meu pai Guilherme de Souza Nucci, que sempre foi meu maior exemplo, pois além da torcida ininterrupta, foi meu guia e me deu forças para nunca perder a determinação e o foco. Certamente é um privilégio ter um pai tão íntegro e dedicado como espelho para persistir nos estudos.

À minha mãe Náila Cristina Ferreira Nucci pelo carinho, paciência e força nos momentos difíceis.

Agradeço a todos os professores do Programa de Pós-Graduação da PUC-SP pela dedicação e por terem dispensado seu precioso tempo para compartilhar conhecimento e intelecto ao longo do curso de mestrado.

Ao professor Carlos Eduardo Batalha da Faculdade de Direito Fundação Armando Álvares Penteado, pela paciência e indicação de doutrinas valiosas ao longo do trabalho.

Aos amigos queridos que conheci ao longo do curso Pós-Graduação da PUC-SP, em especial a amiga Carolina Leme e a todos aqueles que direta ou indiretamente contribuíram para que esse trabalho fosse possível.

RESUMO

O presente estudo analisará a execução penal no Brasil, com foco, principalmente, no sistema penitenciário e o encarceramento da população transgênero. Desse modo, a presente dissertação tem como objetivo dar visibilidade à população transgênero, conceito utilizado para identificar um grupo de pessoas que não se identificam no gênero que lhes foi determinado quando do nascimento (por exemplo transexual ou travesti). Para tanto, analisar-se-á o que é preciso mudar em relação às penas corpóreas no Brasil de um modo geral, para, em seguida, dar um especial enfoque ao encarceramento da população transgênero, à luz dos princípios constitucionais, sobretudo o da dignidade da pessoa humana. O presente estudo demonstrará ser a realidade do cárcere, para a população transgênero, ainda mais árdua, tendo em vista se tratar de segmento social vulnerável, sujeito às mais variadas formas de violência física e psicológica, as quais consistem em clara violação da dignidade da pessoa humana. Assim, partindo da premissa do dever do Estado de buscar por condições dignas para os condenados ao cárcere e a necessidade de preservação básica dos direitos humano, serão analisados o panorama do sistema penitenciário do país e os principais problemas enfrentados para a população transgênero, visando propor mudanças na execução das penas no Brasil voltadas à população transgênero, bem como abrir uma porta para o diálogo sobre essa polêmica temática.

Palavras-chave: Execução Penal. Estabelecimentos prisionais. População transgênero. Dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

The present study will analyze the criminal execution in Brazil, with a special focus on the prison system and the imprisonment of transgender population in Brazil. This master's dissertation aims to give visibility to the transgender population, a diversity group of people who choose not to identify themselves with sex assignment (e.g. transsexual or transvestite). Therefore, this study will analyze which changes should be made in the criminal system with focus on the imprisonment of transgender population, in the light of constitutional principles, especially the dignity of the human person. For this purpose, the study will demonstrate that the reality of the prison system to the transgender population is even harder than for regular prisoners, since this diversity group is more vulnerable, therefore more exposed to psychological and physical violence. Thus, notwithstanding they have a sex assignments, imprison them with the gender they do not identify themselves consists in clear violation of human dignity. Thus, on the assumption that it is a Government duty to aim for dignity conditions for those sentenced to prison and to ensure the respect for human rights, the present dissertation will analyze the overview of Brazilian prison system and the main challenges faced by the transgender population, in order to propose changes in the Brazilian law as well as opening a door for dialogue on this controversy thematic.

Keywords: Criminal enforcement. Criminal establishments. Penas privativas de liberdade. Dignity of human person. Transgender Population.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS À EXECUÇÃO PENAL	16
1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	17
1.1.1 Origem da dignidade da pessoa humana.....	21
1.1.2 A dignidade da pessoa humana e a discriminação.....	25
1.1.3 A dignidade da pessoa humana e o direito penal.....	27
1.2 Princípio do devido processo legal.....	29
1.3 Princípio da legalidade.....	30
1.4 Princípio da anterioridade.....	33
1.5 Princípio da humanidade.....	34
1.6 Princípio da individualização da pena.....	37
2. EXECUÇÃO PENAL.....	40
2.1 Conceito e natureza jurídica.....	40
2.2 Espécies de pena no direito positivo.....	41
2.2.1 Privativa de liberdade.....	42
2.2.2 Restritiva de direito.....	47
2.2.3 Pecuniária.....	51
2.3 Critério de separação de presos.....	52
2.3.1 Presos provisórios e presos definitivos.....	54
2.3.2 Condenados às penas de reclusão e detenção.....	55
2.3.3 Condenados pela prática de crimes hediondos.....	55
2.3.4 Condenados pela prática de crimes com violência ou grave ameaça.....	56
2.3.5 Condenados primários e reincidentes.....	56
2.3.6 Condenados homens e mulheres.....	57
2.3.7 Condenados maiores de 60 anos.....	58
2.3.8 Condenados no Sistema de Administração da Justiça Criminal.....	58
2.3.9 Condenados ameaçados em sua integridade física, moral ou psicológica.....	59
2.3.10 Condenados índios.....	60

3. IDENTIDADE DE GÊNERO.....	61
3.1 Conceito e evolução da compreensão de gênero.....	61
3.2 Classificações de gênero.....	66
3.2.1 Agênero.....	66
3.2.2 Andrógino.....	67
3.2.3 Cisgênero.....	67
3.2.4 Gênero fluído.....	68
3.2.5 Bigênero.....	69
3.2.6 Transgênero.....	69
3.2.7 Travesti.....	70
3.2.8 Transexual.....	71
3.2.9 Intersexual.....	72
3.3 Despatologização do gênero.....	73
3.4 Diferenças entre sexo, orientação sexual e gênero.....	76
3.5 Da vedação à discriminação da identidade de gênero.....	81
4. EXECUÇÃO PENAL E IDENTIDADE DE GÊNERO <i>IN CONCRETO</i>.....	85
4.1 Regulação dos direitos transexuais no Brasil.....	85
4.2 Do cenário carcerário no Brasil.....	89
4.2.1 Parâmetros de acolhimento.....	89
4.2.2 Sistema carcerário destinado à população transgênero.....	92
4.2.3 Resolução nº 1 do Conselho Nacional de Combate à Discriminação.....	93
4.2.4 Resolução nº 11/2014, da Secretaria da Administração Penitenciária Paulista.....	94
4.2.5 Lei Estadual nº 19.948/2001.....	95
5. POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS.....	96
5.1 Acórdão do Supremo Tribunal Federal - Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26.....	97
5.2 Posicionamento de outros Tribunais e exemplos de casos concretos.....	100
6. CONCLUSÃO.....	105

7. REFERÊNCIAS.....112

INTRODUÇÃO

Diante da vulnerabilidade da população transgênero, termo utilizado para abranger um grupo diversificado de pessoas que optam por não se identificar com comportamentos ou papéis esperados do gênero que lhes foi determinado quando do nascimento (abarcando o transexual ou travesti), o presente trabalho pretende voltar um olhar a esses indivíduos, os quais são socialmente inferiorizados e estigmatizados.

Impende esclarecer não estar o embate deste estudo voltado para a discussão de gênero pura e simples. O escopo, na realidade, é demonstrar o quão intensos são os reflexos dos movimentos moralistas e conservadores em nossa sociedade, no que tange a essa parcela da população, eis que são diversas as violações de direitos humanos em relação à orientação sexual e à identidade de gênero.

Notadamente, a população transgênero sofre constante discriminação e preconceito, seja na esfera social, econômica, política ou familiar.

A abordagem do trabalho se dará num ramo específico destas demonstrações de preconceito e vulnerabilidade em relação a população transgênero, qual seja: o da execução das penas privativas de liberdade impostas a estas pessoas, no Brasil.

É nítido ser essa parcela da população diariamente discriminada pela sociedade. Contudo, não se pode negar que o preconceito, invisibilidade e vulnerabilidade é ainda maior quando se trata de um transgênero sentenciado e encarcerado.

Sabe-se que o cenário da realidade carcerária no Brasil distancia-se completamente das disposições legislativas, uma vez ser o tratamento dispensado ao preso extremamente cruel e desumano, sendo certo não haver qualquer obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana.

No tocante à população transgênero, em que pese a previsão expressa sobre o princípio da igualdade na Constituição Federal e na Lei de Execução Penal, bem como sobre o tratamento digno e humanizado a ser destinado aos presos, é certo que a realidade do cárcere para o transgênero é mais árdua, uma vez ser este um segmento social vulnerável, com supressões de direitos e sujeições às mais variadas formas de violência.

Não são raras as vezes que essa população sofre com as mais variadas injustiças dentro dos estabelecimentos prisionais, eis serem violentados por outros condenados, não receberem tratamento médico adequado (por exemplo hormônios), serem torturados de forma física e psicológica pelos outros presos, entre outras situações, as quais demonstram a absurda afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, este, por sua vez, promotor do mais puro sentido de um tratamento isonômico.

Nesse contexto, o primeiro capítulo desse trabalho abordará alguns dos princípios constitucionais exclusivos para o âmbito da execução da pena, dando ênfase ao principal princípio: o da dignidade da pessoa humana.

Quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana, é cediço ser este inerente e inalienável ao ser humano. Nesse sentido, o presente trabalho abarca a evolução deste princípio, a sua importância para o direito penal e a importância do Estado Democrático de Direito não tolerar toda e qualquer forma de discriminação e desigualdade em razão da existência de posituação da dignidade humana na Constituição Federal.

O trabalho, ainda, abarca esse princípio sob dois prismas. Em relação à execução penal, assegurando-se aos presos o respeito à sua integridade física e moral. E, em um segundo aspecto, como surgiu da modernidade a possibilidade de mudança de sexo, de forma a adaptar o ser humano ao seu psicológico, é imperioso que essa mudança e opção seja calcada na dignidade da pessoa humana.

Fato é que, mesmo ocupando um lugar de destaque na Constituição Federal, o princípio da dignidade da pessoa humana ainda não é suficiente para erradicar toda forma de discriminação, preconceito e desigualdade. Assim, este trabalho traz um enfoque grande a esse princípio, perpassando pela sua origem e importância no âmbito do direito penal.

Até porque, já existe um movimento global que começa a reconhecer a necessidade de inclusão das pessoas que escolhem sua identidade de gênero, devendo o Brasil acompanhar esse movimento, adequando sua legislação, instituições e sistema, de forma geral, sempre com base no princípio da dignidade da pessoa humana.

O segundo capítulo aborda a execução penal de modo amplo, deixando claro que em momento algum a lei de execução penal abordou qual seria a separação

destinada aos presos transgêneros, sendo o escopo desse trabalho olhar para essa parcela da população.

Frise-se que, para além de excluídos junto à sociedade, a população transgênero foi segregada inclusive pela silente legislação voltada à execução penal. Para a lei não houve preocupação em momento algum em relação ao transexual, muito embora fale das particularidades da mulher, por exemplo.

Inclusive a Lei nº 7.210/84 foi muito conservadora, uma vez nada ter mencionado a respeito da visita íntima (como direito do condenado).

O terceiro capítulo busca abordar o processo histórico e de significação, especialmente em razão dos novos cenários culturais, no que tange à discussão de gênero. Para além do cenário histórico, buscou-se apresentar algumas classificações atribuídas ao gênero, de modo a construir a ideia de ter sido a divisão binária imposta pela sociedade, estando a divisão entre os gêneros apenas como masculino e feminino totalmente ultrapassada.

Por fim, para além da questão de gênero, em capítulo próprio, buscou-se analisar como se dá a execução penal na prática no Brasil em relação à identidade de gênero.

Destacou-se que, enquanto forem necessárias as penas privativas de liberdade - realidade inconteste atualmente-, é dever buscar condições dignas para os condenados ao cárcere, o que não implica em manter um padrão de vida superior ao do indivíduo que está fora do presídio, mas sim, a preservação básica dos direitos humanos dos presos.

Contudo, o trabalho busca explicar que existe a possibilidade de substituição de pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos, ou seja, uma pena alternativa, em duas hipóteses: em crimes dolosos, se a pena aplicada não superar quatro anos e não tenha o agente empregado violência física ou moral; tratando-se de crime culposos, qualquer que seja a pena aplicada (art. 44, CP).

Neste sentido, caso o transgênero se adeque aos requisitos para tanto, o estudo contempla esta possibilidade.

Ainda, é imperioso deixar claro não buscar o presente estudo legitimar nenhuma forma de patologização de qualquer orientação sexual ou identidade de gênero, demonstrando ser completamente contrário a atitudes preconceituosas e discriminatórias, as quais lesam os direitos e liberdades fundamentais de qualquer pessoa.

Ademais, cumpre fazer uma ressalva de que as definições que foram trazidas no bojo deste trabalho não constituem qualquer estereótipo das identidades sexuais. As classificações trazidas à baila servem tão somente para compreensão do estudo no tocante ao sistema penal voltado a esta população.

O escopo desse trabalho é dar um especial enfoque no que é preciso mudar em relação às penas no Brasil de modo a atingir a população transgênero, respeitando os princípios constitucionais, em especial o da dignidade da pessoa humana.

Além disso, o objetivo principal é abrir um debate para futuras reflexões sobre o tema a fim de dar visibilidade a essa parcela da população propiciando, quem sabe, um debate coletivo em torno deste assunto polêmico de preconceito e discriminação.

O último capítulo pretende abordar a atual posição dos tribunais pátrios em relação a execução penal da população transgênero.

Primeiramente, antes de analisar alguns julgados, quer-se demonstrar com o trabalho que a edição de mandados de criminalização com o objetivo de promover a paz social e condições pacíficas de convívio em comunidade para essa população é uma exigência irrefutável.

Por este motivo, foi analisado o atual acórdão do Supremo Tribunal Federal (STF) em relação à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26, que declarou que a homofobia e a transfobia, em qualquer que seja a forma de sua manifestação, devem se enquadradas nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, eis qualificarem-se as práticas homotransfóbicas como espécies do gênero racismo.

Posteriormente, são analisados julgados, a título exemplificativo, a fim de demonstrar que o sistema carcerário brasileiro permanece inserido com a ideia de uma dicotomia binária de homem e mulher, levando-se em conta tão somente o sexo biológico do ser humano, o que torna nítida a vulnerabilidade e condição invisível daquele que possui outra identidade de gênero.

1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS À EXECUÇÃO PENAL

É cediço não existirem princípios constitucionais exclusivos para o âmbito da execução da pena, servindo-se esta dos princípios penais e processuais penais, eis representar uma fase processual que lida diretamente com essas áreas do Direito.¹

Contudo, é certo ser a Constituição Federal o pressuposto maior de qualquer aparato público brasileiro e, portanto, todos os órgãos com atribuições no âmbito da execução penal devem cumprir, em caráter ortodoxo, todos os princípios constitucionais aplicáveis à execução da pena.

Aludida aplicação absoluta do diploma constitucional recebe a definição de princípio da supremacia constitucional, conforme ensina Ingo Wolfgang Sarlet:

O princípio da supremacia da Constituição significa que a Constituição e, em especial, os direitos fundamentais nela consagrados situam-se no topo da hierarquia do sistema normativo, de tal sorte que todos os atos normativos, assim como os atos do Poder Executivo e do Poder Judiciário (mas também e de certo modo qualquer ato jurídico), devem ter como critério de medida a constituição e os direitos fundamentais.²

Nesse sentido, impende destacar não se ter como abordar a aplicação de normas de execução penal sem a observância dos fundamentos constitucionais, premissas mais importantes para a atuação de todos os órgãos de execução penal.

Entretanto, não é demais destacar que, para além da Constituição Federal, a interpretação e a aplicação das normas no âmbito da execução penal são permanentemente norteadas por princípios dispostos no Código de Processo Penal, no Código Penal, na Lei de Execução Penal, bem como nos Tratados e Convenções internacionais em matéria Penal e de Direitos Humanos. Aludidos princípios não atuam como elementos meramente informadores ou programáticos, possuindo força normativa³ que consolidam a proteção aos direitos fundamentais dos sentenciados.

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Direitos humanos vs. segurança pública*. Rio de Janeiro: Forense. 2016, pp. 141 e ss.

² SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 224 e ss.

³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 36 e ss.

A Constituição Federal acolhe diversos princípios informativos do direito penal e da aplicação das penas⁴, cabendo a estes dar conteúdo ao direito de segurança das pessoas contra o arbítrio, definindo o estatuto jurídico de tantos quantos cometam fatos incriminadores. Os princípios norteadores da execução penal constituem “*meios de limitação racional do poder executório estatal sobre as pessoas*”.⁵

Os princípios explícitos constitucionais acabam sendo os de maior importância, merecendo especial aplicação e atenção do legislador. Contudo, na prática, nem sempre é possível verificar o devido cumprimento dos princípios constitucionais explícitos - como é o caso do princípio da humanidade – eis haver previsão a vedar a existência de penas cruéis no Brasil, o que não condiz com a realidade dos estabelecimentos prisionais do país.⁶

Em relação à pena, alguns princípios se encontram expressamente previstos no texto constitucional, como os princípios da legalidade, retroatividade da lei penal benéfica, humanidade, responsabilidade pessoal e individualização da penal. Ainda, impende destacar os princípios que estão implícitos, como o da proporcionalidade, os quais são fundamentais quando da aplicação das penas, devendo tanto os princípios constitucionais explícitos como os implícitos predominar sobre os infraconstitucionais.

Não é demais destacar que, os princípios constitucionais regentes no âmbito da execução penal são: dignidade da pessoa humana e o devido processo legal.

Isto posto, serão feitos alguns apontamentos sobre os principais princípios norteadores da execução penal, observando-se com maior ênfase o princípio regente das ciências criminais, ou seja, o princípio da dignidade da pessoa humana.

1.1. Princípio da dignidade da pessoa humana

⁴ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 137.

⁵ DWORKIN, Ronald, op. cit, p. 36 e ss.

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 6. ed. São Paulo: Forense, 2014, p. 42.

É certo existirem diversas definições voltadas a esse relevante princípio, não havendo um consenso entre estas, porém, alguns postulados são comuns à maioria dos autores.

Aludido princípio, sem dúvida alguma, é o princípio fundamental do direito, o primeiro e mais importante.⁷ Trata-se de princípio de valor pré-constituente e de hierarquia supraconstitucional.⁸

É certamente a *“fonte de todos os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana. Se o ser humano é titular de direitos e garantias, é porque deve ser tratado dignamente”*.⁹

É certo que *“a dignidade da pessoa humana é um princípio absoluto, porquanto, repetimos, ainda que se opte em determinada situação pelo valor coletivo, por exemplo, esta opção não pode nunca sacrificar, ferir o valor da pessoa”*.¹⁰

Aludido princípio trata-se de fundamento da República Federativa do Brasil, eis que previsto no art. 1º, III, da Constituição Federal, recebendo os mais variados atributos.

No Brasil, a dignidade da pessoa humana figura como “fundamento da República” no artigo 1º, inciso III, da Constituição brasileira. O princípio já foi apontado pela nossa doutrina como o “valor supremo da democracia”, como a “norma das normas dos direitos fundamentais” como o “princípio dos princípios constitucionais”, como o “coração do patrimônio jurídico-moral da pessoa humana”.¹¹

Segundo observa José Afonso da Silva *“a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”*.¹²

Nesse contexto, a definição do autor Antonio Cláudio Mariz de Oliveira:

⁷ NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 118.

⁸ COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 172.

⁹ NUNES, Flavio Martins Alves Junior. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 421.

¹⁰ SANTOS, Fernando Ferreira. *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*, São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 94.

¹¹ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetória e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 14.

¹² SILVA, José Afonso da., op. cit., p. 38.

Entenda-se como dignidade da pessoa humana o conjunto de atributos pessoais de natureza moral, intelectual, física, material que dão a cada homem a consciência de suas necessidades, de suas aspirações, de seu valor, e o tornam merecedor de respeito e acatamento perante o corpo social.¹³

Evidentemente, este princípio nada mais é que uma busca pela ampla proteção ao ser humano, não havendo evidentemente qualquer sentido na sua aplicação se não existisse o próprio ser humano. Sua tutela e base é a proteção das garantias e dos direitos do ser humano.

Mas o homem não é uma coisa; não é, portanto, um objeto que possa ser utilizado simplesmente como um meio, mas pelo contrário, deve ser considerado sempre em todas as suas ações como fim em si mesmo.¹⁴

Corroborando este entendimento, a autora Eloisa de Souza Arruda:

Seja qual for o ângulo pelo qual analisemos o homem, veremos que ele é dotado de um valor de dignidade, que consiste na autonomia, ou seja, na aptidão para formular as próprias regras da vida. O homem possui dignidade pelo simples fato de existir como ser humano, dignidade esta que lhe é inerente e inalienável.¹⁵

Nesse contexto, a evolução da humanidade com a aceitação da necessidade de respeito do homem como pessoa, *“leva ao entendimento de que a*

¹³ OLIVEIRA, Antonio Cláudio Mariz. O direito penal e a dignidade humana. A questão criminal: discurso tradicional. In: *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*, 2. ed. MIRANDA, Jorge. SILVA, Marco. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 816.

¹⁴ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Biblioteca Nacional de Portugal. Lisboa: Edições 70, 2009, p. 74.

¹⁵ ARRUDA, Eloisa de Souza. *O papel do Ministério Público na efetivação dos tratados internacionais de direitos humanos*. Dissertação (Doutorado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 368.

*dignidade depende do respeito aos direitos fundamentais por parte de cada indivíduo da sociedade e também por parte do Estado”.*¹⁶

Um dos papéis centrais do Direito e também da Filosofia do Direito é o de assegurar, por intermédio da construção e da compreensão da noção de dignidade da pessoa humana, a superação de qualquer visão unilateral e a promoção, bem assim a proteção da dignidade de todas as pessoas em todos os lugares.¹⁷

Do ponto de vista filosófico, o autor Hasso Hofman sustenta três teorias possíveis em relação à dignidade da pessoa humana, quais sejam: a teoria do dote; teoria da prestação e a teoria do reconhecimento.

No que tange à primeira teoria, a dignidade da pessoa humana seria *“um dote antropológico que, consoante as crenças religiosas ou as concepções filosóficas, é tido como recebido de Deus ou como tendo sido construído na Natureza”*.¹⁸

Para a denominada teoria da prestação, a dignidade da pessoa humana não seria um valor existente objetivamente em si mesmo, eis que:

É cada um que adquire e produz a sua dignidade quando determina autonomamente o seu comportamento, num processo em que se pode ser bem ou malsucedido e em que, portanto, a dignidade não é algo pré-dado, mas uma qualidade tanto suscetível de ser alcançada como de ver a respectiva realização frustrada.¹⁹

A teoria do reconhecimento, por sua vez, aduz que:

A dignidade seria uma categoria de comunhão com o próximo, de solidariedade entre seres semelhantes, que adquire, todavia, eficácia normativa externa quando se institucionaliza, com esse alcance, enquanto base fundacional do Estado.²⁰

¹⁶ ZISMAN, Célia Rosenthal. O princípio da dignidade da pessoa humana. *Estudos de Direito Constitucional*. In: GARCIA, Maria (coord.). São Paulo: Thomson – IOB, 2005, p. 39.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 59.

¹⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *A Dignidade da Pessoa Humana*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 37.

¹⁹ Idem, p. 38.

²⁰ Idem.

Em contraponto, do ponto de vista jurídico, ensina Jorge Reis Novais que, a partir do momento em que as Constituições consagram esse princípio, que se sabe assentar o Estado de Direito, “*é esse acolhimento expresso que, antes do mais, constitui o fundamento da dignidade*”.²¹

Em síntese, por qualquer prisma analisado, esse princípio é a base do Estado Democrático de Direito, não podendo ser alijado de qualquer cenário.

1.1.1. Origem da dignidade da pessoa humana

Sobre a origem deste princípio, ensina Andre Estefam que, “*a ideia de dignidade da pessoa humana se fez presente, ainda de modo embrionário, desde a Antiguidade, embora não seja possível delimitar o exato instante de seu surgimento*”.²²

Explica o autor terem Immanuel Kant e Friedrich Hegel, nos séculos XVIII e XIX, se aproximado um pouco mais do conceito atual de dignidade da pessoa humana, uma vez terem proposto ser o homem o fim de todas as coisas e, por essa medida, não poderia ser tido como meio ou instrumento.²³

Majoritariamente, atribui-se a Immanuel Kant a possibilidade de reconhecimento planetário da dignidade da pessoa humana, uma vez que, quando construiu e fundamentou a metafísica dos costumes, aduziu ser o homem um fim em si mesmo:

Os seres racionais estão, pois, todos submetidos a esta lei que manda que cada um deles jamais se trate a si mesmo ou aos outros simplesmente como meios, mas sempre simultaneamente como fins em si.²⁴

Em sua visão sobre o homem e os demais seres vivos, em razão da capacidade de racionalidade, Immanuel Kant delimitou a dignidade tão somente aos

²¹ Idem, p. 55.

²² ESTEFAM, Andre. *Homossexualidade, prostituição e estupro*. São Paulo: Saraiva Educação, 2016, p. 67.

²³ Idem.

²⁴ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Biblioteca Nacional de Portugal. Lisboa: Edições 70, 2009, p. 80.

seres humanos, expondo a universalidade dessa dignidade para todos os limites territoriais, englobando qualquer Estado soberano.²⁵ Aduz o autor:

Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo arbítrio.²⁶

Por outro lado, Daniel Sarmiento explica não ter sido na Antiguidade o surgimento do conceito de dignidade da pessoa humana, tampouco na Idade Média, muito embora existisse o apontamento de Tomás Aquino sobre a superioridade da espécie humana em detrimento da racionalidade e do livre-arbítrio.²⁷

Para o autor, séculos depois, com as consequências do tratamento desigual surgiu uma constatação de que deve-se buscar o reconhecimento da igualdade entre povos e seres humanos.

Credita-se ao período do Renascimento a efetiva transição para a valorização do ser humano em campos variados, como por exemplo na literatura, nas artes em geral, sendo certo que “o pensamento renascentista retomou o interesse pela tradição humanista greco-romana e aprofundou algumas ideias que importavam no enaltecimento da pessoa humana”.²⁸ Em suma, teria sido esse o período no qual efetivamente foi reconhecido o princípio da dignidade da pessoa humana.

Por sua vez, o filósofo Pierre Lecomte du Noüy, no ano de 1951, atribuiu o surgimento da dignidade humana à liberdade alcançada pela evolução da espécie, eis que:

[...] o homem torna-se autenticamente senhor de si próprio, e é deste autodomínio, baseado na liberdade de escolher entre a satisfação dos

²⁵ Idem, p. 135.

²⁶ Idem.

²⁷ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetória e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 31.

²⁸ Idem, p. 32.

apetites e o voo para a espiritualidade que nasce a dignidade humana.²⁹

Fato é que, o homem tratado como indivíduo é algo surgido na modernidade, já que os povos de antigas civilizações sequer exprimiam o conceito de ser humano.³⁰

Assim, em que pese a necessidade de reconhecimento praticamente universal da dimensão jurídica desse princípio, somente em meados do século XX, com as Constituições do pós-guerra, é que a dignidade da pessoa humana chegou efetivamente ao direito constitucional³¹, partindo de uma reação dos indivíduos fruto das atrocidades acometidas à época.

A primeira Constituição, elaborada no pós-guerra, a incorporar a dignidade da pessoa humana em seu texto foi a alemã, fato considerado emblemático, uma vez que na Alemanha nazista os judeus eram considerados como seres humanos de segunda classe, sendo negado a eles os seus direitos naturais.³²

Nota-se ter o Holocausto marcado a história da humanidade de modo que as sociedades modernas começaram a preocupar-se em instituir de forma expressa nas suas respectivas Constituições a previsão de proteção à dignidade da pessoa humana. Isso porque, o tratamento dado às vítimas do Holocausto foi desumano e surpreendente.

Antes de serem instituições penais ou fábrica de cadáveres, o Gulag soviético e o Lager nazista foram gigantescas máquinas de despersonalização de seres humanos. Ao dar entrada num campo de concentração nazista, o prisioneiro não perdia apenas a liberdade e a comunicação com o mundo exterior. Não era, tão só, despojado de todos os seus haveres: as roupas, os objetos pessoais, as próteses dentárias. Ele era, sobretudo, esvaziado do seu próprio ser, da sua personalidade, com a substituição altamente simbólica do nome por

²⁹ NOÛY, Pierre. *A dignidade humana*. Tradução de Cruz Malpique. 2. ed. Porto: Educação Nacional, 1951.

³⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 453.

³¹ NOVAIS, Jorge Reis, op. cit., p. 48.

³² MAGALHÃES, Leslei Lester dos Anjos. *O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 188.

um número, frequentemente gravado no corpo, como se fora marca de propriedade de um gado. O prisioneiro já não se reconhecia como ser humano, dotado de razão e sentimentos: todas as suas energias concentravam-se na luta contra a fome, a dor e a exaustão.³³

É evidente que, em uma situação como essa, precisava-se de mecanismos assecuratórios, a fim de se garantir que atrocidades contra o ser humano não voltassem a acontecer. Nesse sentido, a ONU promoveu a publicação de tratado internacional denominado Declaração Universal de Direitos Humanos (e outros que vieram posteriormente) justamente para proteger o ser humano e a dignidade da pessoa humana.

Já no Brasil, especificamente, com o advento da Constituição Federal de 1988, aludido princípio ganha força, influenciado por sopros libertários gestada após longo período de ditadura militar.³⁴

Na visão de José Joaquim Gomes Canotilho:

Perante as experiências históricas de aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos), a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República.³⁵

Como se vê, o cerne do reconhecimento da dignidade da pessoa humana pelo Direito é, em realidade, uma forma de estimular o desenvolvimento social e frear a bestialidade possível da ação humana.

É certo haver uma permanente busca para aproximar o alcance ideal do factual no tocante à dignidade humana e à sua eficácia na vida do ser humano. Nesse contexto, o ensinamento de Norberto Bobbio:

³³ COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., p. 36.

³⁴ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 135.

³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 225.

Num discurso geral sobre os direitos do homem, deve-se ter a preocupação inicial de manter a distinção entre teoria e prática, ou melhor, deve-se ter em mente, antes de mais nada, que teoria e prática percorrem duas estradas diversas a velocidades muito desiguais. Quero dizer que, nestes últimos anos, falou-se e continua a se falar em direitos do homem, entre eruditos filósofos, juristas, sociólogos e políticos, muito mais do que se conseguiu fazer até agora para que eles sejam reconhecidos e protegidos efetivamente [...].³⁶

Logo, existe um caminho que levou a dignidade da pessoa humana a um avanço em seu conceito, o qual, por consequência, promoveu certas melhorias nas condições humanas, mas não foi o suficiente para propiciar a sua efetiva concretização.

É nesse contexto que se toma como exemplo o tema deste trabalho, posto ainda não ter sido coibida a discriminação e o preconceito voltados à população transgênero, sendo ausentes, ainda, os mecanismos para coibir a ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana.

1.1.2. A dignidade da pessoa humana e a discriminação

Frise-se que, mesmo com toda a proeminência atribuída ao princípio da dignidade da pessoa humana, a humanidade ainda ignora, quando não sofre na própria pele, o alcance deste princípio e da responsabilização por sua inobservância.

É por este motivo que este trabalho destaca de forma veemente não conseguir o princípio da dignidade da pessoa humana sustentar o tratamento diferenciado às pessoas transgêneros.

É necessário pensar que o respeito e a tutela de todos os seres humanos, independente de gênero ou orientação sexual, devem atribuir proteção e tratamento diferenciado enquanto esses seres humanos não estiverem em condições de igualdade.

Por este motivo, é preciso tratar o ser humano como um fim em si e com o dever de favorecer, tanto quanto possível, o fim de outrem:

³⁶ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 62.

Ora, a dignidade da pessoa não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado, em si mesmo, como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que pela vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ela próprio edita.³⁷

Nesse sentido, deve-se pensar que, como o tratamento entre os seres humanos não é igual, em razão de preconceitos e discriminações registrados desde a Antiguidade, é preciso enfatizar este princípio em detrimento da minoria em situação de maior vulnerabilidade.

Oportuno destacar que a dignidade da pessoa humana a todos se destina, no entanto, o que se defende é uma atenção especial e seu reconhecimento urgente no tratamento de segmentos mais vulneráveis, visando alcançar a igualdade.

No momento, a população transgênero necessita de proteção especial, eis que perdura no cenário brasileiro a desigualdade e discriminação, sendo certo que, não se descarta a introdução de novas formas de criminalização para determinados comportamentos não suficientemente contemplados com as atuais hipóteses de prevenção geral.

Ou seja, a edição de mandados de criminalização com o objetivo de promover a segurança e condições pacíficas de convívio em comunidade, é uma exigência da dignidade da pessoa humana.

Isso porque, é cediço ter a Constituição Federal estabelecido os principais bens jurídicos que devem ser tutelados, bem assim a imperiosa necessidade de proteção da dignidade da pessoa humana, acaba por versar sobre os denominados mandados de criminalização:

O mandado de criminalização, portanto, diz respeito à existência de preceito constitucional (expresso ou implícito) que imponha uma atuação do Estado na proteção de determinado bem jurídico. Desse modo, o mandado de penalização ou criminalização, implica na

³⁷ COMPARATO, Fábio Konder, op. cit, pp. 34-35.

limitação do legislador infraconstitucional e ordinário, posto que o mesmo não tem liberdade para versar sobre determinado temário.³⁸

Contudo, no que tange a população transgênero, ainda não uma proteção expressa instituída, de tal sorte dever ser o conceito de dignidade humana o valor supremo no alcance destas pessoas.

1.1.3. A dignidade da pessoa humana e o direito penal

A discriminação e preconceito demonstram a necessidade irrefutável de se repensar o direito penal como garantidor do respeito à dignidade da pessoa humana.

Para Guilherme de Souza Nucci³⁹, é possível definir aludido princípio sob duas óticas: objetiva e subjetiva. Objetivamente implica ter o Estado o dever de assegurar a cada um dos indivíduos as condições essenciais de sobrevivência digna (o chamado mínimo existencial). Por outro lado, subjetivamente, deve o Estado garantir a cada indivíduo a sua respeitabilidade, a qual se desdobra em sentimentos inerentes ao ser humano.

No que tange ao Direito Penal, a existência de tipos penais, consagra a ideia de que o delito ofende a dignidade da pessoa humana, sendo certo que muitas dessas infrações acabam envolvendo direitos e garantias fundamentais, motivo pelo qual, o legislador limita e pune comportamentos considerados socialmente ofensivos.

É certo ser preciso punir e prevenir o crime, contudo, utilizando-se de meios justos, com respeito às vedações constitucionais e, acima de tudo, ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A sanção demonstra, na realidade, um avanço moral e até mesmo espiritual de uma sociedade, não se admitindo para tanto que se fira a dignidade da pessoa humana.

O fato de se buscar uma punição para um infrator em razão de seu comportamento contrário à legislação deve guardar proporção entre o mal praticado

³⁸ MOURA, Evânio. Mandados de Criminalização e a Proteção Jurídica Insuficiente no Direito Penal Brasileiro. In: PONTE, Antonio Carlos da (coord.). *Mandados de Criminalização e Novas Formas de Criminalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 102.

³⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 39.

e a sanção prévia para coibir essa prática. A visão correta é focar na recuperação do infrator e sempre respeitar a dignidade da pessoa humana.

Isso porque, falar em dignidade da pessoa humana não se limita a estabelecer tratamento igualitário quando da aplicação da sanção penal, e sim, em proporcionar ao indivíduo o cumprimento da sua pena, com o escopo de reinserção à sociedade.

Não é demais destacar também ser a segurança jurídica faz parte da dignidade humana, uma vez que, sem ela, há o risco de perecerem relevantíssimos direitos, tais como o direito à vida, integridade física, propriedade e outros. Desta feita, não pode ser interpretado como óbice à punição estatal certa e rigorosa.⁴⁰

Contudo, reitera-se, o escopo primordial da pena é que o Estado oferte ao condenado a possibilidade de ressocialização, em respeito à dignidade da pessoa humana. É por este motivo que as penas de caráter perpétuo foram banidas de nossa legislação.

O pioneiro ao esboçar preocupação com a ressocialização do indivíduo que cometeu um delito foi Enrico Ferrari, entretanto, não deixou de ser criticado à época pelos doutrinadores quanto à imputação de fatores sociais ao comportamento humano, conforme expõe Giuseppe Bettiol:

Sem apagar a influência desta opinião, encontramos-nos frente a um desvio acentuado em relação ao significado que um determinado fator de ter sobre a gênese de um fenômeno e caímos no âmbito de generalizações de uma verdade que tem, por sua vez, conclusões positivistas.⁴¹

O problema que não teria sido enfrentado por Enrico Ferri diz respeito às hipóteses em que se aplicam as medidas de segurança aos inimputáveis.

Até aqui, fato é que, a dignidade da pessoa humana é de suma importância, uma vez que norteadora do Direito. Nessa visão, é necessário ter em mente que a preservação de bases mínimas de sobrevivência digna do ser humano deve ser

⁴⁰ CORRÊA JUNIOR, Alceu. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Teoria da Pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 87.

⁴¹ BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Campinas-SP: Red Livros, 2000, p. 36.

estendida também ao indivíduo condenado a cumprir pena em estabelecimento prisional.

Nesse contexto, ainda que tenha cometido delito grave, a sanção deve ser adequada e proporcional. Ainda, resta evidente estar o atual cenário de celas imundas, e insalubres na contramão do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez ser aquele cruel e insensível aos elementos inerentes à natureza humana.

Neste trabalho, sob todos os aspectos analisados, prevalece como base o princípio da dignidade da pessoa humana. De plano, em relação ao Direito Penal, é inerente e inalienável ao ser humano e depende do respeito aos direitos fundamentais. Por isso, não se pode ir de encontro à regra do texto constitucional, a qual assegura aos presos o respeito à sua integridade física e moral.

E por outro lado, com a possibilidade de mudança de sexo, objeto desse trabalho, é imperioso que essa mudança e opção seja completamente calcada na dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, deve imperar a dignidade da pessoa humana a fim de ser respeitada a opção dessas pessoas, as quais buscavam incansavelmente a harmonia entre o sexo idealizado e sentido pela pessoa com a realidade física que é oposta.

Dentro desse cenário, mais uma vez salta aos olhos a importância da dignidade da pessoa humana, uma vez não passarem tais cirurgias e adequações de uma recomposição ideal do corpo humano, respeitando a autoestima daquele que faz essa opção.

Impende ressaltar que, justamente para assegurar a integridade física e moral, bem assim a escolha desses indivíduos, é importante reforçar ao longo desse trabalho a importância do princípio da dignidade da pessoa humana e a necessidade de o Estado assegurar a incolumidade física e moral dos transexuais quando submetidos aos estabelecimentos prisionais.

Nota-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é abordado sob vários prismas conceituais, contudo, ainda assim não é possível extrair todo o seu alcance. Ou seja, isto significa que mesmo considerado como valor supremo, não pode se delimitar conceitualmente, ante a sua amplitude para além do que se pode definir em apenas palavras.

1.2. Princípio do devido processo legal

Aludido princípio possui dois aspectos fundamentais: o lado substantivo (material), de Direito Penal, bem assim o lado procedimental (processual), de Direito Processo Penal.⁴²

Seguir o devido processo legal implica em automaticamente respeitar os princípios corolários do Direito Penal, quais sejam o da legalidade, anterioridade, culpabilidade, individualização da pena, entre outros.

No que tange ao espectro processual, se projeta uma série de garantias fundamentais, como contraditório e ampla defesa, o juiz natural e imparcial, a publicidade, a obrigatoriedade de decisões motivadas, a fim de assegurar a justa aplicação da força estatal na repressão aos delitos existentes.⁴³

1.3. Princípio da legalidade

Previsto no art. 5º, XXXIX⁴⁴, da Constituição Federal, bem como no art. 1º do Código Penal, esse cânone do Direito Penal determina não haver crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

Esse princípio se desdobra em três postulados, sendo (i) o primeiro o da reserva legal, voltado às fontes das normas penais incriminadoras; (ii) o segundo o da determinação taxativa, eis que em relação a enunciação dessas normas; e (iii) o último, e o da irretroatividade, concernente a validade das disposições penais no tempo⁴⁵.

A respeito desse princípio, é possível depreender que somente a lei penal estabelecerá a figura abstrata de um crime, em sentido formal, bem como o surgimento da pena⁴⁶, sendo a sua função garantista, eis submeter o poder de punir do Estado à lei, os direitos individuais do cidadão estarão garantidos.

No contexto do princípio em comento, registre-se o que ensinam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

⁴² Idem.

⁴³ Idem.

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 17-18.

⁴⁶ NUCCI, Guilherme de Souza, op. cit., p. 37.

Atua como expressiva limitação constitucional ao poder do Estado, cuja competência regulamentar, por tal razão, não se reveste de suficiente idoneidade jurídica que lhe permita restringir direitos ou criar obrigações. Nenhum ato regulamentar pode criar obrigações ou restringir direitos, sob pena de incidir em domínio constitucionalmente reservado ao âmbito de atuação material da lei em sentido formal.⁴⁷

Sobre a definição de crime e a cominação da pena, ensina José Afonso da Silva que são reservas exclusivas de lei, não se podendo acolher qualquer outra fonte normativa, uma vez que isto seria inconstitucional, *in verbis*:

É indispensável uma descrição específica da conduta tida como lesiva a um bem jurídico. Vale dizer que a ação humana, para ser crime, há de corresponder objetivamente a uma conduta descrita tipicamente pela lei. O “crime”, assim, é a conduta humana lesiva a um bem jurídico protegido pela lei penal.⁴⁸

É certo que, esse princípio radica na função de garantia da liberdade do cidadão frente a intervenção do Estado de forma arbitrária, constituindo uma limitação ao poder punitivo estatal.⁴⁹

Insta salientar corresponder esse princípio a uma garantia para que sejam cumpridas as finalidades da pena, de modo a garantir direitos e distribuir deveres ao juiz como autoridade administrativa.

Sobre este aspecto, é importante destacar o que ensina Alexis Couto de Brito:

Na condução administrativa da execução penal, como em toda função administrativa do Estado, a maioria dos atos são discricionários, o que não lhes retira legalidade, mas invoca a indicação do motivo e a fundamentação do servidor que os pratica.⁵⁰

⁴⁷ NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade, op. cit., p. 181.

⁴⁸ SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 138.

⁴⁹ ROSSETTO, Enio Luiz. *Teoria e aplicação da pena*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 94.

⁵⁰ BRITO, Alexis de Couto. *Execução Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 63.

Contudo, não obstante ter o âmbito administrativo da execução da pena ter que ser regido pela lei, isso não implica em afirmar que os atos administrativos que virão a ser praticados serão necessariamente vinculados.

Isso porque, os atos da Administração Pública poderão ser vinculados, ou seja, *“a lei fornece o motivo que, acontecendo, impõe a prática do ato”*⁵¹ ou discricionários, sendo certo que *“o Administrador é quem aponta o motivo, e atua de acordo com a conveniência e a oportunidade do ato”*⁵².

Nesse contexto, no tocante à execução penal, os atos acabam por invocar a indicação de motivos e a devida fundamentação, uma vez que a maioria deles corresponde a atos discricionários.

Ainda, impende ressaltar que, para além do princípio da legalidade voltar-se para a execução penal em âmbito administrativo, este também assegura a jurisdicionalidade. Ou seja, *“além da quantidade da pena, também a qualidade da sanção é submetida ao princípio da legalidade”*⁵³.

A esse respeito, ensina José Afonso da Silva que o outro aspecto do princípio da legalidade penal, a cominação prévia da pena, *“é a vinculação da sanção penal qualitativa e quantitativa ao fato incriminado”*⁵⁴, sendo certo que cada fato descrito como delituoso tem uma pena previamente atribuída e caso não haja previsão legal de uma determinada sanção para um determinado crime, aludida cominação não pode ser utilizada na sentença condenatória.

Ainda, no que tange à execução da pena na prática, é imperioso observar o princípio da legalidade, uma vez que os direitos e os benefícios, os quais o preso tem direito, somente poderão ter algum tipo de restrição caso haja previsão legal para tanto.

É certo que, esse princípio radica na função de garantia da liberdade do cidadão frente a intervenção do Estado de forma arbitrária, constituindo uma limitação ao poder punitivo estatal.⁵⁵

⁵¹ Idem.

⁵² Idem, p. 63.

⁵³ JUNQUEIRA, Gustavo. VANZOLINI, Patrícia. *Manual de Direito Penal - Parte Geral*. 5. ed. Sao Paulo: Saraiva, 2018, p. 91.

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ ROSSETTO, Enio Luiz, op. cit., p. 94.

Ressalte-se não poder o Juízo da execução, com base em suposta discricionariedade restringir direitos dos presos. Não é demais reiterar que o fundamento de qualquer ramo do Direito advém do texto constitucional e que, por lidar com a liberdade do ser humano, essa base constitucional no âmbito da execução penal é ainda mais relevante.

Sobre a abordagem do princípio da legalidade na execução penal, é interessante ressaltar ter o Regulamento da Secretaria da Administração Penitenciária prevê as faltas médias e leves e os magistrados estão aplicando essas medidas.

Contudo, é necessário rememorar que aludidas faltas, cumuladas, acabam por retirar os benefícios dos condenados. Nesse sentido, é certo que para a devida aplicação deveriam estar previstas em lei editada pelo Estado-membro, nos termos do art. 24, I, da Constituição Federal (direito penitenciário).⁵⁶ Do contrário, parece-nos ilegal a aplicação dessas faltas médias e leves justamente por ofensa à legalidade.

1.4. Princípio da anterioridade

Previsto no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, visa garantir que a legalidade esteja presente apontando quais atos são ilícitos. Nesse sentido ensina Guilherme de Souza Nucci:

Não há delito sem anterior lei que o defina (art. 5º, XXXIX, CF), ou seja, para que os destinatários da norma penal saibam, de antemão, quais são os ilícitos mais graves, passíveis de aplicação da pena, podendo optar entre cometê-lo ou não, bem como tendo plena ciência das consequências de seu ato, demanda-se a bem definida exposição do fato delituoso em caráter público e prévio.⁵⁷

Ainda, no que tange a pena, a anterioridade também está presente, uma vez que inexistente pena sem prévia cominação legal. A medida da punição encontra-se atrelada à figura típica, podendo ser pena privativa de liberdade, restritiva de direitos ou pecuniária.

⁵⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Processo penal e execução penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Método, 2019, p. 223.

⁵⁷ NUCCI, Guilherme de Souza, op. cit., p. 118.

É certo que não serão criadas sanções penais, independentemente de quem seja o condenado, assegurando a eficácia do princípio da legalidade.

1.5. Princípio da humanidade

O princípio da humanidade encontra-se em diversos dispositivos do texto constitucional, verificando-se um estreitamento com o postulado normativo da dignidade da pessoa humana, uma vez estruturar as normas referentes a aplicação da pena de forma humana.

Desde as reformas iluministas, é certo que *“o ser humano passou a figurar como personagem principal da história, de forma que o Estado somente encontra razão de ser se for para servi-lo”*.⁵⁸

A situação penosa atual dos presídios brasileiros invoca um olhar atento para esse princípio constitucional, uma vez dever a pessoa humana sempre ser a medida primeira, sendo certo que *“no pior dos assassinos, uma coisa pelo menos deve ser respeitada quando punimos: sua humanidade”*.⁵⁹

Aludido princípio encontra-se consagrado na Declaração dos Direitos do Homem, o qual, em seu art. 5º dispõe: *“ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”*.

Ainda, é possível identificá-lo na regra 43, constante das Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos, a qual dispõe que *“se, durante o exame de admissão ou a prestação posterior de cuidados médicos, o médico ou profissional de saúde perceber qualquer sinal de tortura ou tratamento ou sanções cruéis, desumanos ou degradantes, deve registrar e relatar tais casos à autoridade médica, administrativa ou judicial competente”*.

Nesse mesmo contexto, o princípio também pode ser encontrado no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU (art. 10, item 1); no Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão da ONU (princípio 1); bem assim na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 5º).

⁵⁸ FABRETTI, Humberto Barrionuevo. *Direito Penal – Parte geral*. Rio de Janeiro: Atlas, 2019, p. 154.

⁵⁹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir – Nascimento da prisão*. 25.ed. Tradução Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2002, p.63.

Insta ressaltar que, na legislação ordinária, também é possível encontrar dispositivos consagradores do princípio da humanidade das penas. Nesse contexto, a Lei de Execução Penal dispõe que ao condenado e ao intentado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou lei, e que não haverá qualquer distinção de natureza social, religiosa ou política (art. 3º e parágrafo único, da Lei 7.210/84).

Aludido princípio impõe não sejam as penas cruéis, obedecendo, assim, ao seu real escopo de reeducar e reinserir o condenado, sem atentar contra a sua incolumidade.⁶⁰

A preservação dos direitos do condenado, bem como do internado, os quais podem ser atendidos por médico de escolha pessoal ou da família, demonstram uma inclinação radical pela proteção de direitos humanos dos destinatários das sanções criminais.⁶¹

Conforme ensina Aníbal Bruno⁶², nas sociedades arcaicas e na cultura antiga e medieval, a rudeza e a violência dos costumes e também dos hábitos penais, inspirados nos sentimentos de repulsão e vindita contra a figura do condenado, fizeram com que a punição dos crimes assentasse, sobretudo, no emprego de penas corporais em sentido amplo. A humanização das ideias e das práticas penais, trazidas pela corrente iluminista e cedo reinante nos espíritos, é que viria abrandar esses rigores e substituir aquela maneira bárbara de punir pela privação de liberdade, objetivando o reajustamento em sociedade do condenado.

Contudo, o Estado brasileiro apregoa em seu texto constitucional os direitos humanos, mas na prática não há o investimento necessário para garantir estabelecimentos prisionais humanizados.⁶³

Em que pese parte da doutrina verberar estar a pena privativa de liberdade e defender falida e ultrapassada, ainda não foi encontrada outra medida que combata e puna crimes mais graves, tais como aqueles cometidos com grave ameaça contra pessoa.

⁶⁰ ROSSETTO, Enio Luiz, op. cit., p. 92.

⁶¹ DOTTI, René Ariel. Reforma Penal e Direitos Humanos. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (org.). *Doutrinas essenciais – Direto Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. I, p. 623.

⁶² BRUNO, Aníbal. *Das penas*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p. 44.

⁶³ NUCCI, Guilherme de Souza, op. cit., p. 46.

Por este motivo, é preciso reconhecer a pena privativa de liberdade e que o ideal é, invariavelmente, a humanização dos estabelecimentos prisionais.

A esse respeito, observa Francesco Carnelutti⁶⁴ ser a dificuldade nesse contexto econômica e não técnica, referindo-se ao investimento necessário para proporcionar aos estabelecimentos prisionais os meios idôneos, sejam eles materiais ou mesmo pessoais, para viabilizar o cumprimento humanizado das penas pelos condenados.

Frise-se que, esse princípio constitucional pode ser observado, na fase de execução da pena, por um duplo aspecto: a duração e a forma de execução da pena.⁶⁵

A Constituição Federal dispõe 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, cruéis*”, (art. 5º, XLVII), bem como que “*às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação*” (art. 5º, XLIX), assegurando ao preso o respeito à integridade física e moral.

Verifica-se, portanto, buscar o princípio da humanidade vedar de certa forma o retrocesso humanizador no âmbito do Direito Penal, demandando que a legislação de execução penal se torne imune aquilo que tende a prejudicar a humanidade das pessoas.⁶⁶

Ademais, de se destacar depender a concretude do princípio da humanidade da conscientização de todos os Poderes do Estado, em especial do Judiciário.

Logo, o descaso com o preso, a ponto de se esquecer dele, sem zelo pelo tempo de recolhimento, principalmente se o processo ainda não terminou, também constitui nítida ofensa à humanidade.

Outra grave transgressão ao princípio da humanidade é o atual cenário de desleixo em relação ao controle da população carcerária, o qual representa afronta o princípio em questão, bem assim a ausência de preparo dos estabelecimentos prisionais para receberem transexuais para o cumprimento da pena.

⁶⁴ CARNELUTTI, Francesco. *El problema de la pena*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Rodamillans, 1999, p. 83.

⁶⁵ ROSSETTO, Enio Luiz, op. cit., p. 92.

⁶⁶ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal: teoria crítica*. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 35-36.

Ainda, as péssimas condições de custódia e do transporte dos que estão presos e internados também se mostra em total desacordo com o princípio da humanidade no âmbito da execução penal diz respeito.

Ademais, nem se argumente poder a ofensa a direitos humanos mínimos ser justificada pela teoria da reserva do possível. Sobre este aspecto, o ensinamento de Rodrigo Duque Estrada Roig:

Além de tutelar diretamente a incolumidade física ou psíquica das pessoas presas, ontologicamente o princípio da humanidade representa também a barreira jurídica, interpretativa, discursiva e ética à utilização da teoria da reserva do possível como pretexto para a desassistência estatal na execução penal.⁶⁷

Nesse sentido, a falta de recursos do Estado não deve servir de escusa para restringir os direitos dos presos, ao contrário, é mais um motivo para que o Estado reserve a prisão para casos excepcionais, deixando de banalizá-la.

Depreende-se, portanto, que o princípio da humanidade constitui o cerne da execução penal, capitaneando a construção de uma política criminal que se volte para a humanização.

1.6. Princípio da individualização da pena

Previsto no art. 5º, XLVI da Constituição Federal, possui como finalidade impedir que a pena se torne padronizada, permitindo seja o caso concreto analisado a fundo, aplicando a sanção mais adequada e possibilitando a execução apropriada da pena de modo a tornar o sentenciado único e distinto.

O escopo do princípio em comento é resguardar o valor do indivíduo, buscando uma adequação da pena ao condenado, garantindo também a eficácia da sanção penal, de forma não seja coibida a ideia de reinserir socialmente o apenado.

É certo que causas distintas das relações jurídicas e pessoas diferentes impõem soluções variadas. Nesse sentido, o princípio da individualização da pena

⁶⁷ Idem, p. 40.

levará em conta o fato imputado, bem assim os seus sujeitos ativo e passivo, com revisão da vida de ambos e projeção da futura conduta do sentenciado.⁶⁸

Sobre o princípio em questão, ensina Guilherme de Souza Nucci:

Sua finalidade e importância é a fuga da padronização da pena, da “mecanizada” ou “computadorizada” aplicação da sanção penal, prescindindo da figura do juiz, como ser pensante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leve à pena pré-estabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida, injusto.⁶⁹

Corroborando, ensina Rodrigo Duque Estrada Roig:

Na verdade, individualização deve significar, em primeiro lugar, que as autoridades responsáveis pela execução penal possuem a obrigação de enxergar o preso como verdadeiro indivíduo, na acepção humana do termo, considerando suas reais necessidades como sujeito de direitos.⁷⁰

Assim, tem-se um princípio que requer especial atenção das autoridades públicas, uma vez assegurar a mensuração e aplicação de uma pena justa conforme o caso concreto, impedindo um modelo único, buscando tratar de forma coerente e humana a ação do agente e a punição do Estado.

Com a finalidade de resguardar o valor do indivíduo, entende-se existirem três etapas para individualizar a pena. Primeiramente, é necessário observar o aspecto legislativo, eis ser atribuído um valor a cada bem jurídico que se pretende proteger, devendo-se observar o disposto pelo texto constitucional a respeito. Nesse sentido, compete ao legislador estipular os patamares mínimos e máximos suficientes para a reprovação do crime.

A esse respeito, ensina Aníbal Bruno:

⁶⁸ CERNICCHIARO, Luiz Vicente. COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Direito penal na Constituição*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, pp. 133-134.

⁶⁹ NUCCI, Guilherme de Souza, op. cit., p.159.

⁷⁰ ROIG, Rodrigo Duque Estrada, op. cit., p. 65.

Na fixação da pena, a lei tem em vista o valor que a ordem do Direito atribui ao bem jurídico que se pretende proteger. Desse modo, realiza uma primeira individualização da medida penal em referência ao aspecto social-jurídico do crime, isto é, adapta a natureza e quantidade da pena ao valor do bem objeto da proteção legal.⁷¹

Posteriormente, há o momento judicial no qual o juiz observa o princípio da individualização ao condenar e aplicar a pena ao indivíduo, sendo certo que se observa o *quantum* da pena de modo a variar entre um mínimo e um máximo, permitindo ao juiz analisar as condições do crime, bem como a culpabilidade do agente e determinar, dessa forma, a quantidade e também a qualidade da pena a ser aplicada.⁷²

Finalmente, aludido princípio deve ser observado na fase executória da sanção penal, destacando-se que o progresso na execução penal varia conforme a pessoa do condenado, abarcando seus méritos e deméritos, circunstâncias e condições pessoais, podendo haver a progressão de um regime a outro, bem assim a hipótese de livramento condicional, entre outras possibilidades.

Não é demais destacar que, esse princípio, se adequa completamente ao assunto abordado nesse trabalho, uma vez dispor o texto constitucional, em seu art. 5º, XLVIII, que a pena deve ser cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do sentenciado.

É na fase de execução da pena que se concretiza a individualização, sendo nessa oportunidade a possibilidade de se adaptar a pena à personalidade do sentenciado, designando-o à espécie de estabelecimento correto dentre os tipos penais existentes.⁷³

⁷¹ BRUNO, Aníbal, op. cit., p. 90.

⁷² CORRÊA JUNIOR, Alceu. SHECAIRA, Sérgio Salomão, op. cit., pp. 83-84.

⁷³ SANTORO, Arturo. *L'esecuzione penale*. 2 ed. Torino: Unione, 1953, p. 253.

2. EXECUÇÃO PENAL

2.1. Conceito e natureza jurídica

O Estado faz valer a pretensão punitiva, a qual foi transformada em pretensão executória, durante a fase de execução penal. Nesse sentido, não basta condenar um indivíduo, uma vez ser fundamental fazê-lo cumprir a decisão condenatória.

No que tange a execução da pena privativa de liberdade, cumpre destacar não ser o escopo somente conter os apenados ou fazê-los expiar seus crimes. Ao contrário, deve servir como forma de adaptação à vida livre, por meio de uma educação racional.⁷⁴

Nesse sentido, é imperioso ressaltar dever a prisão apresentar caráter retributivo, bem assim assumir uma função preventiva e, por fim, deverá objetivar a ressocialização, observando-se o perfil do condenado.

É certo que o pressuposto fundamental da execução penal é a existência de uma sentença absolutória imprópria (com imposição de medida de segurança) ou condenatória que tenham transitado em julgado. Ademais, também estão sujeitas ao processo de execução as decisões homologatórias da transação penal exaradas no âmbito de Juizados Especiais Criminais.⁷⁵

A sentença condenatória será executada perante o juízo da execução, *“pois do contrário de nada valeria todo esforço desenvolvido pelas autoridades policiais para realizar a investigação criminal, bem como aos demais operadores do Direito”*.⁷⁶

A Lei de Execução Penal dispõe em seus arts. 194 e 195, que o procedimento será judicial desenvolvendo-se perante o Juízo da execução e meio pelo qual iniciar-se-á.

Diante de sua complexidade, discute-se na doutrina a natureza da execução penal, sendo certo que por um lado há quem defenda seu caráter

⁷⁴ SAVAZZONI, Simone Alcântara. *Contrastes entre o regime prisional legal e a realidade do sistema carcerário no Estado de São Paulo*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 138.

⁷⁵ AVENA, Norberto. *Execução penal*. Rio de Janeiro: Método, 2018, p. 4.

⁷⁶ NUNES, Aedeildo. *Comentários à Lei de Execução Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1.

puramente administrativo e, por outro, os que sustentam ser sua natureza é eminentemente jurisdicional.

Sobre a natureza jurídica, explica Ada Pellegrini Grinover:

Na verdade, não se desconhece que a execução penal é atividade complexa, que se desenvolve, entrosadamente, nos planos jurisdicionais e administrativo. Nem se desconhece que dessa atividade participam dois poderes estaduais: o Judiciário e o Executivo, por intermédio, respectivamente, dos órgãos jurisdicionais e dos estabelecimentos penais.⁷⁷

Há ainda entendimento no sentido de que a execução penal é de natureza jurisdicional⁷⁸, não obstante a intensa atividade administrativa a envolvê-la, uma vez que:

Embora não se possa negar tratar-se de atividade complexa, não é pelo fato de não prescindir de certo rol de atividades administrativas que sua natureza se transmuda; prevalece a atividade jurisdicional, não só na solução dos incidentes da execução.⁷⁹

Para Guilherme de Souza Nucci é uma fase processual mista, uma vez admitir a conjunção das atividades jurisdicional e administrativa, sendo certo que *“observa-se a integração entre o Judiciário e o Executivo para fazer valer o poder punitivo estatal”*.⁸⁰

Nesse sentido, entendemos que a execução penal se desenvolve nos planos administrativo e jurisdicional. Isso ocorre porque, parte da execução penal refere-se às providências a cargo das autoridades penitenciárias e o título executivo do processo de execução penal é a sentença condenatória, sendo certo ser o Poder Judiciário responsável pelo seu cumprimento.

2.2. Espécies de pena no direito positivo

⁷⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Execução penal*. São Paulo: Max Limonad, 1987, p. 7.

⁷⁸ BENETI, Sidnei Agostinho. *Execução penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 33.

⁷⁹ MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 32.

⁸⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Execução Penal no Brasil – Estudos e reflexões*. São Paulo: Forense, 2019, p. 10.

A fim de contextualizar a discussão que se pretende nesse trabalho, impende pontuar as espécies de penas estabelecidas na Constituição Federal⁸¹ e no Código Penal brasileiro⁸².

2.2.1. Privativa de liberdade

De proêmio, a pena revestia-se de caráter simbólico. Era aplicada como forma de libertação da ira dos deuses e caso não houvesse sanção, a vingança dos deuses atingiria todo o grupo. Nesse sentido, cultuava-se objetos, como por exemplo totens, aos quais eram devidos obrigações e respeito.

Posteriormente, há uma segunda fase denominada vingança privada, na qual a punição era imposta exclusivamente como vingança, sem qualquer medida entre a infração cometida e o autor da mesma.

Neste ponto, Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Junior questionam se há presença da vingança pessoal entre os homens primitivos. Afirmam que as formas de punição do homem primitivo, chamadas de perda da paz e vingança do sangue, revelam reações coletivas, e não vinganças pessoais:

A perda da paz consistia na expulsão do agressor, que perdia a proteção do grupo ao qual pertencia, podendo ser agredido por qualquer pessoa; a *vingança do sangue* consistia na lesão retributiva entre tribos rivais quando um membro de uma tribo fosse ofendido por um membro de outra.⁸³

Corroborando este posicionamento, Aníbal Bruno afirma que “*a reação contra o crime, mesmo nos agrupamentos mais elementares, nasce com o caráter de reação social*”.⁸⁴

⁸¹ CF, 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*”.

⁸² “Art. 32 – *As penas são: I – privativas de liberdade; II- restritivas de direitos; III- de multa*”.

⁸³ CORRÊA JUNIOR, Alceu. SHECAIRA, Sérgio Salomão, op. cit., p. 24.

⁸⁴ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal – Parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, t.I, p.72.

Seguindo o curso da História, no momento em que o chefe da tribo ou clã assumiu a tarefa punitiva tem-se a denominada vingança pública.

Como consequência desse reconhecimento da vingança pública é a disciplina que lhe é imposta pela lei do talião. A força da vingança passa a ser medida pela intensidade da agressão, segundo a fórmula *olho por olho, dente por dente*. Isto acaba colocando certos limites aos excessos os quais naturalmente se conduz a ira do ofendido.⁸⁵

Segundo Luigi Ferrajoli: “*Constitui a base da primeira doutrina da qualidade da pena: o princípio do talião, presente com conotações mágico-religiosas em todos os ordenamentos arcaicos, desde o Código de Hammurabi até a Bíblia e as XII Tábuas.*”⁸⁶

Nesse contexto, no Oriente Antigo, fundava-se a punição em caráter religioso, posto ser o infrator duramente castigado quando ofendia o que se considerava divino, provocando a ira dos deuses.

Ainda, deve-se recordar o *Código de Hammurabi*, do Século XXI a.C., o qual adotou os institutos do talião e da composição, mantendo o caráter teocrático e sacerdotal da justiça primitiva.

A mesma pressão de raiz religiosa manifesta-se nas leis penais oriundas da Índia, destacando-se o livro de Manu, *Manava-Dharma-Sastra*, com exclusivo caráter religioso, teocrático e sacerdotal, no entanto sem referência às conquistas do talião e da composição. Nesse sentido, todo o crime constituía pecado, exigindo-se em razão disso a purificação do criminoso por meio de penas cruéis tais como entregar a mulher adúltera aos cachorros, cortar o dedo dos ladrões e assim por diante.⁸⁷

Na Grécia Antiga, por sua vez, a punição também manteve seu caráter sacro com forte tendência expiatória e intimidativa. Por outro lado, no Direito Romano, dividido em períodos, a princípio o poder era centralizado nas mãos do *pater familias*, o qual aplicava a sanção que entendia melhor. Posteriormente vigorou o caráter sagrado da pena, estágio da vingança pública e por fim, na fase da República, a pena perdeu o caráter de expiação, separando-se o Estado e o culto, prevalecendo o talião e a composição.

⁸⁵ Idem, p.73.

⁸⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão. Teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zommer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 357.

⁸⁷ LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 14.

Roma acolheu a vindita, o talião e a composição na Lei das XII Tábuas. Há aqueles que contestam a legitimidade desta lei, porém, não se nega ter esta o seu mérito de igualar os destinatários da pena, configurando avanço político-social.

No Direito Germânico, houve a vingança privada e a composição. Consiste a primeira no período no qual foram utilizadas as ordálias ou juízos de Deus, sendo que, se os acusados sobrevivessem aos mais brutais testes, seriam considerados inocentes, do contrário, a culpa estaria demonstrada. Exemplificando, jogavam o indivíduo em um rio, amarrado com pedras pesadas, caso ele voltasse à tona seria considerado inocente e se morresse afogado era considerado culpado.

Na Idade Média, predominou o Direito Canônico, o qual estendia a sua disciplina a fatos considerados crimes. A religião e o poder se ligavam profundamente nessa época, surgindo, inclusive, exageros cometidos pela Santa Inquisição.⁸⁸

Finalmente, a corrente iluminista veio abrandar as ideias e práticas penais existentes até então, objetivando a racionalização na aplicação das penas, visando a prevenir delitos e não somente castigar.

O surgimento da pena de prisão merece destaque a partir do século XVII, consolidando-se no século XIX. Até fins do século XVIII a prisão só serviu como contenção e guarda dos réus, visando preservá-los fisicamente até o momento de serem julgados ou até mesmo executados. A prisão era uma ante-sala de suplícios.⁸⁹

Os sistemas penitenciários de fato, consagradores das prisões como lugares de cumprimento de penas, surgem em colônias americanas, muito embora existam aqueles que acreditam que outros modelos de prisão celular foram implantados na Europa.

Em 1681, foi criada a Colônia da Pensilvânia, fundada por Guilherme Penn, obrigado a cumprir despacho do Rei Carlos II prescrevendo o estabelecimento de leis inglesas e, portanto, a severidade das suas prisões, generalizando-se a partir daí as penas privativas de liberdade como formas de buscar a ressocialização.⁹⁰

No Sistema Pensilvânico ou celular, o condenado ficava isolado, sem receber visitas, à exceção do contato com funcionários e com o sacerdote. Os presos eram separados em celas individuais e o pouco trabalho realizado era manufaturado.

⁸⁸ BRUNO, Aníbal, op. cit., p.86.

⁸⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão – Causas e alternativas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.4.

⁹⁰ Idem, pp. 21-25.

Na sequência, surge o sistema auburniano buscando superar eventuais limitações surgidas no regime celular. Deu-se com a prisão de Auburn, que foi impulsionada com a indicação do Capitão Elam Lynds como diretor em 1823.

O mencionado capitão era um militarista implacável, preocupado somente em conseguir prisioneiros obedientes, em ter segurança no presídio e com a exploração da mão-de-obra barata. Porém, foi ele o fomentador, diferentemente do modelo pensilvânico, do trabalho do preso durante o dia.

Basicamente o que se pode depreender é que os dois sistemas proibiam o contato noturno, deixando os presos em celas individuais e adotando, basicamente, a visão punitiva e retributiva da pena.

Durante o século XIX, impõe-se, definitivamente, a pena privativa de liberdade. Esta coincide com o abandono da pena de morte e de outras penas corporais, eis surgir a noção de que a execução da pena de prisão devia ser concebida como um sistema buscando a reabilitação do preso.

Após um longo período de prevalência da pena de morte e das penas corporais, lentamente foi-se adquirindo a noção de que a execução da pena de prisão fosse concebida como um sistema buscando a reabilitação do preso.

Atualmente, a pena privativa de liberdade não deve ser observada como o simples confinamento do acusado, tampouco como uma forma de expiação pelos crimes cometidos.

Nesse sentido, a pena privativa de liberdade surgiu com pretensões de reforma e regeneração dos condenados. Beccaria⁹¹, por exemplo, afirma que a certeza de um castigo, mesmo moderado, causará mais intensa impressão do que o temor de outro mais severo, unido à esperança da impunidade, pois, os males, mesmo os menores, quando certos, sempre surpreendem os espíritos humanos.

Sobre a pena privativa de liberdade, René Ariel Dotti entende que:

“Para determinadas formas graves de ilicitude e para certas formas de comportamento humano, não existe outra providência estatal mais adequada visando à prevenção e à repressão da criminalidade. A

⁹¹ BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di. *Dos Delitos e das Penas*. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 94.

supressão da liberdade do infrator é o contragolpe à lesão por ele provocada”.⁹²

Sobre essa sanção Magalhães Noronha assinala que “*a natureza da pena privativa de liberdade está contida em seu próprio nome juris: retira do condenado, de uma forma mais rígida ou menos branda, o direito à liberdade*”.⁹³

Importante registrar que para alcançar uma política penitenciária justa é preciso que a pena de prisão mantenha uma natureza *sui generis*, de modo que possa manter um caráter humanizado da pena e a possibilidade de no futuro reinserir o condenado ao convívio social, evitando reincidência na prática de eventual conduta ilícita.

É certo que a função ressocializadora da pena privativa de liberdade tem sido vista como utópica, haja vista o cenário degradante dos estabelecimentos prisionais, contudo, os preceitos constitucionais e previstos na própria Lei de Execução Penal devem ser observados, eis serem determinantes para a ressocialização.

Não é demais destacar estar em trâmite junto à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 9.504/2017, originário do Projeto de Lei do Senado nº 513/2013 - já aprovado no Plenário do Senado Federal -, por meio do qual contempla-se reforma substancial da Lei de Execução Penal, bem assim modificações no Código de Processo Penal, Código Penal, Código de Trânsito Brasileiro, Lei de Drogas, Lei dos Juizados Especiais e Lei dos Crimes Hediondos.

O escopo do projeto em trâmite no Senado é alterar pontos primordiais tais como desburocratizar o sistema prisional, humanizar presídios, entre outros aspectos, os quais, em verdade, já deveriam ser cumpridos, eis que a Constituição Federal já assegura tais direitos aos apenados.

Da análise do aludido Projeto de Lei nº 9.504/2017, o qual refere-se às penas privativas de liberdade e sua progressão, é possível verificar existir uma orientação pelo desencarceramento, visando implementar um sistema informatizado que possibilite uma atuação mais célere para estabelecer certas concessões quais sejam: cumprir o regime aberto diretamente em domicílio com a imposição de algumas

⁹² DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal- Parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 448.

⁹³ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. 32. Ed. Atual. Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 234.

condições restritivas de direitos, prestações sociais alternativas estipuladas pelo magistrado ou ainda, monitoração eletrônica, bem assim a liberação automática do condenado quando não houver manifestação judicial, direito à progressão antecipada de regime em caso de superlotação, entre outras medidas.

2.2.2. Restritiva de Direitos

Aludidas penas foram inseridas no direito pátrio na reforma da parte geral do Código Penal de 1984, sendo passando a existir quatro penas alternativas, quais sejam: a multa, prestação de serviços à comunidade, limitação de fim de semana e as interdições temporárias de direitos, todas limitadas a condenações que não ultrapassassem um ano.

Ensina Pedro Henrique Demercian que *“essa previsão enriquece o repertório de sanções penais para dar uma resposta adequada à culpabilidade manifestada pelo delito no caso concreto. Por outro lado, também reconhece a conveniência de se aplicar a pena de prisão como último recurso”*.⁹⁴

Com a Lei nº 9.714/1998, surgem novas modalidades de penas restritivas de direitos (por exemplo a prestação pecuniária, a perda de bens e valores e proibição de frequentar determinados lugares).

A esse respeito, na visão de Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli⁹⁵, a inserção das mencionadas penas no Código Penal se fez de forma bastante tímida, mas representou um grande avanço no sentido da política criminal contemporânea. Asseveram que:

A Lei 9.714, de 25 de novembro de 1998, atendendo ao apelo da política criminal dos nossos dias, ampliou as possibilidades da adoção das penas restritivas de direitos, não só reprisando as contidas na legislação anterior, mas acrescentando ao Código duas outras espécies dessas penas (art.43, incisos I,II,IV,V e VI).

⁹⁴ DEMERCIAN, Pedro Henrique. MALULY, Jorge Assaf. *Curso de processo penal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 769.

⁹⁵ PIERANGELI, José Henrique. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro – Parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 691.

Posteriormente, a Lei nº 12.550/2011 incluiu no Código Penal, entre as interdições de direito, a proibição de inscrição em concurso (art. 47, V).

Contudo, em síntese, a Lei de Execução Penal permaneceu praticamente inalterada desde sua edição de modo que, a pena restritiva de direitos foi instituída para substituir a pena privativa de liberdade, não perdendo seu caráter de castigo, porém, visando a evitar o encarceramento de determinados criminosos, autores de infrações penais cujas penas são mais leves.

O art. 148 da Lei nº 7.210/1984 permite que em qualquer fase da execução penal o magistrado, motivadamente, altere a forma de cumprimento das penas de prestação de serviços à comunidade e de limitação de fim de semana, ajustando-as às condições da pessoa do condenado, bem assim em conformidade com as características do estabelecimento a que foi destinado ou programa comunitário estatal.

Como se vê, aludido dispositivo permite a alteração, desde que motivada, da forma de cumprimento da pena. Contudo, em que pese essa permissão, o magistrado não pode modificar a espécie de pena restritiva em sede de execução.

Nesse sentido é o entendimento de Guilherme de Souza Nucci:

Imposta a pena alternativa na sentença condenatória, a alteração mencionada no art. 148 diz respeito à forma de cumprimento, mas não à modificação da pena em si, trocando uma por outra, pois tal medida seria ofensiva à coisa julgada material, sem que haja autorização legal a tanto. Portanto, se o juiz da condenação impôs limitação de fim de semana, não pode o juiz da execução penal alterar a pena, substituindo-a para prestação de serviços à comunidade (ou outra qualquer). O que lhe é dado a fazer é modificar a estrutura do cumprimento da pena.⁹⁶

Substituir a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos, ou seja, uma pena alternativa, pode acontecer em duas hipóteses: em crimes dolosos, se a pena aplicada não superar quatro anos e não tenha o agente empregado

⁹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 2, p. 430.

violência física ou moral; e, tratando-se de crime culposos, qualquer que seja a pena aplicada (art. 44, CP).

Seu caráter substitutivo permite a promoção da recuperação do condenado por meio de restrições a certos direitos. Além disso, são sanções consideradas autônomas, pois têm características e formas de execuções próprias.

São características das penas restritivas de direito: o fato de serem substitutivas, pois visam afastar a aplicação da pena privativa de liberdade; gozam de autonomia porque têm características e formas de execução próprias, possuem requisitos objetivos e subjetivos, não sendo, portanto de aplicação automática.⁹⁷

No entanto, cumpre destacar o entendimento de Guilherme de Souza Nucci: *“apesar do mencionado caráter substitutivo da pena restritiva de direitos, atualmente já se pode encontrar exemplos de penas restritivas, com montantes próprios, aplicáveis independentemente das penas privativas de liberdade”*.⁹⁸ É o caso, por exemplo, do art. 302, do Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/97)⁹⁹, o qual prevê a possibilidade de aplicação da pena privativa de liberdade cumulada com a restritiva de direitos.

São cinco penas restritivas de direito, conforme disposição do art. 43, do Código Penal: prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana.

A primeira delas, prestação pecuniária, consiste no pagamento em dinheiro à vítima, seus dependentes, entidade pública ou privada com destinação social, de um montante determinado pelo juiz, não inferior a um salário mínimo nem superior a trezentos e sessenta salários mínimos.

A fixação do montante não pode ser livre ou arbitrária, devendo ser fundamentada e em conformidade com o princípio da individualização da pena.

A sentença que fixa o valor da multa também poderá estabelecer as condições de pagamento atendendo as necessidades econômicas do sentenciado.

⁹⁷ NORONHA, E. Magalhães, op. cit., p. 243.

⁹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 432.

⁹⁹ Art. 302. *“Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor: Penas – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e **suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor**”*. (grifo nosso)

A perda de bens e valores é a transferência de bens e valores pertencentes ao condenado, em favor do Fundo Penitenciário Nacional. Pode atingir bens móveis, imóveis ou, ainda, valores como títulos de crédito, ações e outros papéis com valor econômico.

Para fixar os bens ou valores objetos do confisco o juiz deverá ter como teto o montante do prejuízo causado ou o proveito obtido pelo agente ou terceiro com a prática do crime, o que for maior (art. 45, § 3º, CP).

Alguns autores acreditam que a perda de bens e valores assemelha-se ao confisco. Para Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli não se deve confundi-los, posto que o confisco (art. 91, II, CP) “*constitui efeito da condenação e atinge os instrumentos e o proveito do crime*”.¹⁰⁰

Já a pena de prestação de serviços à comunidade encontra-se prevista no art. 43, IV, do CP, e no art. 46, do mesmo código.

Por ser uma substituição da pena privativa de liberdade, não pode ser confundida com trabalhos forçados, apesar de sua forma gratuita. Neste caso, o trabalho vem como forma de conseguir o propósito reabilitador da pena, podendo inclusive, em alguns casos, inspirar o sentenciado a apreciar trabalhos comunitários.

O condenado deverá realizar tarefas conforme a sua aptidão, para que tal medida não se transforme em algo humilhante, hipótese na qual ofenderia o princípio da dignidade da pessoa humana. Essas tarefas são atribuídas junto a entidades assistenciais, hospitais, orfanatos, entre outros estabelecimentos, de programas do Estado ou de comunidades.

A possibilidade ficou restrita às condenações superiores a seis meses de pena privativa de liberdade. A pena é convertida em dias para se ter noção do número de horas que serão prestadas pelo sentenciado e existe a possibilidade deste optar por um cronograma de trabalho flexível, não prejudicando sua vida e trabalho normal.

A interdição temporária de direitos, por sua vez, consiste na proibição de exercício de atividades públicas ou privadas, durante determinado tempo, bem como a suspensão da autorização para dirigir determinados veículos ou proibição de frequentar alguns lugares.

Por fim, como o próprio nome já diz, a limitação de fim de semana é a obrigação de o condenado permanecer, aos sábados e domingos, por cinco horas

¹⁰⁰ PIERANGELI, José Henrique. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit, p. 693.

diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado, período no qual lhe serão ministradas palestras, cursos ou atribuídas atividades educativas (art. 48, CP).

Insta destacar, por fim, que para alguns autores, nem todas estas penas possuem a natureza de pena restritiva de direitos. Cezar Roberto Bitencourt¹⁰¹ diz que de todas essas modalidades, somente uma se refere especificamente à “restrições de direitos”. Entende que a prestação pecuniária e a perda de bens e valores são de natureza pecuniária e a prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana dizem respeito à restrição de liberdade do apenado.

2.2.3. Pecuniária

A pena pecuniária consiste em uma quantia previamente fixada em lei, que implicará a diminuição do patrimônio do sentenciado, revertida em favor do Fundo Penitenciário.

Há duas possibilidades de utilização da pena de multa como substitutiva da pena privativa de liberdade: isoladamente, para pena não superior a um ano; e cumulativamente, para pena superior a um ano (art. 44, § 2º, CP).¹⁰²

Trata-se de uma retribuição, cuja natureza é patrimonial, representando pagamento em dinheiro por determinação judicial, em virtude de sentença condenatória.

A apuração desta é feita no mínimo de dez e no máximo de trezentos e sessenta dias-multa, calculada de modo a corresponder de um trigésimo do salário mínimo a cinco vezes o salário vigente à época do fato.

Ressalte-se que, com o advento da Lei 9.268/96, responsável pela alteração do art. 51, do Código Penal, a multa teve o seu procedimento alterado e passou a ser considerada dívida de valor, lhe sendo aplicadas as normas das dívidas da Fazenda Pública. Sobre esta questão, surgiu um questionamento se a pena manteve seu caráter penal ou passou a ter caráter civil. Neste contexto, o entendimento majoritário da jurisprudência entende não ter a multa perdido seu

¹⁰¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal – Parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 437-438.

¹⁰² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Novas penas alternativas – Análise político-criminal das alterações da Lei 9.714/98*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 161.

caráter penal. Razão pela qual, havendo a morte do autor da infração não se estende a sua cobrança aos seus herdeiros.¹⁰³

Com o advento da Lei n^o 13.964/2019, a multa, após o trânsito em julgado, passou a ser executada perante o juiz da execução penal, sendo considerada dívida de valor, aplicando-se as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.

Em São Paulo, o Fundo Penitenciário é o FUNPESP (Fundo Penitenciário do Estado de São Paulo) podendo haver iguais fundos em outras unidades da Federação.

Insta destacar preceituar o art. 2^o, V, da Lei Complementar federal 79/94, ao criar o Fundo Penitenciário Nacional, que constituem recursos do FUNPEN as “*multas decorrentes de sentenças penais condenatórias com trânsito em julgado*”. Não há nada específico a respeito da origem das multas, podendo ser decorrentes de crime previsto no Código Penal ou em lei especiais.¹⁰⁴ Em suma, o que se percebe é a possibilidade de a União e o Estado legislarem, concorrentemente, sobre a matéria que versa sobre a destinação do valor da multa.

2.3. Critério de separação de presos

A legislação preconiza, tendo como base o princípio da individualização da pena e seu principal escopo, que o preso deve ser separado conforme suas peculiaridades.

Isso porque, ainda que o mesmo estabelecimento prisional tenha mais de uma edificação, é imperioso, por lei, que o local destinado ao cárcere seja separado e sem a possibilidade de confluência entre os indivíduos, uma vez devam ser observadas suas características pessoais.

A esse respeito, explica Julio Fabbrini Mirabete:

As prisões devem propiciar a separação dos presos em grupos homogêneos, não só por diversidade do título prisão, como também

¹⁰³ DELMANTO, Celso *et al.* *Código Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 265.

¹⁰⁴ NUCCI, Guilherme de Souza, *op. cit.*, p. 448.

para facilitar o tratamento penitenciário e as medidas de vigilância do estabelecimento penal.¹⁰⁵

Os arts. 82, 83 e 84, da Lei de Execução Penal, preconizam critérios para a separação entre os presos, sendo o cerne da separação não manter grupos diferentes em pavilhões de uma mesma edificação, o que na prática não acontece em nosso país.

Para além da Lei de Execução Penal, vale destacar que, em 1955, o Brasil aderiu às Regras Mínimas para Tratamento de Presos, durante o 1º Congresso das Nações Unidas, a qual estipula seja realizada a separação de presos conforme o sexo, a idade e a natureza do crime.¹⁰⁶

A regra nº 8, disposta nas Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros, dispõe que “*as diferentes categorias de presos deverão ser mantidas em estabelecimentos prisionais separados ou em diferentes zonas de um mesmo estabelecimento prisional, levando-se em consideração seu sexo e idade, seus antecedentes, as razões da detenção e o tratamento que lhes deve ser aplicado*”.

Assim, como decorrência da legislação, nasce a necessidade de construir estabelecimentos prisionais que comportem as peculiaridades dos condenados, de modo a equipar o local com os instrumentos necessários para assegurar que os direitos daqueles condenados sejam integralmente preservados.

Contudo, em que pese a lei trazer rigoroso critério de separação dos presos, os transexuais não foram lembrados, sequer mencionados, quando das divisões estipuladas por lei, motivo pelo qual, esse trabalho foi desenvolvido.

A despeito do tratamento dado pela legislação sobre os critérios de separação dos presos, cumpre destacar por meio deste trabalho que o problema do encarceramento em massa só aumenta, com condições extremamente precárias, deixando de ser respeitada a divisão dos presos. Para além disso, não há qualquer tratamento legislativo conferido pela Constituição Federal e pela Lei de Execuções Penais destinado aos transexuais condenados, os quais se encontram em posição vulnerável diante desse cenário.

¹⁰⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 235.

¹⁰⁶ NUNES, Adeildo, op. cit., p. 220.

Ainda que não haja previsão na legislação de execução penal, no nosso entender seria de bom alvitre a existência de um dispositivo que determinasse qual seria o regime de separação destinado aos presos transexuais.

Para melhor abordar o assunto, é importante pontuar os critérios de separação de presos adotados no Brasil.

2.3.1. Presos provisórios e presos definitivos

Preconiza o art. 84, da Lei de Execução Penal que deve existir uma separação entre presos definitivos e provisórios, atendendo, assim, ao preconizado nas Regras Mínimas da ONU.¹⁰⁷

Entende-se ser o preso provisório indivíduo que se encontra preso por força de prisão cautelar, sendo o preso condenado aquele a cumprir a pena privativa de liberdade.¹⁰⁸

Frise-se que, a fase processual identifica qual o tipo de prisão, sendo as prisões preventiva, temporária e em flagrante consideradas prisões processuais ou provisórias e, ao final do processo, com sentença condenatória transitada em julgado a prisão tem caráter definitivo à privação da liberdade, enquanto durar a pena.

Cumpra salientar que quando a legislação diferencia o preso provisório do preso definitivamente, não traz uma diferenciação entre o provisório reincidente e o provisório primário.

Disso, depreende-se que, o condenado que volta a delinquir e for preso novamente provisoriamente, conforme a legislação pátria deverá aguardar seu julgamento em conjunto com os presos provisórios. A legislação determina tão somente que *“se mantenham separados os primários dos reincidentes durante o cumprimento da pena, nada dizendo sobre o prazo de prisão provisória”*.¹⁰⁹

Aludida separação se justificaria, uma vez que aquele que delinuiu pela primeira vez, supostamente pela primeira vez ou ocasionalmente, teria melhores condições de responder às finalidades da pena do que o criminoso habitual, mais refratário ao escopo da sanção e à readaptação pretendida pela execução.¹¹⁰

¹⁰⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini, op. cit., p. 235-236.

¹⁰⁸ NUNES, Adeildo, op. cit., p. 208.

¹⁰⁹ BRITO, Alexis de Couto, op. cit., p. 311.

¹¹⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini, op. cit., p. 235.

Contudo, seguindo esse raciocínio, o indivíduo é reincidente, ainda que provisoriamente preso, poderia influenciar negativamente os demais provisórios primários, de modo a não corresponderem à reabilitação social pretendida pela sanção.

2.3.2. Condenados às penas de reclusão e detenção e condenados à prisão simples

Conforme preconiza o art. 6, § 1º, da Lei das Contravenções Penais, o condenado a pena de prisão simples fica sempre separado dos condenados à pena de reclusão ou de detenção.

Isso porque, a pena de prisão simples, apesar de pouco utilizada em virtude do advento da Lei 9.099/95, se destinada às contravenções penais, não podendo ser cumprida em regime fechado e comportando apenas os regimes semiaberto e aberto.

Já a pena de reclusão pode ser cumprida em três regimes: fechado, semiaberto e aberto e a de detenção, por sua vez, somente se inicia no semiaberto ou aberto.

2.3.3. Condenados pela prática de crimes hediondos

O art. 84, §1º, I, e §3º, I, da Lei de Execução Penal dispõe que os presos condenados por crimes hediondos devem ser custodiados em ambiente prisional separado dos demais.

Aludida medida se pauta pelo grau de periculosidade do preso condenado por crimes hediondos, sendo certo que para esses casos, o Estado tem o dever de proteger, o quanto puder, indivíduos de terem um contato sem necessidade com esse universo, como é o caso daquele que, adentra o estabelecimento prisional pela primeira vez.

Em termos pragmáticos, pode existir um exemplo negativo de um sujeito afeto à prática criminosa sobre aquele que, ocasionalmente, toma contato com o cárcere.

Nesse sentido, a importância de observar o que dispõe a legislação e adotar as medidas para que efetivamente os presos sejam custodiados em ambiente separado.

2.3.4. Condenados pela prática de crimes com violência ou grave ameaça

Da mesma forma que há disposição sobre a necessidade de separar o preso pela prática de crime hediondo dos demais, há dispositivo para separar o preso por delito cometido com violência ou grave ameaça, conforme preceitua o art. 84, §1º, II, e §3º, II, da Lei de Execução Penal.

Nesse caso, deve ser respeitada a necessária triagem de presos a fim de evitar que indivíduos com maior periculosidade, responsáveis pela prática de delitos com violência ou grave ameaça, convivam com outros que não apresentem essa mesma condição, a fim de se evitar um mal maior.

Aquele preso pela primeira vez tem grande chance de não tornar a delinquir, desde que consiga ser reeducado, sendo fator de contribuição mantê-los afastados de indivíduos com grau de periculosidade maior.

2.3.5. Condenados primários e reincidentes

O art. 84, §3º, III, da Lei de Execução Penal estabelece a separação de presos primários e reincidentes.

Referindo-se aos presos primários e reincidentes, Guilherme de Souza Nucci observa:

Apresenta, sem dúvida, maior tendência à criminalidade, tanto que já possui condenações variadas. O outro é estrepante, podendo nunca mais tornar a delinquir, desde que consiga ser convenientemente reeducado. Para isso, o Estado deve assumir a responsabilidade de não prejudicar o seu aprendizado, não permitindo que conviva com delinquentes habituais, muito mais distantes de qualquer chance de ressocialização efetiva.¹¹¹

Por esse motivo, devem esses presos serem separados quando da alocação no estabelecimento prisional.

¹¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza, op. cit., p. 510.

2.3.6. Condenados homens e mulheres

A Constituição Federal, em seu art. 5º, XLVIII, preconiza que *“a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”*. Harmonizando-se ao dispositivo constitucional, o art. 82, §1º, da Lei de Execução Penal, também estabelece aludida separação.

Ademais, o próprio Código Penal, em seu art. 37, preconiza que as mulheres cumprirão a pena em estabelecimento próprio, observando-se os deveres e direitos inerentes à sua condição pessoal.

Ainda nesse sentido, o §2º, do art. 83, foi incluído na Lei de Execução Penal, por meio da Lei nº 9.046/95, a fim de determinar que *“os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até seis meses de idade”*.

Cumpra ainda destacar a previsão do art. 9º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), o qual dispõe que *“o poder público, as instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas a medida privativa de liberdade”*.

Ademais, a Lei nº 11.942/2009 alterou aludida redação a fim de definir um prazo mínimo de seis meses para a amamentação, bem assim houve a preocupação de que a segurança interna dos estabelecimentos penais destinados às mulheres seja feita exclusivamente por policiais ou agentes do sexo feminino.

No mais, destaca-se o teor do comando constitucional contido no art. 5º, L, o qual garante como um direito fundamental que *“às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”*.

No que tange às penitenciárias, o art. 89, da Lei de Execução Penal, ainda, sugere a possibilidade de uma seção destinada à gestante e à parturiente, bem assim de creche, com a finalidade de assistir ao menor desamparado cuja responsável esteja presa, o que na prática nem sempre é observado, mas a lei procura amparar a mulher nesse sentido.

É certo que, objetiva-se com a separação entre homens e mulheres evitar qualquer tipo de ordem sexual ou promiscuidade entre os condenados.

A mulher no cárcere sofre uma exclusão social elevada e maior que o homem, apresentando níveis de abuso e de violência doméstica, sendo certo que a prisão acaba tendo implicações psicológicas graves.¹¹²

Sob todos os prismas que se analise, é certo que, objetiva-se proteger a mulher encarcerada, acertadamente. Contudo, salta aos olhos que transexuais não tenham o mesmo olhar do poder público e se encontrem a margem de toda e qualquer proteção nesse sentido.

2.3.7. Condenados maiores de 60 anos

Decorrência do art. 5º, XLVIII, da Constituição Federal, tem-se que presos maiores de sessenta anos devem ser recolhidos em estabelecimentos adequados à sua condição pessoal, em razão da idade, independentemente do regime de cumprimento de sua pena (art. 82, § 1º, da Lei de Execução Penal).¹¹³

Aludida previsão se dá em razão da maior fragilidade daquele que possui idade mais avançada, visando preservar a sua saúde física e mental.

Frisa-se que, caso o condenado tenha mais que setenta anos e tenha sido determinado o regime aberto, o art. 117, da Lei de Execução Penal, faculta o cumprimento da pena no regime aberto.

2.3.8. Condenados do Sistema de Administração da Justiça Criminal

É certo que não há impedimento de que a separação de presos se de em um mesmo conjunto arquitetônico, contudo, deve-se observar os diferentes perfis carcerários e buscar evitar o contato entre esses presos. Nesse sentido, a Lei de Execução Penal dispõe em seu art. 84, § 2º, que “*o preso que, ao tempo do fato, era funcionário da Administração da Justiça Criminal ficará em dependência separada*”.

Nesse contexto, o preso que ao tempo do fato era funcionário da Administração da Justiça Criminal deve recolher-se em dependência separada dos demais dentro de um estabelecimento prisional. Ainda, o indivíduo que exercia função

¹¹²PEREIRA, Danilo de Assis. MARQUES, Marcos Felipe. *Sintomas depressivos e abuso de drogas entre mulheres presas na cadeia pública feminina de Votorantim/SP*. Revista da Faculdade de Ciências Médicas de Sorocaba, v.16, n.2, p.71-75, abr.-jun. 2014, 1984-4840.

¹¹³ NUNES, Adeildo, op. cit., p. 219.

pública à época dos fatos, muito embora não fosse propriamente funcionário público, encontra-se amparado por equiparação, considerando o quanto previsto no art. 327 do Código Penal.

Nesse sentido, o direito ao cumprimento em estabelecimento prisional especial fica reservado ao indivíduo que na época dos fatos exercia função ou cargo público, sendo certo não estar aquele que já não era funcionário quando da infração penal amparado pela mesma previsão.¹¹⁴

A norma tem como escopo resguardar-lhes a integridade física e moral, que pode ser comprometida com a hostilidade dos demais encarcerados, uma vez ser *“evidente que há forte probabilidade de represália de presos comuns contra condenados, que, antes, trabalhavam como servidores da Justiça”*.¹¹⁵

Como a lei não faz qualquer distinção, aludido dispositivo alcança o preso provisório e o definitivo.

2.3.9. Condenados ameaçados em sua integridade física, moral ou psicológica

A convivência carcerária opera conflitos dentro dos estabelecimentos prisionais, motivo pelo qual, é comum a ameaça à integridade física e moral dos presos, de tal sorte ter a Lei de Execução Penal autorizado a proteção aos condenados ameaçados em sua integridade, seja psicológica, física ou moral, em seu art. 84, § 4º.

Sobre essa separação, ensina Guilherme de Souza Nucci:

Essa referência vale tanto para os funcionários da administração da Justiça criminal quanto para os demais presos que, por divergências variadas, encontrarem-se jurados de morte. Ressalte-se, a bem da verdade, a existência de certas presunções absolutas nesse meio: a) funcionários, como policiais, não podem ser colocados com presos comuns; b) estupradores devem conviver com outros autores de delitos sexuais; c) matadores de aluguel precisam ficar afastados de

¹¹⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini, op. cit., p. 255.

¹¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de execução penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 133.

criminosos comuns; d) devedores de traficantes não podem ficar em contato com o credor. E assim sucessivamente.¹¹⁶

Nesse caso, assim como nos demais, busca-se com a lei respeito os direitos e garantias fundamentais do condenado, de modo a preservá-los em caso de ameaça no estabelecimento prisional, atendendo ao princípio da dignidade da pessoa humana.

2.3.10. Condenados índios

No mesmo sentido, visando atender as características pessoais dos condenados, o Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/73), art. 56, parágrafo único, dispõe que *“as penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado”*.

Como se observa, os direitos dos presos, em especial no tocante à separação para o cumprimento de pena de prisão, vem estampados na legislação e na Constituição Federal, sendo esses direitos imperiosos por representarem a civilidade do Estado Democrático de Direito para o trato com o ser humano.

Contudo, como se verá, em momento algum a lei abordou qual seria a separação destinada aos presos transgênero, sendo o escopo desse trabalho olhar para essa parcela da população. Para tanto, é imperioso compreender algumas diferenças no que tange a identidade de gênero, ao sexo e à orientação sexual a fim de, posteriormente, analisar o sistema de execução penal destinado a essas pessoas.

¹¹⁶ Idem, p. 135.

3. IDENTIDADE DE GÊNERO

3.1. Conceito e evolução da compreensão de gênero

De proêmio, tem-se que gênero corresponderia à concepção de uma divisão binária imposta pela sociedade, por meio da qual somente há espaço para que o indivíduo se encaixe como masculino ou feminino.

Aludida visão é resultado de um conjunto de construções sociais e culturais e insinua-se desde a primeira idade do indivíduo, por meio de instâncias como a família, a escola, a religião, as instituições médicas e os setores da sociedade em geral, tais como serviços, produtos, alimentação e outros.

Nesse sentido, para além de uma visão biológica, existe uma construção da própria sociedade em torno da classificação de um sistema binário consistente em “ser homem” ou “ser mulher”.

Desde a tenra idade, crianças pequenas buscam legitimidade nos grupos nos quais são inseridas, como escolas e creches, orientadas previamente por familiares sobre como se estabelecer como menino ou menina, conforme o sexo do corpo nato. Em verdade, é como se sem a identidade de gênero a criança não conseguisse pertencer a um grupo ou mesmo estabelecer qualquer relação interpessoal, uma vez precisar identificar o que é semelhante ou diferente.¹¹⁷

Sobre o sistema binário, masculino e feminino, ensina Berenice Bento:

O sistema binário (masculino versus feminino) produz e reproduz a ideia de que o gênero reflete, espelha o sexo e que todas as outras esferas constitutivas dos sujeitos estão amarradas a essa determinação inicial: a natureza constrói a sexualidade e posiciona os corpos de acordo com as supostas disposições naturais.¹¹⁸

Sobre o assunto, explicam as autoras Suzanne Kessler e Wendy McKenna¹¹⁹ ser o gênero fruto de uma construção social e a visão de dois sexos é um

¹¹⁷ PAECHTER, Carrie. *Meninos e meninas: aprendendo sobre masculinidade e feminidades*. Tradução: SHCMIDT, Rita Terezinha. Porto Alegre: Artmed, 2009, p. 85.

¹¹⁸ BENTO, Berenice. *O que é transexualidade*. São Paulo: Brasiliense, 2008, p. 17.

¹¹⁹ KESSLER, Suzanne. MCKENNA, Wendy. *Gender: An Ethnomethodological Approach*. Chicago: University of Chicago Press, 1978.

resultado dos métodos socialmente compartilhados e cujo uso pelas pessoas é admitido para construir determinada realidade.

Percebe-se que o termo gênero corresponde a uma construção social arbitrária e que a sociedade nomeia e inclui semanticamente sentidos ao termo.¹²⁰

A respeito do tema, o autor Marco Antonio Jorge afirma:

Se até o século XVIII o sexo era uma categoria sociológica, e não ontológica, a visão que passou a dominar a partir de então foi a da existência de dois sexos opostos e estáveis, o que levava a crer que os papéis exercidos por homens e mulheres na sociedade estavam predeterminados pelo sexo biológico e constituíam as bases da ordem social.¹²¹

Contudo, no decorrer da história, especialmente em razão dos novos cenários culturais, a discussão de gênero traz consigo a busca de um distanciamento do binarismo limitante de que ser homem ou ser mulher está associado fundamentalmente com o sexo do corpo nato.

A esse respeito, Judith Butler ensina existir uma ordem compulsória que obriga o indivíduo a encontrar coerência entre um gênero, um sexo e um desejo ou prática os quais são obrigatoriamente heterossexuais:

Gênero é uma sofisticada tecnologia social heteronormativa, operacionalizada pelas instituições médicas, linguísticas, domésticas e escolares, e que produzem constantemente corpos-homens e corpos-mulheres [...]¹²²

Contudo, a autora explica ser preciso romper com aludido padrão imposto, uma vez que, em sua visão, o gênero nada mais é que um gesto performático a

¹²⁰ Gênero na Psicologia: articulações e discussões. Disponível em: <https://www.crp03.org.br/wp-content/uploads/2015/08/Genero-na-Psicologia-articulacoes-e-discussoes.pdf>. Acesso em 13/12/2019.

¹²¹ JORGE, Marco Antonio. TRAVASSOS, Natália Pereira. *Transsexualidade, O corpo entre o sujeito e a ciência*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, pp. 20 e ss.

¹²² BUTLER, Judith P. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Tradução: AGUIAR, Renato. 8. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015, pp. 21 e ss.

produzir significados, sendo certo que é nessa performatividade que existe a abertura para contestar esse modelo binário de gênero.¹²³

Corroborando esse entendimento, o entendimento de Berenice Bento em entrevista concedida à revista do Instituto Humanitas Unisinos (IHU), por meio da qual afirmou:

Gênero está relacionado à performance, à prática e ao reconhecimento social. Para que eu seja reconhecida socialmente como uma mulher, preciso desempenhar um conjunto de práticas, de performances que possibilitam esse reconhecimento. Nesse sentido, a roupa que eu uso, o jeito que posiciono minha mão, a maneira como cruzo as pernas, são esses indicadores e visibilidades de gênero que fazem o gênero. Não existe gênero em uma estrutura corpórea, existe na prática. Nós fazemos gênero no dia a dia.¹²⁴

Nesse contexto, depreende-se que, para além do sexo biológico e das imposições socioculturais construídas historicamente, deve se observar que o conceito de gênero abarca os interesses do indivíduo, a forma e comportamento como a própria pessoa se enxerga.

Acerca do tema, não se pode ignorar importante teoria que visa desconstruir a ideia de um modelo de gênero binário, denominada Teoria Queer, cuja origem do movimento remonta ao final dos anos 1980, nos Estados Unidos, por meio da qual surgiram divergências consideradas excêntricas e esquisitas.

Sobre o conceito, Tamsin Spargo afirma em seu estudo que:

Em inglês, o termo “queer” pode ter função de substantivo, adjetivo ou verbo, mas em todos os casos se define em oposição ao “normal” ou à normalização. A teoria “queer” não é um arcabouço conceitual ou metodológico único ou sistemático, e sim um acervo de engajamentos intelectuais com as relações entre sexo, gênero e desejo sexual. Se a teoria *queer* é uma escola de pensamento, ela tem uma visão profundamente não ortodoxa de disciplina. O termo descreve uma

¹²³ BUTLER, op. cit., p. 27.

¹²⁴ BENTO, Berenice. *Transviad@s: gênero, sexualidade e direitos humanos*. Salvador: EDUFBA, 2017, pp. 107-108.

gama diversificada de práticas e prioridades críticas: interpretações da representação do desejo entre pessoas do mesmo sexo em textos literários, filmes, músicas e imagens; análises das relações de poder sociais e políticas da sexualidade; críticas do sistema sexo-gênero; estudos sobre identificação transexual e transgênero, sobre sadomasoquismo e sobre desejos transgressivos.¹²⁵

A origem dessa teoria, apesar de pouco explorada na doutrina, historicamente se dá na segunda metade da década de 1980, quando ocorreu a epidemia de AIDS nos Estados Unidos. Neste momento, uma situação de pânico tomou a população e constatou-se a recusa do governo à época, de Ronald Reagan, em adotar as devidas medidas.¹²⁶

Aludida epidemia de AIDS se tornou um catalizador para que grupos sociais começassem a se insurgir contra a política da época, totalmente conservadora, tornando-se na realidade uma abjeção:

A problemática queer não é exatamente a da homossexualidade, mas a da abjeção. Esse termo, “abjeção”, se refere ao espaço a que a coletividade costuma relegar aqueles e aquelas que considera uma ameaça ao seu bom funcionamento, à ordem social e política.¹²⁷

Nesse sentido, percebe-se não ser a teoria uma defesa da homossexualidade, sendo na verdade um movimento a recusar qualquer valor que adote uma abjeção.

Para Judith Butler, esse movimento Queer corresponde a uma nova política de gênero¹²⁸, sendo certo que o binarismo até então conhecido passa a ser contestado e desconstruído.

A história comprova, seja nos Estados Unidos ou outro país, que aos poucos as problemáticas trazidas por essa parcela da população (trabalhadores do sexo, transexuais, travestis) são importantes e que a identidade de gênero não se limita a um binômio.

¹²⁵ SPARGO, Tamsin. *Foucault e a teoria queer*. Belo Horizonte: Autêntica, 2017, p. 13.

¹²⁶ MISKOLCI, Richard. *Teoria Queer*. 2. ed. São Paulo: Autêntica, 2012, p. 24 e ss.

¹²⁷ Idem.

¹²⁸ BUTLER, Judith P., op. cit., p. 20.

A partir desse contexto e analisando de forma ampla o cenário cultural decorrente da modernidade, é possível verificar já existirem categorias que não são de fácil classificação do ponto de vista das esferas sociais e jurídicas, mas existem e devem ser consideradas.

Segundo Stuart Hall, as transformações na sociedade provocaram uma crise de identidade nas pessoas, fragmentando os indivíduos e modificando o entendimento dos seres humanos sobre si mesmos e sobre o mundo. Nesse sentido, o indivíduo que antes possuía uma identidade unificada, torna-se fragmentado ou “não resolvido” quanto a sua identidade.¹²⁹

Nesse contexto, novas identidades de gênero passam a emergir na sociedade, fruto de novos costumes e influências culturais diversificadas, sendo em verdade o gênero intimamente ligado como o modo pelo qual o indivíduo se identifica.

É certo que essas novas identidades de gênero, esses indivíduos que resistem aos discursos diários preconceituosos, a protocolos e a uma sociedade estigmatizada, sofrem e materializam suas lutas discursivas cotidianas, pois os corpos, como explica Foucault:

Não, verdadeiramente não há necessidade da mágica nem do feérico, não há necessidade de uma alma nem de uma morte para que eu seja ao mesmo tempo opaco e transparente, visível e invisível, vida e coisa: para que eu seja utopia basta que eu seja um *corpo*. Todas aquelas utopias pelas quais eu esquivava meu corpo encontravam muito simplesmente seu modelo e seu ponto primeiro de aplicação, encontravam seu lugar de origem no meu próprio corpo. Enganaram-me, há pouco, ao dizer que as utopias eram voltadas contra o corpo e destinadas a apagá-lo: elas nascem do próprio corpo e, em seguida, talvez, retornem contra ele.¹³⁰

É por esse motivo que essas pessoas merecem um olhar atento, uma maior valorização e potencialização de suas vidas, bem como sejam exploradas as várias classificações pelas quais o indivíduo pode querer escolher e nem por isso deve sofrer com as tendências transfóbicas da sociedade.

¹²⁹ HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2011, p. 47 e ss.

¹³⁰ FOUCAULT, Michel. *O corpo utópico, as heterotopias*. São Paulo: N-1, 2013, p. 11.

Nesse sentido, em que pese serem muitas as classificações atribuídas ao gênero, impende destacar algumas a fim de explorar essa problemática envolvendo a morte violenta desses indivíduos, transfobias, preconceito e o tema principal deste trabalho, qual seja, a falta de preparo dos estabelecimentos prisionais e ausência de legislação no âmbito da execução penal para essa parcela da população.

Assim, é imperioso proporcionar essa reflexão sobre as classificações que tem contribuído para reforçar estigmas e estereótipos de gênero, como se verá adiante.

3.2. Classificações de gênero

São diversas as classificações atribuídas ao gênero, contudo, apresenta-se algumas a fim de demonstrar a amplitude do tema, bem assim para que seja possível pensar em como a divisão binária imposta pela sociedade entre os gêneros masculino e feminino é uma visão totalmente ultrapassada.

Reitera-se que as definições aqui esboçadas não constituem estereótipos das identidades sexuais. O escopo não é militar pelas questões de gênero e classificações e sim, possibilitar a compreensão das diversas classificações para análise de um sistema penal fundamentado no princípio jurídico-moral da igualdade e respeito à dignidade da pessoa humana.

3.2.1. Agênero

O termo *agênero* compreende os indivíduos que não se identificam com qualquer tipo de identidade de gênero.¹³¹ A esse respeito, os autores Nicole Naiara Schmitz e Wagner Garcia Stevanelli explicam:

Há vários indivíduos que se reconhecem como não-binários, porque não assumem o papel nem de homem e nem de mulher, escolhendo um gênero neutro. Buscam dar visibilidade a essa nova identidade,

¹³¹ Entenda as 56 opções de gênero no Facebook. Disponível em: <http://www.psicanaliseanep.com.br/v1/2017/07/entenda-as-56-opcoes-de-genero-do-facebook/>. Acesso em: 16/08/2019.

baseada na experiência de cada um, encontrando seu termo e sua própria liberdade.¹³²

Não obstante tenham estes indivíduos recebido uma instrução para se delimitarem culturalmente como masculino ou feminino, quando deparados com vivências e transformações, escolhem não ter a obrigação de se adequar em uma estrutura binária de gênero.

Frise-se ainda não haver no Brasil a possibilidade de registro sem a menção do sexo (art. 55, § 2º, Lei nº 6.015/73), sendo certo que não se admite o registro de um terceiro gênero ou gênero neutro.

3.2.2. Andrógino

Consiste no indivíduo que se identifica como um terceiro gênero, uma vez que possui qualidades femininas e masculinas.¹³³

Entende-se que, esses indivíduos se identificam como *“gender benders, o que significa que estão intencionalmente distorcendo (“bending”), ou desafiando/transgredindo, os papéis de gênero estabelecidos pela sociedade”*.¹³⁴

3.2.3. Cisgênero

Aludido termo compreende a ideia de uma pessoa que possui a identidade de gênero associada a seu sexo nato, ou seja, biológico.¹³⁵

O indivíduo cisgênero, ou denominado “cis”, entendem pertencerem ao gênero relacionado ao seu nascimento, termo esse que se contrapõe ao transgênero.¹³⁶

¹³² SCHMITZ, Nicole Naiara. STEVANELLI, Wagner Garcia. *Sexo neutro: das adversidades ao reconhecimento do Teceiro Gênero*. In: Transgêneros. VIEIRA, Tereza Rodrigues. 1. ed. Brasília: Zakarewicz Editora, 2019, p. 389.

¹³³ <https://www.merriam-webster.com/dictionary/androgynous>. Acesso em: 16/08/2019.

¹³⁴ Entenda as 56 opções de gênero no Facebook. Disponível em: <http://www.psicanaliseanep.com.br/v1/2017/07/entenda-as-56-opcoes-de-genero-do-facebook/>. Acesso em: 16/08/2019.

¹³⁵ Idem.

¹³⁶ JESUS, Jaqueline Gomes. *Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos*. Brasília: EDA/FBN, 2012. Disponível em: <http://issuu.com>. p. 14. Acesso em: 16/08/2019.

Quando verificada a hipótese de coincidência entre o sexo designado no nascimento e o gênero pelo qual a pessoa é reconhecida, denomina-se esse indivíduo como cisgênero. Caso contrário, a dissonância entre o sexo biológico e a identidade de gênero pela qual a pessoa se identifica, denomina-se transgênero.

O conceito de *cisheteronormatividade* se faz presente e pode determinar os direitos de pessoas trans e de suas transformações.¹³⁷ Ou seja, consiste na pressuposição da binariedade de sexos, na expectativa de comportamentos esperados pela sociedade e a compulsoriedade da orientação sexual heterossexual representar um caráter normativo e disciplinador.

Nesse contexto, é como se os transexuais, os homossexuais, intersexuais e outros, desafiassem a ordem compulsória esperada de sexo, gênero e desejo.

Em verdade, todos os termos apontados nesse trabalho buscam demonstrar ser o gênero nada mais que uma construção social a comportar variações.

3.2.4. Gênero fluido

O gênero *fluido* compreende a ideia de que as pessoas podem ter um dinamismo em relação ao próprio gênero, alterando de acordo com o que sentir para o momento.

Sobre o conceito, explicam as autoras Virgínia Telles Schiavo Wrubel e Tereza Rodrigues Vieira:

Assim, *genderfluid* pode ser visto como a especificação de *genderqueer* que rompe, dentro dos paradigmas fixados, um em particular: o do gênero fixo. De modo que uma pessoa que se proclame gênero fluído transitará de tipos de gênero, ou, pelo menos acreditará, que isso é possível, haja vista seu interior sensitivo ao mundo e às novas formas de sentir e pensar.¹³⁸

¹³⁷ CAMPOS, Lígia Fabris. In: Transgêneros. VIEIRA, Tereza Rodrigues. 1. ed. Brasília: Zakarewicz Editora, 2019, pp. 290 e ss.

¹³⁸ WRUBEL, Virgínia Telles Schiavo. VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Gênero fluído: diversidade e proteção da identidade sexual*. In: Transgêneros. VIEIRA, Tereza Rodrigues. 1. ed. Brasília: Zakarewicz Editora, 2019, pp. 410-411.

Ainda sobre o tema, as autoras explicam que aludida categoria não se reduz ao fato de o indivíduo sentir-se momentaneamente masculino ou feminino, envolvendo várias categorias identitárias, afastando-se da ideia de binômio e podendo escolher entre perfis andróginos, bigêneros, neutros e outras nomenclaturas.¹³⁹

3.2.5. Bigênero

Consiste no indivíduo que se identifica como masculino e feminino ao mesmo tempo, sendo *“uma combinação destes dois gêneros, mas não obrigatoriamente uma repartição meio a meio, já que quem se identifica assim muitas vezes sente – e expressa – cada um desses gêneros por inteiro”*.¹⁴⁰

3.2.6. Transgênero

Trata-se de um termo genérico a fim de abarcar os indivíduos possuidores de gênero que não corresponde a seu sexo nato (aludido conceito abarca o transexual ou travesti). Em verdade, é um termo muito utilizado para abranger um grupo diversificado de pessoas que optam por não se identificar com comportamentos ou papéis esperados do gênero que lhes foi determinado quando do nascimento.¹⁴¹

Sobre o tema, Danielle Jardim Barreto afirma, *in verbis*:

[...] São vidas que inventam novos modos de existencialização, que se compõem através de outros modos de subjetivação, logo, escapam dos processos de normatização, captura e engessamento identitário.¹⁴²

A autora ainda aduz que *“a expressão dos gêneros são corporificações singulares e não podem ser narradas por outros que não sejam as próprias pessoas que se lançam na vida em dissidências de gênero, nomeadas trans”*.¹⁴³

¹³⁹ Idem, p. 411 e ss.

¹⁴⁰ Entenda as 56 opções de gênero no Facebook. Disponível em: <http://www.psicanaliseanep.com.br/v1/2017/07/entenda-as-56-opcoes-de-genero-do-facebook/>. Acesso em: 16/08/2019.

¹⁴¹ BARRETO, Danielle Jardim. *Estudos de gêneros e suas implicações nas psicologias*. In: *Transgêneros*. VIEIRA, Tereza Rodrigues. 1. ed. Brasília: Zakarewicz Editora, 2019, p. 34 e ss.

¹⁴² Op. cit., p. 34.

¹⁴³ Op. cit., p. 31-32.

Há ainda quem defenda a ideia de que em algumas espécies, humana ou mesmo outras constantes da natureza, alguns comportamentos pedem o termo *transgênero* por apresentarem comportamentos cruzados entre gêneros, sendo isso uma forma de preservação da própria espécie.¹⁴⁴

Aludido termo normalmente é utilizado para se referir a pessoas travestis e aos/às transexuais.

3.2.7. Travesti

As pessoas consideradas travestis são aquelas que se identificam como integrantes do terceiro gênero, optando por vivenciar papéis de gênero feminino ou masculino, não se reconhecendo necessariamente como homem ou mulher.¹⁴⁵

Impende destacar que, assim como na transexualidade, o termo travesti é uma expressão identitária a revelar uma divergência com as normas de gênero binárias. Contudo, destaca-se existir uma diferenciação entre a transexualidade e a travestilidade, conforme se verificar no ensinamento, *in verbis*:

As/os transexuais são pessoas que se sentem em desconexão psíquica com o sexo de seu nascimento, ou seja, há uma dissociação entre seu sexo biológico e sua identidade de gênero. As/os travestis, por sua vez, não possuem essa desconexão, embora sua identidade de gênero se volte mais para o sexo oposto, o que se verifica nas suas formas de ser, agir, vestir-se e comportar-se.¹⁴⁶

Normalmente, quando a pessoa opta por vivenciar papel de gênero feminino, referir-se à ela com os artigos no feminino é a forma mais respeitosa de tratamento.¹⁴⁷

Tanto travestis quanto transexuais carregam imensa carga de preconceitos:

¹⁴⁴ COSTA, Horácio. *Retratos do Brasil homossexual: fronteiras, subjetividades e desejos*. São Paulo: Edusp, Imprensa Oficial, 2010, p. 290.

¹⁴⁵ JESUS, Jaqueline Gomes, op. cit., p. 16, acesso em: 16 ago. 2019.

¹⁴⁶ SILVA, Assis Moreira Junior. *Diversidade sexual e inclusão social: uma tarefa a ser completada*. Franca: Lemos e Cruz, 2014, p. 86.

¹⁴⁷ JESUS, Jaqueline Gomes, op. cit., p. 17, acesso em: 16 ago. 2019.

Diferentemente do que é difundido pelas mulheres trans, travestis não querem ser identificadas como mulheres travestis. Elas reivindicam, sim, o respeito a suas vivências e individualidades, bem como o viver no gênero feminino, assim como o direito de serem respeitadas suas identidades de gêneros dentro desse universo feminino.¹⁴⁸

O Ministério da Saúde de Brasília – DF, buscou explicar de forma didática que:

Meninas transexuais, ao se sentirem femininas, começam a desejar um corpo adequado à forma de pensar: seios graciosos, curvas esculturais, pernas livres de pelos, quadris bem definidos, um rosto delicado, roupas que favoreçam sua feminilidade e, por fim, a tão “preciosa” vagina. Surge também o desejo pelos(as) parceiros(as) que as desejem e as compreendam como mulheres. Meninos transexuais, ao se sentirem masculinos, começam a desejar um corpo adequado à forma de pensar: um peitoral aberto e másculo, barba em evidência no rosto, perna peluda, voz grossa e um pênis. Surge também o desejo pelo(as) parceiro(as) que os compreendam como homens.¹⁴⁹

Contudo, destaca o estudo realizado que muitos não percebem que, ao reproduzirem seus desejos buscando identificar-se com sua verdadeira identidade de gênero, em especial adolescentes *trans*, começam a entrar em um processo psicológico que pode ser destrutivo, provocando conflitos internos e sentindo-se incompreendidos.

3.2.8. Transexual

Considera-se transexual o indivíduo que não se identifica com o gênero que lhe foi atribuído quando de seu nascimento.

¹⁴⁸ Transexualidade e Travestilidade na Saúde. Organização: Ministério da Saúde de Brasília DF, 2015, p. 9 e ss. Disponível em: https://42591db2-5171-4bc2-9173-225378cc4c25.filesusr.com/ugd/dcb2da_f83a80e5eb6b43b4bf0b964726e4f9dc.pdf. Acesso em: 17 dez. 2019.

¹⁴⁹ Idem.

A experiência transexual é mais polêmica que as demais, uma vez já ter sido considerada uma condição patológica pela Organização Mundial da Saúde, atrelada à doença mental.

Existe uma discussão acerca do termo *transexualismo*, eis remeter o sufixo “ismo” à condição de doença, sendo para tanto mais bem aceito o termo transexualidade, uma vez que conota a ideia de um modo de ser.¹⁵⁰

Contudo, sobre o assunto, destaca-se o conceito da autora Berenice Bento:

Sugiro que a transexualidade é uma experiência identitária, caracterizada pelo conflito com as normas de gênero. Essa definição se confronta com a aceita pela medicina e pelas ciências psi que a qualificam como uma “doença mental” e a relaciona ao campo da sexualidade e não ao gênero. Definir a pessoa transexual como doente é aprisioná-lo, fixá-lo em uma posição existencial que encontra no próprio indivíduo a fonte explicativa para os seus conflitos, perspectiva divergente daqueles que a interpretam como uma experiência identitária.¹⁵¹

Assim, para fins de melhor compreender o termo e os desdobramentos do assunto, aborda-se em capítulo próprio a questão controversa sobre a patologização da transexualidade, bem assim o atual entendimento dos profissionais das áreas médicas.

3.2.8. Intersexual

Impende esclarecer que os indivíduos denominados intersexuais não se confundem com os transexuais, uma vez serem pessoas que já nascem com características tanto do sexo masculino quanto do feminino, sendo uma genitália ambígua ou uma que não corresponde aos seus cromossomos.¹⁵²

Ligia Fabris Campos explica, citando um estudo realizado por Julie Greenberg, que:

¹⁵⁰ JORGE, Marco Antonio. TRAVASSOS, Natália Pereira, op. cit., pp. 23 e ss.

¹⁵¹ BENTO, Berenice, op. cit., pp. 19 e ss.

¹⁵² CAMPOS, Ligia Fabris, op. cit., pp. 290 e ss.

Do ponto de vista médico, o sexo é formado a partir de uma série de fatores, como sexo cromossomial ou fator genético, sexo gonadal, sexo morfológico, interno, genitália, sexo hormonal, sexo fenotípico, sexo atribuído/gênero de criação e sexo autopercebido. A intersexualidade, presente em cerca de 2% da população mundial, ocorre quando uma ou mais características sexuais são incongruentes ou fora do padrão.¹⁵³

Como se vê, a intersexualidade é vista como um problema médico de má formação genital, o qual pode impedir a definição do sexo ao nascer, sendo certo não ser possível confundi-la com o transexualidade.

Não obstante, a questão não deixa de ser curiosa, uma vez que a complexidade de nascer com a genitália fora do padrão ou incongruente, pode gerar na criança diversos problemas psicológicos, sendo imperioso um acompanhamento desde a tenra idade a fim de ter um processo da constituição psíquica e de identificação sexual.

3.3. Despatologização do gênero

Circulam nas esferas e relações sociais argumentos em defesa da patologização do gênero. O indivíduo transexual sofre a denominada violência de gênero por fugir do padrão imposto pela sociedade, tendo sido outrora categorizado como portador da patologia “transtorno de identidade de gênero”.¹⁵⁴

A esse respeito, cumpre esclarecer que os registros da psiquiatria apontam que a primeira descrição de um caso semelhante à transexualidade foi por Esquirol, o qual teria classificado um homem, que acreditava ser uma mulher e assumia a postura feminina, como *démonomanie* (“demoniomania”).¹⁵⁵

A questão do indivíduo se posicionar como homem ou mulher é culturalmente antiga, sendo possível identificar em diferentes regiões e países, por exemplo, as hijras da Índia que *“apresentam como característica essencial hábitos, traços, sentimentos e comportamentos considerados pertencentes ao sexo oposto.*

¹⁵³ CAMPOS, Ligia Fabris, op. cit., pp. 51-73, 2006.

¹⁵⁴ COSTA, Fabrício Veiga. *A problemática jurídica da transexualidade infantil para além do binarismo*. In: Transgêneros. VIEIRA, Tereza Rodrigues. 1. ed. Brasília: Zakarewicz Editora, 2019, p. 45 e ss.

¹⁵⁵ JORGE, Marco Antonio. TRAVASSOS, Natália Pereira, op. cit., pp. 23 e ss.

Eram homens castrados e submetidos a imperadores mongóis islâmicos para cuidar de seus haréns".¹⁵⁶

Contudo, para além de uma questão cultural, a necessidade do indivíduo assumir em seu corpo físico as insígnias femininas ou masculinas por meio de cirurgias ou mesmo hormonioterapias se deu com o avanço tecnológico e da ciência no mundo contemporâneo.

Nesse sentido, a partir da segunda metade do século XIX identifica-se uma vontade da ciência classificar *“os desvios vinculados tanto às práticas sexuais com pessoas do mesmo sexo, quanto às transgressões dos códigos de reconhecimento social”*.¹⁵⁷

Consta na literatura médica ter o médico endocrinologista Harry Benjamin, sido o primeiro a estudar o transexualismo, situação esta para a qual até então não havia uma terminologia específica.¹⁵⁸

Assim, em 1953, Harry Benjamin criou o conceito de transexualismo cuja definição era: *“homem ou mulher biologicamente normal (o diagnóstico é excluído no caso de intersexualidade), porém profundamente infeliz com o sexo – ou gênero – de nascimento, designado a partir da genitália”*.¹⁵⁹

Ademais, aludido médico propôs à época que fossem realizados tratamentos hormonais para essas pessoas, bem assim uma adequação ao convívio sexual e, por fim, caso necessário, intervenção cirúrgica.¹⁶⁰

Sobre a cirurgia de transgenitalização, as autoras Berenice Bento e Larissa Pelúcio explicam que Harry Benjamin fornecia bases para esse diagnóstico da seguinte forma:

O critério fundamental para definir o “transexual verdade” seria a relação de abjeção, de longa duração, com suas genitálias. Para evitar que cometam suicídio, as cirurgias deveriam ser recomendadas a

¹⁵⁶ Idem.

¹⁵⁷ CELESTINO, Aline do Couto. *A alteração de registro civil das pessoas transexuais: fundamentos jurídicos e cenário na jurisprudência brasileira*. São Paulo: 2017, p. 30.

¹⁵⁸ ÁVILA, Simone. *Transexualidade e movimento transgênero na perspectiva da diáspora queer*. Disponível em: <http://nigs.paginas.ufsc.br/files/2012/01/TRANSEXUALIDADE-E-MOVIMENTO-TRANSGÊNERO-NA-PERSPECTIVA-DA-DIÁSPORA-QUEER>. Acesso em: 17 ago. 2019.

¹⁵⁹ JORGE, Marco Antonio. TRAVASSOS, Natália Pereira, op. cit., p. 25.

¹⁶⁰ Idem.

partir de um rol de procedimentos arrolados por Benjamin em sua obra seminal.¹⁶¹

No ano de 1971, foi criada em Baltimore a Clínica de Identidade de Gênero do Hospital Johns Hopkins a fim de prestar serviços voltados às questões de transexualidade. Na mesma época, aparecem as chamadas clínicas de identidade de gênero que tinham como escopo mensurar a “masculinidade” e a “feminilidade” por meio da aplicação de testes, sendo esse procedimento uma forma de verificar se a pessoa transexual poderia passar por uma transformação, um processo transexualizador com indicação de cirurgia ou terapias de comportamento.¹⁶²

Impende destacar que, não obstante a constante luta de movimentos feministas e de pessoas homossexuais em defesa do transexualismo, a partir de 1987 a vivência transexual recebe oficialmente o rótulo de patologia, classificada como transexualismo, no Manual Diagnóstico e Estatístico das Desordens Mentais (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders – DSM III*).¹⁶³

O termo transexualismo foi alterado algumas vezes, por exemplo, para desordem da identidade de gênero, mas não deixou de ser considerado uma patologia ao longo dos anos.

Foram realizados fóruns de discussões para o assunto, sempre polêmico, sendo tendo o Conselho Regional de Psicologia, em 2012, lançado uma campanha de apoio a essa população por meio do Manifesto pela Despatologização das Identidades Trans.¹⁶⁴

A esse respeito, impende destacar o posicionamento do Conselho Federal de Psicologia que:

O Conselho Federal de Psicologia considera as expressões e identidades de gênero como possibilidades da existência humana, as quais não devem ser compreendidas como psicopatologias, transtornos mentais, desvios ou inadequações. Segundo o CFP,

¹⁶¹ BENTO, Berenice. PELÚCIO, Larissa. *Despatologização do gênero: a politização das identidades abjetas*. Revista Estudos Feministas, Florianópolis, v. 20, n. 2, maio/ago. 2012, p. 581.

¹⁶² JORGE, Marco Antonio. TRAVASSOS, Natália Pereira, op. cit., pp. 23 e ss.

¹⁶³ CASTEL, Pierre Henri. *Algumas reflexões para estabelecer a cronologia do “fenômeno transexual”*. Revista Brasileira de História, São Paulo, v. 21, n. 41, 2001, p. 77 e ss.

¹⁶⁴ SANTOS, Raphael Prieto. *Direito e Psicologia: reconhecimento e legitimação da autodeterminação da pessoa trans*. In: Transgêneros. VIEIRA, Tereza Rodrigues. 1. ed. Brasília: Zakarewicz Editora, 2019, p. 343 e ss.

expressão de gênero refere-se ao modo como cada sujeito revela-se a partir do que a cultura estipula como sendo ditame do feminismo, do masculino ou de outros gêneros.¹⁶⁵

Finalmente, no ano de 2018, a Organização Mundial da Saúde anunciou o CID 11, tendo removido da sua classificação oficial de doenças o que se denominava “transtorno de identidade de gênero”, por meio da qual se considerava uma doença mental a escolha das pessoas transexuais, uma vez não se identificarem com o gênero de seu nascimento.¹⁶⁶

Nesse sentido, a nova classificação da CID 11 sobre pessoas trans foi incluída no capítulo de saúde sexual e não mais na de transtornos mentais, sendo denominada de “incongruência de gênero”. Para a Organização Mundial da Saúde é imperioso não retirar totalmente o termo, uma vez que isso garante o acesso da população trans à saúde e reduz o estigma e discriminação.

Frise-se que a nova lista com as classificações¹⁶⁷ passa a valer oficialmente a partir de 1º de janeiro de 2022 para todos os Estados Membros das Nações Unidas.

3.4. Diferenças entre sexo, orientação sexual e gênero

Impende destacar não poder o gênero ser confundido com a orientação sexual do indivíduo, tampouco com o sexo.

Isso porque, a noção de sexo é atribuída ao sexo biológico do indivíduo, sendo a diferenciação o órgão genital masculino ou feminino. Ou seja, trata-se de uma perspectiva estritamente biológica, que diz respeito a sua conformação anatômica e física, o que inclui a verificação de fatores genéticos (cromossomos femininos ou masculinos), órgãos genitais e aspectos físicos externos no geral.

Por outro lado, conforme abordado em capítulo próprio, o gênero corresponde a forma como o indivíduo se constrói e se identifica perante a sociedade, incluindo seu comportamento, a sua vestimenta, a forma como se porta perante a sociedade no geral.¹⁶⁸

¹⁶⁵ Idem.

¹⁶⁶ Disponível em: <https://nacoesunidas.org/oms-retira-a-transexualidade-da-lista-de-doencas-mentais/>. Acesso em: 17/08/2019.

¹⁶⁷ Disponível em: <https://icd.who.int/en/> Acesso em: 17/08/2019.

¹⁶⁸ “‘gender expression’ as each person’s presentation of the person’s gender through physical appearance – including dress, hairstyles, accessories, cosmetics – and mannerisms, speech,

Aludida ideia de gênero adota como parâmetro o modo de ser da mulher e do homem em suas relações sociais, buscando traduzir o sentimento individual de pertencimento dessa pessoa, seja no universo masculino ou no feminino, podendo esse desejo coincidir ou não com o sexo biológico.

Neste ponto, ressalta-se que o indivíduo pode coincidir o seu sexo biológico designado quando do nascimento e o gênero pelo qual a pessoa é reconhecida (cisgênero) ou ter uma diferença entre seu sexo biológico e a identidade de gênero escolhida (transgênero).

Por sua vez, a orientação sexual se refere aquilo que provoca interesse e desejo sexual no indivíduo. Nesse sentido, a pessoa pode se sentir atraída por alguém do gênero oposto ao seu (heterossexual) ou alguém do mesmo gênero (homossexual).¹⁶⁹ Para além dessas opções, a pessoa pode escolher ser bissexual (atração por ambos os sexos) ou assexual (que consiste na indiferença a ambos os sexos).

Impende destacar que, no tocante à orientação sexual, as pessoas transexuais podem apresentar inúmeras variações, assim como as pessoas heterossexuais. Ou seja, podem ser gays, bissexuais, assexuais, etc.

Isso porque, a sexualidade humana envolve os aspectos íntimos da natureza, desejo, personalidade e vocações afetivas e amorosas da própria pessoa.

A Organização Mundial da Saúde aborda essa questão, com base no documento “Sexual Health Human Rights and Law” que dispõe que:

A sexualidade é um aspecto central do ser humano ao longo da vida; abrange identidades e papéis de gênero, relações sexuais, orientação, erotismo, prazer, intimidade e reprodução. A sexualidade é experimentada e expressa em pensamentos, fantasias, desejos, crenças, atitudes, valores, comportamentos, práticas, papéis e relacionamentos. Enquanto a sexualidade pode incluir todas essas dimensões, nem todos eles são sempre experientes ou expressos. A

behavioural patterns, names and personal references, and noting further that gender expression may or may not conform to a person’s gender identity;”. The Yogyakarta Principles plus 10: additional principles and state obligations on the application of International Human Rights law in relation to sexual orientation, gender identity, gender expression. And sex characteristics to complement the Yogyakarta Principles. Disponível em: http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2017/11/A5_yogyakartaWEB-2.pdf. Acesso em 16/08/2019, p. 6.

¹⁶⁹ POLEZZE, Rogério Volpatti. *Políticas Públicas para minorias sexuais: características e perspectivas no direito brasileiro*. São Paulo: s.n, 2015, p. 56.

sexualidade é influenciada pela interação de fatores biológicos, psicológicos, sociais, econômico, político, cultural, jurídico, histórico, fatores religiosos e espirituais.¹⁷⁰ (tradução livre)

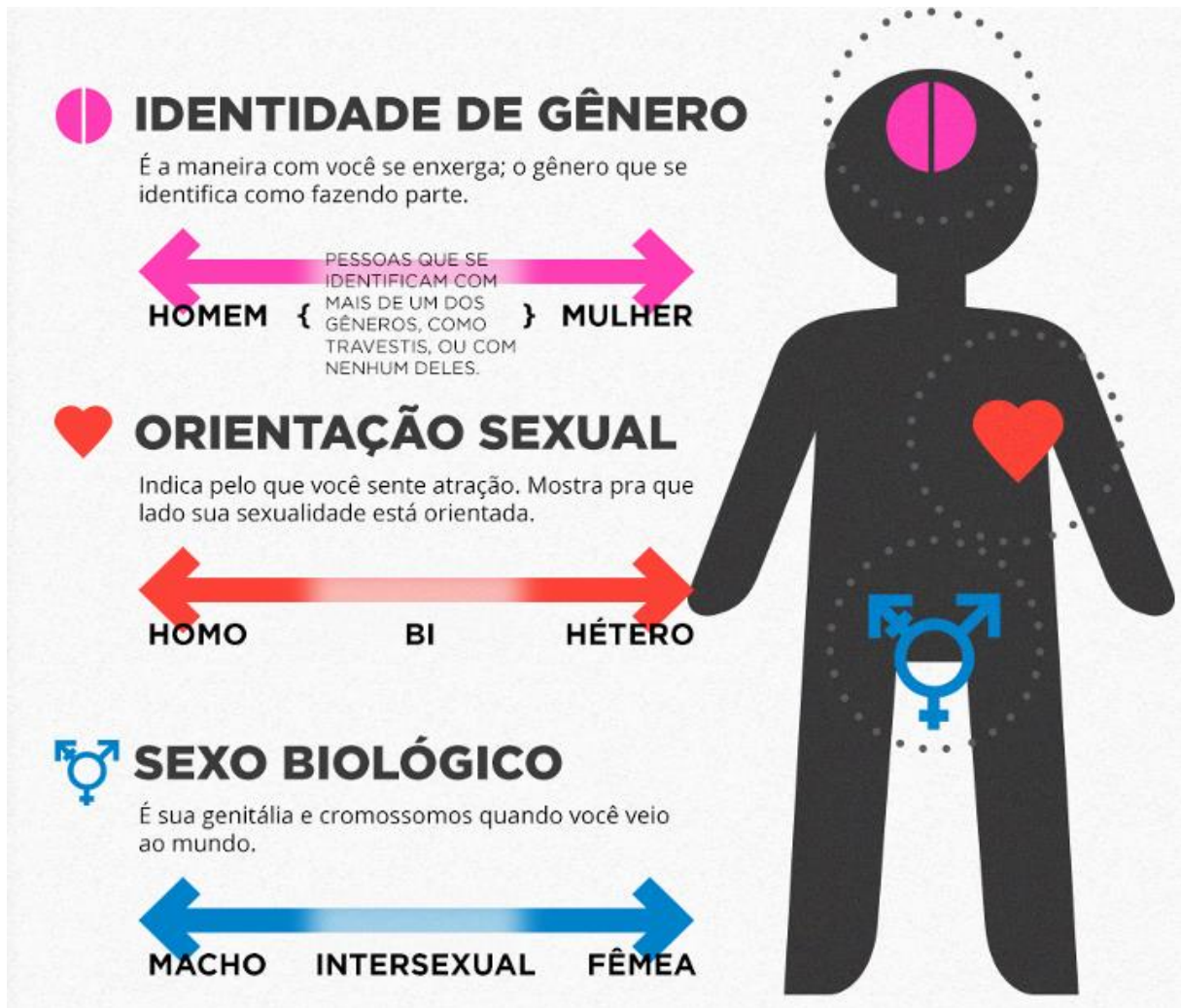
De modo mais claro, diferencia-se da seguinte forma: identidade de gênero refere-se à identificação da própria pessoa, ou seja, com qual gênero se identifica, sendo a orientação sexual a sua atração afetivo-sexual.¹⁷¹

A fim de ilustrar e corroborar o que se aborda, a imagem abaixo¹⁷²:

¹⁷⁰ "Sexuality is a central aspect of being human throughout life; it encompasses sex, gender identities and roles, sexual orientation, eroticism, pleasure, intimacy and reproduction. Sexuality is experienced and expressed in thoughts, fantasies, desires, beliefs, attitudes, values, behaviours, practices, roles and relationships. While sexuality can include all of these dimensions, not all of them are always experienced or expressed. Sexuality is influenced by the interaction of biological, psychological, social, economic, political, cultural, legal, historical, religious and spiritual factors" Sexual Health Human Rights and Law. Disponível em: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/175556/9789241564984_eng.pdf;sequence=1. Acesso em: 17/12/2019.

¹⁷¹ CAMPOS, Lígia Fabris. *Pessoas Trans* no Brasil e na Alemanha: a Cisheteronormatividade entre Dano e Bem-estar*. In: Transgêneros. VIEIRA, Tereza Rodrigues. 1. ed. Brasília: Zakarewicz Editora, 2019, p. 292.

¹⁷² Disponível em: <https://lgbt-mundo-afora.com/orientacao-sexual-e-identidade-de-genero/>. Acesso em 17 dez 2019.



Para além disso, a fim de exemplificar de modo concreto: se uma mulher transexual se sente atraída afetivo-sexualmente por homens, considera-se que sua orientação sexual é heterossexual. Do contrário, caso sinta-se atraída por mulheres, sua orientação é homossexual, uma vez dar-se seu interesse afetivo em pessoas do mesmo gênero.¹⁷³

Há ainda conceito denominado pansexual, o qual consiste na pessoa que é sexual e emocionalmente romântica, sendo atraída por outras pessoas independentemente do seu sexo de nascimento, sua orientação sexual ou seu gênero.

174

Impende esclarecer que os transexuais, foco da análise desse trabalho, são do ponto de vista médico e tradicional definidos como pessoas que possuem um

¹⁷³ JESUS, Jaqueline Gomes, op. cit., pp. 8 e ss., acesso em: 16 ago. 2019.

¹⁷⁴ BOLIN, Anne. RICE, Kim. WHELEHAN, Patrícia. *The international Eyclopedia of Human Sexuality*. Hoboken: Wiley Blackwell, 2015, p. 5.

sexo biológico claro (gênero que lhes foi determinado quando do nascimento), mas, sentem que sua identidade de gênero (o sexo psíquico) não corresponde ao seu físico, ou seja, se identificam como pertencentes ao sexo oposto.¹⁷⁵

A fim de deixar ainda mais claro: pessoas “trans” (abarcando transexuais, travestis, transgêneros, e outros) desejam a passagem de um gênero para o outro oposto ao seu, formalmente e juridicamente, ou reivindicam e desejam transitar entre gêneros de forma livre.

A problemática sobre o tema é ampla, uma vez poder a questão ser vista sobre diversos prismas. Por exemplo, existe uma polêmica na sociedade se um casal heterossexual entende que gostaria de ficar juntos depois que o parceiro revela uma identidade transgênero e decide se submeter a uma cirurgia de redesignação sexual. A orientação sexual das parceiras não muda necessariamente (pelo menos não em ação), mas certamente sua apresentação sexual muda.

Nesse sentido, indaga-se se essa pessoa passa a ser vista como homossexual (lésbica) e o parceiro cisgênero deve lidar com o fato de que sua orientação também não corresponde à sua apresentação. Isso demonstra a dificuldade em abarcar e compreender as dimensões de gênero, orientação e apresentação sexual.

Cumpra ainda refletir a respeito da orientação de gênero de alguém, que pode diferir do gênero que os outros atribuem a essa pessoa. Tomemos, por exemplo, uma mulher trans de homem para mulher que, por causa de suas inevitáveis características masculinas (como a altura extrema, pelos faciais etc.) são percebidas por outros como masculinas.

Esse fato não muda sua orientação de gênero, pois ela ainda pode sentir-se como uma mulher em todos os sentidos da palavra. Contudo, apesar de como ela se sente, sua apresentação (mesmo que não intencionalmente) aos outros é percebida como homem. Assim, a orientação e apresentação de gênero são duas dimensões muito diferentes, ainda que relacionadas, do termo mais amplo gênero.

Dentro desse contexto, o escopo desse trabalho busca apoiar que, independentemente das características exteriores apresentadas por determinado indivíduo, a forma como a pessoa se enxerga e o gênero por ela escolhido devem

¹⁷⁵ CAMPOS, Lígia Fabris, op. cit., p. 291.

prevalecer acima de tudo, tendo seus direitos respeitados nesse sentido e não sendo de forma alguma discriminado.

3.5. Da vedação à discriminação de identidade de gênero

Sobre o polêmico tema, não é demais ressaltar ainda existir muito preconceito e discriminação tanto em relação ao gênero como no que tange a orientação sexual. Sobre preconceito e discriminação, o autor Roger Raupp Rios ensina:

Por preconceito, designam-se as percepções mentais negativas em face de indivíduos e de grupos socialmente inferiorizados, bem como as representações sociais conectadas a tais percepções. Já o termo *discriminação* designa a materialização, no plano concreto das relações sociais, de atitudes arbitrárias, comissivas ou omissivas, relacionadas ao preconceito, que produzem violação de direitos dos indivíduos e dos grupos. O primeiro termo é usado largamente nos estudos acadêmicos, principalmente na psicologia e muitas vezes nas ciências sociais; o segundo, mais difundido no vocabulário jurídico.¹⁷⁶

O autor explica que dois campos do saber se aprofundaram no estudo da natureza e dinâmica do preconceito e discriminação: a psicologia e a sociologia, sendo certo que a primeira busca analisar a dinâmica interna das pessoas a fim de verificar as raízes do preconceito e *“podem ser divididas em dois grandes grupos: as teorias do bode expiatório e as teorias projetionistas”*.¹⁷⁷

Em breve síntese, a teoria do bode expiatório busca uma projeção daquele que se sente frustrado elegendo certos indivíduos, os quais identificam como culpados ou até mesmo causadores de situação de mal-estar. Por outro lado, a teoria projetionista refere-se aos indivíduos que, em conflito interno, buscam uma solução por meio de projeção a outros grupos ou pessoas, destinando a esses um tratamento desfavorável, inclusive violento fisicamente.¹⁷⁸

¹⁷⁶ RIOS, Roger Raupp. *Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 15.

¹⁷⁷ Idem, p. 16.

¹⁷⁸ Idem, p. 16-17.

No que tange à sociologia, Roger Raupp Rios explica que por meio de uma ideia de estigma que algumas relações se pautam. Destaca em seu pensamento o seguinte ponto a nos chama atenção:

Quanto à perspectiva marxista tradicional, preconceito e discriminação seriam produtos e manifestações das reais condições que mantêm, refletem, criam e recriam a alienação humana; na base de tais condições, a dinâmica própria da sociedade capitalista.¹⁷⁹

Impende ressaltar que, independentemente da orientação sexual optada ou mesmo da identidade de gênero adotada, resta evidente a imperiosa necessidade de se vetar qualquer tipo de preconceito e discriminação.

A Constituição Federal de 1988 proibiu de forma expressa a discriminação de qualquer tipo seja por raça, cor, sexo e qualquer outra forma de discriminação (art. 3º, IV). Ou seja, evidentemente o Estado não deve permitir haver discriminações, inclusive quanto à orientação sexual e à identidade de gênero. Até porque, de igual forma, a Constituição federal ressalta a dignidade da pessoa humana como um dos seus fundamentos (art. 1º, III), entretanto, nada se fez no Legislativo Federal no que concerne ao combate ao preconceito com base na orientação sexual.

Impende destacar que o Brasil é um dos países pioneiros no ranking global no número de homicídios de pessoas transexuais, sendo certo que essas pessoas sofrem diariamente todo tipo de violência tais como ameaças, lesões corporais, além de uma evidente rejeição social refletida nos índices crescentes de preconceito, crimes contra a vida e outros¹⁸⁰. Sobre o tema, Roger Raupp aduz:

O Brasil é conhecido como um dos países em que há o maior número de assassinatos por orientação sexual [...] de que a cada dois dias uma pessoa é assassinada no Brasil em função de sua orientação sexual, informação absolutamente avassaladora.¹⁸¹

Corroborando o entendimento, a visão de Alexandre Gustavo Bahia:

¹⁷⁹ Idem, p. 16-18.

¹⁸⁰ Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/up>. Acesso em 13/12/2019, p. 30.

¹⁸¹ RIOS, Roger Raupp, op. cit, p. 155.

Mas a homofobia no Brasil também mata: um homossexual a cada três dias é morto de forma violenta em razão de sua sexualidade. Isso coloca o Brasil no topo dos mais homofóbicos do mundo. Dia 01/07 completa uma semana do assassinato bárbaro de Alexandre Ivo, um adolescente de 14 anos morto com pauladas e enforcamento em São Gonçalo – RJ por skinheads – grupo que prega a “fobia” contra gays, negros, nordestinos, etc. O jovem voltava para casa. Enquanto isso o Congresso brasileiro tem em mãos desde 2006 um Projeto de Lei que inclui os homossexuais entre os protegidos contra o crime de racismo e discriminação, impondo penas mais severas que as hoje existentes, mas, mais do que isso, reconhecendo ser este um problema, uma questão que deve merecer tratamento específico por parte do Estado. Ao que tudo indica, entretanto, nossos parlamentares não estão muito interessados em aprovar o PL este ano – ou, quiçá, em qualquer época, inclusive porque setores religiosos são contra o projeto, argumentando que a liberdade religiosa seria limitada, o que não nos parece fazer sentido, pois, um discurso que seja estritamente religioso pode/deve ser protegido pela Constituição; entretanto, se alguém em nome de Deus (?) promove bullying, discurso de ódio, tais atitudes/manifestações sempre foram ilícitas.¹⁸²

A respeito da discriminação, o Escritório do Alto Comissariado da ONU para os Direitos Humanos (ACNUDH) lançou interessante cartilha sobre orientação sexual e identidade de gênero no direito internacional dos direitos humanos. Em sua edição em português, realizada pelo Escritório do Programa Conjunto das Nações Unidas sobre HIV/Aids (UNAIDS) no Brasil, reitera-se a ideia de que a discriminação abarca tanto a orientação sexual quanto a identidade de gênero:

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais incluem listas de condições proibidas para discriminação em suas garantias de não discriminação. Estas listas não incluem explicitamente “orientação sexual” ou “identidade de gênero”, mas todas terminam com as palavras “qualquer outra

¹⁸² BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Homofobia no Brasil*. A Tribuna Pousoalegrense, Pouso Alegre, v. 240, p. 6, 03/07/2019.

condição”. O uso da expressão “qualquer outra condição” mostra que as listas tinham o objetivo de serem abertas e ilustrativas: em outras palavras, os motivos de discriminação não estão fechados.¹⁸³

Como se vê, não há uma efetiva proteção legal às minorias sexuais, apenas tentativas de proteção (por meio de cartilhas, por exemplo). Isso demonstra ser absurdo que um sistema considerado democrático, como o brasileiro, possa aceitar tal situação, uma vez existir uma nítida exclusão social, a qual acarreta na degradação do ser humano em suas manifestações e desejos, com o conseqüente afastamento das minorias da discussão política e do amparo aos seus direitos.

Isso visto de um modo geral. No que tange ao âmbito desse trabalho, o qual se volta a questão da execução da pena, a autora considera ainda pior o cenário da população transgênero, eis tornar-se a discriminação ainda mais odiosa e a inferiorização ainda maior – pelo fato dessa população estar encarcerada – sendo maior a perversidade no tratamento a esses seres humanos e ocorrendo uma estigmatização injusta e lesiva.

A expressão da orientação sexual e identidade de gênero, implicam essencialmente em respeito à dignidade da pessoa humana, independentemente da pessoa estar encarcerada ou não, sendo certo que, no contexto desse trabalho, por qualquer prisma analisado, a conclusão tomada é de que todo ser humano deve cumprir sua pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado (art. 5º, XLVIII, da CF), bem assim vedando-se o tratamento desumano e degradante (art. 5º, III, da CF), independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero.

¹⁸³ Nascidos livres e iguais: orientação sexual e identidade de gênero no Regime Internacional de Direitos Humanos. Disponível em: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes_Portuguese.pdf. Acesso em 16/08/2019, p. 41.

4. EXECUÇÃO PENAL E IDENTIDADE DE GÊNERO *IN CONCRETO*

Muito embora exista previsão expressa sobre o princípio da igualdade e sobre o tratamento digno a ser destinado aos presos, é certo que a realidade do cárcere para o transexual ou travesti é mais árdua, uma vez tratar-se de um segmento social vulnerável, com supressões de direitos e sujeitos as mais variadas formas de violência.

Esse grupo, ao cumprir pena nos estabelecimentos prisionais do Brasil, acabam submetidos a variadas formas de violências, desde a ausência de uma ala específica nos estabelecimentos prisionais, ao modo como os agentes públicos que atuam nos presídios os tratam, com discriminação e preconceito.

A título de exemplo, salta aos olhos o relato da transexual que contou que com apenas 19 anos dividiu cela com 100 homens e mais 2 travestis, sendo certo que neste período foi estuprada diariamente e somente conseguiu transferência quando comprometeu-se a lavar roupas e coturnos policiais.¹⁸⁴

Ainda, estão sujeitos a serem violentados por outros presos, a ter o cabelo raspado, a não receberem o tratamento com hormônios a que tem direito, muitas vezes não tendo acesso a exames médicos, com constante assédio e violência física e psicológica.

Nesse contexto, visando o aprofundamento do assunto, primeiramente buscou-se levantar o histórico da regulação dos direitos transexuais no Brasil e, posteriormente, o estudo busca abordar concretamente os dados gerais da população privada de liberdade no Brasil, com o escopo de traçar o perfil dos custodiados no país, ressaltando as condições e números em relação a população transgênero.

4.1. Regulação dos direitos transexuais no Brasil

Antes de iniciar o tema, impende destacar não se compartilhar da visão de ser a transexualidade uma patologia, de modo não se concordar com todos os termos utilizados nas resoluções médicas que serão citadas. Contudo, a fim de demonstrar a

¹⁸⁴ Transexual denuncia estupros diários na prisão. Disponível em: <https://www.noticiasaoiminuto.com.br/justica/535247/transexual-denuncia-estupros-diaros-na-prisao>. Acesso em 16/08/2019, p. 41.

evolução do assunto faz-se necessário pontuar e demonstrar como foi difícil a luta para que essa população tivesse seus direitos respeitados no país.

Impende destacar que, até o ano de 1997, a população transgênero não tinha seus direitos reconhecidos no Brasil. Isso porque, não obstante tenha a Constituição Federal salvaguardado os direitos das pessoas como um todo, não há qualquer legislação específica sobre o tema destinada a essa população.

De proêmio, cumpre destacar que realizar a cirurgia de transgenitalização era considerado ilícito civil e até mesmo criminal, podendo se enquadrar na tipificação de lesão corporal. A esse respeito, esse trabalho traz como exemplo o caso envolvendo o médico Roberto Farina, o qual foi denunciado e condenado por lesão corporal dolosa, conforme disposto no art. 129, §2º, III, do Código Penal, uma vez ter realizado cirurgia de redesignação de sexo.¹⁸⁵

Na visão do órgão ministerial do Estado de São Paulo, o médico teria realizado procedimento equivalente à mutilação, ainda que com o consentimento do paciente. Após condenação em primeira instância, a defesa do médico recorreu demonstrando tratar-se de cirurgia reparadora, tendo sido prolatado acórdão, aos 6 de novembro de 1979, por meio do qual a 5ª Câmara do Tribunal, por votação majoritária, deu provimento ao pedido da defesa e absolveu o médico.¹⁸⁶

Contudo, a polêmica em torno do assunto sempre prevaleceu no Brasil, tendo havido tentativas de alteração do Código Penal, a fim de constar a expressa previsão legal sobre a possibilidade de retirada de órgão, caso necessária em parecer unânime da junta médica, bem assim com o consentimento do paciente.¹⁸⁷

Aludida previsão visava assegurar aos médicos a possibilidade de realizar a cirurgia de transgenitalização sem incorrer em ilícito penal. Contudo, em que pese a aprovação no Congresso Nacional, o Projeto de Lei nº 1.909-A¹⁸⁸, de 1979, foi vetado pela Presidência da República.

Não obstante, mesmo sem previsão expressa no Código Penal ou legislação, no ano de 1997, o Conselho Federal de Medicina publicou a Resolução nº

¹⁸⁵ CAMPOS, Lígia Fabris, op. cit., pp. 293 e ss.

¹⁸⁶ Disponível em: <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=93017>. Acesso em: 18 de ago. 2019.

¹⁸⁷ CAMPOS, Lígia Fabris, op. cit., pp. 293 e ss.

¹⁸⁸ Aludido PL incluiria o § 9º do art. 129 do Código Penal a seguinte redação: “Não constitui fato punível a ablação de órgãos e partes do corpo humano, quando considerada necessária em parecer unânime da Junta médica e precedida de consentimento expresso de paciente maior e capaz”.

1.482¹⁸⁹, a qual autorizava, a título experimental, a realização de cirurgia de transgenitalização como tratamento dos casos de transexualismo, de modo a não criminalizar a conduta.

Posteriormente, aludida resolução foi alterada, sendo a última regulação sobre o tema a Resolução nº 1.955/2010¹⁹⁰, a qual dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo, confirmando a possibilidade de realização dessa operação.

Sob esse viés, verifica-se que antes mesmo de qualquer alteração na legislação ou avanço do ponto de vista jurídico, já houve um consenso médico a respeito de medidas destinadas a esse tema, propondo acesso a recursos técnicos e tratamentos com hormônios.¹⁹¹

O reconhecimento de direitos, jurídica e socialmente, das pessoas trans caminhou de forma morosa. Além disso, até a despatologização do gênero (que se deu somente no ano de 2018, conforme capítulo anterior), a operação, apesar de permitida, era considerada um tratamento para uma patologia.

Por esse prisma, até a conotação dada para o assunto era negativa, uma vez que a opção do indivíduo transexual – seu direito – era visto como um transtorno psiquiátrico, configurando um estigma preconceituoso e discriminatório.

Neste ponto impende destacar ter sido realizado um estudo norte americano, por meio do qual restou demonstrado que o respeito ao nome de pessoas trans diminui drasticamente as taxas de suicídio e de depressão desses indivíduos. Aludidos pesquisadores concluíram que quem pode escolher seu próprio nome apresenta 71% menos sintomas de depressão nesses indivíduos e 34% menos taxas de suicídio¹⁹².

Como se vê, na opinião desta autora, a simples possibilidade de retificação do nome da pessoa, o respeito ao seu livre arbítrio na escolha de como gostaria de se identificar, trata-se de um aspecto de saúde pública, prevenção ao suicídio e adoecimento do ser humano, o que deve ser levado em conta de modo a enaltecer,

¹⁸⁹ Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1482_1997.htm. Acesso em: 19/08/2019.

¹⁹⁰ Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm. Acesso em: 19/08/2019.

¹⁹¹ Impende destacar que atualmente é preciso ter 18 anos para se submeter à cirurgia de transgenitalização, sendo imperioso o acompanhamento de equipe multidisciplinar por dois anos. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt2803_19_11_2013.html Acesso em: 19/08/2019.

¹⁹² Guia para retificação do registro civil de pessoas não cisgêneras. Disponível em: https://42591db2-5171-4bc2-9173-225378cc4c25.filesusr.com/ugd/dcb2da_dc3541f16d714db29ba85063c5cdab99.pdf. Acesso em: 17/12/2019.

uma vez mais, a importância do respeito à dignidade da pessoa humana em relação ao nome e ao gênero.

Não é demais ressaltar a falta de harmonia e de uma jurisprudência pacífica no tocante à retificação do registro civil da população transgênero junto aos Tribunais brasileiros.

Em razão da grande quantidade de julgados encontrados a respeito do tema quando da realização desse trabalho, optou-se por pontuar o posicionamento do STF até o momento sobre o assunto.

Destaca-se, para tanto, três ações que versam sobre a questão, quais sejam: Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.275/DF, Recurso Extraordinário (RE) 670.422/RS e Recurso Extraordinário 845.779/SC.

A que trouxe mudança significativa até o momento foi a ADI 4.275/DF, de iniciativa da Procuradoria Geral da República, a qual teve como escopo fosse declarado inconstitucional o art. 58, da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73), a qual estabelece a imutabilidade do prenome.

Aludida iniciativa buscava possibilitar a alteração do prenome e também do sexo no registro de pessoas trans, sem a necessidade de cirurgia para tanto. Isso porque, até essa decisão, para que fosse alterado o prenome e estado sexual, era necessária a intervenção cirúrgica.

Em breve síntese, a Procuradoria Geral da República sustentou que a cirurgia não atribuiu ao indivíduo a condição sexual e sim a sua autopercepção, sendo necessária a proteção dessas pessoas de tal sorte a não ser exposta ao ridículo por conta do seu, lhe sendo assegurada a sua identidade de gênero.

Aludida inicial trouxe importantes argumentos no sentido de permitir a mudança de nome dessas pessoas, a fim de evitar situações vexatórias e em respeito à pessoa humana.

Em votação a respeito do tema, majoritariamente, o plenário julgou procedente a ação para dar ao art. 58, da Lei 6.015/73, interpretação conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica, 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.¹⁹³

¹⁹³ Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371>. Acesso em 19/08/2019.

Aos 29 de junho de 2018, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) regulamentou essa decisão do STF, por meio do Provimento nº 73, tornando públicas as regras para realização da alteração do nome e gênero das pessoas trans junto aos cartórios a fim de adequá-las à “identidade de gênero autopercebida”.

Após essa análise, passa-se a abordagem objeto desse trabalho, qual seja, como são as condições no que tange a execução penal destinadas a população transgênero no sistema carcerário brasileiro.

4.2. Do cenário carcerário no Brasil

4.2.1. Parâmetros de acolhimento

Com o escopo de analisar a quantidade de presos nos estabelecimentos prisionais pertencentes à população transgênero, buscou-se a base de dados coletada pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN¹⁹⁴ para os anos de 2016 e 2017, tendo sido levantado o quanto segue.

Em relação à população carcerária como um todo, aludido relatório dispõe que, dentre as 1.507 unidades prisionais cadastradas no INFOPEN, foi possível observar existirem 726.354 pessoas privadas de liberdade no Brasil, sendo certo que 706.619 pessoas são mantidas em unidades administradas pelas Secretarias Estaduais. Ainda, aponta a base legal estarem custodiadas em carceragens de repartições policiais ou outros locais de custódia administrados pelos Governos Estaduais o montante de 19.735 pessoas.¹⁹⁵

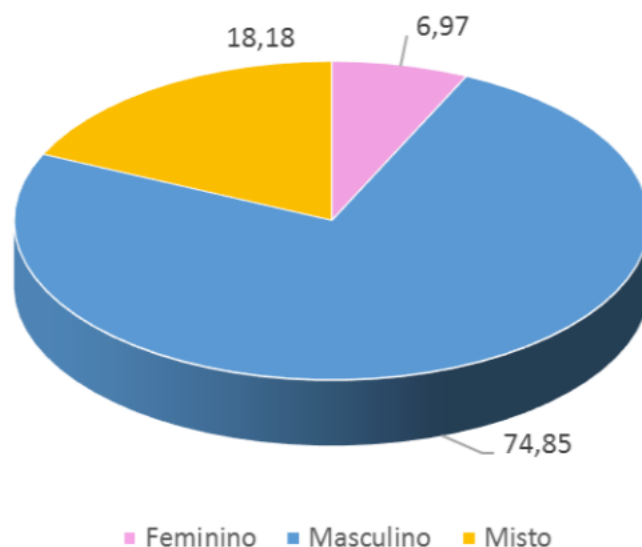
Dentro deste contexto geral, no tocante à ocupação dos estabelecimentos prisionais por gênero, os dados coletados pelo INFOPEN indicam que das unidades com cadastro, 74,8% são destinadas a homens; 6,9% para mulheres; e 18,1% constam como destinatários ambos os gêneros¹⁹⁶:

¹⁹⁴ Esses dados foram coletados por meio de formulários estruturados, disponibilizados através de plataforma digital pelo DEPEN, sendo certo que as unidades prisionais cadastradas contaram com responsável nomeado pela Secretaria Estadual a fim de realizar o preenchimento para essa coleta de dados. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf> Acesso em 16/02/2019.

¹⁹⁵ Levantamento nacional de informações penitenciárias, atualização junho de 2017. Org. Marcos Vinícius Moura. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf> Acesso em 16/02/2019.

¹⁹⁶ Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf> Acesso em 16/02/2019, p. 20.

Gráfico 10. Destinação dos estabelecimentos penais de acordo com o gênero



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho /2017

Cumprido destacar que, em que pese o relatório servir como base para análise da população carcerária como um todo, uma vez abordar dados coletados em relação a pessoas com deficiências físicas, de diferentes etnias, entre outros aspectos, pela análise do formulário preenchido é possível verificar não ser possível mensurar efetivamente qual a parcela da população transgênero que se encontra encarcerada.

Isso porque, o campo para preenchimento destinado ao sexo da pessoa dispõe tão somente de três opções, quais sejam: masculino, feminino e outros.¹⁹⁷

Nesse sentido, é possível notar que a exclusão e marginalização da população transgênero já começa no próprio levantamento de dados realizados junto aos estabelecimentos prisionais, uma vez sequer se atentar para uma coleta de informações fidedigna, excluindo de forma deliberada as inúmeras identidades de gênero existentes atualmente.

Nota-se que o aludido formulário sequer se preocupa em verificar como o indivíduo encarcerado efetivamente se identifica e a partir disso, para qual estabelecimento prisional deveria ser encaminhado.

¹⁹⁷ Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/formulario-sobre-informacoes-prisionais.pdf>. Acesso em 16/02/2019.

A respeito dessa coleta efetiva de dados, impende destacar a produção do interessante documentário “Passagens: ser LGBT na prisão”, produzido pela ONG Somos – Comunicação, Saúde e Sexualidade durante projeto denominado “Passagens – Rede de Apoio a LGBTs nas Prisões”, por meio do qual há a narrativa de pesquisa realizada ao longo do ano de 2018 em treze estabelecimentos prisionais espalhados pelo Brasil, a fim de levantar dados sobre essa população, tendo sido elaborado um mapeamento do encarceramento LGBT.¹⁹⁸

O documentário foi financiado pelo Fundo Brasil de Direitos Humanos, tendo sido realizada pesquisa de campo nos estabelecimentos prisionais dos estados de Minas Gerais, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, São Paulo e Ceará. Destaca-se que, no decorrer desse projeto foram realizadas entrevistas com os próprios sentenciados transgêneros, com autoridades públicas como diretores dos presídios, bem assim com ativistas e pesquisadores da área.

A abordagem ora feita acerca desse projeto se dá, uma vez que chamou a atenção o fato de que, para além da pesquisa de campo (qualitativa) acerca das precárias condições dos presídios, em especial no tocante às experiências árduas enfrentadas pela população LGBT, foi realizada uma pesquisa quantitativa a fim de mensurar efetivamente qual a parcela dessa população se encontra encarcerada.

Nesse contexto, por meio de questionário virtual encaminhado a todos os estabelecimentos prisionais, apurou-se que somente 5% apresentou uma efetiva resposta, sendo certo que foi possível verificar que os dados existentes sobre essa população específica encarcerada são subnotificados.

Nesse ponto, frisa-se trecho que aponta que as informações angariadas pelo projeto não correspondem às informações disponíveis junto ao Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN):

Enquanto dados de 2018 do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) mostram que existe no país 1.730 pessoas LGBTs presas, as informações arrecadas pelo projeto apontam que “há pelo menos 572 pessoas LGBTI presas entre as 80 casas prisionais participantes”,

¹⁹⁸ Disponível em: <https://www.sul21.com.br/ultimas-noticias/geral/2019/07/documentario-abordavioencias-enfrentadas-pela-populacao-lgbt-nos-presidios-brasileiros/>. Acesso em: 13/08/2019.

sendo que 67 responderam o questionário por e-mail e as outras 13 foram visitadas pelo projeto.¹⁹⁹

Com a finalidade de demonstrar que os dados relacionados a população carcerária são subnotificados, verifica-se, pelo levantamento realizado pela Secretaria da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, que só em São Paulo estima-se o encarceramento de 5 mil pessoas da população LGBT, sendo 1.200 pessoas transexuais. Contudo, aludido dado não consta em nenhum dos cadastros oficiais, sendo uma estimativa realizada por meio de pesquisa de campo junto aos estabelecimentos prisionais da capital.²⁰⁰

4.2.2. Sistema carcerário destinado a população transgênero

Como esposado em capítulo anterior, verifica-se haver uma dicotomia binária para a separação de presos no que tange ao gênero. A realidade no Brasil é o encaminhamento de presos aos estabelecimentos prisionais levando-se em conta exclusivamente o sexo biológico do sentenciado, pouco importando de que modo esse ser humano se identifica e como gostaria de ser tratado:

Relacionar prisão e gênero ainda continua um árduo encargo; ambas são questões imensamente controvertidas cuja gravidade se constata facilmente no número de mortes diariamente por elas perpetradas. Tratam-se de problemas institucionalizados fortemente na sociedade e na cultura brasileira; por isso é imensamente importante suscitar debates e criticar, de forma arrazoada e fundamentada, a vigência de um modelo insustentável de caracterização de gêneros.²⁰¹

Contudo, há um evidente preconceito social em relação a população transgênero, uma vez que a situação dentro do cárcere acaba por ensejar um contato

¹⁹⁹ Disponível em: <https://www.sul21.com.br/ultimas-noticias/geral/2019/07/documentario-aborda-violencias-enfrentadas-pela-populacao-lgbt-nos-presidios-brasileiros/>. Acesso em: 13/08/2019.

²⁰⁰ Disponível em: <http://folhanobre.com.br/2018/05/30/sap-desenvolve-iniciativas-e-cursos-voltados-ao-publico-lgbt-sao-paulo>. Acesso em: 24/08/2019.

²⁰¹ LIMA, Heloisa Bezerra. NASCIMENTO, Raul Vitor Rodrigues. *Transgeneridade e cárcere: diálogos sobre uma criminologia transfeminina*. In: Revista Transgressões: Ciências criminais em debate. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br>. Acesso em: 21/08/2019, p. 89.

humano intenso e forçado, de modo que essas pessoas ficam totalmente expostas e sequer tiveram a oportunidade de optar pelo estabelecimento mais adequado para o cumprimento de sua pena, em conformidade com sua opção em relação ao gênero pelo qual se identificam.

Outro ponto que merece destaque diz respeito ao acompanhamento médico dessa população dentro do cárcere:

Frisa-se que a condição dos transgêneros possui contornos próprios, isto porque, a grande maioria seguia acompanhamento médico antes do cárcere com ingestão de hormônios. Contudo, este recurso é de difícil acesso para detentas(os) trans. Por fim, além de lhes ser refutado os direitos da personalidade, sua saúde é colocada em risco.²⁰²

A fim de exemplificar o descaso em relação ao tratamento médico dispensado a essa população encarcerada, destaca-se a denúncia elaborada no âmbito de Ação Civil Pública, ajuizada pela Defensoria Pública da União (DPU), por meio da qual foi possível constatar o descaso e ausência de fornecimento de tratamento hormonal adequado à população carcerária transexual pela administração penitenciária do Estado de São Paulo.²⁰³

Aludida Ação Civil Pública foi elaborada a partir de minucioso levantamento realizado pela defensora pública de direitos humanos, Fabiana Galera Severo, a qual verificou junto aos Centros de Detenção Provisória de Pinheiros, da Penitenciária Feminina de São Paulo e da Penitenciária de Itaí, a ocorrência de constante recusa em relação a pedidos de hormonização a pessoas transexuais que estão encarceradas.

4.2.3. Resolução conjunta nº 1 do Conselho Nacional de Combate à Discriminação

²⁰² SANTOS, Jamille Bernardes da Silveira Oliveira. VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Direitos das pessoas trans no sistema carcerário brasileiro: entre grades e preconceitos*. In: Transgêneros. VIEIRA, Tereza Rodrigues. 1. ed. Brasília: Zakarewicz Editora, 2019, p. 658.

²⁰³ SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado. Ação Civil Pública n. 5004074-30.2017.34.03.6100. Disponível em: <https://pje1g.trf3.jus.br/pje/login.seam>. Acesso em: 24 de agosto de 2019.

Sobre o tema, importante destacar que a Resolução Conjunta nº 1, datada de 15 de abril de 2014, do Conselho Nacional de Combate à Discriminação estipulou certos parâmetros em relação ao acolhimento das pessoas LGBT em privação de liberdade no Brasil.

Destaca-se dispor acertadamente a resolução que “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”.

Apesar de parecer um direito óbvio, diversos estabelecimentos prisionais sequer possuem campo específico para a identificação de gênero da pessoa encarcerada quando do registro de admissão no estabelecimento prisional, tampouco há a preocupação com o direito ao tratamento nominal adequado.

Para além dessa disposição, aludida resolução ainda busca destacar a importância da manutenção do tratamento hormonal e o acompanhamento de saúde específico para travestis e transexuais.

Aduz ainda a resolução, de forma completamente acertada, que serão facultados aos travestis e transexuais em privação de liberdade “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 sua identidade de gênero”.

No mais, dispõe a resolução que “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”.

Em que pese na prática esses parâmetros ainda não serem observados nos estabelecimentos prisionais, aludida resolução merece destaque, uma vez ter buscado de certa forma diminuir a discriminação em relação a essa população, possibilitando a inclusão dessas pessoas e um olhar mais humano.

4.2.4. Resolução 11/2014 da Secretaria da Administração Penitenciária Paulista (SAP)

Cumprido destacar que o Estado de São Paulo possui a Resolução 11/2014, da Secretaria da Administração Penitenciária Paulista (SAP), a qual dispõe sobre a atenção a população transexual e aos travestis, no âmbito do sistema penitenciário.

Aludido documento buscou inovar por meio de princípios e medidas voltados especificamente a essas pessoas.

O documento impõe que essa população, alocada nos estabelecimentos prisionais do Estado de São Paulo, deverá ter seus nomes, a sua orientação sexual, bem assim a sua identidade de gênero respeitados.

Nesse sentido, é direito dessa população o uso de peças íntimas que correspondam à identidade de gênero de sua escolha, feminina ou masculina, bem assim a possibilidade de manter seu cabelo comprido caso desejado.

Ainda, o documento dispõe de forma acertada que todos os presos que tiverem passado por procedimento cirúrgico de transgenitalização podem ter a possibilidade de serem incluídos nas unidades prisionais do sexo correspondente. Interessante destacar que, as medidas mencionadas no documento se estendem às pessoas transgêneros que são visitantes de detentos.

Não é demais destacar que, o documento afirma a necessidade de que os transexuais tenham o seu direito assegurado de integrar cursos profissionalizantes que forem oferecidos nos estabelecimentos prisionais e, ainda, que os agentes públicos que trabalham nesses locais recebam orientação e cursos para que saibam lidar com as situações referentes a essa população, em especial no que tange a coibir o preconceito.

4.2.5. Lei Estadual nº 19.948/2001

Impede destacar a importância da Lei Estadual nº 19.948/2001, a qual dispõe sobre as penalidades a serem aplicadas à prática de discriminação em razão de orientação sexual, uma vez buscar punir toda e qualquer manifestação que seja atentatória ou discriminatória contra qualquer cidadão homossexual, bissexual ou transgênero.

5. POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

De proêmio, é necessário frisar que este estudo visa ir além da visão da execução penal para a população transgênero e enfatizar o grave preconceito diário voltado a essas pessoas. Por este motivo, é imperiosa uma mudança na legislação de execução penal, bem assim na legislação geral para criminalizar práticas discriminatórias quanto à orientação sexual, homofobia e transfobia.

É cediço que, em um Estado Democrático de Direito, não basta a inclusão social, sendo imperioso também o reconhecimento dos direitos fundamentais desta minoria.

O debate sobre a criminalização da homofobia e transfobia teve início com a proposição dos seguintes projetos de Lei nº 4.242/03, nº 3.770/00, nº 05/2003 e nº 5.003/2001, todos reunidos no Projeto de Lei da Câmara nº 122/2006 (o qual visava criminalizar a homofobia definindo os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero), sendo certo que todos foram arquivados no ano de 2015, demonstrando o total desprezo dos congressistas sobre a necessidade de dar proteção legal às consequências e preconceito em relação a orientação sexual do ser humano.²⁰⁴

Recentemente, saltou aos olhos o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, proposta pelo Partido Popular Socialista, uma vez ter o STF causado polêmica ao enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma editada pelo Congresso Nacional, conforme se abordará a seguir em tópico próprio.

Contudo, antes de analisar os termos deste importante julgamento e de seu acórdão, impende esclarecer que é inarredável ter-se que é do mandado de criminalização que emerge essa necessidade de ter um controle de constitucionalidade.

Conforme já mencionado no âmbito deste trabalho, quando a Constituição Federal estabelece os principais bens jurídicos a serem tutelados e a necessidade de

²⁰⁴ BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes; BALESTRO, Gabriela Soares. *Minorias sexuais e homofobia no Direito Brasileiro: breves delineamentos constitucionais*. Revista Videre, Dourados, MS, v.10, n.19, jan/jun. 2018, p.150 e ss.

proteção da dignidade da pessoa humana, acaba por versar sobre os denominados mandados de criminalização.

Sabe-se existirem os mandados de criminalização expressos ou explícitos, tais como os arts. 5º, XLIII e XLIV, art. 227, § 4º, dentre outros. Há ainda os implícitos, ou seja, que decorrem do texto constitucional, mas não por um dispositivo taxativo ou expresso, buscando a aplicação da incidência do Direito Penal.²⁰⁵

É certo que, com amparo nos mandados de criminalização:

Deve-se evidenciar a proteção deficiente de relevante bem jurídico penalmente tutelado que diz respeito com a defesa, respeito e manutenção do Estado Democrático de Direito, devendo-se ofertar sugestão de imediata alteração normativa a ser encetada pelo Congresso Nacional.²⁰⁶

Na visão deste trabalho, o principal escopo é a proteção dos direitos fundamentais, logo, deve-se esclarecer que é preciso existir a proteção e criminalização de condutas discriminatórias homofóbicas e transfóbicas por meio de legislação autônoma editada pelo Congresso Nacional.

Isso porque, com base no princípio da proporcionalidade e na ideia de mandado de criminalização implícito, deve-se evidenciar a proteção deficiente deste relevante bem jurídico penalmente tutelado – dignidade da pessoa humana – prevalecendo a manutenção do respeito aos direitos das pessoas transgênero e ao Estado Democrático de Direito por meio de uma imediata alteração na legislação.

Contudo, fato é que, a legislação não foi alterada até o momento e, talvez, seja necessário encarar a questão sob o prisma da solução adotada pelo STF, senão vejamos.

5.1. Acórdão do Supremo Tribunal Federal – Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão 26

O recente julgamento do STF, realizado no dia 13 de junho de 2019, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, proposta pelo Partido Popular Socialista, decidiu que a legislação sobre o racismo (em vigor desde

²⁰⁵ MOURA, Evânio, op. cit., pp. 102 e ss.

²⁰⁶ Idem, pp. 104-105.

1989) deverá ser aplicada para aqueles que praticarem condutas discriminatórias homofóbicas e transfóbicas, sejam elas contra transexuais, homossexuais ou eventualmente identificados como LGBTs.

No tocante ao julgamento do STF, muita polêmica foi gerada em torno do assunto, uma vez não haver uma lei ou alteração normativa sobre este tema, tendo a questão sido levada à Corte para debate e para muitos, tratar a discriminação homofóbicas e transfóbicas como crime de racismo seria o mesmo que se utilizar de uma analogia *in malam partem*.

Aludida discussão sobre a criminalização da homofobia provocou divergências dentro da própria Corte, uma vez que dentre os 11 ministros, 10 votaram para declarar a omissão do Congresso Nacional ao não ter aprovado até hoje uma lei sobre o tema, sendo certo que o único voto contrário foi o do Ministro Marco Aurélio.

No que tange à criminalização da homofobia, 8 magistrados votaram para que as condutas homofóbicas e transfóbicas fossem enquadradas como racismo, discordando desse segundo ponto os Ministros Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski.

Na visão exposta pelo Ministério Público Federal no âmbito da discussão em tela, sobrepõe-se a ideia já sustentada anteriormente por outros autores, tal como Guilherme de Souza Nucci²⁰⁷, de que é:

[...] constitucionalmente lícito proceder-se, mediante interpretação conforme, ao enquadramento dos atos homofóbicos e transfóbicos no conceito de racismo, em ordem a prevenir e a reprimir comportamentos que objetivam excluir e marginalizar, no contexto das práticas sociais e do sistema jurídico, um determinado grupo identificado não por sua configuração física ou étnica, mas, sim, por um conjunto de ideais, valores e condutas que se revelam comuns aos integrantes daquele mesma comunidade.²⁰⁸

Neste ponto, é inevitável concordar com o ponto sustentado pelo órgão ministerial, corroborado pelo voto do Ministro Celso de Mello que afirmou:

Considerando que o racismo é uma ideologia segregacionista que prega a inferioridade de alguns relativamente a outros (STF, HC 82.424/RS, e Guilherme de Souza Nucci), percebe-se que a

²⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADO 26. Voto Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMCM.pdf>. Acesso em 17/12/2012, p. 71/72.

²⁰⁸ Idem.

homofobia e a transfobia são espécies do gênero racismo, nesta acepção de racismo social adotada pelo STF como adiante se demonstra pormenorizadamente. Assim, quando se fala em criminalização da discriminação por orientação sexual, real ou atribuída, refere-se à conduta de destratar ou arbitrariamente diferenciar o tratamento de pessoas em razão da homossexualidade, bissexualidade ou heterossexualidade dela ou a ela atribuída, e, da mesma forma, quando se fala em criminalização da discriminação por identidade de gênero, real ou atribuída, refere-se à conduta de destratar ou arbitrariamente diferenciar o tratamento de pessoas em razão da travestilidade, transexualidade, transgeneridade em geral ou cisgeneridade. Ressalte-se que não há nenhuma relação entre 'orientação sexual' e 'pedofilia', como alguns insistem em afirmar, pois a orientação sexual se refere ao sexo/gênero que atrai a pessoa de maneira erótico-afetiva (e a identidade de gênero se refere ao gênero com o qual a pessoa se identifica), ao passo que a pedofilia refere-se à atração sexual por crianças, o que não tem nenhuma relação com a orientação sexual da pessoa. Jamais a pedofilia seria considerada protegida pela criminalização de tais discriminações. Logo, trata-se de conceitos absolutamente claros em seu conteúdo que, como tais, podem perfeitamente ser objeto de leis criminalizadoras, da mesma forma que os conceitos de 'cor, etnia, religião e procedência nacional' o são na atual Lei de Racismo (Lei 7.716/89).²⁰⁹

Em verdade não há uma busca por uma equiparação por semelhança (ateu e homossexual integram uma "raça", por exemplo). Na realidade, está-se pontuando que não se tem um conceito de raça a definir determinado agrupamento de pessoas e que o racismo é a própria discriminação, preconceito e uma manifestação de pensamento segregacionista.

Logo, se não há um conceito taxativo de raça, poder-se-ia considerar que condutas discriminatórias que importam em atos de segregação inferiorizando membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua identidade de gênero ou orientação sexual, ajustam-se ao conceito de atos de discriminação, ofendendo direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável.

Inclusive, é importante ressaltar a própria dimensão de racismo social consagrada pelo STF em julgamento anterior do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), uma vez que neste caso Siegfried Ellwanger havia sido condenado pela prática do delito de racismo contra a comunidade judaica por escrever uma obra intitulada "Holocausto judeu ou alemão? Nos bastidores da mentira do século".

Em síntese, o STF declarou que a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, devem se enquadrar nos diversos tipos penais

²⁰⁹ Idem, p. 71/72.

definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, eis que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo STF no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger).²¹⁰

O Código Penal e outras legislações extravagantes, à exceção da Lei do Racismo, não sofreram qualquer impacto interpretativo, sendo certo que não podem ter sua interpretação ampliada por outros órgãos jurisdicionais, sob pena de afronta à eficácia vinculante.

Feitas as considerações acerca deste recente e importante julgamento, a abordagem se dará sobre os principais julgados dos Tribunais pátrios, no âmbito da execução penal, a fim de contribuir de alguma forma para implementação de melhorias voltadas a essa população e para plantar a semente do diálogo permanente nesta temática.

5.2. Posicionamento de outros Tribunais

Para além dessa decisão, pontua-se alguns julgados, a título exemplificativo, a fim de demonstrar que o sistema carcerário brasileiro permanece inserido na ideia de uma dicotomia binária de homem e mulher, levando-se em conta tão somente o sexo biológico do sentenciado e tornando invisível aquele que possui outra identidade de gênero, conforme a jurisprudência e os casos que aqui serão destacados.

Salta aos olhos que a população transgênero por não se enquadrar nesse sistema binário de encarceramento adotado pelo Brasil (presídios femininos e masculinos) têm sua existência tolhida por um ordenamento jurídico de pouca representatividade e que acaba gerando um duplo encarceramento.

Em minuciosa pesquisa realizada, foi possível verificar os inúmeros casos nos quais os transexuais não tiveram sua dignidade respeitada quando submetidos ao encarceramento em estabelecimentos prisionais, conforme se passa a expor.

No ano de 2015, uma transexual ficou presa 20 dias na Penitenciária masculina de Caucaia no Ceará na ala de detentos masculinos. Ao ser levada à audiência de custódia, ocasião em que apresentou diversas marcas de espancamento

²¹⁰ Idem.

e outros sintomas, ela relatou que não queria voltar à prisão, caso contrário optaria por se matar. Isso ocorreu em razão de ter passado 20 dias presa dentro de uma cela destinada ao encarceramento exclusivamente masculino, tendo sido, por este motivo, espancada e estuprada por quatro detentos. Ao longo da audiência de custódia, foi realizada a oitiva de um dos presos, o qual corroborou o depoimento da vítima transexual e explicou que ouviu seus gritos durante a noite pedindo socorro e nenhuma providência foi adotada por qualquer funcionário.²¹¹ Frise-se que o caso ainda está sendo apurado.

Recentemente, no âmbito do Habeas Corpus nº 152.491, foi determinada a transferência de duas travestis alocadas em celas masculinas para estabelecimento prisional compatível com a orientação sexual, uma vez estarem ambas aprisionadas em celas inadequadas desde dezembro de 2016 na Penitenciária de Presidente Prudente (SP).²¹²

Por outro lado, em recente decisão, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal negou a transferência de transexuais e travestis (femininas) para a penitenciária feminina – conforme solicitado por elas -, uma vez que entenderam que não há constrangimento ilegal, nos seguintes termos:

Inexiste constrangimento ilegal decorrente da manutenção de presos travestis e transexuais no presídio masculino, se estão em ala com vivências próprias e respeito à sua identidade de gênero e a todos os seus direitos, não havendo que se cogitar de transferência obrigatória para o presídio feminino enquanto não se constrói presídio para atender à demanda de presos transgêneros.²¹³

Em minha visão, aludido acórdão é descabido, uma vez que a ausência de um presídio feminino não pode obstar que transexuais e travestis femininas sejam devidamente tratados com dignidade quando do cumprimento de sua pena. Da leitura do acórdão verifica-se que as partes sustentam ser necessária a transferência para

²¹¹ Mulheres transexuais e travestis no sistema penitenciário: a perda da decência humana e do respeito aos Direitos Humanos. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5730-Mulheres-transexuais-e-travestis-no-sistema-penitenciario-a-perda-da-decencia-humana-e-do-respeito-aos-Direitos-Humanos#_edn2. Acesso em: 17/12/2019.

²¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 152.491. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+152491%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/yxvye5lh>. Acesso em 17/12/2019.

²¹³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. RSE 20180110063380. Disponível em: <file:///C:/Users/anucci/Downloads/1163537.pdf>. Acesso em 17/01/2020.

estabelecimento prisional compatível, pois o atual local em que estão não lhes preserva, por inteiro, a dignidade inerente à sua identidade de gênero.²¹⁴

Isso porque, aduzem que a Ordem de Serviço nº 345/2017, da SESIPE, garante ao interno transexual o recolhimento na Penitenciária Feminina do Distrito Federal, porém, condicionada à cirurgia de transgenitalização do sexo masculino para o feminino, o que configura constrangimento ilegal, sendo certo que o gênero feminino não é definido por essa cirurgia, mas se trata de questão puramente identitária.

Para além disso, alegam que agentes femininas fazem revista em homens, contrariando a lógica de atuação dos agentes de segurança pública. Por este motivo, mais uma vez resta demonstrado que nem todos os Tribunais pátrios conseguem olhar para essa população com respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez ser evidente que as partes neste caso deveriam aguardar o julgamento e cumprir pena na Penitenciária Feminina do Distrito Federal.

Outro caso que chamou bastante atenção, foi o de Vitória Fortes, que em razão da gravidade e consequências físicas sofridas por ela, o Estado de Minas Gerais se mobilizou a fim de criar uma ala específica para transexuais e travestis. O relato de Vitória indicou a gravidade da situação e chamou a atenção para uma imperiosa mudança:

“[...] 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. Um deles me ‘vendeu’ em troca de 10 maços de cigarro, um suco e um pacote de biscoitos. [...]”²¹⁵

Em julho de 2018, o STF determinou a transferência das presas transexuais femininas para presídios femininos. Aludida decisão cautelar foi determinada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 527, na qual a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT) questionou diversas decisões judiciais contraditórias na aplicação da Resolução Conjunta da Presidência da República e do Conselho de Combate à Discriminação 1/2014.

²¹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. RSE 20180110063380. Disponível em: <file:///C:/Users/anucci/Downloads/1163537.pdf>. Acesso em 17/01/2020.

²¹⁵ Mulheres transexuais e travestis no sistema penitenciário: a perda da decência humana e do respeito aos Direitos Humanos. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5730-Mulheres-transexuais-e-travestis-no-sistema-penitenciario-a-perda-da-decencia-humana-e-do-respeito-aos-Direitos-Humanos#_edn2. Acesso em: 17/01/2020.

Não obstante, infelizmente, a liminar sequer alcançou as travestis que se identificam como do gênero feminino, pois, segundo voto do ministro Luís Roberto Barroso:

“[...] tendo em vista a situação de assimetria informacional quanto às travestis e a existência de *periculum in mora* inverso, defiro parcialmente a cautelar para determinar apenas que transexuais femininas sejam transferidas para presídios femininos. Peço a inclusão do feito em pauta para referendo desta cautelar pelo plenário”.²¹⁶

Cumprido destacar caso que chamou a atenção da Defensoria Pública da União, tendo ajuizado Ação Civil Pública, eis que, após denúncias de três transexuais, constatou-se que a administração penitenciária do Estado de São Paulo não estava fornecendo à população carcerária transexual os hormônios a que tem direito.²¹⁷

É cediço que o não acesso aos hormônios provoca uma regressão dos traços já alcançados por essa população, para além de violar evidentemente a dignidade da pessoa humana.

Impende destacar a existência da Portaria nº 2.803/2013, a qual dispõe sobre o Processo Transexualizados no Sistema Único de Saúde (SUS), devendo para tanto ser garantido o mesmo acesso a tratamento hormonal a todas as internas travestis e transexuais que assim desejarem.²¹⁸

Não obstante casos mais evidentes e graves, estupros, ausência de medicamentos, entre outros, nota-se que os agentes penitenciários não possuem qualquer preparo para o tratamento destinado aos transexuais quando do encarceramento. Em recente acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, debateu-se uma briga entre um detento transexual e um agente público.

Aduziu o agente terem sido proferidas palavras de baixo calão pelo sentenciado e, por este motivo, deveria ser reconhecida a falta de prática grave nos termos do art. 50, VI, c/c art. 39, II, da Lei de Execução Penal.

²¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 527. Disponível em: <file:///C:/Users/anucci/Downloads/1163537.pdf>. Acesso em 17/01/2020.

²¹⁷ <https://dpu.jusbrasil.com.br/noticias/445165714/dpu-ajuiza-acp-pedindo-tratamento-hormonal-gratuito-para-transexuais-presos>. Acesso em 20/01/2020.

²¹⁸ Portaria nº 2.803/2013. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt2803_19_11_2013.html. Acesso em 20/01/2020.

Em breve síntese, ao analisar todo o contexto e circunstâncias em que se deu a briga dentro do estabelecimento prisional, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais entendeu que:

As eventuais palavras utilizadas, salvo melhor juízo, objetivavam demonstrar sua irrisignação com o tratamento prestado quando da abordagem dos agentes e não efetivamente afrontar a autoridade, ferindo-se o decoro.²¹⁹

A bem da verdade, como se vê, não há preparo dos próprios agentes para lidar com situações voltadas aos transexuais. É claro que a conduta da pessoa transexual com o agente penitenciário se mostra reprovável, mas até que ponto o agente respeita as escolhas do apenado? Até que ponto existe um tratamento digno para esse ser humano?

Mais uma vez é imperioso observar que a prisão não deve dar fim à dignidade do indivíduo, ao contrário, essas pessoas devem ser tratadas em conformidade com sua identidade de gênero, melhorando sua autoestima e confiança, além de possibilitar a abertura de um canal de credibilidade entre os agentes penitenciários e os detentos.

²¹⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo em Execução Penal 1.0301.14.005291-3/001. Disponível em: file:///C:/Users/anucci/Downloads/InteiroTeor_10301140052913001.pdf. Acesso em 17/12/2019.

6. CONCLUSÃO

1. As considerações do trabalho serão tecidas a partir do processo de pesquisa realizado, destacando-se que, são apenas sugestões para abertura de um diálogo no que tange a um cenário difícil social, pertencente a uma realidade e cotidiano que materializa desigualdades e discriminação em relação à população transgênero, que sofre constante preconceito, seja na esfera social, econômica, política ou familiar.

2. O cenário carcerário brasileiro tem se mostrado caótico e indigno aos internos de um modo geral (independente do gênero), sendo certo que os apenados acabam por sair do sistema piores do que no momento de ingresso. Por este motivo, é certo que se infere a necessidade de inadiáveis mudanças no âmbito da execução penal como um todo.

3. Contudo, como a realidade no cárcere é mais árdua para a população transgênero, uma vez que se trata de um segmento social mais vulnerável e que está sujeito às mais variadas formas de violência física e psicológica, que consistem em clara violação da dignidade da pessoa humana, o trabalho dá ênfase nesta abordagem em relação à execução penal.

4. Assim, discute-se a criação de um novo modelo carcerário, de modo que seja possível abarcar as diversidades humanas, ou seja, garantir ao sentenciado transgênero (transexual, travesti, andróginos e outros) que sua dignidade humana seja preservada acima de tudo.

5. De proêmio, é evidente que os estabelecimentos prisionais devem minimizar as diferenças entre a vida no cárcere e aquela em liberdade respeitando a dignidade da pessoa humana dos presos, em especial os que são mais vulneráveis e não possuem nem mesmo proteção na legislação de execução penal.

6. Para tanto, seria imperioso que efetivamente fosse implementado um projeto para alteração da Lei de Execução Penal a fim de que conste expressamente em lei como se dará o tratamento para essa população quando do encarceramento, devendo

constar na proposta soluções que abarquem alas específicas para destinação desta população a fim de proteger a incolumidade física e psicológica dessas pessoas.

7. Assim, primeiramente é importante que conste em todos os prontuários, documentos e sistemas de informação e pela administração dos estabelecimentos prisionais o nome social dos presos e presas travestis e transexuais, com determinação para que todos os agentes os chamem pelos devidos nomes.

8. Para além disso, é imperioso que a população transgênero encarcerada seja chamada pelo seu nome social, devendo utilizar as roupas condizentes com sua opção de gênero (femininas, masculinas ou neutras), podendo e devendo manter seus cabelos compridos caso desejarem.

9. Logo, devem ser fornecidas vestimentas às mulheres transexuais e travestis iguais às das demais detentas, inclusive itens de higiene pessoal nos exatos moldes do tratamento dispensado às demais mulheres que estão privadas de liberdade.

10. Além disso, é obrigatório que seja garantido o acesso a tratamento hormonal a todas as internas travestis e transexuais que assim desejarem, conforme o Processo Transsexualizador regulamentado pelo SUS para pessoas em liberdade.

11. Devem ser garantidas oportunidades iguais de estudo e trabalho dentro do estabelecimento prisional para a população transgênero, rechaçando-se qualquer tratamento diferenciado ou discriminatório.

12. Ademais, uma das possibilidades para adequação do sistema prisional seria endereçar a população transgênero, quando necessário o confinamento, em ala específica dentro do estabelecimento prisional para não permanecer em situação de risco.

13. Não há a necessidade de construção de presídios específicos para essa população, uma vez que não há verba estatal para tal situação e isto poderia ensejar ainda mais discriminação e diferenciação em relação a essas pessoas.

14. Contudo, é indiscutível que a pessoa travesti ou transexual deve ser endereçada para uma ala segura, sem dividir cela com pessoas de outro gênero ou orientação sexual diversa, a fim de evitar situações como estupros, lesões corporais, abusos psicológicos diversos, entre outros.

15. O que se defende é a ideia de ser inconcebível deixá-los expostos aos riscos mencionados ao longo deste trabalho e, por este motivo, a sugestão de implementação de alas e celas próprias para pessoas com identidade de gêneros diferentes e com orientação sexual de sua escolha.

16. Não obstante, para que não ocorra qualquer tipo de abuso em relação a autoafirmação da pessoa transgênero para determinar em qual unidade prisional cumprirá sua pena, que seria o mesmo que repassar ao preso a livre escolha de onde gostaria de ficar recolhido, advoga-se a ideia de que sejam observados os artigos 5º e 6º da Lei de Execução Penal, devendo o exame inicial do apenado ser realizado por Comissão Técnica de Classificação que terá a obrigação de captar todos os informes sobre a população transgênero.

17. Deve ocorrer uma alteração imediata no formulário sobre informações prisionais, uma vez que aludido documento serve como base para análise da população carcerária como um todo e aborda dados coletados em relação a pessoas com deficiências físicas, entre outros, sendo certo que é pela análise deste formulário que é possível mensurar efetivamente qual a parcela da população transgênero que se encontra encarcerada.

18. A ausência de documentos com dados concretos sobre quantos transgêneros estão efetivamente presos e de que forma estão alocados os apenados que não se enquadram na classificação ultrapassada de um sistema binário consistente em “ser homem” ou “ser mulher” demonstra a invisibilidade desta população.

19. Outra sugestão é que, quando da determinação de recolhimento de pessoa que não se identifica com o gênero de seu nascimento, esse indivíduo tenha a

oportunidade de formalizar por meio de documento próprio como gostaria de ser tratado (transexual, travesti e outros), apontando, inclusive a sua orientação sexual em conjunto com a análise da Comissão Técnica de Classificação.

20. Após a escolha de gênero do encarcerado, a sugestão é de que a documentação seja encaminhada a um estudo social, que evidentemente não pode ser moroso, uma vez que há risco do encarcerado ser encaminhado de forma equivocada a estabelecimento prisional que não comporte seu acolhimento.

21. Em caso de dúvida sobre para qual local deve ser encaminhado o indivíduo, em razão da sua opção de gênero, é evidente que deve existir uma cela e ala própria para seu acolhimento – ainda que momentânea - sem a presença de homens ou mulheres, a fim de que, somente após a definição de seu efetivo encaminhamento, esta pessoa possa ser transferida de acordo com o gênero que escolheu.

22. É terminantemente proibido a inserção de pessoa transgênero em qualquer cela, por um dia sequer, uma vez que há um risco iminente de sofrer qualquer tipo de agressão ou preconceito, que pode vir a se tornar irreversível, ainda que posteriormente o indivíduo seja encaminhado a ala própria.

23. Ademais, a população transgênero deve ter garantido seu direito à visita íntima, uma vez que a Lei nº 7.210/84 foi muito conservadora e nada mencionou a respeito da visita íntima, que é um direito do condenado.

24. Ainda, é imperiosa a implementação de Política Criminal que vise assegurar de forma efetiva a integridade física, moral e psíquica do preso transgênero. Por meio de uma Política Criminal seria possível diminuir a violência e discriminação, atuando não apenas pelo ramo do Direito Penal, mas também por vários outros meios não jurídicos, como educação, saúde, política, assistência, e entre outros.

25. Além disso, o Estado precisa fomentar a capacitação de seus funcionários, por meios de cursos e fornecendo estudo, em especial nos estabelecimentos prisionais, sob o ponto de vista de que a identidade de gênero deve ser respeitada, frisando o princípio norteador da dignidade da pessoa humana e fornecendo elementos para que os colaboradores estejam capacitados para lidar com a vulnerabilidade dos sentenciados transgêneros.

26. Para além dessas sugestões, sabe-se que, é possível substituir a pena privativa de liberdade por uma pena alternativa, em duas hipóteses: em crimes dolosos, se a pena aplicada não superar quatro anos e quando não tenha o agente empregado violência física ou moral; tratando-se de crime culposo, qualquer que seja a pena aplicada (art. 44, CP). Neste contexto, defende-se a ideia de que, caso o transgênero se enquadre neste perfil, o magistrado deve aplicar a aludida pena alternativa ao invés da pena de prisão.

27. Isso porque, ensejaria uma proteção a este indivíduo, evitando a exposição ao cárcere e ao evidente despreparo para receber essa população nos estabelecimentos prisionais. O caráter substitutivo permitiria justamente que fosse promovida a recuperação do condenado por meio de restrições a certos direitos, respeitando o princípio da dignidade humana, tendo em vista a falta de preparo da lei de execução penal e dos estabelecimentos para o cumprimento de pena voltada ao transgênero.

28. Ademais, o art. 148 da Lei nº 7.210/1984 permite que, em qualquer fase da execução penal o magistrado, desde que motivadamente, altere a forma de cumprimento das penas de prestação de serviços à comunidade e de limitação de fim de semana, ajustando-as às condições da pessoa do condenado, analisando também as características do estabelecimento a que foi destinado ou programa comunitário estatal. Evidentemente que, essa alteração não quer dizer que a pena em si pode ser modificada (do contrário, seria uma ofensa a coisa julgada material), contudo, é importante que seja modificada a forma de cumprimento da pena caso haja a necessidade.

29. Diante do contexto, tendo em vista a dificuldade no cumprimento de pena privativa de liberdade para os transgêneros, é importante buscar adequação – quando possível – com penas alternativas a fim de evitar ameaças, estupros, lesões corporais, além de uma evidente rejeição dentro dos estabelecimentos prisionais.

30. Ou seja, caso seja possível a substituição de pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos, ou seja, uma pena alternativa, nas duas hipóteses previstas em lei: em crimes dolosos, se a pena aplicada não superar quatro anos e não tenha o agente empregado violência física ou moral; tratando-se de crime culposos, qualquer que seja a pena aplicada (art. 44, CP), advoga-se para que o transgênero, que se adeque aos requisitos para tanto, seja contemplado com aludida pena ao invés de ser endereçado ao cárcere.

31. Evidentemente que, não cumprindo tais requisitos, por exemplo se a transexual cometeu o delito de homicídio doloso e foi condenado, espera-se que cumpra a pena nos estabelecimentos prisionais, mas sempre visando – não importa sua orientação sexual ou escolha de gênero – destinação justa e digna para o cumprimento de sua pena e possível ressocialização.

32. Ademais, é necessária uma mudança na legislação de execução penal, bem assim na legislação geral para criminalizar práticas discriminatórias quanto à orientação sexual, homofobia e transfobia.

33. Advoga-se pela possibilidade de responsabilizar o Estado pela prestação ineficiente em relação aos estabelecimentos prisionais, eis que o cenário da realidade carcerária no Brasil distancia-se completamente do que dispõe a legislação. O tratamento dispensado ao preso é extremamente cruel e desumano, sendo certo que não há qualquer obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana, portanto, é crucial para prática da justiça e devida observação dos princípios constitucionais emanados da dignidade da pessoa humana a urgente adequação legislativa e responsabilização do Estado.

34. Imperioso, ainda, ampliar a visão da sociedade e dar ensejo a abertura para contestar esse modelo binário de gênero de forma a adequar a sociedade e, por lógica consequência, os estabelecimentos prisionais.

35. As administrações prisionais devem fazer todos os ajustes possíveis para garantir que todos os presos (incluindo transgêneros, deficientes físicos e mentais, mulheres grávidas) tenham total acesso e de forma efetiva à vida prisional, em respeito à igualdade e ao princípio da dignidade da pessoa humana.

36. Independente da justificativa de ausência de recursos para tutelar os estabelecimentos prisionais, há que se exigir do Estado a promoção da tutela e segurança dos presos no Brasil, cujas condições de vida são precárias e revoltantes.

37. Conforme amplamente exposto e reiterado, a expressão da orientação sexual e identidade de gênero, implicam essencialmente em respeito à dignidade da pessoa humana, estando a pessoa encarcerada ou não, sendo certo que, por qualquer prisma que se analise, a conclusão que se toma é de que todo ser humano deve cumprir sua pena em estabelecimentos dignos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado (art. 5º, XLVIII, da CF), bem assim vedando-se o tratamento desumano e degradante (art. 5º, III, da CF), independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero.

7. REFERÊNCIAS

a) Doutrina jurídica

ARRUDA, Eloisa de Souza. *O papel do Ministério Público na efetivação dos tratados internacionais de direitos humanos*. Dissertação (Doutorado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

AVENA, Norberto. *Execução penal*. Rio de Janeiro: Método, 2018.

ÁVILA, Simone. *Transexualidade e movimento transgênero na perspectiva da diáspora queer*. Disponível em: <http://nigs.paginas.ufsc.br/files/2012/01/TRANSEXUALIDADE-E-MOVIMENTO-TRANSGÊNERO-NA-PERSPECTIVA-DA-DIÁSPORA-QUEER>. Acesso em: 17 ago. 2019.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Homofobia no Brasil*. A Tribuna Pousoalegrense, Pouso Alegre, v. 240.

BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes; BALESTRO, Gabriela Soares. *Minorias sexuais e homofobia no Direito Brasileiro: breves delineamentos constitucionais*. Revista Videre, Dourados, MS, v.10, n.19, jan/jun. 2018

BARRETO, Danielle Jardim. *Estudos de gêneros e suas implicações nas psicologias*. In: Transgêneros. VIEIRA, Tereza Rodrigues. 1. ed. Brasília: Zakarewicz Editora, 2019.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di. *Dos Delitos e das Penas*. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BENETI, Sidnei Agostinho. *Execução penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BENTO, Berenice. *O que é transexualidade*. São Paulo: Brasiliense, 2008.

BENTO, Berenice. *Transviad@s: gênero, sexualidade e direitos humanos*. Salvador: EDUFBA, 2017.

BENTO, Berenice. PELÚCIO, Larissa. *Despatologização do gênero: a politização das identidades abjetas*. Revista Estudos Feministas, Florianópolis, v. 20, n. 2, maio/ago. 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão – Causas e alternativas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Manual de direito penal – Parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Novas penas alternativas*. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Novas penas alternativas – Análise político-criminal das alterações da Lei 9.714/98*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOLIN, Anne. RICE, Kim. WHELEHAN, Patrícia. *The international Eyclopedia of Human Sexuality*. Hoboken: Wiley Blackwell, 2015.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. COELHO, Inocêncio Mártires. MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRITO, Alexis de Couto. *Execução Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRUNO, Aníbal. *Das penas*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

_____. *Direito Penal – Parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

BUTLER, Judith P. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Tradução: AGUIAR, Renato. 8. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

CAMPOS, Ligia Fabris. In: *Transgêneros*. VIEIRA, Tereza Rodrigues. 1. ed. Brasília: Zakarewicz Editora, 2019.

_____. *Pessoas Trans* no Brasil e na Alemanha: a Cisheteronormatividade entre Dano e Bem-estar*. In: *Transgêneros*. VIEIRA, Tereza Rodrigues. 1. ed. Brasília: Zakarewicz Editora, 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. *El problema de la pena*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Rodamillans, 1999.

CASTEL, Pierre Henri. *Algumas reflexões para estabelecer a cronologia do “fenômeno transexual”*. Revista Brasileira de História, São Paulo, v. 21, n. 41, 2001.

CELESTINO, Aline do Couto. *A alteração de registro civil das pessoas transexuais: fundamentos jurídicos e cenário na jurisprudência brasileira*. São Paulo: 2017.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Direito penal na Constituição*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CORRÊA JUNIOR, Alceu. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Teoria da Pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

COSTA, Fabrício Veiga. *A problemática jurídica da transexualidade infantil para além do binarismo*. In: Transgêneros. VIEIRA, Tereza Rodrigues. 1. ed. Brasília: Zakarewicz Editora, 2019.

COSTA, Horácio. *Retratos do Brasil homossexual: fronteiras, subjetividades e desejos*. São Paulo: Edusp, Imprensa Oficial, 2010.

DELMANTO, Celso *et al.* *Código Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. MALULY, Jorge Assaf. *Curso de processo penal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal- Parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Reforma Penal e Direitos Humanos*. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (org.). *Doutrinas essenciais – Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. I.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESTEFAM, Andre. *Homossexualidade, prostituição e estupro*. São Paulo: Saraiva Educação, 2016.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo. *Direito Penal – Parte geral*. Rio de Janeiro: Atlas, 2019.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão. Teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zommer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir – Nascimento da prisão*. 25.ed. Tradução Raquel Ramalhe. Petrópolis: Vozes, 2002.

_____. *O corpo utópico, as heterotopias*. São Paulo: N-1, 2013.

GOULART, José Eduardo. *Princípios informadores do direito da execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Execução penal*. São Paulo: Max Limonad, 1987.

HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2011.

JESUS, Jaqueline Gomes. *Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos*. Brasília: EDA/FBN, 2012. Disponível em: <http://issuu.com>. Acesso em: 16 ago. 2019.

JORGE, Marco Antonio. TRAVASSOS, Natália Pereira. *Transexualidade, O corpo entre o sujeito e a ciência*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

JUNQUEIRA, Gustavo. VANZOLINI, Patrícia. *Manual de Direito Penal - Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Biblioteca Nacional de Portugal. Lisboa: Edições 70, 2009.

KESSLER, Suzanne. MCKENNA, Wendy. *Gender: An Ethnomethodological Approach*. Chicago: University of Chicago Press, 1978.

LIMA, Heloisa Bezerra. NASCIMENTO, Raul Vitor Rodrigues. *Transgeneridade e cárcere: diálogos sobre uma criminologia transfeminina*. In: Revista Transgressões: Ciências criminais em debate. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br>. Acesso em: 21 de ago. 2019.

LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

MAGALHÃES, Leslei Lester dos Anjos. *O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. LIMA, Carolina Alves de Souza. *O princípio da humanidade das penas*. Tratado luso-brasileiro da dignidade humana, 2. ed. In: MIRANDA, Jorge. SILVA, Marco. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal*. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MISKOLCI, Richard. *Teoria Queer*. 2. ed. São Paulo: Autêntica, 2012.

MOURA, Evânio. *Mandados de Criminalização e a Proteção Jurídica Insuficiente no Direito Penal Brasileiro*. In: PONTE, Antonio Carlos da (coord.). Mandados de Criminalização e Novas Formas de Criminalidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. 32. Ed. Atual. Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1997.

NOÛY, Pierre. *A dignidade humana*. Tradução de Cruz Malpique. 2. ed. Porto: Educação Nacional, 1951.

NOVAIS, Jorge Reis. *A Dignidade da Pessoa Humana*. Coimbra: Almedina, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Direitos humanos vs. segurança pública*. Rio de Janeiro: Forense. 2016.

_____. *Execução Penal no Brasil – Estudos e reflexões*. São Paulo: Forense, 2019.

_____. *Individualização da Pena*. 6.ed. São Paulo: Forense, 2014.

_____. *Individualização da Pena*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Manual de Direito Penal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. *Curso de execução penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2018

_____. *Processo penal e execução penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Método, 2019.

NUNES, Adeildo. *Comentários à Lei de Execução Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUNES, Flavio Martins Alves Junior. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2019.

OLIVEIRA, Antonio Cláudio Mariz. *O direito penal e a dignidade humana. A questão criminal: discurso tradicional*. In: Tratado luso-brasileiro da dignidade humana, 2. ed. MIRANDA, Jorge. SILVA, Marco. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

PAECHTER, Carrie. *Meninos e meninas: aprendendo sobre masculinidade e feminidades*. Tradução: SHCMIDT, Rita Terezinha. Porto Alegre: Artmed, 2009.

PEREIRA, Danilo de Assis. MARQUES, Marcos Felipe. *Sintomas depressivos e abuso de drogas entre mulheres presas na cadeia pública feminina de Votorantim/SP*. Revista da Faculdade de Ciências Médicas de Sorocaba, v.16, n.2, p.71-75, abr.-jun. 2014, 1984-4840.

PIERANGELI, José Henrique. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro – Parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

POLEZZE, Rogério Volpatti. *Políticas Públicas para minorias sexuais: características e perspectivas no direito brasileiro*. São Paulo: s.n, 2015.

RIOS, Roger Raupp. *Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal: teoria crítica*. São Paulo: Saraiva, 2017.

ROSSETTO, Enio Luiz. *Teoria e aplicação da pena*. São Paulo: Atlas, 2014.

SANTOS, Fernando Ferreira. *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*, São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

SANTOS, Jamille Bernardes da Silveira Oliveira. VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Direitos das pessoas trans no sistema carcerário brasileiro: entre grades e preconceitos*. In: Transgêneros. VIEIRA, Tereza Rodrigues. 1. ed. Brasília: Zakarewicz Editora, 2019.

SANTOS, Raphael Prieto. *Direito e Psicologia: reconhecimento e legitimação da autodeterminação da pessoa trans*. In: Transgêneros. VIEIRA, Tereza Rodrigues. 1. ed. Brasília: Zakarewicz Editora, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetória e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SAVAZZONI, Simone Alcântara. *Contrastes entre o regime prisional legal e a realidade do sistema carcerário no Estado de São Paulo*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010

SCHMITZ, Nicole Naiara. STEVANELLI, Wagner Garcia. *Sexo neutro: das adversidades ao reconhecimento do Teceiro Gênero*. In: *Transgêneros*. VIEIRA, Tereza Rodrigues. 1. ed. Brasília: Zakarewicz Editora, 2019.

SILVA, Assis Moreira Junior. *Diversidade sexual e inclusão social: uma tarefa a ser completada*. Franca: Lemos e Cruz, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2009.

SPARGO, Tamsin. *Foucault e a teoria queer*. Belo Horizonte: Autêntica, 2017.

WRUBEL, Virgínia Telles Schiavo. VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Gênero fluído: diversidade e proteção da identidade sexual*. In: *Transgêneros*. VIEIRA, Tereza Rodrigues. 1. ed. Brasília: Zakarewicz Editora, 2019.

ZISMAN, Célia Rosenthal. *O princípio da dignidade da pessoa humana. Estudos de Direito Constitucional*. In: GARCIA, Maria (coord.). São Paulo: Thomson – IOB, 2005.

b) Sites e outros portais visualizados:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADO 26. Voto Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMCM.pdf>. Acesso em 17/12/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 527. Disponível em: file:///C:/Users/anucci/Downloads/1163537.pdf. Acesso em 17/01/2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo em Execução Penal 1.0301.14.005291-3/001. Disponível em: file:///C:/Users/anucci/Downloads/InteiroTeor_10301140052913001.pdf. Acesso em 17/12/2019.

Conselho de Cidadania de Zurique, Conselho de Representantes Brasileiros no Exterior – Orientação Sexual e Identidade de Gênero - Disponível em: <https://lgbt-mundo-afora.com/orientacao-sexual-e-identidade-de-genero/>. Acesso em 17/12/2019.

Portal das Nações Unidas - UPP Social ganha prêmio do ONU-Habitat por promover o desenvolvimento nas favelas do Rio - Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/up>. Acesso em 13/12/2019.

Portal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Reserva Técnica - Disponível em: <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=93017>. Acesso em: 18/08/2019.

Conselho Federal de Medicina - RESOLUÇÃO CFM nº 1.482 /97 - Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1482_1997.htm. Acesso em: 19/08/2019.

Portal do STF – Acompanhamento processual da ADI 4275 - Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371>. Acesso em 19/08/2019.

Defensoria Pública da União - DPU ajuíza ACP pedindo tratamento hormonal gratuito para transexuais presos - Disponível em: <https://dpu.jusbrasil.com.br/noticias/445165714/dpu-ajuiza-acp-pedindo-tratamento-hormonal-gratuito-para-transexuais-presos>. Acesso em 20/01/2020.

Conselho Regional de Medicina - RESOLUÇÃO CFM nº 1.955/2010 - Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm. Acesso em: 20/01/2020.

Ministério da Saúde, Governo Federal - PORTARIA Nº 2.803, DE 19 DE NOVEMBRO DE 2013 - Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt2803_19_11_2013.html
Acesso em: 19/08/2019.

Ministério da Justiça e da Segurança Pública - Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização - Junho de 2017 Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em 16/02/2019.

Sul21 - Documentário mostra violências enfrentadas pela população LGBT nos presídios brasileiros - Disponível em: <https://www.sul21.com.br/ultimas-noticias/geral/2019/07/documentario-aborda-violencias-enfrentadas-pela-populacao-lgbt-nos-presidios-brasileiros/>. Acesso em: 13/08/2019.

Folha Nobre - SAP desenvolve iniciativas e cursos voltados ao público LGBT | São Paulo Disponível em: <http://folhanobre.com.br/2018/05/30/sap-desenvolve-iniciativas-e-cursos-voltados-ao-publico-lgbt-sao-paulo>. Acesso em: 24/08/2019.

Entenda as 56 opções de gênero no Facebook. Disponível em: <http://www.psicanaliseenep.com.br/v1/2017/07/entenda-as-56-opcoes-de-genero-do-facebook/>. Acesso em: 16 ago. de 2019

Gênero na Psicologia: articulações e discussões. Disponível em: <https://www.crp03.org.br/wp-content/uploads/2015/08/Genero-na-Psicologia-articulacoes-e-discussoes.pdf>. Acesso em 13/12/2019.

Guia para retificação do registro civil de pessoas não cisgêneras. Disponível em: <https://42591db2-5171-4bc2-9173->

225378cc4c25.filesusr.com/ugd/dcb2da_dc3541f16d714db29ba85063c5cdab99.pdf.
Acesso em: 17/12/2019.

ICD – 11 – International Classification of Diseases. Disponível em:
<https://icd.who.int/en/> Acesso em: 17/08/2019.

Merriam Webster - <https://www.merriam-webster.com/dictionary/androgynous>.
Acesso em: 16/08/2019

Mulheres transexuais e travestis no sistema penitenciário: a perda da decência humana e do respeito aos Direitos Humanos. Disponível em:
https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5730-Mulheres-transexuais-e-travestis-no-sistema-penitenciario-a-perda-da-decencia-humana-e-do-respeito-aos-Direitos-Humanos#_edn2. Acesso em: 17/12/2019.

Nascidos livres e iguais: orientação sexual e identidade de gênero no Regime Internacional de Direitos Humanos. Disponível em:
https://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes_Portuguese.pdf. Acesso em 16/08/2019.

OMS retira a transexualidade da lista de doenças mentais. Disponível em:
<https://nacoesunidas.org/oms-retira-a-transexualidade-da-lista-de-doencas-mentais/>.
Acesso em: 17/08/2019.

The Yogyakarta Principles plus 10: additional principles and state obligations on the application of International Human Rights law in relation to sexual orientation, gender identity, gender expression. Disponível em: http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2017/11/A5_yogyakartaWEB-2.pdf. Acesso em 16/08/2019.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado. Ação Civil Pública n. 5004074-30.2017.34.03.6100. Disponível em: <https://pje1g.trf3.jus.br/pje/login.seam>. Acesso em: 24/08/2019.

Sexual health, human rights and the law.
https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/175556/9789241564984_eng.pdf;sequence=1. Acesso em: 17/12/2019.

Transexual denuncia estupros diários na prisão. Disponível em:
<https://www.noticiasaoiminuto.com.br/justica/535247/transexual-denuncia-estupros-diarios-na-prisao>. Acesso em 16/08/2019.

Transexualidade e Travestilidade na Saúde. Organização: Ministério da Saúde de Brasília DF, 2015, p. 9 e ss. Disponível em: https://42591db2-5171-4bc2-9173-225378cc4c25.filesusr.com/ugd/dcb2da_f83a80e5eb6b43b4bf0b964726e4f9dc.pdf. Acesso em 17/12/2019.