

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA  
FACULDADE DE DIREITO  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**A TRANSGENERIDADE E O BINÁRIO DE GÊNERO NO SISTEMA  
CARCERÁRIO BRASILEIRO**

**PAULA SANTOS SAMPAIO SANTANA**

BRASÍLIA  
2016

**A TRANSGENERIDADE E O BINÁRIO DE GÊNERO NO SISTEMA  
CARCERÁRIO BRASILEIRO**

Trabalho de conclusão apresentado ao Curso de  
Graduação em Direito da Universidade de  
Brasília como requisito para obtenção do título  
de bacharela em Direito.

Orientadora: Lívia Gimenes.

BRASÍLIA

2016

A TRANSGENERIDADE E O BINÁRIO DE GÊNERO NO SISTEMA  
CARCERÁRIO BRASILEIRO

Trabalho de conclusão apresentado ao Curso de  
Graduação em Direito da Universidade de  
Brasília como requisito para obtenção do título  
de bacharela em Direito.

A candidata foi considerada aprovada pela banca examinadora.

---

Professora Livia Gimenes Dias da Fonseca

Orientadora

---

Nathália Gomes Oliveira de Carvalho

Membro

---

Ilka Teodoro

Membro

---

Daniel Silva

Suplente

Brasília, 9 de Novembro de 2016.

## AGRADECIMENTOS

Esta monografia é o resultado final de um período de cinco anos de vivências e aprendizados, que levarei comigo pelos caminhos incertos e surpreendentes dessa vida.

Em primeiro lugar, agradeço a minha orientadora, professora Livia Gimenes, por dar asas às minhas ideias, por me ajudar prontamente quando foi tão necessário, e pela paciência e compreensão nos momentos mais difíceis e tortuosos que a escrita proporciona.

A minha mãe, Maria do Carmo Santos, que com sua coragem e força me ensinou minhas primeiras lições de cidadania. Obrigada por ser a minha maior companheira, pela dedicação e pelo amor despendido a mim ao longo de todos esses anos, e por nunca me deixar fracassar. Minhas vitórias são suas.

Ao companheiro que escolhi para a caminhada dessa vida, Gianluca Capone, agradeço por me fazer crer no impossível e pelo amor que partilhamos ao longo desses anos. Obrigada por acreditar em mim muito mais do que eu mesma e por dividir minhas inseguranças por dois ao longo desse processo.

As mulheres da minha vida, Jamile, Ilka (*in memoriam*), Maria Aparecida, Meire Haddad Conceição Pacheco por serem quem são e por acompanharem de perto o meu crescimento, com tanto amor, carinho e dedicação. Para mim, vocês são fonte inesgotável de inspiração. Agradeço também a Welton Neves Pereira e Madalena Neves Campo, por apoiarem meus primeiros passos de vida e por fazerem o mesmo até hoje.

A Vivian Bastos, Mathews Michels, Beatriz Soares e Camila Fontes, vocês são minha família. E não por algo tão acidental como laços de sangue, mas sim por algo muito mais forte: Por escolha.

Finalmente, agradeço a Maíra Ribeiro e Sólon de Carvalho (*in memoriam*), por serem meu espelho. A Teresa Ferreira e Isabela Cunha, por derrubarem meus preconceitos. A Larissa Cunegundes e Natalia Raso, pelo carinho e pelos sonhos partilhados. A Rayane Lima, pelas melhores risadas ao longo desses cinco anos de conhecimento jurídico. A Pedro Sousa, Paulo César, Eduardo Calazans, Thales Cassiano e Carlos Henrique Barbosa, pela dádiva que é tê-los em minha vida. Em especial, agradeço ainda a Pedro Sousa, por ter lido os primeiros rascunhos deste trabalho e por todo o auxílio despendido. A conclusão dessa etapa não teria sido possível sem você.

*“Bueno, lo que les estaba diciendo, ¡que cuesta mucho ser auténtica, señora! Y en estas cosas no hay que ser rúcana. Porque una es más auténtica cuanto más se parece a lo que ha soñado de si misma.”*

*Agrado - Todo Sobre Mi Madre*

## RESUMO

O presente trabalho tem a pretensão de fomentar a discussão acerca da transgeneridade no direito brasileiro, ao analisar o flagrante desrespeito aos direitos fundamentais e de personalidade de transexuais e travestis dentro do sistema carcerário. A referida discussão passa, de forma inexorável, pela conceituação de sexo e gênero, por ponderações médicas acerca da transgeneridade, pela cirurgia de redesignação sexual, bem como por aspectos acerca da alteração de prenome e sexo no registro civil. O objetivo é verificar quais fatores são levados em conta no direcionamento de transgêneros para os estabelecimentos prisionais – intervenções no registro civil, alterações hormonais, procedimentos cirúrgicos, etc. – e quais são as condições de vida desses apenados dentro do sistema prisional. Importante frisar que a presente reflexão não objetiva, tão somente, enfrentar essas questões por mera dialética jurídica, mas sim de forma pragmática, demonstrando a ausência de políticas públicas e legislação, assim como a inércia do poder judiciário e o latente despreparo de magistrados ao lidar com a temática transgênera. A metodologia da pesquisa se guiou pela técnica de método misto, com procedimento de coleta de dados quantitativos e qualitativos. Para o presente estudo, apenas foram considerados casos de transexuais e travestis que iniciaram o cumprimento de suas penas no regime fechado ou no semi-aberto. Foram analisados 78 processos judiciais encontrados nos principais Tribunais de Justiça do Brasil, entre 2006 e 2015, assim como estatísticas acerca do cenário carcerário brasileiro e existência do espaço exclusivo de convivência dentro dos presídios. Com base nessa análise, foi possível constatar que, mesmo com os presentes esforços, como a Resolução Conjunta nº 1/2014, o nosso sistema carcerário e o nosso ordenamento jurídico carecem de preparo em relação a transgeneridade. A identidade de gênero se apresenta como irrelevante durante a fase executória da pena, em uma clara afronta aos direitos de personalidade dos indivíduos transgêneros.

**Palavras-chave:** Transgêneros; Transexualidade, Transgeneridade, Identidade de Gênero, Direitos Humanos, Justiça Criminal, Sistema Prisional.

## ABSTRACT

This study aims to encourage the discussion about transgenderism in the Brazilian Law. It analyzes how public authorities has positioned itself in the face of blatant disregard to the fundamental and personal rights of transsexuals and transvestites put behind bars. Such discussion passes, inexorably, by the concepts of sex and gender, by the medical considerations about transgenderism, by the sex reassignment surgery, and as well as by aspects regarding the rectification of civil registration of transgender people. Its main objective is to verify which factors are taken into consideration when directing transgenders to prisons - rectification in the civil registry, hormonal changes, surgical procedures, etc. - and what are the living conditions of these inmates within the prison system. It is important to stress that the present research does not aim to address these issues by mere legal dialectic, but rather in a more pragmatic manner by demonstrating the absence of public policies and legislation, as well as the inertia of the judiciary and the latent unpreparedness of judges to deal with the transgenders issues. The research methodology was guided by the mixed method technique, based on the collection of quantitative and qualitative data. For the present study, only cases of transsexuals and transvestites who were sentenced to serve in closed or semi-open regime were considered. Were analyzed 78 lawsuits of the main Courts of Justice in Brazil between 2006 and 2015, as well as statistics about the Brazilian prison settings and the existence of gender-appropriate accommodation in prisons. In this analysis it was revealed that, even with recent efforts, such as Joint Resolution No. 1/2014, there is a lack of preparation in relation to transgenderism in our prison and legal system. The gender identity issue and sex is considered irrelevant during the execution stage of the criminal sentence, in a clear affront to the fundamental and personal rights of transgender individuals.

**Keywords:** Transgenders, Transsexuality, Transgenderism, Gender Identity, Human Rights, Criminal Justice, Prison System

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO I – A (DES)CONSTRUÇÃO DO BINÁRIO DE GÊNERO.....</b>	<b>3</b>
1.1. Sexo e Gênero: A Origem .....	4
1.2. As Conduas Medicalizantes .....	11
1.2.1 A Intersexualidade: Os Casos Maria e o Caso John/Joan .....	12
1.2.2 Do Transtorno à Disforia: A Travestilidade e a Transexualidade .....	16
<b>CAPÍTULO II – A EXCLUSÃO JURÍDICA DOS TRANSGÊNEROS .....</b>	<b>22</b>
2.1 A Construção dos Direitos Humanos, Fundamentais e de Personalidade .....	23
2.2 Os Transgêneros e o Direito : Uma Análise dos Princípios, da Prisão e da Função Social da Pena.....	29
2.2.1. Princípio da Legalidade ou da Reserva Legal .....	31
2.2.2. Princípio da Igualdade .....	32
2.2.3. Princípio da Humanidade .....	33
2.2.4. Princípio da Pessoalidade .....	34
2.2.5. Princípio da Individualização da Pena.....	34
<b>CAPÍTULO III – OS TRANSGÊNEROS E O CÁRCERE.....</b>	<b>37</b>
3.1 O Cárcere: Cenário Brasileiro .....	38
3.2 A Transgeneridade na Execução Penal .....	46
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>53</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>55</b>
<b>ANEXOS .....</b>	<b>59</b>



## INTRODUÇÃO

*Costuma-se dizer que ninguém conhece verdadeiramente uma nação até que tenha estado dentro de suas prisões. Uma nação não deve ser julgada pelo modo como trata seus cidadãos mais elevados, mas sim pelo modo como trata seus cidadãos mais baixos. (MANDELA, 1994. Pg. 75)*

De um lado, uma mulher transgênera, que se depara com o homem branco, agressor, cisgênero que espanca e mata, mas hoje anda livre pelas ruas, vivendo sua vida cotidiana sem constrangimentos. Do outro, uma travesti negra, que foi vítima da truculência policial nas dependências de um complexo penitenciário masculino e está atrás das grades, trancafiada em uma cadeia e excluída de um mundo que não a vê como igual e que preferia que ela não existisse. Entre dois cenários tão distintos, dois nomes: Laura Vermont e Verônica Bolina.

Elas nunca se conheceram, e nunca irão se conhecer. Não moravam na mesma cidade, tinham vidas, experiências e trajetórias diversas. Em comum entre elas? Apenas a vivência de não se encaixarem em uma experiência de gênero binária e a violência sofrida, que tirou a vida de uma e desfigurou o rosto da outra. As histórias dessas mulheres servem para evidenciar a transfobia enraizada em todas as instâncias da nossa sociedade e como os indivíduos transgêneros não são vistos como sujeitos de direito em nossa sociedade.

Existe uma grande pressão social e psicológica para a adequação em torno dos padrões impostos de acordo com o nosso sexo de nascimento, e diversos são os contextos de violência e preconceito vivenciados por transgêneros<sup>1</sup> ao desafiar o binário homem-mulher. Diariamente, esses indivíduos são punidos, das mais diversas formas, por não seguirem os padrões binários, seja em relação aos seus documentos, seja pelo tratamento direcionados a eles dentro do sistema carcerário e na justiça penal.

A partir da evolução das relações sociais em um emaranhado complexo e extremamente dinâmico de vivências e experiências, surgiu a necessidade de se discutirem

<sup>1</sup> Para os fins deste trabalho, utilizo o termo *transgêneros* em referência a travestis e transexuais, que são o objeto principal da presente pesquisa. A opção por um termo generalista, que abrange outras diversas experiências de gênero, se deu pela necessidade de abordar as duas experiências que, mesmo distintas, sofrem os mesmos efeitos de um sistema carcerário falido e, também, por acreditar que a própria diferenciação entre travestis e transexuais está carregada um discurso medicalizante que mais prejudica do que potencializa a busca por direitos dos que não se encaixam em uma experiência de gênero binária.

assuntos que até então eram considerados como secundários ou não importantes à esfera jurídica. A transgeneridade e os desafios que ela representa é um desses assuntos, que acaba por abranger as mais variadas áreas do conhecimento, sendo necessária a apreciação da temática não apenas pela ótica jurídica, mas sim alinhada a outros ramos do conhecimento, para que o respeito em sua forma mais plena para com esses indivíduos, que vivem a margem da sociedade, seja finalmente alcançado.

O enfoque principal do trabalho está centrado no estudo da compreensão da identidade de gênero no sistema prisional brasileiro e o direito fundamental à dignidade humana de transexuais. O primeiro capítulo tem por objetivo analisar os discursos sobre identidade de gênero e a construção histórica por trás das concepções de homem e mulher e como a nossa sociedade é organizada. Em sequência, o segundo capítulo tem por foco uma análise jurídica a cerca dos princípios constitucionais aplicados à esfera penal e os direitos de personalidade, tão relevantes a construção da identidade transgênera. Já o terceiro capítulo aborda a temática transgênera dentro de unidades prisionais e aponta os problemas relacionados a políticas públicas vazias e ineficazes.

## CAPÍTULO I – A (DES)CONSTRUÇÃO DO BINÁRIO<sup>2</sup>

*Podemos referir-nos a um ‘dado’ sexo ou a um ‘dado’ gênero, sem primeiro investigar como são dados o sexo e/ou o Gênero e por que meios? E o que é, afinal, o ‘sexo’? Ele é natural, anatômico, cromossômico ou hormonal [...]? Teria o sexo uma história? Possuiria cada sexo uma história ou histórias diferentes? Haveria uma história de como se estabeleceu a dualidade do sexo, uma genealogia capaz de expor as opções binárias como uma construção variável? Seriam os fatos ostensivamente naturais do sexo produzidos discursivamente por vários discursos científicos a serviço de outros interesses políticos e sociais? (BUTLER, 2016, p.27)*

Desde o momento em que nascemos, nos é designado sexo e gênero como aspectos intrínsecos de uma mesma realidade – como anunciados ao mundo como meninos e meninas pela simples aparências de nossos órgãos genitais<sup>3</sup>. Ainda na escola, nos ensinam a enxergar a sociedade como uma separação clara entre o masculino e o feminino, desde a prática de esportes ao uso dos banheiros. Quantas vezes, enquanto crianças, já ouvimos expressões como “isso é coisa de mulherzinha”, “aquela menina parece um moleque”, ou até fomos repreendidos por não seguirmos uma determinada conduta de acordo com o nosso sexo de nascimento? Diversas são as formas pelas quais a sociedade está estruturada em torno do binário de gênero<sup>4</sup>.

A maioria das pessoas vivem suas vidas sem nunca pensar, ou se quer questionar, os aspectos de sua identidade. Para elas, acordar todas as manhãs com a convicção de que o seu gênero coincide com o seu corpo físico é algo inerente à sua natureza. Mas e os indivíduos cujo sexo não é tão claro como a sociedade quer que o seja? E aqueles que desafiam o binário do gênero? No meio científico, assim como para a maioria das pessoas, o sexo dos indivíduos os dividem em homens e mulheres. Os fundamentos correntes para tal separação são as diferenciações quanto as respectivas anatomias, pautados principalmente pelo processo de

<sup>2</sup> O objetivo do presente trabalho não é – como não poderia ser – debater as questões sociológicas e médicas relativas ao sexo, ao gênero e a sexualidade. O debate em torno dessas questões é rico e abrangente, e a justaposição de conceitos polêmicos e complexos, por si só, já representa um grande desafio. Entretanto, para uma melhor reflexão acerca do tema, tomei como referência alguns conceitos, os quais apresento a seguir.

<sup>3</sup> “Em todas as culturas, é em geral com base na aparência dos órgãos genitais externos que se faz a atribuição à criança de um dos dois sexos reconhecidos, macho ou fêmea.” (CHILAND, 2008, p. 18)

<sup>4</sup> No presente trabalho, fiz uso da presente expressão por influência da literatura estrangeira, que se utiliza do *gender binary* mesmo em questões relacionadas estritamente à dualidade presente entre os sexos. Entretanto, realizo as diferenciações necessárias.

reprodução da espécie humana. Esse silogismo comete que homens e mulheres sejam concebidos em uma esfera física, relacionada ao sexo, e ao gênero, como experiência culturalmente construída.

O binário, assentando em uma verdade inquestionável sobre a natureza biológica dos indivíduos, determina o padrão de normalidade dos corpos (BUTLER, 2016). Entretanto, ao pensarmos a transgeneridade, somos impelidos a questões basilares acerca do sexo e do gênero, assim como da existência de um padrão de corpo e sexualidade diversos dos estabelecidos. Haveria alguma história de como se estabeleceu a o binário? Seriam ocorrências biológicas ou fatores sociais e políticos que influenciaram essa concepção? É o que analiso a seguir.

### 1.1. SEXO E GÊNERO: A ORIGEM

Entender o gênero como uma categoria histórica é aceitar que ele, entendido como uma forma de configurar culturalmente um corpo, está aberto a uma reconstrução contínua e que sexo e a sexualidade possuem representações distintas. Quando falamos *ele* ou *ela*, *menino* ou *menina*, estamos apenas variando o gênero<sup>5</sup> de vocábulos corriqueiros – e tantos são os sentidos e significados que mudamos ao alterarmos uma única letra ao final de uma palavra. Ao trocarmos os pronomes e alterarmos o tratamento, dividimos os indivíduos em duas realidades distintas – ou nos referimos aos homens ou as mulheres – sendo essa segregação pautada por um aparente determinismo biológico dos corpos dos indivíduos. Entretanto, nem sempre a distinção entre homens e mulheres se deu pela diferenciação entre seus respectivos órgãos sexuais.

Em termos históricos, a necessidade de diferenciação sexual surgiu a partir da discussão, de origem iluminista<sup>6</sup>, em torno do papel social da mulher. Segundo Laqueur (2001), a distinção entre os sexos como algo binário surgiu apenas no século XVIII. Antes desse período, mulheres e homens eram tidos como seres dentro de uma única hierarquia corporal, em que a primeira era considerada inferior e o segundo, superior. Não havia uma diferença intrínseca em relação à natureza biológica dos indivíduos, mas apenas em termos

<sup>5</sup> Joan Scott (1995) citou na epigrama da obra *Gênero: Uma Categoria Útil de Análise Histórica* a definição do dicionário Fowler, em que “Gênero (*gender*), s., [é] apenas um termo gramatical. Seu uso para falar de pessoas ou criaturas do gênero masculino ou feminino, com o significado de sexo masculino ou feminino, constitui uma brincadeira (permissível ou não, dependendo do contexto) ou um equívoco.” (FOWLER in SCOTT, 1995, p. 71). Ao fazê-lo, Scott realiza uma severa crítica ao uso desse vocábulo como tentativa de diferenciação entre os aspectos biológicos dos sexos e a organização em torno das relações sociais entre eles.

<sup>6</sup> “Distinguir a mulher do homem pela particularidade do sexo foi uma preocupação de filósofos e moralistas do Iluminismo, antes de ser uma crença científica.” (COSTA, 1995, p. 108)

de níveis de perfeição. À época, as diferenças entre homens e mulheres existiam<sup>7</sup> – relacionadas aos aspectos sociais e culturais da vida em sociedade – mas não eram justificadas pelas minúcias em relação ao órgão sexual.

Para Costa (1995), entretanto, não foi a diferenciação biológica entre homens e mulheres que deu origem à separação entre os corpos, mas o oposto: foram as discussões em torno do papel social da mulher que fomentaram a elaboração do argumento biológico de diferenciação entre os sexos como justificativa para a nova realidade social<sup>8</sup>. Assim, as distinções anatômicas dos corpos passaram a ser encaradas como a origem das diferenças entre homens e mulheres, e os aspectos biológicos dos corpos a serem vistos não em graus de hierarquia, mas em evidente oposição.

A partir daí as distinções corporais entre homens e mulheres foram estabelecidas como regra de normalidade e as questões científicas passaram a ocupar o centro da esfera do interesse público. O sexo foi convertido em política de gestão estatal e a vida humana passa a ser objeto do poder, assim como a temática do corpo e há “uma tomada de poder sobre o homem enquanto ser vivo, uma espécie de estatização do biológico ou, pelo menos, certa inclinação que conduz ao que se poderia chamar de estatização do biológico<sup>9</sup>” (FOUCAULT, 2005, p. 286).

Ao estabelecerem as distinções entre homens e mulheres como a regra de normalidade, pautada pelas diferenças biológicas, a heterossexualidade se impôs como o padrão admitido. Há uma conformidade entre os conceitos de sexo, gênero e sexualidade, em que o aceitável ao falarmos de homens é o pênis, a postura agressiva e o interesse por mulheres, ao passo que para as mulheres seria a vagina, a postura dócil e a atração por homens, não existindo nada além do binário que fosse considerado como prática aceitável (BUTLER, 2016).

<sup>7</sup> “[...] a diferença entre mulheres e homens era percebida; só não era explicada pela diferença de sexos. O que chamamos de sexo, hoje, era a palavra usada para designar apenas os órgãos reprodutores. Considerando as genitais, a mulher era, de fato, uma simples especialização funcional anatomicamente identificada como masculina em sua natureza. A forma cultural de distinguir os gêneros masculino e feminino dispensava o recurso à diferença dos sexos.” (COSTA, 1995, p. 104)

<sup>8</sup> Nesse sentido, ele afirma que “[...] ao contrário do que se pensa habitualmente, não foi o estabelecimento da diferença dos sexos que condicionou o lugar social, moral e psicológico da mulher; foi a discussão de seu novo estatuto social que deu origem à diferença de sexos como a conhecemos. A formação da nova imagem da mulher nos séculos XVIII, e sobretudo XIX, trouxe à tona a rediscussão da diferença de gêneros. Desta rediscussão surgiu a ideia da diferença de sexos entendida como bissexualidade original e não como hierarquização de funções de um só sexo fisio-anatômico.” (COSTA, 1995, p.104)

<sup>9</sup> Na realidade, o trecho em comento faz referência, especificamente, ao racismo, e não à sexualidade. Entretanto, faço uso do trecho para evidenciar a análise foucaultiana em relação ao poder científico como um todo, que passou a servir-se de novas tecnologias para o controle populacional então intitulado biopoder. Até porque, a própria diferenciação biológica homens e mulheres é um dos mecanismos do biopoder.

Segundo Foucault (2009), sob o argumento de preservação do bem-estar coletivo e da vida em sociedade, muitos questionamentos foram formulados a respeito do sexo a partir da incitação de discursos quanto as subjetividades e aos corpos. Essa proliferação dos discursos não se devotou apenas a uma análise quantitativa da questão, mas também à forma pela qual o sexo e a sexualidade podiam ser controlados pelo Estado<sup>10</sup>. A finalidade da propagação desse tipo de discurso, por parte do Estado, era não só controlar as questões relacionadas à fertilidade e ao crescimento populacional, mas também, que servisse como uma espécie de defesa para aquelas condutas consideradas como degeneradas.

Dessa forma, assentando na estrutura binária, tanto os corpos como a sexualidade de mulheres, homens, jovens, crianças e até mesmo de casais, foram minuciosamente esmiuçadas a fim de definirem as fronteiras entre a normalidade e a patologia<sup>11</sup>. O objetivo não era excluir as práticas extravagantes e os corpos não ortodoxos, mas sim, de especificá-los a fim de definir os limites do aceitável. Nesse sentido, a diferenciação entre os sexos não se deu apenas como um modo de subjetivação das políticas estatais para fins de controle, mas, essencialmente para a legitimação do sexo biológico como um objeto incontestável da verdade<sup>12</sup> (FOUCAULT, 2009).

A partir do momento em que a verdade que é imprimida sobre os corpos decorre de uma diferenciação biológica e que é esse o padrão de normalidade imposto, tudo o que for contrário a essa verdade é tido como anômalo. Nessa acepção, Foucault (2001; 2009) remete à questão dos intersexuados<sup>13</sup> para analisar como a existência de corpos insólitos prenuncia a crítica às estruturas reguladores de determinação sexual e do decorrente binário de gênero. Até

<sup>10</sup> “[...] é necessário analisar a taxa de natalidade, a idade do casamento, os nascimentos legítimos e ilegítimos, a precocidade e a frequência das relações sexuais, a maneira de torná-las fecundas ou estéreis, o efeito do celibato ou das interdições, a incidência das práticas contraceptivas.” (FOUCAULT, 2009, p. 32)

<sup>11</sup> “A mecânica do poder que ardorosamente persegue todo esse despropósito só pretende suprimi-lo atribuindo-lhe uma realidade analítica, visível e permanente: encrava-o nos corpos, introduzi-la nas condutas, torna-o princípio de classificação e de inteligibilidade e o constitui em razão de ser e ordem, natural da desordem. Exclusão desses milhares de sexualidades aberrantes? Não, especificação, distribuição regional de cada uma delas.” (FOUCAULT, 2009, p. 51)

<sup>12</sup> “O importante nessa história não está no fato de terem tapado os próprios olhos ou os ouvidos, ou enganando a si mesmos; é, primeiro, que tenha sido construído em torno do sexo e a propósito dele, um imenso aparelho para produzir a verdade, mesmo que para mascarar-la no último momento. O importante é que o sexo não tenha sido somente objeto de sensação e de prazer, de lei ou de interdição, mas também de verdade e falsidade, útil ou perigosa, preciosa ou temida: em suma, que o sexo tenha sido constituído como objeto de verdade.” (FOUCAULT, 2009, p. 64-65)

<sup>13</sup> A base para a argumentação em questão é a obra *Os Anormais* de Foucault. Entretanto, mesmo fazendo referência à sua obra, o termo utilizado – hermafroditas – não me parece apropriado pelo contexto do presente trabalho. Por esta razão, faço uso da palavra *intersexuados*, conforme preceitua Chiland. Definições específicas quanto ao termo serão pontuadas na sessão 1.2. – As Condutas Medicalizantes: A Travestilidade e a Transexualidade.

o século XVIII, esses indivíduos eram encarados como criminosos<sup>14</sup> e monstros<sup>15</sup>, pelo simples fato de que a sua anatomia apontava para uma nova circunstância contrária à separação biológica estrita entre homens e mulheres, representando uma ‘atrocidade’ frente ao sistema de leis, fossem elas jurídicas ou naturais. Entretanto, a partir de um discurso estritamente medicalizante, esses indivíduos passaram a ser tratados como casos médicos de anomalia anatômica, um mero deslize da natureza – sendo que a convergência entre os sexos não existia, apenas imperfeições e esquisitices que não se encaixam no binário homem-mulher.

Ao analisar os intersexuais em sua obra *Os Anormais*, Foucault (2002), além do caso do o “hermafrodita de Rouen”<sup>16</sup>, também cita o caso de Gradjean, que ao final do século XVIII havia sido criado como menina e sentia atração por mulheres. Influenciado por esse desejo pelo mesmo sexo, Gradjean resolve mudar-se para uma outra cidade e assumir a identidade de homem, ocasião em que se casa com uma mulher. Denunciado, ele é levado a juízo e no exame realizado é constatado o seu sexo como feminino. Gradjean é condenado não pela sua anatomia dúbia, mas sim porque havia vivido em comunhão marital com uma mulher mesmo uma sendo, pelos padrões impostos, considerada uma mulher. (FOUCAULT, 2001)

A mudança na perspectiva é clara, pois o que passa a ser condenável não é mais a condição biológica do indivíduo, mas sim à ausência de conformidade entre a sua anatomia<sup>17</sup> e

<sup>14</sup> “Sem dúvida o ‘contra-natureza’ era marcado por uma abominação particular. Mas era percebido apenas como uma forma extrema do ‘contra-a-lei’[...]. As proibições relativas ao sexo eram, fundamentalmente, de natureza jurídica. A ‘natureza, em que às vezes se apoiavam, era ainda uma espécie de direito. Durante muito tempo os hermafroditas foram considerados criminosos, ou filhos do crime, já que sua disposição anatômica, seu próprio ser, embarçava a lei que distinguia os sexos e prescrevia sua conjunção.” (FOUCAULT, 2009, p. 45)

<sup>15</sup> “É que nele encontramos claramente a afirmação de que o hermafrodita é um monstro. Isso se encontra no discurso de Riolan, em que se diz que o hermafrodita é um monstro porque é contra a ordem e a regra ordinária da natureza, que separou o gênero humano em dois: machos e fêmeas.” (FOUCAULT, 2001, p. 89)

<sup>16</sup> “Ora, a história dos hermafroditas, do século XVII ao fim do século XVIII, é interessante, a meu ver. Vou examinar dois casos. Um, que data de 1614-1615 [*rectius*: 1601], o outro, de 1765. Primeiro caso, o que é conhecido na época pelo nome de “o hermafrodita de Rouen”. Tratava-se de alguém que havia sido batizado com o nome de Marie Lemarcis e que, pouco a pouco, tinha se tomado homem, usava roupas de homem e tinha se casado com uma viúva que, de seu lado, já era mãe de três filhos. Denúncia. Marie Lemarcis - que adotara então o nome de Marin Lemarcis - é levada a juízo e os primeiros juízes mandam fazer um exame médico, por um médico, um boticário, dois cirurgiões. Eles não encontram nenhum sinal de virilidade. Marie Lemarcis é condenada a ser enforcada, queimada e suas cinzas jogadas ao vento. Quanto à sua mulher (quer dizer, a mulher que vivia com ele ou com ela), é condenada a assistir ao suplício do marido e a ser fustigada na encruzilhada da cidade. Pena capital, logo recurso e, então, diante da Corte [de Rouen], novo exame. Os peritos concordam com os primeiros, em que não há nenhum sinal de virilidade, salvo um deles, que se chama Duval e que reconhece sinais de virilidade. O veredicto da Corte de Rouen é interessante, pois solta a mulher, prescreve-lhe simplesmente que mantenha as roupas femininas e proíbe-a de morar com qualquer outra pessoa de um ou outro sexo, “sob pena da vida”. Logo, interdição de qualquer relação sexual, mas nenhuma condenação por hermafroditismo, por natureza de hermafroditismo, e nenhuma condenação tampouco pelo fato de ter vivido com uma mulher, embora, ao que parece, seu sexo dominante fosse o feminino.”(FOUCAULT, 2001, p. 85)

<sup>17</sup> “O que deve suscitar, a propósito da Grandjean, o que deve provocar a condenação – diz Champeaux – não é o fato de ela ser hermafrodita. E simplesmente o fato de que, sendo mulher, ela tem gostos perversos,

o que se espera quanto a sua conduta. Interessante notar que, mesmo com as mudanças de concepção quanto aos intersexuados, de serem encarados como casos médicos e não mais como criminosos, a conformação instituída entre o sexo, o gênero e a sexualidade não admitia qualquer ambiguidade – ao definirem a *verdade do sexo*, a fronteira entre a normalidade e tudo o que lhe era destoante foi estabelecida, tido como execrável tudo o que ultrapassasse seus limites fronteiriços. Assim, verdades médicas e jurídicas eram produzidas<sup>18</sup> para que se estabelecesse o caráter de anormalidade presente nas condutas e nos corpos que não se encaixavam (FOUCAULT, 2009).

Segundo Foucault (2009), são justamente as restrições impostas quanto às condutas anômalas que acabam por fomentar sua existência, uma vez que estabelecem os limites discursivos de sua exteriorização, inexistindo um padrão de sexualidade anterior ou exterior ao discurso imposto pelas forças coercitivas do poder. As relações estabelecidas em sociedade reforçam o padrão dos discursos historicamente construídos, encarados como verdade, influenciando a regulação da sexualidade dos indivíduos sem nenhuma indagação. Dessa forma, as experiências sexuais anômalas nada mais são do que uma construção, um instrumento pelo qual o poder reforça e perpetua um discurso dominante historicamente construído.

À vista disso, Judith Butler (2016), ao analisar o gênero, entende que as identidades são construídas e constituídas pelos discursos, o que implicaria na não existência de quaisquer realidades pré discursivas. Inspirada por essa perspectiva foucaultiana<sup>19</sup>, ela compreende que as concepções relacionadas ao sexo e a sexualidade nada mais são do que consequência de um tipo discurso, com caráter histórico, em que a distinção biológica entre homens e mulheres representava uma verdade essencial, advinda de uma concepção de que a estrutura do sexo era

gosta de mulheres, e é essa monstrosidade, não de natureza mas de comportamento, que deve provocar a condenação.” (FOUCAULT, 2002, p. 91)

<sup>18</sup> “Poder-se-iam citar outros focos que, a partir do século XVIII ou do século XIX, entraram em atividade para suscitar os discursos sobre o sexo. Inicialmente, a medicina, por intermédio das ‘doenças dos nervos’; em seguida, a psiquiatria, quando começa a procurar – do lado da “extravagância”, depois do onanismo, mais tarde da insatisfação e das ‘fraudes contra a procriação’, a etiologia das doenças mentais e, sobretudo, quando anexa ao seu domínio exclusivo, o conjunto das perversões sexuais; também a justiça penal, que por muito tempo ocupou-se da sexualidade, sobretudo sob a forma de crimes ‘crapulosos’ e antinaturais, mas que, aproximadamente na metade do século XIX, se abriu à jurisdição miúda dos pequenos atentados, dos ultrajes de pouca monta, das perversões sem importância, enfim, todos esses controles sociais que se desenvolveram no final do século passado e filtraram a sexualidade [...] tratando de proteger, separar e prevenir, assinalando perigos em toda parte, despertando as atenções, solicitando diagnósticos, acumulando relatórios, organizando terapêuticas; em torno do sexo eles irradiaram os discursos, intensificando a consciência de um perigo incessante que constitui, por sua vez, incitação a se falar dele.” (FOUCAULT, 2009, p. 36-37)

<sup>19</sup> “Foucault sugere que a categoria de sexo, anterior a qualquer caracterização da diferença sexual, é ela própria construída por um modo de sexualidade historicamente específico.” (BUTLER, 2016, p. 53)



isenta de indagações, em vista de sua aparente materialidade<sup>20</sup>. Dessa forma, foi a separação entre os sexos em uma esfera pré discursiva que propiciou a perpetuação dessa construção cultural denominada gênero e, conseqüentemente, sua estrutura binária.

Apesar das diferenças importantes, as concepções modernas do gênero nas sociedades ocidentais, têm raízes em Simone Beauvoir e a sua obra *O Segundo Sexo*. Considerada como o marco inicial da *segunda onda* do feminismo, o livro em comento inaugura as discussões em torno das desigualdades construídas em decorrência das diferenças entre os sexos<sup>21</sup> e a relação de submissão existente entre eles. Joan Scott (1995) argumenta que em sua utilização mais contemporânea, o termo *gênero* foi inicialmente proposto pelas feministas estadunidenses em uma tentativa de oposição ao determinismo biológico<sup>22</sup> nas relações entre homens e mulheres, atribuindo-lhe um caráter essencialmente social. Essa diferenciação entre sexo e gênero preconiza um rompimento dentre os corpos sexuados e os gêneros constituído culturalmente, que é tido como uma das bases do feminismo moderno.

Contudo, a própria tentativa de diferenciação advinda do conceito de gênero *per se* perpetuava alguns dos binários, já que, por essa concepção, o gênero era tido como culturalmente construído e o sexo como algo biologicamente atribuído aos indivíduos, partindo da asserção da separação anatômica dos corpos como uma verdade. Além disso, o gênero, advindo dessa distinção entre os sexos, também se apresentava em dualidade, assumindo que a hipótese de um binário de gênero influi em um paralelismo entre gênero e sexo, em que o gênero reflete o sexo ou é limitado por ele, em uma heterossexualidade compulsória (BUTLER, 2016).

Se relacionarmos o sexo ao biológico e o gênero à cultura, passamos a imagem de que a natureza biológica dos corpos pode ser entendida desassociada do conhecimento que é produzido em relação a ela. Entretanto, o sexo nada mais é do que uma conformidade de discursos que foram pautados por interesses sociais e políticos, sendo a compreensão do sexo feita a partir de construções culturais. Nesse sentido, a dicotomia entre o sexo e o gênero é

<sup>20</sup> “O poder parecia se mais do que uma permuta entre sujeitos e um Outro; na verdade, o poder parecia operar na própria produção dessa estrutura binária em que se pensa o conceito de gênero.”(BUTLER, 2016, p. 8)

<sup>21</sup> “Ninguém nasce mulher: torna-se mulher. Nenhum destino biológico, psíquico, econômico define a forma que a fêmea humana assume no seio da sociedade; é o conjunto da civilização que elabora esse produto intermediário entre o macho e o castrado que qualificam de feminino. Somente a mediação de outrem pode constituir um indivíduo como um *Outro*.” (BEAUVOIR, 1967, p.9)

<sup>22</sup> “[...] sua utilização mais recente, o termo ‘gênero’ parecer ter feito sua aparição inicial entre as feministas americanas, que queriam enfatizar o caráter fundamentalmente social das distinções baseadas no sexo. A palavra indicava uma rejeição do determinismo biológico implícito no uso de termos como ‘sexo’ ou ‘diferença social.’”(SCOTT, 1995. p.72)

limitada, uma vez que tanto o gênero quanto o sexo nada mais são de construções culturais<sup>23</sup>, oriundas do esforço normalizante de adequar os indivíduos às regras sociais que impõem aos homens um comportamento masculino e as mulheres um comportamento feminino (BUTLER, 2016; SCOTT, 1995).

Butler (2016), em harmonia com o que preceitua Foucault (2002), remete à questão da verdade do sexo e de sua construção, nos levando a entender que o sexo nada mais é do que uma categoria tomada em seu gênero, não sendo assim o gênero a interpretação cultural do sexo<sup>24</sup>. Sob essa perspectiva, Butler introduz a noção de ato performativo para abordar como o gênero é constituído por ações e comportamentos reiterados ao longo do tempo, sendo o comportamento dos indivíduos influenciado pelas concepções existentes quanto aos padrões de masculinidade e feminilidade presentes em uma sociedade<sup>25</sup>, decorrentes de uma concepção heteronormativa.

A teoria do gênero performativo entende que são as repetições recorrentes de determinados preceitos que reforçam a concepção que temos quanto aos corpos de mulheres e homens, como uma imitação das convenções dominantes de gênero. Nesse sentido, o gênero é performativamente constituído, na mesma medida em que ao utilizarmos os banheiros ou ao comprarmos roupas nos deparamos com um padrão já pré-determinado pela sociedade e pelo contexto dentro do qual estamos inseridos (BUTLER, 2016).

Segundo Butler (2016), uma das principais implicações da repetição reiterada da performance heteronormativa é o entendimento quanto ao seu caráter inerente absoluto. A utopia da feminilidade e da masculinidade perpetua-se como determinante nos comportamentos de homens e mulheres. Entretanto, se é a performance heteronormativa que fomenta as concepções de masculino e feminino, a desconstrução desse preceito se dará,

<sup>23</sup> “Se o sexo é, ele próprio, uma categoria tomada em seu gênero, não faz sentido definir o gênero como a interpretação cultural do sexo. O gênero não deve ser meramente concebido como a inscrição cultural de significado, num sexo previamente dado (uma concepção jurídica); tem de designar também o aparato mesmo de produção mediante o qual os próprios sexos são estabelecidos. Resulta daí que o gênero não está para a cultura como o sexo para a natureza; ele é também o meio discursivo/cultural pelo qual ‘a natureza sexuada’ ou ‘um sexo natural’ é produzido e estabelecido como ‘pré-discursivo’, anterior à cultura, uma superfície politicamente neutra sobre a qual age a cultura.” (BUTLER, 2016, p. 27)

<sup>24</sup> “A noção de que pode haver uma ‘verdade’ do sexo, como Foucault a denomina ironicamente, é produzida precisamente pelas práticas reguladoras que geram identidades coerentes por via de uma matriz de normas de gênero coerentes. A heterossexualização do desejo requer e institui a produção de oposições discriminadas e assimétricas entre ‘feminino’ e ‘masculino’, em que estes são compreendidos como atributos expressivos de ‘macho’ e de ‘fêmea’. A matriz cultural por meio da qual a identidade de gênero se torna inteligível exige que certos tipos de ‘identidade’ não possam ‘existir’ - isto é, aqueles em que o gênero não decorre do sexo e aqueles em que as práticas do desejo não ‘decorrem’ nem do ‘sexo’ nem do ‘gênero’.” (BUTLER, 2016, p.44)

<sup>25</sup> “[...] mesmo que os sexos pareçam não problematicamente binários em sua morfologia e constituição (ao que será questionado), não há razão para supor que os gêneros, também devam permanecer em numero de dois.” (BUTLER, 2016, p.26)

também, a partir da performance dos indivíduos, que em vez de perpetuar essa conformidade presente nos conceitos de sexo, gênero e sexualidade, a desafia<sup>26</sup>. Por esta razão, é que Butler afirma que uma das formas de recusa mais expressiva é a performance das *Drag Queens*.

Em virtude de as escolhas binárias do gênero serem explicitamente ligada ao sexo de cada pessoa, as expressões individuais ou performances de gênero periféricas ou desviantes em relação as expectativas culturais em torno de determinado sexo representam um desafio para a cultura dominante. Quando a performance de gênero de um indivíduo é incompatível com as expectativas culturais recorrentes, considerando o seu corpo sexuado, há um desafio direto as normas de gênero através da sua performance (BUTLER, 2016). Aqueles indivíduos que se identificam como transgêneros encontram-se frequentemente em situações de conflito, estando sujeitos à hostilidade, à exclusão e, em alguns casos, à agressão pelos que se encaixam frente à cultura de gênero dominante.

A questão dos binários é apresentada de maneira complexa por indivíduos transgêneros. Em uma cultura que designa binários para identidades gênero em direções distintas, é problemático para o individuo transgênero identificar-se ou ser compreendido de maneira diversa do que é estabelecido por pelo menos um dos binários culturalmente prescritos<sup>27</sup>. Assim, a existência desses binários é problemática porque eles não proporcionam o reconhecimento e aceitação da performatividade do transgênero, já que uma identidade de gênero simplesmente não pode ser entendida sem considerar e ser limitada por escolhas binárias biológicas, culturais e linguísticas que estão disponíveis.

## 1.2. AS CONDUTAS MEDICALIZANTES

A dualidade de identidades de gênero conduz homens e mulheres a uma profusão de sentidos. Cotidianamente, falamos que somos de determinado sexo e temos uma dada sexualidade, muitas vezes assumindo que aquela sexualidade é, de certa forma, decorrente daquele sexo – como uma associação inerente à nossa existência. Para compreendermos a

<sup>26</sup> “Ao imitar o gênero, a *drag* revela implicitamente a estrutura imitativa do próprio gênero – assim, como sua contingência. Aliás, parte do prazer, da vertigem da performance, está no reconhecimento da contingência radical da relação entre sexo e gênero diante das configurações culturais de unidades casuais que normalmente são supostas naturais e necessárias. No lugar da lei da coerência heterossexual, vemos o sexo e o Gênero desnaturalizados por meio de uma performance que confessa sua distinção e dramatiza o mecanismo cultural de sua unidade fabricada.”(BUTLER, 2016, p. 238-239)

<sup>27</sup> Segundo Salih (2012), ao analisar a obra de Judith Butler, os binários incluem: o binário biológico do homem-mulher, o binário social e cultural do masculino-feminino, e o binário linguístico que disponibiliza as nomenclaturas identificadoras e seus meios de comunicação.

transgeneridade nos dias de hoje, faz-se necessário nos atermos à construção histórica da patologização dos corpos e das intituladas condutas degeneradas.

Inicialmente, as questões ligadas à sexualidade permaneciam exclusivamente sob o âmbito jurídico, sendo a interferência médica quase inexistente. Durante esse período, a apreensão quanto à sexualidade era pautada no controle em relação as condutas degeneradas, não sendo seus desvios ainda considerados como patologia. Entretanto, com o passar do tempo, a ciência médica apoderou-se dos corpos e das condutas dos indivíduos, passando a ditar os parâmetros de normalidade na vida em sociedade (FOUCAULT, 2009).

Ao definir as fronteiras entre o normal e o patológico no campo dos corpos e sexualidades, estabelecendo um padrão de aceitabilidade, a comunidade médica do século XIX deu ensejo a construção de uma ciência que definiu o caráter anômalo daqueles que não se enquadravam dentro de um padrão historicamente construído. Em um cenário em que os corpos e sexualidades são analisados por todos os ângulos, as concepções acerca do biológico e do cultural e a decorrente noção de gênero, são colocadas, não apenas no centro do discurso sociológico, mas também do discurso médico (BUTLER, 2004).

Nesse contexto, em que a construção de um padrão de normalidade induz a uma necessidade uma compatibilidade entre a anatomia e a sexualidade, é que despontam as noções iniciais quanto ao fenômeno transgênero. O entendimento quanto à travestilidade e à transexualidade, passa, antes de tudo, por uma compreensão acerca da intersexualidade e da estrutura de sexo binária imposta.

### **1.2.1. A Intersexualidade: Os Caso Maria Patiño e John/Joan**

Uma criança que nasce com o cromossomo XX, útero e ovários, mas também com um pênis e saco escrotal, é um menino ou uma menina? A experiência intersexual coloca em evidência as práticas normalizantes levadas a cabo nas sociedades contemporâneas, em que o padrão de normalidade sugere uma adequação sexual dos indivíduos ou como homens ou como mulheres. Corroborando com esse ideal, a medicina ao longo dos anos tem subjugado os corpos e as condutas dos indivíduos cada vez mais cedo.

Em sua definição terminológica, os intersexuais nada mais são do que pessoas que apresentam em sua anatomia uma ambivalência de ordem biológica referente as suas características sexuais, sejam elas internas ou externas. Esses indivíduos manifestam atributos

de ambos os sexos<sup>28</sup>, podendo eles serem genéticos, fenotípicos ou gonadais, o que representa um verdadeiro obstáculo a definição dessas pessoas como sendo pertencentes ao sexo masculino ou feminino (SUTTER, 1993)

Ao analisar o dualismo entre os sexos, Anne Fausto-Sterling (2000) nos apresenta ao caso da velocista espanhola Maria Patiño, que foi proibida de competir por seu país nas Olimpíadas de 1988 após a realização de um teste de gênero<sup>29</sup>. Originalmente concebido para impedir que homens competissem em eventos femininos, o teste é baseado na premissa de que os competidores devem ser classificados em apenas duas categorias através de regras científicas estabelecidas – ou homens, ou mulheres. Contudo, os limites biológicos nem sempre se apresentam de forma clara. Até o ano de 1965, as atletas femininas eram obrigadas a se despirem frente à uma comissão técnica para que se atestasse que, de fato, se tratavam de mulheres – apenas a mera aparência dos seios e órgãos genitais era analisada. Entretanto, após diversos protestos, que consideravam o procedimento invasivo, o Comitê Olímpico Internacional (COI) instituiu o teste cromossômico para atestar o sexo das competidoras. Após esquecer a documentação que atestava a sua feminilidade em uma competição preparatória para as Olimpíadas, Maria foi submetida ao teste cromossômico. Quando ela já estava a caminho da sua primeira competição, teve a notícia de que ela havia falhado no teste. Maria tinha a aparência de uma mulher, foi criada como uma mulher, tinha órgãos genitais aparentes de uma mulher, tinha a força e a estatura de uma mulher, enxergava-se como mulher, mas o teste comprovava que ela ostentava em suas células o cromossomo Y, que seus lábios vaginais omitiam seus testículos, e que ela não possuía útero ou ovários. Segundo as regras do Comitê Olímpico Internacional, Maria Patiño não era uma mulher.

Ao buscar respostas, foi constatado que Maria nascerá com a intitulada *Síndrome de Insensibilidade ao Andrógeno*. Isto significa que, apesar de seus testículos produzirem testosterona e ela possuir o cromossomo Y, as células do seu corpo eram incapazes de reconhecer o hormônio masculino dentro do organismo. Por esta razão, o corpo de Maria nunca tinha desenvolvido características masculinas e ela cresceu como uma mulher, com formas femininas (FAUSTO-STERLING, 2000). O caso de Maria Patiño é paradigmático, pois contesta as premissas da separação biológica entre os corpos em um binário, nos

<sup>28</sup> Consequentemente, diversas são as vezes em que o termo utilizado para a designação dos intersexuais é o vocábulo *hermafrodita*, mesmo este sendo apenas uma das categorias da experiência intersexual.

<sup>29</sup> Conforme mencionado, a literatura estrangeira faz uso do termo *gender* mesmo em situações em que se referem estritamente ao sexo. Entretanto, por me basear na perspectiva de Judith Butler quanto ao performativo, que rechaça essa separação entre o sexo e o gênero, me mantenho fiel aos termos usados pela literatura estrangeira, apenas fazendo esclarecimentos pontuais quando pertinente.

conduzindo assim a indagações quanto aos padrões biológicos construídos e se eles, por si só, teriam o condão de identificar determinado indivíduo como homem ou como mulher.

Ao longo das últimas décadas, o debate em torno da construção dos padrões de normalidade dos aspectos físicos dos corpos se desenvolveu tanto na esfera médica como na social – e é nesse sentido que surgiram as teorias científicas quanto à diferenciação entre o sexo e o gênero, em que o sexo se referiria ao atributo físico e o gênero a uma esfera psicossocial (BENTO, 2006).

Foi na década de 1950 que o psiquiatra John Money começou a desenvolver seus estudos com crianças intersexuais, sendo um dos precursores da concepção de gênero e sexo como categorias distintas. Convencido de que o entendimento das crianças quanto ao seu sexo é definido logo nos três primeiros anos de vida, Money postulava que ele em nada influía na construção da identidade de gênero, sendo essa advinda exclusivamente da construção de um contexto psicossocial. Para ele, o contexto social é o fator predominante na concepção do gênero, sendo que ele iria sobrepujar todo e qualquer aspecto biológico do indivíduo. Em outras palavras, os comportamentos de meninos e meninas seriam definidos de maneira completamente dissociada de seu sexo biológico (BENTO, 2006; CASTEL, 2001; CHILAND, 2008; FRIGNET, 2002)

Interessante notar que é justamente o argumento de dissociação entre sexo e gênero o elemento legitimador para o procedimento de redefinição sexual, ainda praticado nos dias atuais, em que crianças intersexuais hermafroditas e casos de mutilação genital são submetidos ao procedimento cirúrgico – ao que Castel (2001) intitula como a *castração dos machos genéticos*. As intervenções cirúrgicas em crianças são realizadas sob o pretexto de que as características sexuais irregulares devem ser corrigidas a fim de alcançar um padrão de normalidade<sup>30</sup>, sendo que os corpos produzidos através dessa prática reguladora são corpos na dor, com as marcas de violência e sofrimento institucionalizados (BUTLER, 2006).

Collette Chiland, ao analisar a experiência intersexual, realiza a seguinte indagação: “Um pênis perdido acidentalmente nos primeiros meses de vida de um menino normalmente masculinizado é comparável a um pênis que não se desenvolveu normalmente?” (CHILAND, 2008, p. 25). Judith Butler (2004) nos dá a resposta para essa pergunta ao evidenciar os horrores da conduta medicalizante diante das intervenções cirúrgicas de caráter

<sup>30</sup> Butler (2004, p. 53) faz uso do termo “*the knife of the norm*” [“a faca da norma” – tradução livre] para demonstrar que, a fim de forçar a adequação perante a norma binária, crianças intersexuais são submetidas aos dolorosos procedimentos cirúrgicos.

normalizador. Inspirada na obra de John Colapinto e outros autores, em clara oposição ao que foi postulado por Money, Butler nos apresenta história de David Reimer, mais conhecido como *John/Joan case*<sup>31</sup>.

David Reimer nasceu em meados dos anos 60 como Bruce, um menino sem nenhum problema congênito. Entretanto, aos oito meses de idade, David e o seu irmão gêmeo Brian tiveram fimose, momento no qual foi sugerido aos pais a realização da circuncisão. O procedimento em David foi mal executado e o seu aparelho genital foi drasticamente danificado – por conseguinte, seu irmão Brian não passou pela cirurgia. Pouco depois, os pais dos meninos tiveram contato com as teorias de John Money, que afirmava que as crianças não nascem com um sexo definido, mas sim se tornam meninos ou meninas pela criação destinada a elas. David, então como Bruce, foi levado aos cuidados de Money, que após analisar o caso recomendou a castração completa do órgão sexual masculino e que daquele momento em diante a criança fosse criada como menina – que David, então Bruce, fosse criado como Brenda (BUTLER, 2004).

Segundo Butler (2004), Money relatou o caso de David como um sucesso sem precedentes. Por ter um irmão gêmeo idêntico, o desenvolvimento do procedimento poderia ser acompanhando assumindo também que a uma composição genética em nada interferiria no desenvolvimento da criança. Durante muito tempo, Money insistiu que ambas as crianças estavam se desenvolvendo dentro dos padrões de normalidade, mas está não era a realidade. David havia se mostrado muito resistente ao processo de feminização que lhe foi imposto, em nenhum momento tinha se sentido como menina. Ele foi exposto a diversos procedimentos invasivos e a condutas extremamente condenáveis por parte de Money e, durante a adolescência, após diversos problemas, que incluíram algumas tentativas de tirar a sua própria vida, os pais resolveram contar a verdade sobre o seu caso. David, então, resolver assumir a identidade masculina, com a qual permaneceu até a data do seu suicídio, no final do ano de 2004. Ele tinha 38 anos.

O caso de David Reimer é extremamente relevante porque demonstra como o padrão de normalidade sugere uma adequação, a todo custo, de corpos de homens e mulheres,

<sup>31</sup> Chiland (2008), assim como Butler (2004), também cita o caso de David Rimer em sua obra, mas apenas para fins descritivos. Ao final, a autora conclui que não se pode chegar à uma decisão definitiva sobre a teoria de Money como sendo ou não um fracasso pois outros teóricos citam um outro caso em que o procedimento foi bem-sucedido. Entretanto, para os fins do presente trabalho, me restringi apenas ao ponto de vista de Butler, seguindo a teoria das performances, por acreditar que o caso John/Joan mereça muito mais que uma mera descrição, já que demonstra à barbaridade que os procedimentos normalizantes podem causar.

e que qualquer coisa que fuja a esse padrão, sejam em termos psicológicos ou corporais, deva ser normalizado. A ausência de um órgão sexual não define a essência de um indivíduo, como o caso em comento provou. Entretanto, a conformidade entre os conceitos de sexo, gênero e sexualidade é tamanha que a ausência de um pênis, devido a um procedimento cirúrgico mal executado, serviu de base para a tentativa de transformar um menino em uma menina.

Ao expor o caso John/Joan como um procedimento bem-sucedido de desenvolvimento do gênero, Money o utilizou para apoiar a viabilidade de mudança de sexo e reconstrução cirúrgica mesmo em casos de indivíduos não intersexuais. Dessa forma, ao introduzir a noção de gênero a fim de distingui-lo do sexo biológico em seus estudos sobre os intersexuais, Money propôs:

[...] uma explicação elegante do transexualismo: haveria, de um lado, o sexo real, o da reprodução sexuada, imposto pela natureza, consagrado em geral pela aparência e quase sempre aceito pelo indivíduo; e, do outro, o registro subjetivo do gênero que, na maioria dos indivíduos, concordaria com o sexo, o transexualismo mostrando, no entanto, a possibilidade de uma discordância (FRIGNET, 2002, p.88).

Em outras palavras, ao apresentar o gênero dissociado do sexo, Money introduziu uma nova abordagem para os casos em que não há conformidade entre eles. E foi justamente a partir dessas teorias de diferenciação entre sexo e gênero que despontaram as noções iniciais quanto ao transexualismo<sup>32</sup>.

### **1.2.2. Do Transtorno à Disforia: A Transexualidade<sup>33</sup>**

O presente trabalho faz uso do termo transgênero, uma terminologia abrangente para abarcar duas experiências diversas, mas que sofrem os mesmos efeitos de um sistema prisional falido. Mesmo se tratando de duas experiências diversas, a própria diferenciação entre as categorias de travesti e transexual é predominantemente marcada por um protagonismo médico psiquiátrico<sup>34</sup> que perpetua uma conduta medicalizante frente as experiências de gênero não binários – discurso esse que é rechaçado pelo presente trabalho. Dessa forma, a

<sup>32</sup> O sufixo *-ismo*, de origem grega, dentre as suas muitas atribuições também, designa determinadas condições patológicas. Faço uso do termo *transexualismo* apenas para exemplificar o caráter medicalizante frente aos transgêneros à época da postulação das teorias e para exemplificar a construção histórica por trás de todos os tratamentos e condutas despendidos ao transexuais e travestis, que por muito tiveram suas posturas e desejos vistos como patologias.

<sup>33</sup> Na presente sessão, também analiso o desenvolvimento da travestilidade, mas em caráter subsidiário.

<sup>34</sup> “As identificações entre transexualidades e travestilidades não seguem rígidos ou claros regimes divisórios.”(CARDOSO, 2009, p. 85)



exemplificação terminológica desses conceitos é feita apenas para fins didáticos, ao reconhecer que qualquer diferenciação circunscrita por um discurso médico mais causa danos do que benefícios a esses indivíduos.

Fixadas essas premissas, a transexualidade é recorrentemente definida como o sentimento e a convicção de pertencer ao sexo oposto. O transexual é o indivíduo que não se identifica com os aspectos biológicos do próprio corpo por não estarem em conformidade com o seu eu verdadeiro. Essas pessoas têm o desejo de modificar as características físicas para melhor adequação ao seu sexo verdadeiro, passando por um processo transexualizador, que busca a adaptação do corpo através de terapia hormonal, que geralmente termina com a cirurgia de redesignação sexual – ao contrário dos travestis, que podem até se submeterem a tratamentos hormonais e cirúrgicos que modifiquem sua aparência, mas não realizam o procedimento de mudança de sexo (BENTO, 2006; CHILAND, 2008).

Durante a década de 1950, foram produzidos os primeiros materiais acadêmicos que buscaram analisar a transexualidade e sua amplitude. Essa tendência desenvolveu-se nas décadas seguintes, produzindo parâmetros para teorias e especificando diagnósticos a partir da diferenciação entre a intersexualidade e a travestilidade<sup>35</sup>. Interessante notar que as classificações adotadas partiram do pressuposto de que a transexualidade não apresenta nenhuma das características biológicas de interseção. A concepção do fenômeno transexual como patologia tem suas raízes em uma aparente desconformidade entre o gênero e o sexo – e na inadequação desses indivíduos em uma estrutura binária historicamente construída – então intitulada transexualismo (BENTO, 2010).

Segundo Chiland (2008), o desenvolvimento desse termo e de sua decorrente significação patológica se deu em três etapas. Primeiramente, pelo sexólogo alemão Magnus Hirschfeld, que em 1923 fez referência ao “transexualismo da alma” em análise quanto aos interseçados. Posteriormente, o médico David Cauldwell, que em seu artigo *Psychopatia Transsexualis* evidenciou o caso do que se veio a designar o transexualismo feminino em oposição ao masculino. Por fim, foi através de Harry Benjamin, endocrinologista e sexólogo alemão radicado nos Estados Unidos, que se selou a terminologia do vocábulo, ao considerar o transexualismo como condição distinta do travestismo.

<sup>35</sup> O travesti, diferentemente do transexual mantém o órgão genital masculino e não demonstra o desejo de passar pelo procedimento de redesignação sexual.

Segundo Chiland (2008), para Benjamin a realização da cirurgia de redesignação sexual seria o único tratamento possível para os transexuais, acreditando haver uma correspondência entre o transexualismo e a endocrinologia. O primeiro caso cirúrgico de redesignação sexual em um indivíduo *trans*, no Ocidente, que constituiu na total mudança do sexo e na administração de hormônios, foi realizado por uma equipe dinamarquesa, que recebeu grande cobertura da mídia<sup>36</sup>. Em suas teorias, Benjamin não acreditava na condição binária da separação entre os corpos, baseada em uma diferença anatômica entre homens e mulheres (CHILAND, 2008). Para ele, o “sexo seria composto por diversos componentes, a partir de uma composição dos sexos cromossômico, genético, anatômico ou morfológico, genital, gonádico, legal, germinal, endócrino (hormonal), psicológico e social” (AMARAL, 2007, p.28, apud BENJAMIN (1999)<sup>37</sup>.

Segundo Amaral (2007), Harry Benjamin postulava que os atributos que estabelecem as distinções entre homens e mulheres não constituem masculinidade ou feminilidade, considerando ser esses últimos como sendo referentes ao gênero. Diferente do que pregava Money, Benjamin (apud Amaral, 2007) não acreditava que as noções de gênero de um indivíduo como masculino e feminino seriam fruto apenas de um contexto psicossocial, mas, também, resultante dos aspectos ligados ao sexo endócrino e todas as pessoas possuiriam tanto características femininas como masculinas, sendo que a preponderância de determinados fatores é que determinaria o sexo, em conjunto com os aspectos psicossociais. Para Benjamin, com exceção do sexo genético, os sexos não são estáticos e poderiam ser alterados e transformados através de intervenções cirúrgicas e tratamentos hormonais, sendo que, entre eles, o mais crucial seria o sexo psicológico, que pode estar em desarmonia com os outros sexos – e quando isso ocorre, suscitam diversos impasses na vida do indivíduo.

Nesse contexto, iniciou-se a difusão de teorias quanto à experiência transgênera e quanto ao tratamento despendido aos que apresentassem condutas desviantes quanto ao

<sup>36</sup> O caso envolvia Georges Jorgensen, que adotou o nome Cristhine após o procedimento.

<sup>37</sup> “O sexo cromossômico (XX e XY) seria o verdadeiro sexo, aquele que determina tanto o sexo como o gênero e que não deve ser confundido com o sexo genético que refere-se a possíveis falhas genéticas que determinam a predisposição a desvios sexuais ou problemas mentais. O sexo anatômico é aquele composto pelas características sexuais primárias (testículos ou ovários) e secundárias (pênis, saco escrotal, próstata, pelos, voz grossa e traços psicológicos masculinos nos homens e nas mulheres clitoris, vulva, útero, menstruação, vagina, mamas, pélvis larga, voz feminina, pouco pêlo, traços psicológicos femininos como timidez, emoção e aquiescência) de cada sexo. Benjamin (ibid.:7) destaca aí uma subdivisão entre o sexo genital e o sexo gonádico, afirmando que este pode ser dividido em duas partes, visto que as gônadas têm duas funções diferenciadas: produzem hormônios (sexo endócrino) e têm como função a procriação (sexo germinal). Já o sexo genital é o que permite a diferenciação entre masculino e feminino pela simples visualização dos órgãos sexuais definindo o sexo legal, o qual vai definir o nome e o sexo nos documentos.” (AMARAL, 2007, p.28)

padrão sexo e gênero aceito. Por um lado, no campo da saúde mental, foram elaboradas teorias que instigaram a elaboração de uma concepção da transgeneridade como uma psicopatologia e o consequente posicionamento dessa experiência na esfera da psicanálise<sup>38</sup>. Do outro, o desenvolvimento de uma abordagem de base endocrinológica, inclinava-se ao reconhecimento do transexualismo como um problema hormonal, que poderia ser debelado através de intervenções cirúrgicas e tratamentos hormonais. De qualquer forma, independente da abordagem, todas essas teorias serviram ao engendramento da experiência transgênera dentro do discurso médico e das possíveis abordagens quanto ao seu tratamento (AMARAL, 2007).

Não obstante a ausência de unicidade quanto à abordagem frente ao fenômeno transgênero, muitos segmentos médicos, psiquiátricos e psicológicos ainda o consideram como uma patologia, fazendo uso de documentos que são mundialmente utilizados tanto para terminologia quanto para diagnósticos e tratamentos. Em similitude, os documentos denotam uma forte influência do caráter heterossexual de corpos e condutas como o padrão de normalidade para a realização dos diagnósticos, e encaram a experiência de transexuais e travestis como uniformes.

No Ocidente, a patologização da transexualidade tem sido generalizada desde antes da transexualidade, como conceito, sequer surgir no discurso acadêmico. Em se tratando da experiência transgênera na esfera médica, seus diagnósticos e terminologias são direcionados em sua essência pelo *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders – DSM*<sup>39</sup>, editado pela *American Psychiatric Association – APA*<sup>40</sup>, e pelo Código Internacional de Doenças – CID, concebido pela Organização Mundial da Saúde (SOLL, 2016).

O conceito de transexualismo foi agregado à terceira edição do Manual Diagnóstico e Estatístico das Desordens Mentais – DSM-III no ano de 1980, reconhecendo seu desígnio nas ciências médicas e psiquiátricas e seus critérios de enquadramento patológico. Ulteriormente, na ocasião da quarta edição do referido manual – DSM-IV–, em 1994 o termo transexualismo foi sucedido pelo Transtorno de Identidade de Gênero<sup>41</sup>, por ser encarado

<sup>38</sup> “Definir a pessoa transexual como doente é aprisioná-la, fixá-la em uma posição existencial que encontra no próprio indivíduo a fonte explicativa para os seus conflitos, perspectiva diferente daqueles que a interpretam como uma experiência identitária, é um desdobramento inevitável de uma ordem de gênero que estabelece a inteligibilidade dos gêneros no corpo.” (BENTO, 2008, p.16)

<sup>39</sup> Em português, Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais.

<sup>40</sup> Em português, Associação Americana de Psiquiatria.

<sup>41</sup> O Transtorno de Identidade de Gênero é definido da seguinte forma: “Deve haver evidências de uma forte e persistente identificação com o gênero oposto, que consiste do desejo de ser, ou a insistência do indivíduo de que ele é do sexo oposto (Critério A). Esta identificação com o gênero oposto não deve refletir um mero desejo de quaisquer vantagens culturais percebidas por ser do outro sexo. Também deve haver evidências de um

como um estado psicológico em que o sexo biológico não condiz com a identidade de gênero do indivíduo (AMARAL, 2007; CASTEL, 2001). Por fim, foi só em 2013, com a publicação da quinta edição desse Manual, intitulado DSM-V, que a figura do Transtorno de Identidade de Gênero em relação à experiência transgênera é substituída por Disforia de Gênero, que nada mais é do que uma condição, não um transtorno (SOLL, 2016).

Apesar da mudança sem precedentes constante no DSM-V ao reconhecer a não patologização da experiência transgênera, assim como fez com a homossexualidade, o Código Internacional de Doenças – CID, que atualmente encontra-se em sua décima edição – CID-10 – ainda posiciona a experiência transgênera no rol dos Transtornos de Identidade Sexual<sup>42</sup>. O quadro abaixo exemplifica a diferença de abordagem entre os dois manuais:

	<b>CID-10</b>	<b>DSM-V</b>
<u>Categoria</u>	Transtorno de identidade de Gênero	Disforia de Gênero
<u>Nome Diagnóstico</u>	Transexualismo	Disforia de Gênero em Adolescentes e Adultos
<u>Concepção de Gênero</u>	Gênero binário	Gênero como um espectro

No Brasil, apesar do uso difundido do DSM-V, a transgeneridade e suas facetas ainda são consideradas um transtorno de identidade de gênero, já que as políticas de saúde em território nacional são norteadas pelo CID-10. Interessante notar que é justamente essa classificação no rol de transtornos que garante aos indivíduos transexuais o direito à psicoterapia, terapia hormonal e cirurgia de redesignação sexual pelo Sistema Único de Saúde

desconforto persistente com o próprio sexo atribuído ou uma sensação de inadequação no papel de gênero deste sexo (Critério B). O diagnóstico não é feito se o indivíduo tem uma condição intersexual física concomitante (por ex., síndrome de insensibilidade aos andrógenos ou hiperplasia adrenal congênita) (Critério C). Para que este diagnóstico seja feito, deve haver evidências de sofrimento clinicamente significativo ou prejuízo no funcionamento social ou ocupacional ou em outras áreas importantes da vida do indivíduo (Critério D)” (AMARAL, 2007, p. 37-38)

<sup>42</sup> “CID-10: F64 Transtornos da identidade sexual. F64.0 Transexualismo: Trata-se de um desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto. Este desejo se acompanha em geral de um sentimento de mal estar ou de inadaptação por referência a seu próprio sexo anatômico e do desejo de submeter-se a uma intervenção cirúrgica ou a um tratamento hormonal a fim de tornar seu corpo tão conforme quanto possível ao sexo desejado. F64.1 Travestismo bivalente: Este termo designa o fato de usar vestimentas do sexo oposto durante uma parte de sua existência, de modo a satisfazer a experiência temporária de pertencer ao sexo oposto, mas sem desejo de alteração sexual mais permanente ou de uma transformação cirúrgica; a mudança de vestimenta não se acompanha de excitação sexual. Transtorno de identidade sexual no adulto ou adolescente, tipo não-transexual. Exclui: travestismo fetichista (F65.1).” Disponível em: <http://www.cid10.com.br/>. Acesso em 04/04/2016.

– SUS. Entretanto, faz-se imperativo pontuar que o acesso à saúde é um direito de todos os cidadãos, garantia essa exposta no bojo da Constituição Federal (BENTO, 2006; SOLL, 2016).

Dessa forma, nenhuma suposta incompatibilidade entre a anatomia, gênero e sexualidade podem ser norteadoras para uma classificação psicopatológica desses indivíduos. Ser enxergado pela comunidade médica e, conseqüentemente, pela sociedade como um doente mental traz sofrimento e angústia aos que possuem uma identidade não binária. A patologização das identidades transgêneras fomentam os estigmas em torno desses indivíduos e fortalecem as condutas discriminatórias para com eles, contribuindo assim para a sua segregação.

A existência do binário sugere que ser de um sexo implica imperiosamente em não ser do outro – e essa divisão circunda todos os atributos que essa singularidade aparente pretende incorporar como sexualidade, anatomia, comportamentos e desejos. Nesse sentido, afastar o estereótipo medicalizante atribuído aos transgêneros é devolver a esses indivíduos a dignidade e autonomia arruinada por um suposto padrão de normalidade imposto por um discurso medicalizante de corpos e condutas<sup>43</sup>.

<sup>43</sup> O Conselho Regional de Psicologia de São Paulo coloca que: “As sexualidades, os gêneros e os corpos que não se encaixam no binarismo convencional (masculino/ feminino, macho/fêmea) não podem servir de base para uma classificação psicopatológica. A normatividade do binarismo de sexo e de gênero só permite aos deslocamentos, como a transexualidade, a travestilidade, o *crossdressing*, as *drag queens*, serem vistos como maneiras de existir desviantes, criando-se categorias linguísticas e psiquiátricas que conferem inteligibilidade à vivência destas pessoas. Portanto, numa concepção que desnaturalize o gênero, a pluralidade das identidades de gênero refere possibilidades de existência, manifestações da diversidade humana, e não transtornos mentais. Ser considerados uma 'doente mental' só traz sofrimento à vida de quem possui uma identidade de gênero trans. Apesar de considerar que vivências como a transexualidade e a travestilidade podem e, em geral, geram muito sofrimento, entendemos que isto tem mais a ver com a discriminação do que com a experiência em si. A patologização das identidades trans fortalece estigmas, fomenta posturas discriminatórias e contribui para a marginalização das pessoas. A 'doença' trans é social: É a ausência de reconhecimento destas pessoas como cidadãs, é a ausência de reconhecimento de seu direito de existir, de amar, de desejar e de ser feliz. Retirar o rótulo de 'doente mental' das pessoas trans, significará devolver a elas uma potência perdida na ideia de que são 'seres desviantes, proporcionando uma abertura para que possam se apropriar de suas identidades e desenvolver sua autonomia.” Disponível em: [http://www.crpsp.org.br/porta1/comunicacao/cadernos\\_tematicos/11/frames/fr\\_manifesto.aspx](http://www.crpsp.org.br/porta1/comunicacao/cadernos_tematicos/11/frames/fr_manifesto.aspx) Acesso em: 10/10/2016.

## CAPÍTULO II – A EXCLUSÃO JURÍDICA DOS TRANSGÊNEROS

*Dez dias depois, estava eu, perfilado, diante da bandeira do Brasil e, enquanto prestava juramento de servir ao meu país em caso de ameaça externa, pensava que, enquanto Joana, eu era psicóloga, fazia mestrado, dava aulas em três universidades e mantinha um consultório repleto de clientes. Agora, como João, tinha perdido todo o meu currículo escolar e de vida. Era um analfabeto, sem direito nem aos anos de trabalho em carteira. Não entraria na Justiça porque havia a exigência do término cirúrgico e não correria o risco de ficar à mercê dos juízes, cuja maioria continuava preconceituosa e ignorante sobre a questão da Transexualidade (NERY, 2011, p.234).*

Passar anos vivendo a opressão de uma sociedade organizada em torno de um binário. Vivenciar diariamente os preconceitos e as rejeições por de todas as instâncias e as vezes até dos próprios familiares. Ter que lidar com as próprias emoções e entender a sua própria essência. Ter a alma, o futuro, e muitas vezes até o próprio corpo marcado pela violência física, psicológica e institucional – Os desafios enfrentados por João Nery em sua trajetória de transição são semelhantes aos enfrentados por muitos transgêneros, que ao adequarem seu gênero ao seu verdadeiro eu acabam a mercê da ignorância do poder judiciário.

A frase escrita no começo do presente capítulo é um relato de uma situação ocorrida há quase 40 anos atrás e, até hoje, a vida de transgêneros de um modo ou de outro acaba à mercê dos que operam o direito, que seguem, em muitos casos, ignorantes e preconceituosos a temática transgênera em quase todas as suas esferas. A evolução das relações sociais e todas as suas complexidades trouxeram à tona a necessidade do debate em torno de questões que até então eram consideradas inferiores e dispensáveis ao direito, sendo a transgeneridade um dos pontos em que os ordenamentos jurídicos pelo mundo inteiro ainda se encontram em estágio embrionário.

Em anos recentes, a discriminação e a violência contra transgêneros têm colocado em evidência essa temática frente aos órgãos de proteção aos direitos humanos. Na esfera internacional, a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização dos Estados Americanos (OEA) vêm buscando suscitar o debate quanto as melhores formas de proteção à população transgênera no direito internacional e nos ordenamentos jurídicos de cada Estado.

No âmbito nacional, com o advento da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2003, sobreveio a discussão quanto ao desenvolvimento da personalidade do transgênero em lugar da antiga discussão focada no direito ao corpo<sup>44</sup>.

Durante muitos anos, a cirurgia de resignação sexual foi considerada uma mutilação, e os médicos que ousaram realizar o procedimento foram presos e seus pacientes indiciados (NERY, 2011). A inadequação entre o sexo e o gênero e a alternativa ao sofrimento transgênero era considerada um crime no ordenamento jurídico nacional. Posteriormente, o enfoque é deslocado do corpo para a personalidade, e outras temáticas como o uso do nome social, a alteração do registro civil, a utilização de banheiros, ou até o direcionamento de transgêneros em unidades carcerárias são colocadas em evidência – e é justamente nesse momento, em que questões tão cruciais ao desenvolvimento de uma sociedade justa e igualitária são colocadas em evidência, que percebemos como a população transgênera não têm seus direitos tutelados pelo ordenamento jurídico pátrio, ocorrendo uma verdadeira exclusão jurídica de uma classe em vulnerabilidade.

## **2.1. OS DIREITOS HUMANOS, FUNDAMENTAIS E DE PERSONALIDADE**

Por trás de toda a história de garantias de direitos sempre há uma história de violação de direitos. No tangente aos dos direitos humanos, os ideais de igualdade e universalidade alcançaram notoriedade política pela Declaração de Independência Americana de 1776<sup>45</sup> e pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Por quase dois séculos, esses documentos representaram um aparente compromisso de direitos universais ao declarar que todos os homens nascem livres, iguais e possuem direitos inalienáveis – aparentes, já que com o passar do tempo, fica claro que os formuladores dessas convicções

<sup>44</sup> “Na área do direito, o debate dominante sobre a transexualidade tradicionalmente se refere a aspectos cirúrgicos, relativos à mudança do sexo e o enfoque do direito ao corpo. Em 1997, no Brasil, o Conselho Federal de Medicina editou a primeira regulamentação da cirurgia de transgenitalização, que passou a ser realizada experimentalmente, no âmbito da pesquisa. A técnica evoluiu, e atualmente se permite a operação de neocolpovulvoplastia, nos casos com indicação precisa de transformação do fenótipo masculino para o feminino, inclusive em serviços de hospitais particulares, embora a transformação do fenótipo feminino para o masculino ainda seja autorizada apenas a título experimental (art. 2º, da Resolução CFM 1.995/10).” (GONÇALVES, 2014, p. 21)

<sup>45</sup> Notável estadista americano e membro do Comitê dos Cinco, assim expressou Thomas Jefferson no bojo da Declaração de Independência: “Consideramos estas verdades autoevidentes: que todos os homens são criados iguais, dotados pelo seu Criador de certos Direitos inalienáveis, que entre estes estão a Vida, a Liberdade e a busca da Felicidade”. Com essa única frase, Jefferson transformou um típico documento do século XVIII sobre injustiças políticas numa proclamação duradoura dos direitos humanos.” (HUNT, 2009, p. 13).

tinham em mente um ideal muito menos inclusivo, excluindo dessas concepções as mulheres, os negros, os sem propriedade e até as minorias religiosas (HUNT, 2009).

Se ao enunciarem os direitos como universais e igualitários excluíaam alguns grupos deliberadamente era porque não os enxergavam como iguais. Historicamente, a outorga de direitos a algumas categorias de pessoas advém do reconhecimento em torno da autonomia individual de determinados sujeitos, de reconhecer a individualidade daqueles indivíduos e de enxergá-los como semelhantes<sup>46</sup>. Segundo Lynn Hunt, em uma sociedade com multiplicidade de crenças e valores, essas questões de empatia e autonomia para com o outro – que influenciam o nosso ordenamento jurídico e o modo como vivemos – não se apresentam como ideais fixos, mas sim como construções culturais que estão em constante questionamento.<sup>47</sup>

O estupro marital, a segregação racial e a criminalização de relações homossexuais, apenas para mencionar alguns, até pouco tempo atrás constavam em nosso ordenamento jurídico como práticas legalmente institucionalizadas<sup>48</sup> e as vítimas desses abusos não era reconhecido o status de sujeitos de direito. Muito embora os mencionados casos, pelo menos formalmente, não sejam mais tolerados, os direitos fundamentais<sup>49</sup> permanecem em

<sup>46</sup> “O que sustentava essas noções de liberdade e direitos era um conjunto de pressuposições sobre a autonomia individual. Para ter direitos humanos, as pessoas deviam ser vistas como indivíduos separados que eram capazes de exercer um julgamento moral independente; como dizia Blackstone, os direitos do homem acompanhavam o indivíduo ‘considerado como um agente livre, dotado de discernimento para distinguir o bem do mal. Mas, para que se tornassem membros de uma comunidade política baseada naqueles julgamentos morais independentes, esses indivíduos autônomos tinham de ser capazes de sentir empatia pelos outros. Todo mundo teria direitos somente se todo mundo pudesse ser visto, de um modo essencial, como semelhantes[...]. Para ser autônoma, uma pessoa tem de estar legitimamente separada e protegida na sua separação; mas, para fazer com que os direitos acompanhem essa separação corporal, a individualidade de uma pessoa deve ser apreciada de uma forma mais emocional. Os direitos humanos dependem tanto do domínio de si mesmos como do reconhecimento de que todos os outros são igualmente senhores de si. É o desenvolvimento incompleto dessa última condição que dá origem a todas as desigualdades de direitos e nos têm preocupado ao longo da história.”(HUNT, 2009, p. 25-28).

<sup>47</sup> “A sedimentação dos direitos fundamentais como normas obrigatórias é resultado de maturação histórica, o que também permite compreender que os direitos fundamentais não sejam os mesmo em todas as épocas, não correspondendo, além disso, invariavelmente, na sua formulação, os imperativos da coerência lógica” (MENDES, 2009, p. 136).

<sup>48</sup> Ou como ocorre em muitos casos, não representavam condutas criminalizadas pela ausência de legislação específica sobre determinadas questões. Pontos como esse evidenciam que as mudanças (Por que mudanças? Na verdade, essas violências sempre foram violências, independente do maior silenciamento ou não da questão) que ocorrem no seio social não são acompanhadas pelo ordenamento jurídico.

<sup>49</sup> Inicialmente, faz-se mister diferenciar a concepção de direitos humanos e direitos fundamentais: “Em que pese sejam ambos os termos (‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos reconhecidos e positivados na esfera do Direito Constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’, guardaria relação como os documentos de Direito Internacional por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional.” (SARLET, 2012, p. 28). Ainda nesse sentido: “Essa distinção conceitual não significa que os direitos humanos e



constante discussão porque as nossas concepções sobre a extensão desses direitos e quem são seus destinatários altera-se incessantemente através de lutas e conquistas sociais – e são justamente essas questões que moldam as convicções presentes em nosso ordenamento jurídico (MENDES, 2014).

No âmbito do cenário internacional contemporâneo, as concepções quanto a dignidade da pessoa humana como direito fundamental ganharam força no período pós-Segunda Guerra Mundial, passando a incorporar o bojo de Constituições e Declarações de Direitos Humanos<sup>50</sup>. A necessidade de uma normativa internacional que sujeitasse os Estados à defesa dos direitos humanos fez-se evidente após esse período de conflito e descaso com a vida humana. Dessa forma, a importância dada à pessoa pode ser atribuída às ações desumanas decorrentes das grandes guerras que foram marcadas, em grande medida, pelo menosprezo à liberdade, à vida e à dignidade.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 sofreu grande influência dos documentos internacionais de proteção aos direitos individuais, essencialmente em seu art. 5º, em que se confirmam garantias de inviolabilidade pessoal, infringindo o devido respeito à intimidade, à vida privada e à integridade física e moral do indivíduo em seus incisos III, X e XLIX. Entretanto, tais garantias expostas no bojo constitucional não se apresentam como garantias ilimitadas, cedendo espaço muitas vezes a um ideal de interesse maior da sociedade, no limiar do que seja razoável e necessário à promoção do bem comum.

Nesse sentido, experiências sexuais e de gênero que fujam ao padrão do que é socialmente aceito no seio social são vistas com estranheza pela maioria da população, e

os direitos fundamentais estejam em esferas estanques, incomunicáveis entre si. Há uma interação recíproca entre eles. Os direitos humanos internacionais encontram, muitas vezes, matriz nos direitos fundamentais consagrados pelos Estados e estes, de seu turno, não raro acolhem no seu catálogo de direitos fundamentais os direitos humanos proclamados em diplomas e em declarações internacionais. É de ressaltar a importância da Declaração Universal de 1948 na inspiração de tantas constituições do pós-guerra[...]. No Direito brasileiro, como nos sistemas que lhe são próximos, os direitos fundamentais se definem como direitos constitucionais. Essa característica da constitucionalização dos direitos fundamentais traz consequências de evidente relevo. As normas que os abrigam impõem-se a todos os poderes constituídos, até ao poder de reforma da Constituição” (MENDES, 2009, p. 147).

<sup>50</sup> “[...] certo é que a dignidade da pessoa humana acabou incorporada ao direito positivo, no pós-Segunda Guerra Mundial, notando-se uma ligação jurídico-positiva entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana que, na retrospectiva de Jorge Miranda, ‘surge em resposta aos regimes que tentaram sujeitar e degradar a pessoa humana (preâmbulo da Constituição Francesa de 1946); quando se proclama que a dignidade da pessoa humana é sagrada (art. 1º da Constituição Alemã de 1949)’; fazendo-se presente também no preâmbulo e no art. 1º da Declaração Universal: ‘Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência devem agir uns para com outros em espírito de fraternidade’” (GONÇALVES, 2014, p. 28-29 *apud* MIRANDA, 2008, p. 195-199).

garantias constitucionais como a dignidade humana, a igualdade e a liberdade são infringidas das mais diversas formas em virtude de expressarem algo que foge a um binário estabelecido.

De acordo com o entendimento de Heleieth Saffioti, “a violência de gênero (...) não ocorre aleatoriamente, mas deriva de uma organização social de gênero que privilegia o masculino”<sup>51</sup>. A nossa sociedade é historicamente desenvolvida e pautada em conceitos heteronormativos e patriarcais. Todavia, esses conceitos, que colocam o homem branco e heterossexual no centro de toda a esfera social, não se estabelecem apenas por relações de gênero, apesar de se apresentarem, ainda, como um forte aliado ao desequilíbrio das garantias constitucionais elencadas no art. 5º da Constituição Federal.

O rol de direitos fundamentais possui três grandes pilares, quais sejam: as garantias de igualdade, a liberdade<sup>52</sup> e a dignidade da pessoa humana<sup>53</sup>. Sarlet (2012) promove que a positivação dos direitos fundamentais e dos princípios na Constituição Federal fez com que houvesse uma grande transformação no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que a figura do indivíduo se sobressaísse em detrimento do rol de direitos e obrigações. Dessa forma, o direito fundamental que defende o tratamento igualitário estabelece que “temos que tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida da sua desigualdade”<sup>54</sup>.

Nesse sentido, o nosso ordenamento jurídico, positivado pelas leis e códigos, busca a promoção do ideal de justiça e inclusão social, sem distinção de sexo, orientação sexual ou identidade de gênero, de modo que o princípio da dignidade da pessoa humana, grande destaque na Constituição vigente, continuasse como o norteador da interpretação e hermenêutica jurídica. Todavia, ainda que positivados e garantidos constitucionalmente, quando falamos dos transgêneros esses direitos não são aplicados e muitas vezes são ignorados pelos que operam a lei. Diversas são as decisões judiciais que demonstram que a qualidade transgênera quase nunca é levada em conta sob a ótica constitucional de direitos, mas sim como uma característica denegridora em relação ao sujeito, como se sua transgeneridade fosse

<sup>51</sup> SAFFIOTI, Heleieth. *Gênero, patriarcado, violência*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2007, p.81.

<sup>52</sup> “Art. 5º Todos são igual 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.” Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm) >. Acesso em: 11/11/2016.

<sup>53</sup> “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm) >. Acesso em: 11/11/2016.

<sup>54</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional – 9ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p.179.

argumento para desmerecer sua condição frente ao poder judiciário, especialmente na esfera penal.

Ao contrário do que estabeleceu John Locke<sup>55</sup>, no que diz respeito à identidade de gênero, ninguém nasce livre. Até mesmo antes do nascimento, o padrão binário já é imposto ao indivíduo. Isso pode ser percebido pela escolha de nomes pelo pai e pela mãe, e até mesmo pelas cores da decoração do quarto e das roupas. Porém, o ideal de justiça defende que a liberdade individual deve ser sempre posta em primeiro lugar, cabendo ao direito desempenhar tal função.

Ainda sobre os direitos fundamentais resguardados pela Constituição, deve-se destacar a liberdade, na qual tem um papel central diante do tema tratado, a identidade de gênero, uma vez que a livre expressão do indivíduo é fundamental ao desenvolvimento da sua personalidade. Seguindo a linha formulada por de Lynn Hunt (2009), Daniel Sarmiento afirma que “os particulares são titulares de uma esfera de liberdade juridicamente protegida, que deriva do reconhecimento de sua dignidade.”<sup>56</sup>

O reconhecimento do indivíduo transgênero como sujeito titular de direitos e garantias faz com todos aqueles que não se encaixem em uma estrutura de gênero binária tenham seu direito fundamental à liberdade garantido. Dessa forma, a identidade de gênero é apresentada como o poder e a liberdade de se expressar e de se portar frente à sociedade de acordo com o seu gênero pessoal, ou seja, esse direito de poder expressar sua liberdade de gênero da maneira que melhor lhe convir é uma garantia constitucional, de modo que a imposição de quaisquer comportamentos pré-determinados representa a violação de um direito de personalidade.

Alguns direitos positivados na Constituição são intrínsecos à pessoa humana e, dessa forma, não podem ser encarados em dissociação à própria existência do indivíduo. Dentre esses direitos, existem os direitos da personalidade, os quais possuem atributos psíquicos, morais e físicos da pessoa em suas projeções sociais, o que representam, na sua

<sup>55</sup> “Todos os homens se acham naturalmente em estado de perfeita liberdade para ordenar-lhes às ações e regular-lhes as posses e as pessoas conforme acharem conveniente, dentro dos limites da lei da natureza, sem pedir permissão ou depender da vontade de qualquer outro homem.” (LOCKE, 1978, p. 35)

<sup>56</sup> SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006, p. 225.

origem, os direitos humanos em um aparato de atributos próprios de cada pessoa(VIEGAS, 2013).

Segundo Viegas (2013), os direitos relativos à personalidade relacionam-se com a noção de dignidade, de liberdade, de individualidade e de pessoalidade, de modo que todo o ser humano deve viver com pleno desenvolvimento e igualdade de oportunidades em todas as esferas, sendo tal proteção indispensável ao desenvolvimento integral da personalidade de qualquer indivíduo. Em uma perspectiva civil-constitucional, a personalidade de homens e mulheres não se esgota com a perspectiva de titularização de direitos, considerando, ainda, a possibilidade de tutela dos seus direitos fundamentais, os quais são imprescindíveis ao exercício de uma vida digna.

A identidade de gênero, por sua vez, revela-se ainda mais complexa quando envolve os transgêneros, para quem a simples troca de roupas e trajes não é o bastante para a expressão do seu gênero, mas também a readequação sexual, a alteração de prenome, bem como os documentos para um desenvolvimento completo de sua personalidade – o que é um direito garantido constitucionalmente (ARAUJO, 2000).

Para Araujo (2000), a dignidade da pessoa humana é o patamar maior que substancia o ideal acima narrado. Assim, o indivíduo deve ser observado não só pelo seu valor como homem ou mulher em sua dimensão de liberdade, mas também pelo reconhecimento da sua esfera de individualidade frente ao próprio Estado. A dignidade é qualidade inerente a cada ser humano, o que faz com que ele seja merecedor do mesmo respeito e da mesma consideração por parte do Estado e da comunidade, importando, neste sentido, um robusto aparato de direitos e deveres fundamentais.

Assim, conforme dito anteriormente, a dignidade da pessoa humana, além de representar uma garantia, é um princípio e um direito fundamental. Segundo Flavia Piovesan, “todo ser humano tem uma dignidade que lhe é inerente, sendo incondicionada, não dependendo de qualquer outro critério, senão ser humano. O valor da dignidade humana se projeta, assim, por todo o sistema internacional de proteção. Todos os tratados internacionais, ainda que assumam a roupagem do Positivismo Jurídico, incorporam o valor da dignidade humana.”<sup>57</sup>

<sup>57</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. In: LEITE, George Salomão (Org.). Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003.p.188

Nesse sentido, todo o ser humano, independentemente de sua identidade de gênero, é titular de direitos e deve ter a sua dignidade reconhecida como algo inerente a sua existência enquanto sujeito de direito. Assim, o papel das instituições sociais é o de reconhecer o indivíduo e incluí-lo em sociedade. O Estado tem por dever assegurar a concretização de direitos e garantias constitucionais para que homens e mulheres possam exercer o papel social que desejam exercer frente a sociedade (SARLET, 2012).

Conforme postula Gonçalves (2014), o livre exercício da identidade de gênero é possível graças às garantias constitucionais, que fundamentam e tornam qualquer indivíduo que não se enquadre nos binários de gênero e sexo estabelecidos iguais em direitos e deveres, possibilitando, dessa forma, a liberdade de expressão do gênero em suas mais diversas manifestações, tanto culturais, como sociais e estéticas.

Nesse sentido, é válido afirmar que é por intermédio da dignidade da pessoa humana que o Estado social e democrático de direito sustenta os princípios da igualdade e da liberdade, tratando todos de forma equânime e próximos do ideal de justiça, e que a sexualidade humana e o gênero nada mais são do que direitos de personalidade – e são as garantias constitucionais de igualdade, de liberdade e de dignidade da pessoa humana que proporcionam o livre exercício da identidade de gênero e todas as suas experiências.

Entretanto, no tangente a transgeneridade e o cárcere, o ideal desses direitos de perfaz, e dia após dia mulheres e homens transgêneros veem seus corpos marcado pela violência institucionalizada de um sistema penitenciário pautado em um ideal de binário sexista e insustentável, representando uma verdadeira afronta aos pilares que sustentam o Estado social e democrático de direito.

## **2.2. OS TRANSGÊNEROS E O DIREITO: UMA ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS, DA PRISÃO E DA FUNÇÃO SOCIAL DA PENA**

A Constituição, por um lado, prevê algumas proteções básicas para os transgêneros presos, no que diz respeito às suas atribuições de habitação e em particular, em várias disposições restringem critério autoridades prisionais nas habitações de tais presos. Inicialmente, antes de adentrar especificamente no tema objeto do presente capítulo, qual seja, a questão da individualidade da pena no Brasil e o seu estudo comparativo, cumpre ressaltar que a Constituição Federal de 1988 trouxe ao indivíduo acusado de um delito muitas garantias

que, até então, tinham sido usurpadas ante a arbitrariedade do período ditatorial que a antecedeu.

Como exemplo dessas garantias, pode-se citar , a ampla defesa e o contraditório, o devido processo legal a presunção de inocência, por exemplo. É valido ressaltar que, em relação à individualização da pena, como dito, pedra angular deste trabalho, a Constituição de 1988, mediante seus princípios fundamentais, igualmente protegeu os condenados de penas abusivas e arbitrárias (PRADO, 2007).

Nesse sentido, cabe-se destacar que a nossa Constituição é rígida, ou seja, exige um processo mais complexo para que seja possível modificá-la, em comparação com as leis ordinárias, possuindo, inclusive um núcleo imodificável, chamado de cláusulas pétreas. Dessa forma, o texto constitucional traz em seu bojo inúmeras garantias individuais que não podem, em nenhuma hipótese, serem alteradas, salvo se for formulada uma nova Constituição Federal.

As referidas garantias, descritas no artigo 5º e incisos, fazem parte das chamadas cláusulas pétreas, as quais estão elencadas no artigo 60, § 4º, incisos I à IV. Vejamos:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:  
[...]  
§ 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda  
tendente a  
abolir:  
I – a forma federativa de Estado;  
II – o voto direto, secreto, universal e periódico;  
III – a separação dos Poderes;  
IV – os direitos e garantias individuais. (grifou-se).

De acordo com Prado (2007), as prerrogativas descritas no artigo 5º da nossa Constituição, obrigam ao Poder Judiciário e aos órgãos julgadores a analisar um aparato de garantias e princípios constitucionais a serem respeitados, quando da ocasião da aplicação da sanção penal a uma pessoa condenado por algum delito. Por este motivo, não podemos conceber qualquer tipo de aplicação de pena que não siga as regras e os princípios constitucionais, já que, sendo a Constituição Federal a lei maior do nosso Estado, este é governado por aquela – e não o inverso.

Desse modo, antes de adentrar na individualização da pena brasileira, faz-se necessário analisar os princípios constitucionais que são aplicáveis a ela, de maneira resumida, pelos limites que permeiam ao presente trabalho. Das diversas concepções e teorias acerca do

sexo, no que diz respeito ao ordenamento jurídico brasileiro apenas um importa: o sexo jurídico, aquele constante no registro civil de cada indivíduo (PRADO, 2007).

Antes de examinar cada um dos princípios constitucionais que são aplicáveis às penas, é importante explicar o que são princípios, bem como sua importância. Assim, cabe frisar que os princípios podem ser entendidos como a origem, o começo de qualquer coisa, sendo que a partir deste “começo/ princípio” é que surge o todo.

Prado (2007, p. 130) postula que os princípios são originados “dos valores ético-culturais e jurídicos vigentes em uma determinada comunidade social, numa certa época, foram se impondo num processo histórico-político contínuo como basilares à sociedade democrática”. Nesse sentido, os princípios positivados em nosso ordenamento jurídico servem como base para o próprio conceito de delito, assim como serve para limitar o poder punitivo por parte do Estado, já que estes garantem os direitos fundamentais de todos os indivíduos. Dessa forma, temos que os princípios são a base de toda a matéria penal.

Nesse mesmo sentido, Bochi (2006) esclarece que os princípios são utilizados para a primordial tarefa de resolver esse inerente conflito de normas, hoje muito frequente nos ordenamentos jurídicos muito pela à expansão dos direitos fundamentais e de outros valores constitucionais extremamente relevantes. Dessa forma, a partir da finalidade dos princípios, imperativo analisar os princípios constitucionais que regem a aplicação das penas.

### **2.2.1. Princípio da legalidade ou da reserva legal**

Antes de mais nada, faz-se mister tecer considerações a respeito da diferença entre o princípio da legalidade e o princípio da reserva legal, uma vez que não são sinônimos.

O princípio da legalidade diz respeito à lei positivada, de modo que os cidadãos são submissos a ela, com o objetivo de ordem pública, assim como à desta dentro da esfera criada pelo legislador. A reserva legal, por sua vez, exige conteúdo específico, já que a norma constitucional atribui determinada matéria, de forma exclusiva, à lei formal, subtraindo à disciplina de outras fontes, àquelas subordinadas.

Este princípio possui seu alicerce constitucional expresso no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal de 1988, assim disposto: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.” Desse diapasão, em consonância com o texto acima destacado, percebe-se que este é restrito à lei formal, já que é de competência privativa

da União, mediante o Poder Legislativo, disciplinar a matéria em questão. Ficando, assim, vedado aos Estados, Municípios, assim como os poderes executivo e judiciário disciplinar acerca da matéria.

Diferente do significado do Princípio da Reserva Legal, o Princípio da Legalidade possui maior amplitude, uma vez que atinge qualquer ação de lei executada pelo Poder Legislativo. Como exemplo, podemos citar o artigo 5º, inciso II, da Constituição de 1988 que dispõe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Por fim, faz-se mister frisar que, em matéria criminal, assim como pressupõe o princípio da legalidade, de forma estrita, só pode ser considerado crime o que está definido em lei. Dessa forma, nenhuma ação que não seja definida, por lei anterior ao fato praticado, não pode ser aplicado nenhum tipo de sanção penal, que uma norma antecedente não tenha previsto (PRADO, 2007).

### **2.2.2. Princípio da igualdade**

O artigo 5º da Constituição Federal de 1988 dispõe que “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 igualdade, a segurança e a propriedade, [...]”.

A igualdade entre os cidadãos é expressa na Constituição Federal, de modo que devem ser tratados igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Nessa perspectiva, Boschi explica que, perante a lei, os diferentes devem ser considerados sempre e necessariamente iguais, como propõe o enunciado do artigo 5º da CF, no sentido de que não podem eximir-se das consequências civis ou penais dos atos ilícitos que eventualmente cometerem. (BOSCHI, 2006, p. 47).

No tocante às leis, porém, o referido autor (2006, p. 49) entende que “o princípio da igualdade na lei, endereça-se, pois, ao legislador, que está desautorizado a editar leis criando ou aumentando a diferença entre as pessoas.” Percebe-se, portanto, que há uma diferença entre igualdade material e igualdade formal.

A igualdade material significa que todos os cidadãos devem ter as mesmas oportunidades, sob todos os aspectos. Assim, busca-se uma equivalência na concessão de



oportunidades, uma vez que, de acordo com esse princípio, as chances devem ser oferecidas de igual forma a todos, independentemente de diferenças.

A Constituição de 1988 traz, em seu bojo, vários textos que visam a aludida igualdade material, como exemplo os artigos 3º e 170 e incisos, os quais tratam da ordem econômica e social. No mesmo sentido é o artigo 7º, referente à questão salarial, e o artigo 205, referente à democratização do ensino. A igualdade formal, por sua vez, está delineada no artigo 5º da Constituição Federal. É a mais importante para o aplicador da lei, uma vez que ela busca diminuir, por meio da lei positivada, a desigualdade de fato existente.

No entendimento de Boschi (2006), a igualdade formal deve ser entendida como igualdade diante da lei vigente e da lei a ser feita, assim, deve ser interpretada como um impedimento à legislação de privilégios de classe e como igualdade diante dos administradores do direito e dos juízes.

Assim, no que diz respeito à aplicação da pena, percebe-se a aplicação da igualdade formal, mormente ao analisar conjuntamente com o princípio da individualização da pena, porquanto este afirma que não há crime, nem criminoso igual, assim não se pode atribuir sanções iguais a indivíduos desiguais.

### **2.2.3. Princípio da humanidade**

O Princípio da humanidade veda a aplicação de penas cruéis e desumanas de forma expressa e simbólica, com total discordância à aplicação da pena de morte. Beccaria (1983, p. 43) entendeu que as penas deveriam ser aplicadas de forma moderada, bem como os castigos deveriam ter por “finalidade única obstar o culpado de tornar-se futuramente prejudicial à sociedade e afastar os patricios do caminho do crime”.

Nesse sentido, o princípio da humanidade defende que as penas devem ser aplicadas de forma proporcional ao delito, ou seja, de forma humanitária, impedindo a aplicação da pena com excesso ou exacerbada severidade, como por exemplo, penas tirânicas. No Brasil, o princípio em comento está disposto no artigo 5º inciso XLVII, alínea ‘e’, da Constituição Federal, impedindo que, neste país, existam penas cruéis.

Ademais, faz-se necessário destacar que o princípio da humanidade está elencado no rol dos direitos e garantias fundamentais, e, assim, jamais pode ser mudado por meio de

emenda constitucional, mas tão somente com a promulgação de uma nova constituição, uma vez que se trata de cláusula pétrea (PRADO, 2007)

#### **2.2.4. Princípio da pessoalidade**

Cumpre, novamente, ressaltar que na ausência do devido processo legal e do garantismo penal no Brasil, os castigos não tinham proporções, bem como atingiam, não somente o autor da ofensa, como também terceiros, possibilitando até mesmo afetar toda a tribo dos transgressores.

A título de exemplificação, salientou Boschi (2006, p. 57) que, “pelo decreto de 17 de junho de 1759, no Brasil Império, as penas podiam passar para os filhos e seus descendentes [...]”. Assim, o princípio da pessoalidade proíbe tal possibilidade, de forma que a pena não pode passar da pessoa do condenado e jamais atingirá um terceiro inocente.

Esse princípio está expresso na Constituição de 1988, no artigo 5º, inciso XLV, com a seguinte redação: nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

Percebe-se o claro caráter pessoal na aplicação da pena, no sentido de que, como bem explicado por Boschi (2006, p. 57), “o princípio da pessoalidade propõe compreender que responsabilidade não pode ser transferida a terceiros”. Dessa forma, é revelado mais um princípio, qual seja, o da intervenção mínima do direito penal.

#### **2.2.5. Princípio da individualização da pena**

De acordo com o que dispõe o artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, “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”.

Prado (2007, p. 145) disserta que “a pena deve ser proporcionada e adequada à magnitude da lesão ao bem jurídico representada pelo delito e a medida de segurança à periculosidade criminal do agente.” Assim, esse princípio tem o objetivo de aplicar a pena de acordo com a gravidade do delito e com a personalidade do autor do crime, evitando-se, dessa forma, a padronização da sanção penal.

Atualmente, o Brasil adota o sistema criado por Nelson Hungria, previsto no artigo 68 do Código Penal Brasileiro, o qual prevê que o magistrado deve percorrer três fases na hora de definir a pena, quais sejam: a aplicação da pena-base (artigo 59 do Código Penal), a pena provisória (incidência de agravantes ou atenuantes) e, por fim, a definitiva (causas de aumento e diminuição de pena).

O artigo 59, ao dispor sobre a forma de individualização da pena, impõe ao magistrado a análise de oito circunstâncias elencadas do aludido dispositivo, quais sejam, a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima em relação ao fato, considerando-as favoráveis ou desfavoráveis ao acusado, a fim de aplicar a pena dentre as cominadas, bem como nos limites previstos em lei.

O juiz deve respeitar os parâmetros acima descritos, de forma a respeitar o limite da sanção penal. Ainda, esses parâmetros são diferentes para cada tipo de delito tipificado na legislação. Assim, por exemplo, o crime de furto simples (artigo 155, caput, do Código Penal) prevê pena de 01(um) a 04 (quatro) anos, já o estelionato (artigo 171, caput, do mesmo diploma legal) tem penas que vão de 01 (um) a 05 (cinco) anos.

Frisa-se que, no Brasil, não se pode aplicar a pena acima do máximo permitido pela lei. A Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, no mesmo sentido, veda a diminuição da pena aquém do mínimo legal nos casos de incidência de circunstâncias atenuantes.

Ainda, essa vedação não se aplica em casos de diminuição de pena (terceira fase de aplicação da pena), ocasião em que a sanção pode ser aplicada abaixo do mínimo previsto em lei.

A individualização da pena no Brasil é muito semelhante a outros países, mormente em relação à análise, não somente do fato criminoso, mas também do perfil do acusado que cometeu o ato ilícito.

Não obstante, em que pese os limites máximo e mínimo estarem previstos em lei, tal fato não exclui o amplo poder discricionário do juiz, no que tange à aplicação da pena basilar, sobretudo ante a grande distância existente, em alguns delitos, entre as penas mínimas e máximas. A exemplo disso pode ser citado o crime de homicídio simples (artigo 121, caput, do Código Penal), o qual prevê a pena de 06 (seis) anos a 20 (vinte) anos. Assim, dentre desse

enorme espaço, o magistrado tem o poder de aplicar a pena que entender justa, bastando tão somente fundamentar as circunstâncias elencadas no artigo 59 do Código Penal.

Considerando a importância desse princípio e, também, por uma questão metodológica, ele será analisado por meio de um estudo comparativo, levando em consideração sua aplicação em outros países e, a partir desse estudo comparado, far-se-á uma abordagem crítica sobre o tema em um capítulo apartado.

Dessa forma, analisando os princípios, constata-se sua grande importância para o tema do presente trabalho, de tal sorte que qualquer critério a ser utilizado em direito penal, a fim de orientar o magistrado na aplicação da pena, deve respeitá-los, sob pena de ser totalmente ineficaz.

Nota-se que, da análise da fixação da sanção penal realizada em países diversos, que os países analisados, assim como o Brasil, concedem aos seus julgadores um grande poder discricionário, conforme se poderá verificar no tópico seguinte. Todavia, na fixação do valor da sanção punitiva, alguns países estão à frente de outros, uma vez que possuem critérios mais claros e transparentes de valorar a pena aplicada. É o que se passa a demonstrar.

### CAPÍTULO III – OS TRANSGÊNEROS E O CÁRCERE

*Até por questão sanitária e ética, o ‘travesti’ primário condenado a menos de oito anos de pena privativa de liberdade deve ter o regime penitenciário semiaberto.*<sup>58</sup>

O trecho em comento integra um acórdão proferido por um tribunal brasileiro no final da década de 80 ao decidir quanto à progressão de regime de uma travesti, e os argumentos utilizados para a reforma foram as questões de ordem “sanitária e ética”. Quase duas décadas depois, a frase judicial não só impressiona pela sua antiguidade ou pelo discurso medicalizante, mas também pela similaridade de conteúdo com as presentes decisões judiciais em relação aos transgêneros no âmbito do direito penal.

O Brasil possui a quarta maior população carcerária do mundo<sup>59</sup> e, atualmente, mais de seiscentas mil pessoas cumprem pena em instalações federais e estaduais. Diversos são os doutrinadores e estudiosos do direito a apontarem os problemas do dia-a-dia que enfrentam os reclusos nas instituições correcionais que os abrigam, incluindo a superlotação, a falta de pessoal, os altos índices de violência e agressão sexual, e cuidados de saúde inadequados.

Dentro deste ambiente, por si só hostil, os presos transgêneros levam uma vida particularmente difícil. Aos sofrerem os efeitos negativos do aumento do isolamento, desrespeito de sua identidade de gênero, violência e agressão sexual, a população transgênera presa é apresentada como invisível não só frente às instituições correcionais brasileiras, mas também ao direito penal como um todo.

Muitas dessas dificuldades resultam da maneira em que praticamente todas as autoridades penitenciárias brasileiras classificam os presos transgêneros. Em primeiro lugar, as atribuições de habitação são baseadas quase exclusivamente na genitália ou sexo de nascimento constante em registro civil. Em segundo lugar, em muitas instituições os presos transexuais são automaticamente colocados em alguma forma de segregação administrativa ou confinamento solitário.

<sup>58</sup> TJGO Apelação Criminal 10791-0/213, Rel. Des. Byron Seabra Guimarães, PRIMEIRA CAMARA CRIMINAL, julgado em 21/02/1989, DJe 10550 de 08/03/1989.

<sup>59</sup> Dados da DEPEN. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/populacao-carceraria-brasileira-chega-a-mais-de-622-mil-detentos>. Acesso em: 16/12/2016

Nesse sentido, embora a Constituição proíba a interferência na esfera da dignidade do ser humano – que engloba sua integridade física, pessoal e psicológica – por meio de tratamentos ou penas degradantes, desumanas ou cruéis, os abusos flagrantes por parte das autoridades prisionais frente aos membros da população transgênera demonstram que esses princípios não são aplicáveis a eles.

### **3.1. O CÁRCERE: CENÁRIO BRASILEIRO**

No cenário prisional brasileiro existe um grande abismo entre o que é previsto em lei e a realidade carcerária. Originalmente, o ideal de um sistema prisional e suas instituições carcerárias surgiu como uma alternativa aos castigos corporais e à pena de morte. Em um segundo momento, esse mesmo modelo buscava ser não só uma alternativa aos meios cruéis de tratamento aos que cometessem delitos, mas também um veículo que buscasse atender aos anseios de punição da sociedade e que promovesse a reeducação dos apenados e a sua reinserção no seio social após o cumprimento da pena. Entretanto, os meios utilizados para servir a esses propósitos foram desvirtuados.

O sistema prisional brasileiro, na prática, não visa a reeducação ou a reinserção do preso em sociedade – muito pelo contrário. Como exemplo, em um cenário de superlotação e condições precárias, o período do cumprimento de pena no Brasil representa flagrante desrespeito ao direito constitucional a vida e a integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade. A falta de vagas no sistema prisional brasileiro não é o único problema que assombra as penitenciárias. A deterioração das instalações no sistema carcerário também se revela um grande problema atual.

Dessa forma, a transcendência dos limites dos estabelecimentos prisionais é uma característica das rebeliões atuais<sup>60</sup>. No final de 2016 houve mais de 100 mortes de detentos e isso expôs ainda mais as fragilidades do sistema carcerário nacional, o qual se encontra em um cenário de superlotação e uma incessante guerra entre facções criminosas.

De acordo com os últimos dados divulgados pelo Sistema Integrado de Informações Penitenciárias do Ministério da Justiça – Infopen, o Brasil possui em suas instituições carcerárias mais de 622 mil detentos. Desta população, cerca de 41% espera por

<sup>60</sup> Fonte: O cenário dos presídios nacionais. Disponível em: <http://www.ebc.com.br/especiais/entenda-cri-se-no-sistema-prisional-brasileiro>. Acesso em 10/12/2016.

juízo atrás das grades. Isto é, cerca de 222 mil indivíduos hoje estão presos sem condenação.<sup>61</sup>

Outro ponto relevante quanto a superlotação nos presídios diz respeito a deterioração das cadeias brasileiras, que ao comportarem mais detentos do que sua capacidade, acabam por desgastar uma estrutura já em si precária. Assim, as rebeliões atuais são caracterizadas por transbordamento de muros das celas para saírem nas ruas. Na cidade de Araraquara, no Estado de São Paulo, por exemplo, há mais de 1.500 presos onde cabem somente 160 – e esse cenário se repete incessantemente pelas instituições correcionais pelo país. Abaixo um quadro exemplificativo dos números do sistema carcerário:

<b>Brasil em dezembro de 2014<sup>4</sup></b>	
<b>População prisional</b>	622.202
Sistema Penitenciário estadual	584.758
Secretarias de Segurança / Carceragens de delegacias	37.444
Sistema Penitenciário Federal	397
<b>Vagas</b>	371.884
<b>Déficit de vagas</b>	250.318
<b>Taxa de ocupação</b>	167%
<b>Taxa de aprisionamento</b>	306,22

Fonte: Infopen, dez/2014; Senasp; Secretarias de Segurança Pública; IBGE, 2014.

O desprezo aos internos é predominante no sistema prisional brasileiro. Nesse sentido, a sociedade não se sensibiliza com a situação dos detentos, a fim de garantir mudanças e aceitação no meio, como por exemplo, mobilização para a melhoria da precária condição de saúde ou dos ambientes superlotados, e até mesmo da ausência de atividades laborais e

<sup>61</sup> Fonte: “Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen - Dezembro de 2014” p.23. Disponível em: [http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen\\_dez14.pdf](http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf). Acesso em 16/10/2016.

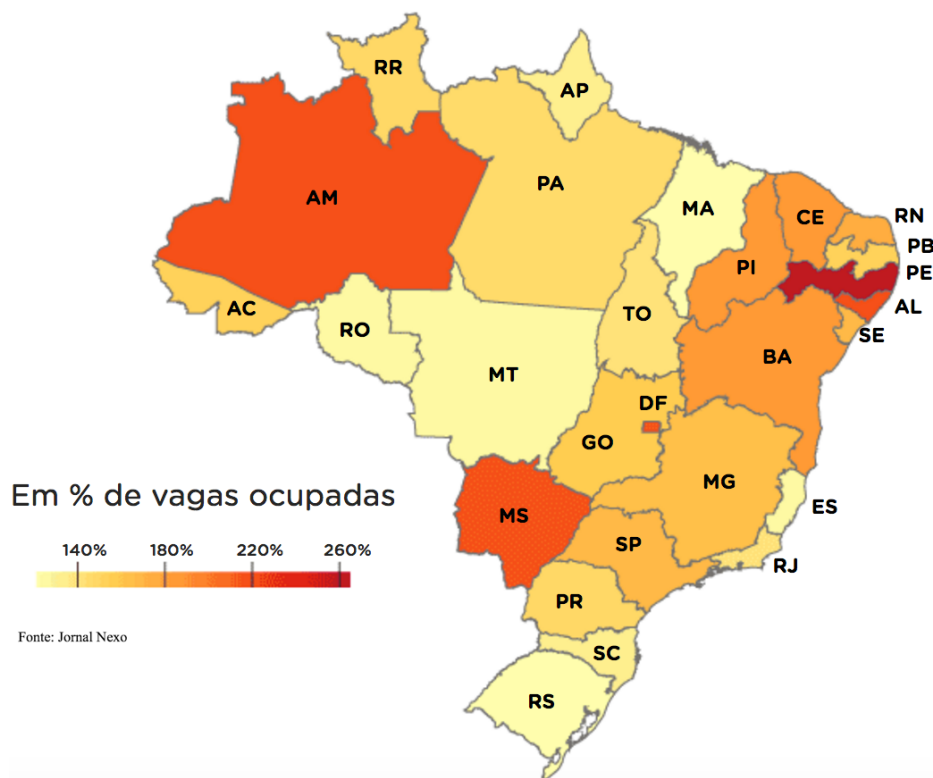
educativas. Para a sociedade brasileira, segundo pesquisa do instituto Datafolha encomendada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública – FBSP, vale a vergonhosa máxima de bandido bom é bandido morto<sup>62</sup>.

Essa situação é crítica e exige respostas imediatas do governo por meio de políticas públicas que integrem também a sociedade por meio das instituições responsáveis. A avassaladora crise no sistema prisional que hoje é retrato do Brasil não é um problema somente dos presos e familiares, mas também de toda a sociedade. E nesse sentido que se deve perceber as consequências causadas por essa omissão. Essa situação é crítica e exige respostas imediatas do governo por meio de políticas públicas que integrem também a sociedade por meio das instituições responsáveis. A avassaladora crise no sistema prisional que hoje é retrato do Brasil não é um problema somente dos presos e familiares, mas também de toda a sociedade. E nesse sentido que se deve perceber as consequências causadas por essa omissão. A exemplo disso é que em aproximadamente 24% das unidades prisionais, há mais de dois presos para cada vaga. Em 63 unidade, a situação de superlotação é ainda mais acentuada, em que há quatro presos ou mais por vaga, o conforme exemplifica o quadro abaixo:

<sup>62</sup> Fonte: <http://exame.abril.com.br/brasil/datafolha-57-da-populacao-diz-que-bandido-bom-e-bandido-morto/>. Acesso em 12/12/2016.



## SUPERLOTAÇÃO DOS PRESÍDIOS NO BRASIL EM 2014



Esse quadro é vergonhoso e absolutamente crítico, o que exige respostas imediatas na forma de políticas públicas que abranjam não só os órgãos públicos como toda a sociedade civil. A crise no sistema carcerário não é só um problema daqueles que cumprem pena, mas sim um problema da sociedade. Não são apenas os detentos que sobrem com as estruturas falidas do sistema prisional, mas de toda a sociedade, que irá sofrer as consequências desse sistema. Exemplo disso são as recentes rebeliões<sup>63</sup> pelos presídios ao redor do país.

Dessa forma, a transcendência dos limites dos estabelecimentos prisionais é uma característica das rebeliões atuais<sup>64</sup>. No final de 2016 houve mais de 100 mortes de detentos e isso expôs ainda mais as fragilidades do sistema carcerário nacional, o qual se encontra em um cenário de superlotação e uma incessante guerra entre facções criminosas. O princípio da

<sup>63</sup> Mortes em presídios do país em 2017 já superam o massacre do Carandiru. Disponível em: <http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2017/01/mortes-em-presidios-do-pais-em-2017-ja-superam-o-massacre-do-carandiru.html>. Acesso em 16/01/2017.

<sup>64</sup> O cenário dos presídios nacionais. Disponível em: <http://www.etc.com.br/especiais/entenda-criese-no-sistema-prisional-brasileiro>. Acesso em 10/12/2016.

dignidade da pessoa humana, indispensável para que o sistema prisional exerça sua função, foi esquecido e ignorado quando se trata do cumprimento da pena

O "ser humano", essa característica inerente a cada pessoa, não se perde a despeito do cometimento de algum crime. De acordo com o relatório apresentado na 31ª sessão regular do Conselho de Direitos Humanos das Organizações das Nações Unidas (ONU)<sup>65</sup>, as instalações precárias das instituições prisionais afetam a os detentos, que sofrem em consequência do encarceramento em instalações severamente superlotadas. Eles não têm espaço físico e são afetados pela ausência de auxílio a saúde e condições sanitárias, bem como pelo ambiente de violência. Muitos temem por sua vida e sua integridade física. De acordo com o referido relatório, a relação de agente prisional-detento deve ser 1: 5. No entanto, há casos no Brasil de prisões onde a proporção de agente prisional-detento foi de 2: 490<sup>66</sup>.

Outro ponto relevante levantado pelo relatório é que a os agentes penitenciários têm, via de regra, uma formação muito fraca, geralmente marcada por uma abordagem militarizada que não os prepara para lidar adequadamente com a complexidade e a tensão que constitui o seu trabalho diário. Além disso, a combinação de falta de treinamento e condições de trabalho altamente inadequadas só exacerba o padrão de violência e tem um efeito direto e mensurável, inclusive em termos de homicídios policiais<sup>67</sup>.

Submetidos a essas condições, que lição o Estado e a sociedade civil estão aplicando ao negarem aos detentos e as detentas seus direitos fundamentais e ao justo acesso a justiça? A sociedade civil, por meio da máquina estatal, financia o desrespeito aos direitos humanos e estabelece um futuro minado para os que se encontram dentro de estabelecimentos prisionais. É imperativo respeitar os princípios da dignidade e da personalidade para com a comunidade prisional. O cumprimento das leis de execução penal, a garantia de assistência jurídica adequada, a aplicação de penas alternativas para infrações de menor potencial ofensivo, a criação de meios para que o apenado cumpra a sua pena pautada por um norte restaurativo e educador, a garantia do direito ao trabalho – todas essas medidas que contribuem, e muito, para a a reinserção do preso em sociedade.

Nesse sentido, é imprescindível desmistificar as falsas soluções de recrudescimento das normas penais para a prevenção de delitos que ocorrem sempre em

<sup>65</sup> Disponível em: [http://ap.ohchr.org/documents/dpage\\_e.aspx?si=A/HRC/31/57/Add.4](http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/31/57/Add.4) Acesso em 10/11/2016.

<sup>66</sup> Ibidem.

<sup>67</sup> Ibidem.

períodos de grande comoção pública e levados a cabo por segmentos políticos de grande atuação na área de segurança pública. O agravamento das penas ou a redução da maioria penal, assim como a aplicação indiscriminada a Lei dos Crimes Hediondos não produz os efeitos necessários – muito pelo contrário.

Ademais, é necessário humanizar e dar eficiência as instituições do sistema carcerário, principalmente a figura do agente penitenciário, a fim de definir suas responsabilidades, oferecer condições de trabalho dignas e seguras e qualificação para que seu trabalho seja exercido de forma respeitosa e exemplar. Entretanto, a referida qualificação deve andar de mãos dadas com a devida cobrança pelo o cumprimento da lei e punição adequada em caso de seu descumprimento. A entrada de telefones, drogas, armas, e até ordens de execução de detentos dentro da unidade contam com a participação de agentes públicos.

A forma como a sociedade se organiza é o que dá subsídio a essa violência contra a população prisional pelo país, influenciando assim a manutenção da desigualdade social – situação essa exacerbada dentro das unidades prisionais, onde temos um cenário caótico em flagrante desrespeito a Constituição, em que maus tratos, tortura, perseguição e opressão são mais frequentes do que julgamentos, já que mais de 30% da população carcerária está presa sem se quer ter sido julgada em primeira instância<sup>68</sup>.

Sem nos adentrarmos nas as questões raciais ou sociais, de caráter tão histórico e significativo para o Brasil, por não serem o foco do presente trabalho, é evidente que tanto o Estado como a sociedade enxergam determinadas categorias de indivíduos como inferiores e mais propensos ao delito, como a população de baixa renda, os negros e os transexuais, apenas para mencionar alguns. Entretanto, esse mesmo não propicia alterações quaisquer nas condições de vida desses sujeitos envolvidos já em um processo de fragilização social, mesmo porque muitos já carregam os estigmas bem antes de serem egresso do sistema prisional. Neste sentido, devemos questionar o papel desse Estado que se propõe muito pouco no tangente as políticas públicas, principalmente em políticas LGBTQ. Um exemplo disso é a Resolução Conjunta CNPCP/CNCD nº 1 que, na teoria, representa um avanço em termos de política penitenciária para a população transgênera, mas que, em termos práticos, não consegue ser efetiva.

<sup>68</sup> Dados da DEPEN. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/populacao-carceraria-brasileira-chega-a-mais-de-622-mil-detentos>. Acesso em: 16/12/2016.

As políticas públicas voltadas a comunidade LGBT têm sido mais frequentes nos últimos anos, mas, assim como o ocorrido em Porto Alegre, a Resolução CNPCP/CNCD nº 1<sup>69</sup> demonstra como o debate de gênero acionado com políticas públicas cruciais está longe de ser efetivo. A referida portaria foi muito aclamada e, no papel, apresenta diversos avanços como a expressa declaração de que todos os presos transgêneros devem ser chamados pelo gênero ao qual se identificam junto ao uso do nome social, conforme estabelece o Art. 2º da referida portaria:

Art. 2º - A pessoa travesti ou transexual em privação de liberdade tem o direito de ser chamada pelo seu nome social, de acordo com o seu gênero.

Parágrafo único - O registro de admissão no estabelecimento prisional deverá conter o nome social da pessoa presa.

Entretanto, o que chama a atenção na portaria em questão não são os seus avanços, mas a sua desconexão com a realidade do sistema prisional brasileiro. Assim estabelecem os artigos 3º, 4º e 5º:

Art. 3º - Às travestis e aos gays privados de liberdade em unidades prisionais masculinas, considerando a sua segurança e especial vulnerabilidade, deverão ser oferecidos espaços de vivência específicos.

§ 1º - Os espaços para essa população não devem se destinar à aplicação de medida disciplinar ou de qualquer método coercitivo.

§ 2º - A transferência da pessoa presa para o espaço de vivência específico ficará condicionada à sua expressa manifestação de vontade.

Art. 4º - As pessoas transexuais masculinas e femininas devem ser encaminhadas para as unidades prisionais femininas.

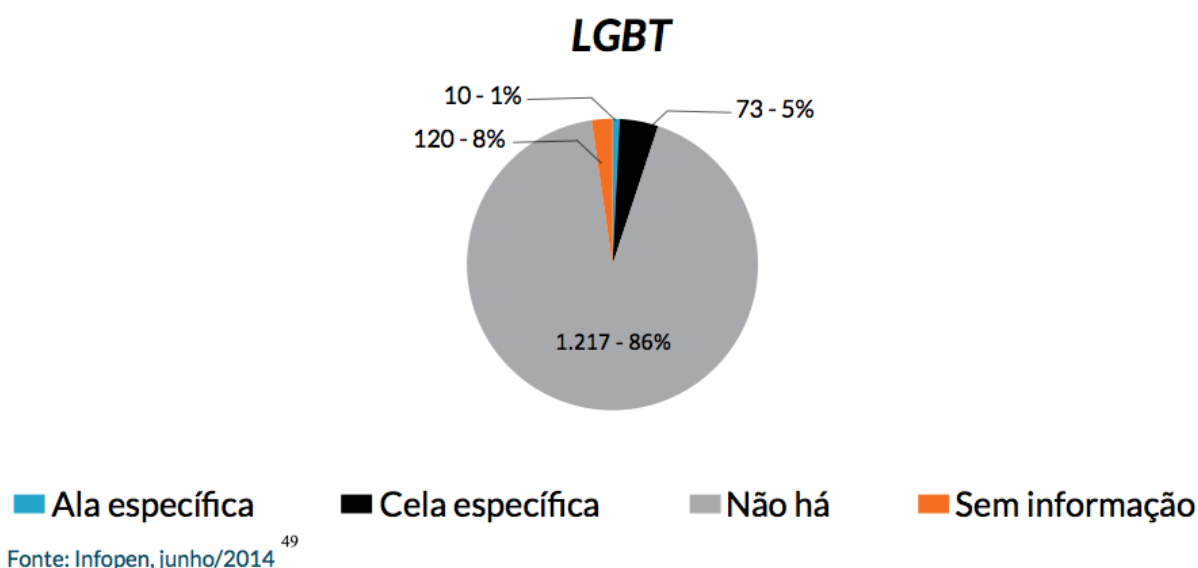
Parágrafo único - Às mulheres transexuais deverá ser garantido tratamento isonômico ao das demais mulheres em privação de liberdade.

Art. 5º - À pessoa travesti ou transexual em privação de liberdade serão facultados o uso de roupas femininas ou masculinas,

<sup>69</sup> Disponível em: [http://justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/diversidades/normativos-2/resolucao-conjunta-no-1-cnpc-e-cncd\\_lgbt-15-de-abril-de-2014.pdf](http://justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/diversidades/normativos-2/resolucao-conjunta-no-1-cnpc-e-cncd_lgbt-15-de-abril-de-2014.pdf) Acesso em 10/10/2016.

conforme o gênero, e a manutenção de cabelos compridos, se o tiver, garantindo seus caracteres secundários de acordo com sua identidade de gênero.

Por mais inovativa que uma política pública seja, sua formulação tem que ser pautada de acordo com a realidade de sua aplicação. A portaria determina que aos presos LGBT deverão ser oferecidos espaços de vivência específicos. Entretanto, aqui estão os dados do penúltimo<sup>70</sup> relatório da DEPEN<sup>71</sup> sobre a quantidade de celas específicas à população LGBT dentro do sistema prisional:



A referida portaria determina que mulheres transgêneras presas deverão ser oferecidos espaços de vivência específicos, ou, caso já tenham passado pela cirurgia de redesignação sexual ou seja homem transgênero, que seja direcionado para as unidades prisionais femininas. Ambos os pontos são problemáticos, mas por razões distintas. O primeiro se dá ao fato de que, conforme os dados disponibilizados no último relatório da DEPEN, apenas 6% (seis por cento) dos presídios brasileiros contam com ala ou cela específica para a população LGBT. Ademais, em relação aos homens transgêneros serem direcionados para instalações prisionais femininas, acredito que a medida que os direciona aos presídios femininos seja sim uma iniciativa que visa a proteção física daquele indivíduo, mas, entretanto,

<sup>70</sup> O uso do penúltimo relatório, divulgado em junho de 2014 e não do último, divulgado em dezembro de 2014, se deu pelo fato de que no último relatório disponibilizado, as informações quanto as informações de estabelecimentos voltadas ao público LGBT foi suprimida.

<sup>71</sup> Disponível em: <https://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em: 10/12/2016.

acaba-o privando de toda uma construção de identidade de gênero, que, em muitos casos, para eles é mais importante do que sua própria integridade física.

Nesse sentido, para Faleiros (1997), a trajetória de dominação é marcada pela exclusão social, e os indivíduos que deixam o sistema prisional passam por um delicado processo de ressocialização em que são expostas as mais diversas formas de discriminação ao saírem do cárcere pela condição de caráter estigmatizante de ex-presidiário, o que favorece a reincidência criminal. Entretanto, quando remetemos à realidade transgênera, percebemos que essas condições são exacerbadas, tanto antes do cárcere como depois dele.

No Brasil, a grande maioria da população transgênera é de baixa renda, vivenciando a pobreza desde a infância e muitas vezes ao longo de toda a vida.<sup>72</sup> Esses indivíduos acabam por viver a margem da sociedade, não apenas por representarem uma afronta ao padrão binário, mas também por pertencerem às camadas dos menos favorecidos. Nesse sentido, é inegável reconhecermos que muitos transgêneros acabam exercendo trabalhos informais e, em alguns casos, acabam se envolvendo em trabalhos ilegais ou até em crimes. É evidente que nenhum cenário de pobreza conduz à criminalidade, mas o contexto de violência e mortes à noção de vida precária é real sendo essa a realidade de muitos transexuais (CARRARA e VIANNA, 2006; PELÚCIO, 2006).

Entretanto, o problema vai muito mais além do que essa analogia simplista propõe – o problema é estrutural. O que temos, na realidade, é uma complexa dinâmica social que faz com que mesmo aqueles que tentem entrar no mercado e sair da informalidade, e muitas vezes da ilegalidade, acabem esbarrando em problemas como a inadequação de seus documentos e registros civis em relação a sua identidade de gênero, ou até o preconceito de empregadores que os enxergam como trabalhadores incapazes. A informalidade e a ilegalidade, muitas vezes, são o único caminho de sobrevivência para alguns transexuais, o que leva muitas vezes ao cárcere. E, na atual estrutura do sistema prisional brasileiro, o cárcere para os transgêneros não representa apenas uma prisão para o seu corpo – representa, sim, uma prisão para a sua alma.

### **3.2. A TRANGENERIDADE NA EXECUÇÃO PENAL**

<sup>72</sup> GUIMARÃES, Cristian Fabiano; MENEGHEL, Stela Nazareth; GUARANHA, Camila; BARNART, Fabiano; SIMÕES, Igor Garber e DE MOURA, Juliane Quevedo. Assassinatos de Travestis e Transexuais no Rio Grande do Sul: crimes pautados em gênero? Barcelona : Athenea Digital, 13(2), 2013,

A sociedade brasileira ainda possui valores machistas. Em levantamento feito pelo Instituto Datafolha<sup>73</sup>, temos que mais de 42% dos homens concordam com a afirmativa de que “mulheres que se dão ao respeito não são estupradas”. Nesse sentido, a indagação é quanto ao significado dessa afirmação, o que de fato significa “se dar o respeito” e porque essa afirmativa só recai as mulheres. A presente indagação é importantíssima, pois revela muito acerca das concepções de gênero em nossa sociedade. Devemos compreender que as construções sociais em torno de mulheres e homens são produtos de uma cultura patriarcal, em que homens possuem vantagens que os posicionam em uma situação de poder total – e essa situação é justamente a realidade que temos não só dentro do sistema carcerário, mas também no direito penal. A moral tradicional patriarcal da sociedade é levada para dentro das prisões, servindo-se, muitas vezes, de critérios aparentemente biológicos para justificarem a violência física e psicológica e até a segregação.

No presente trabalho foram analisados 78 processos judiciais dos principais Tribunais de Justiça do Brasil, entre os anos de 2006 e 2015<sup>74</sup>. O método utilizado foi o quantitativo, com foco em sete Tribunais de Justiça Estaduais, sendo eles o TJRJ, o TJMG, o TJPR, o TJSP, o TJMT, o TJMS e o TJDF. A pesquisa foi direcionada exclusivamente para as varas de execução penal dos referidos tribunais com o uso das palavras chave travesti, travestis, transexual, transexuais, transgênero e transgêneros. O escopo de análise era voltado para o tratamento dado aos transexuais pelo direito penal e em que ponto sua condição de transexuais foi levada em conta para rebaixar a imagem do acusado ou desacreditar o depoimento de testemunhas,

De acordo com os processos analisados, fica claro que a figura do transgênero, em 100% (cem por cento) dos casos avaliados, foi levada em conta para desacreditar o depoimento da testemunha transgênera ou para macular a imagem dos acusados. Conforme o gráfico demonstra, em mais de 80% (oitenta por cento) dos casos analisados temos o envolvimento de transgêneros com o tráfico de drogas com a prostituição. Interessante notar que em muitos

<sup>73</sup> Fonte: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2016-09/mais-de-um-terco-da-populacao-brasileira-responsabilizam-mulher>. Acesso em 10/09/2016.

<sup>74</sup> Os casos analisados serviram de insumo para a percepção de juizes e promotores das varas criminais pelo país quanto a figura dos transgêneros. Entretanto, nos casos em que houve condenação de transgêneros ao regime semiaberto ou fechado, os processos pesquisados não serviram de insumo para a argumentação quanto ao direcionamento desses indivíduos para o cumprimento da pena, se em presídios masculinos ou femininos. Isso ocorreu porque ao longo dessa pesquisa constatamos que diversos transgêneros que foram condenados não iniciaram o cumprimento da sua pena ou por estarem foragidos ou por terem sido mortos antes do início do cumprimento. Ademais, por força de lei, as varas de execução penais não divulgam ao público o estabelecimento onde condenados se encontram. Dessa forma, os casos analisados aqui quanto aos transgêneros presos foram fontes de notícias divulgadas na mídia ou pesquisas bibliográficas.

casos de crimes cometidos por transgêneros, as únicas testemunhas presentes também eram transgêneras, que acabavam por ter seu depoimento descreditado por promotores e juízes apenas por serem quem são, por desafiam um binário de gênero.

Quando falamos dos acusados, a situação é ainda pior, já que os pronomes de tratamento, o seu nome social, sua individualidade e sua personalidade são completamente ignorados pelo poder judiciário que leva em consideração apenas o nome de registro. A experiência transgênera em instituições correcionais brasileiras encontra uma dificuldade basilar: ao invés de decorrem apenas da regulamentação ou procedimentos formais<sup>75</sup> ou por escrito, a colocação dos presos transgêneros nos sistema prisional decorre de leis que ignoram a possibilidade de existência de indivíduos transgêneros.

No Brasil, o método predominante para o direcionamento de presos transgêneros é focado apenas no registro civil, havendo casos de mulheres transexuais que já haviam passado pela cirurgia de transgenitalização e, mesmo assim, foram direcionadas a estabelecimentos prisionais masculinos, como foi o caso de Ana<sup>76</sup> que por vinte dias foi abusada e agredida na Unidade Penitenciária Francisco Adalberto de Barros Leal (UPFABL) no Estado do Ceará. Ana, que já havia passado pela cirurgia de redesignação sexual, trabalhava como cabelereira no salão de sua mãe, até que, por ter cometido um delito, foi levada ao estabelecimento prisional<sup>77</sup>. Durante a audiência de custódia de Ana, outro detento foi ouvido quanto aos abusos sofridos, afirmando que durante a noite “dava para a gente escutar os gritos de socorro. Colocaram ele na cela dos estupradores”. A partir dos abusos sofridos, Ana era trocada de cela toda noite, na esperança de não ser sexualmente violentada. Entretanto, quando não sofria violência sexual, era submetida a algum outro tipo de violência física já que apanhava dos outros detentos<sup>78</sup>.

A indignação frente ao caso de Ana só aumenta frente ao depoimento do defensor público Emerson Castelo Branco, que, mesmo movido com o ocorrido e buscando justiça para com a situação de Ana, afirma que “todo mundo sabe que os transexuais, travestis e gays

<sup>75</sup> Comentários a cerca da Resolução Conjunta nº 1/2014 e sua não efetividade serão feitas ao longo desse capítulo.

<sup>76</sup> Nome fictício.

<sup>77</sup> "A transexual é ré primária, trabalhava como cabelereira no salão da mãe. Segundo o depoimento da ré na audiência de custódia, estava em uma “farra” e roubou o celular de uma mulher. O defensor relata que não foi utilizada arma para subtrair o celular, que foi devolvido, mas a Polícia foi chamada e o flagrante de roubo foi lavrado no dia 29 de agosto, quando ela foi levada ao 11º Distrito Policial, no Panamericano. Em seguida, foi levada à unidade prisional em Caucaia. Ela foi solta pela audiência de custódia no último dia 23." Fonte: <http://www.opovo.com.br/app/opovo/cotidiano/2015/10/02/noticiasjornalcotidiano.3513246/transexual-sofre-abusos-em-celas-masculinas-de-presidio.shtml>. Acesso em: 20/12/2016.

<sup>78</sup> Ididem.



assumidos devem ser colocados em celas isoladas, porque, no linguajar do presídio, os detentos colocam calcinha e estupram”<sup>79</sup>. Essa afirmação é problemática e evidencia um dos problemas centrais da temática transgênera é o cárcere, que a justamente a segregação sofrida por essa população em unidades prisionais pelo país.

Para Silveira (2013), que realizou um estudo na ala masculina do Presídio Central de Porto Alegre, as mulheres transgêneras<sup>80</sup> acabam sofrendo um duplo cerceamento de seus direitos de personalidade e direitos fundamentais, pois além de serem alvo dos reflexos negativos do cárcere, que afetam não só a elas como a todos os presos, essas mulheres também são alvo de outros presos que praticam os mais altos níveis de violência e que, em geral, não aceitam a convivência com elas. Nesse sentido, é evidente que a personalidade do indivíduo transgênero, tão necessária ao seu desenvolvimento como ser humano, é cerceada. Os presídios justificam tal segregação com a argumentação de que ela protege os presos transexuais da violência que, de outra forma enfrentar na população em geral, e que promove a segurança de outras pessoas detidas, serve os interesses administrativos da prisão. E esse cerceamento não se limita, no presente caso apenas ao emprego do nome civil ou dos pronomes de tratamento do gênero masculino, mas a outras diversas situações que transformam a realidade transgênera dentro do cárcere um verdadeiro inferno. Nesse sentido:

“A realidade da prisão demonstra que, devido ao preconceito dos demais detentos, as travestis normalmente são vítimas de diversos tipos de violências, principalmente sexuais, como os estupros constantes e outros tipos de agressões, sendo que, muitas vezes, para amenizar a situação, são isoladas do restante da população carcerária, situação que gera ainda mais prejuízos, na medida em que, por questões de segurança (que o Estado não garante!), acabam sendo impedidas de desfrutar de alguns direitos mínimos, como o “banho de sol”, o trabalho prisional, o estudo e a visita. (...) A Presidente da ONG Igualdade salientou ainda que, independente da situação das travestis que se encontram recolhidas no Presídio Central ter melhorado bastante nos últimos anos, muito ainda dever ser feito para que essas

<sup>79</sup> Ibdem.

<sup>80</sup> Digo nesse caso por se tratam de mulheres transgêneras que se encontram em estabelecimento prisional masculino. Pelo caráter medicalizante da divisão entre transexuais e travestis, e pelo fato de o nosso sistema carcerário ignorar a realização da cirurgia de redesignação sexual para a indicação de instalações para o cumprimento de pena, se atendo apenas os documentos civis, não realizo a diferenciação entre mulheres transgêneras operadas ou não operadas.

peças tenham seus direitos fundamentais respeitados. Marcelly Malta lembrou que as principais queixas das travestis é baseada no fato de estarem sendo impedidas de exercer atividades laborais e educacionais dentro do Presídio Central, tendo em vista que, por correrem sérios riscos estando em convivência com os demais presos, a Direção do ergástulo não autoriza que compareçam aos locais onde são desenvolvidas as atividades de trabalho e estudo, situação que impede que tenham direito a remição de pena, como prevê a Lei de Execuções Penais” (SILVEIRA, 2013, p. 07-09).

Dessa forma, o poder público se encontra em um estágio de total letargia e despreparo para enfrentar as temáticas que desafiam uma sociedade heteronormativa e pautada por um binário. Ao se depararem com uma conjuntura de conflitos que surgem no interior das unidades carcerárias pelo gênero do apenado, a solução aplicada é a segregação. Tanto na fala do defensor público Emerson Castelo Branco como nas práticas levadas a cabo pelo presídio de Porto Alegre, nós deparamos com a realidade de toda uma sociedade – tudo que não for padrão é segregado. Evidentemente que tal questão demanda políticas públicas coerentes e efetivas, mas o cenário que temos é exatamente o oposto. Frequentemente, as instituições correccionais colocam os presos transgêneros em alguma forma de segregação ou isolamento contra a sua vontade, supostamente para seu próprio bem.

Exemplo disso é o que evidencia Silveira (2013) para um caso ocorrido no Rio Grande do Sul, em que por iniciativa da Superintendência dos Serviços Penitenciários (SUSEPE), a Secretaria da Justiça e dos Direitos Humanos, a Secretaria Estadual de Saúde e a ONG Igualdade, em abril de 2012 foi criada uma ala especial no bloco H para os apenados LGBT no Presídio Central de Porto Alegre. A medida revelou a nova postura do Poder Público frente a comunidade LBGT e conseguiu reduzir o número de estupros, agressões físicas e humilhação a que a que a presas transgêneras vinham sendo submetidas. Entretanto, a medida não foi efetiva e acarretou diversos problemas:

“Sabe-se também que as travestis, mesmo tendo recebido uma ala especial, ainda continuam a conviver com alguns abusos, tendo em vista que, assim como em outras galerias do Presídio Central, a Galeria H continua a ostentar um elevado índice de consumo de entorpecentes (principalmente o crack) e a evidenciar as deficiências estruturais. Outro problema constatado é que o setor destinado às travestis acaba

abrigando também alguns presos de alta periculosidade, como estupradores e homicidas, tendo em vista que estes também não são aceitos pelo restante da massa carcerária e acabam sendo remetidos ao mesmo setor pela Direção do estabelecimento, que alega não ter outra forma de garantir a segurança deles, situação que conseqüentemente acaba gerando alguns atos de violência, mesmo que em grau muito inferior ao que as travestis anteriormente eram submetidas” (SILVEIRA, 2013, p. 08).

A transferência de detentos de alta periculosidade para o bloco H, inicialmente destinado a população LGBT, evidencia que a ala especial foi utilizada, na realidade, como a área de todos os presos que são desprezados pela população carcerária. Ao colocar os presos transgêneros em segregação, juntamente com os presos que são mais propensos a ser violentos, ou seja, aqueles que são segregados por causa da ameaça que representam, e privando-os dos benefícios legais do direito ao trabalho e da convivência com outros presos, o sistema carcerário descumpra o ordenamento jurídico. Embora, aparentemente, a política tenha sido formulada para atender a população LGBT, historicamente segregada e alvo de abusos dentro do cárcere, o que realmente parece é que o bloco H serviu de fato aos interesses daqueles que praticam os abusos. Nesse cenário em que presas transgêneras são colocadas em conjunto com estupradores e pedófilos em um mesmo local, fica evidente que a saúde e a segurança dessas mulheres estão em risco em ambos os casos – seja em cela específica ou junto com a população carcerária geral.

A população transgênera enfrenta maiores incidências de violência dentro do cárcere. Em relação às mulheres transgêneras<sup>81</sup> em presídios masculinos, as taxas mais elevadas de agressão sexual devem-se, pelo menos em parte, à prática de classificação baseada em genitália. Por exemplo, mulheres transexuais que são colocadas em habitação do sexo masculino possuem características femininas significativas e acabam por se tornarem alvos óbvios de abuso na prisão. Outro problema em relação à segregação das presas transgêneras está relacionado à saúde e de segurança. Quando os presos transgêneros são colocados em segregação administrativa, eles têm apenas o mínimo de interação com as pessoas, sem acesso a empregos ou tratamento hormonal (LAWSTON, 2011).

<sup>81</sup> Pela ausência de dados específicos, não abordaremos a fundo a temática dos homens transgêneros em presídios.

Agravar estes problemas é o fato de que os indivíduos transgêneros estão encarcerados em uma taxa desproporcionalmente alta. Mulheres transgêneras são muitas vezes perfiladas pela polícia como profissionais do sexo, o que torna mais provável a detenção delas por infrações menores, como ocorrido com Ana<sup>82</sup>, que apenas havia furtado um celular.

Para Lawston (2011), muitas transgêneros encontram-se encarcerados por delitos menores, como vadiagem e dormir na rua devido à falta de moradia e por questões de sobrevivência, como o trabalho sexual e distribuição de terapia hormonal no mercado negro. Dessa forma, os problemas que acompanham a saúde e a segurança dos presos transgêneros são ainda mais prementes porque esses indivíduos são mais propensos a acabarem atrás das grades.

Nesse sentido, além de considerar os desafios dos presos transgêneros às suas circunstâncias de habitação, também vale a pena mencionar o ponto em que detentos cisgênero que se opõem a ser alojados com indivíduos transgêneros. Além dos riscos à segurança e a saúde advindo de estupros e agressões físicas, temos também as preocupações alimentadas pelos potenciais companheiros de cela, tais como questões de privacidade relacionadas ao uso do chuveiro ou vaso sanitário, o que, em termos de políticas públicas, pode constituir objeções legítimas a uma habitação transgêneros presos de acordo com sua identidade de gênero auto-definida. A resolução CNPCP/CNCD nº 1, assim como a aplicada no Presídio Central de Porto Alegre, expõe como o Poder Público encontra-se despreparado para lidar com a temática transgênera e que nada acaba sendo efetivo.

<sup>82</sup>Fonte: <http://www.opovo.com.br/app/opovo/cotidiano/2015/10/02/noticiasjornalcotidiano,3513246/transsexual-sofre-abusos-em-celas-masculinas-de-presidio.shtml> . Acesso em: 20/12/2016.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O debate de gênero e as suas peculiaridades ainda se encontra em estágio embrionário em nossa sociedade. A figura do masculino focada em um patriarcado nada mais é do que uma construção histórica – e as abordagens utilizadas ao longo do presente trabalho foram capazes de demonstrar isso. No decorrer da história, alguns padrões de normalidade foram instruídos e tudo o que não se encaixava era subjugado e marginalizado.

A importância de uma exemplificação crítica a cerca do debate de gênero em torno da temática transgênera se deu exatamente pela necessidade de analisarmos criticamente os conceitos envolto por essa realidade e como a conduta medicalizante, advinda de um histórico patriarcal, influencia o debate de gênero dentro da própria comunidade LGBT, nas decisões judiciais e na formulação de políticas públicas.

A Constituição Federal, baseada nesses precedentes históricos, é taxativa ao demonstrar os princípios fundamentais e inerentes a cada indivíduo, mas em relação ao transgêneros isso não se aplica. É latente como o poder judiciário negligencia os transgêneros, desde a medicalização no uso e aplicação das leis, até o desrespeito a própria existência do indivíduo para alteração de registro civil. O princípio da dignidade humana obriga o Estado a garantir que todos os indivíduos vivam de forma plena. Infelizmente, os princípios não cumprem sua função ao falarmos de determinados grupos, não tendo uma eficácia plena. A impressão que se tem é a de que quem não se encaixa no padrão estabelecido deixa de ser pessoa frente ao estado.

O ponto de toque é que os transgêneros devem ser considerados como cidadãos comuns quando falamos do cumprimento de deveres instituídos no ordenamento jurídico. Entretanto, principalmente quando nos adentramos a esfera penal, isso não é aplicado. O nosso sistema prisional teve sua criação pautada em uma concepção de gênero binária, e a transgeneridade foge a esse padrão. Os desafios são imensos, e não existe uma forma correta de se agir de forma a agradar todos os seguimentos do sistema carcerário. Entretanto, conforme demonstrado, a resolução encontrada para isso foi a exclusão e a segregação, o que representa algo insustentável.

Finalmente, as políticas públicas no sistema prisional voltadas ao público LGBT como um todo são extremamente ineficazes e estão fadadas ao fracasso, em um claro desconexo com a realidade carcerária brasileira. Tanto a resolução CNPCP/CNCD nº 1 como

as políticas aplicadas no Presídio Central de Porto Alegre demonstram isso. Dessa forma, uma política pública tangível em relação a população transgênera é uma necessidade urgente, e em nada interfere ou prejudica o resto da população. É indispensável a qualquer indivíduo o respeito as suas escolhas, suas identidades e suas ideias. O ordenamento jurídico e o poder público não podem se omitir, impedindo uma parcela da população possa exercer sua condição plena de pessoa e seus direitos de personalidade. Apenas com o reconhecimento e a aceitação da diversidade em nossa sociedade é que poderemos nos orgulhar de vivermos em um Estado cujos pilares baseiam-se na pluralidade e igualdade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Daniela Murta. **A psiquiatrização da transexualidade: análise dos efeitos do diagnóstico de transtorno de identidade de gênero nas práticas de saúde.** Dissertação (mestrado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2007.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A Proteção Constitucional do Transexual.** São Paulo: Saraiva, 2000.

BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo**, v.I, II. Tradução Sérgio Milliet. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1967, 2ª edição.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** São Paulo: Hemus, 1983.

BENTO, Berenice Alves de Melo. **A (re)invenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual.** Rio de Janeiro: Garamond/CLAM, 2006.

\_\_\_\_\_. **Pouco saber para muito poder: a patologização do gênero.** In: POCAHY, Fernando (org.). Políticas de enfrentamento ao heterossexismo: corpo e prazer. Porto Alegre: NUANCES, 2010. p. 61-74.

\_\_\_\_\_.; PELUCIO, Larissa. **Despatologização do gênero: a politização das identidades abjetas.** Rev. Estud. Fem., Florianópolis, v. 20, n. 2, p. 559-568, Aug. 2012 .

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação.** 4.ed.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006

BUTLER, Judith. **Problemas de Gênero: Feminismo e Subversão da Identidade – 10ª Edição.** Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

\_\_\_\_\_. **Undoing Gender.** New York/London: Routledge, 2004.

CARDOZO, Fernanda. **Das Dimensões da Coragem: socialidades, conflitos e moralidades entre travestis em uma cidade no sul do Brasil.** Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, 2009.

CARRARA, Sérgio; VIANNA, Adriana R. B. **Tá lá o corpo estendido no chão: A violência letal contra travestis no município do Rio de Janeiro.** Physis: Revista de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 16, n. 2, p. 233–249, ago./dez. 2006.

CASTEL, Pierre-Henri. **Algumas reflexões para estabelecer a cronologia do fenômeno transexual (1910-1995).** Revista Brasileira de História. São Paulo, v. 21, n. 41, p. 77-111, 2001.

CHILAND, Colette. **Transexualismo.** Tradução de Maria Stela Goncalves. São Paulo: Edições Loyola, 2008.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** São Paulo: Savaiva, 1999.

FALEIROS, Vicente de Paula. **Estratégias em Serviço Social.** 2 ed. São Paulo: Cortez, 1997.

FAUSTO-STERLING, Anne. **Sexing the Body: Gender Politics and the Construction of Sexuality**. Nova Iorque: Basic Books, 2000.

FERREIRA, Guilherme Gomes. **Travestis e Prisões – Experiência social e mecanismos particulares de encarceramento no Brasil**. Curitiba: Multideia Editora, 2015.

FOUCAULT, Michel. **Em Defesa da Sociedade**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. **História da Sexualidade, v. 1: A Vontade de Saber – 19ª Edição**. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2009.

\_\_\_\_\_. **Os Anormais**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FOWLER, Henry Watson. **Fowler's Dictionary of Modern English Usage's, Oxford**, 1940. In: SCOTT, Joan Wallach. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. Educação & Realidade. Porto Alegre, vol. 20, nº 2, jul./dez. 1995, p. 71

GALEANO, Eduardo. **As Palavras Andantes – 5ª Edição**. Tradução de Eric Nepomuceno. Porto Alegre: L&PM, 2007.

GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. **Transexualidade e Direitos Humanos: O Reconhecimento da Identidade de Gênero entre os Direitos de Personalidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

HARAWAY, Donna J. **Gender for a Marxist Dictionary: the Sexual Politics of a Word**. In: Simians, Cyborgs, and Women. The Reinvention of Nature. Londres: Free Association Books Ltd., 1991, pp.127-148

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos**. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LAQUEUR, T. **Inventando o sexo: corpo e gênero dos gregos a Freud**. Tradução de Vera Whately. Rio de Janeiro: Relume, Dumará, 1996.

LAWSTON, Jodie Michelle; LUCAS, Ashley E. **Razor Wire Women: Prisoners, Activists, Scholars, and Artists**. Albany: State University of New York Press, 2011.

LOCKE, John. **Os pensadores: segundo tratado sobre o governo**. São Paulo, Abril, 1978.

MANDELA, Nelson. **Long Walk to Freedom**. Little Brown, Lodres, 1994

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional – 9ª Edição**. São Paulo: Saraiva, 2014.

PELÚCIO, Larissa. **Abjeção e desejo: uma etnografia travesti sobre o modelo preventivo de aids**. São Paulo: Annablume, 2006.



PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 7.ed. atual e ampl. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2007

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SAFFIOTI, Heleieth. **Gênero, patriarcado, violência**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2007.

SALIH, Sara. **Judith Butler e a Teoria Queer**. Belo Horizonte: Autêntica. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais** – 11ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

SCHEIBE, Elisa. **Direito de personalidade e transexualidade: a promoção da dignidade da pessoa humana em uma perspectiva plural**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio do Sinos. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2008.

SCOTT, Joan Wallach. **Gênero: uma categoria útil de análise histórica**. Tradução de Christine Rufino Dabat e Maria Betânia Ávila. Educação & Realidade. Porto Alegre, vol. 20, nº 2, jul./dez. 1995, p. 71-99.

SILVEIRA, Felipe Lazzari da. **Travesti e o Cárcere: O Trabalho Desenvolvido pela ONG Igualdade no Presídio Central de Porto Alegre**. Seminário Internacional Fazendo Gênero 10 (Anais Eletrônicos), Florianópolis, 2013.

SOLL, Bianca Machado Borba. **Incongruência de Gênero: um estudo comparativo entre os critérios diagnósticos CID-10, CID-11 e DSM-5**. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2016

SUTTER, Matilde Josefina. **Determinação e Mudança de Sexo – Aspectos Médicos Legais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 109.

TAYLOR, Jimi K.; HEIDER-MARKEL, Donald P. **Transgender Rights and Politics: Groups, Issue Framing, and Policy Adoption**. Michigan: University of Michigan Press, 2014.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; RABELO, Cesar Leandro de Almeida; POLI, Leonardo Macedo. **Os Direitos Humanos e de personalidade do transexual: prenome, gênero e a autodeterminação**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 110, mar 2013. Disponível em: < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12914](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12914) >. Acesso em dez 2016.

## REFERÊNCIAS FILMOGRÁFICAS

**Tudo sobre minha mãe.** Direção: Pedro Almodóvar. Produção: Agustín Almodóvar e Michel Ruben. Duração:101min. Espanha: 20th Century Fox 1999.

## ANEXO 1

### Relação dos processos pesquisados

Processo 1 - TJDFT Apelação Criminal nº 0032338-83.2013.8.07.0007

Processo 2 - TJDFT Apelação Criminal nº 0008720-89.2011.8.07.0004

Processo 3 - TJDFT Apelação Criminal nº 0020278-15.2012.8.07.0007

Processo 4 - TJDFT Apelação Criminal nº 0018513-77.2010.8.07.0007

Processo 5 - TJDFT Apelação Criminal nº 0063556-55.2010.8.07.0001

Processo 6 - TJDFT Apelação Criminal nº 0034428-74.2007.8.07.0007

Processo 7 - TJDFT Apelação Criminal nº 0036892-83.2007.8.07.0003

Processo 8 - TJDFT Apelação Criminal nº 0004763-21.2013.8.07.0001

Processo 9 - TJDFT Apelação Criminal nº 0032338-83.2013.8.07.0007

Processo 10 - TJMT Apelação Criminal nº 0001250-94.2011.8.11.0036

Processo 11 - TJMT Apelação Criminal nº 0000587-76.2012.8.11.0080

Processo 12 - TJMT Apelação Criminal nº 0045085-80.2010.8.11.0000

Processo 13 - TJMT Apelação Criminal nº 0028268-77.2006.8.11.0000

Processo 14 - TJMS Apelação Criminal nº 0500885-69.2013.8.12.0008

Processo 15 - TJMS Apelação Criminal nº 0028682-98.2013.8.12.0001

Processo 16 - TJMS Apelação Criminal nº 0039404-02.2010.8.12.0001

Processo 17 - TJSP Apelação Criminal nº 9000032-38.2009.8.26.0032

Processo 18 - TJSP Apelação Criminal nº 0008537-25.2012.8.26.0564

Processo 19 - TJSP Apelação Criminal nº 0017437-84.2012.8.26.0050

Processo 20 - TJSP Apelação Criminal nº 0011342-67.2014.8.26.0050

Processo 21 - TJSP Apelação Criminal nº 9000002-86.2006.8.26.0297

Processo 22 - TJSP Apelação Criminal nº 0000030-04.2011.8.26.0114

Processo 23 - TJSP Apelação Criminal nº 0000666-41.2012.8.26.0564

Processo 24 - TJSP Apelação Criminal nº 0035952-46.2007.8.26.0050

Processo 25 - TJSP Apelação Criminal nº 0078847-90.2005.8.26.0050

Processo 26 - TJSP Apelação Criminal nº 0086776-04.2010.8.26.0050

Processo 27 - TJSP Apelação Criminal nº 0102774-12.2010.8.26.0050

Processo 28 - TJSP Apelação Criminal nº 0007983-02.2007.8.26.0650

Processo 29 - TJSP Apelação Criminal nº 0093008-80.2013.8.26.0000

Processo 30 - TJSP Apelação Criminal nº 0064223-45.2012.8.26.0000

Processo 31 - TJSP Apelação Criminal nº 0345909-46.2010.8.26.0000

Processo 32 - TJSP Apelação Criminal nº 0004472-92.2009.8.26.0272

Processo 33 - TJSP Apelação Criminal nº 0005059-50.2011.8.26.0400

Processo 34 - TJSP Apelação Criminal nº 0004879-45.2011.8.26.0073

Processo 35 - TJSP Apelação Criminal nº 0023613-09.2011.8.26.0602

Processo 36 - TJSP Apelação Criminal nº 0012591-29.2010.8.26.0362

Processo 37 - TJSP Apelação Criminal nº 0033248-69.2008.8.26.0068

Processo 38 - TJSP Apelação Criminal nº 0005119-46.2009.8.26.0609

Processo 39 - TJSP Apelação Criminal nº 0064817-37.2010.8.26.0224

Processo 40 - TJSP Apelação Criminal nº 0043162-12.2011.8.26.0050

Processo 41 - TJSP Apelação Criminal nº 0449264-72.2010.8.26.0000

Processo 42 - TJSP Apelação Criminal nº 0038435-97.2010.8.26.0000

Processo 43 - TJSP Apelação Criminal nº 9151529-98.2009.8.26.0000

Processo 44 - TJSP Apelação Criminal nº 0026187-08.2008.8.26.0344

Processo 45 - TJSP Apelação Criminal nº 0361983-78.2010.8.26.0000

Processo 46 - TJSP Apelação Criminal nº 0002915-57.2009.8.26.0438

Processo 47 - TJSP Apelação Criminal nº 0010456-21.2008.8.26.0554

Processo 48 - TJSP Apelação Criminal nº 0004898-85.2010.8.26.0073

Processo 49 - TJMG Apelação Criminal nº 0058353-35.2012.8.13.0338

Processo 50 - TJMG Apelação Criminal nº 1020414-39.2013.8.13.0024

Processo 51 - TJMG Apelação Criminal nº 1842088-67.2009.8.13.0707

Processo 52 - TJMG Apelação Criminal nº 0127272-65.2012.8.13.0471

Processo 53 - TJMG Apelação Criminal nº 6938212-39.2009.8.13.0024

Processo 54 - TJMG Apelação Criminal nº 3226070-27.2011.8.13.0024

Processo 55 - TJMG Apelação Criminal nº 0531033-22.2012.8.13.0024

Processo 56 - TJMG Apelação Criminal nº 0491027-32.2011.8.13.0145

Processo 57 - TJMG Apelação Criminal nº 1341030-84.2008.8.13.0525

Processo 58 - TJMG Apelação Criminal nº 0239665-53.2011.8.13.0701

Processo 59 - TJMG Apelação Criminal nº 0790969-78.2004.8.13.0701

Processo 60 - TJMG Apelação Criminal nº 0554368-10.2011.8.13.0702

Processo 61 - TJPR Apelação Criminal nº 0008324-04.2009.8.16.0014

Processo 62 - TJPR Apelação Criminal nº 0000019-46.2014.8.16.0017

Processo 63 - TJPR Apelação Criminal nº 0000729-80.2011.8.16.0014

Processo 64 - TJPR Apelação Criminal nº 0000143-85.2005.8.16.0165

Processo 65 - TJPR Apelação Criminal nº 0078977-94.2010.8.16.0014

Processo 66 - TJPR Apelação Criminal nº 0001661-39.2010.8.16.0035

Processo 67 - TJPR Apelação Criminal nº 0009071-08.2010.8.16.0017

Processo 68 - TJPR Apelação Criminal nº 0025822-19.2014.8.16.0021

Processo 69 - TJRJ Apelação Criminal nº 0441403-22.2013.8.19.0001

Processo 70 - TJRJ Apelação Criminal nº 0078154-07.2012.8.19.0002

Processo 71 - TJRJ Apelação Criminal nº 0447295-43.2012.8.19.0001

Processo 72 - TJRJ Apelação Criminal nº 0109925-35.2014.8.19.0001

Processo 73 - TJRJ Apelação Criminal nº 0005220-67.2011.8.19.0202

Processo 74 - TJRJ Apelação Criminal nº 0048156-02.2009.8.19.0001

Processo 75 - TJRJ Apelação Criminal nº 0120778-74.2012.8.19.0001

Processo 76 - TJRJ Apelação Criminal nº 0318177-82.2010.8.19.0001

Processo 77 - TJRJ Apelação Criminal nº 0240373-33.2013.8.19.0001

Processo 78 - TJRJ Apelação Criminal nº 0109925-35.2014.8.19.0001

## ANEXO II

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA CONSELHO NACIONAL DE COMBATE À DISCRIMINAÇÃO

### **RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 1, DE 15 DE ABRIL DE 2014**

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

CONSELHO NACIONAL DE COMBATE À DISCRIMINAÇÃO

DOU de 17/04/2014 (nº 74, Seção 1, pág. 1)

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA - CNPCP, DR. HERBERT JOSE ALMEIDA CARNEIRO, no uso de suas atribuições legais, previstas no art. 64, I, Lei nº 7.210/84, bem como no art. 39, I e II, do Anexo I do Decreto nº 6.061, de 15 de março de 2007 e o PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE COMBATE À DISCRIMINAÇÃO - CNCD/LGBT, DR. GUSTAVO BERNARDES CARVALHO, no uso de suas atribuições legais, previstas no art. 6, III, do Decreto nº 7.388, de 9 de dezembro de 2010, considerando o disposto na Constituição Federal, em especial no artigo 5º, incisos III, XLI, XLVII, XLVIII e XLIX; considerando a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), a Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes e seu Protocolo Facultativo, as Regras Mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos, as Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras (Regras de Bangkok), e todos os outros instrumentos internacionais aplicáveis à matéria, bem como os Princípios de Yogyakarta (Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero); considerando o disposto na Lei Federal nº 7.210, de 11 de julho de 1984, que instituiu a Lei de Execução Penal, em especial nos artigos 40, 41 e 45; considerando a Lei Federal nº 12.847, de 2 de agosto de 2013, que Instituiu o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura; cria o Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura e o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura; e dá outras providências; considerando o Decreto nº 7.626, de 24 de novembro de 2011, que estabelece o plano estratégico de educação no âmbito do Sistema Prisional; considerando a Resolução CNPCP nº 4, de 29 de junho de 2011, que recomenda aos Departamentos Penitenciários Estaduais ou órgãos congêneres seja assegurado o direito à visita íntima a pessoa presa, recolhida nos estabelecimentos prisionais, resolvem:

Art. 1º - Estabelecer os parâmetros de acolhimento de LGBT em privação de liberdade no Brasil.

Parágrafo único - Para efeitos desta Resolução, entende-se por LGBT a população composta por lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, considerando-se:

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

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

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

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

V - Transexuais: pessoas que são psicologicamente de um sexo e anatomicamente de outro, rejeitando o próprio órgão sexual biológico.

Art. 2º - A pessoa travesti ou transexual em privação de liberdade tem o direito de ser chamada pelo seu nome social, de acordo com o seu gênero.

Parágrafo único - O registro de admissão no estabelecimento prisional deverá conter o nome social da pessoa presa.

Art. 3º - Às travestis e aos gays privados de liberdade em unidades prisionais masculinas, considerando a sua segurança e especial vulnerabilidade, deverão ser oferecidos espaços de vivência específicos.

§ 1º - Os espaços para essa população não devem se destinar à aplicação de medida disciplinar ou de qualquer método coercitivo.

§ 2º - A transferência da pessoa presa para o espaço de vivência específico ficará condicionada à sua expressa manifestação de vontade.

Art. 4º - As pessoas transexuais masculinas e femininas devem ser encaminhadas para as unidades prisionais femininas.

Parágrafo único - Às mulheres transexuais deverá ser garantido tratamento isonômico ao das demais mulheres em privação de liberdade.

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

Art. 6º - É garantido o direito à visita íntima para a população LGBT em situação de privação de liberdade, nos termos da Portaria MJ nº 1.190/2008 e na Resolução CNPCP nº 4, de 29 de junho de 2011.

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

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

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



Art. 9º - Será garantido à pessoa LGBT, em igualdade de condições, o acesso e a continuidade da sua formação educacional e profissional sob a responsabilidade do Estado.

Art. 10 - O Estado deverá garantir a capacitação continuada aos profissionais dos estabelecimentos penais considerando a perspectiva dos direitos humanos e os princípios de igualdade e não-discriminação, inclusive em relação à orientação sexual e identidade de gênero.

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

Art. 12 - Esta Resolução entrará em vigor na data de sua publicação.

HERBERT JOSE ALMEIDA CARNEIRO - Presidente do CNPCP  
GUSTAVO BERNARDES - Presidente do CNCD/LGBT