

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO**

STELLA DE MARCO AMARAL

**O PODER JUDICIÁRIO E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS
TRANSEXUAIS E TRAVESTIS ENCARCERADAS NO DISTRITO FEDERAL**

**BRASÍLIA
2020**

STELLA DE MARCO AMARAL

**O PODER JUDICIÁRIO E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS
TRANSEXUAIS E TRAVESTIS ENCARCERADAS NO DISTRITO FEDERAL**

**Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Graduação em Direito da Universidade
de Brasília, como requisito parcial à obtenção do
título de Bacharela em Direito. Orientadora: Dr^a
Talita Tatiana Dias Rampin**

**Brasília
2020**

STELLA DE MARCO AMARAL**O PODER JUDICIÁRIO E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS
TRANSEXUAIS E TRAVESTIS ENCARCERADAS NO DISTRITO FEDERAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharela em Direito sob orientação da professora Talita Tatiana Dias Rampin.

BANCA EXAMINADORA

**Dr^a Talita Tatiana Dias Rampin (FD/Unb)
Presidenta**

**Dr^a Daniela Marques de Moraes (FD/Unb)
Membra**

**Ms. Fernanda de Carvalho Lage (FD/Unb)
Membra**

Resultado: aprovada

Brasília, aos 19 de junho de 2020.

AGRADECIMENTO

Passaram-se 7 anos desde que comecei o curso de direito, e no meio dessa trajetória me perdi dentro dos estudos para concurso, odiei o direito, quis desistir...

Mas felizmente, durante esses 7 anos, tive ao meu lado pessoas que me apoiaram, e que serviram de exemplo, pessoas que eu admiro muito, e que foram imprescindíveis para que eu chegasse até aqui.

Obrigada Mauro, meu grande companheiro, parceiro para a vida e fonte inesgotável de apoio. Foi você quem me convenceu (coagiu) a me inscrever no curso, e foi você que aguentou todas as minhas reclamações sobre o curso durante tantos anos, sempre me apoiando de maneira incondicional. Sou muito grata por tudo o que aprendi e por toda a sua paciência e compreensão.

Obrigada Pai, pela paciência, por continuar insistindo em dizer que “tudo vai dar certo”, mesmo quando eu tinha certeza que não daria, e por ser o meu maior exemplo de ser humano na vida!

Obrigada Cecília, Ciço, Álvaro e Joaquim, minha família, por tornar mais doce a nossa vida em Brasília e essa grande jornada de estudante. Família na qual encontrei os meus maiores exemplos profissionais: Cecília, San, Dona Beth e sr. Saint Clair.

Obrigada aos colegas de curso que tornaram mais fácil todos esses anos, que compartilharam dicas de disciplinas, conselhos, trabalhos e provas, em especial: Anderson (coach de vida), Tiago (parceiro de concursos) e Vinicio (parceiro de fim de curso).

Obrigada também aos colegas de trabalho, sempre disponíveis para ajudar com as dúvidas e me apoiando nas semanas mais difíceis dos semestres. Agradeço especialmente ao Edevaldo, a grande fonte de inspiração para a realização desse trabalho, e a Rosana, que me ajudou na busca pelo processo que serviu como base para a pesquisa.

E por fim, agradeço a minha orientadora Talita, que, mesmo sem saber, na disciplina de estágio e nas conversas sobre o TCC, me deu o gás que eu precisava para ser capaz de concluir esse trabalho e também o curso com ânimo!

RESUMO

Atualmente a nossa sociedade reconhece a possibilidade de existência de uma multiplicidade de identidades de gênero, porém nossas leis e instituições ainda são baseadas em uma organização que só leva em consideração o sexo biológico das pessoas, sendo o sistema penitenciário uma dessas instituições. Assim, pessoas que fogem ao padrão binário de gênero, como as mulheres transexuais e travestis são obrigadas a ocuparem espaços destinados exclusivamente ao gênero masculino, o que acarreta sérias violações a direitos como da dignidade, da personalidade e da integridade física, moral e psicológica. Nesse contexto, o Estado tem o dever de elaborar leis e políticas públicas objetivando melhorar a situação dessa população encarcerada, mas diante da insuficiência de sua atuação, cabe ao Poder Judiciário tentar garantir a proteção dessas pessoas tão vulneráveis, por meio de suas decisões. Dessa forma, o presente trabalho, a partir de revisão bibliográfica e análise de conteúdo de um processo de Habeas Corpus impetrado no Tribunal de Justiça do Distrito Federal, examinou os instrumentos normativos existentes que se relacionam com o tema, fez reflexões acerca das penas extraoficiais vivenciadas pelas transexuais e travestis, e, por fim, uma análise de como o Poder Judiciário tem atuado em casos concretos. A partir de toda essa trajetória foi possível identificar que embora haja progressos visíveis da atuação do Estado – e do Poder Judiciário - na proteção dos direitos dessa parcela da população, a nossa legislação ainda é omissa e inadequada e os nossos órgãos ainda não atuam com consistência, sendo, muitas vezes, inclusive contraditórios em suas manifestações. As mulheres transexuais e travestis encarceradas estão sendo punidas com penas caracterizadas como cruéis e desumanas, muito mais gravosas do que as previstas em suas condenações, sendo, portanto, imperioso que o poder público utilize o direito como instrumento capaz de gerar transformações suficientes para garantir o Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: identidade de gênero, sistema penitenciário, transexual, travesti.

RESUME

Currently, our society recognizes the possibility of the existence of a multiplicity of gender identities, but our laws and institutions are still based on an organization that only takes into account the biological sex of people, the prison system being one of those institutions. People who escape the binary gender pattern, such as transsexual and transvestite women are obliged to occupy spaces dedicated exclusively to the genre which leads to serious violations of rights such as dignity, personality and physical, moral and psychological integrity. In this context, the State has the duty to draft laws and public policies aimed at improving the situation of this incarcerated population, but given the insufficiency of its performance, it is up to the Judiciary to try to guarantee the protection of these very vulnerable people, through their decisions. Thus, the present study, based on a bibliographic review and content analysis of a Habeas Corpus lawsuit filed at the Court of Justice of the Federal District, examined the existing normative instruments that are related to the theme, made reflections about the unofficial penalties experienced transsexuals and transvestites, and, finally, an analysis of how the Judiciary has acted in specific cases. From all this trajectory it was possible to identify that although there is visible progress in the performance of the State - and the Judiciary - in protecting the rights of this portion of the population, our legislation is still omissive and inadequate and our bodies still do not act with consistency, being, often, even contradictory in their manifestations. The women Transsexuals and incarcerated transvestites are being punished with cruel and inhumane, much more serious than those foreseen in their convictions, and it is therefore imperative that the public authorities use the law as instrument capable of generating sufficient transformations to guarantee the Democratic Rule of Law.

Keywords: gender identity, prison system, transsexual, transvestite.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIações

ABGLT	Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
Art.	Artigo
CDP	Centro de Detenção Provisória
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CIDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CIR	Centro de Internamento e Reeducação
Cis	Pessoas transgêneras
CP	Código Penal
CPP	Centro de Progressão Penitenciária
DEPEN	Departamento Penitenciário Nacional
DOU	Diário Oficial da União
DSTs	Doenças Sexualmente Transmissíveis
Fl.	Folha
Fls.	Folhas
HC	Habeas Corpus
LEP	Lei de Execução Penal
LGBT	Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros
LGBTQI	Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais, Travestis E Transgêneros, Queer, Intersexuais
MPDFT	Ministério Público do Distrito Federal e Territórios
Nº	número
ONG	Organização Não Governamental
ONU	Organização das Nações Unidas
OS	Ordem de Serviço
PDF I	Penitenciária do Distrito Federal I
PDF II	Penitenciária do Distrito Federal II
PFDF	Penitenciária Feminina do Distrito Federal
RE	Recurso Extraordinário

Resp	Recurso Especial
RS	Rio Grande do Sul
SESIPE	Secretaria de Estado da Segurança Pública do Distrito Federal
SP	São Paulo
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TGEu	<i>Transgender Europe</i>
TJDFT	Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios
VEP	Vara de Execuções Penais

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 2 INSTRUMENTOS NORMATIVOS	20
CAPÍTULO 3 OBJETIVOS E LIMITES DAS PENAS	26
3.1 Teorias da Pena.....	27
3.1.1 Teorias absolutas.....	27
3.1.2 Teorias relativas.....	29
3.1.3 Teorias mistas ou unificadoras da pena	31
3.1.4 Modernas teorias: a pena como garantia do acusado	32
3.2 A Teoria da Pena no Brasil.....	35
CAPÍTULO 4 CRIMINOLOGIA, MOVIMENTOS SOCIAIS E MOBILIZAÇÃO DO DIREITO	37
CAPÍTULO 5 AS PENAS EXTRAOFICIAIS VIVENCIADAS PELAS TRANSEXUAIS E TRAVESTIS ENCARCERADAS NO DISTRITO FEDERAL.....	42
5.1 O Sistema Carcerário do Distrito Federal: estrutura organizacional.....	44
5.2 O Processo nº 201801110063380: Vara de Execuções Penais do DF – HC com pedido de medida liminar.....	49
5.2.1 O respeito à identidade de gênero nas manifestações	51
5.2.2 Fundamentação jurídica da petição inicial.....	55
5.2.3 Fundamentação jurídica da decisão (sentença) e do recurso em sentido estrito..	58
5.2.4 O acórdão.....	62
CONSIDERAÇÕES FINAIS	64
REFERÊNCIAS.....	71

INTRODUÇÃO

A sociedade vem evoluindo no reconhecimento da existência de uma multiplicidade de identidades de gênero possíveis. Contudo, atualmente, o discurso de ódio tem ganhado legitimidade, tornando o nosso dever de proteção da dignidade de qualquer ser humano uma prioridade máxima, para a efetivação de um Estado Democrático de Direito.

Entende-se a identidade de gênero como o sentimento de pertencimento e de vinculação ao universo feminino ou masculino, a qual pode ou não ser correspondente ao sexo da pessoa. Importante mencionar que a identidade de gênero não se confunde com a orientação sexual, esta que se relaciona com a atração emocional, sexual e afetiva por outras pessoas. Dessa maneira, optei por estudar, nesta pesquisa, a parcela da população que se identifica com o gênero oposto, e encontra-se em situação mais vulnerável, as mulheres transexuais e travestis.

Nesse contexto, o debate acerca das condições de encarceramento de pessoas transexuais e travestis – que rompem os limites socialmente estabelecidos para os gêneros - em um sistema binário de leis e instituições, baseadas apenas no sexo biológico da pessoa, se torna um tema de extrema importância. São poucas as produções acadêmicas a respeito dessa parcela da população encarcerada, temos poucos dados, poucos instrumentos normativos e uma grande dificuldade de implementação de políticas públicas por parte do Estado, o que gera uma maior invisibilização desse grupo que já é socialmente vulnerável; o Brasil é o país que mais mata transexuais no mundo, segundo Relatório da Organização Não Governamental (ONG) *Transgender Europe* – TGEu (TGEu, 2016).

O objetivo do presente trabalho é justamente oferecer um maior debate sobre essa questão no meio acadêmico, contribuindo, de alguma forma, com o avanço das construções jurisprudenciais e com adequação das leis e políticas públicas a uma sociedade não binária.

O interesse pelo tema surgiu em uma conversa com um colega de trabalho a respeito de uma notícia sobre decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que havia determinado a transferência de duas travestis para um presídio compatível com a

orientação sexual delas. A partir da leitura da notícia começamos a refletir sobre os possíveis problemas enfrentados pelas mulheres transexuais e travestis encarceradas nos presídios masculinos, e as possíveis soluções para o caso. Por meio dessa conversa percebi que o Poder Judiciário está enfrentando um grande desafio, pois de um lado temos uma legislação omissa e incapaz de garantir um tratamento digno a essas pessoas, e, por outro lado, temos uma legítima demanda social, que é urgente, e que busca a garantia de dignidade da pessoa humana isonômica e materialmente.

Para a elaboração da pesquisa, inicialmente realizei uma revisão bibliográfica a respeito de assuntos que formaram a base para as discussões que serão posteriormente apresentadas. Assim, no primeiro capítulo apresento a construção histórica dos conceitos de gênero e identidade de gênero, bem como reflexões a respeito da transexualidade e da travestilidade, como construções autônomas.

No segundo capítulo apresento alguns dos principais instrumentos normativos internacionais e nacionais a respeito do tema, e identifico pontos contraditórios e omissos de tais instrumentos em contrapartida com uma crescente preocupação da sociedade em atender às reivindicações de movimentos sociais.

No terceiro capítulo, com o objetivo de refletir sobre os objetivos e limites da pena e do direito penal, e a fim de verificar se as transexuais e travestis estão sofrendo penas injustas e desproporcionais, destaco a evolução das teorias da pena ao longo do tempo, e apresento uma reflexão a respeito da aplicação da pena no Brasil

No quarto capítulo, em complementação aos estudos das teorias da pena, realizo uma revisão a respeito da criminologia crítica e queer, e, por fim, da mobilização do direito pelos movimentos sociais.

Já no quinto capítulo, realizo uma reflexão mais específica sobre as condições de encarceramento das transexuais e travestis no Sistema Penitenciário do Distrito Federal. Por meio de análise de conteúdo, a partir do estudo de um pedido de Habeas Corpus, identificado pelo processo número 201801110063380, impetrado perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), busco fazer reflexões sobre as dificuldades e possibilidades de atuação do Estado, principalmente do Poder Judiciário.

CAPÍTULO 1 IDENTIDADE DE GÊNERO

O conceito de Gênero, no ano de 1955, ganhou destaque no meio acadêmico quando John Money, doutor de psicopediatria do Hospital Universitários Johns Hopkins, em seus estudos a respeito da redesignação sexual de pessoas intersexuais (portadoras da chamada genitália ambígua), separou a concepção de gênero e genital, entendendo-as como distintas (BENTO, 2006).

Money defendeu que o genital não poderia ser um fator decisivo no tratamento da “reorientação de gênero” (BENTO, 2006), pois, para ele, o gênero não era algo que nascia em conformidade com um sexo ou outro, e sim algo que seria aprendido pela pessoa, e, portanto, tanto o gênero, quanto a identidade sexual seriam modificáveis até os 18 (dezoito) meses de idade. Surgiu, então, um saber médico específico para a experiência identitária da transexualidade; o que levou a diversas tentativas de se estabelecer procedimentos médicos para determinar se uma pessoa que se diz transexual realmente é.

Em paralelo às pesquisas de John Money, vários movimentos sociais começaram a demandar estudos dentro das universidades, surgindo, assim, estudos culturais, negros, estudos das mulheres, e, mais tarde, devido aos movimentos gays e lésbicos, os estudos de gênero.

Até esse momento, ainda não havia uma clara distinção teórica entre a identidade de gênero e a sexualidade, o que só veio a ocorrer com o trabalho de Gayle Rubin. A autora afirmou, em seus estudos, que todas as pessoas teriam a sua sexualidade e identidade de gênero organizadas em conformidade com as regras de uma culturalização da sexualidade biológica, o que geraria uma heterossexualidade compulsória. E a partir dessa premissa, Rubin defendeu a necessidade de separar analiticamente a sexualidade e o gênero (BENTO, 2006).

Com o questionamento da identidade do “ser homem” e do “ser mulher”, e, também, dos pressupostos universalizantes e naturalizados que definem esses “ser”, surgiu, então, o movimento teórico e social, conhecido como “Teoria Queer”. Esse movimento, que surgiu a partir dos trabalhos de filósofos e sociólogos como Michel Foucault e Judith Butler, era pautado nas diferenças e evidenciou limites teóricos de

um construtivismo fundamentado no binarismo, problematizando o heterossexismo generalizado e a vinculação entre gênero, sexualidade e subjetividade. A Teoria Queer não procurava a inclusão dos “queers” na sociedade, e sim a transformação dessa sociedade para que não existissem parâmetros ou estereótipos de normalidade lutando contra a classificação e a padronização das identidades.

O movimento se organizou a partir de alguns pressupostos, dos quais podemos citar, como exemplo, o caráter performativo das identidades de gênero (BENTO, 2006). Esse pressuposto é bem explicado por Butler, que considera que o sexo e o gênero são síntese de construções socioculturais que decorrem da vontade dos sujeitos de se ajustarem – ou pelo menos tentarem – às normas sociais (BUTLER, 2003). A autora defende que o gênero é performativo, pois é estabelecido por formas de agir que estão vinculadas à feminilidade e à masculinidade.

Assim, para a Teoria Queer, gênero nada mais é do que repetidos atos que se estabelecem coletivamente como expressões da identidade de gênero. Ao serem repetidos cotidianamente, esses atos ganham o status de naturais e universais. Segundo Butler, agir como um homem ou como uma mulher é colocar em prática um conjunto de verdades que se acredita estarem fundamentadas na natureza:

[...] o gênero é o aparato através do qual tem lugar a produção e normalização do masculino e do feminino junto com as formas intersticiais hormonais, cromossômicas, psíquicas e performativas que o gênero assume. (BUTLER, 2006, p. 70).

Berenice Bento, socióloga brasileira e referência nos estudos recentes de gênero, nessa mesma direção, e ancorada na teoria queer, afirma que “o gênero adquire vida através das roupas que compõem o corpo, dos gestos, dos olhares; ou seja, de uma estilística definida como apropriada” (BENTO, 2008, p. 43). Essa estilística, segundo a autora, se relaciona com um corpo que reflete o sexo, e esse corpo já é sexuado antes mesmo de nascer. Quando se descobre o sexo de um bebê, o seu corpo imediatamente já é inserido em um campo discursivo; uma rede de expectativas e suposições sobre o seu futuro é criada, produzindo, assim, masculinidades e feminilidades, que se condicionam ao órgão sexual.

Ao nascer, esse bebê é apresentado a uma única possibilidade de construção de sentido identitário para sua sexualidade e gênero – a heterossexualidade -, e o que

foge desse modelo é considerado como um comportamento estranho, digno de atenção. As performatividades de gênero que se articulam foram dessa “normalidade idealizada” são analisadas como identidades transtornadas (BENTO, 2008, p. 45).

A Teoria Queer, dessa maneira, aponta que o gênero não é uma verdade biológica, mas sim um sistema de captura social das subjetividades de como a pessoa se sente e de como ela deveria se sentir, e a distância entre esses sentimentos.

As pessoas transexuais e travestis rompem e cruzam os limites estabelecidos socialmente para os gêneros; são uma expressão identitária que releva divergência com as normas de gênero, já que estas se fundamentam no dimorfismo e na heterossexualidade, sendo este, pois, o próprio limite de tais normas (BENTO, 2008).

Esses sujeitos escapam do processo de produção dos gêneros inteligíveis - “que são aqueles que, em certo sentido, instituem e mantêm relações de coerência e continuidade entre sexo, gênero, prática sexual e desejo” (BUTLER, 2003), desobedecem às normas de gênero, e, por isso, refletem novas possibilidades de transformação dessas normas.

A transexualidade e a travestilidade se relacionam com a capacidade que o sujeito tem de construir novo sentido para o que é masculino e o que é feminino. Elas se relacionam com a reivindicação do gênero em discordância com o corpo-sexuado, “não só questionam normas de gênero estabelecidas, mas ajudam a criar novos padrões de gêneros que podem vir a ser repetidos” (LEITE, 2011, p. 125).

Muito embora tenha havido, historicamente, uma tentativa de diferenciação dos conceitos clínicos de travestilidade e transexualidade, com o objetivo de nomear distintamente as duas categorias, elas, em muitos momentos, podem ser apresentadas como sinônimos, não existindo ainda uma uniformidade científica no sentido de diferenciar essas duas expressões de gênero.

Tentar estudar as duas categorias como se fossem standartizadas se torna impossível, tendo em vista o conflito de identidade ou identificação entre os próprios sujeitos trans, (LEITE, 2011) e a fluidez das identificações. Uma pessoa que em algum momento se identifique como homossexual, por exemplo, pode, em outro momento da vida, se identificar como um travesti, ao mesmo tempo que se apresenta como transexual. Situação que demonstra a complexidade da ressignificação, e que também pode ser

entendida até mesmo como uma estratégia distintiva; afinal, em nossa sociedade, as pessoas que são reconhecidas como travestis são associadas à marginalização e prostituição no imaginário social e na cultura popular (LEITE, 2011 p. 195).

Pesquisa realizada por Jorge Leite (2011) demonstra não haver limites claros entre as próprias pessoas que se auto definem como transexuais ou travestis. O que existem são os discursos da psiquiatria, psicologia e psicanálise, campos de saberes que organizam e justificam socialmente terapias, encarceramentos e até mesmo legislações.

Especificamente em relação à transexualidade, Berenice Bento afirmar que existem dois tipos de discursos: um que parte da psicanálise, e outro que se baseia na estrutura biológica, mas ambos concluem, resumidamente, que a pessoa transexual é aquela que não se identifica com o seu corpo. Porém, a autora defende que existe uma pluralidade de identidades, e, conseqüentemente, uma pluralidade de conflitos entre corpo, subjetividade e sexualidade vividos pelas pessoas transexuais.

Não há, assim, uma rejeição linear pelos transexuais aos seus corpos, existindo, inclusive, segundo a autora, uma construção muito positiva da autoimagem para muitos. Dessa maneira, não necessariamente o transexual buscará a cirurgia de redesignação sexual ou terapias de substituição hormonal, o que torna bastante confusa a diferenciação dessas identidades.

Berenice Bento, no início de seus estudos, usava a palavra “transgênero” como um termo guarda-chuva - um termo capaz de se referir a todas as marcações de gênero. Contudo, ela percebeu que tal termo, em suas próprias palavras, retroalimenta concepções universalizantes, apagando as diferenças.

Assim como dizer “homem” para se referir a sujeitos masculinos e femininos, utilizar a palavra “transgênero” torna invisíveis as diferenças, além de ser pouco útil no entendimento dos sentidos que os sujeitos atribuem às suas existências generificadas (BENTO, 2017).

A conclusão a que se chega é que precisamos respeitar a autodeterminação de gênero da pessoa, sendo muito problemática a adoção de critérios externos para definir quais indivíduos fazem ou não parte dessa população. Seja ela mulher cis, transexual, não trans heterossexual ou travesti; é a autodeterminação que deve ser utilizada como critério para identificação do gênero.

Relevante destacar que a realização de procedimentos estéticos ou cirúrgicos - ou até mesmo da vontade de a eles se submeter - e a alteração do registro social não são condições indispensáveis para se reconhecer a travestilidade ou a transexualidade. A diferenciação entre uma mulher transexual e uma mulher travesti se dá apenas em relação à autodeterminação da própria pessoa em relação à sua identidade. A pessoa travesti não se entende propriamente nem como “homem”, nem como “mulher”, entende-se como travesti, ao contrário da pessoa transexual, que quer ser reconhecida de acordo com o gênero com o qual se identifica.

Nesse sentido, muito embora exista essa multiplicidade de expressões de gênero – que ocorre inclusive por diferenças sociais e econômicas -, há um ponto comum entre as transexuais e as travestis: ambas possuem uma percepção interna de si e uma experiência pessoal perante as construções sociais do que é masculino e feminino, bem como um modo de se reconhecer e ser reconhecida fora do sistema binário. Ambas, por livre escolha, podem ou não se valer de modificações na aparência, na função corporal, nas vestimentas, modo de falar ou nos maneirismos, e, independente da maneira como se apresentam esteticamente perante a sociedade, é a autodeterminação da pessoa em relação a sua própria identidade que irá definir se ela é transexual ou travesti.

Considerando essa grande dificuldade de categorização, para a realização deste trabalho, foi necessária a adoção de critérios visando definir, com clareza, o objeto do estudo. Assim, o presente trabalho entende gênero como uma produção discursiva que é evidenciada por aspectos sociais e temporais, sendo, portanto, dinâmica e variável. E entendemos identidade de gênero como o sentimento de pertencimento e de vinculação ao universo feminino ou masculino, sendo uma vivência individual; a qual pode ou não corresponder ao sexo da pessoa.

Importante ressaltar que a orientação sexual não deve ser confundida com a identidade de gênero: aquela possui categorias como heterossexual, bissexual, assexual, pansexual ou pessoas não binárias. Se relacionam com atração emocional, afetiva e sexual por outras pessoas, e justamente por não se relacionarem com a identidade de gênero, essas categorias não são abrangidas pelo presente estudo.

Dentro da identidade de gênero podemos nos referir à pessoa cisgênera, que possui uma correspondência entre o sexo assignado no nascimento e a sua vivência

de gênero, e a pessoa transgênero. A transgeneridade, como já discutido anteriormente, pode ou não se relacionar com a vontade de modificação da aparência, com expressões em relação à vestimenta ou modo de falar.

Nessa última classificação há, então, a mulher travesti – que possui uma identidade de gênero autônoma, fora do binarismo feminino/masculino, mas que não necessariamente se identifica com o gênero oposto ao que lhe foi atribuído; apresentando, contudo, expressão de gênero predominantemente feminina e devendo ser tratada como pertencente ao gênero feminino. E há, também, a mulher transexual, que, por sua vez, além de possuir expressão de gênero predominantemente feminina, reivindica o pertencimento ao gênero oposto. É importante, contudo, ressaltar que essa classificação não deveria gerar distinções discriminatórias, sendo, ambas as classificações, designar o ser mulher.

Assim sendo, sem desconsiderar a fluidez das vivências de gênero e a autodeterminação como critério de identificação de gênero, a opção, nesse trabalho, seguindo a lição de Berenice Bento (2017), foi de manter o uso das palavras transexual e travestis, e não do termo transgênero, demonstrando o reconhecimento das diferenças entre as duas vivências, bem como a necessidade de proteção adequada (e diferente) para cada uma delas.

Importa ainda acrescentar que, embora já haja o reconhecimento da fluidez das vivências de gênero entre os estudiosos, segundo Zamboni, “há flagrante descompasso entre as categorias de identidade utilizadas pelo Estado (em diálogo com os movimentos Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais, Travestis E Transgêneros, Queer, Intersexuais - LGBTQI) e as formas como esses sujeitos se identificam e se diferenciam uns dos outros em termos de gênero e sexualidade” (ZAMBONI, 2017, p.97).

O autor, em trabalho de campo realizado em um Centro de Detenção Provisória masculino (2016), identificou que os critérios que poderiam definir os indivíduos que fazem parte da população LGBTQI são muito problemáticos:

As formas como as pessoas se apresentam na prisão não correspondem muito facilmente às identidades cristalizadas nas letras da sigla LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais). Antes de mais nada, porque a lógica de separação entre identidade de gênero e orientação sexual muitas vezes não faz sentido nesse

contexto. Homossexual e travesti, por exemplo, podem não ser identidades mutuamente excludentes. Além disso, há personagens como maridos de travesti e mariconas que dificilmente se veriam como parte de uma população LGBT, mas que podem ser beneficiários de políticas públicas específicas, como alas especiais e prevenção a DSTs¹ (2016, p. 16).

Além disso, nossas instituições estatais - como o sistema penitenciário, por exemplo -, se organizam com base em um padrão binário e heteronormativo, o que gera uma maior invisibilização das pessoas transexuais e travestis. Soma-se a essa divisão estrutural binária, segundo Zamboni (2016), o fato já evidenciado de que a divisão entre orientação sexual e identidade de gênero é completamente artificial, e as identidades cristalizadas na sigla LGBTQI fazem pouco sentido, frente a fluidez da autoidentificação.

As travestis e as transexuais, por desafiarem as normas e construções sociais, acabam desafiando também a própria atuação do Estado, que ainda ignora a fluidez e a complexidade da multiplicidade de expressões de gênero.

A Resolução Conjunta da Presidência da República e do Conselho Nacional de Combate à Discriminação nº 1, de 15 de abril de 2014, por exemplo, define que transexuais são pessoas psicologicamente de um sexo, mas anatomicamente de outro, e rejeitam o próprio órgão sexual biológico. Por outro lado, define as travestis como “as pessoas que pertencem ao sexo masculino na dimensão fisiológica, mas que socialmente se apresentam no gênero feminino, sem rejeitar o sexo biológico” (BRASIL, 2014). Tais definições, por exemplo, não estão de acordo com as teorias apresentadas no presente trabalho, e, muito embora a resolução seja considerada um avanço na luta pelos direitos da população de transexuais e travestis, ela ainda é inadequada.

Existe, inclusive, em curso a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº 527 (STF, ADPF nº 527, online), impetrada pela Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – ABGLT, que pleiteia modificações de alguns pontos do texto da Resolução.

O arguente dessa ação requer que o Supremo Tribunal Federal - STF ofereça interpretação aos artigos 3º, §1º, §2º e §4º, parágrafo único, da Resolução, conforme a Constituição Federal, para assentar que as custodiadas travestis, identificadas

¹ Doenças Sexualmente Transmissíveis (DST)

socialmente com o gênero feminino, possam optar por cumprir pena em estabelecimento prisional do gênero feminino ou masculino, e que as custodiadas transexuais somente possam cumprir pena em estabelecimento prisional compatível com o gênero feminino.

Tal descompasso entre a realidade, as normas e as instituições brasileiras é só mais um exemplo da inconsistência da atuação do Estado na proteção dos direitos dos transexuais e travestis, e suas consequências serão ainda mais evidenciadas no decorrer do presente trabalho. A identidade de gênero é parte essencial da personalidade da pessoa humana, e compõe os direitos de personalidade e de dignidade, os quais o Estado deve, de maneira urgente, proteger, por meio da elaboração e implementação de políticas públicas, pois os transexuais e travestis têm sofrido lesões a esses direitos constantemente, o que contraria o Estado Democrático de Direito e os valores fundamentais da República.

CAPÍTULO 2 INSTRUMENTOS NORMATIVOS

O marco inicial, no Brasil, da legislação relativa ao direito de personalidade voltada especificamente à população LGBTQI, aconteceu em 1975, quando uma mulher transexual, que já havia se submetido à cirurgia de mudança de sexo, fez um requerimento de modificação de seu registro civil em relação ao nome e também ao gênero. O seu pedido, naquela época, não só foi indeferido, como também foi oferecida uma ação penal contra o médico que havia realizado a cirurgia, que até então era vedada no país. (CANHEO, apud MONICA; MARTINS, 2017, p. 309).

A partir disso as questões de gênero e da cirurgia de transgenitalização passaram a ser discutidas em alguns projetos de lei, como, por exemplo, no Projeto de Lei nº 1.909-a/1979, que visava a proteção dos médicos que realizassem a cirurgia; e, posteriormente, no Projeto de Lei nº 5.002/2014, que procurou garantir o direito do indivíduo de ter a sua identidade de gênero reconhecida, independentemente de uma identificação de patologia ou de realização de cirurgia de mudança de sexo.

Contudo, no que se refere ao âmbito penal, são poucas as leis que garantem a defesa da dignidade da população LGBTQI, e também são poucos os estudos e dados disponíveis em relação à essa população encarcerada, o que demonstra um descaso institucionalizado que exclui, estigmatiza e violenta as identidades e as vivências da população trans.

Nesse capítulo serão apresentados alguns instrumentos internacionais que se relacionam com o tema (Regras de Nelson Mandela e os Princípios de Yogyakarta), e instrumentos nacionais (Constituição Federal, Lei de Execuções Penais, a lei sobre os crimes de abuso de autoridade, e, por fim, a Resolução Conjunta nº1, de 2014).

No âmbito das legislações internacionais, temos as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos, conhecida como Regras de Nelson Mandela, da Organização das Nações Unidas (ONU). Tais regras pretendem estabelecer “bons princípios e práticas no tratamento dos reclusos e na gestão dos estabelecimentos prisionais” (ONU, 2016). Vamos, aqui, destacar algumas delas, que se relacionam mais diretamente com o objeto da pesquisa.

A primeira regra estabelece que os presos devem ser tratados com “o respeito inerente ao valor e dignidade do ser humano” (ONU, 2016), de maneira que nenhuma pessoa presa seja submetida a tortura ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. A segunda regra prevê o tratamento dos presos com imparcialidade, sem que haja discriminação por qualquer motivo, e prevê a atenção das administrações prisionais às necessidades individuais de cada recluso, principalmente daqueles que se encontrem em situação de maior vulnerabilidade.

A quarta regra pontua que os objetivos de uma pena de prisão devem ser, prioritariamente, “proteger a sociedade contra a criminalidade e reduzir a reincidência” (ONU, 2016), e ressalta que tais finalidades só serão atingidas se houver a preocupação de reintegração dos presos na sociedade.

Já a sétima regra prevê que devem ser anotadas, na admissão da pessoa presa, informações precisas que permitam a sua identificação, respeitando a auto atribuição de gênero.

Por fim, a décima primeira regra estabelece que:

as diferentes categorias de presos devem ser mantidas em estabelecimentos prisionais separados ou em diferentes setores de um mesmo estabelecimento prisional, levando em consideração seu sexo, idade, antecedentes criminais, razões da detenção e necessidades de tratamento (ONU, 2016).

Contudo, é importante ressaltar que o gênero e a autodeterminação devem ser levados em conta ao se analisar essas diferentes categorias.

Os Princípios de Yogyakarta, outra legislação internacional que destaco no presente trabalho, foi resultado uma conferência realizada em 2006, na Indonésia, que objetivava guiar os Estados na aplicação de uma legislação internacional relativa à orientação sexual e diversidade de gênero. O documento apresenta normas jurídicas internacionais vinculantes, a serem cumpridas por todos os Estados participantes.

Dentre os princípios previstos, está o de garantia de direito a tratamento humano digno durante a detenção – nono princípio -, levando-se em conta conceitos essenciais, como orientação sexual e identidade de gênero.

São sete orientações sobre as obrigações e os objetivos dos Estados em relação à tal princípio. A primeira delas é a de “garantir que a detenção evite uma

maior marginalização das pessoas motivada pela orientação sexual ou identidade de gênero, expondo-as a risco de violência, maus-tratos ou abusos físicos, mentais ou sexuais”. A segunda recomendação estabelece o dever dos Estados em fornecer acesso adequado aos recursos médicos, inclusive relacionado a tratamentos de redesignação de sexo/gênero, se desejado.

Ainda há a recomendação de que os detentos e detentas participem das decisões que se refiram ao local de detenção adequado à sua identidade de gênero e orientação sexual.

A próxima orientação prevê a implantação de medidas de segurança para presos vulneráveis por conta de orientação sexual e identidade ou expressão de gênero, mas ressalta que tais medidas não podem implicar em maiores restrições de direitos do que aquelas que são impostas à toda população prisional.

Por fim, ressalto as orientações que estabelecem que as visitas conjugais devem ser asseguradas igualmente a todas as pessoas, independente do gênero de seu parceiro ou parceira; e que o Estado deve implantar programas para treinar e conscientizar os servidores que estão envolvidos com as instalações prisionais em relação aos princípios de não discriminação, principalmente relativos à identidade de gênero e à orientação sexual.

Entre os instrumentos protetivos nacionais, destaco aqui a Constituição Federal, de 1988, que dispõe, em seu artigo 5º, inciso XLVIII, que “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”.

Ressalto, também, a Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal (LEP), que estabelece as responsabilidades pela execução da pena e a sua fiscalização, instituindo também formas de assistência oferecidas à população carcerária.

Assim, a lei prevê, em seu artigo 1º, que a fase de execução penal objetiva não só efetivar as disposições da sentença, como também proporcionar condições para uma integração social harmônica do condenado, sendo assegurados todos os seus direitos que não tenham sido atingidos pela condenação. A LEP, nesse mesmo

sentindo, também prevê que o Estado tem o dever de assistir o preso, com o objetivo de prevenir o crime e orientando o seu retorno à convivência em sociedade.

A lei prevê também, como direito dos custodiados, e dever do Estado, a assistência material, educacional, jurídica, social, religiosa, assistência à saúde, e ao egresso.

O seu artigo 40 versa ainda sobre o dever das autoridades em respeitarem a integridade física e moral dos indivíduos encarcerados e, no artigo 41, esclarece os direitos do preso. Entre eles, ressaltamos a garantia ao vestuário (inciso I) e o direito à igualdade de tratamento entre os presos, “salvo quanto às exigências da individualização da pena” (inciso XII, BRASIL, 1984).

Por fim, destaco o artigo 82, inciso §1º, da LEP, que prevê o recolhimento da mulher em estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal; e o artigo 83, inciso 3º, que prevê que tais estabelecimentos “deverão possuir, exclusivamente, agentes do sexo feminino na segurança de suas dependências internas”.

Por sua vez, a Lei 13.869, de 5 de setembro de 2019, que dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade, cometidos por agentes públicos, que, no exercício de suas funções, abuse do poder que lhe tenha sido atribuído. Tal lei prevê, em seu artigo 21, que está sujeito a pena de detenção de 1 a 4 anos e multa a pessoa que “manter presos de ambos os sexos na mesma cela ou espaço de confinamento”.

E, por fim, a Resolução Conjunta nº1, de 15 de abril de 2014, da Presidência da República e Conselho Nacional de Combate à Discriminação nº. 1, de 15 de abril de 2014 (nº. 74, Seção 1, pag. 1), que dispõe sobre os direitos da população LGBTQI no sistema prisional brasileiro, estabelecendo parâmetros de acolhimento dessa parcela da população em privação de liberdade.

A Resolução dispõe de 12 (doze) artigos que reconhecem legalmente a identidade de gênero e orientação sexual, bem como outros importantes direitos que tutelam a vida da população LGBTQI que cumpre pena privativa de liberdade em suas diversas modalidades.

Consta na referida Resolução que “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” (art.

3º). A Resolução também define que esses espaços “não devem se destinar à aplicação de medida disciplinar ou de qualquer método coercitivo (art. 3º, § 1), e que a “transferência da pessoa presa para o espaço de vivência específico ficará condicionada à sua expressa manifestação de vontade (art. 3º, §2).

No art. 4º, a Resolução estabelece que “as pessoas transexuais masculinas e femininas devem ser encaminhadas para as unidades prisionais femininas, e, no art. 5º, que “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”.

São assegurados ainda o direito à visita íntima, à formação profissional e educacional nas mesmas condições das outras pessoas presas, e a atenção integral à saúde, incluindo, ainda, a manutenção de tratamento hormonal ao qual, porventura, a pessoa esteja se submetendo, bem como o acompanhamento de saúde específico.

Ao se analisar os instrumentos normativos aqui apresentados, pode-se perceber que tem havido uma crescente preocupação de entidades internacionais, e, também, nacionais, em relação à precariedade da situação das pessoas presas que fogem ao padrão binário, e que rompem com a atual realidade do sistema prisional. Tal avanço vai ao encontro do que Masiero afirma em seu estudo (2018): “as leis são o resultado de uma correlação de forças políticas em um dado momento histórico da sociedade”, pois, nos últimos anos, têm havido uma intensa luta de movimentos sociais que buscam a alteração das leis para garantir a dignidade e igualdade de grupos historicamente e culturalmente marginalizados.

Hoje, por exemplo, o Estado já reconhece algumas das reivindicações dos transexuais; as cirurgias de redesignação sexual, por exemplo, já são permitidas no Brasil, assim como a alteração do nome e gênero no registro civil, independente da realização da cirurgia (RE 670422, Rel. Ministro Dias Toffoli). Tais exemplos demonstram que, ainda que em uma lenta e insuficiente velocidade, a nossa legislação está se alterando, impulsionada pelas transformações que vem ocorrendo na nossa sociedade, na qual existe uma multiplicidade de expressões de gênero, que rompem com o binarismo masculino e feminino.

A maioria dos instrumentos normativos aqui citados tem um ponto em comum: procuram garantir um tratamento digno à pessoa presa. Algumas convergem também ao prever a vulnerabilidade das pessoas LGBTQIs e ao prever que o respeito à autodeterminação de gênero é fundamental para a garantia de direitos desses sujeitos.

Contudo, o sistema penitenciário brasileiro ainda é estruturado sobre um padrão binário e heteronormativo, e, por isso, as nossas unidades prisionais têm um gênero, são femininas ou masculina, não podendo ser as duas coisas. É o que prevê a CF e a Lei de Abuso de autoridade, por exemplo. Consequentemente, os sujeitos que estão encarcerados também devem ter um gênero bem definido (CUNHA, 2007). Assim, o que fazer “quando sujeitos reconhecidos pelo Estado como femininos habitam espaços que deveriam ser exclusivamente masculinos? (ZAMBONI, 2016).

Assim, embora haja um avanço no reconhecimento dos direitos das pessoas LGBTQI, leis como a própria Constituição, a LEP e a Lei de Abuso de Autoridade ainda são omissas em relação à questão de gênero, se referindo apenas ao sexo dos apenados. Além do mais, segundo o Relatório produzido pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos em 2019, nomeado de “LGBT² nas prisões do Brasil: um Diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento”³, ao mesmo tempo em que o Estado e as políticas públicas estão avançando no reconhecimento de tais direitos, tem havido um aumento de notícias e de denúncias sobre violências discriminatórias sofridas por essa população, o que demonstra o quão necessário e urgente é a discussão do tema e a modificação da legislação, a fim de garantir o tratamento digno de todos os sujeitos que venham a ingressar no nosso sistema penitenciário.

² Sigla que designa Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros, desde a década de 1990.

³ <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/todas-as-noticias/2020-2/fevereiro/TratamentopenaldepessoasLGBT.pdf>. Acesso em 10/02/2020.

CAPÍTULO 3 OBJETIVOS E LIMITES DAS PENAS

A pena é definida por Luigi Ferrajoli (2002) como o “poder de uma comunidade política qualquer de exercitar uma violência programada sobre um de seus membros”. Segundo o autor, a justificação da pena é um problema clássico, que envolve questões como “quando punir”, “como punir” e “por que punir”.

Para compreender de maneira mais clara a sanção penal, de acordo com Cezar Roberto Bitencourt (2018), devemos analisá-la considerando o modelo socioeconômico e a forma de Estado em que o sistema sancionador se desenvolve.

Para o autor, determinada teoria de Estado corresponderá a uma determinada teoria da pena, que atribuirá à pena uma certa função. Contudo, a teoria de Estado é diretamente influenciada pelo contexto social, cultural e político da sociedade; assim, a teoria da pena, e conseqüentemente a finalidade/função da pena, também vão se relacionar com um contexto político, ideológico e sociocultural.

Ferrajoli, em encontro a essa ideia, acrescenta a que:

[...] os vários modelos de justiça penal correspondem às diversas culturas e subculturas que, de qualquer maneira, agem na práxis de cada ordenamento, independentemente do sistema de garantias adotado, seja em nível político e legislativo, seja em nível de prática judiciária, ou, ainda, nas manifestações da opinião pública”. (FERRAJOLI, 2002, p.190).

Dessa maneira, conclui-se que várias podem ser as compreensões da teoria da pena, teoria esta que passou por significativas mudanças ao longo da evolução do Direito Penal, e do próprio Estado Brasileiro.

Ao longo do tempo, houve uma transição das concepções retributivas da pena para teorias unificadoras, e em seguida para teorias utilitaristas, mais modernas, preventivas gerais ou especiais. Segundo Bitencourt, as vertentes mais importantes são: as teorias absolutas, as teorias relativas (prevenção geral e prevenção especial), as teorias unificadoras ou ecléticas, e as modernas teorias da pena.

3.1 Teorias da Pena

3.1.1 Teorias absolutas

As teorias absolutas da pena ganharam vida no Estado absolutista, no qual havia uma identidade entre o Soberano e o Estado. Havia também a crença de que o poder do soberano era concedido diretamente por Deus, de maneira que existia uma grande influência da religião em todos os aspectos da sociedade. Dessa forma, aquele que agia contra o soberano, estaria agindo contra o próprio Deus, e, por isso, deveria ser castigado (BITENCOURT, 2018).

Para Ferrajoli (2002), as teorias absolutas se baseiam em três ideias fundamentais de caráter religioso: vingança, expiação e reequilíbrio entre pena e delito. Essas teorias concebem a pena como um fim em si própria, sendo ela um castigo que é reação e retribuição do crime, justificada por seu valor axiológico. A pena, segundo o autor, não é um meio ou um custo, e sim um dever ser metajurídico que possui o seu fundamento em si.

Nesse mesmo sentido, para Bitencourt (2018), essa teoria apresenta uma visão retributiva da pena, pois foca no delito já ocorrido, sendo uma resposta estatal ao mal cometido. A pena está completamente desvinculada de qualquer fim socialmente útil e constatável, e é concebida como um castigo, uma retribuição ao mal que foi causado por meio do delito. O autor também defende que a imposição da pena é justificada por seu valor axiológico intrínseco de punir o fato passado, e não como meio para alcance de fins futuros.

Com o mercantilismo, ocorre uma revisão da concepção de Estado, que passa a ter como base a teoria do contrato social. O Estado burguês passa a ser considerado como expressão soberana do povo, de maneira que não faz mais sentido a pena fundamentada na identidade entre Deus e o soberano, religião e Estado, como ocorria no absolutismo (BITENCOURT, 2018).

É nesse contexto que, ainda dentro de uma teoria absolutista, a pena passa a ser entendida como a forma do Estado punir aquele indivíduo que contrariar o contrato social, tendo o objetivo de realizar a justiça, mantendo, contudo, o seu caráter retribucionista (BITENCOURT, 2018).

Ferrajoli (2002) propõe uma divisão das teorias absolutistas em dois grandes grupos: um que possui como parâmetro o valor moral, e outro no qual o valor jurídico conferido à retribuição penal é utilizado como parâmetro. As concepções que defendem a “retribuição ética”, segundo Ferrajoli, associam um desvalor moral ontologicamente associado ao delito. Já as concepções que consideram a pena como “retribuição jurídica”, conferem um valor ético não só às penas, como também à própria ordem jurídica .

Para Bitencourt, a principal contribuição das teorias absolutas de caráter retribucionista está no estabelecimento de limites ao Estado para a imposição da pena. O princípio da retribuição, ou da condição que a pena tem de ser consequência do delito, é a primeira garantia do direito penal, pois o caráter retributivo da pena – que garante que o sujeito só será punido pelo que se fez, e não pelo que se é -, é útil na medida em que exclui a punição do inocente, ainda que ele seja considerado mau, desviado ou perigoso. E, por causa desse princípio, a pena não é uma medida preventiva, *ante delictum*, mas sim uma sanção retributiva, *post delictum* (FERRAJOLI, 2002).

Por outro lado, apesar da grande contribuição de tais teorias absolutistas para a justificação da pena, alguns autores consideram que elas confundiram o fim geral justificador da pena (legitimação externa – por que castigar) com a distribuição da pena (legitimação interna – quando castigar). Quando a sanção penal possui o fim de retribuir o mal causado pelo delito, fica sem resposta a questão “por que está justificado castigar”, o que permite a legitimação de sistemas autoritários de direito penal máximo (BITENCOURT, 2018).

Nessa mesma direção, Ferrajoli afirma que a confusão das teorias absolutistas se deu pela não distinção entre a razão legal e a razão judicial da pena, ou, em outras palavras, entre a finalidade da legislação penal e a motivação que leva à imposição da pena. Para o autor, a questão de o “porquê punir” (legitimidade externa da pena) foi trocada pela questão “como punir” (legitimação interna), e isso se deu pela mistura entre o direito e a moral, entre a validade e a justiça, entre a legitimação interna e a justificação externa. Ferrajoli afirma ainda que as doutrinas retributivas não conseguem fornecer uma resposta à pergunta “por que proibir?”, que, na verdade, constitui pressuposto lógico da pergunta “por que punir?”.

3.1.2 Teorias relativas

As teorias relativas, também conhecidas como utilitaristas ou preventivas, se desenvolveram a partir do pensamento jusnaturalista e contratualista do século XVII, baseadas em um estado de direito fundado em ideais liberais. Essas teorias, por sua vez, justificam a pena como forma de prevenir a prática de um delito, e não como maneira de mera retribuição do fato delitivo cometido. Ou seja, a pena deixa de ter um fim em si mesma – deixa de ter a sua justificação baseada no fato passado -, e passa a ser um meio para se alcançar um fim futuro, que é a prevenção de delitos (BITENCOURT, 2018).

Para Ferrajoli (2002), as teorias relativas apresentam a pena como um meio, e não como um fim (ou uma vingança pelo delito cometido). Essas teorias justificam as penas como meio para a realização de um fim utilitário de prevenção de delitos futuros, e excluem as penas socialmente inúteis. O autor cita quatro finalidades preventivas indicadas pelo utilitarismo penal como forma de justificação da pena: 1) correição do réu; 2) neutralização, colocação do réu em uma situação na qual não possa mais causar mal; 3) dissuadir os outros a imitarem o réu por meio de exemplo da punição; 4) integração disciplinar do réu com os demais, com o conseqüente reforço da ordem, reafirmando valores jurídicos lesados.

Ferrajoli distingue duas versões da teoria utilitarista, que se diferenciam pelo tipo de finalidade utilitária atribuída à pena e ao direito penal. A primeira versão, chamada de “prevenção geral”, equipara a finalidade “à máxima utilidade possível garantida à maioria formada pelos não desviantes” (FERRAJOLI, 2002, p. 211). Essa versão reporta a finalidade apenas aos interesses da segurança social, que são distintos dos interesses daqueles que suportam a pena, de maneira que fica impossível, para o autor, a avaliação entre os custos e os benefícios da pena. Bitencourt diz, em outras palavras, que o destinatário da prevenção geral é o coletivo social.

A segunda versão, chamada de “prevenção especial”, por sua vez, segundo Ferrajoli, equipara o mínimo sofrimento necessário a ser impingido à minoria formada por deviantes, considerando também os interesses dos destinatários da pena, de maneira que não sofram males extrapenais maiores. Para Bitencourt, essas teorias

têm como base aquilo que o delinquente pode vir a realizar, se não receber o tratamento a tempo, e não aquilo que ele já realizou no passado.

Ferrajoli acrescenta que a prevenção especial:

[...] é uma doutrina sobre os limites do direito penal, consentindo-lhe, pois, a justificação somente se suas intervenções forem limitadas ao mínimo necessário. Se, realmente, a finalidade a ser alcançada contra a repetição de futuros delitos for somente aquela da máxima segurança social, tal fato, por si só, servirá para legitimar, aprioristicamente, os meios máximos, ou seja, as penas mais severas, inclusive aquela de morte, bem como os procedimentos mais antigarantistas, compreendidas a tortura e as medidas policiais mais perversivas e não liberais (FERRAJOLI, 2002, p. 211)

O autor ainda subdivide as teorias preventivas gerais e especiais em positivas e negativas, de acordo com a natureza das prestações da pena, sendo a teoria da prevenção geral negativa a mais antiga delas.

As teorias de prevenção especial negativas estão direcionadas à eliminação ou neutralização do delinquente perigoso, e as teorias de prevenção especial positivas estão dirigidas à reeducação do delinquente (BITENCOURT, 2018).

Ferrajoli acrescenta que essas teorias não se excluem entre si, elas concorrem cumulativamente para a definição do objetivo da pena. O autor diz ainda que o fim da pena, na prevenção especial, relaciona-se diretamente com a personalidade do condenado, corrigível ou incorrigível; de maneira que não importa tanto o crime ou os fatos, e sim o réu e autores dos fatos, que devem ser diferenciados pelas suas características pessoais. A pena não apenas prevenirá novos delitos, como também deverá “transformar as personalidades desviantes por meio de projetos autoritários de homologação ou, alternativamente, de neutralização das mesmas mediante técnicas de amputação e de melhora social” (FERRAJOLI, 2002, p. 214), possuindo, também, um caráter pedagógico.

Já as teorias de prevenção geral negativas apresentam uma função de dissuadir os possíveis delinquentes de práticas de delitos por meio da ameaça de pena. As teorias positivas, por sua vez, apresentam a função de reforçar a fidelidade dos cidadãos à ordem social a que pertencem, possuindo “uma finalidade pedagógica

e comunicativa de reafirmação do sistema normativo, com o objetivo de oferecer estabilidade ao ordenamento jurídico” (BITENCOURT, 2018, p. 218).

Contudo, Ferrajoli afirma que o utilitarismo, embora seja um pressuposto necessário, não é condição por si só suficiente para fundar sistemas garantistas de direito penal mínimo, no plano teórico, pois não consegue ainda responder questões como ‘em que consistem as utilidades trazidas e os danos prevenidos pelo direito penal? Quais são os sujeitos a cuja utilidade nos referimos?’ (FERRAJOLI, 2002, p.210).

3.1.3 Teorias mistas ou unificadoras da pena

As teorias mistas, também conhecidas como unificadoras da pena, procuram englobar, no mesmo fenômeno da pena, os aspectos de retribuição, prevenção geral e prevenção especial. Segundo Bitencourt (2018), aqui há uma clara distinção entre o que se considera o fundamento e o que se entende como fim da pena.

Tais teorias sustentam que a sanção punitiva deve se fundamentar no fato praticado, no delito, e em nada mais. Com isso, fica afastado um dos maiores equívocos das teorias preventivas, qual seja, a prioridade que é dada à justificação externa da pena (porque se pune) sem antes responder à sua justificação interna (quando se pune).

Mir Puig, citado por Bitencourt (2018), afirma que essas teorias atribuíram ao Direito Penal a função de proteção à sociedade, e, a partir daí, pode-se seguir duas diferentes direções. A primeira delas seria conservadora – representada pelo Projeto Oficial do Código Penal Alemão, de 1962, que defende que a proteção da sociedade deve ter como base a retribuição justa, sendo que os fins preventivos desempenhariam apenas um papel complementar. E a segunda direção seria progressista – representada pelo Projeto Alternativo Alemão, de 1966, que define como fundamento da pena a defesa da sociedade (proteção dos bens jurídicos), sendo a retribuição responsável por estabelecer o limite máximo de exigências de prevenção, que impede uma pena maior do que a merecida pelo delito praticado.

Bitencourt conclui, então, que as teorias unificadoras englobam a retribuição e o princípio da culpabilidade como critérios que limitam a intervenção da pena como

sanção jurídico-penal, de maneira que a pena não pode ir além da responsabilidade que decorre do fato praticado.

Em uma segunda etapa na evolução das teorias unificadoras, é proposta por Claus Roxin uma nova teoria, baseada na diferenciação entre o fim da pena – que se impõe na valoração de um caso concreto -, e o fim do direito penal – que deve proteger os bens jurídicos, o livre desenvolvimento do indivíduo, bem como preservar a ordem social (BITENCOURT, 2018).

A partir desse contexto, segundo Bitencourt, Roxin defende que o fim da pena somente pode ser de tipo preventivo – a pena deve prevenir delitos, protegendo, assim, a liberdade individual e o sistema social que justificam as normas penais, englobando tanto a prevenção geral, quanto a prevenção especial. Em outras palavras, a pena deverá, de um lado, atender ao fim de ressocialização, quando possível, e de outro lado, deverá projetar efeitos sobre a sociedade, demonstrando a eficácia da norma penal, e motivando os cidadãos a não a infringir.

Roxin renuncia, ainda, a ideia de retribuição (como fim legítimável ou como fundamento e essência da pena), pois acredita que a pena não possui qualquer essência que seja independente de seus fins. A partir daí, conclui-se que o princípio de culpabilidade se torna secundário, não fundamentando, na teoria unificadora dialética de Roxin, de maneira que a culpabilidade deixa de se relacionar com a retribuição, e passa a exercer o papel de limite máximo da pena quando aplicada ao caso concreto – a duração da pena não pode ultrapassar a medida de culpabilidade.

3.1.4 Modernas teorias: a pena como garantia do acusado

As teorias da prevenção geral positiva limitadora, consideradas por Bitencourt (2018) como modernas teorias, e mais acertadas e adequadas à realidade do ordenamento jurídico brasileiro, possuem uma perspectiva mais garantista. Para o autor, elas acrescentam à discussão a ideia de que a prevenção geral é a expressão limitadora do poder punitivo do Estado, ou seja, uma afirmação razoável do direito no Estado Democrático de Direito.

O Direito Penal é considerado como um meio a mais de controle social, caracterizado pela sua formalização como base democrática. O Estado tem o seu poder punitivo limitado pelos princípios e garantias que são democraticamente reconhecidos pela própria sociedade. Bitencourt afirma que, embora tais teorias possuam uma base preventiva, com vistas ao futuro, elas não abandonam a ideia do princípio da culpabilidade e do fundamento da imposição da pena pelo fato passado.

A pena, aqui, além de prevenir delitos injustos, previne também as punições injustas, tutelando a pessoa do ofendido, e, também, o próprio delinquentes contra reações informais, públicas ou privadas (FERRAJOLI, 2002). O Direito Penal não é o desenvolvimento da vingança, mas a sua própria negação e impedimento, de maneira que a lei penal previne o exercício das próprias razões que o delito expressa – por meio de sua parte proibitiva-, e previne o exercício das próprias razões que a vingança expressa – por meio de sua parte punitiva.

A pena, dessa forma, deve ser imposta dentro dos limites do Direito Penal, de maneira proporcional, por meio de procedimento com todas as garantias jurídico-constitucionais (Bitencourt, 2018). Com a pena, o Estado combate o delito, mas também garante a juridicidade e a formalização do modo social de sancioná-lo.

Além do mais, o Estado não pode invadir a esfera dos direitos individuais do cidadão, ainda que ele tenha cometido algum delito. Princípios como o da intervenção mínima, da proporcionalidade, da ressocialização, da culpabilidade, devem limitar a atuação de um Estado Democrático de Direito, oferecendo não só as garantias ao indivíduo, como também estabilidade ao sistema normativo (BITENCOURT, 2018).

Dessa maneira, pode-se afirmar que há uma dupla função preventiva da pena: a prevenção geral dos delitos e a prevenção geral das penas arbitrárias ou desmedidas, sendo esse segundo objetivo normalmente negligenciado (FERRAJOLI, 2002).

Para Ferrajoli (2002), as finalidades de prevenção das penas informais e/ou desproporcionais e de prevenção do delito são distintas e concorrentes, devendo o Direito Penal ser capaz de maximizar o bem-estar dos não desviantes, e minimizar o mal-estar necessário dos desviantes.

Embora defenda essa minimização do mal-estar do apenado, o autor reconhece que a pena deve ser desagradável, pois só assim conseguiria desenvolver

a sua função preventiva. Além do mais, ser desagradável é característica inerente da pena, afinal ela se impõe coativamente contra a vontade do apenado.

Contudo, a qualidade a quantidade da pena são duas questões essenciais a serem consideradas em um Estado Democrático de Direito, em que a atuação do Estado deve ser limitada pelos direitos individuais e por princípios como da proporcionalidade e outros, citados aqui anteriormente.

Quando a pena é qualitativamente ou quantitativamente maior do que aquela suficiente para cumprir o seu fim, ela é lesiva para a dignidade da pessoa humana; o acusado é reduzido à condição de coisa, sendo sacrificado em prol de finalidades alheias (FERRAJOLI, 2002).

Além disso, há que se analisar o custo social das penas e dos meios de prevenção do delito, pois, para Ferrajoli, esse custo pode ser até mesmo superior ao próprio custo das violências que as penas e a prevenção teriam como finalidade impedir.

Winfried Hassemer é um dos principais autores dessa perspectiva limitadora (BITENCOURT, 2018). Ele propõe que a proteção efetiva deve significar a ajuda que deve ser dada obrigatoriamente ao delincente, e a limitação dessa ajuda que é imposta por critérios como da proporcionalidade e da consideração à vítima.

Para o Hassemer, a prevenção geral positiva em sentido limitador deve ser a principal finalidade da pena, contudo, as necessidades de prevenção especial devem ser consideradas no sentido de não dessocialização do delincente – pois ressocialização implicaria o reconhecimento de que a ordem social é perfeita.

A questão da prevenção especial deve ser considerada na hora que se vai conformar o tipo e o regime concreto da pena, de maneira que é justificável a diversificação do tipo de pena a ser executada, e também a redução da quantidade da pena abaixo dos limites inicialmente fixados pela proporcionalidade entre a pena e o desvalor do injusto praticado. Contudo, não é possível o aumento da pena com base na finalidade de ressocialização, pois o máximo da pena já é determinado pelo princípio da proporcionalidade e limitado por direitos individuais.

3.2 A Teoria da Pena no Brasil

Existem duas correntes sobre qual foi a teoria da pena adotada no Brasil. A primeira delas, a partir da análise do artigo 59 do Código Penal (CP), acredita que a teoria adotada foi a teoria mista, pois o artigo determina que a pena será prevista “conforme seja necessário e suficiente para reprovação ou prevenção do crime”. Já a segunda corrente entende que o CP não estabeleceu qual doutrina adotou, e por isso a pena possui uma tripla finalidade, dependendo do momento de análise: prevenção geral, que atua antes da prática do crime; prevenção especial, buscando evitar a reincidência; e a de retribuição, conforme previsto no artigo 59 do CP (CUNHA, 2015).

A Lei nº 7.210, de 1984, por exemplo, prevê que a fase de execução penal objetiva efetivar as disposições da sentença e proporcionar condições para uma harmoniosa integração social do preso. Prevê também que é responsabilidade do Estado assistir o preso objetivando a prevenção do crime e a orientação para o seu retorno à convivência em sociedade.

Independente da teoria adotada, a aplicação da pena pelo Estado possui limitações além daquelas já mencionadas pelas modernas teorias – proporcionalidade da pena, dignidade da pessoa humana, culpabilidade etc. Podemos citar, por exemplo, limitações previstas pela própria Constituição Federal de 1988, que prevê, em seu art. 5º, o princípio da legalidade das penas (inciso XXXIX), da retroatividade da lei penal mais benéfica ao réu (inciso XL), da intranscendência da pena (inciso XLI), da individualização das penas (inciso XLI), também há a proibição de penas de caráter perpétuo, trabalhos forçados, penas de banimento e penas cruéis.

Em relação às penas cruéis, importante mencionar que existem, em nível mundial, diversas convenções que buscam um tratamento mais humanizado aos presos, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, das Nações Unidas, de 1948, que prevê que “ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes”, o Tratado de Roma, que possui essa mesma previsão, e a “Resolução da ONU”, que prevê regras mínimas para o tratamento do preso, e prioriza, por exemplo, que os presos pertencentes a categorias diversas devem ser alojados em diferentes estabelecimentos e em diferentes seções.

Além disso, podemos ressaltar a Comissão Europeia de Direitos Humanos (CEDH), que define o tratamento degradante como aquele que humilha a pessoa perante os demais ou a leva a agir contra a sua própria vontade ou consciência, e define o tratamento desumano como aquele tratamento que causa severo sofrimento, mental ou físico, que, na situação particular, é injustificável.

Em relação ao tratamento cruel, não há uma definição legal do conceito, mas Fernando Galvão (1995) o define como o tratamento que “intensifica o sofrimento da vítima desnecessariamente, revelando no agente uma brutalidade além do normal”.

Dessa maneira, conclui-se que qualquer excesso, seja na quantidade ou qualidade da pena, não só contradiz os princípios da retributividade, jurisdicionalidade e legalidade, como também fere diretamente princípios e direitos constitucionais, bem como as previsões em tratados internacionais que procuram tornar o cumprimento da pena mais humano e coerente com um Estado Democrático de Direito. Mais do que tudo, no cumprimento da pena, devemos considerar o valor da pessoa humana, sendo esse o principal limite da aplicação da pena.

Nesse contexto, é importante refletir sobre a execução da pena em relação aos sujeitos transexuais e travestis. A aplicação da pena estaria cumprindo os seus objetivos de prevenção e retribuição? Estaria respeitando às suas próprias limitações impostas por um Estado Democrático de Direito?

Essa população sofre com penas extralegais e extrajurídicas, assim como toda a população carcerária. São os presídios superlotados, as péssimas condições de infraestrutura, a falta de higiene, e diversos outros problemas que atingem o nosso sistema penitenciário, que tornam qualquer pena muito mais grave do que deveria ser, desproporcional, excessiva.

Porém, além das condições em comum com a “massa carcerária”, as transexuais e travestis ainda sofrem com a invisibilidade perante à sociedade com a inadequação da legislação e das instituições estatais baseadas em um sistema binário e heteronormativo. Tal questão será discutida no capítulo “As penas extraoficiais vivenciadas pelas transexuais e travestis encarceradas no Distrito Federal”.

CAPÍTULO 4 CRIMINOLOGIA, MOVIMENTOS SOCIAIS E MOBILIZAÇÃO DO DIREITO

Em complementação às discussões a respeito das teorias da pena, é de extrema importância também incluir, nesta pesquisa, uma reflexão acerca das teorias criminológicas.

A Criminologia é uma ciência empírica autônoma que estuda não só o crime, como também o criminoso, a vítima e o controle social. Diferentemente do direito penal, a criminologia estuda o crime enquanto fato, analisando os motivos que levaram o sujeito a se tornar um delinquente, e quais os fatores que contribuíram para a prática do crime (MOLINA, 2006).

A Criminologia Crítica, teoria elaborada por Alessandro Baratta, por sua vez, é uma teoria que denuncia que o controle social é exercido por interesses de classe, e que as políticas criminais são um reflexo dessa dominação capitalista estendida à área criminal.

Por esta perspectiva, considera-se que existem formas institucionais de violência, no âmbito político econômico, que reproduzem desigualdades. As leis selecionam os comportamentos que são socialmente danosos e devem ser criminalizados, imunizando as ações de indivíduos das classes dominantes, com tendência a tipificar a criminalidade de rua e das classes subalternas. Esse processo gera uma seletividade criminal, que repercute o viés discriminatório do encarceramento. Baratta considera que:

[...] a criminalidade se revela como: Um status atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas. (BARATTA, 2002, p. 161).

Dessa maneira, são nos níveis mais baixos da escala social, marcados por precarizações estruturais de moradia, de educação e de saúde, que estão as pessoas com maiores chances de fazerem parte da população criminosa. Assim:

O cárcere – em sua dimensão de instrumento coercitivo – tem um objetivo muito preciso: a reafirmação da ordem social burguesa (a distinção nítida entre o universo dos proprietários e o universo dos não-proprietários) deve educar (ou reeducar) o criminoso (não-proprietário) a ser proletário socialmente não perigoso, isto é, ser não-proprietário sem ameaçar a propriedade. (MELOSSI & PAVARINI, 2006, p. 216).

Portanto, além das funções declaradas do sistema penal, que seriam a de manutenção da paz social e de tutela de bens jurídicos eleitos socialmente, existiria, ainda, uma função não declarada de sustentar a hegemonia de uma classe social sobre a outra (ZAFFARONI; 2011). A pena privativa de liberdade e o cárcere seriam mecanismos de perpetuação da discriminação e exclusão social (BARATTA, 2002).

Essa constatação demonstra que há uma promessa de controle pela violência punitiva, que não passa, contudo, de uma ilusão de segurança jurídica e de uma falsa ideia de igualdade jurídica. Dessa maneira, o sistema penal é considerado como contraditório, pois de um lado afirma a igualdade formal dos sujeitos, mas, por outro lado, pactua com a própria desigualdade. O sistema prisional - que deveria ser produtor de justiça-, ao ser seletivo, reforça as desigualdades sociais, estigmatizando e marginalizando parcela da população que já é marginalizada, possuindo, assim, um alto custo social, que impede a própria inclusão social (BARATTA, 2002).

Partindo desses pressupostos, um Estado Democrático de Direito não pode utilizar de forma abusiva o controle penal, pois não estaria respeitando os direitos humanos e o combate às desigualdades sociais, pelo contrário, estaria institucionalizando violências e arbitrariedades. Dessa forma, a Criminologia Crítica sugere um direito penal mínimo, de uma maneira em que os direitos seriam maximizados e os impactos penais na sociedade reduzidos, o que diminuiria inclusive o volume de pessoas nos cárceres por meio de processos de descriminalização e despenalização (PINTO, 2006).

A proposta envolve a manutenção da pena privativa de liberdade apenas para os atos de extrema violência contra os direitos humanos, os demais atos receberiam aplicação de medidas alternativas à privação de liberdade (BARATTA, 2002). Mas não só, o Direito Penal Mínimo propõe a elaboração de serviços de melhorias educacionais, sanitárias, profissionais, saúde, como formas de reintegração social, evitando-se, assim, a criminalização.

Relacionando tal a discussão com o tema da presente pesquisa, podemos dizer que, em uma sociedade extremamente machista, heteronormativa, cisgênera e LGBTQI fóbica, o grupo social do qual as pessoas transexuais e travestis fazem parte serão mais ainda marginalizados e invisibilizados. Assim como a nossa realidade

social, a nossa realidade penal é violenta, discriminatória, preconceituosa e seletiva no que diz respeito a esse grupo que vivencia um conjunto de violências pelo fato de simplesmente serem quem são.

Porém, com a atuação dos movimentos sociais, surgiram reivindicações dessas identidades sociais vulneráveis. Reivindicações por direitos e tratamentos não discriminatórios, por pleno gozo dos direitos civis e por promoção da igualdade (MASIEIRO, 2018). Essas reivindicações visam modificações legais – e, também, das práticas que acompanham tais leis -, e visam a criminalização das violências que são desencadeadas por preconceitos, discriminação ou ódio.

Partindo dessa perspectiva de análise, a partir da teoria da criminologia crítica, está sendo elaborada uma nova linha teórica, a Criminologia Queer, mas são ainda poucas as produções acadêmicas nesta área.

Tal teoria propõe uma abordagem voltada para o público LGBTQI e uma nova maneira de ser pensar a criminologia e seus objetos, de uma forma mais sensível à diversidade sexual e à identidade de gênero (MASIERO, 2017).

Segundo Clara Moura Masiero as “Criminologias Queer” vêm desafiar o senso comum teórico criminológico atual, no que tange especificamente à necessidade de desestabilização das identidades, das regulações sociais, da heteronormatividade e do binarismo do sexo (2017, p. 153).

Para Salo Carvalho, a intersecção entre as ciências criminais e os estudos queer permite a identificação de dois distintos campos de investigação: o campo teórico, que decorre dos impactos produzidos pelos estudos queer nas ciências jurídicas em geral; e o segundo campo, o político, “em razão das demandas de garantia de direitos e de reconhecimento da igualdade (formal e material) sustentadas pelos movimentos LGBTQIs” (CARVALHO, 2012, p. 153).

Nesse cenário, pode-se entender que o autor do ato desviante será o sujeito misógino, homofóbico ou transfóbico. As vítimas serão todos aqueles sujeitos que estão fora dos padrões heteronormativos. Já o controle social, por sua vez, possui mecanismos formais e informais de legitimação do exercício de violências homofóbicas, partindo de uma sociedade na qual a heteronormatividade é dominante, estabelecendo privilégios, promovendo desigualdades e opressões.

Mecanismos informais, caracterizados por uma violência simbólica, que vitimiza a diversidade sexual e as identidades de gênero fora dos padrões a partir de construção de discursos de orientação de gênero; que inferiorizam a diversidade sexual; e, também, por uma violência interpessoal. E mecanismos formais, que, por sua vez, são instrumentalizados por meio do direito penal – na construção, interpretação e aplicação sexista da lei, assim como por meio de práticas violentas das agências punitivas (policial, carcerária) -, e da psiquiatria (patologização da diferença), evidenciando uma homofobia de Estado (CARVALHO, 2012).

Nesse ponto, Masiero questiona: “Como pode o direito, um instrumento de controle social e de manutenção do status quo, historicamente apropriado pelas classes dominantes e a seu serviço, auxiliar na luta emancipatória, que quer desafiar justamente essas condições opressivas da sociedade?” (2018, p. 60), Qual é o papel do direito para empoderar os grupos marginalizados?

A autora destaca então a ideia de “mobilização do direito” pelos movimentos sociais. Ao lutarem por uma igualdade e pela emancipação de grupos sociais que são historicamente e culturalmente discriminados, os movimentos sociais articulam suas demandas por meio da linguagem do direito, e, a partir daí, evidenciam injustiças na esfera pública, exigindo a promoção de mudanças legais – sejam elas relativas à desinstitucionalização de injustiças ou relativas à inclusão, na lei, de condições que sejam realmente capazes de garantir a igualdade material entre as pessoas.

Masiero define a “mobilização do direito” como “uma atividade política por meio da qual a autoridade pública das normas é convertida pelos agentes em forma relevante de participação nos sistemas democráticos, de modo que a mobilização do direito é, inclusive, uma forma de demonstrar o vigor de uma democracia, tanto quanto o voto” (MASIERO, 2018, p. 84 e 85).

Nesse contexto, o direito, para a autora, é mais do que um mero conjunto de normas formais, ele é um instrumento potencial e estratégico para a emancipação social; o direito não só molda as relações sociais, como também é por elas moldado; ele é plural e maleável.

A mobilização do direito será então legítima quando for em nome do reconhecimento público de um problema essencialmente social, e que necessite urgentemente ser enfrentado pelas instituições do Estado.

É, assim, fundamental reconhecer a importância das contribuições dos estudos Queer para a Criminologia, e também reconhecer a legitimidade do uso do direito pelos movimentos sociais (mobilização do direito), pois existem processos de violência e de intolerância em nossa sociedade, que geram a marginalização e exclusão da minoria formada por pessoas que fogem ao padrão binário, entre elas, as transexuais e as travestis.

Segundo Salo (2012), um pensamento criminológico que dialogue com as teorias queer objetiva a construção de um olhar que seja atento às diversidades, e preocupado com a efetivação de direitos humanos, e, principalmente, não discriminatórios em relação às demandas políticas dos movimentos sociais representados por lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis e transgêneros.

CAPÍTULO 5 AS PENAS EXTRAOFICIAIS VIVENCIADAS PELAS TRANSEXUAIS E TRAVESTIS ENCARCERADAS NO DISTRITO FEDERAL

Além da inadequação da legislação em relação à questão de gênero, é inegável a crise pela qual o sistema prisional brasileiro está passando. É pública e notória a existência da superlotação, das péssimas condições materiais e de infraestrutura, das guerras entre facções, além da falta de higiene e segurança, dentre outros problemas que, diariamente, violam os direitos dos presos, e tornam o cumprimento da pena essencialmente cruel, desumano e degradante.

Nesse ponto, é importante ressaltar que tais condições conflitam com as finalidades e limites da pena no Brasil. Como já demonstrado anteriormente no capítulo sobre a teoria da pena, a pena possui – ou deveria possuir - limites que visam garantir o respeito a princípios como o da dignidade da pessoa humana e, também, o respeito à integridade física e moral do preso. Contudo, por razões como as citadas no parágrafo anterior, esses limites têm sido ignorados. Nesse sentido, Ferrajoli destaca que devemos acrescentar às penas oficiais, a “cifra negra das humilhações e violências, extralegais e extrajurídicas, que acompanham em todo o mundo a execução penal” (2002, p. 311).

As condições de encarceramentos são agravadas e as penas tornam-se ainda mais desumanas quando se trata de mulheres transexuais e travestis encarceradas, pois elas sofrem mais com questões relacionadas aos abusos físicos, sexuais e morais. Além disso, possuem uma maior fragilidade, não somente pela condição física, mas por uma questão quantitativa, considerando a predominância de heterossexuais.

As penitenciárias refletem a nossa própria sociedade, e, nesse sentido, é importante mencionar que a população de travestis e transexuais é uma das mais estigmatizadas, sendo o Brasil o país que mais mata transexuais no mundo (Relatório da ONG *Transgender Europe*, conferir TGEu, 2016). Reflexo disso é, segundo Pedro Sammarco (2010), o tempo médio de vida de um transexual: trinta e cinco anos.

Outro dado alarmante foi levantado por um relatório produzido em 2013 pelo Centro para o Progresso Americano (ITCC)⁴, que revelou que as pessoas LGBTQI (e aí incluímos as mulheres transexuais e travestis), possuem uma probabilidade 15 (quinze) vezes maior de sofrerem violência sexual em comparação a pessoas heterossexuais ou cis.

Em relação à situação específica dos sujeitos encarcerados, Santos e Gomes detectaram, em seu trabalho intitulado “Travestis no sistema carcerário do Distrito Federal: gênero e cárcere entre narrativas e normas”, publicado em agosto de 2018, a partir de entrevistas realizadas em 2017, com travestis, com o Coordenador Geral da Subsecretaria do Sistema Penitenciário (SESIPE), com o diretor do Centro de Detenção provisório (CDP) – onde as travestis estavam alocadas -, e com a Juíza Titular da Vara de Execuções Penais (VEP), que, muito embora a segurança, principalmente em relação a abusos sexuais, estivesse assegurada com a alocação das presas em celas específicas para LGBTQI, e existissem espaços de vivências específicos para esse público, diversos outros direitos eram constantemente violados.

As autoras identificaram o não respeito ao nome social das mulheres transexuais e travestis, que eram chamadas pelo nome de registro, tanto na entrada ao presídio, quando no deslinde do processo no poder judiciário. Também constataram que, a partir da identificação das travestis como homens pelo sistema, elas eram automaticamente encaminhadas para o presídio masculino, violando, assim, a regra 11 de Mandela, que versa que homens e mulheres devem permanecer completamente segregados.

Citam também o fato que as revistas íntimas, que deveriam ser empreendidas por agentes do mesmo gênero da pessoa a ser vistoriada, eram realizadas por agentes penitenciários homens. Além disso, a regra 81 de Mandela também estaria sendo violada, pois só agentes homens podem circular na unidade em que as transexuais e travestis estavam encarceradas, sendo que a norma citada exige que em unidade feminina circule sempre agentes mulheres.

Em relação ao acesso a terapias hormonais e a tratamento para redesignação sexual ou de gênero, ele não existia, como também não existia um atendimento de saúde física e psicológica adequado à necessidade de uma mulher transexual presa em uma

⁴ Disponível em: <https://justdetention.org/what-we-do/lgbt-safety/>

cadeia para homens. Por fim, as autoras mencionam outros dois direitos que eram notadamente violados, o do uso de roupas femininas e manutenção dos cabelos grandes.

Pesquisa recente realizada pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MDH, 2019), demonstrou que a situação das travestis e transexuais no Distrito Federal sofreu algumas modificações, pois foi identificado o respeito ao nome social, a permissão para utilização de roupas femininas (shorts e tops) e para manutenção dos cabelos grandes. Contudo, persistem alguns problemas, como o da revista íntima realizada por agentes do gênero oposto e o da falta de acesso a terapias e tratamentos hormonais.

Embora a pesquisa realizada por Santos e Gomes tenha sido direcionada a identificar especificamente a situação de travestis encarceradas, em nada essa situação se diferenciaria das mulheres transexuais. Os direitos violados são os mesmos, assim como as penas extraoficiais por elas sofridas.

As travestis e transexuais, dessa maneira, são submetidas a sérias influências psicológicas e físicas ao cumprirem suas penas em um estabelecimento incompatível com o gênero feminino. Tais influências afrontam não só a dignidade da pessoa humana, pois uma vida digna implica necessariamente no reconhecimento da identidade de gênero, como também o respeito à integridade física e moral, à honra, e à vida. O tratamento dessas pessoas sem o respeito a sua identidade de gênero configura-se como desumano e degradante, uma vez que é óbice para o desenvolvimento pleno da personalidade, que envolve a autodeterminação, a autoconservação e a auto exposição do indivíduo (DO VALE, 2006) e, sobretudo, impede esses sujeitos de expressarem a sua sexualidade e o seu gênero.

5.1 O Sistema Carcerário do Distrito Federal: estrutura organizacional

O último levantamento de dados realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN (DEPEN, 2017, online), utilizando dados oriundos de um sistema chamado INFOPEN, no ano de 2017, constatou que o Brasil possui a terceira maior população carcerária do mundo, sendo que 89% (oitenta e nove por cento) da população prisional estaria em unidades superlotadas.

Segundo esse levantamento de dados, em 2017, há uma população prisional total no Brasil de 726.354 (setecentos e vinte e seis mil, trezentos e cinquenta e quatro) pessoas, das quais 706.619 (setecentos e seis mil, seiscentas e dezenove) estariam mantidas no sistema prisional, e o restante em Secretarias de Segurança e Carceragens (delegacias ou outros espaços de custódia administrados pelos Governos Estaduais). Foi constatado ainda um déficit de vagas de 303.112 (trezentas e três mil, cento e doze), com uma taxa de ocupação de 171,62% (cento e setenta e um inteiros e sessenta e dois décimos percentuais).

Muito embora esse relatório demonstre que houve redução da taxa de crescimento da população carcerária quando comparado aos anos anteriores, há um aumento significativo dessa população a cada ano, fato extremamente grave, considerando o grande déficit de vagas.

Especificamente em relação ao Distrito Federal, o relatório informa que, em 2017, havia no total uma população de 15.894 (quinze mil, oitocentas e noventa e quatro) pessoas privadas de liberdade, e um déficit de vagas de 8.499 (oito mil, quatrocentas e noventa e nove). O total de presos provisórios sem condenação era o equivalente a 20,53% (vinte inteiros e cinquenta e três décimos percentuais) da população carcerária. Os presos sentenciados em regime fechado somavam 45,24% (quarenta e cinco inteiros e vinte e quatro décimos percentuais) da população carcerária, os presos sentenciados em regime semiaberto somavam 33,69% (trinta e três inteiros e sessenta e nove percentuais), e pessoas cumprindo medida de segurança em internação somavam 0,37% (trinta e sete décimos percentuais). Não há na pesquisa nenhum tipo de levantamento de dados referente à população LGBTQI, e não há pesquisa mais recente que atualize os dados aqui apresentados.

O sistema carcerário do Distrito Federal é formado por seis unidades (SSP, online): Centro de Detenção Provisória - CDP, Penitenciária do Distrito Federal I e II, Centro de Internamento e Reeducação, todos localizados no Complexo da Papuda, e duas outras unidades: a Penitenciária Feminina e o Centro de Progressão Penitenciária – CPP.

O sexo do apenado (sistema penitenciário baseado em uma lógica binária e cis) e o regime de cumprimento de pena são os principais fatores levados em consideração na alocação dos presos e das presas.

Assim, o Centro de Detenção Provisória – CDP é destinado ao acolhimento de presos do sexo masculino que cumprem a pena em um regime provisório, por não terem sido ainda julgados pelos crimes dos quais são acusados. Contudo, a unidade também tem abrigado alguns custodiados de outros regimes, mediante expressa autorização da Vara de Execuções Penais do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (VEP/TJDFT), como os presos em situação de vulnerabilidade, extraditados (que estão cautelarmente custodiados, e à disposição do Superior Tribunal Federal), e outros internos que possuem direito legal de custódia em locais específicos, como ex-policiais.

A Penitenciária do Distrito Federal I – PDF I, e a Penitenciária do Distrito Federal II – PDF II são unidades de segurança média e máxima, e recebem os custodiados do sexo masculino que cumprem pena no regime fechado. Mas, mediante autorização da VEP, outros presos podem também ser aqui alocados,

Segundo o levantamento realizado pelo o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, em 2019, é na PDF I e II que as pessoas transexuais e travestis estão sendo alocadas, em celas separadas dos demais presos. Essa informação diverge do que foi constatado por Isabella Petrocchi Rodrigues Santos e Camilla de Magalhães Gomes, na pesquisa realizada no ano de 2017 (SANTOS & GOMES, 2018), na qual identificaram que as presas travestis e transexuais estariam alocadas em celas do CDP, e também diverge de informações extraoficiais obtidas em 2020, por meio de conversas com agentes penitenciários, que afirmaram existir cerca de 13 (treze) pessoas nessas celas no CDP.

Há ainda o Centro de Internamento e Reeducação – CIR, que recebe os presos masculinos que cumprem regime semiaberto que não possuem autorização judicial para realizar trabalhos ou estudos externos. Os custodiados que possuem tal autorização ficam no Centro de Progressão Penitenciária – CPP, e podem sair diariamente para trabalhar, retornando para a pernoite no estabelecimento. Essa unidade fica fora do Complexo da Papuda, sendo localizada no Setor de Indústria e Abastecimento – SAI, em Brasília.

Por fim, há a Penitenciária Feminina do Distrito Federal – PFDF, destinada ao recolhimento de sentenciadas do sexo feminino, que cumprem pena em regime fechado ou semiaberto, e, também, às presas do regime provisório, que ainda

aguardam o julgamento pelo poder judiciário. Esse estabelecimento pode também abrigar homens e mulheres que estejam cumprindo medida de segurança, se houver autorização expressa da VEP/TJDFT.

Durante a elaboração do diagnóstico pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, os pesquisadores realizaram visita à PDF I e constataram que a unidade possui quatro celas para a população LGBTQI, as quais foram formalizadas em 2015. A visita à PDF II não foi possível, apesar de também ter espaço reservado para LGBTQI, pois as visitas estavam suspensas por conta de uma operação de segurança.

As celas LGBTQI na PDF I estão localizadas em uma ala que é institucionalmente conhecida como “seguro”, que abriga detentos que, a priori, não teriam um convívio seguro com a massa carcerária, como aqueles que praticaram crimes sexuais, ou condenados por violência contra a mulher, e também os presos LGBTQI. Contudo, segundo a pesquisa, muito embora essa divisão vise a integridade física desses detentos, ela também significa uma maior dificuldade de acesso a alguns serviços, como escola e postos de trabalho.

Em relação aos relatos dos próprios internos, foi constatado que nem todos concordam com a divisão das celas da maneira como está sendo feita. Entre os pontos negativos levantados pelas detentas, está, por exemplo o da falta de socialização. Como a maioria dos detentos LGBTQI não recebe visitas, o horário de banho de sol, quando realizado junto com a coletividade, era um dos poucos momentos que eles tinham para conversar com outras pessoas.

Essas celas LGBTQI separam também as pessoas travestis e transexuais dos homens cis homossexuais, de maneira que a configuração atual é de uma cela para a população formada por travestis e transexuais, e três celas para a os homens gays. Contudo, foi verificado que muitos homens heterossexuais que mantêm relações com a população LGBTQI estão também ocupando essas celas.

A pesquisa identificou que na penitenciária há uma certa abertura para o uso de shorts, tops e outras customizações do uniforme branco liso. Também constatou que há o uso do nome social para designar as pessoas transexuais e travestis, e que não há a prática do corte de cabelo dessas pessoas. Por outro lado, identificou que não há acesso à terapia hormonal.

Essas informações demonstram que houve um avanço na forma de tratamento dessas pessoas em comparação com a situação verificada por Santos e Gomes em 2017, pois, naquela época, foi identificado o não respeito ao nome social das mulheres transexuais e travestis, a proibição do uso de roupas femininas e a proibição da manutenção dos cabelos grandes. Por outro lado, assim como em 2017, persistem ainda diversos problemas, como o da revista íntima por pessoas de gênero diferente e o da falta de acesso a terapias e tratamentos hormonais.

O diagnóstico englobou também a Penitenciária Feminina do DF, a qual possui uma população de 808 (oitocentas e oito) pessoas para 841 (oitocentas e quarenta e uma) vagas, abrigando mulheres e também pessoas que apresentam questões de saúde mental, que não podem cumprir pena nas unidades do complexo da papuda, por determinação judicial. A unidade não possui espaço reservado para a população LGBTQI.

Embora não haja superlotação na Penitenciária feminina, a instituição, por meio do memorando SEI – GDF nº 14/2018 SSP/SESIP/PFDF, em resposta à consulta elaborada pelo Conselho Distrital de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, afirma que há impossibilidade de receber o público LGBTQI, pois não há bloco vago, nem condições de redistribuição das internas para se liberar um bloco. Afirma também que não possui mão de obra suficiente e com perfil profissional adequado, e sugere a construção de um novo bloco

Em relação a homens transexuais encarcerados no Presídio Feminino, o diagnóstico já mencionado identificou, por meio de entrevistas, que o nome social geralmente é respeitado pelas internas, porém nem sempre pelas agentes penitenciárias. Identificou também que essas pessoas não se sentem em risco por estarem junto de mulheres cis, e que, por vezes, a condição delas, inclusive, acarreta alguns benefícios, como liderança ou possibilidade de configurar relacionamento. As pessoas entrevistadas foram unânimes ao afirmar que não haveria problemas ou conflitos se as travestis e transexuais fossem transferidas para a prisão feminina, mas que o ideal seria a alocação delas em alas reservadas.

5.2 O Processo nº 201801110063380: Vara de Execuções Penais do DF – HC com pedido de medida liminar

O processo em análise é um Habeas Corpus – HC com pedido liminar, distribuído no dia 20 de fevereiro de 2018, para a Vara de Execuções Penais do Distrito Federal. Foi impetrado em nome de onze transexuais ou travestis que estavam encarceradas no Centro de Detenção Provisória – CDP, da Secretaria do Sistema Penitenciário – SESIPE, da Secretaria de Estado da Segurança Pública do Distrito Federal.

O HC é contra ato da Subsecretaria do Sistema Penitenciário – SESIPE, considerada como autoridade coatora na petição inicial. O ato coator é a Ordem de Serviço nº 345/2017 – SESIPE, de 22 de setembro de 2017

A petição inicial identifica como ato coator a Ordem de Serviço nº 345/2017-SESIPE (OS), de 22 de setembro de 2017, do Subsecretário do Sistema Penitenciário da Secretaria de Estado de Segurança Pública e Paz Social do Distrito Federal. A OS dispõe, em seus artigos 9 e 10, o seguinte:

9. O interno transexual, que já tenha realizado cirurgia de transgenitalização do sexo masculino para feminino, será recolhido na Penitenciária Feminina do Distrito Federal;

10. O interno do sexo biológico masculino que possua caracteres femininos, mas que não tenha realizado a cirurgia de transgenitalização, cumprirá sua pena, preferencialmente, em cela separada em penitenciária masculina e será autorizado o uso de sutiã modelo “top”, sem fechos ou estruturas metálicas e alças elásticas, na cor branca, com o propósito de proteger e não deixar expostos seus seios.

Parágrafo único. Em caso de risco à integridade física do interno ou à segurança da Unidade Prisional, a lotação do interno trans ficará a cargo e discricionariedade da Direção do Estabelecimento Penal.

Segundo os impetrantes, esse condicionamento do recolhimento à Penitenciária Feminina à realização da cirurgia é um constrangimento ilegal sofrido pelas pacientes. Alegam que o encarceramento ocorre em estabelecimento incompatível com a identidade de gênero das pacientes, e, portanto, não lhes preserva a dignidade inerente à sua identidade de gênero. O pedido liminar é para que as pacientes sejam transferidas imediatamente para a Penitenciária Feminina do Distrito Federal, e para que lá possam aguardar o julgamento e o eventual cumprimento da pena.

O processo teve o seguinte andamento, considerando a numeração das folhas realizada pelo tribunal: no dia 14 de março de 2018 foi indeferido o pedido liminar (fls. 19/20). Em sequência foi intimado o Subsecretário do Sistema Penitenciário (apontado como autoridade coatora), para que prestasse informações, no prazo de 10 dias. A manifestação do Subsecretário (fls. 22/36), datada de 19 de março de 2018, foi juntada nos autos no dia 26 de março de 2018. Em seguida os autos foram encaminhados para o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, que se manifestou no dia 10 de abril de 2018, requerendo o não conhecimento do habeas corpus (fls. 56/61).

No dia 15 de maio de 2018, foi proferida nova decisão (fls. 63/65v), a qual julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial e indeferiu a transferência das pacientes para a Penitenciária Feminina.

Foi interposto Recurso em Sentido Estrito contra a decisão no dia 22/05 (fls. 66/86), e apresentadas contrarrazões ao recurso, pelo Ministério Público, no dia 30 de maio de 2018, o qual se manifestou pelo conhecimento e desprovemento do recurso (fls. 93/99).

Nas fls. 100/122, há pedido da Defensoria Pública do Distrito Federal para ingressar no feito na qualidade de *Amicus Curiae*, pedido que foi indeferido na decisão da VEP, de fls. 123/124v, do dia 21 de novembro de 2018.

Nas fls 131/133 há nova manifestação do Ministério Público, ratificando a manifestação pelo conhecimento e desprovemento do recurso (10/01/2019).

Os autos foram reencaminhados para a VEP, para que a juíza pudesse exercer o seu juízo de retratação no dia 14 de fevereiro de 2019, sobrevindo decisão no dia 20 de março de 2019, na qual a juíza manteve a decisão recorrida por seus próprios fundamentos.

A Defensoria Pública mais uma vez peticionou solicitando o seu ingresso no feito (fls 143/152v), em petição datada de 18 de março de 2019. Tal solicitação não foi analisada.

Os autos foram então conclusos no dia 22 de março de 2019, para o Desembargador relator João Batista Teixeira, e foi incluído na pauta de julgamento do dia 4 de abril de 2019.

A 3ª Turma Criminal Julgou então o recurso em sentido estrito (fls 156/159v) no dia 4 de abril de 2019, conhecendo-o e negando o seu provimento. O acórdão transitou em julgado no dia 25 de maio de 2019.

Importante mencionar que, ao longo do processo, foi reconhecida a perda de objeto em relação a seis pacientes, que haviam sido colocadas em liberdade.

Em relação ao andamento processual, considerando tratar-se de habeas corpus com pedido liminar, houve uma certa demora para se proferir a decisão inicial, pois entre a distribuição do processo e a decisão liminar transcorreram 14 dias. No caso, se de fato houvesse o reconhecimento do periculum in mora pelo judiciário, esse espaço de tempo poderia ter significado prejuízos inestimáveis às pacientes.

Entre a distribuição do processo e a sentença da VEP que julgou o feito transcorreram aproximadamente três meses, tempo este que, por sua vez, pode ser considerado aceitável em relação a duração razoável do processo, tendo em vista a quantidade de partes que se manifestaram. Por fim, o tempo total de tramitação, da distribuição do processo até o acórdão do TJDF, foi de cerca de um ano e um mês. Os lapsos temporais entre os atos processuais que julgo terem sido excessivos, além do já mencionado, foram entre a manifestação do MPDF e a decisão de mérito (cerca de um mês), entre as contrarrazões ao recurso em sentido estrito e a autuação do recurso (cerca de sete meses), e entre a remessa dos autos para a VEP exercer o juízo de retratação e a decisão (cerca de dois meses).

Tais lapsos indicam, provavelmente, que há um excesso de processos distribuídos para a análise da magistrada da VEP, o que acaba gerando um acúmulo do trabalho a ser realizado, e uma maior demora para a análise das petições. Em relação às partes intimadas (Ministério Público e Subsecretário da SESIPE), estas se manifestaram em prazo de dias, o que demonstra o reconhecimento da urgência da questão por parte delas.

5.2.1 O respeito à identidade de gênero nas manifestações

Inicialmente, os autores do HC identificam as onze pacientes pelo nome social, seguido pelo nome registral e o número do prontuário. No item I da petição inicial os

autores resumem a situação das transexuais, mencionando onde estão presas e os já citados objetivos do writ.

No item II, 1.1 os autores apresentam as seguintes legislações para esclarecer a categoria identidade de gênero: Decreto Federal 8.727/16, artº1, II; Decreto do Distrito Federal 37.892/17, art 1º, II e III; Princípios de Yogyakarta; Decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH, em Opinião Consultiva OC-24/7. Finalizam esse capítulo concluindo que a questão da identidade de gênero está sendo debatida internacionalmente de maneira significativa, e que o encarceramento de transexuais e travestis deve observar tais debates.

As definições de identidade de gênero trazidas pelos autores vão ao encontro do que foi apresentado neste trabalho no segundo capítulo. Eles evidenciaram as diferenças entre os conceitos de identidade de gênero e sexo biológico; mencionaram questões a respeito das representações sociais de masculinidades e feminilidades; apontaram a importância do respeito pela orientação sexual e identidade de gênero como partes essenciais da dignidade de cada pessoa. Também mencionaram questões relativas ao encarceramento e a necessidade de proteção de pessoas que já são extremamente marginalizadas na sociedade devido a orientação sexual ou identidade de gênero.

Para fundamentar esse posicionamento, eles mencionam que a diferença entre transexual e travesti não reside no desejo de realização de cirurgia, e sim na autoidentificação, o que vai ao encontro do que foi discutido no presente trabalho, no segundo capítulo. Mencionam também decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual reconhece que a identidade de gênero não se relaciona com o genital, e sim com uma prioridade do fator subjetivo sobre os fatores objetivos (caracteres físicos ou morfológicos).

Na decisão liminar, a VEP identificou as pacientes pelo nome registral, mencionando o nome social entre parênteses logo em seguida. Ao longo da decisão utilizou o artigo feminino “a” para se referir às pacientes, como exemplo: “Inicialmente, julgo prejudicada a análise do pedido em relação **às** pacientes”; “Observo, portanto, que todas **as** pacientes estão em espaços de vivência específicos”; “a alocação atual **das** pacientes”. Já na decisão (sentença) de fl. 63/65v, a juíza se referiu às pacientes apenas pelo nome social, sequer mencionando o nome registral.

Tal fato demonstra que, embora tenha havido, inicialmente, uma prevalência do nome registral sob o nome social no documento, posteriormente, houve o reconhecimento do direito de uso do nome social pelas pacientes por parte do Poder Judiciário, o que reflete o respeito pela identidade de gênero feminina dessas pessoas nesse aspecto. Na mencionada decisão não houve qualquer discussão a respeito dos conceitos de identidade de gênero.

Já na prestação de informações realizada pela SESIPE, são utilizadas as expressões “pessoas travestis”, “presos transexuais”, “internos travestis”. Mas ao longo do texto também foi utilizado o artigo feminino definido “a” para se referir às pacientes: “a identidade de gênero **das** travestis”. Em relação às expressões mencionadas, o uso do artigo masculino pode indicar uma intenção de generalizar o sentido dos substantivos, incluindo tanto o gênero masculino quanto o feminino. Contudo, tal estratégia da linguagem é inadequada e não inclusiva, pois gera uma inviabilização do gênero feminino.

No documento da SESIPE é citada a seguinte definição para pessoas travestis: “são aquelas que não se identificam com seu sexo biológico e nem com o sexo oposto, havendo entendimentos de que se trata de uma identidade de gênero autônoma por não desejarem modificar sua anatomia através de cirurgia de redesignação sexual”. Tal definição se afasta um pouco do entendimento apresentado aqui neste trabalho, de que travesti é, na verdade, aquela pessoa que reivindica o gênero em discordância com o seu corpo-sexuado, podendo se identificar ou não com o seu próprio sexo biológico.

Em relação às manifestações do MPDFT, na primeira delas, mais uma vez, ocorre a utilização de expressões no gênero masculino, contudo, aqui, não parece ter havido a intenção de generalização, pois as frases referem-se apenas às pacientes do HC, e não a um público indeterminado, diferentemente do uso das expressões no documento da SESIPE. Vejamos: “em favor de 11 (onze) presos transexuais ou travestis alojados”, “pedem a transferência dos pacientes”, “os pacientes estão em ala separada do restante da massa”.

Já na segunda manifestação do MPDFT, há a utilização das seguintes expressões: “para que 11 (onze) presas transexuais ou travestis”; “as presas trans apresentam claras diferenças biológicas”; “as pacientes têm recebido tratamento adequado”.

Por sua vez, em sua última manifestação (fls 131/), o órgão volta a utilizar o artigo masculino para se referir às pacientes, como nas seguintes situações: “constrangimento que determinados detentos”; “os pacientes não poderiam estar recolhidos”

Tal mudança na redação do texto indica que houve uma preocupação da pessoa que redigiu a segunda peça em utilizar uma linguagem que reconheça adequadamente o gênero do sujeito ao qual se refere, ao contrário do que ocorreu na escrita da primeira e da última manifestação do órgão. Isso demonstra que as peças provavelmente foram redigidas por pessoas diferentes, e, portanto, é necessário que ocorra uma maior conscientização de todos os servidores do órgão, inclusive de juízes e promotores, tornando o uso da linguagem inclusiva e o respeito ao gênero algo institucionalizado, e não dependente de quem escreve cada peça.

Em relação à essas manifestações, destaco ainda que o MPDFT, ao ressaltar a perda do objeto em relação a uma das pacientes, que foi colocada em liberdade, se refere a ela apenas pelo nome registral, ignorando completamente o seu nome social.

Em relação à identidade de gênero, o MPDFT menciona que este é um fator que deve ser levado em conta na decisão sobre o alojamento dos presos, o que demonstra haver um reconhecimento do órgão referente às questões atinentes aos direitos dos transexuais e travestis. Mas o órgão defende que tal fator não deve ser absoluto, pois existem outros, como o sexo, orientação sexual, a diferença física entre os sexos e a existência de multiplicidade de orientações sexuais dentro de um mesmo gênero.

Por fim, no que se refere à questão de gênero e também ao uso da linguagem, no acórdão proferido pelo TJDF, há a identificação das pacientes exclusivamente pelo nome registral, não havendo qualquer menção ao nome social. Em relação ao uso de artigo definido, a decisão usa a expressão “os recorrentes” ao longo de todo o texto, e também se refere a eles como “os presos”. Só há utilização do artigo feminino para se referir às pacientes no relatório, quando o relator menciona os argumentos apresentados pelas partes.

A conclusão que se chega aqui é que, assim como no MPDFT, há uma necessidade de institucionalização no TJDF do respeito ao gênero que a pessoa se atribui, bem como o uso da linguagem adequada para se referir a essas pessoas. Considerando que o próprio Poder Judiciário reconhece o direito do uso do nome social independentemente de realização de cirurgia, e considerando que o nome

social deve ser inclusive cadastrado nos sistemas do órgão penitenciário, não há motivos para que uma decisão judicial se refira às pacientes apenas pelo nome registral ou utilize todas as palavras no masculino.

Tais questões podem parecer meros detalhes, contudo são essenciais para se garantir o mínimo de respeito às pessoas transexuais e travestis, que têm o direito de serem reconhecidas perante a sociedade como pertencentes ao gênero feminino, se assim o quiserem. Ao utilizar apenas o nome registral ou palavras no gênero masculino, o Estado está invisibilizando essa parcela da população, apagando suas diferenças, excluindo-a do Estado Democrático de Direito.

5.2.2 Fundamentação jurídica da petição inicial

Segundo os impetrantes, o condicionamento do recolhimento à Penitenciária Feminina à realização da cirurgia é um constrangimento ilegal sofrido pelas pacientes. Para fundamentar esse posicionamento, eles mencionam que a diferença entre transexual e travesti não reside no desejo de realização de cirurgia, e sim na autoidentificação, o que vai ao encontro do que foi discutido no presente trabalho, no segundo capítulo. Mencionam também decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual reconhece que a identidade de gênero não se relaciona com o genital, e sim com uma prioridade do fator subjetivo sobre os fatores objetivos (caracteres físicos ou morfológicos).

Em relação a jurisprudência pátria, os impetrantes citam o Recurso Especial - REsp nº1.626.739/RS, julgado pelo STJ no dia 1º de agosto de 2017, o qual estabeleceu a desnecessidade de realização de cirurgia de transgenitalização para a retificação de registro de nascimento (troca de prenome e do sexo – gênero). Ressaltam que o referido REsp evidencia que a jurisprudência deve evoluir para alcançar os transexuais não operados, o que conferiria a máxima efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana, e que deve haver um reconhecimento, perante a lei, do direito fundamental da pessoa não operada a sua identidade de gênero.

Na decisão liminar, nada foi mencionado em relação à Ordem de Serviço nº 345/2017 ou ao Resp nº 1.626.739/RS. Na manifestação do MPDFT, contudo, há

referência ao Resp, ponderando que tal decisão não possui efeitos vinculantes, mas que, ainda assim, já está sendo aplicada na essência no âmbito prisional do Distrito Federal, pois a OS nº 345/2017 já permite aos presos a utilização do nome social, mesmo sem que tenham realizado a cirurgia, sendo inclusive obrigatório aos agentes o registro de tais nomes nos sistemas informatizados, e o tratamento dos pesos pelo nome indicado.

Os impetrantes também fazem referência ao HC 152.491/SP, julgado pelo STF, em 20 de fevereiro de 2018, afirmando que a decisão determinou a transferência de duas pacientes travestis para estabelecimento prisional feminino, por considerar o estabelecimento prisional masculino incompatível com a orientação sexual de ambas.

Em relação à essa decisão do STF no HC nº 152.491/SP, a juíza afirmou que ela não alcançou efeito erga omnes. Disse ainda que o ministro do STF determinou a transferência das pacientes para estabelecimento compatível com a orientação sexual, sem qualquer menção expressa a presídio feminino. Alegou também que, naquele caso, as travestis estavam em uma cela com cerca de 30 (trinta) homens, situação que se mostra muito diferente da apresentada no HC em análise, na qual as seis pacientes encontravam-se em celas separadas, com capacidade para oito pessoas, segundo informações apresentadas pela SESIPE.

Segundo a juíza, o ministro do STF fez referência, em sua decisão, à Resolução Conjunta nº 1 do Conselho nacional de Combate à Discriminação – que estabelece que travestis e transexuais devem contar com espaços de vivência específicos, e conclui que a cela ocupada pelas pacientes, neste caso, é um espaço de vivência específico, sem superlotação, sem contato com presos do gênero masculino, com direito ao uso de vestuário feminino e com o direito a visita íntima preservado (SESIPE).

É nesse mesmo sentido a manifestação ministerial a respeito da referida decisão. Segundo o MPDFT, a situação em análise não possui relação com a situação julgada pelo STJ. O Ministério afirma não vislumbrar qualquer ilegalidade neste caso que justificasse a transferência das travestis e transexuais, pois elas estariam em celas apartadas, tendo a sua integridade física preservada, bem como garantidos o uso do nome social, das vestimentas femininas, dos cabelos longos e o gozo de visita íntimas.

Além do mais, afirma que o STJ deixou a critério da administração, no uso de sua discricionariedade, a escolha do melhor local para a alocação dos presos, e não determinou a alocação das travestis em presídio feminino, mas sim em local

compatível com a sua orientação sexual. A manifestação acrescenta que entrou em contato com a Vara de Execuções Criminais de Tupã/SP, e obteve a informação de que as travestis haviam inclusive sido alocadas em penitenciária masculina.

Os impetrantes, no recurso em sentido estrito, por sua vez, retomam essa questão afirmando que a decisão do STJ é clara ao se referir a estabelecimento prisional compatível, e não a mero espaço de vivência específico, de maneira que seria incorreto dizer que a situação das pacientes não é semelhante à situação dos autos do HC nº 152.491/SP.

Contudo, os desembargadores, no acórdão proferido, reafirmam que as situações não se assemelham, e que o Ministro Barroso não determinou a transferência para o presídio feminino, e sim para estabelecimento prisional compatível, o que seria bem diferente.

Nesse ponto, analisando as argumentações apresentadas, fica claro que o impasse é, na verdade, referente ao foco em diferentes aspectos da situação fática. Enquanto a VEP, o MPDFT e o TJDFT diferenciam as circunstâncias das pacientes considerando as condições de encarceramento - naquele caso as travestis estavam em cela superlotada, com mais de 30 (trinta) homens, sofrendo diversos tipos de violência física e psicológica, e, neste caso, as pacientes estavam em cela separada, inclusive com capacidade para receber mais pessoas, sem riscos de serem agredidas pelos demais presos -, os impetrantes focam na questão de compatibilidade ou não do estabelecimento com o gênero das pacientes, e não nas demais condições do encarceramento.

De fato, entendo que as situações não se assemelham em relação ao risco corrido pelas pacientes. Contudo, a decisão proferida pelo Ministro Luís Roberto Barroso realmente se refere a estabelecimento prisional compatível, e não a mero espaço de vivência, o que pode também gerar uma interpretação de que o presídio masculino não é considerado, por ele, como estabelecimento compatível. Tal análise demonstra a necessidade de maior discussão da questão e de melhor fundamentação das decisões judiciais, para que não deixem o posicionamento do poder judiciário à mercê de diferentes interpretações que gerem insegurança jurídica.

5.2.3 Fundamentação jurídica da decisão (sentença) e do recurso em sentido estrito

Na decisão (sentença) que julgou o HC, a juíza reitera toda a argumentação já trazida na decisão que indeferiu a liminar, acrescentando que o sistema penitenciário do DF segue à risca o conteúdo da Resolução Conjunta nº1, do Conselho Nacional de Combate à Discriminação.

Em seguida ela complementa a fundamentação de sua decisão, discutindo questões que não haviam ainda sido debatidas. A magistrada alega que a mulher cis é detentora de direitos assim como a pessoa trans, e que muito embora sejam sujeitos socialmente iguais, não se pode negar que biologicamente existem diferenças, como a força física. Ela afirma que, no caso de transferência das pacientes para a Penitenciária Feminina, elas teriam que ser alocadas em celas com mulheres cis, mesmo possuindo pênis. Ressalta que os espaços para o cumprimento da pena são pequenos, sem privacidade, sem banheiros com portas, e que a probabilidade de ocorrerem brigas é grande. Afirma ainda que a probabilidade de superioridade física das mulheres trans em relação às cis é grande, havendo inclusive o risco de ocorrência de relação sexual forçada.

Nas contrarrazões ao recurso que foi impetrado contra essa decisão, o MPDFT também ressalta que “as presas trans apresentam claras diferenças biológicas com relação às internas da PFDF que tornam inviável a alocação conjunta de ambas, destacando-se a diferença de compleição física e de órgãos genitais”. Para o órgão, também haveria vantagem física das pacientes em comparação com as mulheres cis, e que é justamente por esse perigo que a Constituição Federal e a LEP determinam que deve haver separação entre homens e mulheres no ambiente carcerário. Conclui esse raciocínio defendendo que a decisão atacada pelo recurso conferiu adequado tratamento desigual aos desiguais.

Além disso, a juíza argumenta em sua decisão que apenas agentes do sexo feminino poderiam trabalhar nos postos dentro das galerias ocupadas por mulheres, regra prevista no artigo 77, §2º da LEP, e que poderia ser uma complicação no caso de necessidade de contenção de uma mulher trans. Adiciona que essa mesma lei veda que agentes femininas façam revistas pessoais em homens, o que tornaria difícil a revistas das transexuais e travestis que não realizaram a cirurgia de redesignação.

Em relação às agentes femininas, no documento encaminhado pela SESIPE, há menção a uma manifestação da Penitenciária Feminina sobre a possibilidade de receber presos LGBTQI, que diz que a revisita íntima vexatória se tornaria procedimento vexatório e abusivo para as servidoras do sexo feminino, que teriam que revistar pessoas com sexo biológico diverso.

A juíza conclui, por fim, que a integridade física das pacientes está sendo devidamente preservada, levando em consideração normas administrativas referentes à alocação do público LGBTQI, em harmonia com a Resolução Conjunta nº1, do Conselho Nacional de Combate à Discriminação, o Decreto Federal 8.272/2016, o Decreto Distrital 37.891/2017 e os Princípios de Yogyakarta. Assim, para a magistrada, não há motivos legais suficientes para justificar a transferência, pois caso ocorresse, colocaria em risco a integridade física e a dignidade sexuais das mulheres cis.

Contra essa decisão houve o ajuizamento de recurso em sentido estrito. Nesse recurso, além da argumentação já apresentada na petição inicial, os impetrantes alegam que a decisão afronta decisão vinculante proferida pelo STF um dia após a impetração do *writ*, na ADI 4.275, em 01 de março de 2018, a qual reconhece o direito de substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil, independentemente da cirurgia de transgenitalização ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, pelas pessoas transgênero. Dizem que a fundamentação essencial de tal decisão (*ratio decidendi*) “foi a de garantia da dignidade das pessoas transgêneras e o reconhecimento de suas identidades independente de qualquer fator objetivo externo às suas subjetividades”. Citam ainda o seguinte trecho da ADI:

Dito isto, afigura-se inviável e completamente atentatório aos princípios da dignidade da pessoa humana, da integridade física e da autonomia da vontade, condicionar o exercício do legítimo direito à identidade à realização de um procedimento cirúrgico ou de qualquer outro meio de se atestar a identidade de uma pessoa.

Segundo os impetrantes, a decisão da magistrada afronta também o posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que é de observância obrigatória pelo Estado brasileiro, possuindo, inclusive, status supralegal. Justificam que a decisão discrimina as mulheres trans, desconsiderando que suas identidades de gênero independem de um fator objetivo (caracteres físicos ou morfológicos ou cirurgia).

Ressaltam novamente que a Ordem de Serviço condiciona o reconhecimento da identidade transgênera à realização da cirúrgica, de maneira contrária ao previsto pela ADI e pela Corte Interamericana, o que gera um constrangimento ilegal das pacientes.

A SESIPE, por sua vez, afirma que a identidade de gênero das pacientes gera um dever para a Administração Pública de adotar mecanismos e cuidados específicos para respeitar a individualidade dessas pessoas, e, justamente por existir tal preocupação, é que foram previstas a existência de celas separadas das demais, o que objetiva extinguir ou minorar os riscos de agressões, e maneira que não há que se falar em constrangimento ilegal.

Acrescenta ainda que a condição da cirurgia não deve ser interpretada como condicionante ao exercício da individualidade das pessoas transexuais e travestis, e sim como uma medida protetiva à essas próprias pessoas, justificando que a SESIPE não pode menosprezar que existe um preconceito contra esse público, que pode ensejar condutas odiosas. O documento argumenta também que, após a cirurgia:

[...] será plenamente possível que a interna transgênero seja alocada sem distinção na penitenciária feminina, por entendermos que os riscos restarão extremamente reduzidos, cujas especificidades do caso concreto, quando ocorrer, deverão ser devidamente analisadas. Infelizmente, de maneira oposta, em razão do preconceito e o risco concreto de ocorrerem ações odiosas e danosas, não foi previsto a possibilidade para que homens transgêneros serem recolhidos em unidades penais masculinas de maneira indistinta, tendo em vista a probabilidade real de violência [...].

Em análise da ADI 4.275, o MPDFT, nas contrarrazões ao recurso, afirma que a pretensão dos recorrentes em aplicar tal julgado aos autos é malabarismo hermenêutico, pois a correspondência temática do julgado com o writ é apenas tangencial. Acrescenta que a OS nº 345/2017 já permite o uso do nome social independente da realização da cirurgia, e, nesse sentido, a decisão do STF já é aplicada em sua essência no sistema prisional. Na justificação de seu posicionamento, o MPDFT não diz nada a respeito da *ratio decidendi* alegada pelos impetrantes.

Sobre tal tema, no acórdão que julgou o recurso, os desembargadores afirmam que a decisão da ADI 4.275, embora tenha decidido a respeito dos transgêneros, nada disse a respeito do sistema carcerário.

Acerca desse ponto, mais uma vez, podemos identificar que há uma diferença de interpretação entre os recorrentes e os órgãos públicos, no que diz respeito ao conteúdo da ADI 4.275. Enquanto os recorrentes defendem que a *ratio decidendi* da decisão é mais ampla - a garantia da dignidade das pessoas transgêneras e o reconhecimento de suas identidades independentemente de qualquer fator objetivo (cirurgia) -, a VEP, o MPDFT, e o TJDFT parecem entender que a razão da decisão - a sua justificativa - é menos ampla, se referindo apenas a questão da alteração do nome.

Os recorrentes acrescentam ainda que a decisão proferida pela VEP possui argumentos que “seguem uma sucessão de pressupostos inexistentes, além de estarem dissociados de qualquer fundamento cientificamente comprovado”, sendo baseados em opiniões pessoais. Defendem que a mera alocação dos transexuais e travestis em espaço de vivências específicos não é suficiente para garantir o respeito à dignidade dessas pessoas.

Mencionam que invocar os direitos de mulheres cis ou das agentes penitenciárias para justificar a afronta à dignidade das mulheres trans aniquila o princípio da isonomia. Afirmam ainda que as mulheres cis encarceradas não são obrigadas a conviver com homens cis, e que a decisão proferida reduz as identidades trans à mera biologia, pois as considera homens por possuírem pênis, e maneira que tal posicionamento nega a *ratio decidendi* das decisões que reconhecem a subjetividade das identidades trans.

Dizem ainda que não faz sentido considerar alocar as pacientes em espaço de vivência específico em um presídio masculino superlotado, e não considerar a alocação, nas mesmas condições, na Penitenciária Feminina, que não sofre com o problema da superlotação, de maneira que os temores da juíza seriam resolvidos, pois as presas cis não precisariam sequer dividir as celas com as pacientes.

Sobre esse ponto, os desembargadores, no acórdão, afirmam que a Penitenciária Feminina do DF informou que não há possibilidade de receber em curto ou médio prazo o público LGBTQI. Na manifestação da SESIPE consta também a informação de que se fosse determinada a alocação desse público na Penitenciária Feminina, isso se daria sem espaço de vivência específico devido às condições estruturais do presídio, e que ainda acarretaria a transferência das internas cis para outros blocos, agravando a superlotação.

Os impetrantes ainda afirmam que a decisão é extremamente discriminatória, pois pressupõe que as mulheres transexuais e travestis podem ser predadoras das mulheres cis e potenciais estupradoras.

Por fim, se referem às agentes penitenciárias femininas, defendendo que não há exclusividade dessas agentes no presídio feminino, e que, de qualquer maneira, elas são treinadas também para agir em situações que envolvem homens.

Nas contrarrazões, o MPDFT ressalta que por força dos arts. 77, §2º e 83, §3º da LEP, somente agentes do sexo feminino podem realizar a segurança interna dos presídios femininos. Acrescentam que embora as agentes sejam treinadas para lidar com homens, “conferir a custódia e a guarda de (biologicamente) homens exclusivamente a agentes femininas vulneraria a segurança da PFDF e, principalmente, a segurança das próprias agentes e das presas cis, em razão da patente diferença física já relatada”.

Sobre isso, os desembargadores afirmam que há a necessidade de preservar, por um lado, a condição do ser humano, mas, por outro lado, a “integridade das mulheres que se encontram em seu presídio próprio e específico, devido à diversidade física e fisiológica de cada uma, não havendo, em razão de tal afirmação, que se cogitar que a decisão entendeu que os transexuais e travestis são potenciais estupradores”.

5.2.4 O acórdão

Os desembargadores da Terceira Turma Criminal do TJDFT conheceram o recurso, porém negaram o seu provimento por considerarem que não existe

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

No acórdão, os desembargadores reconhecem que o tema é novo e ainda precisa ser bastante debatido. Afirmam que a CF determina que a pena deve ser cumprida em estabelecimentos distintos levando em consideração o sexo do

apenado, e que também determina que os encarcerados devem ter assegurados o respeito à integridade física e moral.

Acrescentam que o Sistema Prisional do DF já adota medidas que visam a preservação das condições diferenciadas das recorrentes, que elas estão sendo bem tratadas, sem sofrer ofensas à integridade física ou psicológica, estão tendo seus direitos respeitados (nome adotado, visita íntima e outros).

Em relação à afirmação de que há condicionamento da transferência para o presídio feminino à realização da cirurgia, os desembargadores defendem que os recorrentes não conseguiram demonstrar que a ausência específica de tal procedimento estivesse impedindo os transexuais ou travestis de serem transferidos.

Por fim, os desembargadores afirmam que o constrangimento ilegal não ficou demonstrado, tendo os recorrentes se limitado a alegar que o encarceramento no presídio masculino não estaria preservando a dignidade inerente à identidade de gênero das pacientes, e que, diante da ausência de uma ala específica, e considerando que as presas estão sendo bem tratadas, mantiveram a denegação da ordem.

Analisando a argumentação apresentada por todos os sujeitos envolvidos, podemos inferir que há uma diferenciação no entendimento da situação fática das pacientes alocadas no presídio masculino. A VEP, o MPDFT, o TJDF e a SESIPE demonstram, a partir de toda a sua argumentação, entenderem que a dignidade e integridade física das pacientes estão sendo preservadas pela alocação delas em celas separadas no presídio masculino, o que se caracteriza como espaço de vivência específico, bem como pelo respeito do nome social, uso de vestimentas femininas, manutenção de cabelos cumpridos e o direito à visita íntima. Por outro lado, os impetrantes demonstram não considerar isso o suficiente, contudo, não foram capazes de explicitar os seus motivos com sucesso, o que foi inclusive ressaltado no acórdão, ao se afirmar que os impetrantes se limitaram a alegar que tais condições não preservariam a dignidade das pacientes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A travestilidade e a transexualidade rompem os limites socialmente estabelecidos para o gênero, e se relacionam com a construção, pelo próprio sujeito, de um novo sentido para o que é masculino e o que é feminino. Essas identidades de gênero não se confundem com orientação sexual, e são fluidas, o que torna difícil estudar as duas categorias como se fossem *standarts*. Assim, o que deve prevalecer é a autodeterminação de gênero de cada pessoa, de maneira subjetiva. A realização de procedimentos estéticos ou cirúrgicos ou a alteração do registro social não são condições indispensáveis para o reconhecimento da transexualidade ou travestilidade, dessa forma, não se deve tentar diferenciar tais categorias exclusivamente pela existência ou não de uma rejeição ao próprio órgão sexual.

Muito embora tenhamos identificado no presente trabalho uma atuação do Estado no sentido de reconhecer essas identidades de gênero, essa atuação ainda tem se mostrado, de certa maneira, inconsistente. Seja por ignorar a fluidez e a complexidade da multiplicidade de expressões de gênero, e tentar simplificar a categorização das travestis e transexuais de acordo com a rejeição ou não ao órgão sexual, seja por ainda basear toda a sua construção normativa em um sistema baseado exclusivamente no sexo (masculino / feminino). Os poucos instrumentos normativos referentes ao assunto ainda mencionam a questão da rejeição ao órgão sexual, como Resolução Conjunta da Presidência da República e do Conselho Nacional de Combate à Discriminação nº 1. Além disso, a própria Constituição Federal e a LEP, por exemplo, são omissas em relação à questão de gênero, pois se referem apenas ao sexo do apenado, estruturando o sistema penitenciário brasileiro sobre um padrão binário. Assim, ao mesmo tempo em que o Estado reconhece determinados sujeitos como femininos, ele também os obriga a ocupar espaços que deveriam ser exclusivamente masculinos.

Nesse aspecto, destacamos os transexuais e travestis encarcerados em presídios masculinos, que além de já sofrerem com todos os problemas que afligem a massa carcerária como um todo – superlotação, péssimas condições de infraestrutura, guerra entre facções, falta de higiene e etc -, sofrem ainda com a discriminação pela questão do gênero, abusos físicos, psicológicos e moral. Somado

a isso há também o não reconhecimento de suas identidades de gênero, e, por muitas vezes, a impossibilidade de manutenção da expressão de gênero por meio do uso de materiais como pinças, maquiagem e etc, o que gera um desrespeito a uma parte essencial da personalidade da pessoa, constitutiva da sua dignidade humana. Esses pontos demonstram o quão o cumprimento da pena é muito mais gravoso para essa parcela da população do que aquele determinado na sentença condenatória.

Importante destacar que em um Estado Democrático de Direito, a pena, além de uma função preventiva geral dos delitos, tem uma função preventiva das punições arbitrárias, desmedidas ou injustas. Uma pena que se revele qualitativa e quantitativamente maior do que o suficiente para cumprir os seus é lesiva para a dignidade da pessoa humana e institucionaliza violências e arbitrariedades. O não respeito aos limites da pena faz com que ela se limite a ser retribucionista ou preventiva geral, ignorando princípios que devem guiar a sua aplicação, como o da ressocialização, da punição mínima necessária e da proporcionalidade.

Além do mais, a pena, como vem sendo aplicada nos presídios brasileiros, configura-se como tratamento cruel, que é proibido não só pela legislação brasileira, como também por diversos tratados internacionais, sendo cruel ou degradante o tratamento que humilha a pessoa, intensificando o seu sofrimento mental ou físico de maneira injustificada e desnecessariamente.

Assim, fato é que o cumprimento da pena por mulheres transexuais ou travestis em presídios masculinos, compartilhando celas com homens cis, tendo em vista todos os problemas aqui demonstrados, desrespeita qualquer dos limites de uma pena justa, sendo excessivamente maior do que aquela necessária. Afronta não só o princípio da dignidade da pessoa humana, como também o respeito à integridade física e moral, à honra e à vida.

Em relação ao cumprimento da pena em presídio feminino, importante ressaltar que a alocação em presídio feminino ou masculino não é consenso em meio ao movimento social organizado. Segundo o Diagnóstico produzido pelo Ministério das Mulheres (2019), algumas entidades

[...] que de forma geral não trabalhavam com a pauta das pessoas LGBTQI privadas de liberdade até muito pouco tempo, opinam pela transferência dessa população para unidades femininas, outras organizações, que historicamente trabalham com a pauta do encarceramento, majoritariamente opinam pela reserva de espaço (alas, galerias ou celas) para essa população em unidades masculinas.

Segundo a pesquisa, há uma vontade majoritária de mulheres transexuais e travestis de permanecerem nos presídios masculinos, desde que tenham acesso a um espaço que as separe de outros presos que sejam hostis. Essa vontade pode ser explicada por questões como a de formação de vínculos já existente, e, também, por questões de ordem material, devido a uma carência específica que é vivida por essas mulheres, que quase sempre não recebem visitas de seus familiares durante o encarceramento. Diversos produtos, que vão de alimentos a cobertores, ventiladores e outros, são recebidos pelos demais presos de seus familiares, e por meio de troca de serviços considerados femininos, como o de limpeza ou favores sexuais, por exemplo, as travestis e transexuais conseguem ter acesso a tais produtos, o que provavelmente não seria possível na penitenciária feminina.

Por outro lado, há transexuais e travestis que desejam a transferência para unidades femininas por considerarem que lá seriam tratadas de maneira mais humanizada, e com reconhecimento da feminilidade.

Também há divergência de opiniões a respeito da compulsoriedade da transferência para as celas LGBTQI dentro do presídio masculino. Na pesquisa realizada na PDFI, no presídio do Distrito Federal, algumas transexuais e travestis entrevistadas alegaram que o fato de estarem em celas localizadas no “seguro” – espaço reservado para abrigar os internos que não teriam convívio seguro com o restante da massa carcerária -, implica em limitações no acesso a alguns serviços, como escola e posto de trabalho. Além disso, especificamente no caso do DF, no qual há celas para travestis e transexuais separadas das celas para homossexuais, algumas pessoas alegaram que o banho de sol coletivo era um dos poucos momentos que possibilitavam conversas e sociabilização, e com a divisão das celas esse benefício da coletividade foi perdido. Para muitos, as celas isoladas são consideradas como verdadeiros espaços de segregação.

Assim, a referida pesquisa defende que deve haver uma única possibilidade atual, que é a transferência, seja para a penitenciária feminina ou para as celas específicas no presídio masculino, mediante consulta individual da pessoa travesti ou transexual.

Ademais, não podemos ignorar que, em uma sociedade predominantemente machista, heteronormativa, cisgênera e LGBTQI fóbica, a população da qual as transexuais e travestis fazem parte é extremamente estigmatizada e invisibilizada. O

sistema penitenciário brasileiro, por sua vez, reproduz tais comportamentos sociais, por meio de uma seletividade dos atos que são criminalizados e da perpetuação da discriminação e da exclusão social desse grupo pelo simples fato de serem quem são.

Embora ainda existam poucos estudos relativos a situação dos LGBTQI encarcerados, cada vez mais esse segmento vem tendo visibilidade na sociedade. Com a atuação de diversos movimentos sociais surgiram demandas pela modificação na legislação – e das práticas que acompanham as leis – com o fim de se alcançar o gozo de direitos e tratamentos não discriminatórios.

Nesse contexto é que surge a Criminologia Queer, que aponta como vítimas todas aquelas pessoas que estão fora dos padrões heteronormativos, e evidencia mecanismos formais de controle social, instrumentalizados por meio do direito penal, tanto na construção, interpretação e aplicação sexista da lei, quando nas práticas violentas utilizadas pelas agências punitivas do Estado.

A partir da mobilização do direito – de um direito historicamente apropriado pelas classes dominantes, que exerce um controle social e a manutenção do status quo - esse movimento procura alcançar uma emancipação social de determinados grupos sociais marginalizados e culturalmente discriminados. O objetivo é o de exigir mudanças, sejam elas relativas à desinstitucionalização de injustiças, ou relativas à inclusão, nas leis já existentes, de condições realmente capazes de garantir a igualdade material entre as pessoas.

O direito deve ser capaz de se modificar para acompanhar as mudanças sociais, tendo como premissa máxima de sua atuação a garantia da dignidade da pessoa humana da forma indistinta. Mas enquanto a legislação ainda não é capaz de garantir tal direito isonômica e materialmente, enquanto não há leis suficientes, como o Poder Judiciário tem atuado frente a essa legítima demanda social?

A necessidade de reconhecimento da identidade de gênero pelo Estado, independente da realização da cirurgia de transgenitalização ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, como um fator indispensável para o pleno gozo dos direitos humanos das pessoas transexuais, já é reconhecida pelo Poder Judiciário, como podemos verificar no julgamento do Resp. 1.626.739/RS, julgado pelo STJ, em 01/08/2017.

O poder judiciário já reconheceu também, conforme RE 845.779 (tema 778 da repercussão geral) que:

A mera presença de transexual feminina em áreas comuns de banheiro feminino poderia gerar algum constrangimento a mulheres, porém não seria comparável àquele suportado por um transexual que não teria a sua condição respeitada pela sociedade.

Há ainda, por exemplo, as decisões, sem efeito erga omnes, proferidas pelo STJ, relativas ao cárcere, que determinaram a colocação das pacientes em espaço próprio, compatível com sua identidade de gênero, separadas de homens e de mulheres (HC n° 152.491/SP e do HC n° 497.226).

Por fim, ressalto ainda a decisão da Juíza da Vara de Execuções Penais do DF, que autorizou a manutenção dos cabelos das apenadas que cumprem pena no presídio masculino do DF e que optem pela identidade de gênero feminina, mesmo que a presa não tenha realizado a cirurgia de redesignação sexual. Na referida decisão a juíza afirma que, naquele caso, embora a custodiada não possa ser alocada em presídio feminino, “tal fato não pode ser impeditivo que tenha o mesmo tratamento reservado a elas, quanto ao corte de cabelo sob pena de se deixar de reconhecer a própria identidade de gênero ou de não se dar tratamento digno”. A juíza diz ainda que:

[...] os cabelos compõem a moldura do rosto e significam, para a imensa maioria das mulheres, mulheres trans e travestis, uma das formas de empoderamento, aptos a demarcar suas individualidades ou características de ousadia, juventude, liberdade, sedução, poder, entre outros predicados, tornando-se ingrediente fundamental de sua identidade.

Dessa maneira, de fato, o Poder Judiciário tem avançado no sentido de oferecer respostas à demanda social que luta pelo reconhecimento dos direitos das pessoas transexuais e travestis. Contudo, no que diz respeito ao sistema penitenciário, o Poder Judiciário ainda se esbarra com o fato de a sua organização ser baseada em uma lógica binária, que considera apenas o sexo do apenado no momento de alocar o preso.

Tal fato pode ser identificado na argumentação trazida nas decisões da VEP, nas manifestações do MPDFT e no acórdão proferido pelo TJDFT. Muito embora todos reconheçam a identidade de gênero como parte do direito da personalidade e da dignidade da pessoa humana, ainda se deparam com a inexistência de um espaço

adequado para receber esse público, pois ou o presídio é destinado exclusivamente para o sexo masculino ou para o feminino, não havendo uma terceira opção para aquelas pessoas que não se enquadram nesse binarismo que leva em conta apenas o sexo, e não o gênero da pessoa.

Também foi possível identificar, na análise do processo, uma falta de reflexão a respeito da questão de o encarceramento em cela específica dentro do presídio masculino gerar uma espécie de segregação das apenadas. Estando em cela separadas, as travestis e transexuais podem ter o convívio social ainda mais mitigado, pois não teriam qualquer convivência com outros presos. Podem também não ter o acesso a itens básicos que só conseguiriam tendo contato com outras pessoas presas, que receberiam tais itens dos familiares. Outro ponto levantado pelas pesquisas aqui analisadas foi o fato de que as celas LGBTQI podem vir a serem ocupadas por homens cis que se auto declarem, falsamente, gays, por exemplo, para escaparem de alguma situação específica, como de guerras entre facções. Assim, muito embora a alocação das transexuais e travestis, por ora, seja considerada a melhor medida, muito ainda tem a se discutir a respeito.

Além disso, também foi observado que há uma inconsistência por parte dos órgãos públicos em suas manifestações no tratamento das transexuais e travestis. Nem todos os documentos se referem às pessoas pelo nome social ou se referem a elas no feminino, conforme revelam algumas expressões utilizadas, como, por exemplo, “os pacientes estão em alas separadas”. Esse fato demonstra que há necessidade de que os órgãos realizem uma maior conscientização e treinamento de todos os seus servidores, buscando efetivar o reconhecimento da identidade de gênero inclusive no uso da linguagem nas manifestações do Estado, direito já garantido inclusive por decisões do próprio STF, como já mencionado anteriormente.

Dessa forma, não obstante a presente pesquisa tenha identificado que há uma crescente preocupação do Estado, e especificamente do Poder Judiciário, com as condições de encarceramento das transexuais e travestis, os instrumentos normativos e as políticas públicas ainda são muito precárias e insuficientes. É latente a necessidade de adequação das nossas normas que preveem a divisão binária do sistema penitenciário e, também, daquelas que categorizam as identidades de gênero como não fluídas.

O sistema prisional, incluindo aí as estruturas física e humana, bem como a própria participação do Poder Judiciário, não é capaz de conferir cidadania e é reprodutor dos valores de uma cultura heteronormativa e LGBTQI fóbica, violando sistematicamente os direitos dos apenados. O direito deve ser aqui entendido como instrumento potencial capaz de gerar uma emancipação social da população da qual fazem parte as transexuais e travestis, e o Poder Judiciário, em um Estado Democrático de Direito, tem o dever constitucional de continuar buscando garantir os direitos desses indivíduos, por meio de sua atuação, ainda que a legislação seja omissa.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Thiago Clemente do. **Travestis, transexuais e mercado de trabalho: muito além da prostituição.** Anais... III SEMINÁRIO INTERNACIONAL ENLAÇANDO SEXUALIDADES. Salvador, 2013. Disponível em: <<http://www.uneb.br/enlacandosexualidades/files/2013/06/Travestis-transexuais-e-mercado-de-trabalho-muito-al%C3%A9m-da-prostitui%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso: 21.11.2019.

ANTUNES, Pedro Paulo Sammarco. **Travestis envelhecem?** 268f. Tese (Doutorado em Gerontologia) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal.** 3. ed. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARDIN, L. **Análise de conteúdo.** São Paulo: Edições 70, 2011.

BENTO, Berenice. **Transviad@s: gênero, sexualidade e direitos humanos.** Salvador: EDUFBA, 2017.

_____. **A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual.** Rio de Janeiro: Editora Garamond, 2006.

_____. Na escola se aprende que a diferença faz uma diferença. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 19, n. 2, p.549-559, agosto, 2011.

_____. **O que é transexualidade.** São Paulo: Brasiliense; 2008. (Coleção Primeiros Passos, v. 328)

_____. **Quem tem direito aos direitos humanos?.** Programa: Café Filosófico [Setembro, 2009]. Oscar Federico Bauchwitz. Café filosófico, programa semanal do Grupo de Estudos em Metafísica e Tradição. Rio Grande do Norte, 09/09/2009. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=unnWjhgfuyU>>. Acesso: 20 nov. 2019.

_____.; PELUCIO, Larissa. Despatologização do gênero: a politização das identidades abjetas. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 20, n. 2, ago., 2012. p. 559-568.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1.** 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Mandela (ONU).** Brasília, 2016. Disponível em:

<www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/39ae8bd2085fdb4a1b02fa6e3944ba2.pdf>. Acesso em: 11.08.2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária; Conselho Nacional de Combate à Discriminação. **Resolução Conjunta CNPCP/CNCD nº 1 de 15 de abril de**

2014, Brasília, DF. Disponível em: <http://justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/diversidades/normativos-2/resolucao-conjunta-no-1-cnpc-e-cncc-d_lgbt-15-de-abril-de-2014.pdf/view>. Acesso em: 20.10.2019.

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Brasília: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, 292 p. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso: 20 abr. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei de Execução Penal n. 7. 210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal e a legislação correlata. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 12 de jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 17/11/2019.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional; Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2017. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em: 20/12/2019.

BRASIL. **Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019**. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm. Acesso em: 01/11/2019.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. **LGBT nas prisões do Brasil: Diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento**. ; Subsecretaria Nacional de Proteção Global ,Brasília. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/todas-as-noticias/2020-2/fevereiro/TratamentopenaldepessoasLGBT.pdf>. Acesso em 10/02/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº497.226. Paciente: Dagmar Souza De Souza (Preso). Impetrante: Defensoria Pública Do Estado Do Rio Grande Do Sul. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Rogerio Schietti Cruz. Processo nº0065773-71.2019.3.00.0000. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201900657731>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº1.626.739/RS. Recorrente: Ministério Público do Rio Grande do Sul. Relator: Luis Felipe Salomão. Brasília, 9 de maio de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº4.275. Relator: Marco Aurélio. Brasília, 1 de março de 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400211&tipo=TP&descricao=ADI%2F4275>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 527. Arguente: Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais. Arguidos: Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e Presidente do Conselho Nacional de Combate à Discriminação. Relator: Ministro Roberto Barroso. Processo nº. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5496473>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 152.491/SP. Paciente: Pedro Henrique Oliveira Polo. Impetrante: Victor Hugo Anuvale Rodrigues. Coator: Relator do HC nº 413.829 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Roberto Barroso. Brasília, 16 de fevereiro de 2018. Processo nº 0064946-62.2018.1.00.0000. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5341940>>.

BUTLER, Judith (a), **Deshacer el gênero**. Barcelona: Paidós, 2006.

_____. **Problemas de gênero**: feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CARVALHO, Salo. Sobre as possibilidades de uma criminologia queer. **Sistema Penal & Violência**, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 151-168, jul.-dez. 2012.

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

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte geral. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DEPEN - DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização**: junho de 2017. Ministério da Justiça e da Segurança Pública: Brasília, 2017. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2019.

DISTRITO FEDERAL. Secretaria de Estado de Segurança Pública do Distrito Federal. Disponível em: <http://www.ssp.df.gov.br/subsecretaria-do-sistema-penitenciario/>. Acesso em: 20 jan. 2010.

DO VALE, Ionilton Pereira. Da vedação ao tratamento desumano e degradante, **Revista Jurídica da FA7**, Fortaleza, v. 3, n.1, 2006. p. 147-158. Disponível em: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/193>. Acesso: 15 ago. 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GALVÃO, Fernando. **Aplicação da pena**. Belo Horizonte: Del Rey. 1995.

LEITE JR, Jorge. **Nossos corpos também mudam**: a invenção das categorias “travestis” e “transexual” no discurso científico. São Paulo: Annablume, 2011.

MASIERO, Clara Moura. Criminologias Queer. In: CARLEN, Pat; FRANÇA, Leandro Ayres (org.). **Criminologias alternativas**. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2017.

_____. **Lutas sociais e política criminal**: os movimentos feminista, negro e LGBTQ e a criminalização das violências machista, racista e LGBTQfóbica no Brasil. Tese (doutorado). Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Direito. 2018.

_____. **O movimento LGBT e a homofobia**: novas perspectivas de políticas sociais e criminais. Porto Alegre: Criação Humana, 2014.

MDH - MINISTÉRIO MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS. **LGBT nas prisões no Brasil**: diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento. Documento técnico contendo o diagnóstico nacional do tratamento penal de pessoas LGBT nas prisões do Brasil. Brasília: 2019. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/todas-as-noticias/2020-2/fevereiro/TratamentopenaldepessoasLGBT.pdf>>. Acesso: 2 fev. 2020

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **As origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MOLINA, Antônio Flávio Gomes de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**: Introdução a seus fundamentos teóricos, introdução as bases criminológicas da lei 9.099/95, lei dos juizados especiais criminais. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MONICA, Eder Fernandes; MARTINS, Ana Paula Antunes. **Qual o futuro da sexualidade no Direito?** Rio de Janeiro: Bonecker, PPGSD, 2017.

PINTO, Nalayne Mendonça. **Penas e alternativas**: um estudo sociológico dos processos de agravamento das penas e de despenalização no sistema de criminalização brasileiro (1984-2004). 2006. 235f. Tese (Doutorado em Sociologia e Antropologia) – Instituto de Filosofia e Ciências Sociais, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. Princípios acerca da legislação internacional dos direitos humanos no âmbito da identidade de gênero e da orientação sexual. P.7. Disponível em:<http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso: 18.12.2019.

TGEU. **TMM annual report 2016**. Disponível em: <https://transrespect.org/wp-content/uploads/2016/11/TvT-PS-Vol14-2016.pdf>

Resolução Conjunta Nº 1, de 15 de Abril de 2014. Diário Oficial da União, Brasília, DF, n 74, 17 de abril de 2014, Seção 1, p. 1. Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/30054460/do1-2014-04-17-resolucao-conjunta-n-1-de-15-de-abril-de-2014-30054456. Acesso: 20 abr. 2019.

SANTOS, Isabella Petrocchi Rodrigues dos; GOMES, Camilla de Magalhães. Travestis no sistema carcerário do Distrito Federal: gênero e cárcere entre narrativas e normas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 26, n. 146, p. 397-433, ago. 2018.

SERANO, Julia. **Whipping girl**: a transsexual woman on sexism and the scapegoating of femininity. Hachette: Seal Press, 2007.

SILVA, Cosmo Sobral da; BEZERRA, Everaldo Batista. A terceirização de presídios a partir do estudo de uma penitenciária do Ceará. **Jus Navigandi**, Teresina, ano, v. 9, 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6541/a-terceirizacao-de-presidios-a-partir-do-estudo-de-uma-penitenciaria-do-ceara>>. Acesso: 25 abr. 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.1.

ZAMBONI, Marcio. Travestis e transexuais privadas de liberdade: a (des)construção de um sujeito de direitos. **Revista Euroamericana de Antropologia**, Salamanca, v. 5, n. 2, 2016. p. 15-23.

ZAMBONI, Marcio. O barraco das monas na cadeia das coisas: notas etnográficas sobre a diversidade sexual e de gênero no sistema penitenciário. **Aracê Direitos Humanos em Revista**, São Paulo, v. 4, n. 5, p. 93-115, 2017.