

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**O HISTÓRICO DE VIOLÊNCIA E O AVANÇO DAS POLÍTICAS
CARCERÁRIAS PARA A COMUNIDADE TRANSGÊNERO FEMININA DO RIO DE
JANEIRO: O DIREITO FUNDAMENTAL À HUMANIZAÇÃO DAS PENAS**

THAMIRES OLIVEIRA PEREIRA

Rio de Janeiro
2018 / 1º SEMESTRE

THAMIRES OLIVEIRA PEREIRA

**O HISTÓRICO DE VIOLÊNCIA E O AVANÇO DAS POLÍTICAS
CARCERÁRIAS PARA A COMUNIDADE TRANSGÊNERO FEMININA DO RIO DE
JANEIRO: O DIREITO FUNDAMENTAL À HUMANIZAÇÃO DAS PENAS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Ms. Natália Lucero Frias Tavares.

Rio de Janeiro

2018 / 1º SEMESTRE

THAMIRES OLIVEIRA PEREIRA

**O HISTÓRICO DE VIOLÊNCIA E O AVANÇO DAS POLÍTICAS
CARCERÁRIAS PARA A COMUNIDADE TRANSGÊNERO FEMININA DO RIO DE
JANEIRO: O DIREITO FUNDAMENTAL À HUMANIZAÇÃO DAS PENAS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Ms. Natália Lucero Frias Tavares.

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador(a)

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2018/1º SEMESTRE

AGRADECIMENTOS

Muitas pessoas são peças fundamentais na minha vida. Sem elas, comemorar cada conquista, e até a felicidade mais simples não faz sentido. Por isso, nesse momento é imprescindível agradecer-las por esse momento tão especial, do fechamento de um ciclo tão importante.

Inicialmente, agradeço toda a minha família pela estrutura emocional, amor e carinho doados a mim. Além disso, toda a minha base educacional em sentido amplo e o meu caráter se deve a tudo que eles puderam me proporcionar.

A minha mãe, toda a gratidão e amor do mundo. Você, no seu papel de mãe e professora, sempre foi capaz de me dar o melhor exemplo e mostrar o melhor caminho a se seguir. Obrigada por me apoiar em cada passo.

As minhas irmãs, agradeço por serem meus maiores motivos de felicidade, meus melhores sorrisos e minhas melhores amigas. Vocês são meus orgulhos e fontes de inspiração.

Aos meus sobrinhos, agradeço a oportunidade de amar de uma forma inexplicável. Com certeza, vocês trazem uma alegria a mim e a toda a família que é difícil de explicar, mas fácil de sentir. Cada palavra, sorriso ou gesto de vocês fazem com que a vida seja mais leve e os problemas se tornem menores.

Ao meu pai, sou grata por sonhar comigo e torcer por mim a cada dia. Sem o seu apoio e dedicação, nada seria possível.

A minha vó, agradeço por estar presente da melhor forma possível na minha vida. O seu chamego, as suas comidas e a sua risada, com certeza, foram substratos essenciais para mim.

Ao meu avô, agradeço por sempre torcer pela minha felicidade e conquistas. Obrigada pelo exemplo de força.

A minha maior saudade, Preta, eu agradeço por ter feito parte, mesmo que de forma breve, da minha vida, pois sem suas lambidas, meus dias teriam sido mais difíceis. Seu amor

verdadeiro, seu rabo balançando a todo momento, e você me aguardando todos os dias na porta de casa, na hora que eu chegava, sempre me trouxeram a maior alegria e a certeza de que o amor e o respeito aos animais são os sentimentos mais puros que podemos expressar. Seu olhar sempre foi responsável por eu me sentir a “mãe” mais feliz do mundo.

A Hannah e ao Strep também agradeço o amor e companheirismo ao longo de todos esses anos.

A minha dinda Jeanette, agradeço por todo amor, carinho e torcida. Tenho certeza que todas as suas orações por mim foram de suma importância para eu me manter forte e persistente.

Ao Alexandre, tenho uma gratidão imensurável por estar presente em minha vida há 8 anos, tendo sido capaz de transformá-la a cada dia para melhor. Com certeza, você me motivou para chegar até aqui; -inclusive, passei no vestibular e estou me formando com muito esforço NOSSO. Sua paciência e dedicação a minha felicidade sempre foram incomparáveis. Ver o orgulho que sente de mim, e perceber que minha felicidade te faz feliz, só me traz a certeza de que te quero ao meu lado para todo o sempre.

Ao Colégio Maria Raythe, sou grata por toda a base dada, e aos professores que sempre torceram por mim e batalharam comigo.

Aos meus amigos, agradeço toda parceria, ouvidos, conselhos e paciência. Vocês trazem minhas gargalhadas mais sinceras. Obrigada, de forma mais especial, aos melhores amigos que a vida fora da Universidade me deu: Marília, Ayanny, Carina, Natalia e Rodrigo.

As minhas amigas da faculdade, a gratidão nesse momento é do tamanho do mundo, porque, sem vocês, minhas manhãs não seriam as mesmas. Quando pensava em faltar a aula, por qualquer motivo, preferia ir, na certeza que eu iria ter boas risadas ao lado de vocês e que meu dia, com isso, começaria bem.

Que as nossas amizades permaneçam além da faculdade (como já acontece), para o restante da minha vida. Obrigada mil vezes pelos “empurrões”, pela força para que eu

passasse na OAB, e pensasse em entregar esta monografia. Cada choro foi menos doloroso graças a vocês: Paloma, Mariana, Patrícia, Natalia, Karina e Ellen.

Por último, agradeço a FND e a seus professores por todo o aprendizado técnico e pessoal, principalmente, a professora Natália Lucero, pois sem ela essa monografia não seria possível. Seu suporte foi essencial para que tudo se concretizasse. Sempre levarei tudo comigo.

Quanto mais te convences de que podes ser feliz, de que tens em ti os atributos da paz, ação, resistência e amor, mais as facilidades chegam a ti. No entanto, se preferes viver em lamentações, na recusa à prática do bem ou no cultivo de vícios, ergues, desnecessariamente, barreiras a ti mesmo.

Chico Xavier.

RESUMO

A população transgênero é subdividida em dois grupos, transexuais e travestis, que têm se tornado pauta importante de debate na sociedade atual. Entre os diversos temas possíveis de discussão que permeia essa minoria, encontra-se o aprisionamento dessa camada populacional. A trajetória de hipervulnerabilidade do transgênero causada pela construção do modelo binário, no qual se reconhece apenas a existência de duas identidades opostas e possíveis (homem e mulher), faz com que a população trans ainda tenha muita luta pela frente para que alcance a igualdade material. A desigualdade é ainda mais agravada dentro do presídio, ante o “estado de coisas inconstitucional” existente (ADPF 347) – em razão do quadro generalizado de violação dos direitos fundamentais dos presos e prolongada inércia das autoridades na resolução dessa conjuntura – e, especialmente, na condição de dupla vulnerabilidade (transgênero e preso). Acrescenta-se que, somente após a segunda década do século XXI foram sendo criadas as primeiras normas específicas brasileiras para fortalecerem os princípios e regras já existentes no direito internacional, destacando-se na legislação nacional, a Resolução Conjunta CNPCP e CNCD/LGBT n. 1, de 15 de abril de 2014, e a Resolução SEAP-RJ n. 558/2015. Ademais, a partir do *leading case Habeas Corpus* n. 152.491, o Supremo Tribunal passou a garantir às presas trans a liberdade de escolha quanto ao local adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade. A fim de demonstrar o resultado prático das normas e jurisprudência no presídio, foi realizado o método de pesquisa empírico de entrevista e revelou-se que a situação atual ainda não se enquadra nos dispositivos descritos acima. Dessa forma, dentro do Presídio Evaristo de Moraes, as presas transgênero dividem as celas com os homens cis e são frequentemente violentadas pelos agentes penitenciários. Sendo assim, percebe-se facilmente que o suplício da execução da pena resta potencializado diante do quadro de vulnerabilidade das transexuais.

Palavras-chave: Execução Penal; Encarceramento; População prisional transgênero; Dignidade da Pessoa Humana; Hipervulnerabilidade.

ABSTRACT

The transgender population may be subdivided into two groups: transsexuals and transvestites. Lately, the trans population is becoming an increasingly popular subject of discussion. Among the various aspects regarding this minority, two that deserve special attention are the violation of rights they incur when deprived of freedom due to criminal conviction and the growth of trans incarceration. The trajectory of hyper vulnerability of the transgender person comes as a direct result from the construction and imposition of the binary model in which only the existence of two opposite identities are accepted (male and female). The binary model constitutes a real obstacle on the quest for material equality of the trans population. Regarding the Brazilian prison system, the “permanent state of unconstitutionality” (brought to life by the ADPF 347) must be pointed out, in which suppressions and violations of rights appear repeatedly and are not met with proper state response or solution. It was only after the second decade of the XXI century that specific rules and legislation were created in order to effectively apply and protect the principles and rules devoted to LGBTQ rights already existent in international law. The Joint Resolution of CNPCP and CNDC/LGBT n. 1 and SEAP-RJ Resolution n. 558/2015 may be cited as examples. Habeas corpus 152.491 was the leading case in with the Supreme Federal Tribunal of Brazil granted trans people the freedom to choose the correctional facility where they will be sent to in order to carry out their reclusion sentence. To better demonstrate the effects these juridical decisions and legislative texts bring – or should bring – on to the prison system, an empirical research was carried (following the interview method). The results showed that even though rules for the protection of LGBT imprisoned population do exist, violations of rights continue to occur very often. This conclusion can be easily illustrated by the realization that there are trans women kept in cells alongside cis gender man in the Evaristo de Moraes Prison (RJ) where they suffer grave violence, such as criminal assault.

Keywords: Incarceration; Criminal Execution; Transgender prison population; Dignity of the human person; Vulnerability.

LISTA DE GRÁFICO

Gráfico 1 - Unidades com ala ou cela destinada exclusivamente a grupos específicos.....	42
--	----

ABREVIATURAS

AIDS – Síndrome da Imunodeficiência Adquirida
ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
Art. – Artigo
CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CNJ – Conselho Nacional de Justiça
CNPCCP – Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária
DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos
EResp – Embargos de Divergência em Recurso Especial
Info. – Informativo
INFOPEN – Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias
LGBT – Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros
MC/DF – Medida Cautelar/ Distrito Federal
Min. – Ministro
Nº – Número
Nudiversis – Núcleo de Defesa da Diversidade Sexual e Direitos Homoafetivos
ONU – Organização das Nações Unidas
P. – Página
PIDCP – Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos
Rel. – Relator
REsp – Recurso Especial
SEAP/RJ – Secretaria de Estado de Administração Penitenciária do Rio de Janeiro
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1. TRAJETÓRIA DE HIPERVULNERABILIDADE DO TRANSGÊNERO.....	13
1.1 A construção do modelo binário.....	13
1.2 Direito à busca pela felicidade.....	16
1.3 A igualdade e a hipervulnerabilidade.....	18
2. REGRAS E PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO TRÂNGENERO.....	22
2.1 Breve panorama dos sistemas de proteção dos direitos humanos e das características dos direitos humanos.....	23
2.2 Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em Condições de Vulnerabilidade.....	29
2.3 Princípios de Yogyakarta.....	31
2.4 Regras de Mandela.....	35
3. SISTEMA PENITENCIÁRIO.....	39
3.2. Tutela do transgênero no cárcere: O advento da Resolução Conjunta CNPCP e CNCD/LGBT n. 1, de 15 de abril de 2014.....	43
3.3 Resolução SEAP-RJ n. 558/2015.....	49
3.4. Habeas Corpus n. 152.491.....	52
4. O COTIDIANO DO TRANSGÊNERO DENTRO DOS PRESÍDIOS NO RIO DE JANEIRO.....	56
4.1 Panorama geral.....	56
4.2 Metodologia.....	58
4.3 Presídio Evaristo de Moraes.....	59
CONCLUSÃO.....	66
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	71

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 alçou a dignidade da pessoa humana à condição de princípio fundamental¹, cuja observância, dada a força normativa do texto constitucional, é cogente a todos os Poderes do Estado no exercício de suas funções típicas e atípicas. Não por outro motivo, a Carta Magna encampou uma postura dirigente, que se traduz nos objetivos fundamentais da República², entre outros, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor e idade.

É nesse contexto que se situa a luta da população LGBT.

Inicialmente, o presente trabalho apresentará o histórico de vulnerabilidade da comunidade LGBT, somado à deficiente tutela estatal vista até hoje. Essa situação de grave violação de direitos fundamentais se torna ainda mais dramática quando membros da citada comunidade ingressam no sistema penitenciário.

Em um segundo momento, serão debatidas as regras e os princípios norteadores do direito transgênero provenientes do direito internacional, os quais viabilizam a aplicação dos direitos humanos adequada às necessidades da população LGBT.

No capítulo seguinte, abordar-se-á o Estado de Coisas Inconstitucional existente no sistema prisional brasileiro, mais especificamente os requisitos erigidos pelo Supremo Tribunal Federal na paradigmática ADPF 347 MC/DF para configuração desse quadro de violação generalizada, sistêmica e persistente de direitos fundamentais, com ênfase numa população ainda mais vulnerável, a dos transexuais. Além disso, tratar-se-á dos remédios estruturais implementados pelo STF na tentativa de superar a omissão dos Poderes Legislativo e Executivo, ante a inércia na formulação e execução de políticas públicas.

¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana

² Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

Em seguida, far-se-á a análise do importante marco normativo criado pela Resolução Conjunta CNPCP e CNCD/LGBT n. 1, de 15 de abril de 2014, que objetivou realizar sensíveis modificações na realidade dos presos LGBT, para que gozem de ampla e efetiva proteção à integridade física, psíquica, sexual e moral.

Posteriormente, ressaltar-se-á os avanços obtidos pelo Rio de Janeiro na matéria, notadamente com a edição da Resolução SEAP n. 558, de 29 de maio de 2015, que disciplina o tratamento da população LGBT do Sistema Penitenciário desse Estado. Entre as inovações trazidas pela Resolução SEAP n. 558/2015, merecerá destaque a efetividade da previsão do art. 4º da mencionada resolução, o qual estabelece que, após o ingresso no sistema, a pessoa que se autodeclarar pertencente à população transexual feminina e masculina deverá ser dirigida ao presídio feminino.

Será analisado também, o *Habeas Corpus* n. 152.491, da relatoria do Ministro Roberto Barroso, julgado pelo STF em 14 de fevereiro de 2018, tendo em vista que foi essencial para a criação de uma direção a ser seguida pelos demais tribunais, ao reconhecer a necessidade da transferência da presa travesti e sua corréu para o presídio feminino, visto a violência física e psicológica que sofriam perante os demais presos e agentes públicos.

Por último, investigar-se-á o caso do presídio Evaristo de Moraes, vulgarmente conhecido como “Galpão da Quinta”, localizado no bairro da Quinta da Boa Vista, onde fica a maior parte da população carcerária transexual feminina do Rio de Janeiro.

A pesquisa teve como base entrevista realizada com a Defensora Pública Letícia Furtado³, responsável por indagar as presas em situação de vulnerabilidade de forma indireta sobre a aplicação concreta da resolução SEAP-RJ N. 558/2015.

O resultado da pesquisa demonstrou que, para o caso específico do Presídio Evaristo de Moraes, a separação por ala ou a transferência para o presídio feminino não é desejável para a maioria das presas transgênero, inclusive, traria mais malefícios do que conquista de direitos.

³Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro responsável por dirigir diversas palestras relativas a despatologização das identidades trans, encarceramento, capacitação e empregabilidade, além de lutar pela garantia dos direitos dessa minoria

1. TRAJETÓRIA DE HIPERVULNERABILIDADE DO TRANSGÊNERO

1.1 A construção do modelo binário

Não apenas dentro do cárcere, mas em toda a sociedade, o transexual foi e é invisibilizado. Apesar de o não reconhecimento das nuances entre a identidade de gênero (gênero que a pessoa se autodefine) e o sexo biológico (combinação dos cromossomos com a sua genitália) estar paulatinamente caindo por terra, ainda prevalece, hoje, mesmo que em um menor grau, o rechaço a essa diferenciação.

De forma mais precisa, a identidade de gênero é a experiência interna individual sentida pela pessoa que pode corresponder ou não com o sexo do nascimento. Refere-se à:

[...] experiência interna, individual e profundamente sentida que cada pessoa tem em relação ao gênero, que pode, ou não, corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo-se aí o sentimento pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive o modo de vestir-se, o modo de falar e maneirismos [...]⁴

Assim, quanto à identidade de gênero, as pessoas podem ser⁵:

- a) Cisgêneras: são as que se identificam com o gênero que lhes foi imposto socialmente. Possuem uma identidade de gênero que corresponde ao sexo biológico.
- b) Transexuais: são as que possuem uma identidade de gênero distinta do sexo biológico. Isto é, psicologicamente são de um sexo e anatomicamente de outro, rejeitando ou não o próprio órgão sexual biológico.

⁴ Conceitos apresentados na introdução aos Princípios de Yogyakarta – Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em reação à orientação sexual e identidade de gênero. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf>

⁵ Consideração apresentada na Resolução SEAP 558, de 29 de maio de 2015. Disponível em: <http://www.rj.gov.br/c/document_library/get_file?uuid=06ddbcbba-6d38-4d92-a359-61c875320b80&groupId=132926>

- c) Travestis: vivenciam papéis de gênero feminino socialmente, mas não se reconhecem como homens ou mulheres (e sim de um não-gênero ou de um terceiro gênero).

Em contrapartida, a orientação sexual está relacionada ao afeto e à atração sexual por indivíduos do sexo oposto, mesmo sexo ou ambos os sexos. Diz respeito, portanto, “*capacidade de cada pessoa de experimentar uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como de ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas*”⁶.

Quanto à orientação sexual, as pessoas podem ser:

- a) Homossexuais: São as que possuem atração por pessoas do mesmo gênero.
- b) Heterossexuais: São as que possuem atração por pessoas de gênero diferente.
- c) Bissexuais: São as que possuem atração por pessoas dos dois gêneros.
- d) Assexuais: São as que não possuem atração por pessoas de nenhum dos gêneros.

O modelo binário⁷, de equivalência entre gênero e orientação sexual, foi histórica e socialmente construído e fez com que, durante muitos séculos, fosse negada a existência dos transexuais, por não se adequarem ao padrão sexo/gênero imposto. Por isso, tiveram e ainda têm muitos de seus direitos fundamentais restringidos sobre seu próprio corpo, privacidade e nome.

A arbitrariedade restritiva, socialmente imposta, no sentido de categorização, condiciona um círculo vicioso de identidades, que exclui todos aqueles que fogem ao que foi predeterminado e faz com que o sexo seja visto como sinônimo de orientação sexual e gênero.

⁶ Conceito apresentados na introdução aos Princípios de Yogyakarta – Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em reação à orientação sexual e identidade de gênero. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf>

⁷Silva, José Claudivam da. *Identidade transgênero: Direitos de personalidade e teoria do reconhecimento na construção identitária do indivíduo no estado democrático de direito*. 2017. 12p. Monografia (Especialização em Direito de Família) - Faculdade Damas da Instrução Cristã - Faculdade Damas da Instrução Cristã Virtual, Recife, 2017.

Existe, assim, a necessidade da percepção de que a formação identitária está relacionada à forma com que as pessoas se reconhecem, como se determinam intrinsecamente, e não em função do sexo biológico.

A identidade cisgênero se verifica, justamente, quando a pessoa se identifica com o gênero designado no nascimento, isto é, com seu sexo biológico. Já quando há identificação com o sexo oposto do determinado no nascimento, está-se diante dos transexuais. Há também quem não se identifique com nenhum dos sexos, sendo não binário⁸.

Em relação aos transexuais, é importante ressaltar que há duas formas de se expressarem, segundo a doutrina⁹. A primeira forma é conhecida como transexual verdadeiro ou primário que são os indivíduos que apresentam negação ao corpo biológico e a certeza de pertencimento ao sexo oposto. Por isso, externam vontade pela modificação do sexo, sendo a cirurgia a única solução viável para adequação com sua identidade.

Em contrapartida, os transexuais secundários se manifestam pelo sentimento de pertencimento ao sexo oposto, mas sem a necessidade da intervenção cirúrgica, dessa forma, não rejeitam o próprio corpo.

Toda essa reprodução de sexo, corpo e gênero foi criada para que as instituições pudessem fixar seu controle, pois o corpo é uma das formas mais privilegiadas para atuação de todas as instâncias de poder.

A negação da identidade “desviante”¹⁰ do transgênero fortalece as instituições, por condicionar ou criar o processo de marginalização e subalternização de seus corpos reconhecidos como “anormais”. Sendo assim, há um aumento nos poderes dos indivíduos cis que reforçam a todo tempo a repulsa ao “diferente”, afirmando a ideia de que pertencem à sexualidade correta desejável moral e socialmente.

⁸ Termo associado a pessoas cuja identidade ou expressão de gênero não se limita ao “masculino” ou “feminino”, podendo se adequar a um gênero “entre” os dois citados acima ou se definirem de forma completamente distinta. Uma pessoa binária tem identidade de gênero “não conformista”.

⁹ CUNHA, Leandro Reinaldo da. *Identidade e redesignação de gênero: Aspectos da personalidade, da família e da responsabilidade civil*. 2014. 515 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

¹⁰ Vista como errada, diferente do esperado pelo senso comum.

Percebe-se que, com todo esse processo, o direito foi construído, justamente, sobre uma perspectiva heteronormativa¹¹, com uma estrutura científico-discursiva e epistemológica que conduz ao binarismo sexual antes mesmo do nascimento dos indivíduos.

[...] o corpo mostra-se como instância privilegiada de atuação dos micropoderes disciplinares, sendo concebido como um campo de batalha no qual se travam conflitos cotidianos entre as exigências sociais da normatização disciplinar institucional e as linhas de fuga da resistência.

[...] os micropoderes disciplinares investem e atuam sobre o corpo, penetram no corpo, domesticam-no, disciplinam-no, em suma, forjam-no em sua realidade, de modo que os poderes disciplinares constituiriam a instância que conduziu a própria constituição do indivíduo moderno¹².

O direito sempre teve que se adequar aos anseios da sociedade, mas dificilmente as respostas vêm da forma esperada e no tempo devido. Em verdade, na maior parte das vezes, por estarmos numa sociedade conservadora, heterossexual e machista, a resposta do legislativo é lenta e lacunosa.

1.2 Direito à busca pela felicidade

O direito fundamental à livre orientação sexual e à identidade de gênero impõe ao Estado e a terceiros o dever de respeito, no primeiro caso, à preferência sexual e afetiva de cada um e, no segundo, à experiência interna de cada indivíduo com relação ao gênero. Do exercício desses direitos não se admite a extração de qualquer consequência negativa ou de restrição de direitos.

Para André de Carvalho Ramos, os citados, embora não gozem de previsão expressa no texto constitucional, são extraídos não apenas na privacidade (art. 5º, X, da CF/88), mas também na cláusula de abertura de direitos fundamentais (art. 5º, § 2º, da CF/88¹³), na

¹¹ Heteronormatividade presume que a heterossexualidade é a norma e define que as relações sexuais e maritais são apropriadas apenas entre um homem e uma mulher

¹² Duarte, *Vidas em risco: crítica do presente em Heidegger, Arendt e Foucault*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p.218

¹³ Os direitos expressos não excluem outros *decorrentes* do regime, dos princípios e dos tratados de direitos humanos

dignidade humana (art. 1º, III, CF/88¹⁴) e na proibição de toda forma de discriminação (art. 3º, IV, CF/88¹⁵), que é objetivo fundamental da República.

Nesse contexto, acerca da dignidade humana, são esclarecedoras as lições de Daniel Sarmiento¹⁶:

O princípio da dignidade humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e do mercado.

Da dignidade humana, vértice axiológico do ordenamento jurídico brasileiro, advém, nas palavras do Ministro Celso de Mello¹⁷, no julgamento do paradigmático caso em que o Supremo Tribunal Federal reconhece a união homoafetiva como entidade familiar, o direito constitucional implícito à “busca da felicidade”. Isso porque a dignidade humana, vista sob a perspectiva kantiana, enxerga as pessoas com fins em si mesmas, de modo que não se admite a instrumentalização do outro para a satisfação das pretensões alheias.

Essa concepção se harmoniza com o que a doutrina¹⁸ denomina de eficácia vertical dos direitos humanos, que consista na oponibilidade dos direitos humanos em face do Estado, impondo-lhe não apenas deveres negativos (abstenções), mas também positivos, no sentido de concretizar os direitos humanos em sua máxima extensão (art. 5º, § 1º, da CF/8819).

¹⁴ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

¹⁵ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹⁶ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 59-60.

¹⁷ RE 477.554-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-8-2011, Segunda Turma, DJE de 26-8-2011

¹⁸ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1149 e 1150.

¹⁹ Art. 5º, § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Relevante destacar, por outro lado, que os direitos humanos também são oponíveis no âmbito das relações privadas, contra os particulares.²⁰ Limita-se, destarte, a autonomia privada, de sorte que os particulares não podem, a pretexto do livre arbítrio, pactuarem situações que importem violação da dignidade humana.

O reconhecimento do direito à busca da felicidade representa uma nova perspectiva dos direitos humanos, sobretudo na tutela de grupos hipervulneráveis, conforme será explanado adiante.

1.3 A igualdade e a hipervulnerabilidade

De acordo com Edilson Vitorelli²¹, o Direito de Minorias é o ramo do direito que estuda as normas jurídicas aplicáveis aos grupos minoritários, assim entendidos aqueles que demandam especial proteção estatal em razão de sua vulnerabilidade. Objetiva-se garantir a existência da autonomia, da inclusão e da igualdade material desses grupos na comunidade nacional, de modo possam fruir dos direitos destinados à maioria em igualdade de condições, sem que isso exija a perda ou abandono forçado de seus traços diferenciadores.

Assim, as minorias podem ser delineadas a partir de da sua reduzida composição numérica ou pela presença de um elemento (étnico, religioso, físico ou social) distinto do restante da população, o que faz, em ambos os casos, surgir a pretensão de preservação dessa diferença pelas maiorias.

A igualdade proíbe a hierarquização de indivíduos e a formulação de distinções desprovidas de fundamento. Dela também decorre uma dupla atuação positiva por parte do Estado, qual seja, a de neutralizar injustiças históricas, econômicas e sociais e promover um maior respeito à diferença. Expressa-se em três dimensões²²: a) igualdade formal; b) igualdade material; e c) igualdade como reconhecimento.²³

²⁰ Eficácia horizontal dos direitos humanos ou *Drittwirkung*, no vernáculo alemão.

²¹ VITORELLI, Edilson. *Estatuto da Igualdade Racial e Comunidades Quilombolas*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 24.

²² São os três planos de igualdade reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal.

²³ Relacionado ao respeito que se deve ter com as minorias, sua identidade e suas diferenças, sejam raciais, religiosas, sexuais ou quaisquer outras. A injustiça a ser combatida tem natureza cultural ou simbólica.

A igualdade formal, prevista no art. 5º, caput, da Constituição Federal²⁴, insere-se no contexto da primeira dimensão dos direitos humanos, ligada ao denominado Estado Liberal, vocacionado à tutela das liberdades negativas, isto é, que reclamava do Estado uma postura de ausenteísta, de autocontenção. A igualdade formal proscree privilégios e tratamentos discriminatórios, sendo dividida em igualdade perante a lei e igualdade na lei. A primeira é comando dirigido ao aplicador da lei, em âmbito judicial e administrativo, no sentido de que as normas sejam aplicadas de forma impessoal e uniforme a todos que estejam sujeitos a sua incidência; a segunda, destina-se ao legislador, para quem é defeso instituir discriminações ou tratamentos diferenciados baseados em fundamento que não seja razoável ou que não vise a um fim legítimo.

Preconizada no art. 3º, I e III, da Constituição Federal²⁵, a igualdade material está contida na segunda dimensão dos direitos humanos, derivando de exigências de redistribuição de riqueza e poder, ou seja, de justiça social. No *Welfare State*, a concepção estritamente individual dos direitos humanos cede espaço às demandas de prestações positivas por parte do Estado, com o escopo de concretizar direitos econômicos e sociais. Não basta a proibição de privilégios, é preciso assegurar, em algum nível, a igualdade perante a vida. O Estado passa a ter o dever jurídico de atuar para proteger o polo mais fraco de certas relações jurídicas e a criar mecanismos de redistribuição da riqueza.

A igualdade como reconhecimento, amparada entre os objetivos fundamentais da república pelo art. 3º, IV, da Constituição Federal²⁶, visa combater a injustiça de natureza cultural ou simbólica, pela exigência de respeito aos aspectos identitários das minorias, discriminadas em razão da sua identidade, origens, religião, aparência física ou orientação sexual, como os negros, judeus, indígenas, ciganos, deficientes, mulheres, homossexuais e transgêneros.

²⁴ “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”

²⁵ “Construir uma sociedade livre, justa e solidária” e “Erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

²⁶ “Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

Impede-se, então, que determinados modelos sociais dominantes imponham seus códigos de interpretação sobre os demais e criem dominação cultural, que se reflete no não reconhecimento do diferente ou – pior – no desprezo.

É importante salientar que um mesmo segmento social pode suportar mais de um tipo de desigualdade, como ocorre corriqueiramente com mulheres e negros, os quais enfrentam desigualdade de cunho econômico (desigualdade material) e cultural-valorativa (igualdade como reconhecimento).

É nesse diapasão que se situa a hipervulnerabilidade.

O termo foi empregado pela Ministra Laurita Vaz no REsp 1.192.577-RS (Info. 573 STJ), julgado em 21/10/2015, para definir a hipossuficiência técnica ou organizacional de determinados grupos socialmente estigmatizados ou excluídos, como idosos, crianças, gerações futuras, população em situação de rua, transexuais etc. A constatação desse tipo de vulnerabilidade reclama, em homenagem ao postulado da proporcionalidade²⁷, sob a ótica da proibição da proteção deficiente, uma atuação específica e diferenciada das instituições, com vistas à superação desse quadro.

Todavia, para o Defensor Público de São Paulo Tiago Fensterseifer, a hipervulnerabilidade também pode ser entendida como a situação social fática de agravamento da vulnerabilidade de indivíduos ou grupos sociais, pressupondo, assim, um “somatório” de dois ou mais fatores de vulnerabilidade.

A hipervulnerabilidade é hipótese de atuação institucional da Defensoria Pública. Esta instituição, essencial à função jurisdicional do Estado (art. 134, caput, da CF), tem por missão primordial a assistência jurídica e a defesa dos necessitados econômicos. No entanto, a expressão “necessitados”, prevista no art. 134, *caput*, da Constituição Federal, deve ser entendida em sentido amplo. Para o Superior Tribunal de Justiça (REsp 1192577-RS, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 21/10/2015 - Info 573), a Defensoria pode atuar tanto em favor

²⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

dos carentes de recursos financeiros como também em prol dos necessitados jurídicos ou organizacionais, os denominados hipervulneráveis.

A hipervulnerabilidade do transgênero em situação de cárcere vem permitindo, ainda de maneira incipiente, a tutela diferenciada da situação jurídica, derivada do advento de normativos específicos que serão doravante abordados.

2. REGRAS E PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO TRÂNGENERO

Durante a Conferência de Oslo, em 2012, sobre Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero, Ban Ki-moon, o Secretário Geral da ONU criticou fortemente o comportamento das pessoas contra as minorias sexuais, solicitando que houvesse uma modificação de postura tanto por parte dos Estados quanto pelos indivíduos:

Todos nós deveríamos nos indignar quando as pessoas sofrem discriminação, violência e até assassinatos – simplesmente por serem lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros. Todos nós deveríamos nos pronunciar quando alguém é detido e preso em função da pessoa que ama ou de sua aparência. Este é um dos grandes desafios de direitos humanos que foram negligenciados em nosso tempo. Nós precisamos corrigir esses erros. [...] Alguns se opõem a mudanças. Eles invocam cultura, tradição ou religião para defender o status quo. Tais argumentos têm sido usados para tentar justificar a escravidão, o casamento infantil, o estupro marital e a mutilação da genitália feminina. Eu respeito cultura, tradição e religião – mas elas não podem jamais justificar a negação de direitos fundamentais²⁸.

Embora tal discurso seja motivador, em determinados países, as legislações internas não oferecem nenhuma proteção específica aos LGBTs contra discriminação e violência, inclusive, muitas vezes, é criminalizado o comportamento que não esteja de acordo com a heteronormatividade. Em outros países como o Brasil, algumas legislações nacionais oferecem proteção especial ao grupo e, em geral, garantem os mesmos direitos e deveres concedidos a outros cidadãos.

Diante o regramento internacional, inicialmente, havia apenas uma proteção geral baseada no princípio da não discriminação. Contudo, atualmente, mesmo que ainda não haja um consenso entre todos os países sobre as condições das pessoas LGBTs, inúmeros órgãos

²⁸Cultura, Religião, Tradição não podem jamais justificar a Negação de Direitos, ressalta o Secretário Geral em mensagem à Conferência sobre Orientação Sexual e Identidade de Gênero], Departamento da ONU de Informações Públicas, 15 de abril de 2013. Disponível em: <www.un.org/News/Press/docs/2013/sgsm14944.doc.htm>.

afirmam a obrigação dos Estados de protegerem seus habitantes contra a discriminação baseada na orientação sexual e na identidade de gênero.

Importante destacar que ocorreram também avanços relevantes em âmbito regional e na jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Serão destacados posteriormente os princípios e regras relevantes os quais o Brasil é signatário.

2.1 Breve panorama dos sistemas de proteção dos direitos humanos e das características dos direitos humanos

O Sistema Internacional de promoção e proteção dos Direitos Humanos é complementar e paralelo ao direito interno, possuindo seus instrumentos natureza subsidiária, que são acionados sempre que os procedimentos nacionais falharem ou forem, de qualquer forma, omissos.

Pode-se falar em dois tipos de sistemas de proteção de direitos humanos, o universal e os regionais.

O Sistema Universal, também chamado de Sistema da ONU ou Onusiano é formado por instrumentos normativos gerais e especiais, bem como por organismos e mecanismos de vigilância, supervisão, monitoramento e fiscalização dos direitos humanos. É administrado fundamentalmente pela Organização das Nações Unidas (ONU) e seu principal órgão é o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos.

Além disso, o Sistema Universal tem por marco normativo a “Carta Internacional de Direitos Humanos” (International Bill of Rights), composta do seguinte conjunto de diplomas internacionais: (i) a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948; (ii) o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966; (iii) Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais de 1966. Ressalte-se que o termo “Carta Internacional de Direitos Humanos” denota que os pactos devem ser interpretados em harmonia com a DUDH.

A DUDH, pautando-se nas dimensões do princípio da igualdade, preconiza que:

Artigo 1º Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.

Artigo 2º Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania.

[...]

Artigo 7º Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual proteção da lei. Todos têm direito a proteção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

[...]

Artigo 12º Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a proteção da lei

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP)²⁹ objetivou dar eficácia vinculante, perante os Estados, a direitos já contidos na Declaração Universal de 1948, detalhando-os e criando mecanismos de monitoramento internacional de sua implementação pelos Estados Partes. Ele possui 53 artigos, divididos em 6 partes.

Na Parte II, o PIDCP “estabelece o dever do Estado de respeito e a garantia de todos os direitos nele previstos a todos os indivíduos que se achem em seu território, sem qualquer tipo de discriminação, inclusive quanto à origem nacional e, especialmente, entre homens e mulheres”³⁰.

Na Parte III, o Pacto enuncia e especifica o rol dos direitos nele protegidos, alcançando relevo, quanto ao tema do presente a trabalho, a previsão de igualdade perante a lei e proibição de discriminação:

²⁹ O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) foi adotado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, mas só entrou em vigor somente em 1976, pois exigiu ratificação de 35 Estados. No Brasil, somente entrou em vigor em internacional no dia 24 de abril de 1992, após aprovação pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 226, de 12 de dezembro de 1991, e depósito da nota de adesão em 24 de janeiro de 1992. A incorporação interna, mediante promulgação do pacto, deu-se pelo Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992.

³⁰CARVALHO Ramos, André de. Curso de Direitos Humanos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 148.

Artigo 26

Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da Lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.

Em matéria penal, o princípio da humanidade das penas foi explicitado em diversos dispositivos³¹, sendo certo que, no âmbito infralegal brasileiro, houve sensível avanço na densificação desse direito, com a edição de resoluções sobre as quais ainda se discorrerá:

Artigo 7º

Ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médias ou científicas.

[...]

Artigo 10

1. Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana.
2. a) As pessoas processadas deverão ser separadas, salvo em circunstâncias excepcionais, das pessoas condenadas e receber tratamento distinto, condizente com sua condição de pessoa não-condenada.
- b) As pessoas processadas, jovens, deverão ser separadas das adultas e julgadas o mais rápido possível.

Imperioso destacar que, atualmente, o sistema global não se limita à Carta Internacional de Direitos Humanos, sendo composto por diversos outros tratados, como a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, a Convenção sobre os Direitos da Criança e a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias.

Os Sistemas Regionais, por sua vez, visam a promover os direitos humanos em determinadas regiões do mundo, de acordo com as particularidades locais. Têm por vantagem a maior facilidade de promover o consenso entre Estados, dada a proximidade geográfica e cultural. Os mais conhecidos são o Europeu, o Africano e o Interamericano, do qual, este, o Brasil faz parte.

³¹ BRASIL. Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 6 JUL. 1997.

Não obstante a divisão de sistemas regionais, a coexistência deles fez surgir o que a doutrina chamou de “Europeização” do Sistema Interamericano e a “Interamericanização” do Sistema Europeu, os quais consistem no diálogo entre as cortes. No caso de ausência de jurisprudência anterior em um dos sistemas de proteção, busca-se precedentes provenientes de outro sistema, com o escopo de se manter a posição internacional adotada pelos demais órgãos regionais e, por conseguinte, obter uma jurisprudência unitária globalmente. Segundo Flávia Piovesan³²:

O resultado é a transformação dos sistemas regionais por meio da inovação jurisprudencial e do fortalecimento da capacidade de responder a desafios concernentes a violações de direitos, propiciando proteção mais efetiva aos direitos das vítimas.

O Sistema Interamericano é administrado pela OEA – Organização dos Estados Americanos, cujos principais órgãos são a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Conselho Interamericano para o Desenvolvimento Integral. A Carta da OEA apenas proclama genericamente o dever de respeito aos direitos humanos pelos Estados-membros da organização³³, sendo certo que a Declaração de Direitos e Deveres do Homem, embora tenha natureza de resolução não vinculante, é considerada interpretação autêntica³⁴ dos dispositivos genéricos de proteção de direitos humanos contidos na Carta da OEA.

Sobre a Declaração de Direitos e Deveres do Homem, a tutela das minorais foi igualmente contemplada:

Artigo II. Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm os direitos e deveres consagrados nesta declaração, sem distinção de raça, língua, crença, ou qualquer outra.

[...]

Artigo V. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra os ataques abusivos à sua honra, à sua reputação e à sua vida particular e familiar.

O desenvolvimento do sistema interamericano se deu com a aprovação da Convenção Americana de Direitos Humanos em 1969, também conhecido como Pacto de São José da Costa Rica, que só entrou em vigor em 1978, após obter o número mínimo de ratificações.

³² PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Livraria Saraiva, 2018.

³³ “Artigo 3º. Os Estados americanos proclamam os direitos fundamentais da pessoa humana, sem fazer distinção de raça, nacionalidade, credo ou sexo”

³⁴ Conforme Parecer Consultivo sobre interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem – art. 64 da Convenção, 1989, § 45

Essa convenção legou à CIDH novas atribuições³⁵, além de ter criado a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), o segundo órgão supervisor do sistema interamericano, de natureza judicial.

Em linha com o cenário internacional, o retromencionado Pacto consagra a proteção da dignidade das minorias e cria mecanismos de proteção judicial:

Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos

Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

Artigo 11. Proteção da honra e da dignidade

1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.
3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

Artigo 24. Igualdade perante a lei

Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei.

Artigo 25. Proteção judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou

³⁵ Na locução de André Ramos Carvalho Filho (CARVALHO Ramos, André de. Curso de Direitos Humanos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 249), “a partir da entrada em vigor da Convenção, a Comissão passou a ter *papel dúplice*. Em primeiro lugar, continuou a ser um órgão principal da OEA, encarregado de zelar pelos direitos humanos, incumbido até do processamento de petições individuais retratando violações de direitos humanos protegidos pela Carta da OEA e pela Declaração Americana. Em segundo lugar, a Comissão passou a ser também *órgão da Convenção Americana de Direitos Humanos*, analisando petições individuais e interpondo ação de responsabilidade internacional contra um Estado perante a Corte.”

pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

2. Os Estados Partes comprometem-se:

- a. a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;
- b. a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e
- c. a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

Artigo 31. Reconhecimento de outros direitos

Poderão ser incluídos no regime de proteção desta Convenção outros direitos e liberdades que forem reconhecidos de acordo com os processos estabelecidos nos artigos 76 e 77.

A despeito de os tratados que compõem os citados sistemas de proteção não tratarem expressamente da identidade de gênero, a tutela desse direito, expressão da dignidade humana, decorre das próprias características dos direitos humanos. Entre outros merecem destaque a³⁶:

- a) historicidade, que significa que os direitos humanos são frutos de um processo histórico paulatino de reconhecimento (e não pressupostos, decorrentes de uma “força superior”) de caráter expansivo (ou seja, de sempre aplicar a proteção e reconhecer novos direitos);
- b) universalidade, que deve ser compreendida em dois sentidos: o de atribuição dos direitos a todas as pessoas, sem qualquer tipo de discriminação, e o de validade dos direitos humanos em todos os lugares do mundo;
- c) relatividade, que traduz a concordância prática dos direitos humanos, dado que nenhum deles é absoluto;
- d) não exauribilidade, que implica no reconhecimento caráter exemplificativo dos direitos humanos reconhecidos nas ordens jurídicas domésticas e internacionais;
- e) irrenunciabilidade ou indisponibilidade, que impede o titular dos direitos humanos renunciar à proteção inerente à dignidade humana;
- f) imprescritibilidade, que transmite a ideia de que a pretensão de concretização dos direitos humanos se extingue com o decurso do tempo;
- g) unidade, indivisibilidade e interdependência, as quais denotam que os direitos humanos devem ser vistos como um bloco único, indivisível e interdependente de direitos, que gozam da mesma proteção jurídica, no escopo de assegurar uma vida digna.

³⁶ CARVALHO Ramos, André de. Curso de Direitos Humanos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 88-96.

Os normativos sobre os quais se discorrerá nos próximos tópicos estão, em maior grau de proximidade com a questão do transgênero, mas têm natureza jurídica de *soft law* (diploma sem força normativa vinculante na seara internacional). Isso, contudo, não impede a integração desses diplomas com as convenções internacionais, a fim de conferir maior amplitude na proteção dos direitos humanos.

2.2 Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em Condições de Vulnerabilidade

Elaborada pela Conferência Judicial Ibero-Americana, as 100 Regras de Brasília pretendem garantir condições de acesso efetivo à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade, tendo em vista a maior dificuldade de se alcançar a eficácia desses direitos para as pessoas nessa condição. Dessa forma, essas regras vêm corroborar a atuação do Judiciário para que possa, de fato, ser garantidor da defesa efetiva das minorias em prol da eliminação ou mitigação das limitações existentes.

São consideradas vulneráveis as pessoas que, por diversas circunstâncias, encontram especiais dificuldades para acessar a justiça com plenitude. Entre as discriminações, ressaltam-se a relativa ao gênero e à privação de liberdade.

Ocorre que, quando é falado em gênero, a transexual feminina não é citada, sendo, inicialmente, a definição utilizada apenas para a mulher do sexo feminino. Deve-se pensar que tal conferência data de mais de 10 (dez) anos atrás (2008), e que tais questões eram pouco suscitadas nesta época, tendo havido inúmeras transformações desde então.

Percebe-se que, mesmo sem ser citada, a transexual se inclui em todas as formas de discriminação tachadas para o sexo feminino, visto que sofre exclusão ou restrição baseada no menosprezo ou anulação de seu reconhecimento, tendo restritos seus direitos fundamentais e liberdades em diversas esferas, como a política, econômica, social, cultural e civil.

Além desse aspecto, há também a violência sofrida fisicamente ocasionada pelo ódio gratuito (que, não raro, é sucedido por homicídios), a violência sexual - pois, muitas vezes,

são estupradas como forma de “punição” ou “merecimento” pelo gênero pertencente - e a violência psicológica que pode começar desde criança dentro no âmbito familiar e escolar.

O quadro privação da liberdade, em si, já representa um óbice ao pleno acesso a justiça, situação essa que é agravada quando o recluso suporta a alguma outra causa de vulnerabilidade. No caso em tela, verifica-se a privação da liberdade somada à exclusão devida ao gênero.

O devido acesso à justiça apresenta como condição *sine qua non* a cultura jurídica, sendo certo que apenas com a educação em direitos a população transexual atingida consegue lutar por eles.

Faz-se imprescindível, portanto, a assistência legal e a defesa pública dos atingidos, visto que a assessoria técnico-jurídica sobre questões com repercussão direta sobre seus direitos - inclusive, antes mesmo do processo judicial - faz com tenham segurança em relação às situações que possam ser expostos.

Quanto à assistência jurídica, há, no Rio de Janeiro, na estrutura da Defensoria Pública, órgão especializado e gratuito em defesa dos direitos fundamentais de lésbicas, gays, travestis, transexuais e intersexuais (e todas as outras formas de identidade que desafiam os padrões sociais de sexo e gênero), o Núcleo de Defesa da Diversidade Sexual e Direitos Homoafetivos (Nudiversis), que está sempre em aprimoramento para garantir a difusão do conhecimento sobre as diversas temáticas relacionadas ao acesso à justiça e a população LGBT. Importante salientar que esse órgão fomenta o debate interno e a produção jurídico-científica acerca do sistema social sexo/gênero tradicionalmente vigorante.

Ao nos depararmos com a demanda processual dentro do sistema penal, reconhece-se a necessidade de serem criadas medidas efetivamente simplificadoras para a prática de determinados atos.

Inserindo nesse quadro a população transexual feminina, faz-se necessária para a devida simplificação dos atos, a valorização da oralidade a fim de facilitar a celebração de determinadas ações, sendo certo que, até hoje, mesmo com as disposições trazidas pela

Resolução SEAP n. 558/2015 (posteriormente analisada), em tese, após o ingresso no sistema penal, a pessoa que se autodeclarar pertencente à população transexual feminina e masculina deveria ser dirigida ao presídio feminino (artigo 4º, caput), mas tal regramento não é aplicado, já que na prática, a identificação não existe, de sorte que as mulheres trans são encaminhadas para presídios masculinos, onde ficam em celas coletivas, junto a homens cisgênero.

Caso a declaração fosse realmente considerada, a vontade da presa predominaria sobre qualquer possível questionamento posterior sobre seu gênero, o que a resguardaria de possível discriminação, e a garantiria total adequação da sua vontade com o meio inserido.

2.3 Princípios de Yogyakarta

Yogyakarta é uma cidade litorânea da Indonésia. Os princípios de Yogyakarta³⁷ tratam de diretrizes para aplicação da legislação internacional de direitos humanos no tocante à orientação sexual e identidade de gênero.

A identidade de gênero e a orientação sexual se mostram essenciais para a identificação do ser humano. Dessa forma, a inibição, a discriminação ou qualquer forma de abuso perpetrados contra elementos existenciais de outrem têm o condão de aviltar diretamente a dignidade da pessoa humana, por implicar restrição do patrimônio jurídico do lesado.

Ainda que, aparentemente, a discriminação do público LGBT tenha diminuído, muito por conta da repressão e das imposições legais a atos violadores da vida, saúde e acesso a emprego e cultura, a todo o momento ocorrem violações graves, que são estimuladas por um padrão global imposto de superioridade heterossexual e cisgênero³⁸.

Apesar do exposto acima, isto é, dos Estados e sociedades quererem transparecer estarem de acordo com a evolução da humanidade e aceitarem melhor a diferença natural existente entre os indivíduos, muitos ainda impõem normas de gênero e sexualidade tanto por

³⁷ A conferência ocorreu em 2006, na Universidade Gadjah Mada, em Yogyakarta, Indonésia, e reuniu 29 eminentes especialistas de 25 países, incluindo o Brasil, com experiências diversas e conhecimento relevante das questões da legislação de direitos humanos que adotaram por unanimidade os Princípios de Yogyakarta.

³⁸ Termo utilizado para se referir ao indivíduo que se identifica, em todos os aspectos, com o seu "gênero de nascença".

meio de costumes quanto através da própria legislação. Com isso, diversas pessoas não têm a permissão de viverem suas vidas pessoais de maneira a se sentirem pertencentes de fato a comunidade, levando-as a suportarem uma vida invisível por medo da estigmatização.

As mais diversas formas de “punição” pela condição “escolhida” se mostram presentes na vida dessas pessoas, sendo assim, cotidianamente, sofrem maus-tratos, tortura, estupro, agressões sexuais, detenção arbitrária, assédio, invasão de privacidade, negação de educação e oportunidade de emprego e diversas outras formas de exclusão. Ressalta-se, ainda, que as violações são ainda mais opressoras quando estamos diante de um quadro em que, além do cidadão pertencer ao público LGBT, é também pobre ou/e negro.

Diante do regramento internacional, as mudanças se mostram mais imponentes. Contudo, as garantias de igualdade e não violência têm sido ignoradas ou observadas em parte pelos Estados, mesmo que as Nações Unidas reiterem a todo tempo a necessidade de seguimento do sistema.

A Comissão Internacional de Juristas e o Serviço Internacional de Direitos Humanos realizaram um projeto para desenvolvimento de princípios internacionais que pudessem ser aplicados na ocorrência de violação aos direitos humanos baseados na orientação sexual e identidade de gênero.

Especialistas em direitos humanos após a análise do documento preliminar adotaram por unanimidade os princípios de Yogyakarta que refletem, em apertada síntese, a legislação internacional, sem deixar de reconhecer as obrigações adicionais que devem ser seguidas a medida que os direitos humanos estão sempre em desenvolvimento.

Os princípios tratam amplamente dos direitos humanos e a necessidade de sua aplicação pelos Estados e por todos os organismos existentes no país, sendo assim, ambos devem permanecer em colaboração. Pode-se citar como exemplos de tais organismos as instituições nacionais de direitos humanos, a mídia, ONGS e financiadores.

Entre todos os princípios, são de fundamental destaque para a discussão em tela, os de número 7, 8 e 9, tendo em vista sua correlação com o tratamento desigual e, frequentemente, desumano que as presas sofrem dentro da penitenciária.

O princípio 7³⁹ trata do direito de não sofrer privação arbitrária da liberdade. Refere-se ao momento anterior ao cumprimento da pena privativa de liberdade, porém merece ser salientado, pois, muitas vezes, a transexual é detida ou presa simplesmente pelo fato da sua identidade de gênero. Inclusive, na maior parte dos casos, não é informada a razão da natureza da prisão.

Assim, é recomendado aos Estados que tomem todas as medidas possíveis, de naturezas diversas, a fim de assegurar que a prisão ou detenção não ocorram com justificativa na identidade de gênero e orientação sexual e que, com base no princípio da igualdade, as razões da prisão sejam informadas no ato de restrição da liberdade.

O princípio 8⁴⁰ discorre sobre o direito a um julgamento justo, o que se relaciona diretamente ao cumprimento da pena. O julgamento é essencial para garantir à presa, com base na sua vontade, a liberdade de escolha para onde ela gostaria de ser encaminhada caso sua sentença ou até mesmo uma decisão anterior acarrete em prisão (cautelares ou definitiva). Por isso, todo órgão julgador deve ser independente e imparcial em qualquer fase processual para que possa se garantir os direitos e obrigações da acusada, sem que haja discriminação pela orientação sexual ou identidade de gênero.

O princípio 9⁴¹ preconiza o direito ao tratamento humano durante a detenção. Portanto, toda pessoa que tenha sua liberdade cerceada deve ser tratada com a garantia de respeito à

³⁹ Princípio 7: DIREITO DE NÃO SOFRER PRIVAÇÃO ARBITRÁRIA DA LIBERDADE - Ninguém deve ser sujeito à prisão ou detenção arbitrárias. Qualquer prisão ou detenção baseada na orientação sexual ou identidade de gênero é arbitrária, sejam elas ou não derivadas de uma ordem judicial. Todas as pessoas presas, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero, têm direito, com base no princípio de igualdade, de serem informadas das razões da prisão e da natureza de qualquer acusação contra elas, de serem levadas prontamente à presença de uma autoridade judicial e de iniciarem procedimentos judiciais para determinar a legalidade da prisão, tendo ou não sido formalmente acusadas de alguma violação da lei.

⁴⁰ Princípio 8: DIREITO A JULGAMENTO JUSTO - Toda pessoa tem direito a ter uma audiência pública e justa perante um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, para determinar seus direitos e obrigações num processo legal e em qualquer acusação criminal contra ela, sem preconceito ou discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero.

⁴¹ Princípio 9: DIREITO A TRATAMENTO HUMANO DURANTE A DETENÇÃO - Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com humanidade e com respeito pela dignidade inerente à pessoa humana. A orientação sexual e identidade de gênero são partes essenciais da dignidade de cada pessoa.

dignidade da pessoa humana. Desse modo, qualquer forma de maus-tratos, violação à integridade física, abusos mentais e invasão da intimidade da acusada⁴² ou condenada⁴³ devem ser descartadas dentro do cárcere.

Sendo assim, quando se está diante da “falsa” proteção da presa transgênero na modalidade de “separação” ou “isolamento”, percebe-se que, em verdade, inúmeros direitos fundamentais estão sendo desrespeitados em prol da supremacia dos cisgênero que alcançam seus objetivos ao conseguirem afastar as presas do convívio social.

O afastamento resulta em uma forma de pena cruel ou até em tortura, e pode ter como resultado o surgimento de inúmeros problemas psicológicos para a presa. Por isso, independente do consentimento da interna, essa modalidade de pena não se mostra eficaz, pois apenas surte efeitos malefícios as minorias. Deve-se, então, ao invés de agir de forma negativa ou omissa, criar-se projetos e políticas que visem o aprendizado da população carcerária cis para que eliminem seus preconceitos embasados no senso comum.

Logo, o Estado deve garantir que a detenção não traga à presa sua maior marginalização, além de ser necessário assegurar o acesso à saúde com informações quanto à identidade de gênero e saúde reprodutiva, o fornecimento da terapia hormonal, acompanhamento psicológico, tratamentos de redesignação de gênero e acesso à vestimenta e à acessórios a escolha da acusada.

Uma das orientações ao Estado é de que seja assegurada aos detentos e detentas a participação na decisão relativa ao local do cumprimento da pena. Desta maneira, em complementação à observação feita ao princípio 8, o princípio 9 afirma que o encaminhamento ao presídio deve ser feito com base na livre escolha da pessoa, pois apenas ela pode confirmar o ambiente em que se sentirá mais segura, liberta e em maior igualdade com as demais.

⁴² O acusado (réu) é aquele que responde a uma ação penal. Isso ocorre após o recebimento da denúncia oferecida pelo Ministério Público e dura até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

⁴³ Após o trânsito em julgado da sentença condenatória, a situação muda para condenado, visto não haver mais dúvidas quanto a prática do crime e a autoria delitiva.

Em relação às visitas conjugais, essas devem ser permitidas independente do gênero da parceira, já que tal possibilidade é permitida para heterossexuais e cisgênero.

Quando se salienta a importância do Estado criar programas de treinamento e conscientização para todas as pessoas que estão no meio prisional⁴⁴, percebe-se que há uma tentativa de se transformar efetivamente o entendimento em relação aos direitos e cuidados que as transexuais precisam de fato receber, como, por exemplo, nas revistas íntimas, nos momentos de banho de sol, entre inúmeras outras situações em que determinado comportamento poderia causar estranheza aos carcereiros, policiais, médicos e demais pessoas em contato.

Conclui-se que esses princípios, em conjunto, pretendem ampliar e igualar os direitos das pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas e que devem ser interpretados da forma mais abrangente possível, a fim de concretizar a legislação de direitos humanos internacionais.

2.4 Regras de Mandela

As Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos, conhecidas como as Regras de Mandela, são preceitos mínimos de direitos humanos para o tratamento dos presos, adotados pelo I Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e para o Tratamento de Delinquentes, ocorrido em 1955, e posteriormente aprovada pelo Conselho Econômico e Social da ONU. Essas regras foram responsáveis por atualizar, em 2015, uma resolução referente à Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos, proferida em 1955 e que havia sido atualizada pela última vez no ano de 1977.

As Regras Mínimas possuem natureza de *soft law*⁴⁵ e fixam as balizas para que as organizações penitenciárias sejam compatíveis com a dignidade humana devida às pessoas em situações de privação de liberdade.

⁴⁴ Agentes, policiais, presos cis e outros.

⁴⁵ Conjunto de normas não vinculantes de Direito Internacional, mas que podem se tornar vinculantes no futuro, se tiverem anuência dos Estados.

Na locução de André de Carvalho Ramos⁴⁶:

[...] não se pretende que as regras descrevam pormenorizadamente um sistema penitenciário e que, levando-se em conta a grande variedade de condições legais, sociais, econômicas e geográficas existentes, não serão aplicadas indistintamente em todos os lugares. Pretendeu-se, entretanto, estabelecer princípios e regras básicos para a organização penitenciária e o tratamento dos reclusos, que devem servir de estímulo para esforços no sentido de promover a sua aplicação.

Além disso, as Regras de Mandela refletem direitos dos presos já previstos em outros tratados (igualdade, saúde, integridade física e psíquica etc.), de modo que a violação delas pode configurar violação de tratados de direitos humanos. Dessa forma, tal regramento pode ser utilizado por instrumentos internacionais, tais quais o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção contra Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

Um ponto primordial é de que as regras não devem ser interpretadas e aplicadas de forma permanente e igual em todos os países, haja vista a diversidade de culturas e condições mundiais. De toda forma, as regras apresentam caráter programático e devem ser orientadoras básicas da organização dos sistemas penitenciários no mundo, além de exercerem influência sobre o Judiciário, pois atualizam as orientações da ONU para o tratamento das pessoas presas.

O próprio ministro Ricardo Lewandowski⁴⁷ afirmou que as Regras de Mandela devem ser utilizadas como instrumento a serviço da jurisdição, já que são capazes de modificarem a estrutura carcerária brasileira.

A divisão do documento é feita considerando as regras de aplicação geral, que dizem respeito a matérias relativas à administração geral dos estabelecimentos penitenciários e se aplica a todas as categorias de reclusos, e regras de aplicação a categorias especiais, como os presos sentenciados, presos com transtornos mentais ou problemas de saúde, entre outros.

⁴⁶ CARVALHO Ramos, André de. Curso de Direitos Humanos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 212.

⁴⁷ Ministro do Supremo Tribunal Federal responsável pela apresentação das Regras de Mandela.

Insta frisar que as Regras Mínimas estipulam que as diferentes categorias de reclusos devem ser mantidas em estabelecimentos separados ou em diferentes zonas, considerando-se o sexo, idade, antecedentes penais, razões da detenção e medidas necessárias. Assim,

na medida do possível, homens e mulheres devem ser detidos em estabelecimentos separados ou em celas totalmente separadas, os presos preventivos devem ser separados dos condenados, os presos cívicos daqueles presos por motivos penais e os jovens reclusos com relação aos adultos⁴⁸.

Note-se que a separação por categorias de presos engloba perfeitamente a situação de transexuais, considerando a situação de vulnerabilidade desse grupo.

Outrossim, são regras destacáveis para a situação da transexual no cárcere as de números 2 (dois)⁴⁹ e 24 (vinte e quatro)⁵⁰. A primeira versa sobre a aplicação do princípio da não discriminação, afirmando que as administrações prisionais devem considerar as necessidades de cada preso, ainda mais dos que estão em situação de vulnerabilidade.

A segunda regra que merece notoriedade se refere à saúde pública, sendo afirmado que o provimento dos serviços médicos deve ser feito pelo Estado da mesma forma que os serviços são disponíveis na comunidade em geral.

Neste quesito, é preciso ressaltar que as transexuais precisam de atendimento contínuo, haja vista muitas optarem pelo uso de hormônios e necessitarem de atendimento psicológico.

⁴⁸ CARVALHO Ramos, André de. Curso de Direitos Humanos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 213.

⁴⁹ Princípios básicos - Regra 2: 1. Estas Regras devem ser aplicadas com imparcialidade. Não haverá discriminação baseada em raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou qualquer outra opinião, origem nacional ou social, propriedades, nascimento ou qualquer outra condição. As crenças religiosas e os preceitos morais dos presos serão respeitados. 2. Para que o princípio da não discriminação seja posto em prática, as administrações prisionais devem levar em conta as necessidades individuais dos presos, particularmente daqueles em situação de maior vulnerabilidade. Medidas para proteger e promover os direitos dos presos portadores de necessidades especiais são necessárias e não serão consideradas discriminatórias.

⁵⁰ Serviços de Saúde - Regra 24: 1. O provimento de serviços médicos para os presos é uma responsabilidade do Estado. Os presos devem usufruir dos mesmos padrões de serviços de saúde disponíveis à comunidade, e os serviços de saúde necessários devem ser gratuitos, sem discriminação motivada pela sua situação jurídica. 2. Os serviços de saúde serão organizados conjuntamente com a administração geral da saúde pública e de forma a garantir a continuidade do tratamento e da assistência, inclusive nos casos de HIV, tuberculose e outras doenças infecciosas, abrangendo também a dependência às drogas.

A despeito da previsão do diploma ora citado, a realidade do sistema carcerário brasileiro parece caminhar na contramão dos padrões mínimos de dignidade da comunidade internacional.

A realidade brasileira demonstra claramente que tais regras não são cumpridas no Brasil: a superlotação dos presídios, a reclusão do preso em cela não separada de outras categorias, as péssimas condições de higiene e salubridade, abusos físicos e sexuais das mais variadas formas, bem como o controle de facto do presídio por organizações criminosas exemplificam o quanto ainda se está distante do modelo concebido nas Regras Mínimas⁵¹.

Não por outra razão o Supremo Tribunal Federal reconheceu que o sistema carcerário brasileiro está maculado pelo Estado de Coisas Inconstitucional, o que será minudenciado a seguir.

⁵¹ CARVALHO Ramos, André de. Curso de Direitos Humanos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 214.

3. SISTEMA PENITENCIÁRIO

O Brasil é o país com a terceira maior população carcerária do mundo em números absolutos, com mais de 700 (setecentos) mil presos, sendo, em média, 40% (quarenta por cento) presos provisórios, mais de 50% (cinquenta por cento) jovens entre 18 e 29 anos e 64% (sessenta e quatro por cento) negros, cumprindo regime de encarceramento mais ou menos rígidos. O país vem atrás apenas dos Estados Unidos, que apresentam em seu sistema mais de 2 (dois) milhões de presos, e a China, que tem mais de 1 (um) milhão e seiscentos mil presos⁵².

O sistema demonstra a existência de um ciclo de violências ocasionado por um ambiente degradante, em que não há nenhuma real proposta de transformação para o tratamento digno e com respeito aos presos, mesmo que isso se mostre condição básica para uma sociedade minimamente justa, a qual deve buscar a ressocialização do interno para uma futura vida livre.

Dados do ano de 2014⁵³, obtidos pelo Ministério da Justiça, mostraram que o número de pessoas presas no Brasil aumentou mais de 400% (quatrocentos por cento) em 20 anos. Enquanto a média mundial de encarceramento é de 144 (cento e quarenta e quatro) detentos para cada 100 (cem) mil habitantes, no Brasil há mais de 300 (trezentos) internos a cada 100 (cem) mil habitantes.

O Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF)⁵⁴, do CNJ, concluiu, a partir de pesquisa feita no ano de 2014, que a população carcerária brasileira tem um déficit de mais de 354 (trezentos e cinquenta e quatro) mil vagas no sistema carcerário e, caso fossem considerados

⁵² Conselho Nacional de Justiça – CNJ - Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) - junho de 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 22 de mai. 2018.

⁵³Ibidem.

⁵⁴Ibidem.

os mandados de prisão ainda em aberto, a população encarcerada subiria para mais de 1 (um) milhão de presos.

Os dados apontados fazem com que a Anistia Internacional⁵⁵, desde 2015, coloque o Brasil no topo dos países mais violentos do mundo, sendo os principais fatores para tal apontamento a violência policial, com os altos índices de registros de tortura e a falência do sistema prisional que ocasiona a reincidência de cerca de 7 (sete) a cada 10 (dez) presos.

De acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias⁵⁶, divulgado em 2017, pelo Departamento Penitenciário Nacional, do Ministério da Justiça, 89% da população prisional está em unidades superlotadas. Comparando-se os dados de 2014 expostos acima com os de 2016, o déficit de vagas passou de 250.318 (duzentos e quinta mil trezentos e dezoito) para 358.663 (trezentos e cinquenta e oito e seiscentos e sessenta e três). A taxa de ocupação nacional é de 197,4% (cento e noventa e sete e quatro décimos por cento).

Quando se observa a tipificação dos crimes praticados, infere-se que o tráfico de drogas é o que mais acarreta as prisões. Em seguida, aparecem os crimes contra o patrimônio (roubo e furto) e, em terceiro lugar, o homicídio, que representa 11% dos delitos praticados que levam à prisão.

Percebe-se, assim, que, dentro dos presídios, as condições precárias e subumanas são rotineiras, fazendo com que os presos vivenciem a todo tempo a falta de espaço, de higiene, doenças em série, profissionais mal treinados e corrupção.

Uma solução viável e parcial para diminuir as taxas apontadas acima é a maior aplicação de recursos em políticas de monitoramento eletrônico e alternativas penais⁵⁷

⁵⁵ A Anistia Internacional é um movimento mundial que realiza ações e campanhas para que os direitos humanos internacionalmente reconhecidos sejam respeitados e protegidos. Encontra-se em mais de 150 países. O compromisso da Anistia Internacional é com a justiça, a igualdade e a liberdade.

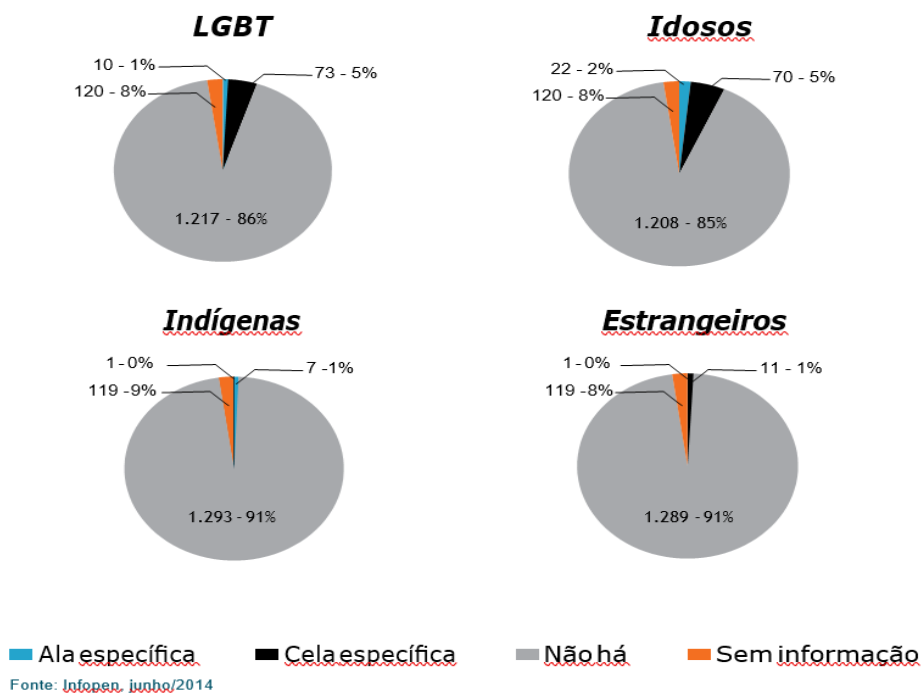
⁵⁶ Conselho Nacional de Justiça – CNJ - Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) - junho de 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 22 de mai. 2018.

⁵⁷ A substituição das penas privativas de liberdade pelas alternativas penais, não significa a abolição daquelas. Em verdade, representam um projeto de humanização e racionalização da pena, além de cumprirem as funções de reeducar e socializar os indivíduos, sempre em busca de uma sociedade mais humana e justa.

diversas da privação de liberdade no cárcere, além da efetiva implementação das audiências de custódia⁵⁸ em todo o país.

O gráfico⁵⁹ abaixo é do INFOPEN, sistema de informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro, responsável por consolidar dados sobre a população e unidades prisionais, para que sejam disponibilizadas informações da realidade do cárcere do Brasil. Ocorre que, no que tange ao quantitativo e distribuição da população LGBT dentro do sistema prisional, com foco nas transexuais e travestis, os materiais colhidos são mínimos para não dizer nulos, o que faz com que se perceba a invisibilidade dessa minoria para a sociedade.

Gráfico 1 - Unidades com ala ou cela destinada exclusivamente a grupos específicos.



⁵⁸ A audiência de Custódia consiste numa garantia fundamental dada ao preso no sentido de ter que ocorrer a rápida apresentação deste ao juiz nos casos de prisões em flagrante. O intuito central é de que o acusado seja apresentado e entrevistado pelo juiz, em uma audiência em que serão ouvidas também as manifestações do Ministério Público, da Defensoria Pública ou do advogado do preso.

⁵⁹ Conselho Nacional de Justiça – CNJ - Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) - junho de 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 22 de mai. 2018.

3.1 O Estado de Coisas Inconstitucional no Sistema Prisional

A tese do Estado de Coisas Inconstitucional surgiu na Corte Constitucional da Colômbia, em 1997, com a "Sentencia de Unificación (SU)". Após a primeira vez que a técnica foi utilizada, passou a ser empregada diversas vezes na mesma Corte.

O Estado de Coisas Inconstitucional não está previsto na Constituição nem mesmo em outras normas e é verificado quando existe um quadro de violação generalizado dos direitos fundamentais causado pela não modificação da conjuntura pelas autoridades públicas, sendo certo que só a transformação estrutural da atuação do Poder Público e demais agentes podem vir a alterar a situação inconstitucional excepcional.

Na tentativa de superar a omissão dos poderes legislativo e executivo devem ser impostos “remédios estruturais” que possibilitem novas políticas públicas. Isto posto, O Supremo adota uma postura ativa atípica para concretizar a modificação da situação problema.

Para que possamos estar diante de tal situação, é necessário que estejam presentes determinados pressupostos, sendo eles:

- a) Vulnerabilidade generalizada dos direitos fundamentais de muitos indivíduos;
- b) prolongada omissão das autoridades em garantir e promover direitos fundamentais;
- c) adoção de medidas estruturais complexas por uma pluralidade de órgãos;
- d) possibilidade de congestionamento da justiça, caso as pessoas individualmente resolvessem recorrer em prol de seus direitos.

O PSOL foi o partido responsável pelo ajuizamento da ADPF junto ao STF e requereu a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, tendo em vista a situação violadora de direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal dentro do sistema penitenciário brasileiro.

Os pedidos seguiram a direção de que Corte impusesse a réis, União e Estados, providências para que as lesões ocorridas fossem sanadas, sendo apontados os pressupostos basilares do Estado de Coisas Inconstitucional.

O STF reconheceu a violação generalizada de direitos fundamentais dos presos, afirmando que as penas impostas não apenas restringem a liberdade dos presos, mas também são desumanas e cruéis, em total desrespeito a diversos dispositivos constitucionais, infraconstitucionais e tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

Consideraram ainda, que os cárceres não estão aptos à ressocialização, e sim, são responsáveis diretos pelo aumento dos percentuais de crimes, pois as taxas de reincidência se mostram cada vez mais altas, sendo a responsabilidade desses índices aviltantes dos três poderes, União, Estados e Distrito Federal. Portanto, o Supremo afirmou ser seu papel a saída da inércia, coordenando as ações capazes de coibir a problemática, e, monitorar os resultados.

Neste cenário, compreende-se que, se a situação já se mostra devastadora em relação aos presos de forma genérica, quando estamos diante de hipervulneráveis (transexuais e presas), o quadro se torna ainda pior, visto que, seus direitos já são mais limitados pela estruturação social, e no embate direto com os demais presos, a restrição apenas aumenta causando uma enorme marginalização.

3.2. Tutela do transgênero no cárcere: O advento da Resolução Conjunta CNPCP e CNCND/LGBT n. 1, de 15 de abril de 2014

Os dados mostram que os assassinatos de transexuais e travestis em todo mundo é altíssimo. O Brasil está em primeiro lugar quando se observa o *ranking*, sendo a expectativa de vida deles de 35 (trinta e cinco anos)⁶⁰ enquanto a expectativa das pessoas cisgênero é, em média, de 75 (setenta e cinco) anos, de acordo com o IBGE⁶¹.

⁶⁰Antunes, Pedro Paulo Sammarco. *Travestis envelhecem?*. 2010. 268f. Dissertação (Mestrado em Gerontologia) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

⁶¹ O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) é um instituto público da administração federal brasileira. Apresenta como atribuições especialidades relacionadas às geociências e estatísticas sociais, demográficas e econômicas. Sendo assim, é responsável por realizar e organizar censos, a fim de suprir órgãos de todas as esferas governamentais, outras instituições e a população.

Essa conjuntura se deve à população transexual provir, em geral, das classes sociais mais pobres⁶². Além das mortes e do pouco acesso a bens e serviços, a estratificação social acentua a seletividade ao acesso à Justiça e segurança pública.

A Resolução Conjunta CNPCP e CNCD/LGBT n. 1, de 15 de abril de 2014, surge, justamente, para tratar de medidas que visam a implantar mudanças bruscas no ambiente prisional, a fim de modificar a realidade carcerária dos presos LGBT, especificamente para que gozem de ampla proteção a integridade física, psíquica, sexual e moral.

A necessidade surge pelo ambiente de medo que paira sobre os presos LGBT, não somente pela sua condição física, mas por se apresentarem dentro do sistema carcerário em menos quantidade, haja vista a predominância dos homens cis.

A partir desse quadro, apreende-se que, dentro da penitenciária, o preso transexual não tem como manter distanciamento de seu agressor, e a violação de seus direitos, tanto físicos quanto sexuais, dá-se, principalmente, pela orientação sexual ou/e gênero, e não por outros fatores. Nota-se, assim, que a própria condição intrínseca a seu ser o torna alvo aos outros detentos. Sobre o tema, vale apontar a posição adotada por Cosmo Sobral⁶³:

Nos estabelecimentos penais, os detentos, forçosamente, convivem com o medo de serem vítimas de uma agressão física, de serem violentados sexualmente, entre outras barbáries carcerárias, já que estão sujeitos a um regime no qual praticamente, inexistente uma adequada assistência – seja, matéria, laboral, educacional, espiritual, médica, jurídica, ou social – e uma separação entre o pequeno infrator e os presos altamente perigosos.

Cumprido frisar que a resolução foi estruturada com base em diversas legislações internacionais e nacionais que visam à garantia dos direitos humanos. Logo, foram consideradas, entre outras, a Constituição Federal, a Declaração Universal dos Direitos

⁶² PELÚCIO, Larissa. *Abjeção e desejo: uma etnografia travesti sobre o modelo preventivo de Aids*. São Paulo: FAESP – Annablume, 2006.

⁶³ SILVA, Cosmo Sobral da. *A terceirização de presídios a partir do estudo de uma penitenciária do Ceará*. Dezembro. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6541/a-terceirizacao-de-presidios-a-partir-do-estudo-de-uma-penitenciaria-do-ceara/1>>. Acesso em 23 de mai. 2018.

Humanos e a Convenção Americana de Direitos Humanos, as quais, as duas últimas, versam sobre a aplicação dos direitos humanos de forma ampla e genérica.

Deve-se ressaltar que, em relação à Constituição de 1988, merece destaque o artigo 5º que assegura a inviolabilidade do direito à vida, igualdade e a segurança, mais especificamente os incisos III (“ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”); XLI (“a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”); XLVII, alínea “e” (“não haverá penas: [...] e) cruéis); XLVIII (“a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”); XLIX (“é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”).

De forma complementar a tais dispositivos, a resolução apresentou também como suporte legislações específicas sobre o cárcere, sendo elas a Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes; as Regras Mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos; as Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras (Regras de Bangkok); os Princípios de Yogyakarta; a Lei de Execução Penal; e a Lei Federal n. 12.847/2013, a qual instituiu o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura.

Dessa maneira, com o surgimento da resolução, ocorreu a tentativa de compilação e efetiva implementação no país do que já era consignado em normas esparsas, mas, por tais diretrizes serem dispersas, até então não se via uma forma direta de concretização.

Em análise ao artigo 1º ⁶⁴, verifica-se que o regramento pretende esclarecer sua abrangência. Dessa forma, traz um rol bastante extensivo relativo a quem são os acolhidos

⁶⁴Art. 1º - Estabelecer os parâmetros de acolhimento de LGBT em privação de liberdade no Brasil.

Parágrafo único - Para efeitos desta Resolução, entende-se por LGBT a população composta por lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, considerando-se: I - Lésbicas: denominação específica para mulheres que se relacionam afetiva e sexualmente com outras mulheres; II - Gays: denominação específica para homens que se relacionam afetiva e sexualmente com outros homens; III - Bissexuais: pessoas que se relacionam afetiva e sexualmente com ambos os sexos; IV - Travestis: pessoas que pertencem ao sexo masculino na dimensão fisiológica, mas que socialmente se apresentam no gênero feminino, sem rejeitar o sexo biológico; e V - Transexuais: pessoas que são psicologicamente de um sexo e anatomicamente de outro, rejeitando o próprio órgão sexual biológico.

pelos pela proteção exposta na norma, a fim de garantir direitos sem excluir nenhuma parcela da população estigmatizada, desconstruindo a polaridade rígida dos gêneros.

O artigo 2º ⁶⁵ possibilita à presa travesti ou transexual dispor de seu nome social, ao passo que concede dignidade efetiva e real expressão de seu íntimo no ambiente opressor da prisão.

Ao viabilizar em seu artigo 3º ⁶⁶ a separação de travestis e gays da parcela presa heterossexual, há, de fato, uma tentativa de se resguardar a integridade física, moral e sexual das vítimas. Busca-se, assim, reafirmar o princípio n. 9, já citado acima, dos Princípios de Yogyakarta.

O artigo 4º ⁶⁷ abrange o encaminhamento das pessoas transexuais ao presídio feminino, não sendo necessária para tal transferência a cirurgia de transgenitalização, visto que as transexuais femininas apenas devem ter o sentimento de adequação ao outro gênero, seja pela voz, roupa, acessórios, trejeitos, podendo, assim, não obrigatoriamente rejeitar a conformidade biológica.

A grande indagação feita é relativa ao motivo de as transexuais masculinas permanecerem no presídio feminino. Ocorre que, ausente a cirurgia de transgenitalização, as transexuais masculinas possuem o sexo biológico feminino, razão por que não é possível a transferência delas ao presídio masculino, sob pena de expô-las a ainda mais violações, o que iria de encontro às garantias que o regramento pretendeu resguardar.

⁶⁵Art. 2º - A pessoa travesti ou transexual em privação de liberdade tem o direito de ser chamada pelo seu nome social, de acordo com o seu gênero. Parágrafo único - O registro de admissão no estabelecimento prisional deverá conter o nome social da pessoa presa.

⁶⁶Art. 3º - Às travestis e aos gays privados de liberdade em unidades prisionais masculinas, considerando a sua segurança e especial vulnerabilidade, deverão ser oferecidos espaços de vivência específicos.

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

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

⁶⁷ Art. 4º As pessoas transexuais masculinas e femininas devem ser encaminhadas para as unidades prisionais femininas.

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

O artigo 5º⁶⁸ preconiza a obrigação da administração na unidade penitenciária em não estabelecer ou invadir a individualidade da travesti ou transexual no que concerne a sua livre escolha em como se vestir, manter seus cabelos, maquiagem e acessórios, para que sejam garantidas as características secundárias das presas de acordo com sua identidade de gênero. Dessa forma, se, a princípio, as detentas deveriam se manter de acordo com o estipulado dentro do próprio presídio, na forma arbitrada pelo responsável da unidade prisional, agora é dever de todos os agentes respeitar a decisão de cada presa, garantindo-se a dignidade da pessoa travesti ou transexual.

Embora muitas pessoas possam pensar que tal dispositivo ofereça uma liberdade contraditória ao cumprimento da pena privativa de liberdade, tal paradoxo não existe, porque o objetivo central da prisão é a ressocialização. Caso as presas sejam impedidas de dispor do próprio corpo, desfazendo-se de suas personalidades, passa a existir um forte obstáculo a posterior ressocialização. Esse pensamento está intrinsecamente ligado ao afirmado por Bento⁶⁹:

O sentido que se atribui às roupas e aos acessórios liga-se a um campo mais amplo de significados que extrapola a ideia de um “gosto pessoal”, vinculando-se às normas de gênero que estabelecem determinadas formas de cobrir os corpos-sexuados. As roupas não cumprem exclusivamente um papel funcional [...].

Quando se observa o artigo 6º⁷⁰, é perceptível a intenção de corroborar o já afirmado pelo nono princípio de Yogyakarta, por dispor também acerca da disponibilidade do direito à visita íntima.

O artigo 7º da Resolução⁷¹ alinha-se ao texto constitucional (art. 196 da CF), ao cuidar do direito à saúde⁷², ao consagrar um dos princípios do Sistema Único de Saúde, qual seja, a

⁶⁸ Art. 5º - À pessoa travesti ou transexual em privação de liberdade serão facultados o uso de roupas femininas ou masculinas, conforme o gênero, e a manutenção de cabelos compridos, se o tiver, garantindo seus caracteres secundários de acordo com sua identidade de gênero.

⁶⁹ BENTO, Berenice. A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual. 1 ed. P.162-136. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

⁷⁰ Art. 6º É garantido o direito à visita íntima para a população LGBT em situação de privação de liberdade, nos termos da Portaria MJ nº 1190/2008 e na Resolução CNPCP nº 4, de 29 de junho de 2011.

⁷¹ Art. 7º É garantida à população LGBT em situação de privação de liberdade a atenção integral à saúde, atendidos os parâmetros da Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – LGBT e da Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional – PNAISP.

integralidade de assistência, inclusive mediante tratamento hormonal e acompanhamento específico de saúde. É imprescindível para as transexuais e travestis à manutenção e fornecimento de tratamento hormonal, clínico e psicológico que conserve as características de gênero que dão sustentação à identidade social do indivíduo. Tal entendimento encontra eco no item 9 dos Princípios de Yogyakarta, ao dispor sobre o “direito à tratamento humano durante a detenção”.

O artigo 8º ⁷³ da Resolução retromencionada, orientada pelo princípio da humanização das penas, proíbe a transferência do preso LGBT entre celas com o escopo de puni-lo, assim como proscree a prisão ou a incidência de sanções sobre determinada pessoa pelo mero fato de pertencer ao público LGBT. Os “tratamentos desumanos e degradantes” citados demonstram a rejeição a qualquer prática contra a integridade física ou moral do preso, em consonância com a Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal, artigo 40) e com o Pacto de São José da Costa Rica.

Lei 7.210/1984, art. 40. Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.

Pacto de São José da Costa Rica, artigo 5º (Direito a Integridade Pessoal). Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

Os demais artigos da Resolução tratada são relacionados diretamente ao direito à educação, à capacitação profissional e à previdência, sendo todos de extrema importância para garantir os direitos básicos da população carcerária LGBT.

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

⁷² Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

⁷³ Artigo 8º. A transferência compulsória entre celas e alas ou quaisquer outros castigos ou sanções em razão da condição de pessoa LGBT são considerados tratamentos desumanos e degradantes.

Posto isto, infere-se a imprescindibilidade da concreta e ampla atenção a essa parcela específica do sistema prisional, tendo em vista que a falta de amparo legal torna esses presos ainda mais vulneráveis.

3.3 Resolução SEAP-RJ n. 558/2015

A Resolução SEAP-RJ n. 558/2015 foi editada no Rio de Janeiro a fim de estabelecer as diretrizes que devem embasar o tratamento da população LGBT no cárcere dentro do Estado.

Assim como a resolução anteriormente analisada, a Resolução SEAP-RJ n. 558/2015 foi inspirada em diversas leis, decretos, portarias e Convenções, entre as quais se destacam a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), Constituição Federal (1988), os Princípios de Yogyakarta (2006) e a Resolução Conjunta CNPCP e CNCD/LGBT n. 1 (2014).

O primeiro artigo⁷⁴ da resolução estadual dispõe sobre os direitos mais básicos que devem ser garantidos à população LGTB, sendo eles a vedação a qualquer forma de discriminação e o direito a liberdade e à autodeterminação. Pode-se dizer que dessas garantias derivam os demais direitos específicos dessa população.

O direito à autodeterminação significa que a pessoa presa poderá, ao entrar no sistema penitenciário, se autoidentificar da maneira que quiser, sem que nenhum agente determine seu gênero.

⁷⁴ Artigo. 1º - É vedada toda e qualquer forma de discriminação por parte de funcionários da administração penitenciária ou de particulares fundada na orientação sexual ou na identidade de gênero da pessoa privada de liberdade, assegurando-se aos presos e presas o respeito à sua liberdade de autodeterminação.

§ 1º - A identidade de pessoas travestis, mulheres e homens transexuais será por autodeterminação na entrada do sistema penitenciário. A unidade de custódia da pessoa travesti, mulher transexual e/ou homem transexual será compatível com o gênero declarado no momento do ingresso no sistema penitenciário, respeitando a liberdade de autodeterminação do preso ou da presa.

§2º - Para efeitos dessa Resolução, entende-se por LGBT a população composta por lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, conforme parágrafo único do art. 1º da Resolução Conjunta do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e do Conselho Nacional de Combate à Discriminação CNPCP-CNCD/LGBT, de 15 de abril de 2014.

§ 3º - Entende-se por pessoa travesti e mulher transexual a pessoa do sexo biológico masculino e identidade de gênero feminina e homem transexual a pessoa do sexo biológico feminino e identidade de gênero masculina.

O artigo 2º ⁷⁵ traz um importante direito conquistado, relativo à obrigação de terceiros chamarem a pessoa transexual pelo nome social, independentemente do nome que conste no registro civil, na medida em que a forma como a pessoa se identifica prevalece sobre o registro moral, o qual não condiz com a realidade intrínseca da transexual ou travesti. Por isso, tanto os formulários preenchidos da SEAP quanto a carteira de visitante, devem conter um campo destinado a tal nome a ser preenchido juntamente com o nome de registro.

De modo a garantir a dignidade da pessoa, o artigo 3º ⁷⁶ trouxe a possibilidade da transferência do preso gay ou travesti para área específica, preservando-se a sua individualidade e segurança. Contudo, tal transferência não pode ser obrigatória, nem ter por fim segregar ou punir o preso. A mudança, portanto, será feita dependendo da livre escolha da presa, sem nenhuma interferência externa. Tal regramento condiz com a Resolução anteriormente analisada.

O artigo 4º é específico à parcela transexual feminina e masculina, porque não possibilita o espaço de convivência específico dentro do presídio masculino, e sim orienta para que seja feita transferência definitiva para o presídio feminino. Isso ocorre pelo pertencimento ao gênero feminino das transexuais femininas e pela maior vulnerabilidade que os transexuais masculinos estariam expostos no presídio masculino, já que, naturalmente, têm uma menor força física e possuem o órgão genital feminino, o que incrementaria o risco de

⁷⁵ Art. 2º - A pessoa travesti ou mulher e homem transexual em privação de liberdade tem o direito de ser tratada pelo seu nome social, de acordo com o seu gênero.

§ 1º - Entende-se por nome social aquele pelo qual pessoas travestis, mulheres transexuais e homens transexuais querem ser tratados.

§ 2º - O sistema de registros da Secretaria do Estado de Administração Penitenciária (SEAP) deverá conter um campo destinado ao nome social, que deverá ser preenchido na entrada da pessoa presa, seguindo o registro na Guia de Recolhimento do Preso. Caso não tenha sido incluído o nome social na Guia de Recolhimento do Preso a SEAP deverá incluí-lo. Para as(os) presas(os) LGBT que já se encontram dentro do sistema, aplica-se a mesma medida.

⁷⁶ Art. 3º - Às pessoas travestis e aos gays privados de liberdade em unidades prisionais masculinas, considerando a sua segurança e especial vulnerabilidade, deverão ser oferecidos espaços de convivência específicos, de modo a garantir sua dignidade, individualidade e adequado alojamento.

§ 1º - Deve-se analisar o interesse da população assistida, evitando assim segregação social ou quaisquer formas de discriminação negativa em razão da identidade de gênero ou orientação sexual. 999171949

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

§ 3º - Os espaços para essa população não devem se destinar à aplicação de medida disciplinar ou de qualquer método coercitivo.

serem violentados sexualmente. Tal artigo ⁷⁷ também se encontra de acordo com a Resolução anteriormente analisada.

O artigo 5º ⁷⁸ reafirma a previsão contida na Resolução sobre a qual se discorreu no capítulo anterior, pois visa a garantir à transexuais e travestis o uso de cabelos compridos, roupas íntimas femininas e acessórios, sem que eles possam ser proibidos, ainda mais por se relacionarem à identidade de gênero que a pessoa ostenta.

O artigo 6º ⁷⁹ preconiza o respeito ao corpo das pessoas travestis e transexuais mulheres, pois, durante o banho de sol, elas não podem ser obrigadas a exporem seus corpos como os homens cis, podendo utilizar uniforme feminino. Já os transexuais homens devem ter a sua disposição uniformes masculinos.

O artigo 7º ⁸⁰ dispõe sobre a proibição da revista íntima ao gay, lésbica, transexual ou travesti de maneira humilhante, expondo o seu corpo publicamente para outras pessoas.

O direito garantido no artigo 8º ⁸¹ está diretamente ligado à saúde e à dignidade da pessoa presa, pois assevera o direito à visita íntima.

O artigo 9º ⁸² insere mais medidas que visam proteger a saúde da população LGBT. Discorre acerca do tratamento hormonal, que deve ser contínuo, uma vez que a restrição de

⁷⁷ Art. 4º - As mulheres transexuais e homens transexuais devem ser encaminhados para as unidades prisionais femininas.

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

⁷⁸ Art. 5º - À pessoa travesti ou mulher transexual e homem transexual em privação de liberdade será facultado o uso de roupas íntimas femininas ou masculinas, bem como a manutenção de cabelos compridos, se o tiver, garantindo seus caracteres secundários de acordo com sua identidade de gênero.

Parágrafo único - Deverá ser respeitada a manutenção de cabelos femininos das pessoas travestis e das mulheres transexuais na porta de entrada, nas transferências e durante a sua permanência no sistema penitenciário.

⁷⁹ Art. 6º - Durante o banho de sol, será assegurado às pessoas travestis e às mulheres transexuais recolhidas em unidades prisionais o uso de uniforme feminino. Aos homens transexuais será assegurado o uso de uniforme masculino, sendo vedado aos agentes penitenciários, em ambos os casos, impor exposição corporal vexatória como condição para o banho de sol.

⁸⁰ Art. 7º - É vedado proceder à revista íntima na pessoa travesti ou nas mulheres e homens transexuais em ambiente público, que permita a exposição da nudez da pessoa revistada diante dos demais presos, devendo-se proceder à revista íntima em ambiente reservado, que assegure a privacidade.

Parágrafo único - Os/as internos/as LGBT serão revistados seguindo as normas de revistas íntimas, sem nenhuma discriminação.

⁸¹ Art. 8º - É garantido o direito à visita íntima para a população LGBT.

Parágrafo único - A SEAP, através da Subsecretaria de Tratamento Penitenciário e a Subsecretaria de Gestão Operacional, deverá, em parceria com o CELGBT/RJ, viabilizar estudos para a efetivação desse direito.

liberdade não pode servir de óbice à recepção de medicamentos necessários para seu tratamento. Além disso, garante a isonomia na distribuição de preservativos e gel lubrificante.

O artigo 10º ⁸³ pretende coibir a transferência compulsória, de cunho punitivo, da população LGBT. Por isso, estabelece a possibilidade de sanção para o agente que aja dessa forma, já que estará praticando ato desumano.

Os demais artigos visam a garantir o acesso à educação e à profissionalização do preso LGBT. Além disso, o artigo 13 ⁸⁴ merece destaque, pois informa sobre a criação de um grupo de trabalho específico para acompanhar se as medidas impostas estão sendo de fato aplicadas.

Ante o exposto, percebe-se que a inovadora Resolução n. 558/2015 da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária pretende garantir que o Rio de Janeiro cumpra patamares mínimos de vida digna dentro do ambiente carcerário para a população LGBT, já que, embora o cárcere seja naturalmente um local bastante degradante para todos os públicos, torna-se ainda mais para tais presos, por conta de sua extrema vulnerabilidade.

3.4. Habeas Corpus n. 152.491

Pedro Henrique Oliveira Polo, nome social Laís Fernanda, foi condenado a 6 (seis) anos de prisão, devendo a pena imposta ser inicialmente cumprida em regime fechado, pela prática

⁸² Art. 9º- É garantida à população LGBT em situação de privação de liberdade a atenção integral à saúde, atendidos os parâmetros da Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais - LGBT.

§ 1º- À pessoa travesti, à mulher transexual ou ao homem transexual em privação de liberdade, será garantido acesso do seu tratamento hormonal e o acompanhamento de saúde específico.

§ 2º- Será garantida, com isonomia de tratamento, a distribuição de preservativos e gel lubrificante.

§ 3º- A SEAP deverá, através da Subsecretaria de Tratamento Penitenciário e das Coordenações de Saúde, Psicologia e Serviço Social, em parceria com a Secretaria Estadual de Saúde do Rio de Janeiro, viabilizar estudos para a efetivação desse direito.

⁸³ Art. 10- A transferência compulsória entre celas e alas ou qualquer outra sanção, em razão da condição de pessoa LGBT, será considerado tratamento desumano e degradante, sem prejuízo da aplicação das sanções disciplinares previstas em lei no caso de cometimento de faltas.

⁸⁴Art. 13 - Para o acompanhamento, o monitoramento e as avaliações para a implementação desta resolução será criado um grupo de trabalho específico.

do tipo penal previsto no artigo 158, § 3º, do Código Penal⁸⁵, cometido em concurso de agentes.

Em resposta à condenação em primeira instância pelo delito de extorsão mediante sequestro⁸⁶, impetrou-se *habeas corpus*⁸⁷ perante o Tribunal de Justiça de São Paulo. Ocorre que a ordem foi denegada e, em seguida, impetrou-se novamente o remédio constitucional perante o Superior Tribunal de Justiça, que não conheceu do *habeas corpus*.

No *habeas corpus* impetrado no Supremo Tribunal Federal foi sustentada a possibilidade de o regime inicial ser fixado de forma mais branda e, ainda, foi solicitado que a prisão cautelar fosse afastada.

Por último, arguiu-se que a paciente, pela sua condição de travesti, estava sofrendo retaliações físicas e psicológicas dos demais presos no presídio masculino e, com essa argumentação foi requisitado o direito de a presa aguardar em liberdade enquanto não houvesse o julgamento da apelação interposta no Tribunal Estadual de São Paulo.

Caso o pedido anterior fosse denegado, demandou-se que, subsidiariamente, houvesse a fixação do regime em semiaberto e, ainda, subsidiariamente a esse último, pediu-se a transferência para local adequado, tendo em vista que, por mais que pertença ao sexo masculino fisiologicamente, a presa socialmente se apresenta no gênero feminino e estava na cela junto a muitos homens cis, sofrendo diversas formas de subjugação.

⁸⁵ Código Penal, Art. 158. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa:

[...]

§ 3º Se o crime é cometido mediante a restrição da liberdade da vítima, e essa condição é necessária para a obtenção da vantagem econômica, a pena é de reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos, além da multa; se resulta lesão corporal grave ou morte, aplicam-se as penas previstas no art. 159, §§ 2º e 3º, respectivamente. (Incluído pela Lei nº 11.923, de 2009).

⁸⁶ Art. 158 do Código Penal: Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa:

§ 3º Se o crime é cometido mediante a restrição da liberdade da vítima, e essa condição é necessária para a obtenção da vantagem econômica, a pena é de reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos, além da multa; se resulta lesão corporal grave ou morte, aplicam-se as penas previstas no art. 159, §§ 2º e 3º, respectivamente. (Incluído pela Lei nº 11.923, de 2009)

⁸⁷ *Habeas Corpus* é um remédio constitucional cabível sempre que qualquer pessoa estiver sofrendo constrangimento ilegal no seu direito de ir e vir, ou quando se encontrar na eminência de tal violação.

Diante de todos os pedidos solicitados e em análise do caso concreto de forma ampla, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal inadmitiu a utilização do *habeas corpus* e extinguiu o processo sem resolução de mérito pela inadequação da via eleita.

Em relação a decretação da custódia cautelar para garantia da ordem pública, o Supremo em consonância com a sua jurisprudência, afirmou ser plausível a decretação, em razão do risco fático de reiteração criminosa e da gravidade do crime praticado.

Acrescentou que o Superior Tribunal de Justiça não apreciou o pedido relativo à fixação de regime inicial mais brando; por isso, não há o impedimento do exame da matéria pelo STF, já que, caso apreciasse a matéria, estaria suprimindo duas instancias.

Quanto a análise do estabelecimento prisional ser incompatível com o gênero da paciente e do corréu, Luiz Paulo Porto Ferreira (nome social Maria Eduarda Linhares), concedeu-se a ordem de ofício para que ambas fossem transferidas para presídio condizente com o gênero, de acordo com o já estabelecido pela Resolução Conjunta n. 1/2014 do Conselho Nacional de Combate à Discriminação e da Resolução SAP n. 11/2014 do Estado de São Paulo⁸⁸.

A decisão em comento foi inédita e mudará concretamente as condições vividas pelo transgênero dentro do sistema penitenciário, haja vista que não mais será possível manter em convívio a pessoa trans junto aos homens cis, caso essa seja sua vontade.

Dessa forma, sempre que os presos transexuais e travestis tiverem suas identidades de gênero inibidas, discriminadas, sofrerem marginalização e subalternização de seus corpos perante os homens cis, que agem de forma preconceituosa no intuito de aumentarem seus poderes sobre os primeiros indivíduos, aqueles deverão acionar a máquina do Judiciário a fim de garantirem que a dignidade da pessoa humana seja respeitada, e haja o pleno acesso à justiça.

Outro ponto destacável no acórdão é que a Resolução Conjunta n. 1/2014, do Conselho Nacional de Combate à Discriminação foi um dos embasamentos para a decisão estabelecida.

⁸⁸ Dispõe sobre a atenção às travestis e transexuais no âmbito do sistema penitenciário de São Paulo.

Neste diapasão, percebe-se que, quando há uma norma interna estabelecendo num único documento o já exposto em normas esparsas nacionais e internacionais, cria-se um cenário de maior efetividade no cumprimento da lei em prol dos vulneráveis. Isto é, a simplificação/agrupamento dos regramentos possibilita um maior e mais facilitado acesso à justiça.

Cabe destacar que o julgado ampliou a possibilidade de transferência de unidade prisional, pois, segundo a Resolução Conjunta n. 1/2014, do Conselho Nacional de Combate à Discriminação, apenas seria possível o encaminhamento, independentemente da realização de cirurgia (artigo 4º), das pessoas transexuais mulheres e homens ao presídio feminino. Excluiu-se, por consequência, as travestis que deveriam, tal qual os gays, serem direcionadas a espaços de vivência específicos dentro do próprio presídio masculino, a fim de garantir a segurança (artigo 3º).

Sendo assim, a separação de métodos encontrada nos artigos não deve ser aplicada. Em verdade, considera-se a livre vontade do preso de forma irrestrita, podendo independentemente de ser gay, travesti ou transexual, decidir o ideal para ela, que pode ser tanto sua manutenção na cela com homens cis, a transferência dentro do próprio presídio para outra ala especial ou o encaminhamento para o presídio feminino.

Merece atenção especial que, em diversos trechos da decisão, foram utilizadas palavras no “masculino”. Inclusive, quando era falado o nome da paciente, seu nome social apareceu, a todo tempo, em segundo plano, o que demonstra uma mudança parcial de paradigma. Isto é, por mais que se tenha superado uma grande barreira, ainda há muito o que ser modificado. Inclusive, no final da decisão, é determinada a transferência para “estabelecimento prisional compatível com as respectivas orientações sexuais”, sendo que, no caso em tela, não se é discutido nada referente à orientação sexual dos presos, e sim o gênero, porém essas duas expressões são frequentemente vistas, de forma errônea, como sinônimos.

4. O COTIDIANO DO TRANSGÊNERO DENTRO DOS PRESÍDIOS NO RIO DE JANEIRO

4.1 Panorama geral

Inicialmente, é válido ressaltar que existem poucas informações acerca da população LGBT dentro do cárcere. Isso se deve a diversos motivos, que vão desde a ausência de autodeclaração até o desinteresse do próprio sistema em não reconhecer essa população.

Nas prisões masculinas, as travestis e transexuais costumam assumir papéis tradicionalmente impostos como femininos na sociedade realizando, por exemplo, a limpeza das celas.

Dessa forma, percebe-se que as pessoas LGBTs privadas de liberdade estão em situação de extrema vulnerabilidade a todo tempo, sob o risco de sofrer – quando já não sofrem - abusos e restrições em seus direitos fundamentais. Tais violações podem se dar pelos demais encarcerados, pelos agentes públicos da penitenciária e por todo o sistema de justiça criminal.

Atualmente, as detentas transexuais e travestis se encontram dispersas em inúmeras penitenciárias do Estado do Rio de Janeiro. Destacam-se os presídios: Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, no Complexo de Gericinó, e o Presídio Evaristo de Moraes, em São Cristóvão.

No ano de 2015, foi realizada vistoria em presídios do Estado, pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (Núcleo de Defesa da Diversidade Sexual e Direitos Homoafetivos), a fim de saberem se determinadas metas estabelecidas estavam sendo cumpridas.

Foi constatado, após entrevista com 42 (quarenta e duas) pessoas⁸⁹ (travestis e transexuais) encarceradas nos presídios Evaristo de Moraes, Esmeraldino Bandeira, Instituto Penal Plácido Sá Carvalho e Alfredo Trajan, que havia, por parte dos agentes penitenciários, inúmeras violações aos direitos fundamentais das presas.

O Núcleo Especializado da Defensoria resolveu fazer um relatório com todo o conteúdo do que foi vistoriado. Dessa forma, foi relatada a inobservância da possibilidade das detentas tomarem banho de sol com camisa; a tortura/espancamento realizado por policiais; a recusa dos agentes em encaminhar ao hospital as presas, unicamente pelo fato de serem transexuais; cabelos raspados à máquina pelos agentes; revista íntima nua na frente dos demais presos, homens cis; proibição da entrada de hormônios e produtos femininos como maquiagem, pinça e esmaltes, além das presas serem chamadas por seus nomes do registro civil e não pelo nome social como a lei garante.

O relatório comprovou que, entre as metas e instruções estipuladas, a Resolução Conjunta CNPCP e CNCD/LGBT n. 1, de 5 de abril de 2014 não estava sendo cumprida e, conseqüentemente, percebeu-se a necessidade de se criar um instrumento estadual que tutelasse tais direitos de forma mais enfática. A partir do panorama apontado, foi criada a Resolução SEAP n. 558, de 29 de maio de 2015, já discutida em outro capítulo.

Além da criação do Relatório Estadual, no ano de 2018, a Secretaria Estadual de Administração Penitenciária (Seap) se propôs a analisar a criação de um presídio exclusivo para gays, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais. A análise será feita em conjunto com a Coordenação de Unidades Prisionais Femininas e Cidadania LGBT, criada esta semana.

Segundo a Coordenadora Ana Cristina Faulhaber, inicialmente, serão feitos estudos e consultas junto a própria população carcerária para que se possa saber diretamente dos próprios afetados, suas opiniões sobre a mudança, e só depois, providências poderão ser tomadas.

⁸⁹Entrevistas realizadas pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro, mais precisamente pela Defensora e pesquisadora Letícia Furtado, junto as transexuais encarceradas a fim de identificar se as normas estabelecidas estavam sendo cumpridas e de se verificar as reais condições do encarceramento para a minoria em tela.

Contudo, deve-se atentar que tal possibilidade causará uma transformação profunda no quadro atual. Dessa forma, uma mudança sem possibilidade de retorno ao *status quo* pode ser ainda mais prejudicial a população que já é privada de tantos direitos.

Uma mudança no quadro atual com certeza é necessária e de forma rápida, porém da forma pretendida acima, pode gerar mais estigma e segregação, o que se mostra oposto do buscado. Além de existirem, de fato, inúmeras outras alternativas que devem ser analisadas no caso concreto, não de forma a generalizar uma população que representa um panorama enorme de diversidade e lutas.

4.2 Metodologia

Na pesquisa feita, buscou-se analisar, preliminarmente, os princípios e regras internacionais pertinentes aos transgêneros e/ou encarceramento que surgiram anteriormente às legislações específicas internas.

Num segundo momento, foi dado enfoque às normas nacionais que surgiram no intuito de reforçar a proteção internacional, sendo as principais a Resolução conjunta CNPCP E CNCD/LGBT N. 1, de 15 de abril de 2014, e a Resolução SEAP-RJ N. 558/2015. Ocorre que, a mera existência de normas internas somadas às internacionais não garante que elas sejam aplicadas nas execuções penais.

Este ano houve o primeiro julgado no STF pertinente a transferência de duas presas travestis para um presídio feminino: o *habeas corpus* n. 152.491. O acórdão ampliou a garantia existente pela Resolução Conjunta CNPCP E CNCD/LGBT n. 1, de 15 de abril de 2014, ao estender às travestis o que era possibilitado somente às transexuais, isto é, a possibilidade de transferência de cárcere, e não só a separação de alas ou celas. O ineditismo do julgado e sua relação de pertinência com o objeto da presente pesquisa motivaram a realização de análise detalhada para estudo do caso.

Dessa forma, foi possível perceber que as normas criadas são elásticas, pois visam garantir o máximo de proteção/direitos possíveis às trans, sendo nelas disposto o mínimo para que se possa alcançar uma vida digna dentro da prisão.

Após o exame das normas e da jurisprudência de forma detalhada, foi feita uma investigação para se descobrir como estavam sendo aplicadas tais legislações e o desdobramento do acórdão para as internas do Presídio Evaristo de Moraes.

Buscando acesso a dados fidedignos a respeito do cotidiano de pessoas transexuais privadas de liberdade para fins de cumprimento de pena no Brasil (mais especificamente, no estado do Rio de Janeiro), optou-se por dar prosseguimento ao estudo através da realização de entrevista realizada com a Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro e pesquisadora, Letícia Furtado.

Tal modalidade de pesquisa empírica foi considerada adequada por permitir acesso amplo a uma gama de dados relevantes à compreensão das violações a direitos de pessoa trans decorrentes do modelo de encarceramento atual. Ao longo da entrevista com Letícia Furtado, foi possível obter dados relevantes a respeito de sua vivência profissional enquanto responsável pela defesa de pessoas encarceradas, bem como ter acesso aos dados obtidos pela mesma no curso de sua pesquisa empírica⁹⁰ com transexuais encarceradas.

A pesquisa empírica na modalidade de entrevista foi realizada no curso de diversos encontros e conversas com a Letícia Furtado, permitindo que fossem coletados dados sobre o estudo realizado no presídio relativo ao cumprimento da Resolução Conjunta CNPCP e CNCD/LGBT n. 1/ 2014 e da Resolução SEAP-RJ n.558/2015.

4.3 Presídio Evaristo de Moraes

A pesquisadora e Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro, Letícia Furtado, entrevistou 42 transexuais e travestis que cumprem pena em Regime Fechado no Presídio Masculino Evaristo de Moraes.

⁹⁰A pesquisa feita pela Defensora Pública Letícia Furtado foi realizada em conjunto com a Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro e ainda não foi publicada.

As entrevistas foram feitas embasadas num questionário dividido em três partes, sendo elas: qualificação (dados pessoais), prisão (dados processuais) e a situação/tratamento dado às detentas.

Buscou-se averiguar o cumprimento ou não pelo poder público das normas e diretrizes estabelecidas pela Resolução SEAP n. 558, de 29 de maio de 2015, e da Resolução Conjunta CNPCP e CNCD/LGBT n. 1, de 15 de abril de 2014, em relação às travestis e transexuais.

Logo foi percebido o não cumprimento dos artigos 1º e 2º da Resolução Estadual, pois não se respeita a identidade declarada pela pessoa transgênero ao ingressar no sistema penitenciário, já que, independentemente de como se autoidentifique, não há um cadastro interno disponível que mostra o número de pessoas pertencentes ao grupo.

Além disso, o nome social que deveria ser garantido com base no artigo 2º, §§ 1º e 2º, da mesma Resolução, não é considerado, muito menos utilizado, pelos agentes públicos em nenhuma documentação ou no chamamento, mesmo que as presas declarem se autoidentificar perante os funcionários com os respectivos nomes sociais.

Sendo assim, as presas afirmaram que quase sempre seus nomes sociais foram ignorados pelas inspetoras, inclusive as senhas de deslocamento dentro do presídio eram redigidas com nome registral. Foi acrescentado, pela Defensora, que as próprias senhas entregues pela Defensoria aos inspetores com os nomes sociais das entrevistadas causava estranheza e desconforto.

Dessa forma, percebe-se não há somente preconceito por partes dos agentes públicos, mas também falta de conhecimento sobre o que é assegurado às detentas. A Resolução Seap 558/2015 deveria ser exposta por diversas áreas da penitenciária para o conhecimento dos funcionários, das próprias detentas e dos demais presos.

O *caput* do artigo 1º do diploma estadual em análise foi bastante debatido, tendo as presas informado que os funcionários da administração praticavam transfobia institucional

corriqueiramente, por meio de deboches, xingamentos, apenas por conta do vestuário, gestos e aparência adotados.

Ao tentarem, de alguma forma, reivindicar um direito, rapidamente eram repreendidas com a resposta de que estavam inseridas no cárcere masculino e, por isso, deveriam ser tratadas como homens homossexuais e, jamais, como pertencentes ao gênero feminino, o que viola diretamente o direito à autodeterminação no ingresso do sistema. Foi a elas vedado a escolha sobre seu próprio gênero independentemente de sua aparência, não obstante desse prevalecer da liberdade de escolha, intimidade e privacidade.

As presas destacaram que o comportamento dos agentes era modificado, em parte, quando as travestis e transexuais apresentavam a aparência mais feminina. Em outras palavras, elas eram melhor tratadas quando tinham passado por algum procedimento, seja silicone, outras cirurgias estéticas ou o uso de hormônios inibidores, capazes também de deixar a voz mais feminina. Ou seja, os funcionários rotulavam como mulheres somente as trans que aparentavam uma figura feminina mais familiar, excluindo as demais.

Em contradição com o informado acima, as trans eram impossibilitadas, pelos servidores, de acessar objetos de uso pessoal necessários para que elas se sentissem pertencentes ao gênero feminino. Sendo assim, o uso de maquiagem, acessórios e esmalte eram restritos.

Ressalta-se, ainda, que a restrição, além de ser ocasionada pelos agentes, ocorre pela falta de recursos da maior parte das trans, já que o pouco dinheiro que possuem acaba sendo destinado para garantir acesso a bens ainda mais básicos para sobrevivência.

É importante esclarecer que a maior parte das entrevistadas eram negras, tendo metade, em média, concluído apenas o ensino fundamental. No tocante à profissionalização, duas profissões tiveram grande destaque quantitativamente, sendo elas a de cabeleireira e a de prostituta, as quais profissões não eram exercidas regularmente, o que as impediu de receber o auxílio-reclusão disposto no artigo 11 da Resolução Estadual.

Esses percentuais demonstram que a população carcerária transexual, assim como a população presa geral, tem rosto. São mulheres negras, pobres, sem acesso adequado tanto à educação básica quanto a empregos com carteira assinada.

Em relação à alteração do registro de nascimento, apenas uma detenta não vê necessidade em sua alteração. No que tange à retificação do gênero para o feminino, duas não manifestaram vontade de modificação.

O desejo da troca do nome é latente, pois é uma possibilidade mais conhecida popularmente entre toda a população brasileira, por conta de tal informação ser frequentemente veiculadas nos meios de comunicação.

Diferente ocorre diante da realização da cirurgia de transgenitalização⁹¹, tendo em vista que não é de conhecimento amplo e irrestrito, sendo necessário destacar que, até o momento, não há presas que já tenham efetuado o procedimento, e metade delas não o faria por diversos motivos, tais como medo, falta de interesse e possível perda de prazer. Há também as presas que simplesmente não refletiram sobre tal hipótese por razões sociais ou de amadurecimento.

Em contrapartida, latente é a vontade das presas em realizarem cirurgias mais simples⁹² como de silicone em diferentes partes do corpo. Portanto, os procedimentos mais simples e acessíveis são os mais buscados pelas presas, já que não envolvem, *a priori*, muitos riscos e causam mudanças vistas por todas as outras pessoas, o que já traz uma maior sensação de pertencimento ao gênero.

Relativamente ao âmbito familiar, apenas 5 (cinco) presas afirmaram terem filhos. Ademais, quase 2/3 (dois terços) têm relacionamentos heterossexuais conjugais dentro do próprio presídio (com outros encarcerados), sendo esse o principal motivo de não necessitarem de visita íntima.

⁹¹A cirurgia de transgenitalização também é chamada de cirurgia de readequação genital, já que a operação modifica o órgão genital, e não o sexo ou o gênero do paciente. A idade mínima para que a operação seja realizada é de 21 anos. É necessário que o paciente tenha acompanhamento psicológico, psiquiátrico, endocrinológico e assistência social. Salienta-se a importância da vivência social mínima de dois anos com o gênero o qual o paciente se identifica, tendo em vista que o procedimento é irreversível. Além disso, cabe ressaltar a longa duração de 7 horas da cirurgia para as transexuais femininas e o alto custo, pois a operação apresenta o valor médio de 35 mil reais.

⁹² As cirurgias mais simples são mais acessíveis financeiramente e realizadas por uma maior quantidade de cirurgões plásticos, esses motivos também contribuem para que sejam mais recorrentes.

Quando indagadas sobre a orientação sexual, as presas informaram serem homossexuais, mesmo que não sejam, já que apresentam relacionamento com homens. Ocorre que há um enorme desconhecimento entre elas sobre os significados e as diferenças entre gênero e orientação sexual, as quais necessitam ser sanadas urgentemente, pois elas precisam ter acesso a informações básicas sobre si mesmas.

Diante do alto percentual de presas que mantêm relacionamento dentro do cárcere, pode-se perceber que não há, entre os presos, um desrespeito generalizado à escolha do gênero das entrevistadas, e sim, o reconhecimento.

Quando as presas foram indagadas em relação às visitas de familiares e/ou amigos, um número reduzido afirmou receber visita, sendo os motivos os mais diversificados possíveis. Salientam-se a distância da moradia, que pode ou não se somar à falta de recursos para o deslocamento, perda do contato pela rejeição ao gênero ou pela prática criminosa e a vergonha própria de se mostrar para família nas condições carcerárias. Deste modo, é perceptível que há um enorme abandono familiar e que a transferência para o presídio feminino poderia ocasionar um desamparo afetivo maior ainda, porque não teriam sequer a visita de seus companheiros encarcerados.

Ao debruçar-se sobre as condições e razões do cárcere, um pouco menos da metade das entrevistadas já tinham sido presas. Os crimes praticados, em grande parte, foram contra o patrimônio, como no caso de roubo e furto. Em seguida, aparece o crime de tráfico de drogas, sendo perceptível a conexão entre os delitos cometidos pelas transexuais e pelas mulheres cis, isto porque, o crime de maior índice das mulheres cis é o de tráfico de drogas.

Indagadas sobre o interesse na transferência para unidade prisional feminina, apenas ¼ das presas afirmaram o anseio da transferência, tendo como principais razões: facilidade no acesso a bens femininos básicos e hormônios, relacionamento estável com as demais mulheres, melhor tratamento das agentes carcerárias e prevenção de doenças.

Uma interna observou que a transferência seria positiva se ocorresse, anteriormente ao encaminhamento, a cirurgia de transgenitalização, por medo de sofrer preconceito na unidade durante as revistas íntimas realizadas.

Outra presa salientou preocupação em relação ao possível assédio que poderia sofrer pelas mulheres cis dentro do cárcere feminino, porque, por ainda terem o órgão genital masculino, as mulheres poderiam enxergá-las como homens e obriga-las a terem relações sexuais.

Enquanto a mudança não for implementada de fato perante as presas que almejam tal transferência, sempre haverá receio por parte da maioria pelo não conhecimento de experiências anteriores que resultaram positivamente.

No tocante à reserva de área/ala separada dentro do próprio presídio, as presas informaram que, num certo momento, houve uma tentativa de separação pelo diretor do presídio. Contudo, o resultado não foi positivo, pois as brigas entre as trans eram frequentes e, ao mesmo tempo, elas foram distanciadas de seus parceiros afetivos e sexuais.

É perceptível, destarte, que a Resolução Estadual não está sendo respeitada também em seus artigos 3º e 4º, porque as mulheres permanecem nas mesmas celas que homens, porém a inobservância das regras, neste caso específico, está de acordo com a supremacia da vontade das detentas.

Acerca do artigo 5º do mesmo diploma, foi dito, pelas presas, que não há a sua adequada observância, visto que os cabelos são cortados, justamente para imprimir humilhação e descaracterizá-las em uma das características que mais exteriorizam feminidade.

O artigo 6º da Resolução Estadual foi apontado como inobservado, tendo as presas afirmado que muitas agentes obrigavam-nas a retirar o uniforme ou qualquer vestimenta na hora do banho de sol. Como forma de defesa contra essa condição ilegalmente imposta, as presas frequentemente se privavam do banho de sol, o que, conseqüentemente, ensejava mais forte restrição de liberdade.

O artigo 7º do diploma em análise também foi mencionado como violado, sendo as presas submetidas, inúmeras vezes, à revista na frente dos demais presos com intuito de humilhação.

Ao serem questionadas sobre o recebimento dos medicamentos para o tratamento de AIDS⁹³, as presas informaram que há o recebimento do coquetel e há também o oferecimento de camisinhas, mas o gel lubrificante nunca foi fornecido, em desacordo com o artigo 9º da Resolução Estadual.

Ademais, embora o tratamento hormonal ocorra apenas por meio de prescrição médica, o fornecimento dos fármacos deve ser feito pelos familiares, não sendo a unidade prisional responsável pela compra, podendo as enfermeiras do estabelecimento prisional, no entanto, aplicarem o medicamento.

Contudo, as profissionais da área de saúde responsáveis pelas aplicações não têm conhecimento da técnica, além de desconhecerem especificidades dos tratamentos de saúde para transgêneros. Como reflexo, foi relatado pelas presas o medo em relação a tais procedimentos, sendo certo que já ocorreram mortes dentro do presídio, derivadas da aplicação dos fármacos de maneira incorreta.

Por fim, quanto à formação profissional e educacional, não é possível concluir se o não acesso é ocasionado pela discriminação ou se é generalizado, independentemente do gênero do preso.

⁹³ Síndrome da Imunodeficiência Adquirida

CONCLUSÃO

A colocação das pessoas transgêneros dentro do cárcere deve ser feita com grande cautela, sempre respeitando a vontade individual da presa. Dessa forma, não basta que determinada Resolução ou julgado estabeleça regra de tratamento abstrata; é necessário o respeito à autonomia da vontade, sobretudo em matérias existenciais.

As possíveis alternativas para as presas transgênero são:

- a) Transferência das presas para o presídio feminino (divisão da mesma cela);
- b) alocação direta na penitenciária feminina;
- c) manutenção dentro do cárcere masculino em celas mistas;
- d) manutenção em presídio masculino em ala ou cela separada;
- e) transferência para alas ou celas específicas dentro dos presídios femininos;
- f) isolamento.

Nem todas as alternativas acima se coadunam com o princípio fundamental da humanização da pena. Ele não é alcançado num cenário em que se admite o isolamento, porquanto a violência praticada pelos demais presos não pode causar o isolamento da minoria, sob pena de o comportamento do agressor ser legitimado e alcançar a sua finalidade: marginalizar e excluir a trans.

As demais alternativas devem ser analisadas com cautela pela presa, de modo que a escolha esteja adequada ao seu caso concreto, com a maior compatibilidade possível ao já mencionado princípio da humanização da pena. Dessa forma, a opção mais adequada é variante; inclusive, pode ser alterada no decorrer do cumprimento da pena, desde que, se busque, incessantemente, a valorização da dignidade da pessoa humana.

É de se notar que o isolamento é medida que tem o condão apenas de diminuir violações físicas, o que não resolve, em absoluto, o cenário de comprometimento de direitos fundamentais.

Medidas positivas como a promoção de projetos, palestras e a possibilidade de um sistema de denúncias anônimas surtem muito mais efeitos do que o isolamento, tendo em vista que surge a chance de se mudar o pensamento preconceituoso do opressor.

Além disso, se o regime tiver grande duração, estar-se-á diante de uma pena cruel, degradante e desumana, podendo levar a presa a desenvolver sérios problemas psicológicos que podem ser irreversíveis.

Foi possível perceber, a partir da análise do *Habeas Corpus* 152.491 e dos casos concretos das transexuais e travestis dentro do presídio Evaristo de Moraes, que há, de fato, vontades diversas dependendo das condições de vida e do próprio presídio para o qual a transgênero foi inicialmente encaminhada, o que, mais uma vez, demonstra que a humanização das penas só é alcançada com sua verdadeira individualização.

No Presídio analisado, as trans, em geral, conquistaram respeito e espaço em meio aos homens cis, dividindo celas mistas sem que fossem espancadas ou violentadas. Dessa forma, a implantação da transferência imposta pela Resolução 558/2015 não se mostra benéfica a elas (em sua maioria); em verdade, ocorreria, como já visto, um maior abandono afetivo das mesmas, que deixariam de ter contato com seus parceiros.

Já no caso do *Habeas Corpus* 152.491, a paciente informou ser vítima, dentro do presídio, de agressões físicas e psicológicas dos demais encarcerados e, com base nisso, requisitou o direito de responder o julgamento do processo em liberdade e, subsidiariamente, a fixação do regime semiaberto e, ainda subsidiariamente, a transferência para local adequado ao seu gênero.

Nesse caso e nos demais casos semelhantes existentes em que as presas sofrem agressão, a transferência se faz necessária, pois os direitos fundamentais estão sendo violados de forma contínua, fazendo com que, além de cumprir a pena restritiva de liberdade, ainda estejam sendo impostos castigos físicos e psicológicos as presas trans.

No mesmo sentido é o caso ocorrido em El Salvador, em que a mulher presa transgênero foi direcionada para uma unidade prisional exclusivamente masculina, onde foi estuprada por uma gangue por mais de (cem) vezes, com consentimento de agentes penitenciários. Dessa forma, vê-se que o risco de violência sexual intraprisional é particularmente mais elevado no caso das transexuais, justamente pela hierarquia estabelecida.

Por mais que o julgado do *Habeas Corpus* 152491 tenha sido um enorme avanço, deve-se pensar que, no plano ideal, a verificação do estabelecimento prisional adequado deve ser feita no momento que a prisão é decretada, independentemente de sua natureza, pois, caso a pessoa seja encaminhada ao presídio masculino sem a sua escolha, haverá risco concreto de assédio, humilhação e até mesmo estupro.

Além disso, mesmo que a presa, num primeiro momento, decida por ser direcionada ao presídio masculino, deve prevalecer o poder de mudar seu entendimento a qualquer tempo para que sejam resguardados os seus direitos.

Acontece que, até o momento, as presas do Rio de Janeiro ainda estão sendo direcionadas automaticamente para o presídio masculino, por terem seu sexo anatômico considerado na hora da prisão.

Cumprе destacar que, nos Estados Unidos, na Prisão do Condado de Cook, em Illinois, foi introduzida uma nova ideia, por um Comitê de Identidade de Gênero, a fim de que, de

tempos em tempos, haja uma revisão de planos e metas individualmente consideradas para cada preso transgênero, de forma a tentar assegurar que as prisões ocorram em igualdade de tratamento em relação aos demais presidiários.

Essa simples medida, com revisão periódica, é capaz de individualizar a pena e humanizá-la, tendo em vista que, caso determinadas medidas se mostrem prejudiciais de fato, elas poderão ser modificadas até que se tornem adequadas.

Quando se está diante das revistas íntimas, os riscos de humilhação, discriminação e abusos são largamente ampliados pela nudez e contato físico. Como foi afirmado pelas presas da penitenciária Evaristo de Moraes, os maiores autores de abusos e violências físicas, psicológicas, estupro, comportamentos sádicos e insultos gerais são os agentes públicos (homens cis) que fazem questão de humilhar as presas perante os demais detentos durante esse procedimento.

O adequado seria que os funcionários das unidades penitenciárias participassem de palestras e cursos básicos para que possam vir a conduzir as revistas sem qualquer forma de discriminação. Ademais, as revistas deveriam ser conduzidas por pessoa do mesmo gênero das detentas, como é feito com os outros internos e pugnado em normas internacionais, a não ser que a interna se manifeste no sentido de preferir ser revista por um homem.

Para compreender a situação de calamidade do encarceramento transgênero, buscou-se esclarecer neste trabalho que o perfil da transexual mulher é majoritariamente formado por negras e pobres nas prisões do Estado do Rio de Janeiro, realidade essa que se reflete em todo o Brasil.

São muitos caminhos a serem traçados. Neste estudo, foram abordados pontos cruciais do encarceramento da transexual mulher. No entanto, acredita-se que, para uma sociedade mais saudável e com menores consequências cruéis a essa parcela populacional, deve ser

priorizada uma sociedade livre, que utilize de outros mecanismos menos danosos para a punição.

Buscou-se trabalhar com um tema atual e de grande relevância para o conhecimento humano, capaz de gerar diversas discussões construtivas no contexto social que se vive, além de possibilitar o reconhecimento e melhor entendimento por parte da sociedade sobre quem são as transexuais, já que, ainda hoje, há um grande desconhecimento de conceitos básicos sobre a comunidade.

Diante de todo o exposto, acredita-se que a atual ausência de política carcerária e repressão realizada pelo Estado contribui decisivamente com a situação das transexuais e travestis encarceradas, dada a extrema vulnerabilidade social do transgênero.

Com efeito, o encarceramento em massa da atual conjuntura contribuiu para o ciclo de violência e segregação. Faz-se aqui uma crítica quanto à atividade judicante da Magistratura, que por vezes não enxerga as consequências da banalização da prisão.

No que toca aos dados que coadunam com o ciclo de violência das mulheres transexuais e travestis encarceradas, grande parte delas é reincidente, relatam ter sofrido violência física antes de entrar na prisão e dentro da mesma, além de um percentual já ter sofrido violência sexual. Infere-se, portanto, que a opressão da transexual e travesti encontra-se intra e extramuros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Louise. **Transgêneros, os invisíveis do cárcere: a anulação da liberdade e de direitos no RN**. Disponível em: <<http://www.saibamais.jor.br/transgeneros-os-invisiveis-do-carcere-o-cumprimento-de-pena-para-os-trans-no-rn/>>. Acesso em: 24 abr. 2018.

ANTUNES, Pedro Paulo Sammarco. **Travestis envelhecem?**. 2010. 268f. Dissertação (Mestrado em Gerontologia) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 7 mai. 2018.

_____. Regras de Mandela, de 22 de maio de 2015. **Regras Mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos**. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/39ae8bd2085fdb4a1b02fa6e3944ba2.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

_____. Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em condição de Vulnerabilidade de 4 a 6 de março de 2008. **XIV Conferência Judicial Ibero-americana**. Brasília, DF. Disponível em: <<https://www.anadep.org.br/wtksite/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

_____. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/17210.htm> Acesso em: 20 abr. 2018.

_____. Resolução Conjunta n. 1 CNPC e CNCD/LGBT, de 15 de abril de 2014. Conselho Nacional de Combate à Discriminação. Brasília, DF. Disponível em: <http://justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/diversidades/normativos-2/resolucao-conjunta-no-1-cnpc-e-cncd_lgbt-15-de-abril-de-2014.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 152.491**. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5341940>> Acesso em: 20 abr. 2018.

_____. Cartilha LGBT no cárcere, de 2015. **Boas práticas para convivência no sistema prisional. Acolhimento da pessoa LGBT no cárcere.** Disponível em: <<http://site.dpge.rj.gov.br/uploads/arquivos/7a75f9b7bfc4cecb5e79b8f1c26c92b.pdf>>. Acesso em: 4 abr. 2018.

BENTO, Berenice. A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual. 1 ed. P.162-136. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

CARVALHO Ramos, André de. Curso de Direitos Humanos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAVALCANTE, Márcio. **Entenda a decisão do STF sobre o sistema carcerário brasileiro e o Estado de Coisas Inconstitucional.** Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2015/09/entenda-decisao-do-stf-sobre-o-sistema.html>>. Acesso em: 7 mai. 2018.

CUNHA, Leandro Reinaldo da. Identidade e redesignação de gênero: Aspectos da personalidade, da família e da responsabilidade civil. 2014. 515 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

DIA, O. **Transexuais sofrem agressões e abusos dentro de penitenciárias.** Disponível em: <https://odia.ig.com.br/_conteudo/noticia/rio-de-janeiro/2015-04-14/transexuais-sofrem-agressoes-e-abusos-dentro-de-penitenciarias.html>. Acesso em: 6 abr. 2018.

Duarte, Vidas em risco: crítica do presente em Heidegger, Arendt e Foucault. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p.218

VITORELLI, Edilson. **Estatuto da Igualdade Racial e Comunidades Quilombolas.** 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017

HERINGER, Carolina. **Estado poderá ter presídio exclusivo para grupo LGBT.** Jornal O Globo. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/estado-podera-ter-presidio-exclusivo-para-grupo-lgbt-22719962>>. Acesso em 27 mai. 2018.

INDONÉSIA. Princípios de Yogyakarta. **Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de**

gênero, 2006. Disponível em: <http://www.clam.org.br/pdf/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em 25 abr. 2018.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MOURA, Tatiana; RIBEIRO, Natália. **Levantamento nacional de informações penitenciárias.** INFOPEN, jun. 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2018.

NETO, Dário Sousa Nascimento. **A humanização do sistema prisional e as garantias constitucionais à população LGBT em privação de liberdade no Brasil: Uma abordagem à Resolução Conjunta nº 1, de 15/04/2014.** 2015. 31f. Artigo Científico (Graduação em Direito) - Universidade Tiradentes – UNIT, Aracaju, 2015.

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

PENAL REFORM INTERNATIONAL. **Pessoas LGBTI privadas de liberdade: parâmetros para o monitoramento preventivo.** CNJ. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/06/ef33cb31770fd65d5d996639eac09a88.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

RIO DE JANEIRO (Estado). Resolução SEAP n. 558, de 29 de maio de 2015. Estabelece diretrizes e normativas para o tratamento da população LGBT no sistema penitenciário do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <http://www.rj.gov.br/c/document_library/get_file?uuid=06ddbcbca-6d38-4d92-a359-61c875320b80&groupId=132926>. Acesso em: 02 jun. 2018.

SESTOKAS, Lucia. **Breve relatório sobre pessoas LGBT privadas de liberdade no Brasil.** Disponível em:< <http://itcc.org.br/breve-relatorio-sobre-pessoas-lgbt-privadas-de-liberdade-no-brasil/>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

SILVA, Cosmo Sobral da. **A terceirização de presídios a partir do estudo de uma penitenciária do Ceará.** Dezembro. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6541/a-terceirizacao-de-presidios-a-partir-do-estudo-de-uma-penitenciaria-do-ceara/1>>. Acesso em 23 de mai. 2018.

SILVA, José Claudivam da. **Identidade transgênero: direitos de personalidade e teoria do reconhecimento na construção identitária do indivíduo no estado democrático de direito.** 2017. 58f. Monografia (graduação em Direito) - Faculdade Damas da Instrução Cristã, Recife, 2017.