

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

---

TRANSFOBIA E HETERONORMATIVISMO EM UMA  
POLÍTICA CARCERÁRIA “À BRASILEIRA”

TRANSPHOBIA AND HETERONORMATIVITY IN A  
“BRAZILIAN-STYLE” PRISON POLICY

TRANSFOBIA, HETERONORMATIVISMO UNA  
POLÍTICA CARCELARIA BRASILEIRA

NIEISSA DOS SANTOS PEREIRA\*  
BACILDES AZEVEDO MORAES TERCEIRO\*\*

Recibido: 26 de septiembre de 2023 - Aceptado: 22 de enero de 2024 -

Publicado: 29 de junio de 2024

DOI: 10.24142/raju.v19n38a13

---

\* Advogada, Professora, Graduanda em Jornalismo pelo Centro Universitário Unifatecie. Membro do Projeto Por Elas, Especialista em Direito Penal e em Direito do Trabalho, ambos pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci (UNIASSELVI). Analista Jurídica do Projeto Por Elas. Membro Titular do Conselho Estadual dos Direitos da População Lésbica, Gays, Bissexuais, Transexuais e Travestis. Pós-graduanda em Direito Cibernético pela Faculdade Líbano. Pós-graduanda em Ciências Criminais, Direito Previdenciário e Processo Previdenciário e em Direito Homoafetivo e de Gênero, ambos pela Faculdade de Minas (FACUMINAS). Orientadora voluntária do Departamento de Iniciação Científica do IBCCRIM - Laboratório de Ciências Criminais. Email: nieissa.adv@outlook.com

\*\* Professor, Gestor de Cursos, Coordenador (Direito) e Advogado. Mestre em Direito, Governança e Políticas Públicas; Especialista em: Direito Constitucional; Direito Público e Gestão Pública. Professor pesquisador do NAVE - Núcleo de Estudos Avançados em Comunicação Empresarial e Integra o Centro de Pesquisas Jurídicas, com a linha de pesquisa “Governança, Direitos Fundamentais e Políticas Públicas”. Consultor Jurídico-pedagógico do Projeto Por Elas (organização sem fins lucrativos, de combate à violência contra a mulher). Email: bacildes@outlook.com.

## Resumo

O presente artigo trata da transfobia na política carcerária brasileira, à luz da Teoria do Garantismo aplicada à Lei de Execução Penal (LEP). Problematisa-se, nessa senda, qual a importância de uma compreensão hermenêutica genuinamente garantista da LEP para o combate à transfobia na política carcerária brasileira. O objetivo geral é propor uma revisão da política carcerária brasileira, insculpida no mencionado diploma, mediante alteração legislativa, para que se passe a contemplar a identidade de gênero como fator de discriminação positiva no ambiente prisional. Para atingir esse desiderato, intenta-se: analisar as particularidades da política carcerária brasileira; estudar a forma como o preconceito influencia de fora pra dentro do cárcere; e investigar como a Teoria do Garantismo Penal pode ser aplicada à Lei de Execução em prol da diversidade sexual dentro cárcere. Adotou-se, na aproximação do tema, a pesquisa dialética e, na condução do trabalho, o método descritivo, com o levantamento de dados e revisão bibliográfica, utilizando-se de livros, artigos, dentre outras obras acerca do tema, bem como a legislação nacional, e pode ser classificada como qualitativo-quantitativa. Conclui-se que o preconceito e a discriminação têm seu início do lado de fora do cárcere e essa realidade influencia, negativamente, a política carcerária brasileira e ocasiona no desrespeito de direitos que pode ser solucionado através de uma mudança de mentalidade por parte da população e do agir do Estado por meio de políticas públicas e da sua atividade legiferante com a reforma de artigos na LEP e também na sua atividade jurisdicional garantindo os direitos.

**Palavras-chave:** transfobia, política carcerária, garantismo penal.

## Abstract

This article deals with transphobia in Brazilian prison policy, in the light of the Garantism Theory applied to the Penal Execution Law (LEP). In this regard, it is problematized the importance of a genuinely guaranteeing hermeneutic understanding of the LEP to combat transphobia in Brazilian prison policy. The general objective is to propose a revision of the Brazilian prison policy, enshrined in the aforementio-

ned diploma, through legislative amendment, so that gender identity can be contemplated as a factor of positive discrimination in the prison environment. In order to achieve this aim, the aim is to: analyze the particularities of Brazilian prison policy; studying how prejudice influences from outside to inside prison; and investigate how the Theory of Criminal Garantism can be applied to the Execution Law in favor of sexual diversity within prison. Dialectical research was adopted in approaching the theme and, in conducting the work, the descriptive method, with data collection and bibliographical review, using books, articles, among other works on the theme, as well as the national legislation, and can be classified as qualitative-quantitative. It is concluded that prejudice and discrimination begin outside prison and this reality negatively influences Brazilian prison policy and causes disrespect for rights that can be solved through a change of mindset on the part of the population and of the State's action through public policies and its legislative activity with the reform of articles in the LEP and also in its jurisdictional activity guaranteeing rights.

**Keywords:** transfobia, prison policy, criminal guarantee.

## Resumen

Este artículo aborda la transfobia en la política carcelaria brasileña, a la luz de la Teoría del Garantismo aplicada a la Ley de Ejecución Penal (LEP). Se problematiza en este sentido cuál es la importancia de una comprensión hermenéutica genuinamente garantista de la LEP para combatir la transfobia en la política carcelaria brasileña. El objetivo general es proponer una revisión de la política carcelaria brasileña, establecida en dicho marco legal, a través de cambios legislativos, para que se incluya la identidad de género como factor de discriminación positiva en el ámbito penitenciario. Para lograr este objetivo, se intenta: analizar las particularidades de la política carcelaria brasileña; estudiar cómo el prejuicio influye de afuera hacia adentro de la cárcel; e investigar cómo la Teoría del Garantismo Penal puede aplicarse a la Ley de Ejecución en beneficio de la diversidad sexual dentro de la prisión. Se adopta una aproximación del tema y una investigación dialéctica en la realización del trabajo, usando el método

descriptivo, con la recopilación de datos y revisión bibliográfica, utilizando libros, artículos, entre otras obras sobre el tema, así como la legislación nacional, y puede clasificarse como cualitativo-cuantitativo. Se concluye que el prejuicio y la discriminación tienen su origen fuera de la cárcel y esta realidad influye negativamente en la política carcelaria brasileña y conduce al irrespeto de los derechos que pueden resolverse mediante un cambio de mentalidad por parte de la población y la acción del Estado a través de políticas públicas y su actividad legislativa con la reforma de artículos en la LEP y también en su actividad judicial garantizando los derechos.

**Palabras clave:** transfobia, política carcelaria, garantismo penal.

## INTRODUÇÃO

A discriminação contra a diversidade sexual ainda se encontra muito presente na sociedade, o que provoca a segregação e exclusão social desse grupo social vulnerado. Quem também sofre com a mesma situação, são aquelas pessoas que vivem em situação de cárcere, pois são duplamente excluídas pela sociedade e pela própria política carcerária. Essa realidade é ainda pior para aqueles, cuja identidade de gênero não corresponde aos padrões impostos pela sociedade e também se encontram aprisionados (Santana, 2016, p. 37). Tendo isso em vista, faz-se necessário abrir a discussão sobre a diversidade sexual na política carcerária brasileira, à luz da Teoria do Garantismo aplicada à Lei de Execução Penal (Brasil, 1984).

Uma das formas de combater o preconceito dentro do cárcere se apresenta na possibilidade de proporcionar um trato adequado quando o assunto for o encarceramento do público transexual. Partindo dessa realidade questiona-se: Qual a importância de uma hermenêutica garantista da LEP, para o combate à transfobia na política carcerária brasileira?

O presente artigo possui relevância, pois contribui como um instrumento que busca pela conscientização social em relação ao tratamento prisional concedido pela política carcerária brasileira em face da diversidade sexual, bem como, do ponto de vista jurídico, visa entender que, a partir da concepção do Estado Constitucional de Direito, o Garantismo Penal pode ser conceituado como um conjunto de regras impostas a todos os poderes estatais na tutela dos direitos de todos.

Na busca por respostas, este trabalho propõe uma revisão da política carcerária brasileira, mediante alteração legislativa para que a LEP passe a contemplar a identidade de gênero. Para tanto, está estruturado em três seções que, do seguinte modo, representam os três objetivos específicos propostos no artigo: no primeiro, estudar-se-á sobre a política carcerária brasileira e suas particularidades; em seguida, será abordado como o preconceito contra a diversidade sexual influencia de fora para dentro do cárcere; e, por fim, no terceiro tópico, será feita uma análise acerca da Teoria do Garantismo aplicada à Lei de Execução Penal (Brasil, 1984) em prol da diversidade sexual. Esses objetivos coincidem com as seções do artigo.

Dessa feita, o primeiro tópico trata da política carcerária brasileira, que surgiu com o objetivo de organizar os serviços voltados para a execução da pena imposta, que visa a ressocialização dos apenados, bem como ana-

lisa de que forma essa política vem sendo implantada e se ela cumpre com os seus objetivos. No segundo item, por sua vez, faz-se uma análise sobre como o preconceito contra a diversidade sexual que se encontra presente de forma massiva na sociedade, pode influenciar o sistema prisional e contribuir de forma negativa para a garantia e efetivação de direitos. Já a terceira e última seção busca entender de que forma a Teoria do Garantismo, quando aplicada à Lei de Execução Penal (Brasil, 1984), pode contribuir de forma positiva para o combate ao preconceito contra a diversidade sexual dentro do cárcere.

A pesquisa feita, quanto à aproximação do tema, pode ser classificada como dialética, que considera os fatos ocultos dentro de um contexto social hegemônico em que certas contradições dão origem a outras, para as quais se buscam soluções. Em relação à condução do trabalho, segue o método descritivo com o levantamento de dados e revisão bibliográfica, utilizando-se de livros, artigos, dentre outras obras acerca do tem, bem como a legislação nacional. A pesquisa pode ser classificada como qualitativo-quantitativa.

## A POLÍTICA CARCERÁRIA BRASILEIRA E SUAS PARTICULARIDADES

A política carcerária brasileira, consoante será exposto neste tópico, é caracterizada pelo binarismo sexual. Apresenta uma legislação de maior relevância (Brasil, 1984), que, por sua vez, se mostra atenta apenas com a questão de gênero, que leva em conta o sexo no seu sentido biológico. Porém, essa referência se encontra distorcida e não corresponde ao verdadeiro significado da palavra “gênero”.

Dentro da política carcerária, isso implica em desrespeito e violação de direitos para com aqueles que possuem uma identidade de gênero que não condiz com os padrões impostos pela sociedade. Diante disso, se tornaram personagens principais do cenário prisional do país pelo fato do preconceito impossibilitar a inclusão social e que acaba resultando em casos de delinquência.

## O binarismo sexual e o cárcere

De forma equivocada, o conceito de gênero ainda está atrelado ao entendimento de que homens e mulheres são diferenciados pelos seus órgãos genitais. Através desse engano, é que se constitui o caráter binário

que impõe uma verdade baseada na compreensão de que a mãe-natureza é quem determina a sexualidade de cada um (Oliveira, 2018, p. 13).

Por sua vez, de acordo com Figueiredo *et al.* (2018, p. 6) o binarismo dar-se por meio da divisão dicotômica do sexo, levando em consideração apenas o sexo destinado no nascimento, excluindo as pessoas que se consideram de outro gênero diferente do sexo que lhe é predestinado. Partindo dessa visão distorcida de gênero, aqueles que contrariam esse ideal são vistos como corpos estranhos em meio à lógica heteronormativa (Oliveira, 2018, p. 14).

O real conceito de gênero pode ser entendido, segundo De Jesus (2017, p. 12) como uma das formas que o indivíduo tem de se identificar e ser identificado como homem ou como mulher, ou seja, é uma classificação pessoal e social de cada pessoa e que independe do sexo que, por sua vez, pode ser masculino ou feminino.

Ou seja, de acordo com Oliveira (2018, p. 15) ser homem e ser mulher não é algo que não pode ser modificado e é a partir desse entendimento que surgem as entidades transgêneras que, por sua vez, abarca os transexuais<sup>1</sup> e que por serem considerados “os corpos estranhos” são vítimas contumazes de preconceito e discriminação. Essa realidade advém de uma construção social e cultural e que vem ganhando forças ao logo do tempo e exerce influência no mundo jurídico, devido ao fato de que o Direito é construído por indivíduos e que deve estar em harmonia com a realidade social.

É sabido que a Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988) proíbe a discriminação de qualquer tipo e trata como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil em seu art. 3.º, IV. Além disso, também afirma que a lei deve punir qualquer tipo de discriminação no bojo do art. 5.º, XLI (Brasil, 1988), porém, ainda não é o suficiente para combater o preconceito contra a diversidade sexual:

A Constituição Federal de 1988 rompeu com a ordem constitucional anterior, instaurando o paradigma jurídico do Estado Democrático de Direito, garantindo direitos como a proibição da discriminação de qualquer tipo, seja por raça, cor e sexo, além do respeito ao princípio

---

1 Nota dos autores: A palavra “transexual” caracteriza uma pessoa que não se identifica com o gênero que lhe foi atribuído quando de seu nascimento, sendo assim um termo mais genérico (De Jesus, 2017, p. 27).

da igualdade. Apesar da previsão constitucional dos princípios constitucionais da igualdade e da não discriminação, pouca coisa se fez no Legislativo no que concerne ao combate do preconceito com base na orientação sexual, deixando as minorias sexuais (LGBT) sem o devido amparo protetivo (Balestero, 2011, p. 6).

Os direitos e garantias dispostos na Constituição Federal, portanto, se estendem a todos os cidadãos independentemente da orientação sexual ou da identidade de gênero. O direito a não discriminação contra a diversidade sexual vem a ser um objetivo, uma meta a ser alcançada na busca por igualdade e por uma sociedade mais digna e, portanto, deve ser alvo de amparo e de proteção por parte do poder público.

Ainda que seja vista desta forma, a Carta Magna traz em suas disposições, a sexualidade que leva em consideração o sexo biológico dos indivíduos (Requi, 2018, p. 15). Essa mesma lógica que está presente na Constituição (Brasil, 1988), também se encontra na política carcerária brasileira e isso pode ser visto ao longo dos dispositivos da Lei de Execuções Penais (Brasil, 1984) como, por exemplo, os arts. 89 e 90 da referida lei:

Art. 89. Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de *mulheres* será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa. [...] Art. 90. A penitenciária de *homens* será construída, em local afastado do centro urbano, à distância que não restrinja a visitação (grifos nossos)

Destarte, tanto na Constituição Federal (Brasil, 1988) quanto na Lei de Execuções Penais (Brasil, 1984), é possível perceber que a política criminal e carcerária do país, adota a heteronormatividade e o binarismo sexual para determinar os seguimentos do cárcere.

Dessa forma, é possível perceber que pessoas que possuem uma identidade de gênero “fora dos padrões”, não se encaixam dentro da concepção binária e heteronormativa trazida pelo ordenamento jurídico. Essas pessoas quando são submetidas ao cárcere, no momento em que é determinada a unidade prisional onde irão cumprir a pena, encontram dificuldades para que possam exercer a sua identidade de gênero (Oliveira, 2018, p. 46).



Diante dessa realidade, o que se vê é que há uma verdadeira desconsideração da identidade de gênero do indivíduo e isso se dá não somente por parte do sistema carcerário, mas também por parte do poder legiferante do Estado e isso faz com que o preconceito e a discriminação encontrem legitimidade para existir e se propagar por toda a sociedade.

### A política carcerária e a identidade de gênero.

De acordo com Dotti (2012, p. 657), a execução penal pode ser compreendida em dois sentidos: o sentido restrito e o sentido amplo. O primeiro sentido diz respeito à atividade jurisdicional do Estado que, em cooperação com a comunidade, objetiva o cumprimento da pena cominada na sentença. Já o sentido amplo, está atrelado à efetivação das decisões judiciais e administrativas que se relacionam com as garantias, os direitos e deveres dos presos provisórios, condenados, dos internados e dos egressos.

O art. 59 do Código Penal (Brasil, 1940), adota a teoria mista ou unificadora da pena que traz a noção de reprovação e prevenção do crime. Ou seja, segundo Greco (2015, p. 537) “a pena deve reprovar o mal produzido pela conduta praticada pelo agente, bem como prevenir futuras infrações penais”.

Os efeitos da condenação criminal não só se refletem no mundo jurídico, mas também na vida da pessoa a qual lhe é atribuída uma sanção. A condenação se torna uma espécie de “seleção natural” que vai distinguir quem é “do bem” e quem é “do mal”. Esse fato marca o indivíduo trazendo consequências para a sua autoestima, bem como para o seu convívio social, tendo em vista de que a certidão de antecedentes criminais, consiste em um requisito para que se possam, por exemplo, exercer atividades laborais:

São múltiplos os efeitos da condenação criminal. O primeiro deles é o estigma apostado na biografia da pessoa humana, distinguindo-a das demais em uma espécie de seleção natural entre os bons e os maus. Esse é um efeito traumatizante sob o aspecto individual, relativo à autoestima, e também social na medida em que a certidão negativa de antecedentes criminais é um dos requisitos para o exercício de muitas atividades, remuneradas ou não (Dotti, 2012, p. 661).

Esse fato se deve à chamada Teoria do Etiquetamento (Silva, 2015, p. 107) que, por sua vez, analisa como os estereótipos impostos pela sociedade

podem influenciar nas decisões por parte do Poder Judiciário em relação ao cometimento de crimes. O indivíduo passa a ser classificado a partir de um estigma social que influencia o sistema penal e por ser vulnerado em relação às questões sociais, étnicas ou de gênero, é rotulado e se torna exemplo para os demais.

Esse tratamento dado àqueles que se encontram em situação de cárcere, se deve ao fato de que aqueles que se dedicam a práticas criminosas, são considerados (as) verdadeiros inimigos (as) da sociedade. Seres de alta periculosidade que por provocarem um alto sofrimento para a coletividade, merecem ter seus direitos, inerentes à sua condição humana, suprimidos, cerceados (Zaffaroni, 2007, p. 11).

O preconceito contra aqueles que se encontra em situação prisional faz com que a sociedade exija uma retribuição estatal à altura do delito praticado, pois para alguns, o condenado deverá pagar ou compensar o mal que foi feito e a forma exata pra isso acontecer é quando o Estado priva a liberdade do sujeito infrator: “Se ao condenado for aplicada uma pena restritiva de direitos ou mesmo a de multa, a sensação, para a sociedade, é de impunidade, pois o homem, infelizmente, ainda se regozija com o sofrimento causado pelo aprisionamento do infrator” (Greco, 2015, p. 537).

Com base nisso, é possível perceber que a execução penal não está sendo analisada com o objetivo de buscar a ressocialização daqueles que cometem crimes, mas de combater “fogo com fogo” e essa realidade abre portas para que direitos sejam desrespeitados.

A Lei de Execução Penal (Brasil, 1984), dispõe que ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos que não forem atingidos pela sentença (art. 3.º). Com a leitura desse artigo, é possível notar que os direitos da pessoa encarcerada consistem em um limite para a aplicação da pena privativa de liberdade (Duque, 2018, p. 131).

Os direitos das pessoas em reclusão carcerária se equiparam aos direitos daquelas que não estão privadas da sua liberdade de ir e vir, pois também fazem jus aos direitos e garantias fundamentais dispostos na Constituição Federal (Brasil, 1988). Porém, esses mesmos direitos não são consagrados ao público transexual (Figueiredo *et al.*, 2018, p. 7).

Ocorre que o ordenamento jurídico brasileiro adota, segundo Figueiredo *et al.* (2018, p. 6) o binarismo, em âmbito social, como pressuposto para causar uma diferenciação na população que, por sua vez, gera o cerceamen-

to de direitos e garantias fundamentais daqueles que não se encaixam nos padrões estabelecidos e impostos pela sociedade.

Reflexo disso se mostra na própria Constituição Federal (Brasil, 1988) em seu art. 5.º, XLVIII que assim dispõe: “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado” (Brasil, 1988). O Código Penal (Brasil, 1941), bem como a Lei de Execuções Penais (Brasil, 1984), traz em seus dispositivos ações que confirmam o que se encontra disposto na Carta Magna em relação à distinção que leva em consideração o sexo biológico.

Diante disso, o público transexual se vê excluído e desamparado por não ter uma legislação atenta à suas necessidades ou dispositivos no regimento criminal e prisional que possam abarcar os seus direitos dentro do cárcere:

Todavia, grupos de pessoas como os travestis e transexuais fogem dos padrões impostos pelo sexo e, portanto, acabam tendo sua dignidade desrespeitada. Isso gera um aumento da discriminação e violação de direitos da população transgênero dentro do sistema carcerário. No momento é importante destacar que esse binarismo jurídico torna ainda mais difícil a possibilidade de uma garantia de leis próprias para essa população (Figueiredo *et al.*, 2018, p. 7-8).

É de suma importância que o público transexual tenha a sua dignidade humana respeitada, pois pertencem a uma classe que é duplamente estigmatizada. Porém, na prática, não é isso que é visto na política carcerária brasileira, pois o Estado e a sociedade se mantêm inerte frente à situação da população transexual dentro do cárcere. Para que isso tenha um fim, é necessário que a busca pela igualdade e pela garantia dos direitos se dê com o respeito à identidade de gênero que já começa do lado de fora das unidades prisionais (Figueiredo *et al.*, 2018, p. 8).

Com a finalidade de buscar igualdade e respeito, faz-se necessário positivar a Homofobia como crime na Lei de Racismo (Brasil, 1989), como foi feito em decisão recente do Supremo Tribunal Federal<sup>2</sup> que sofreu críticas

---

2 Nota dos autores: O Supremo Tribunal Federal tratou do assunto em sede de remédios constitucionais como o Mandado de Injunção nº 4.733 (Brasil, 2012) e também por meio do controle de constitucionalidade através da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26-DF (Brasil, 2013).

por conter resquícios do Direito Penal Simbólico. Ocorre que, esse pode ser um exemplo positivo de como o simbolismo penal pode contribuir para o combate às práticas discriminatórias através do fomento às discussões acerca do tema, bem como proporciona inclusão social e amparo jurisdicional. Eis o viés ético de um símbolo legislativo de apoio político à luta das minorias.

## O perfil do encarceramento transexual

No Brasil, uma parte da população transexual é considerada de baixa renda e que vivem em situação de pobreza desde a infância e até mesmo durante toda a vida. Por esse fato, eles passam a viver à margem da sociedade e, além de representar uma ameaça ao padrão binário e sofrer com o preconceito, também sofre discriminação por serem considerados “os menos favorecidos” (Santana, 2016, p. 46).

Tendo em vista essa realidade, muitos se veem diante de uma única alternativa que é exercer um trabalho informal ou ilegal. Para sair da situação de informalidade ou ilegalidade, são feitas tentativas de ingresso no mercado de trabalho, mas surgem problemas no meio desse caminho como, por exemplo, a inadequação dos documentos e do registro civil em relação à identidade de gênero e o preconceito por parte dos empregadores (Santana, 2016, p. 46).

De acordo com dados da Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA), 90 % da população transexual tem como fonte de renda, a prostituição. Esse número alto se deve ao fato da dificuldade de entrar no mercado de trabalho formal e também da falta de qualificação profissional, tendo em vista a exclusão social, familiar e escolar (Benevides, 2018, p. 18).

Zamboni (2017), ao escutar o relato de Lola, uma travesti de 33 anos, trouxe à baila a relação que existe entre a transexualidade e o crime e através dele é possível perceber que o público transexual, não são criminosos habituais e sim, ocasionais que devido à marginalização imposta pela sociedade, se tornam delinquentes:

Nós, travestis, não somos do crime, entendeu? A gente muitas vezes comete um crime dentro daquilo que a gente faz que é a prostituição. Porque onde tem prostituição a gente sabe que tem muito crime. Na pista tem muita droga, muito roubo, muita violência também. Essa coi-

sa de ciúme, de competição, dá muita briga também, muito barraco. O crime é uma coisa que a gente pode fazer assim, e ser presa por isso, e tem que pagar cadeia. Mas não é da nossa natureza, entendeu? (p. 101).

A permanência no exercício de atividades informais e ilegais, por ser a única saída para essas pessoas, pode levar ao cárcere e as atuais condições da política carcerária brasileira pode representar uma verdadeira tormenta na vida de uma pessoa transexual e que, segundo Santana (2016) “não representa apenas uma prisão para o seu corpo – representa, sim, uma prisão para a sua alma” (p. 46).

Segundo dados mais recentes, divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) através do Banco de Monitoramento de Prisões, o Brasil conta com cerca de 812 564 presos, ao passo que 41,5 % desse total – cerca de 337 126 – são de presos provisórios. Com esses dados, o Brasil passa a ocupar a terceira posição no ranking de países que mais encarcera pessoas no mundo (G1, 2019, p. 1).

Em levantamento, acerca da população transexual no cárcere, feito pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos mostra que cerca de 50 % das mulheres transexuais encarceradas tem entre 30 a 45 anos; 46,2 % têm entre 18 e 29 anos e cerca de 3,8 % têm mais de 45 anos (MDH, 2020, p. 22). A presença de transexuais nos presídios masculinos se apresenta em maior número, cerca de 163 pessoas, enquanto nos presídios femininos, somente 3 pessoas (MDH, 2020, p. 20).

Em relação à existência ou não de alas ou celas destinadas exclusivamente às pessoas que se autodeclaram gays, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais, o levantamento aponta que o Brasil possui cerca de 1449 estabelecimentos prisionais e desse número, apenas 106 possuem celas ou alas LGBT (MDH, 2020, p. 18).

Ao levar em consideração as regiões do país, apurou-se que na Região Sudeste, 52,8 % dos estabelecimentos prisionais possuem celas ou alas para o público LGBT. A Região Nordeste aparece em segundo lugar com cerca de 25,5 % seguida pela Região Centro-oeste com 15,1 %. As regiões Sul e Norte apresentam os menores números com 5,7 % e 0,9 %, respectivamente (MDH, 2020, p. 18b).

Em relação aos crimes cometidos, o roubo corresponde a cerca de 38,5 % das prisões efetuadas. O tráfico de drogas está em segundo lugar

com 34,6 %, seguido pelo crime de furto com 15,4 %, homicídio com 7,7 % e associação ao tráfico com 3,8 % (MDH, 2020, p. 26).

Com base no que foi apresentado no presente tópico é possível perceber que a política carcerária brasileira se caracteriza por ser binária e por isso não abarca o público transexual com a ausência de uma legislação ou de disposições ao longo da Constituição Federal (Brasil, 1988), bem como da Lei de Execuções Penais (Brasil, 1984).

Também foi possível traçar um perfil do público transexual que se encontra encarcerado e que se caracteriza por ser, a grande maioria, de baixa renda e que encontra na ilegalidade ou informalidade uma forma de sobreviver, tendo em vista o preconceito que impossibilita o seu ingresso no mercado de trabalho e que dessa forma se tornam delinquentes ocasionais.

No próximo tópico será abordado como o preconceito contra a diversidade sexual, que está enraizado na sociedade, pode influenciar na realidade, no dia a dia dentro do sistema prisional, dificultando o cumprimento da pena devido às práticas discriminatórias que se originam através de resoluções criadas para regulamentar o ingresso e o cumprimento da pena por parte de pessoas transexuais e, como órgãos internacionais têm contribuído pra o combate ao preconceito.

## COMO O PRECONCEITO CONTRA A DIVERSIDADE SEXUAL INFLUENCIA DE FORA PRA DENTRO DO CÁRCERE

No tópico anterior, tratou-se sobre a política carcerária brasileira e a incidência do binarismo sexual na atual legislação que regulamenta o sistema prisional do país, bem como o perfil do encarceramento transexual que sofre grande influência do preconceito que se encontra do lado de fora dos presídios brasileiros.

### Os princípios de yogyakarta x as resoluções estaduais no Brasil

No Brasil, não há legislação específica que trate da identidade de gênero no sistema carcerário. O que se tem, até hoje, se resume em iniciativas que se materializam em resoluções e decretos e em diversos tratados internacionais que, na verdade, é uma forma de chamar a atenção para o combate da transfobia dentro da política carcerária brasileira (Vieira, 2018, pp. 16-19).

Em âmbito internacional, no ano de 2006, ocorreu a Convenção da Comissão Internacional de Juristas e do Serviço Internacional de Direitos Humanos em Yogyakarta, na Indonésia. Nesse evento, foram elaborados princípios para aplicar a legislação internacional de Direitos Humanos relativos à orientação sexual e identidade de gênero, sendo o Brasil, signatário desta Convenção (Canheo, 2017, p. 3).

Cerca de 29 especialistas em legislações sobre Direitos Humanos, de 25 países, ficaram responsáveis pela elaboração do referido documento que conta com 29 princípios e recomendações endereçados aos Estados e que, por sua vez, deverão implementá-las (Canheo, 2017, p. 3b).

Um dos pontos que também foi tratado no documento, diz respeito ao Sistema Carcerário, que traz no princípio 9 o direito a um tratamento humano durante o período de detenção e também prevê que “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” (Indonésia, 2006).

Aqui no Brasil, a primeira iniciativa, com base no que foi estabelecido na Convenção e que está relacionado ao Sistema Prisional, é a Resolução Conjunta do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNP/CP/CNCD/LGBT) n.º 01 de 2014 (Vieira, 2018, p. 13).

Essa resolução foi criada com o objetivo de estabelecer parâmetros de acolhimento ao público LGBT no cárcere. Vale ressaltar que esse documento serviu de base para a criação de resoluções estaduais como, por exemplo, no Estado do Rio de Janeiro - Resolução SEAP n.º 558 de 29 de maio de 2015 - e São Paulo – SAP n.º 11 de 30 de janeiro de 2014 (Canheo, 2017, pp. 4-7).

Apesar de ser considerado um avanço na busca por inclusão e no combate às violações de direitos da pessoa transexual, Canheo (2017, p. 4), ao analisar as referidas resoluções, reparou que não havia a presença da autodeterminação de gênero a ser utilizado como um critério para definir quais serão as unidades penitenciárias que irão receber as pessoas condenadas a uma pena privativa de liberdade.

Tal situação fere o que foi estabelecido na Convenção a qual, vale a pena lembrar, o Brasil é signatário, pois o documento tem como principal norteador o direito à autodeterminação e autodefinição (Indonésia, 2006). É de suma importância que toda pessoa possa se autodeterminar e se autodefinir, pois consiste em uma garantia de dignidade e de liberdade, bem

como é fundamental para o exercício da personalidade de cada indivíduo. Na Resolução Nacional (Brasil, 2014), um dos pontos que chama a atenção, é a distinção entre uma pessoa travesti e uma pessoa transexual que tem como critério diferenciador, questões de ordem fisiológica quando assim estabelecem:

Travestis: pessoas que pertencem ao sexo masculino na dimensão fisiológica, mas que socialmente se apresentam no gênero feminino, sem rejeitar o sexo biológico; e [...] transexuais: pessoas que são psicologicamente de um sexo e anatomicamente de outro, rejeitando o próprio órgão sexual biológico.

O que se pode perceber é que, em que pese o documento assinado na Convenção trazer a importância da autodefinição e autodeterminação, as resoluções criadas como base no referido documento em questão, ainda abarcam a noção equivocada de gênero, como foi explicitado no tópico anterior, ao relacionar gênero como o sexo biológico de cada indivíduo e assim reafirma o caráter binário das normativas nacionais.

A Resolução Nacional (Brasil, 2014) adotou os critérios biológico e fisiológico enquanto que nas resoluções estaduais do Rio de Janeiro (Brasil, 2015) prevalece tanto o critério biológico e o fisiológico quanto a autodeterminação, e em São Paulo (Brasil, 2014), prevalece o critério fisiológico ao determinar que somente aquelas pessoas que realizaram o procedimento cirúrgico de transgenitalização, poderão ter direito à inclusão em unidade prisional correspondente à sua identidade de gênero (Canheo, 2017, pp. 6-7).

Em se tratando de Alas LGBTs, a maioria dos Estados brasileiros, seguem a Resolução Nacional (Brasil, 2014). Porém, algumas unidades se anteciparam ao criar alas antes mesmo do surgimento da referida Resolução como, por exemplo, os Estados da Paraíba, Porto Alegre e Minas Gerais (Canheo, 2017, p. 7).

No tópico seguinte, será analisado como a Teoria do Garantismo Penal pode ser aplicada à Lei de Execução Penal (Brasil, 1984) visando ajudar no combate ao preconceito e a discriminação contra a diversidade sexual dentro da política carcerária brasileira.



## A TEORIA DO GARANTISMO APLICADA À LEI DE EXECUÇÃO PENAL EM PROL DA DIGNIDADE TRANS NA POLÍTICA CARCERÁRIA BRASILEIRA

No item anterior, analisou-se como o preconceito contra a diversidade sexual que está enraizada na sociedade, pode influenciar a Política carcerária e, dessa forma, afetar a vivência do público transexual dentro do sistema prisional brasileiro com o surgimento de ilegalidades e diversas formas de violência que se refletem no exercício de direitos.

### A teoria do garantismo penal e sua influência na lep

O modelo de execução da pena que é adotado pela política carcerária brasileira, tem como principal objetivo o cumprimento da sanção penal condenatória em observância a uma série de direitos e garantias do apenado que, por sua vez, objetivam a reinserção social, com base no princípio da humanização das penas (Cavinato, 2009, p. 1553).

Porém, o que ocorre na prática é justamente o contrário, o que caracteriza um desrespeito aos princípios trazidos pela Carta Magna (Brasil, 1988), bem como pela Lei de Execuções Penais (Brasil, 1984). Diante dessa realidade, surge a doutrina garantista com o objetivo de resgatar esses princípios para resguardar a existência dos direitos humanos contra os abusos oriundos do poder estatal (Cavinato, 2009, p. 1553b).

Ao criar a Teoria do Garantismo Penal, Ferrajolli (2002, *passim*) traz as garantias primárias, que tratam das proibições e obrigações, e as garantias secundárias, que consistem nas diversas formas de reparação. Portanto, o Garantismo define o Estado não como um fim em si mesmo, mas como aquele que possui a função de proteger e garantir os direitos fundamentais da sociedade e a dignidade humana (Greco, 2015, p. 9).

A Teoria do Garantismo vem a ser uma espécie de freio para combater a atuação indiscriminada do Estado diante da liberdade do indivíduo, devendo utilizar o seu poder punitivo, representado pelo Direito Penal, como *ultima ratio*.<sup>3</sup> Dessa forma, o Garantismo deve ser aplicado em todas as fases da

---

3 Nota dos autores: Significa dizer que o Direito Penal só deve ser aplicado quando for estritamente necessário (Princípio da Intervenção Mínima), mantendo o seu caráter subsidiário (Cunha, 2020, p. 81).

persecução penal, seja no direito material, no direito processual assim como também na fase da execução penal.

A Lei de Execução Penal (Brasil, 1984) foi criada com a finalidade de que o Estado venha a exercer seu direito de punir diante do criminoso e dessa forma inibir o surgimento de novos delitos. Com isso o Estado mostra para a sociedade que clama por justiça, que é possível reeducar e readaptar aquele que foi condenado, pois “nota-se que a política criminal pretende desenvolver uma ação eficaz contra o crime nos âmbitos legislativo, judiciário e penitenciário, em razão de uma política global de prevenção do crime e tratamento do delinquente” (Cavinato, 2009, p. 1556).

Além disso, a LEP (Brasil, 1984) é fundada nas teorias de finalidade das penas: Teoria Retributiva ou Absoluta, Teoria Relativa e Teoria Mista ou Unificadora da Pena. A Teoria Retributiva é aquela que define a pena como um fim em si mesmo, como uma forma de castigo, reparação, e repressão ou retribuição do mal causado (Cunha, 2020, p. 482). A Teoria Relativa é aquela que a pena é vista como forma de prevenção de futuros delitos e de reintegração do indivíduo à sociedade. Já a Teoria Mista, disposta no artigo 59 do Código Penal (Brasil, 1941), defende a retribuição, prevenção e ressocialização do prisioneiro (Greco, 2015, pp. 537-539).

Sendo assim, a execução penal garantista, tem como base o respeito aos direitos e às garantias fundamentais e não só objetiva punir o criminoso, mas também pretende ressocializar o apenado por meio de programas educacionais, assistenciais e psicológicos que façam com que ele retorne à sociedade. Dessa forma, o objetivo consiste na instauração de uma sociedade mais humana e pacífica. Assim está assegurado na Constituição Federal (Brasil, 1988) por meio de previsão legal, o respeito aos direitos e garantias fundamentais, principalmente o respeito à dignidade da pessoa humana (Júnior, 2009, pp. 203-205).

A LEP (Brasil, 1984), por sua vez, tem como objetivo proporcionar ao condenado todos os direitos que não foram atingidos na sentença ou pela lei sem fazer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política. Ocorre que, no plano fático, o que se vê é o constante desrespeito aos direitos fundamentais do condenado e a afronta direta às garantias constitucionais e aos direitos humanos (Júnior, 2009, p. 202).

Diante do que ocorre na política carcerária brasileira, em relação ao público transexual, é visível que há violação de princípios que trazem, em seu bojo, direitos e garantias que estão presentes na legislação infraconstitucional

como o Código Penal (Brasil, 1941) e na Lei de Execuções Penais (Brasil, 1984), bem como na Constituição Federal (Brasil, 1988) e nos princípios de Yogyakarta, o qual o Brasil é signatário fazendo com que todo esse arcabouço de leis seja ignorado contribuindo para a disseminação do preconceito dentro e fora do cárcere.

Tanto na exposição de motivos quanto nas normas propriamente ditas, é possível perceber que a Lei de Execuções Penais (Brasil, 1984) foi criada com o objetivo de promover um tratamento mais humano para com aqueles que se encontram privados da sua liberdade de ir e vir. Porém, na realidade não é bem isso que está sendo demonstrado.

Uma das principais características da Teoria do Garantismo é a laicidade do direito, ou seja, para Ferrajoli, o direito é laico e por isso a existência de direitos se dá a partir da sua previsão no ordenamento jurídico, independente de posicionamentos morais, religiosos ou culturais (Bosco, 2012, p. 12).

Na Teoria do Garantismo, Ferrajoli divide o princípio da legalidade em duas vertentes. A primeira é dirigida ao juiz que é aquele que aplica a lei “como uma regra de distribuição do poder penal que preceitua ao juiz estabelecer como sendo delito o que está reservado ao legislador predeterminar como tal” (Ferrajoli, 2002, p. 305). Já a segunda é dirigida ao legislador que deve criar e editar as normas de acordo com a ótica garantista.

Diante disso, é possível concluir que a política carcerária brasileira não deve sofrer nenhum tipo de influência, e sim se ater ao que já se encontra disposto ao longo do ordenamento jurídico pátrio, bem como nas disposições dos tratados, para proporcionar o cumprimento de uma sanção penal, justa e com vistas a atingir o seu objetivo principal que é a ressocialização.

## O direito à liberdade de identidade de gênero sob o olhar do garantismo

De acordo com o disposto nos Princípios de Yogyakarta, a identidade de gênero é considerada essencial para a dignidade humana de cada indivíduo, porém ainda assim, o público transexual sofre com a falta de aceitação da sociedade que é movida pelo preconceito (Vieira, 2018, pp. 5-8).

Tamanha relevância concedida pelos Princípios de Yogyakarta ressalta a ideia de que todo indivíduo deve ter direito à identidade de gênero que consiste na liberdade de ser o que quiser ser, de fazer as próprias escolhas

e, assim, desenvolver, cada um, a sua própria personalidade, além de serem reconhecidas e tratadas socialmente conforme a forma que se identifica (Bezerra e Maia, 2017, p. 1700).

Isso se deve ao fato de que o público transexual, segundo Bezerra e Maia (2017) “possuem o mesmo valor intrínseco que qualquer outro ser humano” (p. 1701) e por isso devem ser tratados pelo Estado e por toda a sociedade com respeito e dignidade.

O Garantismo Penal de Ferrajoli atua como um sistema de garantias que tem como principal norteador, a Constituição e se apresenta como instrumento de limitação do poder estatal. Ou seja, para Ferrajoli, o Estado deverá atuar em consonância com os direitos fundamentais que ao mesmo tempo em que apontam obrigações positivas aos entes estatais, também limitam de forma negativa e assim coloca em primeiro plano a liberdade do indivíduo (Bosco, 2012, pp. 4-5).

Para ele, o fato de garantir o exercício dos direitos fundamentais é de suma importância para satisfazer o valor das pessoas e assim poder proporcionar a igualdade. Sendo assim, esses direitos pertencem a todos e fazem parte da identidade de cada pessoa como cidadão (Bosco, 2012, p. 4). Dentre os direitos fundamentais, está o direito à liberdade que, segundo Ferrajoli, é um direito fundamental de natureza primária e que por isso é voltado para todas as pessoas naturais e cidadãos capazes de agir (Bosco, 2012, p. 8).

O direito à liberdade é tratado por Alexy (2008, pp. 341-342) como um direito geral que se encontra na Constituição Alemã e que recebeu uma interpretação extensiva pelo Tribunal Constitucional Federal, sendo considerado como o direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Dessa forma, é possível perceber que o direito à liberdade não só se resume a um fazer/agir, mas também se refere ao ser no plano fático e jurídico e que está atrelado ao conceito de dignidade da pessoa humana.

Segundo a doutrina brasileira, Silva (1999, pp. 237-238) divide o direito à liberdade em cinco grupos que se encontram dispostos na Constituição Federal (Brasil, 1988): liberdade da pessoa física, de pensamento, de expressão coletiva, profissional e de conteúdo econômico e social.

Ocorre que há uma diferença entre as abordagens citadas acima. Na interpretação do Tribunal Constitucional Federal Alemão, o direito à liberdade não encontra limitações na sua interpretação, enquanto na doutrina brasileira o direito à liberdade só é visto de forma objetiva (Bosco, 2012, pp.

8-10). Diante disso, parece que o direito à liberdade de identidade de gênero não pode encontrar respaldo constitucional.

Apesar do direito à liberdade de identidade de gênero não encontrar amparo na Constituição, ele pode estar entre o que Alexy (2008) chama de “direitos de liberdade implícitos” (p. 369) e que surgem das reações da jurisprudência constitucional em resposta às ameaças à liberdade.

Dessa forma é possível perceber que há a presença, ainda quem implícita, do direito à liberdade de identidade de gênero no ordenamento brasileiro, no que diz respeito aos direitos fundamentais dispostos no art. 5º da Constituição Federal (Brasil, 1988). Isso se deve ao fato de que é possível a alteração do nome e do gênero no registro civil antes mesmo da realização da cirurgia de redesignação de sexo que foi apreciado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 4275 (Brasil, 2018).

O fato de um direito à liberdade de identidade de gênero não estar positivado no ordenamento pátrio pode ser analisado a partir do que a teoria garantista de Ferrajoli chama de laicidade do direito. Ou seja, para o autor, o direito independe de seguimentos morais, religiosos ou culturais e que um determinado direito passa a existir no ordenamento jurídico a partir da sua previsão expressa (Bosco, 2012, p. 12).

Em outras palavras, tanto o legislador quanto o juiz, não devem se deixar levar pela moral hegemônica, tradicional e intolerante ou pela religião na elaboração de leis e de sentenças, respectivamente e sim pelo que diz o texto constitucional que, vale ressaltar, não comporta nenhum tipo de discriminação, de acordo com o art. 3.º, IV (Brasil, 1988).

Em suma, segundo a ótica garantista, é possível perceber que o direito à liberdade de identidade de gênero é um direito fundamental que está inserido no direito geral de liberdade e que merece a tutela estatal visando o combate ao preconceito e à discriminação.

## O projeto do estatuto da diversidade sexual e de gênero aplicado à execução da pena e seus contornos garantistas

O Projeto de Lei do Senado n.º 134 de 2018 (Brasil, 2018), de autoria da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, visa instituir o Estatuto da Diversidade sexual e de Gênero, com o objetivo de promover a inclusão, bem como combater e criminalizar a discriminação e a intolerância

por orientação sexual e identidade de gênero e garantir a igualdade de oportunidades e a defesa dos direitos individuais coletivos e difusos, como assim preleciona o art. 1.º do referido projeto (Brasil, 2018).

No art. 4º e no título do Capítulo III, estão dispostos os princípios fundamentais que devem nortear a aplicação e a interpretação do Estatuto. Dentre os oitos princípios elencados, merece destaque o princípio que trata da “livre orientação sexual e identidade de gênero, como direito à autonomia privada” (Brasil, 2018).

É possível perceber que este princípio consiste na materialização do direito à liberdade presente na Constituição Federal (Brasil, 1988) e que fundamenta a criação do referido Estatuto e que também é tido como um direito geral de liberdade que está ligado ao livre exercício da personalidade, de acordo com a ótica da Teoria do Garantismo.

O art. 83 do Estatuto estabelece que as unidades prisionais devam ter ala ou cela especial voltada para o encarceramento, não só para o público transexual, mas também para lésbicas, gays, bissexuais e intersexuais (Brasil, 2018). Essa disposição visa garantir a integridade física ou psíquica dos apenados (Brasil, 2018). Percebe-se que o referido artigo está em consonância com o que dispõe a Constituição Federal em seu art. 5.º, XLIX (Brasil, 1988).

O fato da Constituição Federal (Brasil, 1988) tutelar a incolumidade física e psíquica do preso, traz uma possibilidade de compreensão do Princípio da humanidade. Tal entendimento decorre do Princípio da dignidade humana e do Princípio da prevalência dos direitos humanos, ambos previstos na Carta Magna em seus arts. 1.º, III e 4.º, II, respectivamente (Duque, 2018, p. 35).

O Princípio da humanidade traz à baila a discussão sobre a utilização da teoria da reserva do possível como justificativa para a inércia do Estado em matéria de execução penal. A escassez de recursos consiste no principal motivo para que não haja investimento na política criminal do país (Duque, 2018, pp. 40-41). Ocorre que, em sede de decisão monocrática, o Ministro Celso de Mello afirmou que a cláusula da reserva do possível não pode ser uma justificativa utilizada pelo Estado para se eximir de cumprir as obrigações previstas na Constituição (STF, 2004).

Novamente, em 2015, o Plenário do STF entendeu que o Poder Judiciário pode fazer com que a Administração Pública realize obras ou re-

formas emergenciais em estabelecimentos prisionais com a finalidade de assegurar os direitos fundamentais das pessoas encarceradas (STF, 2015).

Caso o Estatuto da diversidade sexual e de gênero (Brasil, 2018) passe a fazer parte do ordenamento pátrio, as duas decisões oriundas do Supremo Tribunal Federal poderiam servir de fundamento para que a Política Criminal do país se adeque com o que preleciona o referido Estatuto. Ambas as decisões visam resguardar direitos fundamentais e tudo o mais que está disposto na Constituição Federal (Brasil, 1988) quando o assunto é a execução da pena e que, por sua vez, se materializa nas disposições do Estatuto.

Vale ressaltar que o parágrafo único do art. 83 do Estatuto dispõe que, o uso das alas e celas está condicionado à vontade do preso, ou seja, o apenado terá o direito de optar onde quer ficar, sempre, em observância à sua identidade de gênero (Brasil, 2018). Tal disposição confere ao preso o direito à liberdade de escolha e de não ser constrangido a ficar em um local que não corresponda com a forma que ele se identifica.

O preconceito contra a diversidade sexual ainda é um problema que se encontra enraizado na sociedade e, na Política criminal, esse cenário não é diferente. Em se tratando de execução penal, o apenado sofre preconceito ao ganhar o status de presidiário e quando ele ainda possui uma identidade de gênero diferente, fora dos padrões impostos pela sociedade, o preconceito passa a ser duplo, já que de acordo com Duque (2018) “tal população sofre um acréscimo punitivo para além do encarceramento em si, não apenas em virtude do processo de naturalização da exclusão e da violência que sofre, mas pelo sistemático desprezo por seus direitos” (p. 61).

Sobre esse tema, foi editada a Resolução Conjunta n.º 01/2014 pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCC) e pelo Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCDD/LGBT). Tais Resoluções estabelecem parâmetros de acolhimento para o público LGBT privados de liberdade no Brasil (Duque, 2018, p. 61b). Dentre os principais direitos elencados na referida Resolução (Brasil, 2014), é possível citar:

Chamamento pelo nome social, de acordo com o gênero (art. 2º); Oferecimento de espaços de vivência específicos às travestis e aos gays privados de liberdade em unidade prisionais masculinas, cuja transferência deve ser precedida de expressa manifestação de vontade da pessoa presa (art. 3º); Direito à imagem, que envolve a preservação do cabelo, uso de roupas, inclusive íntimas, segundo o gênero (art.

5º); Direito à intimidade e livre desenvolvimento da personalidade; Atenção integral à saúde e acompanhamento de saúde específico, inclusive com a manutenção do tratamento hormonal à pessoa transvesti, mulher ou homem transexual em privação de liberdade (art. 7º) e o Direito a não transferência compulsória entre celas e alas ou quaisquer outros castigos ou sanções em razão da condição da pessoa LGBT (art. 8.º).

Em suma, a Resolução 01/2014 visa tratar sobre a questão do preconceito e da discriminação contra o público LGBT, dentro do cárcere garantindo direitos que estão em consonância com o que diz o Princípio da não marginalização (ou não discriminação) das pessoas presas ou internadas e que, também estão de acordo com o que preleciona a Constituição Federal (Brasil, 1988) em seu rol de direitos fundamentais, tendo em vista que a própria Constituição não exclui as pessoas presas e internadas do direito de exercê-los.

Para combater as práticas discriminatórias dentro do sistema prisional, o Projeto do Estatuto da diversidade sexual e de gênero (Brasil, 2018), assegura, às vítimas de discriminação e preconceito, acolhimento e apoio por parte do Estado, bem como orientação e encaminhamento para apuradas práticas (Art. 84).

No mesmo sentido, o Estatuto (Brasil, 2018), também assegura que o Estado irá implementar políticas públicas para capacitar e qualificar policiais e agente penitenciários para coibir qualquer prática discriminatória em face da orientação sexual ou identidade de gênero (Art. 85).

Em suma, segundo o que preleciona a Teoria do Garantismo sobre a separação entre Direito e moral – uma moral menos nociva e deletéria à dignidade humana –, é necessário que na execução penal não haja uma imposição de um determinado padrão a ser seguido pelas pessoas presas, bem como não se pode tolerar a invasão à intimidade, o cerceamento do livre exercício da personalidade e a proibição da autonomia da vontade, ou seja, é necessário que haja um olhar diferenciado para o público transexual, para evitar o surgimento de ilegalidades e violência dentro da política criminal do país.

Ademais, faz-se necessária a reforma de alguns artigos que se encontram dispostos na Lei de Execuções Penais (Brasil, 1984), com o objetivo de proporcionar uma execução penal dentro do que preleciona a própria



Constituição Federal (Brasil, 1988), bem como os tratados internacionais e a Teoria do Garantismo Penal.

A primeira alteração na LEP deve ocorrer no art. 5.º, que trata da classificação do condenado (a). Tal artigo deve prever a classificação, também, quanto à identidade de gênero, ou seja, oportunizar ao condenado (a) ou ao preso (a) provisório (a) a possibilidade de exercer a liberdade de autodeterminar-se, de desenvolver a sua personalidade da forma que melhor lhe convém, em respeito ao Princípio da dignidade da pessoa humana.

A segunda alteração deverá ser feita no art. 82, §1.º que trata sobre os estabelecimentos penais. O parágrafo supracitado concede tratamento diferenciado para a mulher e para o maior de sessenta anos que serão recolhidos a estabelecimento próprio e adequados à sua condição. É preciso que esse dispositivo também seja estendido para abarcar a questão da identidade de gênero para proporcionar uma nova visão quanto à palavra “mulher” ao analisá-la, também, sobre a questão de gênero e não somente quanto à questão de sexo.

Outra mudança que deve ser feita, é a inserção de mais um parágrafo ao art. 83, que vise proporcionar a instalação de alas ou celas exclusivas para transexuais dentro dos estabelecimentos prisionais, com o objetivo de garantir o respeito e a proteção à integridade física, moral e psicológica como assim preleciona o § 4º do art. 84 da Lei de Execuções Penais (Brasil, 1984).

## CONCLUSÃO

Um tema que vem ganhando espaço e notoriedade no cenário jurídico é a diversidade sexual na política carcerária brasileira (Duque, 2018, p. 61). Ao tratar desse assunto, é possível se deparar com irregularidades que surgem movidas pela discriminação em razão do gênero e por isso faz-se necessário à aplicação da Teoria do Garantismo na Lei de Execução Penal (Brasil, 1984), com o objetivo de ser um instrumento na busca do combate ao preconceito dentro do sistema prisional.

A política aludida tem, como seu principal instrumento e marco normativo, a Lei de Execuções Penais (Brasil, 1984), a qual, por sua vez, não trata do encarceramento do público transexual, o que acaba por contribuir com a perpetuação do preconceito em face da diversidade sexual. Diante disso, surge o questionamento que vem a ser o problema do presente trabalho: Qual a importância de uma compreensão hermenêutica garantista da LEP, para o combate à transfobia na política carcerária brasileira?

A resposta para tal celeuma está demonstrada na importância da interpretação da LEP de acordo com o que preceitua a Teoria do Garantismo, já que ela impõe certos limites de punição e tratamento às autoridades que fazem parte da política carcerária, fundamentada nos direitos e garantias fundamentais dispostos na Constituição Federal (Brasil, 1988), que é considerada a norma suprema dentro de um ordenamento jurídico, bem como se pauta na laicidade do direito.

Em que pese a Lei de Execuções Penais (Brasil, 1984) ser omissa quanto à situação do público transexual, não é vedada a aplicação dos dispositivos que se encontram implícitos como, por exemplo, aqueles que estão relacionados ao Princípio da dignidade da pessoa humana. Mas, é necessário que haja previsão expressa na LEP com base no que diz os Princípios de Yogyakarta, as resoluções estaduais que por ocuparem uma posição hierárquica inferior à lei ordinária, se tornam de difícil aplicação, ou seja, é preciso que a política carcerária brasileira seja revista para que a LEP possa trazer em seu bojo, disposições acerca do trato com o público transexual dentro do sistema prisional, mediante alteração dos arts. 5º e 83, bem como um novo olhar para o art. 82, §1º, também da Lei de Execuções Penais (Brasil, 1984).

No primeiro tópico, mostrou-se como o binarismo sexual exerce uma influência negativa dentro do cárcere, bem como na própria LEP. Evidenciou-se como se dá a política carcerária brasileira, através de um olhar para dentro do sistema prisional que apresenta uma realidade de constante violação dos direitos e garantias fundamentais contra o público transexual. Além disso, foi traçado um perfil do encarceramento, com vista a entender a motivação do encarceramento e quem são essas pessoas que sofrem com a ausência de legislação que tutele os direitos, dos quais são destinatários.

Na segunda seção, buscou-se compreender como que o preconceito contra a diversidade sexual, presente na sociedade, pode influenciar dentro do cárcere quanto ao trato com o público transexual durante o cumprimento da pena privativa de liberdade. Nessa esteira, foi feita a análise do que preleciona os Princípios de Yogyakarta que consiste em um tratado do qual o Brasil é signatário e que traz importantes regras a serem seguidas para garantir o respeito aos direitos do público transexual. Finalmente foram trazidos à baila exemplos de outros países, a título de comparação com a realidade das prisões brasileiras.

Por fim, no terceiro item, abordou-se como a Teoria do Garantismo Penal está presente na Lei de Execuções Penais (Brasil, 1984) e de que

forma a referida teoria pode contribuir para consolidar o direito à liberdade de igualdade de gênero na sociedade e no ordenamento jurídico. Na busca pelo respeito a essa liberdade e no combate ao preconceito e discriminação, surge o Projeto do Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero que, também apresenta disposições acerca da execução da pena tendo como pano de fundo os pressupostos da Teoria do Garantismo.

Diante de tudo o que foi exposto, é possível perceber que o preconceito e a discriminação têm seu início do lado de fora do cárcere e essa realidade influencia, de forma consideravelmente negativa, a política carcerária brasileira, faz com que direitos sejam desrespeitados. Por isso, é necessário que, primeiramente, haja uma mudança de mentalidade na população, para que o respeito à diversidade sexual passe a vigorar. Essa mudança pode-se dar através de debates, de campanhas disseminadas através da mídia e dos meios de comunicação. Ou seja: é necessário falar sobre igualdade de gênero, sobre diversidade sexual e não tratar como algo que não existe ou que está distante da realidade e que deve ser alvo de exclusão.

O Estado tem papel fundamental nisso. A título, pois, de sugestão, para ainda mais além da necessária reforma legislativa, cuja necessidade é exaltada como objetivo deste trabalho, é preciso que o Estado tome outras atitudes. Ele deve promover o amparo a esse grupo social, não somente por suas atividades legiferante e jurisdicional. Outro instrumento a ser utilizado, talvez até com maior urgência, é a educação com o uso de políticas públicas de enfrentamento em prol da diversidade sexual. Quando se fala na atividade legiferante do Estado, não se pode esquecer que a Lei de Execuções Penais (Brasil, 1984), não está adequada à realidade atual, ou seja, a referida lei não acompanhou os novos rumos e seguimentos da sociedade e por isso deve ser revista em relação à diversidade sexual no cárcere.

O preconceito contra a diversidade sexual é algo que há muito permeia a sociedade e, por esse fato, é considerado um verdadeiro óbice àqueles que lutam por espaço, por inclusão e pelos direitos dos quais são titulares. É esse mesmo preconceito que está presente na política carcerária brasileira e faz com que a discriminação seja sentida duplamente. Mas essa realidade tem tudo para ser modificada, a partir do momento em que os direitos de cada um forem colocados em primeiro lugar; que sejam respeitados e garantidos – inclusive no horrendo ambiente carcerário - sem que a condição sexual seja tratada como algo anormal e que impeça a convivência harmoniosa entre todos, dentro de uma sociedade idealmente justa e solidária.

## REFERÊNCIAS

- Alexy, R. (2008). *Teoria dos direitos fundamentais*. Malheiros.
- Balestero, G. (2011). O direito à diversidade sexual no Brasil e os efeitos violentos do descaso do poder legislativo federal. *Revista Espaço Acadêmico*, 11(123), 5-16. <http://www.periodicos.uem.br/ojs/index.php/Es-pacoAcademico/article/view/12331>.
- Barbiéri, L. F. (2019). CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5 % não tem condenação. <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml>.
- Benevides, B. (2018). Mapa dos assassinatos de travestis e transexuais no Brasil em 2017. <https://antrabrazil.files.wordpress.com/2018/02/relatc3b3rio-mapa-dos-assassinatos-2017-antra.pdf>.
- Bezerra, L. e Maia, A. (2017). Transexuais e o direito à identidade de gênero: a interlocução entre os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade. <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/26854>.
- Bosco, M. (2012). Direito à liberdade de orientação sexual sob o olhar do garantismo de Ferrajoli. <http://www.direitohomoafetivo.com.br/pesquisaartigo.php?pesq=direito+%c3%80+liberdade+de+orienta%c3%87%-c3%83o+sexual+sob+o+olhar+do+garantismo+de+ferrajoli>.
- Brasil (1940). *Código penal*. Senado.
- Brasil (1984). *Lei de execuções penais. Institui a lei de execução penal*. Senado.
- Brasil (1988). *Constituição federal*. Senado.
- Brasil (2014a). Resolução Conjunta do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Conselho Nacional de Combate à Discriminação. [http://www.lex.com.br/legis\\_25437433\\_RESOLUCAO\\_CONJUNTA\\_N\\_1\\_DE\\_15\\_DE\\_ABRIL\\_DE\\_2014.aspx](http://www.lex.com.br/legis_25437433_RESOLUCAO_CONJUNTA_N_1_DE_15_DE_ABRIL_DE_2014.aspx).
- Brasil (2014b). Resolução SAP n.º 11. Dispõe sobre a atenção às travestis e transexuais no âmbito do sistema penitenciário.: <http://justica.sp.gov.br/wp-content/uploads/2019/10/Resolucao-SAP-11-de-30-de-marco-de-2014.pdf>.
- Brasil (2015). Resolução SEAP n.º 558. Estabelece diretrizes e normativas para o tratamento da população LGBT no Sistema Penitenciário do

Estado do Rio de Janeiro. [http://www.silep.planejamento.rj.gov.br/resolucao\\_seap\\_n\\_558\\_-\\_2905201.htm](http://www.silep.planejamento.rj.gov.br/resolucao_seap_n_558_-_2905201.htm).

Canheo, R. (2017). Olivato. Anatomia do cárcere: Alas LGBTs e autodeterminação de gênero. [http://www.en.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1497738429\\_ARQUIVO\\_artigoFazendoGenero.pdf](http://www.en.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1497738429_ARQUIVO_artigoFazendoGenero.pdf).

Canofre, F. (2018). ONG cria projeto para levantar dados da população LGBT nas prisões do Brasil. <https://www.sul21.com.br/ultimas-noticias/geral/2018/03/ong-cria-projeto-para-levantar-dados-da-populacao-lgbt-nas-prisoos-do-brasil/>.

Clam (2006). Princípios de Yogyakarta. Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. [http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf).

Cavinato, R. (2011). Princípios e garantismo na execução penal. [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/anais/36/11\\_1176.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/anais/36/11_1176.pdf).

De Jesus, J. (2012). Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos. 2012. <http://www.diversidadessexual.com.br/wp-content/uploads/2013/04/g%c3%8anero-conceitos-e-termos.pdf>.

Dotti, R. (2012). *Curso de direito penal: parte geral*. Editora Revista dos Tribunais.

Duque, R. (2018). *Execução penal: teoria crítica*. Saraiva Educação.

Ferrajoli, L. (2002). *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*. Editora Revista dos Tribunais.

Figueiredo, S., Queiroz, R., Leite, M., Mendes, J. e Costa, G. (2018). Os transgêneros e o sistema prisional: Obstáculos e diálogos para novas perspectivas. <https://www.sul21.com.br/ultimas-noticias/geral/2018/03/ong-cria-projeto-para-levantar-dados-da-populacao-lgbt-nas-prisoos-do-brasil/>.

G1 (2019). CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5 % não têm condenação. <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml>.

Greco, R. (2015). *Curso de direito penal/ Rogério Greco*. Impetus.

Júnior, E. (2009). Uma perspectiva garantista na Lei de Execução Penal. [http://www.portalcatalao.com/painel\\_clientes/cesuc/painel/arquivos/upload/temp/969295c68602cbc1f2c2f3283f2e1330.pdf](http://www.portalcatalao.com/painel_clientes/cesuc/painel/arquivos/upload/temp/969295c68602cbc1f2c2f3283f2e1330.pdf).

Linck, L. (2018). Teoria do etiquetamento: a criminalização primária e secundária. <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/52111/teoria-do-etiquetamento-a-criminalizacao-primaria-e-secundaria>.

Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (s. f.). LGBT: nas prisões do Brasil: Diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento. <https://www.mdh.gov.br/todas-as-noticias/20202/fevereiro/TratamentopenaldepessoasLGBT.pdf>.

Oliveira, P. (2018). Quase homem, quase mulher, quase gente: o binarismo no sistema penal e a identidade de gênero travesti no cárcere. <http://www.saberaberto.uneb.br/handle/20.500.11896/998>.

Requi, J. (2018). A violação dos direitos do transexual: Uma realidade do binarismo sexual no sistema carcerário brasileiro. <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/view/7578>.

Santana, P. (2016). A transgeneridade e o binário de gênero no sistema carcerário brasileiro. <http://bdm.unb.br/handle/10483/16746>.

Silva, R. (2015). Labelling approach: O etiquetamento social relacionado à seletividade do sistema penal e ao ciclo da criminalização. [http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon\\_id=225](http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=225).

Silva, R. e Arcelo, A. (2016). Heteronormatividade e sistema carcerário no Brasil contemporâneo. <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/23597>.

STF (2004). ADPF 45 MC/DF. <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>.

STF (2015). RE 592581/MS. [stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf).

Zaffaroni, E. (2007). *O inimigo no direito penal*. Editora Revan.

Zamboni, M. (2017). O barraco das monas na cadeia das coisas: notas etnográficas sobre a diversidade sexual e de gênero no sistema penitenciário. <https://arace.emnuvens.com.br/arace/article/view/135>.