

UNIVERSIDADE DE TAUBATÉ

Matheus Henrique Duarte

**OS TRANSEXUAIS E OS ESTABELECIMENTOS
PRISIONAIS EM RAZÃO DE SUA IDENTIDADE DE GÊNERO**

TAUBATÉ

2021

MATHEUS HENRIQUE DUARTE

**OS TRANSEXUAIS E OS ESTABELECIMENTOS
PRISIONAIS EM RAZÃO DE SUA IDENTIDADE DE GÊNERO**

Trabalho de Graduação em Direito,
apresentado ao Departamento de Ciências
Jurídicas da Universidade de Taubaté, como
parte dos requisitos para colação de grau e
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Mestre Avelino Alves
Barbosa Júnior

TAUBATÉ

2021

**Grupo Especial de Tratamento da Informação - GETI
Sistema Integrado de Bibliotecas - SIBi
Universidade de Taubaté - UNITAU**

D812t Duarte, Matheus Henrique
Os transexuais e os estabelecimentos prisionais em razão de sua
identidade de gênero / Matheus Henrique Duarte. -- 2021.
44f.

Monografia (graduação) - Universidade de Taubaté, Departamento
de Ciências Jurídicas, 2021.
Orientação: Prof. Me. Avelino Alves Barbosa Júnior, Departamento
de Ciências Jurídicas.

1. Transexual. 2. Política criminal. 3. Estabelecimento penal.
4. Estabelecimento prisional. I. Universidade de Taubaté. Departamento
de Ciências Jurídicas. Curso de Direito. II. Título.

CDU - 347.151

MATHEUS HENRIQUE DUARTE

**OS TRANSEXUAIS E OS ESTABELECIMENTOS
PRISIONAIS EM RAZÃO DE SUA IDENTIDADE DE GÊNERO**

Trabalho de Graduação em Direito,
apresentado ao Departamento de Ciências
Jurídicas da Universidade de Taubaté, como
parte dos requisitos para colação de grau e
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Mestre Avelino Alves
Barbosa Júnior

Trabalho de Graduação defendido e aprovado em ____/____/____ pela
Comissão Julgadora:

Professor Mestre Avelino Alves Barbosa Júnior, Universidade de Taubaté.

Prof.

, Universidade de Taubaté.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho ao Deus de bondade que é a vida e pelo qual tudo há, é e está.

Aos meus pais por tudo, simplesmente tudo. Eles são os maiores homenageados em tudo que faço.

À família, amigas e amigos que são sempre comigo.

Ao Professor Mestre Avelino Alves Barbosa Júnior, orientador, ajudador e ensinador que me acompanhou nesse momento.

Dedico também à todos que terão contato com essa monografia, ela se dedica a contribuir de alguma forma com você.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço ao Deus de bondade que possibilitou a vida, o viver e o fazer todas as coisas. Agradeço à Ele pelos meus pais que me apoiaram e apoiam desde sempre, sonham os sonhos comigo e são a retaguarda, a guarda e a vanguarda de amor e tudo que isso possa significar.

Sou grato também pela minha família, toda ela que foi todo o bem nesses cinco anos, torcendo, estando perto e também ajudando no que quer fosse necessário.

Minhas amigas e amigos, pessoas lindas que são extensão da família, e por carinho, a são também. Amigos de perto e de longe, que sabiam estar ajudando ou não, todos fizeram parte da rede solidária que significa amizade.

Minhas amigas e amigos oriundos do direito, sim esses que a faculdade me deu, ou que em razão dela fui presenteado. Pessoas que me ensinaram com toda paciência, sendo verdadeira jurisprudência, ou seja, dizendo o direito que sabiam para mim.

As professoras e professores que ensinaram esse universo que aprendemos na faculdade, e claro, meu orientador o Professor Mestre Avelino Alves Barbosa Júnior, que é mestre mesmo, com todos os significados da palavra, desde as aulas, bem no início da jornada, de história do direito e direito romano.

Grato à Deus por todos.

“Sonhar é voar sabendo onde o destino vai me levar”

Clélia Mara Pereira Duarte

RESUMO

A presente monografia analisa em qual estabelecimento prisional, se feminino ou masculino, os transexuais são destinados ao cumprimento de suas penas impostas pela prática de atos atentatórios ao ordenamento jurídico penal. O trabalho tem o condão de demonstrar acerca da transformação histórica do tema na sociedade brasileira, com consequentes efeitos tanto no pensamento coletivo em si, bem como na influência que o ordenamento jurídico sofreu. Nele, aspectos sociais, legais e jurisprudenciais são abordados com vistas ao esclarecimento de como atualmente a alocação das pessoas transexuais submetidas ao sistema prisional do país se dá. O trabalho, através de revisão bibliográfica com coleta de dados sob análise exploratória em fontes disponíveis em meios físicos e em sítios na rede mundial de computadores, apresenta que homens e mulheres transexuais poderão cumprir a pena em unidade prisional condizente com sua identidade de gênero autodeclarada. A monografia ainda conclui que a preferência jurisprudencial vai no sentido de que os homens e mulheres transexuais cumpram a pena em unidade prisional feminina, dadas as condições mais salutares e seguras.

Palavras-chave: Transexuais. Política criminal. Estabelecimento prisional.

ABSTRACT

This monograph examines which prison, female or male, transsexuals are destined to serve their sentences – imposed for the practice of acts that violate the criminal legal system. The work is able to demonstrate the historical transformation of the theme in Brazilian society, with consequent effects both on collective thinking itself, as well as on the influence that the legal system suffered. In it, social, legal and jurisprudential aspects are addressed to clarify how currently the allocation of transgender people subjected to the country's prison system takes place. The monograph, by bibliographic review with data collection under exploratory analysis study on sources available in physical media and on sites on the global web of computers, shows that transsexual men and women will be able to fulfill the prison sentence consistent with their self-declared gender identity. The work also concludes that the jurisprudential preference goes in the direction of that transgender men and women should serve their sentences in female prisons, that provide the healthiest and safest conditions.

Keywords: Transsexuals. Criminal policy. Prison establishment.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	TRANSEXUALIDADE COMO CONCEITO	13
2.1	Conceituação	13
3	HISTÓRICO DO CUMPRIMENTO DE PENA PELOS TRANSEXUAIS NO SISTEMA CARCERÁRIO	16
4	EVOLUÇÃO NORMATIVA	20
4.1	Transformação social	20
4.2	O papel da Constituição Federal de 1988 na evolução normativa	22
4.2.1	Evolução normativa	29
4.2.2	O Supremo Tribunal Federal e os direitos dos Transexuais nos estabelecimentos prisionais	34
4.2.3	Algumas normas estaduais que versam sobre o tema	35
5	CONCLUSÃO	39
	REFERÊNCIAS	42

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia visa discutir o tema do tratamento, mais precisamente celas, alas e até mesmo estabelecimento prisional, se masculino ou feminino, para o cumprimento de pena das pessoas transexuais.

O tema, como fato social, tem origem desde há muito tempo, no primeiro século, na época do apogeu do Império Romano. Período em que os primeiros registros de pessoas do sexo masculino usavam roupas femininas, chegando ao ponto de castrar-se de seu órgão genital. Tais pessoas eram designadas eunucas.

Diferentemente do que ocorria nos relatos bíblicos, uma vez que, lá os eunucos não se vestiam de mulher. Somente eram castrados para não gerar filhos ilegítimos, ou bastardos nas princesas.

No período romano, como se verificará, esses eunucos tomam configurações de travestis e transexuais. Podendo ser designados de mulheres trans, afinal, nasceram com sexo biológico masculino, mas se autodeclaravam (pela própria vestimenta feminina) como mulheres.

Verdade é que 20 (vinte) séculos se passaram desde que esses relatos históricos foram produzidos.

Pode-se por assim dizer que tudo mudou. O mundo de dois mil anos atrás não existe mais, pelo menos o mundo como concepção social de forma de pensar e se organizar está bem diferente.

Transformação seria a palavra mais adequada para descrever o que se passou.

Mesmo com toda a transformação, a sociedade não deixou de praticar aquilo que já praticava desde antes de seus primeiros relatos históricos. Sempre se pode perceber a presença de indivíduos que se percebiam em gênero distinto de seu sexo de nascença.

Por exemplo, nasceram do sexo masculino (aspectos físico-biológicos masculinos), no entanto se vestiam de mulher, assumindo para si o gênero feminino como lhe sendo peculiar.

A esse fenômeno dá-se o nome de transexualidade.

Por que não transexualismo? Pondera-se de saído que o sufixo “ismo” é utilizado para transtornos de natureza patológica, a saber, doença, por exemplo tabagismo.

Por ser assim, nos anos 1990 a Organização Mundial da Saúde retirou da CID o termo homossexualismo, deixando então de ser considerado uma patologia.

No entanto, nos anos 1970, já na dianteira, o Brasil havia retirado o sufixo ismo da homossexualidade.

Faltava colocar no centro da discussão a transexualidade. Que a partir desta altura foi sendo levantada como pauta.

Enfim, toda essa nova inclusão de pauta pública no debate da sociedade brasileira fez levantar a indagação: como serão acondicionadas as pessoas transexuais no sistema prisional brasileiro, em presídio masculino ou feminino?

Esse questionamento não surge como que uma bomba, e nem tampouco como que de paraquedas. Anos e anos de busca de reconhecimento e direitos dessa população é que fez o tema pervadir outros âmbitos que não somente o direito de estarem nas ruas da maneira que bem entendem, ou utilizar nome social em repartições públicas.

Para além disso, percebeu-se ser o cumprimento da pena em unidade prisional também importante para a inclusão nesta discussão.

Não seria mais possível, em a sociedade aceitando e conferindo a si mesma novas possibilidades de configuração de gênero, o sistema prisional manter-se excluído dos efeitos da transformação social.

É inegável que cada mudança social, no pensamento coletivo influencia todas as instituições sociais, sejam elas pertencentes ao Estado, ou privadas, filosóficas e religiosas.

Ninguém se furta do imperativo que é transformar-se. Não se furta por ser parte do ente coletivo social, mas também porque cada instituição tem a necessidade preponderante de ser relevante e ter aderência. Se não corresponder ao menos pelo

mínimo com o que a sociedade almeja, elas, instituições, perdem seu objeto e, por conseguinte, sua razão de ser.

Sob o prisma das unidades prisionais, os presídios assim chamados, esses também mudaram de configuração, de objeto com o passar do tempo.

Antes da proclamação da República, para se falar de Brasil, eram depósitos de gente aguardando o julgamento para uma espécie de corredor da morte. Ficavam ali até a sentença, com possibilidade de pena capital ou vida.

Isso se nota com Joaquim José da Silva Xavier e seus companheiros, que ficaram presos, mas a ele coube o mártir, enquanto para os outros, penas alternativas, com consequente liberdade.

Com o passar do tempo as penas ganharam conotação de fim. Ser privado da liberdade era a sanção aplicada. Dela não se passaria à morte, mas pelo seu decurso temporal a liberdade se restabeleceria.

Assim é que a privação da liberdade ganhou status de fazer o indivíduo se preparar, pelo menos em tese, para uma vida diferente da que levava anteriormente.

Por isso, princípios como dignidade da pessoa humana foram incorporados ao tratamento da pena.

Tratados internacionais de direitos humanos, desde o pós guerra trouxeram postulados importantes de avanço à dignidade de cada pessoa, não importando seu credo, suas filosofias, raça, etnia, sexo e gênero.

Destarte, o modo de cumprir a pena, agora respeitando o gênero das pessoas, se deram como realidade e como se verá no discorres desta monografia.

2 TRANSEXUALIDADE COMO CONCEITO

2.1 Conceituação

É fácil perceber que alguns conceitos se confundem. Há, por parte da sociedade um desconhecimento de quais nuances implicam cada seguimento.

Aqui não se pretende estabelecer distinções do tipo que segregam a sociedade, ou que afastam, pelo desconhecimento, um indivíduo de outro. Antes, a intenção é a do esclarecimento.

Lembrando que a definição é muito difícil de fazer, que é distinto de conceituar, tendo em vista que conceito pode ser acrescentado, transformado com a evolução das concepções. Talvez seja impossível, uma vez que, a grande questão é sobre como cada indivíduo que esteja posto nesses paradigmas se considera.

Então, tem mais a ver sobre como cada pessoa se autoprojeta para si mesmo.

Por isso, é que esse trabalho utilizará o conceito que a norma traz, pois assim a compreensão se dará de modo mais prático. Os pormenores internos de cada categoria não atinem muito ao que esta proposta apresenta, sabendo que não se perde de vista os transexuais presos no sistema carcerário brasileiro.

A resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 348 de 13 de outubro de 2020 que, segundo sua ementa (CNJ, 2020):

Estabelece diretrizes e procedimentos a serem observados pelo Poder Judiciário, no âmbito criminal, com relação ao tratamento da população lésbica, gay, bissexual, transexual, travesti ou intersexo que seja custodiada, acusada, ré, condenada, privada de liberdade, em cumprimento de alternativas penais ou monitorada eletronicamente.

Apresenta em seu artigo 3º que o termo transgênero é utilizado como o guarda-chuva em que debaixo estão as pessoas com variedade de gênero, senão vejamos:

Art. 3º, da Resolução nº 348 do CNJ para fins desta Resolução, e com base no glossário das Nações Unidas, considera-se:

I – transgênero: termo empregado para descrever uma variedade ampla de identidades de gênero cujas aparências e características são percebidas como atípicas – incluindo pessoas transexuais, travestis, cross-dressers e pessoas que se identificam como terceiro gênero; sendo:

a) mulheres trans: identificam-se como mulheres, mas foram designadas homens quando nasceram;

b) homens trans: identificam-se como homens, mas foram designados mulheres quando nasceram, (CNJ, 2020).

Daí a concepção de que os transgêneros, como termo conceitual, englobam toda uma gama de pessoas que não estão sob os paradigmas de gêneros binários.

Aqui, como parênteses, destaca-se que o termo gênero significa o modelo que se impõe às pessoas em razão de seu sexo de nascimento (homem - masculino ou mulher - feminino). Portanto, esse seria o gênero binário pois são os *modus* de vida em sociedade condizendo com as duas possibilidades de sexo advindas da natureza. Então, está relacionado à cultura socio-comportamental do indivíduo em razão de suas características físico-biológicas.

Fica então, pelo CNJ a conclusão de que todo aquele que não se comporta na vida social de acordo com o gênero binário estará, para fins da execução da pena nos estabelecimentos prisionais, classificado como transgênero.

Ainda assim, a classificação se dá, como se verá, de forma binária (homem - masculino ou mulher - feminino), entretanto levando em consideração os homens e mulheres que tem *modus* diverso do masculino e feminino (modelo socio-comportamental).

É dizer que agora os estabelecimentos prisionais terão que tratar condigna e condizentemente os homens que se identificam-se como mulheres (mulheres trans) e as mulheres que identificam-se como homens (homens trans).

Para tanto, quando neste Trabalho de Graduação se remeter aos transexuais, lê-se mulher trans e homem trans. São as designações mais apropriadas para o bom entendimento.

A norma do Conselho Nacional de Justiça fundiu em sua redação o conceito mais prático na aplicação, de modo a não cercear ou deixar de abarcar algum indivíduo que esteja sob esse paradigma em cumprimento de pena no sistema carcerário brasileiro.

Os conceitos trazidos na resolução supracitada são frutos da construção que as próprias entidades representativas dos movimentos da sociedade civil organizada das pessoas transgêneros redigiram e afirmaram para si. Se assim não fosse, careceria de legitimidade, mas mais profundo, implicaria violação do direito humano que as pessoas têm de serem livres em seu comportamento de gênero.

3 HISTÓRICO DO CUMPRIMENTO DE PENA PELOS TRANSEXUAIS NO SISTEMA CARCERÁRIO

Entende-se por histórico os encadeamentos fáticos que perpassam o tempo sobre determinado período. Assim, desde os tempos de escola, é sabido que quando se ouve ou se lê a palavra histórico, sabe-se que se dirá acerca de uma sequência de atos ou fatos que ocorreram em um recorte temporal.

Desta feita, o que está proposto é um breve levantamento acerca dos transexuais e sua alocação no sistema carcerário brasileiro.

No entanto, antes disso, há que observar qual é o conceito de transexual. De acordo com Saadeh (2004)¹ as citações sobre os transexuais remontam o período contemporâneo ao Império Romano, como se vê:

Não existem referências disponíveis a respeito de pessoas transgênero antes do Império Romano.

Filo, filósofo judeu helenizado do século I e morador de Alexandria, segundo Hyde (1994) e GREEN (1998), descreve homens que se travestiam e viviam como mulheres, chegando até a se emascular e retirar o pênis. Seriam os chamados eunucos, termo que deriva da expressão grega para guardião ou zelador do leito. Aqueles que guardavam, sem riscos, os leitos das mulheres de seus senhores.

GREEN (1998) cita descrições e poemas feitos pelos romanos Manilo e Juvenal acerca desses indivíduos que viviam e se comportavam como mulheres e tinham vergonha e ódio de serem vistos como homens. Esses eunucos, em Roma, tinham os testículos extirpados, mas muitas vezes mantinham seus pênis, o que lhes possibilitava ereções. Alguns, todavia, tinham os testículos e pênis removidos

É importante frisar que o termo transgênero diz respeito àqueles que não se identificam com o corpo que nasceram, no que tange ao sexo. A saber, são pessoas que reconhecem em si gênero diferente do sexo que têm.

Daí dizer que transgênero é o macro, tendo dentro de si os travestis e os transexuais. Conceito já discutido anteriormente. Então, transexuais são entendidos

¹ SAADEH, Alexandre; (2004). **Transtorno de identidade sexual: um estudo psicopatológico de transexualismo masculino e feminino.**

como pessoas que buscam, por diversos meios, se assemelharem a identidade de gênero que reconhecem para si.

Assim, o que se verifica é que Saadeh, em sua tese, cita eunucos, como se sabe na história, podendo então ser, como uma das fontes históricas do transexualismo, se é que assim se pode chamar, os eunucos das cortes.

Com o passar do tempo, e é sabido que a história acontece com avanços e retrações, a cultura transexual é mais vista ou menos vista, e também, em largo tempo como negativamente. Fato que fez com a transexualidade fosse considerada pela OMS como um transtorno da identidade de gênero.

Somente em 2018 a transexualidade foi retirada da lista de transtorno da identidade de gênero, pela OMS, contudo ainda figura na Classificação Estatística Internacional de Doenças (CID), mas em uma nova categoria, denominada "saúde sexual" (G1, 2018).

Já está sedimentado o caminho de que no conceito de transexual não deve ser abordado sob o prisma de um transtorno mental, ou algo do tipo. Mas como um fenômeno fático presente no ser humano.

De acordo com a Conferência Nacional de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais – (GLBT, 2008):

A transexualidade seria, então, um contexto vivencial de indivíduo com identidade de gênero constituída nos parâmetros de gênero estabelecidos, ou seja, masculino e feminino. E que, entretanto, não se identificam com os atributos biológicos de nascença, sexualmente diferenciados.

Pode-se traduzir como a pessoa que se vê em gênero distinto do seu de nascença.

Com relação as prisões, consigna-se que são Instituições que ganham destaque a partir do século XIX. Anteriormente, as penas eram de morte, violência física por meio da tortura, por exemplo. As prisões eram meros depósitos de gente aguardando o dia da vingança estatal.

Com o passar do tempo, principalmente a partir da concepção de Estado Moderno, mais humanista e cada vez menos absolutista e arbitrário, os cárceres foram ganhando nova conotação.

Agora, não mais seriam depósito humano para fim de morte ou tortura, entretanto, seria a própria pena. Ou seja, a privação da liberdade é que passa a ser o alvo final da pena, sem que dela derive outras penalidades, como a tortura por intermédio da violação física.

No decorrer dos anos, final do século XX, já passadas duas Guerras Mundiais desse conturbado século, os direitos humanos vão cada vez mais ocupando os lugares que lhes são devidos.

Tratados, pactos e conferências de todos os tipos e formas se realizam para que a exceção ao bom tratamento humano não mais se instale e faça sofrer os povos.

Conceitos como humanização e dignidade no cumprimento da pena são desenvolvidos.

Nesse desenrolar é que a individualidade humana no que tange a diversidade sexual no âmbito do cumprimento da pena em cárcere ganha espaço.

Já desde o século XX alguns estudos e conclusões são realizados, contudo, no século XXI o tema ganha espaço. Conceitos acerca de toda a população LGBTQIA+ são produzidos para dá-los visibilidade na busca de sua dignidade.

E, nesse desenrolar, os transexuais são desconsiderados como transtornados e o sistema carcerário vai, aos poucos, buscando adotar diretrizes que respeite sua existência da maneira que são, com vistas à vigência do princípio da dignidade da pessoa humana.

Para adentrar ao tema desse capítulo propriamente dito, os transexuais passam a ser reconhecidos como tais para fins de seus direitos a partir de uma resolução conjunta editada, como se verá, de 2014, estabelecendo assim políticas que devem ser observadas no tratamento desses internos.

Baseado nesses precedentes conceituais e históricos que se conceituou, para fins da política carcerária brasileira, os transexuais da seguinte maneira, v. art. 1º, V, da Resolução Conjunta Nº 1, de 15 de abril de 2014 (Resolução C. Nº 01, 2014), “Transexuais: pessoas que são psicologicamente de um sexo e anatomicamente de outro, rejeitando o próprio órgão sexual biológico”.

Então, surge a indagação: se a uma conceituação para fins do sistema carcerário só surgiu em 2014, significa que antes disso, e como se verificará através das normas que serão abordadas mais à frente, os internos transexuais eram tratados de forma correlata aos outros presos?

Não se pode olvidar a Lei de Execuções Penais, diploma legal que rege o sistema carcerário brasileiro no âmbito da execução da pena, que dispõe o tratamento condigno e respeitante à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.

Portanto, um precedente histórico-normativo de 1984 que impinge caráter de respeito à dignidade da pessoa humano aos presos, inclusive, os transexuais.

Pondera-se aqui, não adentrar especificamente nos diplomas normativo-legais, tendo em vista que serão abordados no decorrer deste trabalho.

No entanto, é importante neste histórico pontuar o fato de que em se tratando do sistema carcerário brasileiro, o que está no papel difere muito do que se verifica na realidade. Não que se descreia, mas sim que se queira melhorar, avançar.

Desde o tratamento dos transexuais com desrespeito à sua individualidade, até seu reconhecimento em meados da década de 2010, muita coisa aconteceu, muitos direitos foram violados, muitas pessoas tiveram que sofrer na pele, além do já cumprimento de suas penas, pelo simples fato de serem transexuais.

Os direitos atingidos pelo cumprimento da pena, via de regra, se resumem à cassação da liberdade. Todavia, o que se pode ver é que no decorrer da história não tratar os transexuais como transexuais foi cassar também a liberdade de ser humano, de ser o que são.

4 EVOLUÇÃO NORMATIVA

4.1 Transformação social

O termo evolução, normal de que denominasse esse subtítulo, traz consigo entendimentos acerca da transformação que todas as coisas sofrem. Tudo muda o tempo todo.

Com a sociedade o fenômeno é o mesmo. Sem pausa tudo é transformado a toda hora. Não há necessidade de que se façam pesquisas quantitativas e qualitativas para constatar que algo pensado de um jeito há dez anos já encontra lugar de raciocínio completamente diferente atualmente.

É claro, os estudos sociais e antropológicos observam com proximidade esses fenômenos de evolução de comportamento, mas não somente isso, como também os efeitos das evoluções na vida de cada indivíduo e isso projetado para o coletivo.

Verdade é que evolução nem sempre significa “andar para frente”, para se utilizar uma expressão corriqueira. É muito mais sobre não estar parado, sobre estar em transformação constante, do que ir para essa ou aquela direção.

Parece até ser presunção dizer que algo, ou alguma forma de pensamento está avançado ou atrasado. Pode-se sim, devido às condições que se observam no momento da aferição, afirmar que aquela visão, pensamento, concepção se tornou obsoleta por não encontrar mais razão de ser.

Inclusive, no direito, há o jargão jurídico do “perdeu o objeto”. Perde o objeto aquela ação que teve sua causa de fundo, seu pedido principal já resolvido de algum modo. Ela deixa de ter chão para existir. Perde a razão de ser.

Em qualquer que seja o fenômeno dentro da sociedade que se observar, se verificará que tal como descrito acima ocorre diuturnamente. E por que?

A sociedade é formada pelos indivíduos. Essa máxima é sabida e inquestionável. Cada indivíduo é uma célula da sociedade. Então, há que se considerar o indivíduo como um ente com todas as suas peculiaridades, vontades, ações e reações, mas também o mesmo se pode fazer com a sociedade. A sociedade

considerada nela mesma, com suas ações, reações, e por que não dizer pensamentos.

O que não é possível é separar um do outro. Os indivíduos são seres celulares formadores do ente coletivo que se chama sociedade, no entanto, embora seja sabido que este resulte na sociedade e que a influencia, também há outro fator a ponderar, a saber, a sociedade também exerce influência sobre o indivíduo.

O pensamento e ação de um indivíduo que se somando ao dos outros indivíduos faz formar o pensamento coletivo, ou social. Porém, o pensamento social passa a sofrer influência e cada indivíduo também vai acrescentando novos fatores às suas concepções, gerando transformação evolutiva no pensamento coletivo. Constata-se então que é infinito o processo de transformação que um gera no outro.

Por isso, não há como separá-los, uma vez que, um é causa e consequência do outro e se revezam nesse papel a todo momento.

Então, feitas as afirmativas acima vê-se que evolução e transformação se confundem e que não se pode falar em atraso ou avanço, mas sim transformação de algo.

O direito é um fenômeno social que sofre as dinâmicas supramencionadas. Por ser algo oriundo da sociedade e para a própria sociedade vai, a seu passo, se transformando à medida que as pautas vão surgindo. O professor Miguel Reale (1994) apresenta que o fato, o valor e a norma devem ser estudados de forma conjunta, pois um faz surgir o outro.

Assim, como tal, o direito deve ser encarado como um fenômeno social. Nasce da sociedade, de como ela encara os temas, mas não somente, de como ela decide solucionar seus conflitos, baseada, essas resoluções, nos princípios, que por sua vez, tem fundamentos nos valores naturais.

Ao se analisar de um ponto equidistante, é possível cada vez mais o vislumbre da mutação constante que deságua em evolução.

Pensa-se: faria sentido que o direito, aqui entendido como todo arcabouço jurídico social, não evoluísse? De resposta mais do que óbvia, é claro que não. Como, sem a evolução, dar respostas à altura a todos os casos concretos que se apresentam

todos os dias? Seria letra morta, decisões mortas e ações mortas se não fossem acompanhadas de realidade eficaz.

Essa realidade só se justifica quando há simbiose entre o fato, o valor que se tem e, por conseguinte, uma norma que responda aos dois primeiros, mas que seja, além de tudo, fruto dos deles.

É assim que o professor Miguel Reale descreve sua teoria tridimensional do direito, citada anteriormente.

Toda essa introdução tem o condão de demonstrar que não é fato para assombros a evolução e transformação do que quer que seja. Talvez, seja importante dizer que cada indivíduo, indistintamente, está sofrendo transformação no exato momento em que lê o que está lendo. Em qualquer hora e em qualquer lugar. Tal fato é inerente a ser humano e viver em sociedade, a saber, sofrer influência e estar condicionado à transformação.

E por que não chamar todo esse fenômeno de evolução? Já se demonstrou não ser relevante avançar ou retroceder, mas sim, não permanecer-se como está.

4. 2 O papel da Constituição Federal de 1988 na evolução normativa

Já dado o prelúdio sobre o tema e inclusive citado sua parte normativa, citando a Teoria Tridimensional do Direito, de Miguel Reale (1994), instou demonstrar que a evolução normativa é fruto da transformação social.

O desejo de mudança da organização normativo-estatal brasileira se viu demonstrada na constituinte de 1986. Ali o povo brasileiro expressou seus anseios de transformação, de que suas normas, suas regulamentações e toda organização da república tivessem suas digitais.

Tudo foi pacífico, não sem luta, mas sem guerras-civis como ocorre em diversos países. O momento de se auto regulamentar havia chegado. Nessa Carta Política, a chamada Constituição Cidadã, estão os princípios que devem ser observados sem ressalvas quando qualquer ato no Brasil se der.

Já, desde o início da redação da Carta Maior, princípios visando a igualdade de todos os humanos estão postos. Ademais, cada indivíduo deve ser considerado

como humano, e por isso, respeitada sempre e em qualquer que seja a circunstância a dignidade da pessoa humana, senão vejamos (BRASIL, 1988):

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;

No artigo primeiro, o supracitado, a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil. Assim, o que desprezite o tratamento digno que cada pessoa merece não encontra guarida no ordenamento jurídico.

Doutra feita, é possível analisar que essa dignidade é a que faz desaguar no conceito de isonomia que a mesma Constituição traz. A igualdade entre todos, a não discriminação.

Destarte, sobre a discriminação, há que se ponderar que quando negativa é proibida, no entanto, a discriminação positiva deve ser entendida, e quando necessária for, deve ser aplicada.

Então, a igualdade adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro é material, se apresentando como solução para imensa desigualdade de todas as sortes que o país tem. Dela, se vê um fenômeno descrito, como já dito, discriminação positiva.

De acordo com Hélio Silva Jr. (apud Sidney Pessoa Madruga da Silva, 2005 p.49):

A isonomia constitucional [...] também abarca desigualdades, a fim de promover o bem de todos. Vale dizer, o princípio da igualdade não proíbe de modo absoluto as diferenciações de tratamento vedando apenas aquelas diferenciações arbitrárias.

Com esses pressupostos, o Estado, através da administração dos estabelecimentos prisionais, tem como uma de suas premissas promover as “desigualdades”, como diz Madruga da Silva (2005), buscando garantir que as pessoas com diversidade na identidade de gênero fiquem em local seguro, humano e digno para o cumprimento de suas penas.

Há esse sistema que envolve dignidade da pessoa humana e isonomia que se ateiam a todo o arcabouço jurídico, de observância *sine qua non*. Mas não se esgota

somente nesse primeiro dispositivo constitucional. As premissas se estendem, e como não bastasse, são positivadas em outros diversos dispositivos da Carta de 1988.

A República Federativa do Brasil tem seus objetivos, portanto, horizonte a ser perseguido por toda atuação estatal, mas não somente, por todas pessoas que sob o Brasil residem e participam como cidadãos. O art. 3º da Constituição apresenta dois incisos muitos interessantes e que dizem respeito a temática desse Trabalho de Graduação, *in verbis* (BRASIL, 1988):

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Explica o ilustre doutrinador Lenio Luiz Streck, em *Comentários à Constituição do Brasil*, acerca do papel que o artigo 3º da Constituição, supramencionado, tem nas dimensões diversas da atuação brasileira (CANOTILHO *et al*, 2018):

[...] o artigo terceiro da constituição de 1988, são a expressão das opções ideológicas essenciais sobre as finalidades sociais e econômicas do Estado, cuja realização é obrigatória para os órgãos e agentes estatais e para a sociedade ou, ao menos, os detentores de poder econômico ou social fora da esfera estatal. Constitui o art. 3º da Constituição de 1988 um verdadeiro programa de ação e de legislação, devendo todas as atividades do Estado brasileiro (inclusive as políticas públicas, medidas legislativas e decisões judiciais) se conformar formal e materialmente ao programa inscrito no texto constitucional.

Com isso, o que se nota é que os objetivos pervadem a atuação estatal, mas também toma outras proporções.

O primeiro inciso que apresenta um dos objetivos da república brasileira é a construção, a saber, processo do dia a dia, do fazer em cada ação, em cada ato, na edição de leis, no cumprimento delas, na interpretação dela com vistas a fazer surgir, desta construção, uma sociedade livre, justa e solidária.

Aqui é importante ater-se ao termo “livre” empregado na redação. Se a liberdade é assegurada, e como vem sendo paulatinamente assegurada, inclusive pelo Legislativo e pelo Judiciário, mesmo no que tange à possibilidade de que as

peças manifestem sua diversidade de gênero da maneira que queiram, há que se levar em consideração também as consequências disso.

E são consequências dentro da esfera estatal, do tratamento do estado (Administração Pública) para com essas pessoas que exercem e que também estão construindo uma sociedade livre.

Essas consequências positivas que devem existir e que esse trabalho se debruça em análise são as atinentes ao respeito aos gêneros, mais precisamente aos transexuais (homens trans e mulheres trans, conceito já trazido), no âmbito dos estabelecimentos prisionais.

Pois, se se pode ser livre como construção de uma sociedade ideal, por antonomásia, o estado deve assegurar essa liberdade em todos os âmbitos de sua administração.

Ainda mais, não somente assegurar, mas também impõe ao estado respeitar e ver essas pessoas da maneira como elas se veem, e, assim agir, considerando seu gênero.

Justa, termo utilizado logo após o termo livre, em análise que não necessita de grande conhecimento ou sabedoria para constatar, é possível ter quando a liberdade é assegurada. Quando a sociedade em sua dimensão que considera os indivíduos é livre, já faz existir a base para a justiça. Afinal, o que é justiça senão dar a cada um o que lhe compete?

Só se sabe o que a cada um compete receber reciprocamente quando cada um é livre para ser como de fato é, em sua integridade.

Não há como considerar uma sociedade justa, igual em condições, sem que seus componentes tenham antes assegurada sua liberdade de ser humano exercendo sua dignidade.

Quando se tem uma sociedade livre (nas suas escolhas, no seu modo de agir, sempre em respeito ao próximo que também tem o mesmo direito de exercer sua liberdade) e justa (aquela que concede a cada parte o que lhe compete pois consegue enxergar cada parte considerada em si mesma), a solidariedade se apresenta como imperativo.

Entrementes, a terceira palavra-atributo utilizada pelo legislador constituinte no inciso primeiro do artigo 3º, supramencionado, é “solidária”. E não por acaso. Para solidariedade, esse trabalho se valerá do conceito trazido pelo Código Civil, constante no artigo 264, que tem a seguinte redação (BRASIL, 2002): “Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda”.

A solidariedade pode ser entendida como mesma sorte. Dois ou mais credores, ou devedores concorrem à mesma obrigação. É óbvio que não interessa para o ramo do direito penal ou processual penal quem é credor ou devedor, mas o conceito, já dito, de mesma sorte pode ser aproveitado.

São indivíduos solidários aqueles que tem obrigações com seus semelhantes. Ambos têm obrigação de assegurar uns para os outros a liberdade e a justiça. Esse ato é solidariedade. Por isso, uma sociedade que assegura para si a liberdade e a justiça é, por esse ato, solidária, tendo em vista considerar seu próximo, semelhante como alguém passivo de receber o mesmo que para si está assegurado.

No entanto, entendendo que para si está assegurado somente porque outros como ela o fazem ela, como um ato de solidariedade. Se a liberdade é garantida e a justiça assegurada, assim o é somente por haver solidariedade entre os indivíduos que compõem aquele conjunto social, a República Federativa do Brasil.

Todavia, a análise não se esgota no inciso primeiro. O inciso quarto do artigo terceiro da Constituição, já supramencionado, interessa também, de igual modo, para essa mostra. São esses dispositivos as colunas fortes das mudanças que as normas carcerárias vêm sofrendo, positivamente, e apontam para o horizonte do onde se quer chegar.

Ainda figuram como objetivos do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, previsto no art. 3º, IV, da CF (BRASIL, 1988).

É interessante que a redação da norma constitucional apresenta quais aspectos não devem ser considerados quando se dever promover o bem de todos.

Com isso, o bem de todos, objetivo fundamental do Brasil, deve ser promovido a todos sem que se distinga do todo com base na origem de cada um, é dizer que não interessa de onde vieram, ou se são pobres ou ricos.

Não interessa também a raça, como são em seu aspecto físico baseado em sua origem, ou em qual grupo de ascendência se encaixam. Não, para se promover o bem de todos isso não importa.

Mas ainda não importa, para se promover o bem, considerar o sexo, já que o que importa mesmo é ser humano. Não se leva em consideração se se nasceu físico-biologicamente homem ou mulher.

Para além disso, o bem de todos deve englobar todos as crianças, jovens, adultos e idoso. Se desconsidera as distinções etárias para se promover o bem de todos. Esse bem deve chegar a cada indivíduo, indistintamente.

A redação ainda fecha de forma a ampliar quaisquer conceitos negativos de preconceito que possam haver. Demonstra, desse modo, que ainda que surjam outras formas de preconceito, levando-se em consideração a criatividade do ser humano em segregar, criar divisões, estas não podem ser levadas em conta de modo a excluir.

Então, a partir da Constituição de 1988 se tem o marco inicial, para esse trabalho, da evolução normativa que terá influência em todas as outras normas internas do país.

A igualdade entre as pessoas passou a ser considerada a cada novo conceitos de grupo que os indivíduos faziam para si.

O sistema carcerário brasileiro, por estar dentro do Brasil e naturalmente sofrer as influências que o país impõe, mas também por lidar diretamente com as pessoas que formam a sociedade brasileira, sofreu alterações de acordo com o tempo.

A diversidade de gênero impôs as normas carcerárias e a lei de execuções penais suas alterações também. Já não era mais possível, com o que estava positivado na norma, responder às realidades humanas que se demonstravam como imperativo.

Mas não somente, não levar em consideração que havia e há diversidade de gênero e que essa se verifica na sociedade brasileira, e, com isso, não tratar

condignamente essas pessoas quando sob custódia do estado no sistema carcerário, era desrespeitar fundamentos basilares que a Constituição da República assegurou.

Não considerar as pessoas no que se relaciona a como elas se autodeterminam sempre culminará em desrespeito à sua dignidade humana. É paradoxal que se consiga fechar os olhos para realidades sócio-individuais gritantes e ao mesmo tempo se consiga respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Esse princípio, que não somente é um direito, como também um fundamento da atuação da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, ou seja, de toda a República Federativa do Brasil, premissa esculpida no artigo 1º, III, da Constituição Federal.

Acerca dessa premissa esculpida já no primeiro artigo da Carta Magna, escreve o reconhecido doutrinador Ingo Wolfgang Sarlet, ainda na obra *Comentários à Constituição do Brasil* (CANOTILHO et al, 2018):

Ao consagrar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático (e social) de Direito (art. 1º, III), a CF de 1988, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do próprio Estado e do exercício do poder estatal, reconheceu categoricamente que Estado existe em função da pessoa humana, e não o contrário. Da mesma forma, não foi por acidente que a dignidade não constou do rol dos direitos e garantias fundamentais, tendo sido consagrada em primeira linha como princípio (e valor) fundamental, que, como tal, deve servir de norte ao intérprete, ao qual incumbe a missão de assegurar-lhe a necessária força normativa. Em termos gerais, a doutrina constitucional parte do pressuposto de que a dignidade da pessoa humana assenta-se em fundamentos ético-filosóficos, sendo ínsita à condição humana, representando um “princípio supremo no trono da hierarquia das normas”. Com efeito, a qualificação normativa da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o art. 1º, III, da Constituição não contém apenas (embora também) uma declaração de conteúdo ético, na medida em que representa uma norma jurídico-positiva dotada, em sua plenitude, de *status* constitucional formal e material. Como tal, afigura-se inequivocamente carregada de eficácia, alcançando, portanto, a condição de valor jurídico fundamental da comunidade. Importa considerar, neste contexto, que a dignidade da pessoa humana desempenha o papel de valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional), razão pela qual, para muitos, se justifica

a caracterização da dignidade como princípio constitucional de maior hierarquia axiológica.

Desta redação doutrinária, com maestria se imprime a consideração de que a dignidade da pessoa humana é “condição de valor jurídico fundamental da comunidade”, segundo as palavras do autor.

Tal que não se desconsidera, pelo contrário, é de bom tom concordar com tal afirmativa, uma vez que, como já dito em diversos momentos anteriormente, a pessoa humana deve ser com estima considerada.

E por ser assim, a dignidade em seu tratamento é inerente à condição de ser humano.

Para além disso, não há uma só pessoa que não queira ser tratada de forma digna. Por isso, de lógica proverbial bíblica trazida no evangelho segundo escreveu Mateus, capítulo 7, no versículo 12: “tudo quanto, pois, quereis que os homens vos façam, assim fazei-os vós também a eles; porque esta é a Lei e os Profetas” (BÍBLIA, 2011).

Simplemente, o legislador constituinte parece, se por acaso ou intencionalmente, considerar essa fala de Jesus no cerne de seu texto constitucional, já no início da Constituição, em que o Estado terá por fundamento a reciprocidade do tratamento digno a cada pessoa humana que debaixo dela estiver submetida, assim criando um ambiente em que todos se tratem dessa forma.

4.2.1 Evolução normativa

Como já demonstrado, a Constituição de 1988 trouxe consigo um arcabouço de concepções que as anteriores não haviam trazido.

Valores foram traduzidos em princípios, princípios esses que por sua vez foram positivados.

Por óbvio e sabido, a constituição vincula todas as outras normas, anteriores e novéis.

Com as normas que regem o sistema carcerário não há nenhuma exceção. A partir de 1988, a sociedade brasileira decidiu que os rumos do Brasil como Estado e

como Sociedade, duas instituições distintas, mas não separadas, tendo em vista uma existir por causa da outra, iriam mudar.

Já demonstrado, os ímpetos de outrora, com caráter menos democrático, não respeitador das garantias individuais e sociais seriam abandonados. Muito por trauma, como se estivesse, dessa maneira, de uma vez por todas, colocando uma pedra às várias exceções que a democracia sofreu desde à proclamação da república.

O modo como os encarcerados seriam tratados também foi englobado por toda essa mudança.

Não cabia mais dentro da constituição o não respeito a autodeterminação dos indivíduos, não cabia sequer as coibições normativas impostas àqueles que já há muito possuíam e gozavam de configurações individuais e familiares em razão de sua diversidade de gênero.

Os transexuais passam a frequentar como pauta os debates. As normas agora levam em conta sua existência.

São as evoluções que a sociedade, por intermédio de sua transformação, impôs à seus representantes de modo a construir um Carta Política que condissesse com as realidades fáticas da vida humana.

O artigo 40, da Lei de Execuções Penais, em total consonâncias com os princípios constitucionais já citados, redige o seguinte (BRASIL, 1984): “Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios”.

Nota-se o emprego do termo “impõe-se”, demonstrando que a norma não traz uma sugestão, tampouco um “quando possível, quando aplicável, quando cabível”.

Definitivamente é uma obrigação/dever que se impõe àqueles que têm autoridade estatal para lidar com os presos, sejam eles condenados (em definitivo) ou provisórios (sem condenação).

Da Lei não se encontram brechas e nem lacunas que permitam tratamento que não diga respeito à integridade física e moral da pessoa submetida.

Os transexuais estão dentro, é claro, desse guarda-chuva merecedor, e porque não dizer, credor desse tratamento que respeite sua integridade física e moral.

No entanto, o caráter geral da norma não traz as peculiaridades necessárias para dar efetividade ao que se escreve. Para tanto, são necessárias outras normas que a complementem para conceder maior aplicabilidade aos casos concretos cotidianos.

Em 2014 foi instituída PNAISP (Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional) que tem o condão de se dirigir aos cuidados da saúde dos encarcerados no Brasil.

Destaca-se o art. 4º, da Portaria Interministerial n. 1 de 2014, *institui a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP) no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS)*, como se verifica (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2014):

Art. 4º Constituem-se diretrizes da PNAISP:

I - promoção da cidadania e inclusão das pessoas privadas de liberdade por meio da articulação com os diversos setores de desenvolvimento social, como educação, trabalho e segurança;

II - atenção integral resolutiva, contínua e de qualidade às necessidades de saúde da população privada de liberdade no sistema prisional, com ênfase em atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - controle e/ou redução dos agravos mais frequentes que acometem a população privada de liberdade no sistema prisional;

IV - **respeito à diversidade** étnico-racial, às limitações e às necessidades físicas e mentais especiais, às condições econômicosociais, às práticas e concepções culturais e religiosas, **ao gênero, à orientação sexual e à identidade de gênero**; e (Grifos nossos)

V - intersetorialidade para a gestão integrada e racional e para a garantia do direito à saúde.

A resolução em comento é objetivada pela proteção à saúde dos que sob custódia estatal estão submetidos ao cárcere.

Sua redação demonstra que a política nacional de saúde instituída respeitará à diversidade de gênero, mas não somente, como também a orientação sexual e à identidade de gênero.

Portanto, os homens e mulheres trans serão respeitados como tal no tratamento de sua saúde quando no cárcere.

De acordo com o art. 6º, da Resolução supracitada, os objetivos da PNAISP são (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2014):

Art. 6º São objetivos específicos da PNAISP:

I - promover o acesso das pessoas privadas de liberdade à Rede de Atenção à Saúde, visando ao cuidado integral;

II - garantir a autonomia dos profissionais de saúde para a realização do cuidado integral das pessoas privadas de liberdade;

III - qualificar e humanizar a atenção à saúde no sistema prisional por meio de ações conjuntas das áreas da saúde e da justiça;

IV - promover as relações intersetoriais com as políticas de direitos humanos, afirmativas e sociais básicas, bem como com as da Justiça Criminal; e

V - fomentar e fortalecer a participação e o controle social.

Nesta ordem, o inciso IV chama as relações que da resolução se descrevem ao acercamento dos direitos humanos, além de no inciso III prever a humanização na atenção à saúde no âmbito do sistema prisional.

Tudo isso já demonstrando os reflexos que a norma constitucional impôs, principalmente no que diz respeito aos direitos humanos.

E é nítido que somente estabelecer diretrizes de saúde no âmbito carcerário é o começo para que os princípios dantes vistos fossem assegurados. Outras normas, de todas as esferas competentes, foram redigidas com vistas a garantir, em palavras diretas, dignidade à pessoa humana dos transexuais.

Outro exemplo do que se mostra é a Resolução Conjunta n. 1, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP) e do Conselho Nacional do Combate à Discriminação (CNCD/LGBT), que, de acordo com seu art. 1º tem como meta: “estabelecer os parâmetros de acolhimento de LGBT em privação de liberdade no Brasil” (RESOLUÇÃO C. Nº01, 2014).

Tal resolução, de início, conceitua quem são os LGBT’s para que tratá-los como público alvo seja mais fácil.

O art. 1º, V e o art. 2º, da Resolução supramencionada traz um conceito, que complementa o já trazido no tópico 1º.1, Transexualidade como conceito, e um direito, senão vejamos:

art. 1º, V - Transexuais: pessoas que são psicologicamente de um sexo e anatomicamente de outro, rejeitando o próprio órgão sexual biológico.

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

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

Assim, como se vê, o primeiro fato é reconhecimento da dimensão subjetiva presente no conceito de transexual para fins dessa resolução. São psicologicamente de um sexo (como se veem internamente e se consideram) e anatomicamente (físico-biológico) de outro.

Ademais, o art. 2º da mesma Resolução assegura a essa população submetida ao cárcere um direito fundamental, qual seja, o nome. Afastam, daí, de antemão, as ânsias de discriminação que se verificam quando alguém fisicamente mais parecida com um gênero corresponde a um nome de gênero oposto.

Isso em razão de seu sexo de nascimento ser distinto do gênero que esta se identifica a posteriori. A transformação, e aqui, por que não dizer evolução normativa, se deu de forma substantiva. Uma atitude normativa que pode parecer pequena, mas que confere dignidade àqueles que dela se beneficiam.

E por que não dizer que beneficia à todos? Sim, a sociedade, como já dito, é composta por indivíduos. Por ser assim, a paz social é um atributo que tem nascedouro na individualidade que quando deságua em um sentir coletivo faz com que o ente social corresponda ao que para os indivíduos já é realidade.

No entanto, é possível afirmar que quanto mais dignamente os indivíduos forem tratados, mais a sociedade será digna, e desse modo o círculo vai se completando.

Entretanto, essas resoluções e portarias citadas não alteraram o modo de direcionamento dos transexuais nas unidades prisionais do país. Elas conferiram melhor tratamento.

Todavia, a indagação de qual seria a natureza da unidade prisional, se masculina ou feminina, em que o homem trans ou mulher trans ficariam sob custódia do Estado ainda permanecia.

Cumprir destacar o fato de que os homens e mulheres trans são destinados a cela distinta dos demais presos, mas ainda assim em unidades condizentes com seu sexo de nascimento, não com o gênero autodeclarado.

Mesmo assim, podendo agora serem chamadas pelo seu nome social, e não pelo de nascença que não mais corresponde com o gênero autodeclarado, e também com direito à visitas íntimas como os demais presos.

Como é perceptível, muito se avançou desde que a nova Carta Política da república foi promulgada.

Importante lembrar também do papel que dos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, que entram com força supralegal no direito interno, e que, após a Emenda Constitucional n. 45 de 2004 fora permitido que tomem até roupagem jurídica de Emenda Constitucional, desde que versem sobre direitos humanos.

Tal avanço faz vincular todo o ordenamento interno de modo a que este respeite aquele, inclusive sofrendo controle de constitucionalidade.

4.2.2 – O Supremo Tribunal Federal e os direitos dos Transexuais nos estabelecimentos prisionais

No dia 19 de março deste ano, 2021, o Ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, proferiu decisão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 527, ajuizada pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT).

A ADPF em questão visa dirimir as decisões conflitante dadas acerca da Resolução Conjunta n. 1, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) e do Conselho Nacional do Combate à Discriminação (CNCD/LGBT), principalmente no que tange ao art. 4º, *in verbis*:

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 (RESOLUÇÃO C. Nº01, 2014).

Da redação nota-se que tanto presos transexuais masculinos, como femininos devem cumprir pena em unidades prisionais femininas.

Contudo, para assentar jurisprudência a ADPF 527 foi proposta e a decisão assegurou que as mulheres transexuais presas possam cumprir a pena em unidade prisional masculina ou feminina, e que sua transferência dependerá de consulta à própria pessoa trans.

Asseverou ainda, conforme relata o sítio em rede mundial de computadores Conjur, que devem ser mantidas em área reservada caso as detentas escolham permanecer em unidade prisional masculina, isso com vistas a resguardar sua segurança (CONSULTOR JURÍDICO, 2021).

A partir dessa recente decisão proferida pela Suprema Corte dois direitos são reconhecidos às pessoas transexuais presas. Primeiro, que elas possam gozar de área reservada para preservação de sua segurança; segundo, que as mulheres trans possam optar por qual unidade prisional, masculina ou feminina, querem cumprir sua pena.

Insta o destaque ainda de que os homens trans, ou seja, nasceram mulher mas se autodeclararam homem, deverão cumprir pena em unidade prisional feminina. Por razões óbvias, a da segurança.

4.2.3 Algumas normas estaduais que versam sobre o tema

Cumprir destacar que no ano de 2007 as Nações Unidas adotaram, com fim de nortear a legislação internacional sobre o prisma da sexualidade, os Princípio de Yogyakarta.

Os princípios elencados nesse postulado têm o condão de analisar e fazer assegurar os direitos humanos com ênfase na diversidade sexual entre os humanos.

Disto, além da Constituição da República com seu foco nos direitos humanos e conseqüente adequação da legislação infraconstitucional com vistas à sua

efetivação, os novos tratados e convenções internacionais foram impactando ainda mais o que internamente se fazia.

Mas não somente, influenciando também o como se pensar acerca de tais temas.

Desta feita, por exemplo, em 2009 o Estado de Minas Gerais saiu na dianteira criando a primeira “ala gay”, assim popularmente conhecida, com o fim de dar mais segurança à população carcerária gay, travesti e transexual.

Levando-se em consideração o tempo da república brasileira, atualmente em seu 132º ano, somente no 120º ano que uma ala para conferir segurança à população LGBT foi criada.

Não se quer aqui olhar o passado com olhos de hoje, pelo contrário, ponderações sociais devem ser feitas. Até o final da década de 80 do século XX o tema era tabu social, e por ser assim, não há lógica nenhuma que as leis reflitam algo que a sociedade não tem para si como valor.

A segunda experiência de alas dessa natureza foi no ano de 2012, no presídio Central de Porto Alegre, no Estado do Rio Grande do Sul.

Em 2014, como já supramencionado o governo federal lançou a resolução conjunta do Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCD/LGBT) e do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), com o escopo de dar uniformização e incentivo à política prisionais que conferissem mais dignidade ao tratamento das pessoas LGBT.

Então, a partir desse ano outros Estados foram, através de suas secretarias da Administração Penitenciária, fazendo atos normativos atinentes à esse tema.

Para citar uma normativa estadual, no ano em que a resolução conjunta foi editada, São Paulo realizou a Resolução SAP (Secretaria de Administração Penitenciária) 11, de 30 de janeiro de 2014.

Em seus primeiros artigos alguns direitos básicos já são garantidos, tais como o direito a ter orientação sexual e de gênero, bem como utilizar roupas condizentes com seu gênero autodeclarado, além de diretriz para implantação de alas ou celas separados nos estabelecimentos prisionais, senão vejamos (SÃO PAULO, 2014):

Artigo 1º - As pessoas privadas de liberdade ou que integram o rol de visitas das pessoas presas devem ter preservado o direito à sua orientação sexual e a identidade de gênero;

§ 1º - Fica assegurado às travestis e transexuais o uso de peças íntimas, feminina ou masculina, conforme seu gênero;

§ 2º - Às travestis e transexuais femininas é facultada a manutenção do cabelo na altura dos ombros;

§ 3º - A aplicação das medidas acima devem observar os critérios de segurança e disciplina considerando as particularidades de cada estabelecimento prisional;

Artigo 2º – As unidades prisionais podem implantar, após análise de viabilidade, cela ou ala específica para população de travestis e transexuais de modo a garantir sua dignidade, individualidade e adequado alojamento.

Parágrafo único: Para isso 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.

De importância substantiva é a redação do parágrafo único do artigo 2º da resolução supramencionada, que utiliza o pertinente termo “evitando assim segregação social”, portanto, as alas separadas devendo se constituir quando analisados os interesses da população assistida.

Na mesma resolução, o artigo 3º traz um embrião do que fora reconhecido sem a necessidade elementar de cirurgia de mudança de sexo na decisão emanada do Supremo Tribunal Federal no corrente ano de 2021 (ADPF n. 527, já tratada nesta monografia), *in verbis*:

Artigo 3º - As pessoas que passaram por procedimento cirúrgico de transgenitalização poderão ser incluídas em Unidades Prisionais do sexo correspondente;

Parágrafo único: Deverão ser tomadas providências de regularização do prenome social de registro civil, caso não tenham sido realizadas até seu ingresso na SAP (SÃO PAULO, 2014).

Como se nota, nesta resolução há a necessidade do procedimento cirúrgico de transgenitalização, enquanto que 7 anos depois o STF reconheceria a não necessidade da cirurgia para que transexuais sejam submetidos a estabelecimento prisional condizente ao gênero (autodeclarado) correspondente, e não mais ao “sexo correspondente”.

Outro exemplo normativo é a Resolução SEAP (Secretaria de Estado de Administração Penitenciária) 558, de 29 de maio de 2015, do Estado do Rio de Janeiro, seguindo o mesmo trilhar da resolução do Estado de São Paulo outrora citada, em seu artigo 1º é taxativa ao afirmar (RIO DE JANEIRO, 2015):

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 [...]

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.

§ 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.

Portanto, qualquer discriminação está taxativamente vedada e ainda que espaços de convivência devem ser criado, mas, importante, que esses espaços não sejam destinados à castigos, e sim, local salutar e digno.

Destarte, a partir de 2015 os Estados foram se adequando ao que preconiza todas os tratados internacionais de direitos humanos dos transexuais e também aos princípios e normas brasileiras sobre o tema.

5 CONCLUSÃO

Portanto, conclui-se que os transexuais e os estabelecimentos prisionais em razão de sua identidade de gênero, ou seja, em qual unidade prisional ficarão presos, se masculina ou se feminina, envolve muito mais do que somente simples resposta.

De priori, envolve o que venha ser transexual, ou mais precisamente, o que seja a diversidade de gênero.

Esses conceitos vão muito além do que aparências físico-externas apresentam, mas, antes, dizem respeito ao interior de cada indivíduo, a como ele se vê, sua autoimagem.

A partir desses pressupostos é que se faz possível arriscar conceitos que enquadrem melhor os paradigmas de gênero.

Em suma, é possível, como se clarificou no decorrer desta monografia, entender o conceito normativo, que fora desenvolvido inclusive com base no que as entidades de representação dos transexuais apresentaram.

Assim, como transexuais tem-se os homens que se identificam-se como mulheres (mulheres trans) e as mulheres que identificam-se como homens (homens trans).

Tal fato consignado independentemente de cirurgia para modificar o sexo de nascimento do indivíduo, corroborando então com a afirmativa máxima de que o que vale é autoimagem e autodeterminação de cada qual.

Conclui-se também, por óbvio que se a sociedade se transformou gerando evolução de pensamento, com inclusão de pautas outrora desconsideradas, o direito não ficou de fora nisso.

Como produto direto da coletividade, o direito deve sempre oferecer respostas e participar da regulamentação social que lhe compita.

Por isso, valores universais postos em princípios se abrangeram de modo a não excluir qualquer que fosse o indivíduo.

A dignidade da pessoa humana passou a ser interpretada e aplicada na inclusão daqueles que, por assim dizer, embora existissem enquanto comportamento desde os primórdios, ainda se encontravam excluídos por suas peculiaridades.

Chega-se então na Constituição Federal, com valor em princípios que são substantivos e, no campo dos direitos individuais, a mais avançada que o país já pôde produzir.

Seu texto positivado e promulgado há mais de trinta anos não cansa de surpreender pela gama de benfazejas garantias que dali constam.

Com a Carta Política Cidadã, o Brasil experimenta com louvor que todos são iguais, mas que a igualdade é o que faz as pessoas pertencentes ao grupo social coletivo, por conseguinte, que valorizar a diversidade que se manifesta peculiar em cada humano é salutar e fundamental.

A partir desses pressupostos as normas foram, ao longo do tempo, se adequando.

Principalmente no que tange ao encarceramento de pessoas, que por si só já é um tema mais delicado, uma vez que, a pena caça o direito à liberdade de ir e vir do indivíduo, que é um direito tão caro.

No entanto, nota-se claramente do ponto de vista normativo e com pontuações na jurisprudência, que os esforços estão para o sentido de que cada vez menos direitos outros que não o atingido pela imposição da pena sejam atingidos.

Destarte, os transexuais em muito vêm sendo violados pela sua identidade de gênero quando são submetidos ao sistema prisional.

Não se faz necessário trazer casos em concreto de situações indignas que sofrem, pois na televisão, no rádio e nos jornais é possível tomar conhecimento todos os dias. Como diz a canção Parque Industrial (*Made in Brazil*), do cantor e compositor tropicalista Tom Zé, “é somente foliar”.

Entretanto, surgem as ideias de como amenizar a situação que impõe. E é claro, como visto nesta monografia, a solução encontrada foi a de que os presos transexuais pudessem escolher o estabelecimento prisional, se masculino ou feminino, a que serão submetidos.

Não somente a possibilidade de cumprir pena em unidade prisional que corresponda à sua identidade de gênero, todavia, independentemente de qual escolham, que lá tenham tratamento de saúde, direito à visitas íntimas, banhos de sol e demais direitos os outros presos tem.

Tudo isso, sem contar a necessidade da devida atenção de segurança que os transexuais devem ter, levando-se em consideração que a sociedade ainda manifesta muito preconceito através de violência, e, entre a população encarcerada não é diferente.

Portanto, conclui-se que o país não chegou onde queria estar em matéria de assegurar que cada indivíduos possa gozar de suas liberdades e serem dignamente tratados independente de sua condição de gênero.

Por outro lado, felizmente, o país não mais está onde se encontrava há meio século. Muito mudou, transformou e evoluiu. Essa é a glória de se estar vivo e de viver, a saber, transformar-se.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, J. J. G *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 153.

CANOTILHO, J. J. G *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 126.

CNJ. **Resolução Nº348 de 13 de outubro de 2020**. Estabelece diretrizes e procedimentos a serem observados pelo Poder Judiciário, no âmbito criminal, com relação ao tratamento da população lésbica, gay, bissexual, transexual, travesti ou intersexo que seja custodiada, acusada, ré, condenada, privada de liberdade, em cumprimento de alternativas penais ou monitorada eletronicamente. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3519>. Acesso em: 30 mar. 2021.

CONSULTOR JURÍDICO (2021). **Barroso permite que trans e travestis escolham onde cumprir pena**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-19/barroso-permite-trans-travestis-escolham-onde-cumprir-pena>. Acesso em: 03 mai. 2021.

BÍBLIA. **Bíblia Sagrada**: Traduzida em português por João Ferreira de Almeida e Revista e Atualizada no Brasil. 2. ed. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 2011. p. 1254.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 7.210 de 11 de Julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1984. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11702974/artigo-3-da-lei-n-7210-de-11-de-julho-de-1984#:~:text=3%C2%BA%20Ao%20condenado%20e%20ao,%2C%20social%2C%20religiosa%20ou%20pol%C3%ADtica>. Acesso em: 20 abr. 2021.

G1; 2018; **OMS retira a transexualidade da lista de doenças mentais**. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/noticia/oms-retira-a-transexualidade-da-lista-de-doencas-mentais.ghtml>. Acesso em: 12 mar. 2021.

GLBT; 2008; **Anais da Conferência Nacional de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais – GLBT**. Disponível em: <https://direito.mppr.mp.br/arquivos/File/IConferenciaNacionaldeGaysLesbicasBissexuaisTravestiseTransexuaisGLBT.pdf>. Acesso em: 13 de mar. 2021.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria interministerial Nº 1, de 2 de janeiro de 2014**. Institui a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP) no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Disponível em:

http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2014/pri0001_02_01_2014.html.
Acesso em: 20 abr. 2021.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**: situação atual. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 54.

RESOLUÇÃO C. Nº01, 2014. **Resolução Conjunta Nº 1, de 15 de abril de 2014 da Presidência da República e Conselho Nacional de Combate à Discriminação.**

Estabelecer os parâmetros de acolhimento de LGBT em privação de liberdade no Brasil. Disponível em:

http://www.lex.com.br/legis_25437433_RESOLUCAO_CONJUNTA_N_1_DE_15_DE_ABRIL_DE_2014.aspx#:~:text=%C3%B3rg%C3%A3o%20sexual%20biol%C3%B3gico.-

,Art.,acordo%20com%20o%20seu%20g%C3%AAnero.&text=Par%C3%A1grafo%20%C3%BAnico%20%2D%20%C3%80s%20mulheres%20transexuais,mulheres%20em%20priva%C3%A7%C3%A3o%20de%20liberdade. Acesso em: 19 mar. 2021.

RESOLUÇÃO C. Nº01, 2014. **Resolução Conjunta Nº 1, de 15 de abril de 2014 da Presidência da República e Conselho Nacional de Combate à Discriminação.**

Estabelecer os parâmetros de acolhimento de LGBT em privação de liberdade no Brasil. Disponível em:

http://www.lex.com.br/legis_25437433_RESOLUCAO_CONJUNTA_N_1_DE_15_DE_ABRIL_DE_2014.aspx#:~:text=%C3%B3rg%C3%A3o%20sexual%20biol%C3%B3gico.-

,Art.,acordo%20com%20o%20seu%20g%C3%AAnero.&text=Par%C3%A1grafo%20%C3%BAnico%20%2D%20%C3%80s%20mulheres%20transexuais,mulheres%20em%20priva%C3%A7%C3%A3o%20de%20liberdade. Acesso em: 25 abr. 2021.

RESOLUÇÃO C. Nº01, 2014. **Resolução Conjunta Nº 1, de 15 de abril de 2014 da Presidência da República e Conselho Nacional de Combate à Discriminação.**

Estabelecer os parâmetros de acolhimento de LGBT em privação de liberdade no Brasil. Disponível em:

http://www.lex.com.br/legis_25437433_RESOLUCAO_CONJUNTA_N_1_DE_15_DE_ABRIL_DE_2014.aspx#:~:text=%C3%B3rg%C3%A3o%20sexual%20biol%C3%B3gico.-

,Art.,acordo%20com%20o%20seu%20g%C3%AAnero.&text=Par%C3%A1grafo%20%C3%BAnico%20%2D%20%C3%80s%20mulheres%20transexuais,mulheres%20em%20priva%C3%A7%C3%A3o%20de%20liberdade. Acesso em: 03 mai. 2021.

RIO DE JANEIRO (2015). **Resolução SEAP nº 558 - 29/05/2015**. Estabelece diretrizes e normativas para o tratamento da população LGBT no Sistema Penitenciário do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em:

http://www.silep.planejamento.rj.gov.br/resolucao_seap_n_558_-_2905201.htm.
Acesso em: 10 mai. 2021.

SAADEH, Alexandre; (2004). **Transtorno de identidade sexual: um estudo psicopatológico de transexualismo masculino e feminino** (PDF). Disponível em:<https://teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5142/tde-09082005-115642/publico/Tesealexandre.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2021.

SILVA, Sidney Pessoa Madruga da. **Discriminação positiva: ações afirmativas na realidade brasileira**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

SÃO PAULO (2014). **Resolução SAP - 11, de 30-1-2014**. Dispõe sobre a atenção às travestis e transexuais no âmbito do sistema penitenciário. Disponível em: <https://justica.sp.gov.br/wp-content/uploads/2019/10/Resolucao-SAP-11-de-30-de-marco-de-2014.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2021.

SÃO PAULO (2014). **Resolução SAP - 11, de 30-1-2014**. Dispõe sobre a atenção às travestis e transexuais no âmbito do sistema penitenciário. Disponível em: <https://justica.sp.gov.br/wp-content/uploads/2019/10/Resolucao-SAP-11-de-30-de-marco-de-2014.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2021.