



**FACULDADES INTEGRADAS DE PONTA PORÃ
FIP/MAGSUL**

CARLA LOISE LOBATO GIMENES

**MULHERES TRANSEXUAIS E TRANSGENEROS: A INDIFERENÇA DO SISTEMA
CARCERARIO**

PONTA PORÃ

2020

CARLA LOISE LOBATO GIMENES

**MULHERES TRANSEXUAIS E TRANSGENEROS: A INDIFERENÇA DO SISTEMA
CARCERARIO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Ponta Porã como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Esp. Renata Freitas de Souza

PONTA PORÃ

2020

CARLA LOISE LOBATO GIMENES

**MULHERES TRANSEXUAIS E TRANSGENEROS: A INDIFERENÇA DO SISTEMA
CARCERARIO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Banca Examinadora do
Curso de Direito das Faculdades
Integradas de Ponta Porã como requisito
à obtenção do título de Bacharel em
Direito.

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Prof.^a Esp. Renata Freitas de
Souza
Faculdades Integradas de Ponta Porã

Prof. Examinador
Faculdades Integradas de Ponta Porã

Prof. Examinador
Faculdades Integradas de Ponta Porã

AGRADECIMENTOS

A Deus por me proporcionar perseverança durante toda a minha vida.

A minha família pelo apoio e incentivo que serviram de alicerce para as minhas realizações.

Aos meus amigos de curso, com quem convivi intensamente durante os últimos anos, pelo companheirismo e pela troca de experiências que me permitiram crescer não só como pessoa, mas também como formando.

A todos que participaram, direta ou indiretamente do desenvolvimento deste trabalho de pesquisa, enriquecendo o meu processo de aprendizado.

Também quero agradecer à Faculdades Integradas de Ponta Porã – FIP/MAGSUL e o seu corpo docente que demonstrou estar comprometido com a qualidade e excelência do ensino.

"Segundo a lei de causa e efeito, que sempre nos devolve o que fazemos ao próximo, não tenhamos dúvida de que o preconceituoso de hoje provavelmente estará amanhã, em uma futura experiência reencarnatória, vivenciando a condição daqueles que discriminou".

Richard Simonetti.

GIMENES, Carla Loise Lobato. **Mulheres transexuais e transgeneros: a indiferença do sistema carcerário**. 57 folhas. Trabalho de Conclusão do Curso de Direito – Faculdades Integradas de Ponta Porã, Ponta Porã/MS, 2020.

RESUMO

A presente pesquisa tem por objetivo averiguar os direitos assegurados aos presos no ordenamento jurídico brasileiro, demonstrando assim em especial as inúmeras violações dos direitos das mulheres transexuais e transgêneros no sistema carcerário no Brasil. Assim, propõe examinar questões não apenas relacionadas as normas nacionais e internacionais que garantem proteção aos indivíduos que cumprem pena no regime de privação de liberdade, mas indagações quanto a identidade de gênero, o histórico do transexualismo e principalmente pretende-se conceituar os transgêneros e os transexuais. Para tanto, a metodologia utilizada foi o método dedutivo. Por meio deste trabalho foi possível verificar a importância de uma reforma no sistema penitenciário brasileiro, não apenas para essa população que em sua essência faz parte de um grupo vulnerável, mas para todos os presos, afinal as violações são evidentes.

Palavras-chave: Gênero. Vulnerabilidade. Presos.

GIMENES, Carla Loise Lobato. **Transsexual and transgender women: an indifference of the prison system.** 57 pages. Undergraduate thesis of the Law Course – Faculdades Integradas de Ponta Porã, Ponta Porã/MS, 2020 (em inglês).

ABSTRACT

This research aims to investigate the rights guaranteed to prisoners in the Brazilian legal system, thus demonstrating in particular the numerous violations of the rights of transgender and transgender women in the prison system in Brazil. Thus, it proposes to examine issues not only related to national and international norms that guarantee protection to individuals serving time in the deprivation of liberty regime, but inquiries regarding gender identity, the history of transsexualism and mainly it is intended to conceptualize transgenders and transsexuals. For that, the methodology used was the deductive method. Through this work it was possible to verify the importance of a reform in the Brazilian penitentiary system, not only for this population that in essence is part of a vulnerable group, but for all prisoners, after all the violations are evident.

Keywords: Gender. Vulnerability. Arrested.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 IDENTIDADE DE GÊNERO.....	10
1.1. DO SEXO.....	12
1.2 ORIENTAÇÃO SEXUAL	14
1.3 TRANSEXUAIS E TRANSGÊNEROS.....	16
1.3.1 Transexualismo: breve histórico	16
1.3.2 Os transgêneros e os transexuais: alguns apontamentos iniciais	18
1.4 A ESTIGMATIZAÇÃO E EXCLUSÃO DOS TRANSEXUAIS	20
1.5 CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO SEXUAL.....	21
2 DOS DIREITOS DOS PRESOS	24
2.1 NORMAS CONSTITUCIONAIS E DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	24
2.2 PROTEÇÃO DOS DIREITOS DOS PRESOS PELO <i>PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA</i>	27
2.3 A LEI DE EXECUÇÕES PENAIS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS ASSEGURADO AOS PRESOS.....	32
2.4 OS DIREITOS RECONHECIDOS AOS PRESES BRASILEIROS	34
3 TRANSEXUAIS E TRANSGÊNEROS NO SISTEMA PRISIONAL.....	39
3.1 O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO	39
3.1.1 Função da pena e surgimento das penitenciárias no Brasil.....	40
3.2 REALIDADE DO SISTEMA PRISIONAL PARA TRANSEXUAIS E TRANSGÊNEROS	44
3.3 SISTEMA PRISIONAL E A LEGISLAÇÃO PARA TRANSEXUAIS E TRANSGÊNEROS	46
3.3.1 A vulnerabilidade do transgênero	48
CONSIDERAÇÕES FINAIS	51
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	52

INTRODUÇÃO

É evidente que há uma constante evolução no que diz respeito aos gêneros sexuais. Assim, como é notório que essa diversidade sexual gera novos tipos de conflitos na sociedade. Dessa forma, a relevância do tema se justifica pela necessidade dos operadores de direito se atualizarem nas questões do mundo hodierno, onde a sexualidade deve ser incluída, inclusive, no sistema carcerário.

Ademais, é importante mencionar que são inúmeras as práticas denunciadas por transexuais e transgênicos, que vão desde a violência doméstica e familiar, à violência institucional no trabalho e em escolas, até os desrespeitos ocorridos no sistema de Segurança Pública. À luz disso, o tema abarca todo este conteúdo trazendo repúdio ao método, ainda, usado no Brasil que individualiza e segrega os indivíduos com imposições de gênero heteronormativas, negando-lhes sua identidade e sua dignidade.

Nesse sentido, o objetivo deste trabalho é analisar a real situação do sistema carcerário para transexuais e transgêneros. Verificando assim se essa população tem seus direitos resguardados, em especial, se não são feridos os direitos da personalidade e o princípio da dignidade humana.

Por fim, é nítido que os princípios que resguardam a dignidade da pessoa humana obriga a uma classificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo constitucional e não qualquer ideia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invoca-lo para construir a “teoria do núcleo da personalidade” individual, ignorando-a quando se trata de direitos econômicos, sociais e culturais (SILVA, 2002, p. 179).

Neste sentido, se verifica então que a dignidade da pessoa humana se mantém ligada junto aos direitos fundamentais já estabelecidos em nosso ordenamento jurídico, ou seja, que cada indivíduo tem seus direitos fundamentais assegurados e o seu direito à dignidade expressos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), na Declaração Universal dos Direitos Humanos e também no Código Civil de 2002.

Em meio ao preconceito existente referente à vida em sociedade dos transgêneros e transexuais, a exclusão destes demonstra evidente necessidade de que haja um reconhecimento jurídico da identidade de gênero a qual escolhida por este indivíduo em garantia ao princípio da dignidade da pessoa humana e seus direitos básicos enquanto cidadão.

Para tanto, adotou-se inicialmente a pesquisa qualitativa, com análise de documentos e coleta de dados. Assim, pode-se introduzir os conceitos de transexuais e transgêneros e as violações de seus direitos em unidades prisionais, apontando para a necessidade de mudança no sistema carcerário brasileiro. Também, classificou-se em pesquisa bibliográfica e documental, devido a averiguação da jurisprudência e doutrina.

Por fim, é necessário mencionar que essa pesquisa foi dividida em três distintos capítulos, sendo assim, o primeiro trata da identidade de gênero, e específica as questões como sexo e orientação sexual, além de demonstrar um breve histórico do transexualismo. O segundo capítulo aborda os direitos dos presos, averiguando as contribuições da legislação pátria e dos institutos internacionais, tais como o *Pacto de San José de Costa Rica*. Por fim, o terceiro capítulo concerne ao sistema prisional no que tange os transexuais e transgêneros, demonstrando a vulnerabilidade desse grupo no cárcere brasileiro.

1 IDENTIDADE DE GÊNERO

Segundo o historiador Thomas Laqueur (2001) o corpo dos indivíduos é fundamental para a determinação de seu sexo e conseqüentemente de seu gênero. Nesse seguimento, a identificação do indivíduo ocorre pelas características biológicas, tais como a presença do pênis, seios, vagina, entre outras. É notório que a sociedade ainda impõe certas restrições e impõe comportamentos baseados nessas distinções.

Jeffrey Weeks (2000, p. 1051) elucida que “embora o corpo biológico seja o local de sexualidade, estabelecendo os limites daquilo que é sexualmente possível, a sexualidade é mais que simplesmente o ‘corpo’”.

A sua argumentação é pautada nos questionamentos de possíveis diferenças físicas entre os corpos humanos, nas expectativas sociais e na manifestação dos desejos dos indivíduos. Dessa maneira, é notório que essas discussões sobre gênero e identidade de gênero emergem a partir das ponderações sobre o corpo e os seus significados que são lhe atribuídos.

Assim, para Joan Scott (1995) gênero é uma concepção que é entendido como um item constitutivo das relações baseadas nas diferenças entre os sexos, assim, como para a historiadora é uma forma primária de dar acepção as relações de poder. Portanto, trata-se do comportamento atribuído aos homens e as mulheres nas sociedades, sendo o masculino e o feminino necessariamente correspondente ao sexo masculino e feminino.

No entanto, é notório que a grande diferença existente entre homens e mulheres é a construída socialmente, desde o nascimento do indivíduo, quando as crianças, meninos e meninas são ensinados a agir conforme como são identificadas, a ter um papel de gênero considerado adequado. Essas influências sociais, por vezes não são totalmente visíveis, e assim parece que as diferenças entre homens e mulheres são naturais, totalmente biológicas, quando boa parte delas é influenciada pelo convívio social.

A filósofa Judith Butler (2003, p. 59) defende que gênero significa “a estilização repetida do corpo, um conjunto de atos repetidos no interior de uma estrutura reguladora altamente rígida”. Ademais, o conceito de masculino e feminino são, portanto, reproduções de práticas que poderia definir ambos os gêneros.

Nesse seguimento, a autora cria o conceito de “gêneros inteligíveis”. Veja-se:

O conceito de “gêneros inteligíveis”, eis que significação dada aos corpos e aos comportamentos é construída a partir do relacionamento social. Nesse

aspecto somente é compreendido dentro os padrões sociais àqueles gêneros que apresentam coerência com as normas existentes, em relação a sexo, gênero, prática sexual e desejo. (BUTLER, 2015, p. 59)

Dessa maneira, gênero se refere à identificação adotada por uma pessoa conforme suas genitais, psicologia ou até mesmo seu papel na sociedade, sendo utilizado os termos homem ou mulher.

É necessário mencionar que para a ciência biológica, o que determina o sexo de um indivíduo é o tamanho das suas células reprodutivas, isto é, pequenas (espermatozoides), logo, macho, já as grandes (óvulos), logo, fêmea. Sendo assim, biologicamente, isso não define o comportamento masculino ou feminino dos indivíduos, o que faz isso é a sua cultura, a qual define alguém como masculino ou feminino, e inclusive isso muda de acordo com a cultura dos indivíduos.

Pode-se exemplificar isso ao mencionarmos que mulheres de países nórdicos têm características que, para cultura brasileira, são tidas como masculinas. Da mesma maneira que ser masculino no Brasil é diferente do que é no Japão ou até mesmo na Argentina. Como também há culturas para as quais não é o órgão genital que define o sexo. Ser homem ou mulher, é apenas uma questão de gênero. Desse modo, o conceito básico para entendermos homens e mulheres é o de gênero.

Dessa maneira, segundo Linamar Teixeira Amorim (2015) gênero serve para determinar tudo que é cultural, social e historicamente definido e não é sinônimo de sexo biológico. É mutável, já que pode estar em constante processo de resignificação, por conta das interações concretas entre os indivíduos.

Considerando que as sociedades ocidentais possuem forte característica heteronormativa, em que o padrão estabelecido é o heterossexual, torna-se inteligível o gênero masculino e o feminino quando são orientados à manifestação do desejo sexual pelo sexo oposto. Assim, todos aqueles que não se “encaixam” nessa fórmula passam a ser incoerentes, o que cria um ambiente propício ao não reconhecimento como pessoa no sentido da identidade de gênero. Cabe ainda pontuar que muitos dos estudos revelam a dicotomia de significação dada ao sexo e ao gênero a partir da matriz da heteronormatividade, entendida esta como “um conjunto de prescrições que fundamenta processos sociais de regulação e controle. (ALEIXO, 2014, p. 04)

Portanto, a identidade de gênero nada mais é do que a maneira como alguém se sente e se apresenta para si e para a sociedade, podendo ser como masculino ou feminino, podendo também ser uma combinação de ambos, que independe do sexo biológico ou da sua orientação sexual. Em outras palavras, é a forma como se reconhece a si mesmo e deseja que os outros o reconheça, que inclui aspectos relacionados a forma de agir, a maneira de se vestir, andar e até mesmo falar.

À vista disso, pessoas cuja identidade de gênero é diferente do padrão social aceitável, isto, é, aquele que se baseia na genitália, são normalmente identificadas como transgêneros.

Salienta-se que a discussão sobre como a morfologia física contribui diretamente para uma aceção das funções sociais. Já que pelo nascimento, já se é determinado quais as condutas são esperadas de cada pessoa, como devem se vestir, falar e se relacionar com a sociedade de um modo geral.

Ademias, partindo do pressuposto que é possível ter um conceito de homem ou mulher “distinguidos de suas formas biológicas, analisando-se o papel social que cada um exercer e se percebe junto à sociedade, resta ponderar como o atual ordenamento jurídico lida com a complexa seara das questões de gênero”.

1.1. DO SEXO

Para compreender o sexo, é necessário adentrar no âmbito da biologia. Dito isso, é importante esclarecer que os integrantes “de grande parte das espécies de seres vivos do domínio Eucariota, ou seja, os organismos vivos unicelulares ou pluricelulares constituídos por células dotadas de núcleo, estão divididos em duas ou mais categorias chamadas de sexos” (SENKEVICS, 2012, p. 16).

À vista disso, o sexo feminino é definido como aquele que é capaz de produzir o gameta feminino, que é uma célula reprodutiva imóvel. Já o sexo masculino é definido por produzir o gameta masculino, que é uma célula reprodutiva menor. Desse modo, quando um indivíduo possui simultaneamente órgãos masculino e feminino, é definido como hermafrodita. Assim, como são definidos de quando sexo é indiferenciado os indivíduos de uma espécie não possuem características sexuais definidas claramente.

Os estudos sobre a reprodução e o sexo são imprescindíveis, ainda mais considerando que muitas das espécies de seres vivos são necessitam da reprodução sexuada para a sua perpetuação. No entanto, a busca de qualidades que possam diferenciar os sexos, em especial na espécie humana, são naturalizados por um discurso que coloca sobre a biologia toda a responsabilidade pelas diferenças entre homens e mulheres, masculino e feminino, preceituando assim uma visão do corpo fundamentalmente pautada pelas suas explicações biológicas, sem que os aspectos sociais, culturais e políticos sejam considerados. Ficando evidente a necessidade de tecer um diálogo interdisciplinar entre o biológico e o social, visando uma compreensão ampliada do assunto.

Adriano Souza Senkevics (2012, p. 65) aduz:

Desde as últimas décadas, as ciências humanas têm travado intensas disputas com as ciências biológicas pelo fim das chamadas afirmações determinísticas ou “biologicismos”. Se havia, por um lado, um interesse acadêmico na formulação de interpretações que não levassem em conta apenas aspectos biológicos, tidos como naturais e imutáveis, havia também uma crescente articulação das ciências sociais com movimentos sociais – entre eles o movimento feminista e o das “minorias sexuais” e de gênero – que gradativamente reivindicavam posturas científicas a serviço de uma sociedade mais justa e igualitária.

Salienta-se que por mais a ciência estude sobre o assunto, essas concepções científicas, principalmente a respeito do corpo e do sexo, nunca estiveram eximes de juízos de valor. As ciências médicas, por exemplo, no século XIX, representavam o corpo feminino como incompleto, doente e instável (SANKEVICS, 2012).

Além disso, na década de 1970, os cientistas sociais passaram a utilizar o termo "sexo" para se referir à divisão biológica, macho e fêmea, e a palavra "gênero" para se referir ao papel social atribuído a uma pessoa baseado em seu sexo morfológico. Portanto, gênero analisa os atributos culturais associados a cada um dos sexos e seus relacionamentos interpessoais, transcende uma análise restrita da dimensão biológica dos seres. No entanto, essa visão está longe de ser imutável.

Em suma, ressalta-se que a constituição física dos indivíduos não determina a naturezas femininas ou masculinas. Visto que, certas acepções são aprendidas socialmente, modificando a forma de compreensão do mundo.

A partir disso constrói-se todo um sistema simbólico sobre mulheres e homens que repercute em praticamente todos os aspectos das sociedades ocidentais, como por exemplo a divisão sexual do trabalho, o acesso à educação, a violência sexual, etc. Uma decorrência dessa visão é que o gênero fica aberto à mudança histórica. Por mais que habitemos em uma sociedade que separa, de forma extremamente binária, um sexo masculino e um feminino, não podemos generalizar que todas as culturas, ao longo da história, adotaram tal perspectiva. (SENKEVICS, 2012, p. 21)

Além disso, a visibilidade dos grupos homossexuais, transexuais e bissexuais tem salientado que, longe de lógicas, as identidades de gênero e sexualidades são extremamente variadas. Ademais, reforçam que a presença do cromossomo "Y" é insuficiente para se determinar o lugar social dos indivíduos. Da mesma maneira, que não designa a personalidade, comportamento e aptidões. Cada vez mais, esses casos reforçam a complexidade das relações de gênero, assim como a inexistência de uma correlação fixa e linear entre o que tratamos como gênero, sexo, e orientação sexual.

Fernandes (2009) enfatiza que, em nossa espécie, em permanente diálogo, coabitam um corpo social e um corpo biológico.

A fim de construir um masculino e um feminino, homens e mulheres “constroem” também os seus corpos, seja por meio de gestos, trejeitos, roupas e comportamentos, seja por processos mais complexos como os estilos de vida almejados, as perspectivas de atuação profissional e as expectativas de relacionamento afetivo-sexual. Para todos esses fatores, é possível vislumbrar significados sociais e corporais, que se constituem em amplo diálogo e interface. (SENKEVICS, 2012, p. 21)

Por isto, a concepção do sexo, mesmo que biológico, está longe de ser um fator absoluto, isto é, dotado exclusivamente de aspectos físicos, embora a ciência apresente-se à sociedade como a elevação da confiabilidade, está longe de ser completa por si mesma. Pondera-se assim que o próprio conhecimento científico está dotado de verdades e proposições oriundas das percepções subjetivas dos próprios cientistas, estes por sua vez reproduzem "cientificamente" construções sociais.

1.2 ORIENTAÇÃO SEXUAL

É evidente que a sexualidade tem importância grande no desenvolvimento social e psíquico das pessoas. Ainda mais, que é manifestada muito além das funcionalidades reprodutivas, pois, na maior parte dos casos, tem uma intrínseca busca pelo sentimento e pelo prazer.

Luiz Mott (2015) elucida que o estudo científico do sexo surgiu, em meados da segunda metade do século XIX, na Civilização Ocidental na era Vitoriana, em contradição com o contexto social vivenciado na época, já que era uma coletividade repressora às práticas sexuais, respaldada por um embaraçoso silêncio a respeito da sexualidade humana.

Além disso, o estudo da sexualidade é intimamente ligado a valores, reunindo contribuições de diversas áreas, como Sociologia, Antropologia, História, Economia, Biologia, Psicologia, Medicina, entre outras. Tratando-se de um tema relevante para o campo jurídico, afinal a sua compreensão permite aos operadores de direito uma maior captação das demandas sociais, bem como o entendimento dos novos sujeitos de direito.

Ademais, a sexualidade humana tem diferentes formas, à medida que vai acontecendo as etapas de desenvolvimento pessoal do indivíduo. Representa, assim um conjunto de comportamentos que concernem à satisfação das necessidades e do desejos sexuais, sendo entendida como algo inerente, que se manifesta desde o momento do nascimento dos homens, até a sua morte.

A sexualidade construída ao longo da vida, encontra-se necessariamente marcada pela história, cultura, ciência, assim como pelos afetos e sentimentos,

expressando-se então com singularidade em cada sujeito. Se, por um lado, sexo é expressão biológica que define um conjunto de características anatômicas e funcionais (genitais e extragenitais), a sexualidade é, de forma bem mais ampla, expressão cultural. Cada sociedade cria conjuntos de regras que constituem parâmetros fundamentais para o comportamento sexual de cada indivíduo. (SIMÕES, 2014, p. 75)

À vista disso, o campo de estudo sobre a "homossexualidade" sofreu duas grandes rupturas, que merecem destaque, já que culminaram no surgimento de novos sujeitos e objetos de estudo. Assim, denomina-se esses dois divisores como "a emergência gay-lésbica" e "a emergência trans" (SIMÕES, 2014).

Nesse aspecto, o contexto do primeiro divisor é o da formação de estudos que visem averiguar a homossexualidade masculina, ao passo que o segundo corresponderia à produção de um campo de "direitos LGBT".

Nessa perspectiva Simões (2014, p. 77) elucida que no Brasil, sobretudo a partir dos anos 80, "os homens homossexuais romperam com as expectativas de feminilidade que lhes eram impostas, asseverando que não era porque se sentiam sexualmente atraídos por pessoas do mesmo gênero/sexo que se identificavam com o sexo/gênero oposto". Por outro lado, aos olhos da sociedade, o mesmo processo ocorria com as lésbicas.

Nesse âmbito havia a disjunção entre as expressões de gênero e a sexualidade, levando grande parte dos homens homossexuais a negarem as semelhanças com os travestis e os transexuais. Iniciava-se assim um regime denominado pelo antropólogo como "*gaycidade*", consistia, portanto, no surgimento de uma organização política de homossexuais, lésbicas e gays, simultânea a construção de um coletivo marcado pelo combate à discriminação e o preconceito, assim como um aumento da visibilidade social e o fortalecimento de um mercado de consumo visado para esse público.

O segundo divisor, para Simões (2014) se dá a partir da crescente organização política de transexuais e travestis, historicamente contextualizada na passagem do milênio.

Como havia acontecido anteriormente no caso dos gays e das lésbicas, tais sujeitos passaram a articular um discurso público alternativo, já que entendiam que a comunidade LGBT não os representava. Nesse contexto, "a emergência trans fazia a afirmação de que não é pelo fato de se identificarem com o gênero ou sexo oposto que se sentiam invariavelmente atraídos ou atraídas por pessoas do mesmo sexo/gênero" (SIMÕES, 2014, p. 72). Nesse contexto, é nítido que o crescimento de uma percepção de identidade de gênero é dissociado da orientação sexual dos indivíduos.

De acordo com Jaqueline Jesus (2015), é importante ressaltar que orientação sexual e gênero podem se comunicar, no entanto um aspecto não necessariamente depende do outro. Pessoas transgêneros são como as cisgêneros, podendo ter qualquer orientação sexual, ou seja, nem todo homem e mulher é 'naturalmente' cisgênero e/ou heterossexual. Nesse viés, cisgênero é a pessoa que se reconhece como ao gênero que foi compulsoriamente designada quando nasceu.

De forma sintética, pode-se afirmar que a orientação sexual de uma pessoa indica por quais gêneros ela se sente atraída, seja fisicamente, romântica ou emocionalmente. Podendo ser classificada como:

Tabela I – Classificação

Assexual	Não se interessa por nenhum tipo de gênero.
Bissexual	Quando há atração pelos gêneros femininos e masculinos.
Heterossexual	Quando há atração pelo gênero oposto
Homossexual	Quando há atração pelo mesmo gênero.
Pansexual	Quando há atração independente do gênero.

Fonte: elaboração própria.

No entanto, ao se tratar do tema orientação sexual, deve ater-se ao seu caráter fluido, contingente e contextual.

1.3 TRANSEXUAIS E TRANSGÊNEROS

1.3.1 Transexualismo: breve histórico

Como visto *alhures*, a transexualidade, inicialmente, se apresenta como um desencontro entre a identidade de gênero e a anatomia do indivíduo, acarretando assim em uma forte identificação com o sexo oposto.

Destarte, as referências à transexualidade mais antigas da história ocidental, segundo Garber (1997), remontam aos mitos de Ceneu e de Tirésias, da Grécia antiga. Ceneu, a mulher amada de Posídon, que a transformou em homem como forma de demonstrar o seu amor, uma vez que entre os gregos a figura masculina recebia uma valoração superior à feminina.

Quanto a Tirésias, ao encontrar duas cobras copulando na floresta, lhes desferiu um golpe de cajado, as separando, e em seguida foi transformado em uma mulher, como uma forma de punição pelo seu ato. Sete anos mais tarde, encontrou-se o mesmo casal de cobras e, ao golpeá-las novamente, voltou a ser homem. Assim, é notório que entre os gregos, não havia a noção de impureza relacionada ao sexo entre iguais, que era considerado o modo natural (GARBER, 1997).

Durante o Império Romano, Pinto (2003), afirmam que houve um imperador que, após assassinar a sua esposa grávida, ordenou a castração e a mudança de sexo de um de seus escravos que, de acordo com seu julgamento, possuía feições semelhantes com as da esposa. Refere-se ainda a outro imperador romano que, assumiu a condição de esposa de um escravo, considerando-se mulher, e ainda ofereceu metade do Império Romano a quem conseguisse modificar seu órgão masculino em uma genitália feminina.

É bem comum esse tipo de situação descrita por diferentes autores, Chiland (2003, p. 25) corrobora:

Situações em que a adoção de características sexuais, compreendidas socialmente como típicas do sexo oposto, foi vivenciada por sociedades orientais e ocidentais. A autora aborda a visão da sociedade indiana sobre os “hijras”, transgêneros que procuram, com a “emasculação artesanal”, o culto a uma deusa mãe. Cita ainda os “berdaches”, ameríndios que ocupam, também com conotação religiosa, um *status* de terceiro sexo dentro da sua sociedade. Retrata também a situação dos “inúteis”, como são chamadas algumas tribos que ocupam a região polar do Canadá, as quais consideram que as crianças, em seu nascimento, podem mudar de sexo de acordo com a opção de suas mães, ou no intuito de que haja a mesma quantidade de homens e mulheres na família.

De qualquer modo, as questões culturais parecem ser determinantes para a incidência e a importância social atribuída aos transexuais. Nesse sentido, Verde & Graziottin (1997), em seus estudos antropológicos, indicam a ocorrência de um *status* atribuído a certos tipos de homens que viviam como mulheres em sociedades primitivas. Já em outras culturas, como por exemplo a hebraica, fica evidente a proibição de confusão entre os gêneros.

Ademais, foi apenas em 1910, que surgiu uma nomenclatura para a transexualidade, idealizada por um médico chamado Magnus Hirschfeld. E ainda no início do século XX que começam a ser realizadas, ainda que clandestinamente, as cirurgias de redesignação sexual (CASTEL, 2001).

Nos anos 50 e 60, o conceito de transexualidade é redefinido e difundido no âmbito da psiquiatria, tendo sido considerado um transtorno mental pertencente à

categoria das “disforias de gênero”, na qual estavam incluídos também o homossexualismo e o travestismo. No entanto, é necessário mencionar que o homossexualismo foi excluído do Código Internacional de Doenças (CID) em 1990 (BORDAS; RAYMUNDO; GOLDIM, 2000).

1.3.2 Os transgêneros e os transexuais: alguns apontamentos iniciais

No século XX, os transtornos de identidade sexual e de gênero eram tratados e estudados do ponto de vista psicanalítico, exclusivamente, sob a ótica de doenças. Dessa maneira, fazia-se uma distinção entre travestismo fetichista (homens com ânsia compulsiva de vestir roupas femininas, no entanto que queriam preservar sua masculinidade), e o transexualismo (homens que odiavam a própria anatomia e queriam mudá-la desesperadamente para a anatomia feminina). Ambas as síndromes foram de qualquer modo colocadas na categoria das perversões (JESUS, 2015).

Essas perversões sexuais, eram denominadas antigamente de parafilias, e eram consideradas atitudes sexuais opostas àquelas permitidas pela sociedade, portanto, o preconceito era evidenciado, já que as pessoas que as praticam tinham atividade sexual atípica, isto é, possuíam uma preferência sexual exclusiva "desviada". Veja-se:

Tanto o travestismo quanto o transexualismo podem estar presentes em pessoas com vida sexual normal, apenas sendo uma variação da maneira de se obter prazer, sem que se caracterize um transtorno. Para se tornar patológica essa preferência deve ser de grande intensidade e exclusiva, isto é, a pessoa não se satisfaz ou não consegue obter prazer com outras maneiras de praticar a atividade sexual. (SILVA, 2015, p. 21)

No entanto, com o avanço das lutas políticas, aumentaram-se consideravelmente os estudos sobre as questões de gênero e sexualidade. Inclusive, atualmente, o termo LGBT designa Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros.

É necessário mencionar, que embora refira à apenas seis, a sigla LGBT, é utilizada para identificar todas as orientações sexuais, as minoritárias e as manifestações de identidades de gênero divergentes do sexo designado no nascimento.

Ademais, aprofundando nas terminações, percebe-se que transgênero, do inglês *transgender*, que se refere à pessoa envolvida em atividades que cruzam as fronteiras aceitas do que diz respeito à conduta de gênero.

Silva (2015, p. 22) aduz que “o termo cobre um amplo espectro de comportamentos, vai da simples curiosidade de experimentar roupas do outro gênero

à firme determinação de realizar mudanças físicas através do uso de hormônios e cirurgias”. Entre os representantes típicos da população de transgêneros estão os transexuais, os travestis, os *crossdressers*, os *drag-queens*, os andróginos e os transformistas.

Ao se falar do transexual, a teoria mais aceita é de que a transexualidade é um distúrbio de gênero que ocorre quando a identidade sexual e de gênero de um indivíduo não correspondem ao seu sexo biológico. Essa dissonância é fonte de angústia, podendo levar os indivíduos transexuais a um alto grau de sofrimento físico e psíquico. A superação do distúrbio exige terapia hormonal e realização de cirurgia de reaparelhamento sexual. Do ponto de vista clínico, segundo a Organização Mundial da Saúde, o transexualismo trata-se de um desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto. Este desejo se acompanha em geral de um sentimento de mal-estar ou de inadaptação ao seu próprio sexo anatômico e do desejo de submeter-se a uma intervenção cirúrgica ou a um tratamento hormonal, a fim de tornar seu corpo tão conforme quanto possível ao sexo desejado. (ARAN, 2009, p. 32)

Além disso, o transexualismo tem classificação na Classificação Internacional de Doenças, pode ser encontrado também na categoria de Transtornos da identidade sexual, e no grupo sobre Transtornos da personalidade e do comportamento do adulto, até mesmo no capítulo cinco de Transtornos mentais e comportamentais. Contudo, essa classificação pode ser alterada, pois há um prelúdio de que o CID 11 venha a retirar o transexualismo de seu rol. No entanto, até a data da presente pesquisa, o transexualismo ainda consta como doença.

Pela nova proposta do manual, os transexuais poderiam ganhar um capítulo próprio que iria reunir outras “condições relativas à sexualidade” e nada tem a ver com as demais doenças. Nessa categoria, poderia entrar outras condições sexuais ainda não definidas pela OMS. Além disso, o sadomasoquismo e o travestismo fetichista, devem ser eliminados da CID-11 (ARAN, 2009).

Uma das grandes bandeiras do movimento transgênero, atualmente, é a exclusão da transexualidade da ordem das patologias. Acompanhados por diversos autores, os críticos suscitam as implicações discriminatórias oriundas do tratamento das variedades do gênero como anormalidade ou doença mental, introduzindo uma discussão pela defesa do direito à identidade de gênero e a conseqüente despatologização das realidades sexo-diversas. O ápice da mobilização contra a psiquiatrização da condição transexual ocorreu no ano de 2009, nos EUA, através da campanha internacional *Stop Trans Pathologization – 2012*. A referida campanha lutou pela retirada do Transtorno de Identidade de Gênero dos manuais de psiquiatria, na defesa da autodeterminação da identidade de gênero. (BENTO, 2012, p. 54)

No entanto, essa notícia gerou inúmeras polêmicas. Já que ao deixarem de serem classificados como doença, esses comportamentos podem sair da cobertura

do Sistema Único de Saúde (SUS). Portanto, o impacto da mudança de diagnóstico deve ser analisado criteriosamente para evitar prejuízos eventuais ao acesso a saúde.

1.4 A ESTIGMATIZAÇÃO E EXCLUSÃO DOS TRANSEXUAIS

Erving Goffman (19981) explicita o mecanismo do estigma, e o que a levaria os indivíduos a taxar e desprezar o diferente, esquecendo da humanidade:

As atitudes que nós, normais, temos com uma pessoa com um estigma, e os atos que empreendemos em relação a ela são bem conhecidos na medida em que são as respostas que a ação social benevolente tenta suavizar e melhorar. Por definição, é claro, acreditamos que alguém com um estigma não seja completamente humano. Com base nisso, fazemos vários tipos de discriminações, através das quais efetivamente, e muitas vezes sem pensar, reduzimos suas chances de vida: Construimos uma teoria do estigma; uma ideologia para explicar a sua inferioridade e dar conta do perigo que ela representa, racionalizando algumas vezes uma animosidade baseada em outras diferenças, tais como as de classe social. Utilizamos termos específicos de estigma como aleijado, bastardo, retardado, em nosso discurso diário como fonte de metáfora e representação, de maneira característica, sem pensar no seu significado original. Tendemos a inferir uma série de imperfeições a partir da imperfeição original e, ao mesmo tempo, a imputar ao interessado alguns atributos desejáveis mas não desejados, freqüentemente de aspecto sobrenatural, tais como "sexto sentido" ou "percepção". (GOFFMAN, 1981, p.6)

Ainda, é evidenciado pelo já mencionado autor, que a pessoa estigmatizada desenvolve um sentimento doloroso e angustiante em relação à sua própria condição, levando, por vezes, que o indivíduo a se deprimir e se isolar.

Como a pessoa estigmatizada responde a tal situação? Em alguns casos lhe seria possível tentar corrigir diretamente o que considera a base objetiva de seu defeito, tal como quando uma pessoa fisicamente deformada se submete a uma cirurgia plástica, uma pessoa cega a um tratamento ocular, um analfabeto corrige sua educação e um homossexual faz psicoterapia. (Onde tal conserto é possível, o que freqüentemente ocorre não é a aquisição de um status completamente normal, mas uma transformação do ego: alguém que tinha um defeito particular se transforma em alguém que tem provas de tê-lo corrigido.) Aqui, deve-se mencionar a predisposição à "vitimização" como um resultado da exposição da pessoa estigmatizada a servidores que vendem meios para corrigir a fala, para clarear a cor da pele, para esticar o corpo, para restaurar a juventude (como no rejuvenescimento através do tratamento com gema de ovo fertilizada), curas pela fé e meios para se obter fluência na conversação. Quer se trate de uma técnica prática ou de fraude, a pesquisa, freqüentemente secreta, dela resultante, revela, de maneira específica, os extremos a que os estigmatizados estão dispostos a chegar e, portanto, a angústia da situação que os leva a tais extremos. (GOFFMAN, 1891, p.11)

Não obstante, diferentemente de outros comportamentos considerados desviados, como a homossexualidade e a bissexualidade, a transexualidade não é facilmente indisfarçável no meio social, afinal o indivíduo transexual não possui qualquer identificação com os costumes e os maneirismos usualmente pertencentes

ao seu sexo genital, sendo torturante a ele forçar-se a portar-se como uma pessoa designada “normal”:

Viver dois gêneros numa só vida era enlouquecedor. Cansava-me de estar sempre pulando de um lado para outro. Uma hora, engrossava a voz, em outra era obrigado a afiná-la; ou me viam como um menino de 16 anos e me barravam em qualquer ambiente impróprio para menores, ou como uma mulher que já passava da idade de casar. Num primeiro contato, nunca sabia como estavam me vendo. Antes de falar, esperava pelo tratamento, se ia ser senhor ou senhora. Só então sintonizava meu modo de agir. Estava farto de condutas tão diametralmente opostas, em que minha imagem era jogada pelos outros conforme as conveniências. (NERY, 2011, p.123)

É neste cenário, que muito embora a maioria dos transexuais se comporte como indivíduos do sexo biológico oposto, carregam consigo o nome e o registros civis que denunciam sua condição estigmatizada, mesmo que ainda hoje seja permitida a retificação do nome, as vezes, a pressão da família e dos amigos faz com que esses indivíduos se privem, muitas vezes, do acesso a situações básicas e elementares do dia a dia, que para eles são motivos de vergonha e discriminação.

São obrigados a conviver com uma identidade sexual e psíquica diversa da identidade sexual jurídica, os transexuais são marginalizados, não tendo respeitado o princípio basilar da Dignidade da Pessoa Humana.

Não se vislumbra sequer o acesso à maioria das vagas de empregos formais é praticamente impossível, em virtude do preconceito. Diante desta realidade, o transexual é compelido a viver na clandestinidade, isto é, na marginalização, subemprego e, em determinadas situações, levado à criminalidade e à prostituição.

1.5 CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO SEXUAL

Tendo em vista que o tema da presente pesquisa trata-se de analisar o sistema prisional brasileiros no que tange aos transexuais e transgêneros, é essencial entender a cirurgia de redesignação sexual. Dessa maneira, a Cirurgia de Redesignação Sexual é o termo utilizado para os procedimentos cirúrgicos, pelos quais a aparência física de um indivíduo e a função de suas características sexuais são mudadas para aquelas do sexo oposto.

Outros termos para CRS incluem: cirurgia de redesignação de gênero, cirurgia de reconstrução sexual, cirurgia de reconstrução genital, cirurgia de confirmação de gênero e mais recentemente cirurgia de afirmação de sexo. Os termos comumente usados: "mudança de sexo" ou "operação sexual", são considerados imprecisos, pois não fazem jus a complexa percepção social dos transgêneros. Os termos genitoplastia de feminilização e genitoplastia de masculinização são mais usados pela área médica em alguns países. (SILVA, 2015, p. 25)

Ademais, no Brasil, a primeira cirurgia de mudança de sexo foi realizada em 1971, pelo cirurgião Roberto Farina. Inclusive, houve uma grande polêmica, que o levou a ser condenado em 1978 a dois anos de reclusão sob a alegação de haver infringido o disposto no artigo 129, § 2º, III, do Código Penal Brasileiro. Salienta-se que o processo foi movido pelo Conselho Federal de Medicina, que acusou o médico de “lesões corporais”.

Foi apenas no ano de 1997, que o Conselho Federal de Medicina (CFM) autorizou a realização de cirurgias de transgenitalização em pacientes transexuais no Brasil, por meio da Resolução nº 1.482, alegou seu caráter terapêutico. Essa resolução partia do pressuposto que o transexual possuía um desvio psicológico permanente de identidade sexual, e que isso gerava rejeição do fenótipo e uma tendência à automutilação e ou autoextermínio. Sendo assim, a intervenção cirúrgica passou a ser legítima no Brasil, desde que o paciente apresentasse todos os critérios necessários para a realização da mesma (CENEVIVA, 2006)

Posteriormente, a resolução nº 1.482/97 foi revogada pela resolução nº 1.652/2002 que alterou o caráter experimental das cirurgias do tipo neocolpovulvoplastia (masculino para o feminino) e/ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento dos casos de transexualismo, mantendo a de neofaloplastia (transformação da vagina em pênis) como experimental. Nesse aspecto, as cirurgias para adequação do fenótipo feminino para masculino só poderiam ser praticadas em hospitais universitários ou hospitais públicos adequados para a pesquisa, por sua vez, as cirurgias para adequação do fenótipo masculino para feminino poderiam ser praticadas em hospitais públicos ou privados, independentes de atividades de pesquisas. (CENEVIVA, 2006, p. 82)

Assim, o mesmo Conselho Federal de Medicina revogou a referida resolução e editou a de nº 1955 de 2010, que passou a permitir a realização da adequação do fenótipo feminino para masculino em qualquer hospital privado ou público. Desta maneira, a remoção do útero, dos ovários e das mamas deixa de ser experimental.

Aprofundando no tema, para as mulheres transexuais, fazem a cirurgia de redesignação sexual para essencialmente reconstruir os genitais, podendo outros procedimentos ocorrer, como a cirurgia de feminilização facial, ou até mesmo o aumento de seios. Inclusive, algumas mulheres transexuais decidem não se submeterem à cirurgia de redesignação genital, seja pelos riscos ou pelos resultados pouco satisfatórios com relação a sensibilidade sexual dos novos órgãos.

Já quanto aos homens transexuais, a cirurgia compreende um conjunto de cirurgias que incluem a remoção dos seios, a reconstrução dos genitais e a lipoaspiração. Na maioria das vezes, a retirada dos seios é frequentemente o único

procedimento que eles se submetem, principalmente porque “as técnicas atuais de reconstrução genital para homens transexuais ainda não criam genitais com uma qualidade estética e funcional satisfatória. No Brasil, esse procedimento cirúrgico é caracterizado como experimental” (CENEVIVA, 2006, p. 87)

Sendo assim, não há garantias de que o processo incisivo submetido pelos homens transexuais vá oferecer os resultados esperados. Assim, aqueles que possuem recursos financeiros, optam por fazer esse tipo procedimento com médicos renomados do exterior.

Conforme a resolução nº 1955/2010:

Art.3º Que a definição de transexualismo obedecerá, no mínimo, aos critérios abaixo enumerados: 1. Desconforto com o sexo anatômico natural; 2. Desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto; 3. Permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos; 4. Ausência de transtornos mentais. (BRASIL, 2010, p. 2)

Segundo o Conselho Federal de Medicina é necessário que o paciente passe por uma equipe multidisciplinar, assim como seja acompanhado por especialistas pelo tempo mínimo de dois anos, antes de se submeter a cirurgia de resignação de sexo. Entre os profissionais, estão psicólogos, psiquiatras, urologistas, ginecologistas, cirurgiões plásticos, endocrinologistas, mastologistas, fonoaudiologistas, otorrinolaringologistas, uma equipe de enfermagem, assistentes sociais e até uma equipe ética e jurídica.

2 DOS DIREITOS DOS PRESOS

Os presos, como qualquer outro cidadão livre, são possuidores de direitos e de igualmente obrigações. Esses direitos estão assegurados e reconhecidos em vários documentos legais, como à Constituição Federal de 1988, o *Pacto de São José de Costa Rica*, a *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, no qual Brasil é signatário e a Lei de Execução Penal, instituído pela Lei 7210 de 1984 (ROIG, 2005).

Portanto, neste capítulo, pretende-se averiguar no sentido de evidenciar a natureza ou *status* das normas que assegurem os direitos dos presos, não apenas nos documentos enumerados anteriormente, mas na realidade.

Nesse seguimento, o primeiro e, inclusive o principal, documento legal protetor dos direitos dos presos é a Constituição Federal de 1988. Portanto, esses direitos possuem *status* de normas constitucionais de direitos fundamentais, pressupõe assim que são normas hierarquicamente superiores às demais e que, por esse motivo, merecem um tratamento e atenção peculiar por parte do judiciário.

O segundo diploma legal protetor dos direitos humanos e dos direitos dos presos, é o Pacto São José de Costa Rica, isto é, a *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Pretende-se mostrar o panorama de proteção dos direitos fundamentais no contexto internacional, demonstrando assim a forma que funcionam os mecanismos de proteção desses mesmos direitos.

Por último, no que tange às normas protetivas dos direitos dos presos, destaca-se a Lei de Execução Penal, que não é mais do que especificação dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

Ademais, convém salientar que qualquer violação dos direitos assegurados aos presos esculpido na Lei de Execução Penal constitui uma violação da Constituição Federal.

2.1 NORMAS CONSTITUCIONAIS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos individuais assegurados na Constituição de 1988 estão elencados no artigo 5º, desse modo, pode-se afirmar que fazem parte dos denominados direitos fundamentais. Por conseguinte, faz-se necessário realçar a importância e o *status* das normas constitucionais de direitos fundamentais

antes de demonstrarmos propriamente a importância de asseverar os direitos aos presos.

Desse modo, José Afonso da Silva (2000, p. 182) ensina que não é tarefa fácil conceituar os direitos fundamentais, pelo contrário, devido às várias expressões utilizadas para designá-los, “tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos subjetivos, liberdades fundamentais, públicas, direitos fundamentais do homem, entre outras denominações”.

Nesse mesmo sentido, Ingo Sarlet (2005) partilha do mesmo entendimento, realça ainda a sua preocupação relativamente à heterogeneidade, a discordância e a ambiguidade conceitual e terminológica, inclusive, ressalta a importância e a necessidade de obter um critério comum. Desse modo, cumpre sublinhar que a própria Constituição de 1988, não obstante das significativas evoluções, ainda se caracteriza por uma variedade semântica na seara terminológica dos direitos fundamentais, ou seja, emprega-se as mais distintas expressões, quais sejam, direitos e garantias fundamentais, direitos humanos, direitos e liberdades constitucionais e direitos e garantias individuais.

Afirma que a amplitude do catálogo, a falta de rigor científico, aliada a uma técnica legislativa deficiente, constituem como principais vícios da Constituição de 1988, o que enseja contradições e problemas de natureza hermenêutica. Cumpre sublinhar, que essa dificuldade em encontrar um denominador comum e essa falta de sintonia inerente a nomenclatura dos “direitos fundamentais”, em momento algum enfraquece a força normativa e a aplicabilidade destes, pois a sua eficácia e efetividade independem do termo usado para os definirem. Porém, uma determinada denominação, numa determinada situação poderá atribuir aos direitos fundamentais maior abrangência e amplitude. (SARLETE, 2005, p. 33)

Desse modo, é nítido que a problemática de conceituar os “direitos fundamentais” e a falta de consenso no seu uso, têm efetivamente rendido discussões calorosas.

À vista disso, é necessário conceituar os direitos fundamentais dos homens, para isso José Afonso da Silva (2000, p. 183) considera:

[...]

Além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reserva para designar, *no nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. [...] acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo

sobrevive. Fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concretamente e materialmente efetivados.

Portanto, no que tange a natureza das normas de direitos fundamentais, no plano interno assumiram o caráter concreto de normas positivas constitucionais, sem margem para qualquer discussão, a sua natureza passa-se a ser constitucional. Além disso, ao fazer parte do corpo constitucional, as normas de direitos fundamentais passam a gozar de um novo *status*, que asseguram lhes maior respeito e credibilidade, bem como aplicabilidade.

Ademais, por serem normas de natureza constitucional, são hierarquicamente superiores às leis ordinárias e gozam de certa rigidez que as robustecem, afinal, afirma Raul Machado Horta (2003, p. 126) “a distinção formal confere maior permanência ao todo constitucional, que só pode vir a ser modificado dentro de processo pré-estabelecido”.

A rigidez constitucional emana, como consequência principal, do princípio da supremacia da constituição, que significa:

[...] a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e a todos os poderes estatais são legítimos na medida em que os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação as demais normas jurídicas. (SILVA, 2000, p. 48)

Desse modo, a hegemonia das normas constitucionais, de modo que todas as disposições normativas infraconstitucionais ou quaisquer atos administrativos que contrariam as disposições da Carta Magna, devem ser declarados inconstitucionais, isto é, sem valor jurídico.

Quanto ao que tange a eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, André Ramos Tavares (2006), apresenta didaticamente algumas classificações, sendo elas: eficácia plena e limitada, direta e indireta, exequíveis e não exequíveis.

Já a aplicabilidade, é expressa a Constituição, quando estatui que as garantias fundamentais e as normas definidoras dos direitos têm aplicação imediata. Portanto, em caso da existência das normas definidoras dos direitos fundamentais, é imperativo aos aplicadores da Constituição terem como fundamento a eficácia plena e a aplicabilidade imediata.

Ressalta-se que as normas de direitos e garantias fundamentais têm a sua aplicação imediata, sob a égide suprema da Constituição, pressupõe assim que são igualmente de eficácia plena, afinal, independem de legislação posterior para sua plena execução, ou seja, desde a sua entrada em vigor da Constituição, produzem seus efeitos essenciais, ou até mesmo apresentam a possibilidade de produzi-los.

Em relação natureza da norma constitucional:

[...] é a norma primária do ordenamento jurídico, ocupando o lugar mais elevado na pirâmide do sistema jurídico. A norma constitucional é a norma fundamental que ocupa o vértice do ordenamento jurídico. A posição hierárquica suprema da nossa constituição desencadeia a sanção da inconstitucionalidade, quando se verifica o conflito entre a norma fundamental e primária e as normas ordinárias e secundárias. (HORTA, 2003, p. 279)

A imperatividade das normas constitucionais fundamentais nem sempre se manifestou com a mesma intensidade que se o é atualmente, isto é, havia uma carência de normatividade, tornando-se juridicamente irrelevante.

É necessário mencionar algumas características que são atribuídas aos direitos fundamentais, tais como a inalienabilidade, a imprescritibilidade e a irrenunciabilidade. Ademais, os direitos fundamentais não podem ser transferidos e tampouco negociados por não terem conteúdo de cunho econômico-patrimonial, ou seja, inalienabilidade, da mesma forma que não podem ser renunciados, independentemente se estão sendo ou não exercidos.

Além disso, o não exercício dos direitos fundamentais, não implica na sua prescrição, pois estes poderão ser exigidos a qualquer tempo, pois existe a imprescritibilidade, sem prejuízo de qualquer ordem (SILVA, 2000).

Sendo assim, as normas definidoras de direitos fundamentais, além de serem normas que conservam a sua imperatividade, são normas de aplicabilidade imediata e de plena eficácia. Assim, salienta-se que qualquer violação das normas de direitos fundamentais, implica em uma flagrante violação da própria Constituição Federal, que tem mecanismos eficazes e próprios de coação, de modo a garantir-lhe a imperatividade.

2.2 PROTEÇÃO DOS DIREITOS DOS PRESOS PELO *PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA*

Após abordar a natureza das normas constitucionais de direitos fundamentais, é necessário demonstrar a sua dimensão territorial e de que forma a sua proteção no âmbito internacional é efetivada.

Ressalta-se a importância de diferenciar direitos humanos e direitos fundamentais, que são expressões similares, que refletem exatamente a mesma realidade. Assim como direitos fundamentais, os direitos humanos se apresentam como um conjunto de direitos necessários para asseverar a vida do homem com base na liberdade e na dignidade (RAMOS, 2002).

No entanto, aqui será utilizado a nomenclatura direitos humanos, haja vista que é a mais usual e a preferida nos documentos internacionais, proporcionando amplitude maior ao termo na seara da comunidade internacional.

Salienta-se que a proteção dos direitos humanos deixou de ser uma responsabilidade ou obrigação de um único Estado individualmente considerado. A sua proteção foi ganhando contornos e proporções cada vez maiores, ultrapassando o âmbito territorial de um isolado Estado e se transformou em uma luta conjunta de vários Estados. Os direitos humanos ganharam uma proporção e proteção internacional na qual cada Estado tem por obrigação respeitar, zelar e fazer respeitar os mesmos, criando, inclusive, mecanismos eficazes de responsabilização internacional de um Estado por suas violações, ou seja, é a responsabilidade internacional do Estado decorrente de um descumprimento de uma obrigação internacional.

Logo, a violação de uma norma de direitos humanos por parte de um determinado Estado consiste em descumprimento de uma obrigação internacional, o tornando responsável pela reparação dos eventualmente danos causados, sendo que essa reparação se dá à luz das normas de Direito Internacional. Dessa maneira, a responsabilidade internacional não é mais do que o dever de reparar qualquer violação cometida por um Estado em detrimento de outro.

Ainda que a vinculação de um Estado à responsabilidade internacional se constitui de forma obrigatória. André de Carvalho Ramos (2002, p. 09) que:

No caso de não aceitação do princípio da responsabilidade internacional, então, os Estados não seriam obrigados a cumprir as normas jurídicas internacionais. Seria o fim da ordem internacional. Além disso, a existência de regras de responsabilização ao Estado infrator tem o efeito de evitar novas violações de normas internacionais e, com isso, assegurar

o desenvolvimento das relações entre Estados com base na paz e na segurança coletiva.

Portanto, o estudo da proteção dos direitos humanos está vinculado intrinsecamente a questão da responsabilidade internacional. A questão de “responsabilização do Estado por violação de direitos humanos é essencial para reafirmar a juridicidade deste conjunto de normas voltado para a proteção dos indivíduos e para a afirmação da dignidade humana” (RAMOS, 2002, p. 09).

No entanto, para que as obrigações internacionais tenham os desejados efeitos, é necessário criar mecanismos eficazes que sirvam de instrumento para proteção efetiva dos direitos humanos, sendo que tal mecanismo “deve ser mais amplo possível para que se evite justamente o caráter meramente programático das normas internacionais sobre direitos humanos” (RAMOS, 2002, p. 09).

A internacionalização de direitos humanos, é o fruto da convivência e engajamento dos Estados, tendo por marco inicial a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Como visto *alhures*, é preciso ter consciência que toda a violação de direitos humanos, implica na obrigação de reparação do dano provocado.

André de Carvalho Ramos (2002, p. 9) observa que:

A proteção de direitos humanos torna-se fator-chave para a convivência dos povos na comunidade internacional. Essa convivência é passível de ser alcançada graças à afirmação dos direitos humanos como agenda comum mundial, levando os Estados a estabelecerem projetos comuns, superando as animosidades geradas pelas crises políticas e econômicas.

Além disso, a própria aderência dos Estados a instrumentos jurídicos internacionais de proteção de direitos humanos está sendo movida pela busca de legitimidade e governabilidade (MORAES, 2005).

A necessidade primordial de proteção e efetividade aos direitos humanos possibilitou, em nível internacional, o surgimento de uma disciplina autônoma ao direito internacional público, denominada Direito Internacional dos Direitos Humanos, cuja finalidade precípua consiste na concretização da plena eficácia dos direitos humanos fundamentais, por meio de normas gerais tuteladoras de bens da vida primordiais (dignidade, vida, segurança, liberdade, honra, moral, entre outros) e previsões de instrumentos políticos e jurídicos de sua implementação. (MORAES, 2005, p. 460)

A aderência dos Estados e com as outras realizadas convenções internacionais, se verifica a internacionalização dos direitos humanos, com o intento de proteger a pessoa humana independente de sua nacionalidade ou de seu país de origem.

No entanto, a evolução histórica de proteção dos direitos humanos em documentos internacionais é, relativamente, recente, pois teve seu início com importantes declarações sem caráter vinculativo e, só posteriormente, assumiu a forma de tratados internacionais, que tinham o intuito de obrigar os Estados signatários ao cumprimento de suas normas e determinações.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, assinada em Paris, é a marca principal da conquista dos direitos humanos a nível internacional (MORAES, 2005).

Outro fato que merece destaque é no tocante da abrangência geográfica de proteção de direitos humanos, que é de vocação universal, protegendo qualquer ser humano, em qualquer região do mundo, sem nenhuma limitação territorial ou de conteúdo.

Os instrumentos de proteção de direitos humanos de caráter universal que mais se sobressaem é a Carta da ONU e posteriormente a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada sob a forma de resolução da Assembleia Geral da ONU (RAMOS, 2002).

Todavia, foi agregado a esses textos internacionais, outros tratados de alcance regional, como a Convenção de Americana de Direitos Humanos – *Pacto São José da Costa Rica*, de 1969, que tem o rol de direitos protegidos mais amplo, no entanto o espaço territorial abrangente é menor quando comparado com documentos de abrangência mundial.

Sustenta André de Carvalho Ramos (2002, p. 29) que:

Esses tratados de direitos humanos são diferentes dos tratados que normatizam vantagens mútuas aos Estados contratantes. Com efeito, o objetivo dos tratados de direitos humanos é a proteção de direitos de seres humanos diante do Estado de origem ou diante de outro Estado contratante, sem levar em consideração a nacionalidade do indivíduo-vítima. [...] Um Estado, frente a um tratado multilateral de direitos humanos, assume várias obrigações para com os indivíduos sob sua jurisdição, independentemente da nacionalidade, e não para com outro Estado contratante, criando o chamado regime objetivo das normas de direitos humanos. Esse regime é o conjunto de normas protetoras de um interesse coletivo dos Estados, em contraposição aos regimes de reciprocidade, nos quais impera o caráter *quid pro quo* nas relações entre os Estados. Logo os tratados de direitos humanos, estabelecem obrigações objetivas, entendendo estas como obrigações cujo objeto e fim são a proteção de direitos fundamentais da pessoa humana.

À vista disso, os tratados que tratam de direitos humanos não são tratados multilaterais tradicionais, fundamentado na troca recíproca de benefícios entre os Estados contratante, já que o seu escopo é tão somente a

proteção dos direitos humanos, apesar da nacionalidade, produzindo para isso uma ordem legal internacional com intuito de beneficiar, acima de tudo, o indivíduo.

Ressalta-se que relativamente aos tratados institutivos de proteção e garantias dos direitos humanos, não se aplicando a noção contratualista, comum em outros tratados, visto que a obrigação não depende de uma contraprestação da outra parte, é somente, uma obrigação para a sociedade internacional. Ademais, o Estado se obriga a respeitar os direitos humanos sem que haja qualquer contraprestação devida e as normas dos seus tratados devem ser interpretados em prol dos seus indivíduos.

Nesse sentido, a Convenção Americana foi criada para proteger os direitos fundamentais da pessoa humana, contra o Estado e essa proteção independe da nacionalidade do indivíduo. Portanto, a Convenção Americana é um instrumento multilateral entre os Estados que se baseia no compromisso de respeitar os direitos humanos dos indivíduos.

Esse compromisso-obrigação internacional não tem como sustentáculo a reciprocidade ou até mesmo o engajamento similar de outro Estado. Nessa ótica, disserta André de Carvalho Ramos (2002, p. 33) que:

[...] a objetividade da proteção dos direitos humanos consiste na impossibilidade da utilização do princípio geral de Direito Internacional da reciprocidade. A violação de um tratado multilateral de proteção aos direitos humanos em nada afeta a obrigação de outro Estado-parte, que continuará obrigado pelas normas do mesmo tratado. Esse caráter objetivo das obrigações de respeito a direitos humanos assumidos pelo Estado põe em evidência que a responsabilização internacional do Estado por violação de direitos humanos tutela o interesse do indivíduo e não um interesse material do Estado. Por isso que não se admite a relação de reciprocidade em tais tratados.

Além disso, essas transformações decorrentes do movimento de internacionalização dos direitos humanos contribuíram para a democratização do próprio cenário internacional, tendo em vista que além dos Estados e Organizações Internacionais, poderem participar no palco internacional os indivíduos e as organizações não-governamentais. Dessa maneira, os indivíduos se transformaram em sujeitos de direitos internacionais, sendo que antes só poderiam afigurar Estados.

O interesse individual referente aos direitos humanos, na seara do Direito Internacional, através da possibilidade que é concedida de acionar o Estado perante órgãos internacionais competentes, com aceitação da legitimidade

ativa do indivíduo, sem necessidade de intermediários, isto é, Estados-terceiros e organismos internacionais, para encaminhamento das suas reclamações (RAMOS, 2002)

[...] na medida em que guardam relação direta com os instrumentos internacionais de direitos humanos – que lhes atribuem direitos fundamentais imediatamente aplicáveis – os indivíduos passam a ser concebidos como sujeitos de direito internacional. Na condição de sujeitos de direito internacional, cabe aos indivíduos o acionamento direto de mecanismos internacionais, como é o caso da petição ou comunicação individual, mediante a qual um indivíduo, grupos de indivíduos ou, por vezes, entidades não-governamentais, podem submeter aos órgãos internacionais denúncia de violação de direito enunciado em tratados internacionais. (PIOVESAN, 2000, p. 27)

Entretanto, ainda é necessário democratizar e, da mesma maneira, facilitar o acesso às instituições internacionais, para permitir um maior espaço de atuação e participação eficaz das identidades não-governamentais e dos indivíduos.

A proteção dos direitos humanos não compete tão somente a um isoladamente Estado considerado, mas sim, consiste numa luta engajada e conjunta dos Estados à nível internacional. Além da proteção interna vige uma proteção internacional dos direitos humanos, pressupõe então informar que a violação de direitos humanos implicará obrigatoriamente na responsabilização internacional do Estado-membro infrator. Ainda mais que a abrangência geográfica de proteção de direitos humanos é de vocação universal, protegendo assim qualquer ser humano, em qualquer região do mundo, sem nenhuma limitação territorial ou de conteúdo.

Feitas essas considerações a respeito das normas e internacionais de proteção, passaremos a analisar, a natureza da Lei de Execução Penal (LEP).

2.3 A LEI DE EXECUÇÕES PENAIS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS ASSEGURADO AOS PRESOS

A Lei n.º 7.210 de 11 de julho de 1984, instituiu a Lei de Execução Penal, doravante denominada de LEP. É um instrumento normativo e regulador da estrutura e da disciplina do sistema prisional brasileiro. Assegura principalmente a “ressocialização do condenado como objetivo anunciado da pena, reincorporando a noção de periculosidade do agente e primando pela ideia de tratamento do delinquente (ROIG, 2005, p. 138).

A LEP foi criada como instrumento normativo para proporcionar humanidade e racionalidade ao processo de aplicação das penas privativas de liberdade, em conformidade com o esculpido no seu artigo 1º, *in verbis*: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (ROIG, 2005, p. 139).

É notório que o presente diploma legal é claro quanto aos seus dois objetivos. O primeiro se refere à correta efetivação da sentença ou da decisão criminal, visando reprimir e prevenir crimes, ao passo que o segundo objetivo visa criar condições propensas para a harmônica integração social do internado e do condenado.

É necessário salientar que a LEP instituiu uma série de direitos sem os quais o segundo objetivo ficará irremediavelmente prejudicado. Nesse seguimento, disserta Andrei Zenkner Schmidt (2007, p. 139) que:

Resta evidente, portanto, a opção do nosso legislador, no sentido de que a sanção penal fixada na sentença condenatória será cumprida com uma finalidade específica, qual seja, a de proporcionar a harmônica integração social do condenado e do internado [...]. Nesse sentido, é notório o fundamento pedagógico adotado pelo legislador penal no que se refere à pretensão executória, característica esta notada em inúmeras outros incidentes da execução da pena, tais como remição (art. 126), as recompensas (arts 55 e 56), etc.

Porém, até o momento, a concretização dos objetivos impostos na LEP não foram alcançados, em especial, por falta de estrutura adequada destinada a cumprimento da sentença penal condenatória.

Em momento de crise, a sociedade brasileira atribui a responsabilidade pela falência do sistema penitenciário a uma série de fatores exógenos à estrutura normativa da execução penal em nosso país, olvidando-se, no entanto, que esta é responsável por nortear as ações e sancionar as inúmeras violações à ordem constitucional. Em lugar de corrigir as iniquidades em sede executiva, o que se vê é a legitimação de uma série de práticas arcaicas e atentatórias aos direitos mais elementares dos detentos. (SCHMIDT, 2007, p. 209)

Portanto, esses objetivos não foram alcançados por conta das insistentes violações e descumprimentos dos preceitos normativos assegurados, não apenas no citado diploma legal, como também nos documentos internacionais, e em especial na Constituição Federal de 1988.

Mirabete enumera alguns direitos reconhecidos e assegurados tanto na LEP como na Constituição Federal. Destaca-se direito à vida (art. 5º, *caput*,

CF); o direito a integridade física e moral (art. 5º, III, V, X e XLIII, da CF); o direito à liberdade de consciência e de convicção religiosa (art. 5º, VI, VII, VIII, da CF); o direito à instrução (art. 208, I, e § 1º, da CF); o direito e o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas (art. 5º, XII, da CF); o direito à propriedade, de natureza material e imaterial, ainda que o preso não possa temporariamente exercer alguns dos direitos do proprietário (art. 5º, XXII, XXVII, XXVIII, XXIX e XXX da CF); o direito de representação e de petição aos Poderes Públicos, em defesa de direito ou contra abusos de autoridade (art. 5º, XXXIV, a, da CF), direito à assistência judiciária (art. 5º, LXXIV, da CF); o direito às atividades relativas às ciências, às letras, às artes e à tecnologia (art. 5º, IX e XXIX, da CF), o direito à expedição de certidões requeridas às repartições administrativas, para defesa dos direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal (art. 5º, XXXIV, b, LXXII, a e b, da CF), e o direito à indenização por erro judiciário ou por prisão além do tempo fixado na sentença (art. 5º, LXXV) (MIRABETE, 2004)

Assim, o processo de execução penal, em nenhum momento pode arranhar a dignidade da pessoa humana, “garantida contra qualquer ofensa física ou moral, sendo incontestável que qualquer ato – judicial ou administrativo - que contrariar essa disposição, é indubitavelmente inconstitucional” (MIRABETE, 2004, p. 42).

2.4 OS DIREITOS RECONHECIDOS AOS PRESES BRASILEIROS

A Constituição, como já foi oportunamente mencionado, é a lei fundamental e do Estado, e traça as diretrizes e fundamentos governamentais. As demais normas que fazem parte do ordenamento jurídico devem obediência às normas constitucionais e serão válidas se estiverem em conformidade com elas.

É na Constituição Federal que estão salvaguardados os direitos e garantias individuais, reconhecidos a todos e sem qualquer distinção. Os ditames constitucionais atingem toda uma coletividade e os direitos salvaguardados na Carta Maior são igualmente reconhecidos a todos, inclusive abraçam os presos, salvo os direitos atingidos pela sentença penal condenatória.

Conforme o 1º artigo da Constituição Federal, o Brasil é um Estado de Direito Democrático e também tem como um dos fundamentos a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III). Nesse seguimento, a dignidade da pessoa humana é um dos princípios mais abrangentes e mais importante do ordenamento jurídico. O seu conteúdo, significado e abrangência, dificultam trazer uma conceitualização precisa do que efetivamente seja esta dignidade.

Tal dificuldade pode ser atribuída as expressões vagas e imprecisas que caracterizam esse princípio, o tornando de natureza polissêmica.

[...] no caso de dignidade da pessoa, diversamente do que ocorre com as demais normas jusfundamentais, não se cuida de aspectos mais ou menos específicos da existência humana (integridade física, intimidade, vida, propriedade, etc.), mas, sim, de uma qualidade tida como inerente a todo e qualquer ser humano, de tal sorte que a dignidade [...] passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal, definição esta que, todavia, acaba por não contribuir muito para uma compreensão satisfatória do que efetivamente é o âmbito de proteção da dignidade, na sua condição jurídico-normativa. (SARLET, 2004, p. 40)

No entanto, é possível trazer no presente trabalho entendimentos conceituais de alguns doutrinadores, dentre eles, Alexandre Moraes (2005, p. 128), que afirma que a dignidade da pessoa humana, não é mais do que:

[...] um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que trás consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo o estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Dito isso, é necessário mencionar que a Constituição no seu 3º artigo, aduz como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, sexo, raça, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Logo, é no artigo 5º do texto constitucional que estão assegurados os direitos e as garantias individuais mais importantes de todo o ordenamento jurídico. Sendo importante frisar que segundo o art. 5º, *caput*, da Constituição Federal: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (MORAES, 2005, p. 129).

Portanto, se torna imperativo concluir que os direitos fundamentais ressaltados no art. 5º constitucional, se destinam também aos presos. Ainda mais que é óbvio, que o fato de estar preso não faz uma pessoa perde a sua característica maior, a de pessoa humana.

Além disso, a Constituição, em seu art. 5º, III, proíbe a prática de tortura e qualquer outro tratamento desumano ou degradante. “A condenação do crime de tortura é tão incisiva, que aos olhos da Constituição, no seu art. 5º, XLIII, afigura-se como inafiançável e insuscetível de graça ou anistia” (MORAES, 2005, p. 131).

Ainda, soma-se isso ao fato de que o art. 5º da Convenção Americana, estabelece o direito à integridade pessoal aos presos, afirmando que toda a pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral, não devendo ninguém ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes.

Ademais, a Convenção, se depreende em seu artigo 5º, item 4, que os processados devem ficar separados dos condenados, salvo se tratar de circunstâncias excepcionais, e assim devem ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas.

Quanto a LEP, é estabelecido em seu art. 3º que serão assegurados, ao condenado e ao internado, todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei, “é comum no ordenamento brasileiro, quando se cumpre pena privativa de liberdade, se verificar privação ou limitação de direitos jurídicos do preso não alcançados pela sentença penal condenatória”, o que viola a medida de proporcionalidade e se transforma em poderoso fator de reincidência (MIRABETE, 2004, p. 29)

Além disso, a LEP também prevê a classificação dos condenados, consoante os seus antecedentes e personalidade, para orientar e individualizar a execução penal. Veja-se:

O princípio da individualização da pena é também assegurado na Constituição, art. 5º, XLVI, e segundo Alexandre de Moraes, exige uma estreita correspondência entre a responsabilização da conduta e a sanção a ser aplicada, de maneira que a pena atinja as suas finalidades de prevenção e repressão. Nesse caso concreto, a individualização da pena depende da censurabilidade da conduta praticado pelo apenado. Assim, entende Mirabete que a execução penal não pode ser igual para todos os presos e terão de ser submetidos à programa de execução distintos e que durante a fase

executória da pena terá que ter um ajustamento desse programa conforme a reação do apenado. (MIRABETE, 2004, p. 41)

Assim, como os presos terão direito a assistência prestada pelo Estado, de modo a obter uma reinserção social do condenado, nos regimes carcerários, conforme a necessidade do tratamento individual dos apenados, nos termos do art. 11 essa assistência se dá em vários planos: jurídica, material, social, educacional, religiosa e na área de saúde também.

No que tange a alimentação, vestuário e instalações, estabelece o art. 12, que a assistência material ao apenado consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas. A alimentação deve ser de boa qualidade e servida nas horas usuais, bem preparada e suficiente para manutenção de sua saúde e de suas forças. Há também a necessidade de oferecer aos presos refeições especiais para os doentes, conforme seja requisitado pelos médicos e os idosos e mulheres que estão amamentando, além de água potável sempre que se fizer necessário.

Assim como todo preso que não tiver autorização para vestir roupas pessoais, deverá receber pela administração roupas adequadas e apropriadas ao clima, limpas, que não afetam a sua dignidade e respeito próprio.

Ainda terão direitos a assistência jurídica e assistência educacional, nas palavras de Mirabete (2004, p. 80):

A assistência jurídica se afigura também igualmente importante para a população carcerária, pois a maioria deles são hipossuficientes e não têm condições de constituir um advogado, que poderá, no entendimento de Mirabete, interferir diretamente no andamento processual e fiscalizar para uma adequada execução da sentença penal condenatória em caso da pena privativa de liberdade, além de reparar erros judiciários, evitar algumas prisões arbitrárias, entre outras atividades consideradas vitais à administração da justiça. Por sua vez, a assistência educacional, considerada uma das prestações básicas mais importantes não só para o homem livre, mas também àquele que está preso, compreenderá a instrução escolar e a formação profissional – art. 17 da LEP. Assim, o ensino de primeiro grau será obrigatório (art. 18, LEP) e o ensino profissional será ministrado em nível de iniciação ou de aperfeiçoamento técnico (art. 19, LEP) e a mulher condenada terá ensino profissional adequado à sua condição (art. 19, parágrafo único da LEP).

Já a assistência social visa amparar o preso e o internado, além de prepará-los para o retorno à liberdade, conforme art. 22, da LEP.

Por fim, ressalta-se que há o direito à visita dos familiares e amigos (art. 41, X), salienta-se esse direito é de suma importância, já que o preso mesmo encarcerado, não deve romper os seus contatos e os laço com a sociedade e que terão de ser preservadas as relações que unem o preso aos seus familiares e amigos.

3 TRANSEXUAIS E TRANSGÊNEROS NO SISTEMA PRISIONAL

3.1 O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

É importante mencionar que no contexto do presente trabalho, entende-se por sistema prisional o conjunto de todas as unidades de regime aberto, fechado e semiaberto, femininas e masculinas, incluindo os estabelecimentos penais em que o recluso ainda não foi efetivamente condenado, sendo estas unidades chamadas de estabelecimento penal.

O sistema prisional integra o conjunto de mecanismos de controle social que uma sociedade necessita para punir a transgressão da lei. Wacquant (2001, p. 65) afirma que “o significado ideológico do sistema prisional brasileiro muitas vezes é utilizado como instrumento de exclusão ao definir condutas que objetivam conter as classes sociais inferiores”.

Desse modo, o sistema prisional brasileiro visa a ressocialização e a punição da criminalidade. Sendo assim, o Estado assume a responsabilidade de combater não apenas os crimes, isolando o criminoso da sociedade, através da prisão, e com o mesmo privado da sua liberdade, deixa-se de ser um risco para a sociedade, e ao mesmo tempo ressocializa esse indivíduo.

O Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) afirma que o sistema penitenciário no Brasil é um dos dez maiores do mundo. Salienta-se que o sistema penitenciário no país surge com o objetivo de humanizar as penas dadas, como qualquer outro, ao tentar fazer com que o detento não seja punido de forma nociva e injusta. Veja-se:

Demonstra assim, a finalidade principal que as vezes fica distante, que é a de realocar o criminoso novamente na sociedade, após cumprir sua pena por determinado delito. Diante de tais condições que alguns detentos são submetidos, existem dispositivos legais que servem para assegurar os seus direitos. O artigo 5º da Constituição Federal Brasileira, por exemplo, em seu inciso XLIX, prevê que o cidadão que se encontra detido tem garantida sua integridade física e moral e o inciso XLVII, que fica proibida a imputação de penas cruéis a qualquer cidadão. (DAMÁZIO, 2010, p. 33)

Nesse seguimento, é necessário mencionar que o sistema carcerário no Brasil está precisando cumprir a legalidade, já que a precariedade e as condições subumanas que os detentos vivem atualmente são evidentes e pautas internacionais. Tendo isso em vista, os presídios se tornaram grandes aglomerados depósitos de pessoas, se tem que a superlotação, a falta de assistência média e até mesmo a falta

de higiene pessoal, acarretando assim em doenças graves e incuráveis, onde o mais forte irá subordinar o mais fraco.

Rafael Damasceno Assis (2007, p. 89) aduz:

O sistema penal e, conseqüentemente o sistema prisional, não obstante sejam apresentados como sendo de natureza igualitária, visando atingir indistintamente as pessoas em função de suas condutas, têm na verdade um caráter eminentemente seletivo, estando estatística e estruturalmente direcionado às camadas menos favorecidas da sociedade.

Mirabete também salienta a crise do sistema penitenciário brasileiro como sendo uma das maiores mazelas:

A falência de nosso sistema carcerário tem sido apontada, acertadamente, como uma das maiores mazelas do modelo repressivo brasileiro, que, hipocritamente, envia condenados para penitenciárias, com a apregoada finalidade de reabilitá-lo ao convívio social, mas já sabendo que, ao retornar à sociedade, esse indivíduo estará mais despreparado, desambientado, insensível e, provavelmente, com maior desenvoltura para a prática de outros crimes, até mais violentos em relação ao que o conduziu ao cárcere. (MIRABETE, 2008, p. 99)

Portanto, apesar das garantias verificadas nos capítulos antecedentes parecerem quase perfeitas, ainda mais ao assegurar que todos os direitos serão respeitados, na prática, por vezes, não é assim que ocorre. Apesar da aplicação da pena não ser considerada cruel, as condições vivenciadas pelos detentos se tornam uma experiência massacrante.

Os detentos acabam sendo vítimas de abusos proveniente de agentes penitenciários, sejam eles psicológicos ou físicos. À vista disso, é necessário analisar o sistema penitenciário brasileiro, em especial a realidade do sistema prisional em relação aos transexuais e transgêneros.

3.1.1 Função da pena e surgimento das penitenciárias no Brasil

A pena é uma sanção imposta ao indivíduo que cometeu uma certa infração como forma de reprovar o mal causado a outrem, para que seja assim possível conviver em sociedade. A pena surgiu, inicialmente, no período de vingança privada, e o controle social era exercido com base na autotutela e tinha-se por objetivo a ofensa física. Teles (2006, p. 26) afirma que:

A pena, na sua origem, representava vingança, revide às agressões sofridas, desproporcionais e cruéis, aplicada sem qualquer preocupação com a justiça, a maior expressão dessas penas é o código de Hammurabi, que estabelecia entre diversas penas previstas, o corte de mãos, línguas, orelhas, ficando, inclusive, conhecido pela expressão “olho por olho, dente por dente”. Posteriormente, a religião mostrou o domínio absoluto, influenciando nas decisões sociais. Diante disso, a pena representava castigo divino para que

a justiça divina jamais fosse violada, pois o crime era a representação do pecado, já a pena era uma forma de purificação e salvação da alma infratora.

No entanto, com a sociedade mais organizada, a pena perdeu a finalidade sacral. Portanto, houve uma transição, o poder passava então das mãos sacerdotais para as mãos de uma autoridade pública, isto é, de um soberano, o qual representava a vontade da comunidade. O caráter desumano e cruel ainda perdurava, agora sob a tutela do Estado.

Salienta-se que atualmente são duas as teorias que explicam a finalidade da aplicação das penas, sendo elas a teoria absoluta e a teoria relativa. A teoria absoluta enfatiza a pena como uma espécie de punição, já a teoria relativa é voltada para a concepção de que a pena tem por objetivo prevenir e educar.

Entretanto, alguns doutrinadores, como Ribeiro e Lima (2018) afirmam ter uma terceira teoria, a denominada de teoria mista, que une o caráter punitivo ao caráter preventivo.

O Código Penal brasileiro adota essa teoria, consoante art. 594. Ao adotar o sistema misto, o sistema jurídico precisava de um meio de aplicação e efetivação dessas penalidades, e esse meio de concretização das penas se dá pelo sistema penitenciário, criado pelo Estado, a partir do século XVIII com influência iluminista, fortalecendo as penas privativas de liberdade. (LIMA; RIBEIRO, 2018, p. 194)

Além disso, com a Constituição do Império de 1824 e o Código Criminal do Império de 1830, houve um banimento das penas cruéis, surgindo-se assim no Brasil, as primeiras penas privativas de liberdade, inovando ordenamento jurídico. Dessa maneira, surge a necessidade da criação de um sistema penitenciário capaz de efetivar as normas impostas pela Constituição Imperial e pelo Código Imperial, enfrentando, até os dias hodiernos, as dificuldades a fim de concretizar um sistema penitenciário humanizado, capaz de cumprir com os preceitos legais.

Salienta-se que essa sistemática de sistema que temos até os dias de hoje remonta às Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, “quando a brutalidade das sanções corporais e as violações dos direitos dos acusados regravam a vida no cárcere na Colônia até a promulgação do Código Criminal do Império, em 1830” (PIZOLOTTO, 2014, p. 25).

Nesse sentido, lecionam os sociólogos Alvarez, Salla e Souza (2003, p. 59):

Uma das novidades do Código Criminal de 1830 foi a adoção da pena de prisão com trabalho, que introduzia uma nova concepção em termos de punição. Mas, nem por isso o Código deixou de contemplar formas já consideradas arcaicas de punição, como a pena de morte, as galés, a prisão

perpétua. A estrutura escravista suportava igualmente a conservação dos castigos corporais aos escravos. Parte da história penal do Império pode ser contada apontando para a pouca aplicação efetiva da pena de prisão com trabalho e ao mesmo tempo para uma intensa utilização da pena de galés, da prisão perpétua, especialmente para os escravos. Havia um certo afinamento com a política europeia e com as concepções ali presentes impelia as elites imperiais para a assimilação de novas propostas de organização da justiça criminal. Entretanto, a estrutura social continuava imersa na escravidão, e o poder daquelas elites ainda se assentava em mecanismos de imposição da ordem que requeriam pouca mediação dos instrumentos estatais de justiça.

No que tange ao Código Penal de 1890, Salla (1999, p. 115), afirma que “o Código Penal apesar de ter surgido sob o regime republicano, não significou uma radical revisão do Código Criminal do Império, porque as inovações eram exigências mais práticas na gestão das penas e não contemplavam uma nova forma filosófica de se encarar o crime” e muito menos o criminoso.

O referido diploma legal foi publicado antes mesmo da Constituição Republicana de 1891, sendo assim, fora elaborado apressadamente para suprimir a pena de morte e assim instalar um regime penitenciário de caráter correccional, com pena máxima de trinta anos.

Ademais, o Código Penal de 1890 trouxe algumas importantes alterações no que se refere ao funcionamento das prisões brasileiras, na medida em que privilegiou a pena privativa de liberdade.

Só é possível entender claramente o contorno dado à pena de prisão contemplada nesse Código quando se analisa a crítica que vinha se desenvolvendo ao conjunto das penas existentes no Código Criminal de 1830. A principal crítica, depois de 1870, era de que a multiplicidade de penas existente no Código de 1830 era ineficaz para regeneração dos criminosos. Galés, açoites, pena de morte, prisão com trabalho, prisão simples, degredo, multas, dentre outras, eram apontadas como recursos anacrônicos de retribuição aos crimes e, sobretudo, como forma de correção dos indivíduos. Além disso, era inevitável olhar algumas dessas modalidades de pena e colocá-las como sinônimo de um passado arcaico a ser superado. De todas elas, a única que era vista com maior simpatia era a pena de prisão com trabalho. Porém, no período imperial as províncias foram incapazes de criar estabelecimentos adequados para que esse tipo de pena fosse devidamente aplicado, exceção feita a São Paulo e a sede da Corte do Rio de Janeiro, que construíram suas Casas de Correção, que entraram em funcionamento em meados do século XIX. (ALVAREZ, *et al.*, 2003, p. 89)

Nesse seguimento, para a doutrina da época, a ausência de uma diretriz sobre a regulamentação do sistema a ser implantado nas prisões brasileiras, desde o Código de 1830, influenciou diretamente na adoção pelo Código de 1890, de um sistema misto, isto é, composto por dois modelos de encarceramento do Século XIX (Filadélfia e Auburn), chamado de irlandês ou progressivo.

O sistema aqui implantado era composto de três estágios. No primeiro estágio (penal stage) durante alguns meses o preso deveria ficar recolhido à cela, em total isolamento, trabalhando e submetido à dieta rigorosa. O segundo período, chamado de reformatory stage, os trabalhavam juntos num espaço comum e dormiam nas celas. Neste estágio, os presos eram classificados em quatro categorias, progressivas, de acordo com a sua conduta. Já, no terceiro estágio (testing stage), o condenado passava para uma prisão intermediária onde desfrutava de alguma liberdade. Lá também, trabalhava em conjunto, tinha suas próprias roupas, habitação diferenciada e podia sair e circular fora da prisão. De acordo com o seu comportamento, o preso podia obter licença para sair da prisão e fixar residência com a promessa de se apresentar regularmente perante uma autoridade policial (liberdade condicional). (ALVAREZ, *et al.*, 2003, p. 91)

No entanto, a Consolidação das Leis Penais vigorou até 1º de janeiro de 1942 quando entrou em vigência o atual Código Penal, Decreto-lei nº 2.848 de 1940, trazendo uma postura carcerária mais liberal e eclética, com base nas Escolas Clássica e Positivista.

O seu projeto foi elaborado por José de Alcântara Machado e a Comissão Revisora contou com os maiores penalistas da época, como Nelson Hungria, Vieira Braga, Marcelio de Queiroz, Heleno Fragoso e Roberto Lyra, dentre outros. Salienta-se que a criação de prisões para as mulheres surgiu por imposição da Comissão da Reforma Penal, dentro do referido projeto.

O Código Penal de 1940, foi na época considerado, um grande avanço na legislação penal pátria, principalmente por estabelecer no rol das penalidades principais: a reclusão por um período máximo de trinta anos, a detenção com a quantificação mais severa em três anos, a prisão simples prevista para as contravenções penais e inclusive a pena de multa. E, por criar ainda, as penas acessórias, ou seja, consistentes na perda da função pública, interdições de direitos (DEVERLING, 2010)

Além disso, foi adotado o Sistema Inglês ou Progressivo de encarceramento, isto é, que prevê um abrandamento da pena à medida que o condenado vai progredindo no seu regime. Deverling (2010, p. 98) explica que no cumprimento da pena há uma fase inicial de “isolamento, depois vem a fase dos trabalhos externos quando o condenado é autorizado a sair da cela durante o dia e devendo retornar para o confinamento noturno, e, a última fase, é aquela quando o condenado é posto em liberdade condicional para voltar ao convívio social”, no entanto, nessa última é mediante algumas restrições legais.

3.2 REALIDADE DO SISTEMA PRISIONAL PARA TRANSEXUAIS E TRANSGÊNEROS

Como já mencionado, a questão do gênero e a sua problematização tem forte impacto na sociedade atualmente, sendo muitas vezes esquecida em alguns ramos da vida pública, esse esquecimento vem ocorrendo por muitos anos na execução penal.

Inclusive, o ordenamento jurídico-penal oferece algumas lacunas quanto aos transgêneros, já que a própria Constituição Federal, define que o estabelecimento prisional deve ser dividido entre homens e mulheres, e muitas mulheres as quais são transgêneros acabam sendo destinadas a unidades prisionais direcionada ao sexo masculino.

Á vista disso, à presença em estabelecimento prisional diverso, ocasiona em diversas violências nessas mulheres transgêneros, não apenas verbal, mas violências físicas, contra a dignidade sexual, além de “ameaças de morte, partindo desta premissa, denota-se uma dupla punição em seus delitos, que é contra os princípios jurídicos brasileiros” (GUIMARÃES, 2000, p. 30).

Segundo um relatório produzido pelo Centro para o Progresso Americano (ITTC, 2017, p. 5), “uma pessoa transexual ou travesti tem 15 vezes mais chances de sofrer violência sexual dentro do cárcere do que uma pessoa heterossexual e/ou cisgênera”. É notório que o dado demonstra como o cárcere brasileiro é uma instituição violadora de direitos e que tende a acentuar a situação de vulnerabilidade das pessoas, ainda mais que a falta de compreensão da sociedade acerca desse assunto gera um evidente preconceito e desrespeito, de modo que já na prisão não seja muito diferente.

Todos os reclusos e em especial os que sofrem com a distinção de gênero, enfrentam uma série de problemas de sobrevivência dentro das penitenciárias brasileiras. Dentre os problemas mais frequentes, estão incluídos os relacionados à alimentação de péssima qualidade, celas superlotadas, fato este, que pode acarretar doenças e muitas vezes na própria morte dos reclusos. Com o intuito de tentar minimizar toda a problemática gerada dentro dos presídios e penitenciárias brasileiras, o ordenamento jurídico prevê que os reclusos devem ser separados por gênero. Dessa forma, mais uma vez estamos diante do problema que envolve os transgêneros, pois, o encarceramento de mulheres transgênero em unidades masculinas gera condição degradante ao indivíduo. É notória a inadequação nas prisões brasileiras. Noticia-se na mídia situações que transexuais/transgêneros são estupradas, torturadas, agredidas fisicamente e psicologicamente, evidenciando mais uma vez a violação aos seus direitos e garantias fundamentais. (GUIMARÃES, 2000, p. 32)

Drauzio Varella (2019), em estudo nas penitenciárias brasileiras, verificou que ao longo do tempo foram possibilitadas visitas íntimas também ao grupo trans., no entanto, continua ocorrendo uma verdadeira agressão física a essas presas, pois as condições dadas pelo Estado não são adequadas para as relações sexuais, inclusive, propiciando potencialmente a propagação de doenças sexualmente transmitidas (DST).

Nesse seguimento, Varella (2019) identificou nos presídios de São Paulo que entre os transexuais que estão presos a mais de 6 (seis) anos, 100% (cem por cento) deles eram portadores do vírus da AIDS, um índice alarmante.

Foi verificado ainda que existem inúmeros problemas que a comunidade LGBTQI+ possui nos presídios brasileiros, tais como a falta de acompanhamento médico e psicológico, até mesmo a impossibilidade de recursos para cirurgias de mudança de sexo, pouca ou até mesmo ausência do acesso ao tratamento de hormônio.

Outro fator determinante é que existem poucas alas especiais. Os transexuais não possuem nem mesmo o direito de ter seu nome social respeitado pelos agentes penitenciários (DAMÁZIO, 2010, p. 42).

Entre todas as violações que o cárcere representa para as pessoas LGBT, evidenciam-se o desrespeito à identidade de gênero e a omissão de sua situação vulnerável. Apesar da Resolução 11 estender o uso do nome social, já garantido pelo Decreto 8.727, para o sistema prisional, tal diretriz é desrespeitada, desencadeando uma situação que burocratiza e invisibiliza as necessidades da população LGBT em cárcere. (MAGNANI, 2018, p. 14)

Outra questão que merece destaque é a perturbação psicológica que os reclusos acabam causando aos que são transgêneros e transexuais. Ainda mais por serem as únicas reclusas do sexo oposto dentro dessas unidades prisionais masculinas, os reclusos acabam por causar-lhes constrangimentos verbais, e até mesmo ofendê-las de diversas formas. Demonstrando a importância que se deve dar quanto à matéria da separação dos que já estão em regime de execução penal, seja por alas, galerias específicas, ou, transferindo-as para Unidade feminina.

Zamboni (2015) preconiza que existem algumas práticas utilizadas nos presídios, como uma tentativa de melhorar o atendimento as pessoas LGBTI, como, por exemplo, a estipulação de alas específicas ou manter as trans em um local seguro.

3.3 SISTEMA PRISIONAL E A LEGISLAÇÃO PARA TRANSEXUAIS E TRANSGÊNEROS

Como visto *alhures*, no que tange o âmbito penal, principalmente o sistema carcerário, a população transexual e transgênero encontra pouco respaldo. “Normalmente, o papel de enquadramento legal desses gêneros se dá pelos outros poderes que não o legislativo, uma vez que o executivo, o judiciário e a administração são obrigados a encaixá-los no regulamento atual” na tentativa de resguardar seus direitos por meio, principalmente, de resoluções (FERREIRA, 2018, p. 18)

A Lei de Execuções Penais, apesar de já ter sofrido diversas modificações desde sua entrada em vigor, nenhuma ocorreu no sentido de incluir essa realidade latente em seu texto.²² Quem desempenha importante papel nesse contexto, é o Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoções dos Direitos de Lésbicas, Gays, Travestis e Transexuais (CNCD/LGBT), criado em 31 de agosto de 2001, pela Medida Provisória 2216-3723. Trata-se de um órgão colegiado, integrante da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, em sua estrutura básica. O Decreto nº 7.38824, de 9 de dezembro de 2010, instituiu suas competências, composição, estruturação e funcionamento. (GUIMARÃES, 2014, p. 45)

Sendo assim, algumas resoluções são criadas visando a proteção da diversidade sexual e propulsão do Estado no encontro de soluções para os problemas sociais de discriminação e preconceito, na entrega de direitos fundamentais aos grupos esquecidos.

A primeira resolução nesse segmento é a Resolução Conjunta do Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCD/LGBT) nº 1 de 2014, que foi responsável por estabelecer como os LGBTs devem ser acolhidos quando encarcerados.

Ressalta-se que essa Resolução se fundamentou em diversos documentos nacionais e internacionais voltados à temática do cárcere, dos direitos humanos e de sua proteção, como a Constituição Federal, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Convenção Americana de Direitos Humanos, a Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes e seu Protocolo Facultativo, as Regras Mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos, e as Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e das medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras, e diversos outros instrumentos internacionais aplicáveis à matéria (GONÇALVES, 2018).

Ademais, em seu segundo garante a preso o direito de ser chamado pelo seu nome social, bem como que o mesmo esteja contido em seu registro de admissão. O

documento traz uma previsão de garantia à visita íntima e ao direito integral à saúde. Garantem também o respeito à condição de LGBT, sendo considerados tratamentos degradantes e desumanos quaisquer castigos ou sanções aplicadas aos detentos por razão de sua condição de pessoa LGBT.

Além disso, é assegurado o acesso e a continuidade da educação e a formação profissional dos detentos como sendo responsabilidade estatal, e em especial, o dever do Estado de prover a capacitação continuada aos “profissionais dos estabelecimentos penais considerando a perspectiva dos direitos humanos e os princípios de igualdade e não-discriminação, inclusive em relação à orientação sexual e identidade de gênero” (BRASIL, 2014, p. 1).

Outra inovação encontra-se no artigo 11º do já mencionado diploma legal, que garante que, além dos dependentes do detento segurado, o direito de seu cônjuge ou companheiro, sendo do mesmo sexo ou não, receber o auxílio-reclusão, reconhecendo assim o direito civil que o indivíduo possui de contrair o matrimônio, independente da sua opção sexual, tanto do mesmo gênero, quanto de gêneros distintos.

Ademais, é assegurado às travestis o encarceramento em unidades prisionais masculinas, que tenham espaços de vivência específicos, pretendendo resguardar sua segurança e especial vulnerabilidade frente aos demais detentos.

O artigo 4º³⁹ institui que “as pessoas transexuais masculinas e femininas devem ser encaminhadas para as unidades prisionais femininas”, sendo garantido às mulheres transexuais tratamento igual ao das demais mulheres encarceradas. Por outro lado, os transexuais masculinos acabam tendo seu direito de pleno exercício e reconhecimento de seu gênero restringido em prol da proteção de sua dignidade sexual, tendo em vista as grandes chances de estupro e atos libidinosos forçados aos quais seriam expostos em uma penitenciária masculina (artigo 5º, XLIX, CF). (GUIMARÃES, 2014, p. 30)

No que tange a expressão externa de sua opção sexual, é garantido à pessoa travesti ou transexual poder escolher a sua vestimenta como sendo feminina ou masculina, “bem como a manutenção ou não de cabelos compridos, sendo respeitados seus caracteres secundários relacionados à sua identidade de gênero” (DAMÁZIO, 2010, p. 32).

Por fim, também é direito dessa população a proteção à saúde dos detentos, a “manutenção do tratamento hormonal e acompanhamento de saúde específico”, a integridade física e moral à pessoa travesti, mulher ou homem transexual.

É evidente que a Resolução auxilia na promoção dos direitos inerentes a pessoa humana, no entanto, Rosa (2016, p. 56) corrobora:

Apesar da criação da resolução em 2014, que, somente materializa de forma mais específica direitos já inerentes a qualquer indivíduo, uma vez que se trata de dignidade humana, ela não foi suficiente para impedir a ocorrência de diversos casos de desrespeito. Ainda há a necessidade de realizar campanhas voltadas para os servidores do sistema penitenciário, principalmente aqueles que têm contato diário com os detentos e que, infelizmente, não possuem conhecimento dos direitos dos mesmos, ou simplesmente optam por não os respeitar.

Desse modo, ainda é muito comum ver nas notícias de travestis e transgêneros que ainda hoje não possuem nenhum tipo de direito no sistema carcerário brasileiro. Portanto, é fundamental analisar essas situações.

3.3.1 A vulnerabilidade do transgênero

É notório que o sistema carcerário brasileiro necessita de mudanças urgentemente, mas especificamente para as mulheres e transexuais, a situação é muito mais séria e aterradora, em especial pelo fato de possuírem apenas a sobra do sistema prisional masculino: velhos presídios que, por vezes, não podem mais ser utilizados para abrigar os homens infratores passam a ser destinados a essas mulheres, assim como, os recursos enviados para o sistema prisional são encaminhados prioritariamente para presídios masculinos (ZANINELLI, 2015).

Portanto, a realidade machista faz com que os transexuais sejam vulneráveis no ambiente das prisões. Surgindo assim a necessidade da criação da Resolução SAP - Sistemas, Aplicações e Programas nº 11, de 2014, a qual estabelece normas de tratamento para travestis e transexuais no âmbito do sistema carcerário, com intuito de solucionar parte da problemática vivenciada no cárcere.

Adota-se a expressão tentativa, pois a Resolução nº 11 não é suficiente para solucionar a discriminação e a violência vivenciada por estes, mas ao mesmo tempo, não deixam de ser iniciativas importantes, permitindo ao transexual a possibilidade de, por exemplo, manterem seus cabelos na altura dos ombros, a utilização de roupas e peças íntimas correspondentes ao gênero, entre outros fatores que colaboram com a concessão de uma parcela mínima de dignidade de acordo com seu gênero (ZANINELLI, 2014, p. 28).

A vulnerabilidade desse grupo minoritário se agrava todos os dias no cárcere e se perpetua nas penitenciárias dentro de todo o Brasil, ressalvadas algumas iniciativas de alguns Estados, como por exemplo o de Minas Gerais que já dispõe de uma segregação diferenciada para as pessoas “trans”, no entanto é notória a insuficiência de leis eficazes para que possa ser respeitada sua dignidade da pessoa humana.

A indispensável a adoção de iniciativas que tutelem a individualidade dos transexuais para reverter esse quadro que mantém os transexuais encarcerados à margem da cidadania, por meio da atuação do Poder Público, na medida em que se desenvolve e efetiva as políticas públicas inclusivas, em atenção à dignidade humana e os preceitos que estruturam o Estado Democrático de Direito.

Ainda mais que as políticas públicas aplicadas no sistema carcerário brasileiro são marcadas pelo binarismo sexual. Assim, como a realidade jurídica brasileira se apresenta susceptível às superações desse modelo, já que diversos Estados vêm criando políticas públicas a fim de garantir cidadania às transexuais.

No entanto, esses grupos não recebem o tratamento adequado, ficando até expostos e vulneráveis perante os demais detentos. É notório a fragilidade e carência estrutural do grupo em questão, reflexos do abandono perante a família, o Estado e a sociedade.

Contudo, é necessário ressaltar que alguns Estados, mais recentemente, passaram a criar uma ala específica de convivência das transexuais e até mesmo de travestis, como é o caso do Rio Grande do Sul, do Mato Grosso do Sul e da Paraíba.

Também, a Secretaria da Administração Penitenciária, no Estado de São Paulo, elaborou a Resolução nº 11, de 2014, na qual indica uma série de preceitos voltados para a população de transexuais e travestis presas, que visa reconhecer a identidade de gênero. Tratando-se de política pública de notória relevância, já que abrange todas as penitenciárias do Estado mais rico do País.

A referida Resolução em dez artigos, estabelece: “a possibilidade de se estabelecer de acordo com seu gênero (de acordo com a vestimenta ou corte de cabelo); o uso do prenome social; o cuidado específico com a saúde das presas travestis e transexuais; o mesmo tratamento será direcionado às visitas” (SILVA; ARCELO, 2016, p. 24).

Na lição de Silva e Arcelo (2016, p. 26):

A política pública de maior destaque e a mais recente, é a implementada em 2015 pelo Estado do Rio de Janeiro, consistindo de um conjunto de normas que asseguram à população LGBTTT que está no sistema prisional, o tratamento adequado e o respeito aos direitos. Dentre elas, citamos a garantia às travestis e mulheres transexuais do direito à autodeterminação no ingresso ao sistema penitenciário, sendo a unidade de custódia compatível ao gênero declarado.

Sendo assim, é notório que essas mudanças são um grande salto na busca pela afirmação de direitos dessa população vulnerável, respeitando-se a construção

social de cada indivíduo que, dessa maneira, se desvincilha do estigma do sexo biológico. No entanto, ainda há muito a ser feito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa verificou que é inegável a existência de direitos e garantias aos presos, pode-se afirmar que os presos possuem deveres a cumprir e direitos a serem respeitados e cumpridos, no entanto ainda é notório as frequentes violações por parte do Estado.

Salienta-se que a grande maioria das revoltas que acontecem nas prisões deve-se à falta de cumprimento dos deveres por parte do Estado, ficando nítido que compromete os propósitos da condenação. À vista disso, verificou-se que o sistema carcerário brasileiro está em crise, e essa vem se delongando durante muito tempo, já que não consegue cumprir com os objetivos para o qual foi criado, isto é, a ressocialização e a reinserção do condenado na sociedade de maneira digna.

Além disso, a prisão no Brasil hoje, é o reflexo de um descaso estatal pelo cidadão recluso, e é evidente problemas como a superlotação, e as constantes violações dos direitos e da dignidade da pessoa humana.

Portanto, a atualidade do tema aqui discutido pode ser verificada na estatística, uma vez que o Brasil é elencado como o país que mais mata as pessoas que se enquadram na sigla LGBT, conforme mencionado anteriormente. E sendo na maioria das vezes os transexuais e transgêneros, os que sofrem ainda mais, pois há discriminação, humilhação e o descaso vividos em liberdade, e esses problemas e violências se acentuam no ambiente carcerário.

No entanto, alguns Estados, como o Mato Grosso do Sul, já demonstram alguns avanços cárcere de pessoas “trans”, como a separada para os LGBT, isto é, a separação de algumas celas. Uma simples medida que diminui a violência e resguarda os direitos desse grupo vulnerável.

Além disso, discutir essa problemática, não é criar meios ou direitos para alguns presos, nem mesmo privilegiar esse grupo, mas prover meios de diminuir a violência aos que estão expostos. Para tanto, ficou notório que os mesmos necessitam de uma estrutura justa e igualitária na medida de suas desigualdades, ainda mais ao viverem privados de liberdade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEIXO, Mariah Torres. Corpo, gênero e sexualidade no judiciário paraense: violência doméstica e transgeneridade em perspectiva. 2014, p. 04. Trabalho apresentado na 29ª Reunião Brasileira de Antropologia, realizada entre os dias 03 e 06 de agosto de 2014, Natal/RN no GT 24. **Culturas Corporais, Sexualidades, Transgressões e Reconhecimento: novas moralidades e ética em debate**. Disponível em: <http://www.29rba.abant.org.br/resources/anais/1/1402021136_ARQUIVO_Aleixo&S mith29RBA-GT.24.pdf>. Acesso em: 30 de outubro de 2020.

Alvarez, Marcos C.; Salla, Fernando; Souza, Luís A. F. **A Sociedade e a Lei: O Código Penal de 1890 e as novas tendências penais na Primeira República**. Disponível em: <http://nevusp.org/downloads/down113.pdf>. Acesso em mar. 2018.

Alvarez, Marcos C.; Salla, Fernando; Souza, Luís A. F. **A Sociedade e a Lei: O Código Penal de 1890 e as novas tendências penais na Primeira República**. Disponível em: <http://nevusp.org/downloads/down113.pdf>. Acesso em mar. 2018.

ASSIS, Rafael Damasceno de. **As prisões e o direito penitenciário no Brasil**, 2007.

Aran, Márcia; Murta, Daniela & Lionço, Tatiana. (2009). **Transexualidade e saúde pública no Brasil**. Ciênc. saúde coletiva, 14(4), pp. 1141-1149. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232009000400020&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 30 de outubro de 2020.

AMORIM, Linamar Teixeira de. **Gênero: uma construção do movimento feminista?** São Paulo: Gênero e Políticas Públicas, 2015.

BRASIL. RESOLUÇÃO 1955/2010 do Conselho Federal de Medicina. In: Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1652_2002.htm>. Acesso em: 30 de outubro de 2020.

BENTO, Berenice. **Identidade de gênero: entre a gambiarra e o direito pleno**. Carta Potiguar, 2012. Disponível em: <<http://www.cartapotiguar.com.br/2012/05/29/identidade-de-genero-entre-a-gambiarra-e-o-direito-pleno/>>. Acesso em: 30 de outubro de 2020.

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

CENEVIVA, Walter. **Lei de registros públicos comentada**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 82.

CASTEL Pierre-Henri. **Algumas reflexões para estabelecer a cronologia do “fenômeno transexual”**. Revista Brasileira de História, v.21, n. 41, 2001.

CHILAND, Colette. **O transexualismo**. São Paulo: Edições Loyola, 2003.

DEVERLING, Nicole. **Penas Alternativas no Direito Penal Brasileiro**. Monografia de Direito, Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Itajaí/SC, 2010.

FERNANDES, Gisele Manganelli. **O corpo e a construção das desigualdades de gênero pela ciência**. In: Physis Revista de Saúde Coletiva 19:1051-1065. 2009. Disponível em: <www.ib.usp.br/revista/system/files/Volume9f1_0.pdf>. Acesso em: 30 de outubro de 2020.

GARBER, M. **Vice-versa: bissexualidade e o erotismo na vida cotidiana**. Rio de Janeiro: Record, 1997

GOFFMAN, Erving. **Estigma – Notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. Tradução de Mathias Lambert. (mimeo), 2004.

HORTA, Raúl Machado. **Direito Constitucional**, 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 126.

JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos**. In: Ser-tão – Núcleo de Estudos e Pesquisas em Gênero e Transexualidade. Disponível em: <https://www.sertao.ufg.br/up/16/o/ORIENTA%C3%87%C3%95ES_POPULA%C3%87%C3%83O_TRANS.pdf?1334065989>. Acesso em: 30 de outubro de 2020.

LAQUEUR, Thomas. **Inventando o sexo: corpo e gênero dos gregos a Freud**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.

LIMA, Marcos Alan Silva; RIBEIRO, Glauco Ferreira S. **O Estado de Direito Brasileiro as penas e o sistema prisional, sob a visão filosofica de Thomas Hobbes**. Revista FACISA ON-LINE, v. 7, n. 1, 2018.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução Penal**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 42.

MOTT, Luiz. **Antropologia, teoria da sexualidade e direitos humanos dos homossexuais**. In: CCHLA/UFRN. Disponível em: <http://www.cchla.ufrn.br/bagoas/v01n01art03_mott.pdf>. Acesso em: 30 de outubro de 2020.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 460

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, p.89, 2008.

OLIVEIRA, Alexandre M. A. de. **Direito de autodeterminação sexual**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

PINTO, M. **Vivência transexual**. O corpo desvela seu drama. Rio de Janeiro: Átomo, 2003.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo: Renovar, 2002, p. 11.

ROSA, Alexandre de Moraes da. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ROIG, Rodrigo Duque. **Direito e Prática Histórica da Execução Penal no Brasil**. Rio Janeiro: Revan, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SIMOES, Júlio Assis; CARRARA, Sérgio. **The field of socio-anthropological studies on sexual and gender diversity in Brazil: an essay on subjects, themes and approaches**. In: SciELO. Campinas: Cad. Pagu. n. 42, p. 75-98, jun. 2014. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext &pid=S0104-83332014000100075&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332014000100075&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 30 de outubro de 2020.

SENKEVICS. Adriano Souza. **Corpo, gênero e ciência: na interface entre biologia e sociedade**. In: Revista da Biologia, 27 dez. 2012, p. 16-21. Disponível em: <<http://www.ib.usp.br/revista/node/133>>. Acesso em: 30 de outubro de 2020.

SILVA, Ramon Alves; ARCELO, Adalberto A. B. **Heteronormatividade e sistema carcerário no Brasil contemporâneo**. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito, PUCRS, Porto Alegre, 2016. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/23597/14727>

SCOTT, Joan. **Gênero: uma categoria útil de análise histórica**. Porto Alegre: Educação e Realidade, 1995.

SILVA, Taciane Santiago. **Retificação dos registros públicos de transgêneros**. Rio de Janeiro: Instituto Três Rios, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 33/34.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 182.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 90/91.

TELES. Ney Moura. **Direito penal: parte geral**, arts. 1º a 120. v.1. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

VERDE, J. & GRAZIOTTIN, A. **Transexualismo: o enigma da identidade**. São Paulo: Paulus, 1997

WEEKS, Jeffrey. **O corpo e a sexualidade**. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

ZANINELLI, Giovana. **Mulheres encarceradas: dignidade da pessoa humana, gênero, legislação e políticas públicas**. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídicas da Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2015.