

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2023.v10n1.p448-474>

NECROPOLÍTICA, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS: SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

NECROPOLITICS, TRANSVESTITES AND TRANSSEXUALS: BRAZILIAN PRISON SYSTEM

RVD

Recebido em

02.09.2022

Aprovado em.

22.02.2023

Thiago Luiz Sartori¹

RESUMO

O artigo tem o intuito de apresentar as ações do Estado e o dever constitucional na efetivação dos direitos fundamentais para a proteção à dignidade humana, além de como são desenvolvidas a responsabilidade para viabilizar o direito à igualdade e a não discriminação às pessoas transexuais e travestis no sistema prisional. Consideramos que o local se define por um ambiente hostil e que não raramente são tolhidos os direitos aos que são atingidos pela condenação. Além disso, buscamos ampliar uma reflexão sob uma ótica binária, enfatizando a legitimação com a existência de homens e mulheres a partir de seu sexo biológico, e como o sistema penal brasileiro tem se estabelecido diante das identidades de gênero que estão fora do padrão binário socialmente nos âmbitos de cárcere, em especial com a identidade da pessoa transexual e travesti. Enfatizamos as questões jurídicas que compõem a vulnerabilidade desse grupo no contexto discriminatório institucionalizado nas penitenciárias, bem como nas legislações penais vigentes, que geraram ações para a discriminação de gênero.

PALAVRAS-CHAVE: Transsexuais, Vulnerabilidade, Binarismo no Sistema Carcerário. Violação de Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

The article aims to present the actions of the State and the constitutional duty in the realization of fundamental rights for the protection of human dignity, in addition to how responsibility is developed to enable the right to equality and non-discrimination to transgender and transvestite people in the prison system. We consider that the place is defined by a hostile environment and that the rights of those affected by the conviction are not rarely restricted. In addition, we seek to broaden a reflection from a binary perspective, emphasizing the legitimation with the existence of men and women from their biological sex, and how the Brazilian penal system has been established in the face of gender identities that are outside the socially binary pattern. in prison

¹ Doutorando em Mudança Social e Participação Política pela Universidade de São Paulo (USP). Docente da Universidade Anhanguera de São Paulo (UNIAN). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8295-0661>. E-mail: tlsartori@hotmail.com.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2023.v10n1.p448-474>

areas, especially with the identity of the transsexual and transvestite person. We emphasize the legal issues that make up the vulnerability of this group in the discriminatory context institutionalized in penitentiaries, as well as in the current criminal legislation, which generated actions for gender discrimination.

KEYWORDS: Transsexuals, Vulnerability, Binarism in the Prison System. Violation of Fundamental Rights.

1 INTRODUÇÃO

Quando abordamos a questão de gênero, sob uma perspectiva identitária, podemos encontrar um padrão preestabelecido que, geralmente, rejeita ou não considera o que se distancia do padrão “dito comum”. Desse modo, é possível verificar que o direito é gerado diante da convivência humana em sociedade, evidenciando a importância dos meios jurídicos brasileiros na atuação e proteção dessas identidades ditas “fora do padrão”. Na concepção binária de gênero, como uma categoria universal, tem a função de naturalizar a existência apenas do homem e da mulher. O sexo biológico é visto para determinar o gênero, suas expressões e desejos, promovendo uma padronização no comportamento da sociedade. Nesse sentido, a heterossexualidade como referência, estabelecendo que os sujeitos que possuem orientação sexual e uma identidade de gênero fora desse padrão, se mantêm às margens do gozo dos principais direitos fundamentais.

No que permeia o contexto pluralista da sociedade, os direitos fundamentais abrangem os direitos políticos e a dignidade da pessoa humana como centro da estrutura do Estado. Assim, o direito de exercer a identidade de gênero em grau de igualdade, liberdade e sem discriminação de qualquer origem foi postulado com a capacidade de demonstrar que, em uma sociedade democrática, deve-se estar atento às demandas por inclusão social, política, cultural e econômica.

Nesse prisma, podemos evidenciar que os indivíduos que não se adequam ao padrão heteronormativo automaticamente estão mais expostos e vulneráveis. Mesmo diante dos avanços na estrutura normativa vigente podem ser verificados obstáculos para exercer a identidade de gênero nos moldes constitucionais e democráticos, de

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2023.v10n1.p448-474>

modo que o termo “binarismo”, no sistema penitenciário, é de grande importância para promover uma compreensão da linguagem constitutiva e construtiva do sistema penitenciário, que tem origem no sistema ocidental e sempre interligado ao sexo do indivíduo. Isso acaba causando uma divisão da sociedade entre homens e mulheres, por meio de um único e exclusivo sexo genital do indivíduo.

Destarte, essa separação promove conflitos no sistema carcerário como vamos discorrer nesse artigo. Ao ampliar a questão sobre a população de pessoas transexuais e travestis no sistema carcerário, e que com maior frequência lhe é negada a determinação de seus direitos, e ainda a ausência de cuidados e/ou atenção diante de sua condição, estruturando um sistema carcerário primitivo, em que a preocupação tinha foco na justiça retributiva.

Contudo, verificando que a pena privativa de liberdade, geralmente não atende às condições mínimas da dignidade da pessoa humana, o que pode ser agravado quando os indivíduos que não se adequam às imposições de gênero heteronormativos. Dessa forma, além de se tratar de um local condizente com seu gênero, por não ser abarcado pelo sistema binário, este se individualiza e segrega os indivíduos em decorrência do órgão genital, asseverado pelo preconceito e a exclusão social quando ao entrar no cárcere.

Tentaremos averiguar como o Estado, diante desse dever constitucional para a promoção dos direitos fundamentais e para a proteção à dignidade humana, necessita assumir a responsabilidade para contribuir e promover o direito à igualdade e a não discriminação às pessoas transexuais e travestis no sistema prisional. Buscamos, com isso, o reconhecimento da identidade de gênero no âmbito do cárcere, verificando um panorama sobre o encarceramento da população transexual, de forma que o Direito Penal adote a heteronormatividade e o binarismo sexual como o ponto principal de partida, por meio da exposição dos vínculos existentes entre o cárcere e gênero.

Dante da análise, partimos das principais práticas atuais no que concerne à identidade de gênero, como citado na Resolução Conjunta nº 01, de 15 de abril de 2014 e a recente Resolução nº 348, de 13 de outubro de 2020, bem como das normas para a

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2023.v10n1.p448-474>

reintegração social da população transgênero, de acordo com a Lei de Execução Penal, nº 7.210/84.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL DA LEGISLAÇÃO

O Estado Democrático de Direito, no Brasil, advindo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com a função de garantir o efetivo exercício dos direitos civis, sociais, liberdades, entre outros direitos. Canotilho (2013, p. 116) acrescenta que:

Reconhecendo que a Constituição Federal de 1988 aponta os direitos fundamentais explícitos, isto é, são positivados, como é o exemplo dos direitos fundamentais individuais do artigo 5º, da Constituição e, o §2º, do mesmo artigo, com a previsão dos direitos fundamentais implícitos, in verbis: “§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, 1988).

No Estado Democrático de Direito, a Constituição é dotada de dois contrapontos. Por um lado, ela faz a consagração de direitos fundamentais e o real estabelecimento de limites ao poder político, instituindo princípios básicos de proteção do indivíduo perante o Estado. Por outro lado, a mesma Constituição determina diretrizes, com o intuito de viabilizar os valores e ações de cunho social. Vale ressaltar que o Estado jamais poderá partir do Direito Penal no enfrentamento dos problemas sociais. Indubitavelmente, temos que o Direito Penal é aplicado e considerado como um instrumento legal de controle do poder punitivo.

No que se refere à opção legislativa de se valer desse ramo do direito como instrumento simbólico não se efetiva nem mesmo na proteção de valores de patamar constitucional. Santos (2010, p. 03) discorre que, ao mesmo tempo em que encontra fundamento na Constituição Federal, é possível reconhecer nela limites intransponíveis. Portanto, o Direito Penal trata-se de um setor do ordenamento jurídico que define

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2023.v10n1.p448-474>

crimes e prevê medidas de segurança aplicáveis aos autores das condutas incriminadas.

Como consequência, com a inserção de princípios previstos na Constituição Federal, é possível visualizar a questão de forma ampla considerando que há restrições e impedimentos para o dever e direito de punição que fora concedido ao Estado acarretado por meio de indicação de seu alcance, fontes e exigências de enunciados e jurisprudências. Isso torna o Direito Penal uma ferramenta para uma comunidade equânime e justa.

O Direito Penal em um Estado Democrático de Direito, advindo da Constituição, possível de justificado com o uso das penas na capacidade de proteger os cidadãos, ao mesmo tempo em que respeita certos limites. Em contrapartida, um Estado não confessional e democrático não é possível verificar o dever de exercer a justiça divina sobre a terra como retribuição, mas deverá justificar o uso das penas por sua capacidade de proteger os cidadãos (prevenção), ainda que em um Estado de Direito a prevenção deva respeitar certos limites.

Mir Puig (2011, p. 59) descreve que, somente assim, pode ser identificado um estado social e democrático. Contudo, essa consagração de valores possui a finalidade de dirigir a ação estatal em sentido de realização e não apenas com a descrição de condutas proibidas, pois o limite ao poder de punir é o respeito aos princípios constitucionais que deve ser pautado e respeitado por todo legislador penal.

Santos (2010) ressalta que a concepção de neutralidade do Sistema Penal produzida pelos seus objetivos declarados, mas que é derrubado quando se analisam as fontes materiais do ordenamento jurídico. Podemos verificar que se trata de uma vertente do Direito direcionada à proteção de bens jurídicos, destarte, conforme já mencionado anteriormente, também é alvo de críticas por aqueles que o vislumbram como instrumento de controle social.

Os objetivos declarados do Direito Penal produzem uma aparência de neutralidade do Sistema de Justiça Criminal, promovida pela limitação da pesquisa jurídica ao nível da lei penal, única fonte formal do Direito Penal.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2023.v10n1.p448-474>

Com essa característica de neutralidade do Direito Penal que pode ser dissolvida pelo estudo das fontes materiais do ordenamento jurídico, enraizadas no modo de produção da vida material, que fundamentam os interesses, necessidades e valores das classes sociais dominantes das relações de produção e hegemônicas do poder político do Estado, como indicam as teorias conflituais da Sociologia do Direito (SANTOS, 2010, p. 7-8).

De modo que o Direito Penal está limitado pela Constituição, devendo ater-se a esses princípios, não violando os valores constitucionais, mas sim por eles pautando-se. Mesmo porque, do contrário a norma, seria inconstitucional. Para Cunha (1995, p. 129), entre alguns penalistas que se ancoram de forma mais estrita o Direito Penal à Constituição Federal, compreendemos que não pode o Direito Penal punir comportamentos que não lesem valores constitucionais. O autor discorre, ainda, sobre a dignidade penal, a qual decorreria como reflexo dos princípios e valores constitucionais e suas bases. Destarte a Constituição autorizaria o legislador ordinário para proteger determinado valor por meio da tutela penal. Nesse contexto, é notável que a amplitude dos textos constitucionais, que anteriormente fixavam normas e diretrizes promocionais, como a de que “a saúde é um dever do Estado”, hoje aduz que antes ao Direito Penal máximo do que ao Direito Penal mínimo, trazendo uma incompatibilidade de que o Direito Penal deve e pretende ser a *ultima ratio*.

Dotti (2002, p. 25) com a norma incriminadora que visa a proteção de valores fundamentais à convivência social, não tem justificativa ao avassalador processo de criminalização, operado por meio de uma inflação legislativa penal, que conduz a uma contínua administrativização do Direito Penal. Com a referida administrativização, a lei penal torna-se um regulamento, criado único e exclusivamente para sancionar a inobservância a regras e matérias de cunho disciplinar. Assim:

E em seu substrato possui a concepção pela qual a lei penal visa antes a “organizar” do que a proteger, sendo, portanto, destituída da finalidade de consagrar valores e tutelá-los. Especificando a função da Constituição como limite e fundamento do Direito Penal, acrescenta-se a função de fonte valorativa, ou seja, a Constituição como paradigma no momento de se indicar qual bem jurídico será alvo de proteção penal: A

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2023.v10n1.p448-474>

Constituição funciona como: (I) limite material do Direito Penal, erigindo barreiras ao processo criminalizador (limite normativo superior); (II) fonte valorativa do Direito Penal, funcionando como legítimo paradigma na escolha de bens jurídicos suscetíveis de proteção jurídico-penal (fundamento axiológico); (III) fundamento normativo do Direito Penal, apontando zonas de obrigatória intervenção do legislador penal (limite normativo inferior) (FELDENS, 2012, p. 65).

Perpassa a Constituição Federal em que estão descritos os fundamentos e os critérios que selecionam os bens jurídicos e temas que devem ser protegidos pelo Direito Penal, de modo a considerar a Constituição como fonte exclusiva de bens jurídicos, isto é, documento definidor dos valores mínimos essenciais aos indivíduos e da sociedade que dela fazem parte.

De acordo com Luciano Feldens, o Direito Penal não possui uma existência autônoma em relação à Constituição Federal. Logo, essa funciona, efetivamente, como limite e como fundamento de estruturação daquele ramo das ciências jurídicas. Discorre também que o Direito Penal não desfruta de existência autônoma em face da Constituição, senão que tem por ela definidos tanto os limites quanto os fundamentos de sua estruturação. Nesse diapasão, são por demais conhecidos os limites restritivos à atividade legislativa incriminadora.

Em outros exemplos mais eloquentes sobre essas categorias de caráter fragmentário e subsidiário que devem ter base no Direito Penal; sua aplicação como a ultima ratio do sistema normativo; a invariável exigência de sua manipulação mediante prévia e elucidativa definição legal da conduta ilícita e da correlata sanção, e, ainda, no plano processual, a necessária observância de critérios probatórios que partam da inocência do acusado em direção à sua responsabilidade, sendo constitucionalmente vedado o raciocínio inverso. Com expressiva inspiração iluminista, e forjados no seio de um modelo de Estado liberal, tais limites incorporaram-se paulatinamente aos textos constitucionais modernos (FELDENS, 2012, p. 85).

Sendo possível compreender que a evolução do constitucionalismo moderno nos conduziu a um entrelaçamento entre os valores e princípios constitucionais com o conteúdo e objeto do Direito Penal, mesmo que tal medida se mantenha em constante

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2023.v10n1.p448-474>

conflito. Consideramos ainda que não há, por parte do Direito Penal, uma existência autônoma em face da Constituição Federal, uma vez que tem por ela definidos tanto os limites quanto os fundamentos de sua estruturação e aplicação. Contudo, em determinados casos, a Constituição exige a intervenção penal por meio de normas que designamos mandados constitucionais de tutela penal (criminalização). Desse modo, podemos verificar que a Constituição atua como fundamento normativo do Direito Penal. Dentro dessa temática, verificamos que o Estado tem a responsabilidade de combater a criminalidade, aplicando penas cabíveis a cada caso.

Foucault (2011, p. 79) cita que o criminoso deve sim ser punido por seus atos, mas para isso os órgãos competentes devem aprender a punir melhor, com respeito a universalidade e necessidade, para que o objetivo da prisão possa ser cumprido. Através de uma reforma propriamente dita, e como se formula nas teorias do direito ou que se esquematiza nos projetos, com a retomada política ou filosófica dessa estratégia, com seus objetivos primeiros: fazer da punição e da repressão das ilegalidades uma função regular, extensiva à sociedade; não punir menos, mas punir melhor; punir talvez com uma severidade atenuada, mas para punir com mais universalidade e necessidade; inserir mais profundamente no corpo social o poder de punir.

Desse modo, fica explícita a imprescindibilidade do Estado em fazer valer as normas que já estão estabelecidas na legislação, que têm ênfase no bem-estar no encarcerado e o real objetivo da pena.

2.1 Normas e crises no sistema carcerário brasileiro

O Sistema Penitenciário Brasileiro sofre diversas críticas e questionamentos, seja por membros da sociedade em geral ou por organizações nacionais e internacionais de direitos humanos, na medida em que é marcado por deficiências e ilegalidades. Estas, por diversas vezes, não cumprem o papel de ressocialização do condenado, conforme previsto na legislação e, ainda, acabam por produzir uma

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2023.v10n1.p448-474>

quantidade exacerbada de infratores reincidentes. Rabelo (2011) descreve que a real efetividade do sistema prisional é questionada considerando se tratar de uma situação degradante a qual são submetidos, como a superlotação dos estabelecimentos prisionais, a falta de projetos de ressocialização dos detentos, a precariedade e insalubridade dos presídios, a falta de compromisso e amparo do poder público, bem como a não aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana.

Conforme Rolim (2003, p. 121), o Brasil, assim, como a maioria dos países latino-americanos, assiste inerte ao desenvolvimento de uma crise crônica em seu sistema penitenciário. Especialmente nesta última década, os indicadores disponíveis a respeito da vida nas prisões brasileiras demonstram de maneira incontestemente um agravamento extraordinário de problemas já muito antigos como a superlotação carcerária, a escalada de violência entre os internos, as práticas de abusos, maus-tratos e torturas sobre eles, a inexistência de garantias mínimas aos condenados e o desrespeito sistemático e institucional à legislação ordinária e aos princípios dos direitos humanos.

Sendo reconhecido que o Estado possui meios para materializar e efetivar o direito de punir aqueles que praticam um crime que são as penitenciárias. No entanto, no que se efetiva para a reabilitação de presos não apresenta êxito satisfatório no emprego de suas sanções e penalidades, diante da ausência de uma estrutura carcerária ofertada aos condenados que, na maioria das vezes, são amontoados nas celas que não tem capacidade de suportar a grande quantidade destes.

Pela construção de uma subjetividade que organiza e orienta a sociedade, faz-se uma apologia da punição que quase sempre tem uma cor e uma classe determinada, razão pela qual, o sistema punitivo cria uma sociedade doente. Estes naturalizam a punição, bem com a ideia de que determinadas pessoas, cores e classes sociais podem e devem ter o seu fim determinado dentro de um sistema carcerário. Entretanto, é necessária a reflexão sobre como é que tanta gente foi retirada do convívio social sem que houvesse uma discussão da eficácia desses “buracos de gente” entre a sociedade.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2023.v10n1.p448-474>

Da mesma forma que a prisão é considerada como algo natural e inevitável, muitos também se negam a refletir, de forma crítica, sobre os motivos e circunstâncias que se escondem por trás das prisões. Neste sentido, é evidente que não há um entendimento e um debate sobre quais as reais razões e motivos do encarceramento de milhares de pessoas, sendo em sua maioria, pessoas com baixo poder aquisitivo e baixa escolaridade.

Há simplesmente a definição de um mal a ser combatido, perdendo sua condição de pessoas detentoras de direitos, o qual entende-se que deve ser excluída do meio social. Davis (2018, p. 16) destaca que a prisão funciona ideologicamente como um local abstrato no qual os indesejáveis são depositados, livrando-nos da responsabilidade de pensar sobre as verdadeiras questões que afligem essas comunidades das quais os prisioneiros são oriundos em números tão desproporcionais.

Quando há, ainda, referência aos direitos fundamentais, dignidade, direitos humanos dos encarcerados está se fazendo referência aos mesmos direitos da pessoa em liberdade, não há como separar ou tratar de forma desigual, ante o amparo Constitucional Brasileiro, aqueles, como se fosse outra espécie de ser humano, diferente destes. Apesar da proteção e previsão de direitos fundamentais do cidadão-preso serem as mesmas dos demais, é comum encontrar pessoas na sociedade que defendem uma radical posição na qual o preso deve perder não somente a sua liberdade, mas, inclusive a própria vida. Indubitavelmente, no sistema carcerário, a realidade de exclusão social é escancarada cotidianamente, negando-se àqueles indivíduos a própria condição de seres humanos.

Por conseguinte, não há o reconhecimento de um mínimo de garantias a esses indivíduos que, por vezes, não considerados pessoas, considerando que ser pessoa não é inerente a todo e qualquer indivíduo, mas depende do grau de satisfação e das expectativas normativas que ele é capaz de oferecer. Desta forma, o Estado adota tal forma de repressão, sob justificativa e argumento de ser a maneira encontrada de manter a segurança da sociedade, isso sem uma reflexão sobre os reais motivos do aumento dos índices de criminalidade em sua totalidade. Portanto, não restam dúvidas de que o encarcerado é possuidor, pelo menos em tese, desses direitos, pois o

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2023.v10n1.p448-474>

legislador no caput do artigo 5º da Constituição Federal tratou de explicitar e deixar claro, ao determinar que todos são destinatários, ou seja, se são todos, então o preso está inserido no contexto dessa previsão.

Segundo o Direito Penal, isto significa que o homem, ainda que esteja submetido à punição estatal, deve ter seus direitos respeitados, ou seja, as punições devem ocorrer dentro de um critério que respeite os princípios da justiça e os direitos do homem. No âmbito normativo, o Estado brasileiro adotou uma política de execução penal pautada no princípio da dignidade da pessoa humana e na proibição de tratamento desumano e degradante ao preso, inclusive estabelecendo o princípio da individualização da pena para que, por meio de medidas ressocializadoras, o sofrimento do preso pudesse ser minimizado. Contudo, ante ao direito de punir, previsto na Constituição de 1988 e os reflexos na execução da pena privativa de liberdade tem-se um desencontro entre a prática na execução da prisão com os princípios constitucionais, notadamente o da individualização da pena e da proibição de penas cruéis, projetando-se no sentido de instigar qual seria o resultado prático da prisão se os presos tivessem resguardados os seus direitos constitucionais.

A Constituição Federal traz uma série de princípios garantidores dos direitos fundamentais do cidadão frente ao poder punitivo do Estado, refletindo posições ideológicas, filosóficas e políticas, com o estabelecimento de valores primordiais a serem seguidos, a saber: liberdade, igualdade e justiça. Contudo, referidos valores servem como base para interpretações sobre matéria penal em normas infraconstitucionais. Bitencourt (2012, p. 47) compreende que a Constituição Federal apresenta princípios específicos do âmbito penal, que seguem a linha da teoria da pirâmide de Kelsen, adotada e utilizada no ordenamento jurídico brasileiro, concede orientações ao legislador infraconstitucional “para a adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, embasado em um Direito Penal da culpabilidade, mínimo e garantista.

Em consonância aos valores e posições ora mencionados, adotados pelo constituinte, o inciso XLVI, do artigo supracitado, trata sobre o

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2023.v10n1.p448-474>

chamado princípio de individualização da pena, in verbis: Art. 5º 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, nos termos seguintes: XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos (BRASIL, 1988).

Nesse diapasão, o princípio da individualização da pena, consiste primordialmente em mensurar a pena aplicada ao caso concreto, considerando que cada agente possui um histórico pessoal, passível de receber a punição que lhe seja devida, e sempre em observância do devido cumprimento legal. Não obstante, a Constituição consagra a humanização das penas através do artigo 5º, inciso XLVII de que “não haverá penas: de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis” (BRASIL, 1988). E mais uma vez individualizando a pena em relação à conduta do apenado quando da previsão no inciso XLVIII dispendo que “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado” (BRASIL, 1988), assegurando no inciso XLIX, o respeito à integridade física e moral dos presos.

Nelson Hungria, citado por Luiz Luisi, assevera que deve ser compreendido pelo princípio da individualização da pena, ou seja, para retribuir o mal concreto do crime, com o mal concreto da pena, na concreta personalidade do criminoso (LUIZI, 1991, p. 37).

Desse modo, o referido princípio exterioriza a conclusão de que a pena deve, em tese, ser aplicada proporcionalmente face à lesão, ao bem jurídico tutelado e a medida de segurança do agente. Para tanto, cumpre elucidar que o processo de individualização da pena ocorre em três etapas complementares: o legislativo, o judicial e o executório ou administrativo. Mediante uma hermenêutica constitucional, percebe-se que o primeiro momento é o legislativo, pois é aqui que o legislador vai selecionar as condutas, positivas ou negativas, que “atacam os bens mais importantes” (GRECO, 2012, p. 69).

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2023.v10n1.p448-474>

Nessa primeira fase, o legislador estabelece um critério político-criminal, e a partir dele, faz a atribuição a cada tipo penal, que deve ser sempre proporcional ao bem jurídico protegido e à gravidade da ofensa, de forma a individualizar as penas de cada infração penal. Barros (2011, p. 112) considera que todo processo de individualização, de adequação da pena ao fato e à pessoa concreta, está limitado pelos princípios da legalidade, da necessidade e da proporcionalidade.

Greco (2012, p. 69) discorre que a proteção à vida requer que seja feita com uma ameaça de pena mais severa do que aquela prevista para resguardar o patrimônio; um delito praticado a título de dolo terá sua pena maior do que aquele praticado culposamente; um crime consumado deve ser punido mais rigorosamente do que o tentado entre outros.

No que tange a individualização legislativa: o primeiro responsável pela individualização da pena é o legislador, afinal, ao criar um tipo penal incriminador inédito, deve-se estabelecer a espécie de pena (detenção e reclusão) e a faixa na qual o juiz pode mover-se (ex.: 1 a 4 anos; 2 a 8 anos; 12 a 30 anos) (NUCCI, 2012 p. 173).

Em um segundo momento, tratando-se da individualização judiciária, depois de realizada a análise sobre a teoria analítica do delito, bem como constatado de que o fato cometido é típico, ilícito e culpável, passa-se então a individualizar a pena correspondente, momento em que o magistrado profere a sentença que cominou as sanções penais. Logo, a individualização judicial ocorre na sentença penal condenatória, momento em que, depois de seguidos todos os trâmites do processo penal se chega ao momento de aplicar a pena ao caso concreto.

Nucci (2012 p. 173) discorre que sobre a concretização da pena abstrata por meio da sentença penal condenatória: b - individualização judicial: na sentença condenatória, deve o magistrado fixar a pena concreta, escolhendo o valor cabível, entre o mínimo e o máximo, abstratamente previstos pelo legislador, além de optar pelo regime de cumprimento da pena e pelos eventuais benefícios.



<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2023.v10n1.p448-474>

Como consequência o juiz, orientado por meio do artigo 59 do Código Penal, estabelece as regras básicas da individualização da pena, a fim de reprovar o crime cometido pelo agente. Então, o magistrado estabelecerá as penas aplicáveis, sua quantidade, o regime de execução, e a possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em casos que caibam a suspensão condicional do processo ou até mesmo o oferecimento de uma transação penal.

Além do caput e incisos do artigo supracitado, o juiz deverá determinar se atentando aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, in verbis: Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. I - As penas aplicáveis dentre as cominadas; II - A quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - O regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - A substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível (BRASIL, 1940).

Como podemos verificar no artigo 59, do Código Penal, observa-se que o legislador estabelece que a pena seja necessária e suficiente para a reprovação e a prevenção do crime. De acordo com as circunstâncias judiciais, não definidas pelo legislador, fica por parte da discricionariedade do julgador, que terá a missão e obrigação de identificá-las nos autos e fazer a devida mensuração. Entretanto, verifica-se que o artigo supracitado possui uma gama imensa de discricionariedade, motivo pelo qual o artigo traz elementos apenas exemplificativos, estabelecendo parâmetros a serem seguidos. Ainda que estejam presentes em sua decisão, possivelmente haverá a influência e aspectos de sua personalidade.

Destarte, ao analisar e valorar as referidas circunstâncias, o magistrado deve fazer de forma individualizada e, de forma alguma, de maneira genérica. Com a definição das circunstâncias judiciais, haverá a fixação da pena base, o juiz deverá observar as circunstâncias agravantes e atenuantes do delito, nos termos do artigo 68 do Código Penal e, por derradeiro, as causas de diminuição e aumento da pena,

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2023.v10n1.p448-474>

previstos no mesmo dispositivo. Dissertando sobre o assunto, Frederico Marques assim aduz: “A sentença é, por si, a individualização concreta do comando emergente da norma legal.

É necessário “que esse trabalho de aplicação da lei se efetue com sabedoria e justiça, o que só se consegue armando o juiz de poderes discricionários na graduação e escolha das sanções penais.” Marques (1999, p. 297) descreve como um *arbitrium regulatum*, consistente na faculdade a ele expressamente concedida, sob a observância de determinados critérios, de estabelecer a quantidade concreta da pena a ser imposta, entre o mínimo e o máximo legal para individualizar as sanções cabíveis. Com a individualização judiciária, a sanção penal aplicada nos termos supracitado, concretiza-se com a efetiva execução penal. Luisi (1991, p. 39) cita que é nesse momento que a sanção penal “começa verdadeiramente a atuar sobre o delinquente, que se mostrou insensível à ameaça contida na cominação”.

Desse modo, com a certificação do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, advém a Execução Penal do condenado, preconizada no artigo 5º da Lei de Execução Penal, que enfatiza que os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal. Esse conceito possui um condão humanístico, com a função de resguardar direitos ao ser humano que transgredir normas penais, determinando as espécies de penas aplicáveis, todas compatíveis com a ideia de dignidade humana.

Na Lei de Execuções Penais - nº 7.210, de 11 de julho de 1984 por parâmetros que devem ser observados no período da execução da pena, para assegurar os direitos aos presos que estão em cumprimento da pena, e ainda prevê diretrizes de assistência aos presos no que tange à ressocialização, sendo essencial que o preso seja assistido em suas necessidades. Assim, o Estado tem a obrigação de fornecer, direta ou indiretamente, assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, bem como o fornecimento de estrutura material e imaterial, para que volte a conviver em sociedade.

Júlio Fabbrini Mirabete discorre que, por meio de estudos referentes à matéria, de modo gradual, chegou-se ao ponto de vista de que a execução penal não pode ser

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2023.v10n1.p448-474>

igual para todos os presos – justamente porque nem todos são iguais, mas sumamente diferentes nem tampouco a execução pode ser homogênea durante todo o período de seu cumprimento. Com ausência de dúvida de que nem todo preso deve ser submetido ao mesmo programa de execução e que, durante a fase executória da pena, se exige um ajustamento desse programa conforme a reação observada no condenado, só assim se podendo falar em verdadeira individualização no momento executivo. Individualizar a pena, na execução, consiste em dar a cada preso as oportunidades e os elementos necessários para lograr sua reinserção social, posto que é pessoa, ser distinto.

De forma que com individualização, portanto, deve aflorar técnica e científica, nunca improvisada, iniciando-se com a indispensável classificação dos condenados a fim de serem destinados aos programas de execução mais adequados, conforme as condições pessoais de cada um” (MIRABETE apud GRECO, 2012, p. 70-71).

Finalmente, pela individualização da pena, como ficou demonstrada, é um dos pilares na condenação do infrator e, por assim ser, deve ser levado em consideração desde o momento do cometimento da infração até o seu dia final, quando o mesmo estará em plena liberdade.

No que se pesa toda a fundamentação jurídica e todo aparato constitucional, a realidade prática, por vezes, nos evidencia um distanciamento de tais garantias de humanização e individualização da pena pelos poderes políticos, seja pelo Legislativo, com a edição de leis cada vez mais severas, com o intuito de penalizar o ofensor; tanto pelo Judiciário, como responsável pela sua aplicabilidade; ou até mesmo pelo Executivo, que mantém o cárcere abarrotado de pessoas em condições degradantes e desumanas, aumentando ainda mais o foco da criminalidade.

Evidenciando a situação que se torna ainda mais alarmante se consideramos os indivíduos que não se encontram dentro de um padrão heteronormativo imposto pela sociedade. Portanto, ao abordar o termo binarismo no sistema penitenciário, é necessário que haja uma compreensão da linguagem constitutiva e construtiva do

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2023.v10n1.p448-474>

sistema penitenciário, com suas raízes no sistema ocidental o que gera um conflito no atual sistema carcerário, conforme será analisado no tópico a seguir.

2.1.1 O binarismo-sexual institucionalizado no sistema penitenciário

Considerando o aspecto pluralista da sociedade, assim como a cidadania enquanto fundamento que ultrapassa direitos políticos e a dignidade da pessoa humana como centro da estrutura do Estado, o direito de exercer a identidade em grau de igualdade, liberdade e sem discriminação de qualquer tipo é um postulado capaz de demonstrar, inclusive, que em uma sociedade democrática é preciso observar as demandas por inclusão social, política, cultural e econômica. Neste aspecto, torna-se notório e evidente que os indivíduos que não se adequam ao padrão heteronormativo encontram-se socialmente mais vulneráveis, considerando que apesar da estrutura normativa vigente, em tese, pautada na proteção da dignidade da pessoa humana e nos direitos e garantias fundamentais, as pessoas gays, lésbicas, transgêneros e todo aquele que não esteja inserido no padrão imposto, encontram obstáculos para exercer sua identidade de gênero nos moldes constitucionais e democráticos.

Ao abordar o termo binarismo no sistema penitenciário, é necessário que haja uma compreensão da linguagem constitutiva e construtiva do sistema penitenciário, com suas raízes no sistema ocidental e sempre interligado ao sexo do indivíduo, efetuando uma divisão da sociedade entre homens e mulheres, por meio, único e exclusivo, ao sexo genital do agente.

Contudo, essa separação traz um problema e um conflito no atual sistema carcerário. Neste sentido, se temos a definição apenas de homens e mulheres cisgêneros como usuários e que são enquadrados nas premissas do sistema carcerário, há que se afirmar que os grupos que não são definidos por esse critério são banidos, como exemplo, as pessoas transexuais, que fogem dos padrões impostos pelo gênero, portanto, acaba por ter desrespeitada a sua dignidade.

Ademais, observa-se que o conceito de normal e anormal decorre da formação básica da sociedade brasileira, historicamente, relacionada unicamente à noção de

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2023.v10n1.p448-474>

casamento, filhos, religião, profissão, sempre em relações heterossexuais, fazendo com que os valores dominantes em cada momento histórico pautassem um sistema de exclusão sob preconceitos discriminantes, bem como sob limitação pela crença da maioria.

Contudo, o Direito instituído como um mecanismo regimentado da ordem social reflete, portanto, a sociedade humana, devendo ser compreendida diferentemente de uma situação natural, sem interferências passadas, bem como pelas mudanças futuras, mas pautando-se nas modificações contínuas no decorrer da história.

Não obstante, sobre o assunto, citando que sociedade em que vivemos é, em suma, também realidade cultural e não mero fato natural (...). A convivência dos homens (...) é algo que se modifica através do tempo, sofrendo influências várias, alterando-se de lugar para lugar e de época para época (REALE, 2000, p. 20).

De forma que tudo o que foge do padrão heteronormativo, não recebe a devida atenção e respaldo no ordenamento jurídico brasileiro, apresentando a problemática das novas identidades frente ao binarismo, reconhecida nos sistemas penitenciários ocidentais, no contexto nacional, para a definição de normas de gênero com base no mesmo critério. Sobre o assunto, encontra-se pertinente passagem na obra de Thiago Bonfim pela busca pelo 'corpo apropriado' ao gênero não é sinônimo de busca pela heterossexualidade.

De modo que a cirurgia pode colaborar para uma tentativa de minimizar problemas e conflitos potenciais pela inadequação às "normas de gêneros", em toda a dimensão identitária referente às discussões de gênero, especialmente em ambientes que obriguem explicações sobre si mesmo. (BONFIM, 2009, p. 51).

Considera-se a existência de transexuais presos nas penitenciárias femininas, que não sofrem preconceitos pela sua condição transexual por terem seu sexo anatômico em conformidade com o seu sexo biológico e que podem ser encaixados aos padrões binários. Destarte, apesar da configuração de um aparente paradoxo ao

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2023.v10n1.p448-474>

retornar ao binarismo, podemos verificar que esses pensamentos são conflitantes. Mesmo com a divisão sexual-anatômica do cárcere brasileiro é ratificada pela Lei de Execução Penal - LEP, nº 7.210/84.

Nota-se que a segregação pelo sexo a partir da leitura dos artigos 89 e 90, que afirmam os critérios binários e omitem o trato das travestis e transexuais. Art. 89. Com os requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres deve ser dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa. Art. 90. E a penitenciária de homens será construída, em local afastado do centro urbano, à distância que não restrinja a visitação.

Com a Lei de Execução Penal traça condições de concretização do cárcere que estão muito distantes da realidade brasileira. Ratifica-se ainda, o fato desta silenciar na questão das travestis e transexuais, limitando-se a uma divisão sexual, não concretizando princípios norteadores da Constituição de 1988: Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana; Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Essa polêmica demonstra e evidencia uma necessidade para se adaptar e formular políticas no trato de pessoas transexuais e o seu difícil enquadramento no sistema penitenciário brasileiro, por sua vez, binário, que desconsidera, na prática, a dignidade da pessoa humana e em especial, desse grupo de pessoas, simplesmente por ignorar sua identidade de gênero, Responsabilidade civil objetiva.

Nos últimos anos, a atuação das organizações da sociedade civil como a Associação de Travestis e Transexuais do RS - Igualdade, Pastoral Carcerária, Instituto Terra, Trabalho e Cidadania, Somos – Comunicação, Saúde e Sexualidade, entre outros, bem como as pesquisas acadêmicas que analisam o encarceramento de LGBT (PASSOS, 2014; FERREIRA, 2014; ZAMBONI, 2015; BENFICA & ALMEIDA, 2014; LAMOUNIER, 2018) vem tornando visível certa tendência do tratamento penal de LGBT no Brasil. Coerente com a demanda que se apresentava, as representações da

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2023.v10n1.p448-474>

sociedade civil que compunham o Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCD/LGBT) e a Diretoria de Promoção dos Direitos de LGBT articularam-se com o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) e produziram a Resolução Conjunta Nº 1, DE 15 DE ABRIL DE 2014 que tem por objetivo estabelecer parâmetro de tratamento penal para LGBT.

Essa resolução certamente estabelece um marco, uma vez que serve como a primeira base de consulta de abrangência nacional do que seriam as boas práticas para o acolhimento de LGBT nas prisões. Entretanto, alguns pontos já se mostram insuficientes em face da complexidade do tema. O documento traz um breve glossário denominando as especificações para cada uma das categorias atingidas pela resolução. Tomando-as como categorias analíticas, é preciso fazer algumas ressalvas.

A resolução define lésbicas, gays e bissexuais, respectivamente, como: denominação específica para mulheres que se relacionam afetiva e sexualmente com outras mulheres; denominação específica para homens que se relacionam afetiva e sexualmente com outros homens; pessoas que se relacionam afetiva e sexualmente com ambos os sexos. Estas definições dão conta, em certa medida, dos sujeitos que se autodeclaram lésbicas, gays e bissexuais, entretanto, acaba deixando de fora uma categoria muitíssimo importante no contexto prisional: as mulheres ou os homens que se relacionam com pessoas do mesmo gênero e que não se autodeclaram homossexuais, tampouco bissexuais.

Bassani (2013), ao analisar prisões masculinas, e Cunha (1991), ao problematizar prisões femininas, já apontam para as condições situacionais do desejo sexual em situação de encarceramento. Em pesquisas que tratam especificamente do encarceramento de LGBT em prisões masculinas, a figura dos *maridos* (Passos, 2015) é bastante recorrente, mesmo que a nomenclatura mude dependendo da prisão em questão. Esses homens narram que mantém relações sexuais, muitas vezes desenvolvendo laços afetivos, com outros homens na prisão, mas não se declaram homossexuais.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2023.v10n1.p448-474>

As travestis, os gays e seus maridos compõem um grupo aparentemente heterogêneo, mas que compartilham um elemento que produz certo efeito de coalizão, talvez até uma solidariedade identitária. São unidos pela pressuposição de coerência entre a substância de suas práticas não-normativas, mesmo que de diferentes ordens, e a constante situação de risco, a possibilidade eminente de serem vítimas de violência. São agentes de uma discursividade que os produz ao mesmo tempo em que é produzida. [...] Ao transitar pelos corredores do PCPA (Presídio Central de Porto Alegre) os outros fragmentos identitários que os constituem enquanto sujeitos são estrategicamente esquecidos. São unificados. Todos são chamados pelo mesmo nome. Todos são bichas. (PASSOS, 2014).

No caso das prisões masculinas, tanto ao se relacionarem com outros homens quanto quando se relacionam com travestis e mulheres transexuais, os maridos também se tornam alvo de violência. Considerando esse risco, algumas prisões no Brasil estendem o acesso às galerias/ alas/celas reservadas aos LGBT também aos maridos.

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

Para além da Resolução Conjunta Nº 1, nos últimos anos outras resoluções vêm sendo publicadas, no âmbito estadual e no Distrito Federal⁷. Na esfera internacional, a Corpora en Libertad - Rede Internacional de Trabalho com Pessoas LGBTI+ Privadas de Liberdade, através da contribuição das entidades e organizações da sociedade civil que a compõem, produziu um relatório descrevendo a situação do tratamento penal de LGBT em 11 países da América Latina e do Caribe.

A publicação do guia de monitoramento voltado para a particularidades da população de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais “Por uma proteção efetiva das pessoas LGBTI privadas de liberdade”⁹ produzido e publicado pela Associação de Prevenção à Tortura (APT) é outro marco de impacto internacional no tocante ao tema. A abrangência do diagnóstico realizado pela Corpora en Libertad

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2023.v10n1.p448-474>

estabelece alguns pontos de convergência importantes acerca do fenômeno do encarceramento de LGBT e a forma com que as instituições prisionais realizam a execução da pena para essa população.

Dentre os aspectos trazidos no relatório é importante ressaltar como a intersecção entre o caráter *genitalista*, definido pela genital, e os argumentos protetivos quanto à alocação dos presos LGBT, sobretudo de apenadas/apenados travestis e transexuais, produzem pontos de convergência nas narrativas dos operadores da segurança. Em outras palavras, as administrações prisionais nos 11 países pesquisados valem-se do argumento do risco ao qual essa população estaria submetida caso seja alocada em celas, galeria ou pavilhões juntamente com internos não- LGBT.

Está colocada uma grande narrativa *genitalista* que configura um ponto comum enquanto noção como norteadora das alocações de presas e presos travestis e transexuais. O relatório aponta para a identificação genital como orientadora do encaminhamento de pessoas travestis e transexuais para prisões masculinas (quando trata-se de uma pessoa dotada de pênis) ou prisões femininas (quando trata-se de uma pessoa dotada de vagina).

Ademais, a Resolução Conjunta Nº 1, as resoluções estaduais, a distrital ou até mesmo o relatório da Rede Corpora en Libertad, mostram-se insuficientes em face da recente regulamentação da retificação do prenome e/ou do gênero nos registros de nascimento e casamento de pessoas trans no Brasil. A facilitação desse procedimento de retificação, previsto no Provimento Nº 73, do Conselho Nacional de Justiça, publicado no dia 28/06/2018, caracteriza um acontecimento paradigmático, em especial no tangente aos seus impactos nos protocolos de recolhimento e tratamento penal de pessoas LGBT nas prisões brasileiras.

A publicação da regulamentação implica no rápido aumento no número de pessoas trans que podem ter acesso à retificação de seus registros civis, uma vez que, segundo as normas dispostas no Provimento Nº 73, o procedimento é realizado com base na autonomia da pessoa requerente e mediante a apresentação documental no ato do requerimento. O aumento da população trans com nome e/ou gênero retificado

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2023.v10n1.p448-474>

desencadeia efeitos nas mais diversas instituições, afinal, o funcionamento institucional regular, via de regra, é orientado a partir de uma matriz cisnormativa, ou seja, parte do pressuposto que operariam apenas com pessoas cisgêneras.

Do ponto de vista das instituições prisionais, o despreparo para lidar com os efeitos do aumento da população trans com registro civil retificado pode acarretar consequência deletérias para essa população. Por exemplo, um homem trans que tenha realizado a retificação do prenome e do sexo no seu registro civil, uma vez recolhido por um agente da segurança pública, será encaminhado para uma prisão masculina. Apenas reiterando o óbvio, um ambiente repleto de homens cisgênero configura extremo risco para os homens trans, tornando-os alvos dos mais diversos tipos de violência física e sexual.

De forma geral, mesmo considerando a existência da resolução nacional, das estaduais e da distrital, além das recomendações feitas por entidades internacionais, o recolhimento e o tratamento penal de LGBT ainda são realizados de forma casuística. Em outras palavras, não existem parâmetros de regularidade instituídos que resguardem a integridade e o respeito às especificidades dessa população, tampouco que sirvam de orientação para os próprios agentes penitenciários.

Esta consultoria visa a produção de dados qualificados sobre o tratamento penal de LGBT em níveis macro e micro. Por um lado, em face da vulnerabilidade estrutural que pessoas LGBT estão submetidas nas prisões, é imprescindível a criação de um conjunto de protocolos e metodologias que orientem práticas institucionais na direção da identificação, operacionalização e respeito às demandas específicas dessa população em todo o Brasil. Por outro lado, é necessário levar em consideração as especificidades de cada estado e região na produção desse tipo de protocolo a fim de potencializar a atenção e atendimento às demandas locais.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Podemos verificar que o conceito de gênero na perspectiva socialmente construída (homem/mulher) é responsável para gerar a exclusão dos indivíduos com o

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2023.v10n1.p448-474>

padrão heteronormativo. Verificamos também que essa marginalização engloba todos os âmbitos sociais, pelo fato que a própria estrutura social aborda o “não lugar” dessas pessoas. Como podemos verificar ao longo do texto que com a rotulação binária do masculino e feminino, com traços políticos, sociais e culturais de acordo com a similaridade com o sexo biológico. Essa categorização, desde os primórdios, constituída pela repetição de ações e por tornar hegemônico um padrão heteronormativo, e cisnormativo. Verificando a normalização em tratar o gênero como sinônimo de sexo e um desvio social em qualquer indício que se afaste desse padrão.

Tornando a população transgênera um grupo vulnerável socialmente. Mesmo diante da existência de legislações que confere direitos e garantias sem qualquer distinção de indivíduos, notoriamente existem os que contrapõem à norma de gênero, tem suprimidos seus direitos básicos, inclusive a legitimidade da própria identidade de gênero, tal qual ocorre historicamente com as transexuais e travestis. Com o sistema jurídico através de omissões e exclusões declaradas que marginaliza os que não se enquadram no padrão binário. Sendo *corpost* eu que já possuem determinados os lugares que podem ou devem ocupar e é naturalizado socialmente.

De forma que a vida da população transgênera é pautada na violência, realidade essa com origem antes mesmo de serem submetidas à prisão, contudo, considerando o recorte específico do cárcere, a deslegitimação de sua identidade de gênero inaugura uma infinidade de hostilidades que as colocam, não rara às vezes na condição de subalternas. Esse processo tem como ponto de partida a determinação da unidade prisional na qual cumprirão a pena privativa de liberdade.

4 REFERÊNCIAS

BASSANI, Fernanda. **Visita íntima:** o gerenciamento da sexualidade nas prisões do Brasil. 2013. 150 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Psicologia Social e Institucional, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013.

BARROS. Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal: parte Geral.** Vol. 1. 2ª ed. São Paulo. Saraiva, 2011

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2023.v10n1.p448-474>

BENFICA, Jessica; ALMEIDA, Felipe. (2014). **Os discursos legitimadores da política pública de criação de Alas específicas para a população carcerária LGBT**. Anais do Congresso de Diversidade Sexual e de Gênero. Disponível em: <https://anaiscongressodivsex.wordpress.com/sumario/>. (acesso em 30.01.2022)

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOMFIM, Patrick Thiago. **Discriminação e Preconceito: Identidade, cotidiano e religiosidade de travestis e transexuais**. In: Brasília. Tese de mestrado da Universidade Católica de Brasília. Disponível em: . Acesso 30.01.2022

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 30.01.2022

BRASIL. **Relatório sobre a violência homofóbica no Brasil**, 2012, p. 64. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/noticias/2013/junho/numero-de-denuncias-de-violencia> Acesso em: 30.01.2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 4275/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio**. Consultar Processo eletrônico. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProce> Acesso em: 30.01.2022

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos. **Relatório sobre Violência Homofóbica no Brasil: ano de 2012**. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/pdf/relatorio-violencia-homofobica-ano> Acesso em: 30.01.2022.

CANOTILHO, Gomes et al (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CUNHA, M. C. F. **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?** Tradução: Marina Vargas, 2. ed. Rio de Janeiro, Difel, 2018.

DOTTI, Renê Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2023.v10n1.p448-474>

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal** - a constituição penal. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

FERREIRA, Guilherme Gomes. **Travestis e prisões: experiência social e mecanismos particulares de encarceramento no Brasil**. Curitiba: Multideia, 2015.

FOUCAULT, Michel. **O governo de si e dos outros – curso no Collège de France** (1982- 1983). São Paulo: Martins Fontes, 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

LAMOUNIER, Gabriela Almeida Moreira. **Gêneros Encarcerados: uma análise transviada da política de Alas LGBT no Sistema Prisional de Minas Gerais**. 2018. 221 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Psicologia, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. 3 v. São Paulo: Millenium, 1999

MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e processuais penais comentadas**. 6ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PASSOS, Amilton Gustavo da Silva. **Uma ala para travestis, gays e seus maridos: Pedagogias institucionais da sobrevivência no Presídio Central de Porto Alegre**. 2014. 108 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Educação, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014

RABELO, César Leandro de Almeida; VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo et al. **A privatização do sistema penitenciário brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2960, 9 ago. 2011. Disponível em: Acesso em: 30.01.2022

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2023.v10n1.p448-474>

REALE JÚNIOR, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROLIM, Marcos. **Prisão e Ideologia: limites e possibilidade para a reforma prisional no Brasil**. Revista de Estudos Criminais, n. 12, Rio Grande do Sul, 2003.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. Florianópolis, Conceito, 2012.

STRECK, Lenio Luiz.. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. 3ª. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora. 2013.

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