



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADJACENTES INVISÍVEIS: MINORIAS SEXUAIS E ENCARCERAMENTO

Lucas de Souza Damasceno Ramos

Rio de Janeiro
2020

LUCAS DE SOUZA DAMASCENO RAMOS

ADJACENTES INVISÍVEIS: MINORIAS SEXUAIS E ENCARCERAMENTO

Monografia apresentada como exigência para conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Orientadora:

Prof^ª. Flávia da Costa Limmer

Coorientadora:

Prof^ª Mônica Cavalieri Fetzner

Rio de Janeiro
2020

LUCAS DE SOUZA DAMASCENO RAMOS

ADJACENTES INVISÍVEIS: MINORIAS SEXUAIS E ENCARCERAMENTO

Monografia apresentada como exigência de conclusão de Curso da Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Aprovada em _____ de _____ de 2020. Grau atribuído: _____

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Prof. Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ.

Convidado: Prof. Sérgio Alexandre Cunha Camargo – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ.

Orientadora: Prof^ª. Flávia da Costa Limmer - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ – NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESTE TRABALHO, QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO(A) AUTOR(A).

À todas as mulheres incríveis que por anos rodeiam minha vida. À Taylor Swift e seu Miss Americana por me lembrarem que se cada um fizer o seu pouquinho todo dia, a mudança social ocorrerá.

Ao meu pai por me ensinar sobre antigas gerações. À minha mãe por me mostrar que conceitos podem evoluir. Às novas gerações pela esperança que minhas irmãs me dão de que o mundo já vem mudando. Às novas gerações pela esperança que minhas irmãs me dão de que o mundo já vem mudando.

AGRADECIMENTOS

Não é de hoje que minhas conquistas são devido às vozes femininas.

Nessa caminhada exaustiva interceptada por uma pandemia global não vejo outro jeito de iniciar essa seção, senão pelos incríveis profissionais dessa instituição. Sem a paciência e diligência da Claudia Carreiro e da Tarcila Venusia, certamente eu não teria conseguido finalizar esse projeto que amo tanto. Por esse motivo, meu primeiro obrigado vai a essas duas mulheres incríveis.

No seio familiar, eu efetivamente não estaria aqui sem o amor da minha maior alegria nesse mundinho: minha avó. À dona Cicica rolo de pastel, a única pessoa que esteve verdadeiramente ao meu lado durante todas as grandes dificuldades da minha vida, o meu muito obrigado. Sei que só isso não é suficiente para expressar o quão importante a decisão de me deixar habitar o sofá da sua casa fora na minha vida. Eu nunca fui verdadeiramente eu em lugar nenhum além das paredes dessa sala da qual te escrevo hoje. Você é o grande alicerce da minha vida e eu sei que tenho sorte por todos os acontecimentos que me levaram até aqui à cinco anos atrás. A vida age em caminhos estranhos.

Também não há como deixar de trazer luz ao trabalho incrível realizado por Mônica Cavaleri que teve a compaixão certa e delicadeza necessária para me ajudar a produzir esse estudo do qual me orgulho tanto hoje. Da mesma forma, Flávia Limmer, mais uma musa desse trabalho, se destaca. Sem a orientação proporcionada por vocês, questionamentos e sugestões feitas esse trabalho estaria longe de ser o que é. Tudo, desde a linguagem que adoto até a visitação de conceitos estranhos ao direito, foi pontualmente revisado pelo olhar atento de duas das melhores comunicadoras de conhecimento que tive o prazer de trabalhar até hoje. Meus sinceros agradecimentos. Cantarolo "*To sir with love*" ao escrever isso, e essas palavras nunca fizeram tanto sentido antes.

Quando eu digo que vozes femininas me rodeiam eu estou sem dúvidas fazendo uma remissão à toda a minha história. Dentre essas vozes eu posso reconhecer e destacar muitas. Me restrinjo a nomear apenas às mais fortes: Luanny Christine, Nathália Penaforte, Carolina Macedo, Rayani Letícia, Caroline Fernandes, Pâmela Silveira, Nathália Silveira, Marilza Silveira, Paula Company. Na minha família ainda escuto as vozes de Letícia Damasceno, Milena Damasceno, Amanda Damasceno, Sônia Borborema e Simone Borborema. Eu poderia passar horas citando outras mulheres incríveis. Poderia ir até a literatura e agradecer à Simone de Beauvoir, à militância com Bruna Benevides ou à música pop e agradecer à Britney Spears.

Fato é que sem todas as inferências que tive e tenho de todas essas mulheres fortes eu nunca teria conhecido minha integralidade existencial da mesma forma. Por isso finalizo esses agradecimentos hoje pugnando por um mundo no qual todos tenham esse mesmo privilégio: o de ouvir às vozes de todas as pessoas que integram o espectro feminino de gênero, reconhecendo a elas o peso que lhes são devidas.

"A Mãe Natureza não se importa se homens se sentem sexualmente atraídos uns pelos outros. Apenas mães humanas inseridas em determinadas culturas fazem escândalo ao saber que seu filho tem um caso com o vizinho. A explosão de raiva da mãe não tem base biológica. (...) A biologia permite que as mulheres tenham filhos - algumas culturas obrigam mulheres a concretizar essa possibilidade. A biologia permite que homens pratiquem sexo uns com os outros - algumas culturas os proíbem de concretizar tal possibilidade".

Yuval Noah Harari

SÍNTESE

Segundo dados nacionais e internacionais, o Brasil é um dos países mais perigosos para pessoas LGBTQIA+ do mundo. Aspectos históricos, culturais e até linguísticos indicam a orientação social da população neste sentido. Trata-se de país que invisibiliza a existência desse grupo no cotidiano social, colocando-os à margem das deliberações políticas e administrativas norteadoras. Como resultado de um sistema social opressor vê-se o crescente movimento por tratamento compatível com a vulnerabilidade desses indivíduos extraída das deliberações cotidianas. O presente trabalho se dispõe a discutir a compatibilidade dessas reivindicações com o ordenamento jurídico pátrio quando da demanda por especial proteção de agentes LGBTQIA+ inseridos no sistema prisional. Para tanto, é imperativo traçar diretrizes básicas acerca da contemporaneidade do tema expondo o panorama histórico das minorias sexuais no Brasil nos aspectos sociais e jurídicos. Não obstante, o debate preliminar referente ao sistema prisional brasileiro e os fatos sociais fundamentadores da divisão de gênero pautada exclusivamente na identificação do órgão sexual do indivíduo, conforme diretrizes legislativas, acarretam a análise crítica fundamental dos reflexos desse sistema de segurança na Dignidade Humana dos presos.

PALAVRAS - CHAVE: Direito Constitucional; Direito Penal; LGBTQIA+; Falocentrismo; Sistema Prisional; Vulnerabilidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. PANORAMA ATUAL ACERCA DAS MINORIAS SEXUAIS NO BRASIL	12
1.1. Nomear para Reconhecer	15
1.2. Terminologia adequada	19
1.3. Direito à Identidade como Direito de Personalidade	24
1.4. O protagonismo do Poder Judiciário na consolidação de direitos da população LGBTQIA+	30
1.5. Sexo como indexador carcerário?	36
2. DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO	40
2.1. Da pena	44
2.2. Das diretrizes da legislação aplicável	47
2.3. Dignidade da Pessoa Humana X Segurança Pública: Os Direitos Fundamentais da pessoa presa	54
2.4. ADPF nº 347: Estado de Coisa Inconstitucional nos presídios brasileiros	59
2.5. ADPF nº 527: Gênero como indexador carcerário?	66
3. MINORIAS SEXUAIS: DE UM OLHAR GLOBAL À SITUAÇÃO DESSAS QUANDO INSERIDAS NO CÁRCERE BRASILEIRO.....	68
3.1. Do Relatório Juan	74
3.2. Dos Princípios de Yogyakarta	77
3.3. Mapeamento da situação dos LGBTQIA+ inseridos no cárcere brasileiro?	82
3.4. Institucionalização da invisibilidade dos crimes sexuais em presídios?	95
3.5. Das recomendações específicas do Relatório "LGBT nas prisões do Brasil: Diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento"	98
4. ALAS LGBTQIA+ EM PRESÍDIOS: JUSTIFICATIVAS FINAIS E MEIOS PROPOSTOS	100
4.1. Do revisionismo da sistemática educacional vigente, capacitação e aperfeiçoamento dos profissionais insertos em funções carcerárias	104
4.2. Do encarceramento de pessoas com identidade e/ou expressão de gênero diversa da cisgênero	108
4.3. Do encarceramento de pessoas com sexualidade diversa da heteronormativa	113
4.4. Dos contra-argumentos recorrentes	115
4.5. Das reivindicações mais controversas	122
CONCLUSÃO	133
REFERÊNCIAS.....	136

INTRODUÇÃO

A presente monografia se propõe a discutir a situação de pessoas LGBTQIA+ inseridas no cárcere brasileiro. A relevância social do tema proposto se extrai da problemática fática resultante da divisão pautada no falocentrismo do sistema carcerário. Propõe-se apresentar e discutir que tal sistemática impulsiona uma hipervulnerabilidade desta população.

A pesquisa é desenvolvida com base em dados quantitativos já produzidos, apresentando uma abordagem qualitativa acerca do tema delimitado. Possui como objetivo descrever aspectos relevantes sobre o tema, explicar conceitos mal disseminados na ideia média do senso comum brasileiro e explorar soluções à problemática constitucional/penal existente no aspecto interno do país quanto ao encarceramento de LGBTQIA+.

Desse modo, imperativo contextualizar o cenário social do país quando da tratativa dessas pessoas enquadradas como minorias sexuais, base teórica central e fundamentadora da construção do primeiro capítulo.

Debruça-se sobre as estruturas linguísticas e conceituais básicas acerca da tratativa pretendida como inauguração do debate proposto. Conceitos de "gênero" e "sexo" assim como a análise propriamente dita dos caracteres que integram o grupo social identificado como LGBTQ+ são instrumentos primordiais para possibilitar o aprofundamento necessário ao presente.

Tal importância é elucidada quando da introdução dos conceitos teóricos correlatos à Teoria do Reconhecimento, pontuada no presente a partir da interpretação de Honneth. Spargo, Pearse e Beauvoir são nomes também imperativos para as análises propostas no primeiro capítulo.

Adentra-se na esfera própria do discurso jurídico quando da apresentação da visão de Perlingieri e Mota Pinto acerca da não taxatividade dos direitos fundamentais previstos pela CRFB/88. Apresenta-se em consequência entendimentos doutrinários no sentido de orientar o reconhecimento do Direito à Identidade e do Direito Sexual como espécies integrantes do conceito básico de personalidade, inerente à dignidade de qualquer pessoa.

Toda a análise proposta encaminha para configurar um estado de violação universal de Direitos Humanos a minorias sexuais no plano social interno do país. Violação essa também institucional. Por conseguinte, inicia-se uma análise específica acerca das diversas hipóteses onde o Judiciário fora imperativo para efetivação de direitos mínimos ao grupo

analisado. De modo a ensejar indagações e questionamentos sobre usar o parâmetro biológico do sexo como indexador carcerário.

Inicia-se assim o segundo capítulo do presente que se reserva à análise do sistema prisional brasileiro. A historicidade fundamentadora da segregação de agentes dissidentes da norma social vigente é enfrentada com o apoio didático de obras como as de Teixeira, Silvestre, Rusche e Kirchheimer. O tema deságua na essencialidade da preponderância de um caráter ressocializador à pena resultante da condenação penal. Autores como Kant, Hegel e Von Liszt são indispensáveis a esse questionamento.

Reconhecido o intuito do legislador ao estabelecer o sistema penal vigente, adentra-se junto ao arcabouço normativo que o instrumentaliza. Destacam-se a LEP, as orientações da SESIPE-DF, SEAP-RJ e CNCD/LGBT como vanguardistas na normativa interna aplicada à discussão pretendida. Retoma-se o aspecto constitucional da temática quando do final do presente capítulo.

Tal tratativa se dá ao apreender-se das normas o conflito aparente entre a Segurança Pública e a Dignidade da Pessoa Humana inerente à figura do preso, visto que segundo a LEP, o referido mantém todos os direitos à ele inerentes e não alcançados pela sentença penal condenatória. Esse questionamento leva a observância de dois momentos específicos onde o Judiciário analisa a questão carcerária.

O primeiro introduz o conceito de Estado de Coisa Inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, importando criação da Colômbia e analisando o cárcere como um todo. Em seguida aponta-se a ADPF nº 527 como intrínseca ao tema visto discutir o cárcere e a população trans, de modo a finalizar o capítulo em questão.

Estabelecidos e identificados tanto os sujeitos objetos de análise, como o meio social em que estão inseridos, inicia-se o terceiro capítulo com vistas a fundamentar a vulnerabilidade dessa população e conseqüente imperatividade da destinação de espaços específicos para seu encarceramento. Para tanto elava-se a estrutura normativa aplicada à hipótese ao status internacional. Busca-se destacar diplomas e organismos precursores tanto no tocante ao reconhecimento da identidade das minorias sexuais, passando por ações protetivas voltadas à vida LGBTQIA+ e chegando até a tratativa de sua inserção na população carcerária com segurança.

O segundo bloco do capítulo aproveita o gancho do encarceramento de LGBTQIA+ em segurança preconizado por diplomas internacionais, como os Princípios de Yogyakarta, e adentra na realidade dos presídios brasileiros. Passa-se então à analisar a real situação dos LGBTQIA+ que cumprem penas privativas de liberdade no território nacional.

Vale-se de relatório recém publicado pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos para fundamentar a problematização do tema. Destacam-se aspectos positivos e negativos do em questão e preza-se por uma conclusão realista considerando os elementos e informações expostos.

O último capítulo se destina a encontrar propostas de solução à toda problemática analisada. Inicia-se pugnando pelo reconhecimento de ECI à situação das minorias sexuais no Brasil, fundamento pelo qual - todavia não exclusivo - se propõe uma revisitação aos paradigmas propulsores da sistemática educacional vigente, citando por exemplo a ADPF nº 457. A ênfase na capacitação e aperfeiçoamento dos profissionais diretamente incumbidos da proteção e zelo à população carcerária é matriz propulsora de outro tópico.

Conglobando toda a pretensão aduzida no presente apresenta-se espaço para a análise acerca do correto encarceramento das minorias sexuais, pontuando sua observância distinta quando da análise de identidades e expressões de gênero e orientações sexuais diversas. Tal ponto enseja o enfrentamento de prováveis teses contrárias. A fim de enquadrá-las, analisa-se assuntos como orçamento e superlotação de presídios.

O presente deságua em tópico destinado à apresentar diretrizes básicas para reestruturação da sistemática penal vigente. Como propostas imediatas de solução para com os altos casos de violência perpetrados contra minorias sexuais no cárcere sugere-se de maneira exaustivamente fundamentada à compensação financeira de eventuais indivíduos atingidos pelas condições sistematicamente produzidas e encerra-se com elenco de algumas alternativas ao encarceramento de minorias diante do panorama fático.

O presente projeto adota método analítico dedutivo, lastreado no levantamento das teorias e doutrinas de pensadores como Hegel, Honneth, Zamboni, Teixeira, Mendes, Sandel, Spargo e Beauvoir. Utilizam-se bases de dados quantitativas e qualitativas de fontes governamentais e da sociedade civil, nacionais e internacionais, das quais destacam-se o Ministério da Saúde, Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, INFOPEN, IBGE, TRANSRESPECT, Transgender Europe e Rainn.

Pauta-se, ainda, no levantamento e destaque jurisprudencial correlato à demanda que se restringe à pronúncias dos Tribunais Superiores com eficácia nacional. De mesma esfera é o elenco normativo predominantemente destacado no presente, que se estende, no entanto, aos diplomas internacionais dos quais o Brasil é signatário, de modo a resguardar em termos técnicos a veracidade, precisão e aplicabilidade dos argumentos que fundamentam a tese que se introduz.

1. PANORAMA ATUAL ACERCA DAS MINORIAS SEXUAIS NO BRASIL

Ao se falar da criação de alas para assegurar a dignidade da pessoa humana das minorias sexuais inclusas no sistema carcerário brasileiro, é inicialmente imperativo que se denomine-as. A priori discorre-se brevemente sobre a conceituação acadêmica dos termos sexo e gênero, inter-relacionando e apresentando suas diferenças de acepção.

A dicotomia entre os termos "sexo" e "gênero" determina ponto de máxima relevância, essa extraída da própria confusão entre os autores de textos acadêmicos acerca da presente temática que muitas vezes empregam incorretamente termos como "sexo biológico e social" na tentativa de palatavelmente desconstruir o imaginário popular.

A palavra "sexo" é utilizada para referências a atributos físicos corpóreos¹. Tal termo se refere a características biológicas internas e externas dos indivíduos. O presente não pretende expor análise científica biológica exaustiva acerca da diferença hormonal, enzimática ou cromossômica relacionadas à temática. Todavia a análise pretendida estaria prejudicada sem uma apresentação científica mínima.

Para a biologia², as características que determinam o indivíduo como pertencente ao sexo masculino são: o genital pênis, o gonadal³ e sistema reprodutivo testículo e a configuração cromossômica XY. Figurando como diametralmente oposto a esse, elencam-se as seguintes características determinantes aos indivíduos do sexo feminino: o genital vagina, o gonadal ovários, o sistema reprodutivo caracterizado pelos ovários e útero e a configuração cromossômica XX.

Existem ainda variações conhecidas como estados intersexuais, situados em posição intermediária diante dos extremos colacionados. Socialmente se compreende esse termo como referência⁴ à pessoas que naturalmente, possuem órgãos reprodutivos e genitais tipicamente definidas como do sexo masculino e feminino, sendo o maior exemplo popular desse grupo os "hermafroditas"⁵ (sic).

¹ MARQUEZ, Mx. Anunnaki Ray. *Biological Sex and Sex Characteristic*. Disponível em: <<https://anunnakiray.com/biological-sex/>>. Acesso em: 14 jan. 2020.

² YOUTUBE. *O que é Intersexo?! Guia Básico #12*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=2iWaWsiSnd4>>. Acesso em: 28 abr. 2020.

³ DICIO. *Significado de Gonadal*: Adjetivo. Relativo ou característico da gônada, nome genérico das glândulas sexuais (testículo e ovário), responsáveis pela produção dos óvulos e espermatozoides; gonádico. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/gonadal/>>. Acesso em: 28 abr. 2020.

⁴ FREE AND EQUAL. *Intersex*. Disponível em: <<https://www.unfe.org/wp-content/uploads/2017/05/UNFE-Intersex.pdf>>. Acesso em: 14 jan. 2020.

⁵ DAMIANI, Durval; GUERRA-JÚNIOR, Gil. *As novas definições e classificações dos estados intersexuais: o que o Consenso de Chicago contribui para o estado da arte?* Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0004-27302007000600018>. Acesso em: 28 abr. 2020. Segundo o autor, o termo correto a ser utilizado deve ser "Anomalia da Diferenciação Sexual" ou ADS em

Em termos científicos⁶, os indivíduos intersexo são aqueles que possuem variações características na anatomia sexual, reprodutiva e até cromossômica, como por exemplo nas variações XXY ou XYY, naturalmente recorrentes. Segundo a Free & Equal⁷, organização norte americana, o percentual mundial da população intersexo varia entre 0,05% e 1,7%, estimativa que é semelhante ao número de pessoas naturalmente ruivas.

Conforme demonstrado, errônea é a afirmativa acerca da binariedade dicotômica na classificação de sexo que impera no imaginário popular. Tal imprecisão dialética se dá em virtude da invisibilização das pessoas intersexo, que são reduzidas a condições socialmente inferiorizantes - como com o uso de termos⁸ como "hermafroditismo" ou "ovotesticular" (sic) - ou excluídos dos livros didáticos, sendo tratados como anomalias por muitos.

Passa-se então para a segunda parte da análise proposta no presente tópico: gênero. Na gramática, esse termo refere-se⁹ à distinção específica entre classes de substantivos correspondendo mais ou menos a distinções de sexo (e ausência desse) nos objetos de que se trata. Pode-se aferir, portanto, que esse designa os papéis sociais atribuídos aos sexos biologicamente predominantes, o que no caso da sociedade brasileira atual são os sexos feminino e masculino.

Para Connell e Pearse¹⁰, a temática trata de construção social, com fim de instituir características uniformes de modo a orientar uma padronização do comportamento dos indivíduos inseridos em determinadas culturas. Tal entendimento faz clara referência aos conceitos de Foucault¹¹ que indicava que toda forma de expressão sexual consubstanciava construção social atribuível à algum momento histórico específico, como o caso do termo "homossexual" que segundo o referido¹² foi criado apenas por certas especificidades em 1870.

Baseando-se nas lições supraelencadas, questiona-se a ideia de gênero introduzida na sociedade brasileira, pautada em uma suposta binariedade dos sexos. Conforme exposto, a dicotomia da experiência do sexo restrita a XX e XY é severamente reducionista. De mesmo modo, pode-se destacar a orientação linguística fundamentada em tal utopia que opera não apenas dificuldades linguísticas, como também proporciona argumentos segregatórios

lugar de "hermafrodita" ou "intersexo", termos impregnados por construções sociais inferiorizantes. Concorde-se em parte com o autor ao que se refere ao primeiro dos termos. Todavia, vive-se movimento social que se apropria do termo "intersexo" como designatório e representativo dessa parcela populacional, da mesma forma como se viu a apropriação dos termos "gay" e "lésbica" na década de 70, chamada Libertação Gay.

⁶ YOUTUBE, op. cit., nota 02.

⁷ FREE AND EQUAL, op. cit., nota 04.

⁸ DAMIANI; GUERRA-JÚNIOR, op. cit., nota 05.

⁹ CONNELL, Raewyn; PEARSE, Rebecca. *Gênero: uma perspectiva global*. São Paulo: nVersos, 2015, p. 45.

¹⁰ Ibid., p. 44-50.

¹¹ SPARGO, Tamsin. *Foucault e a teoria queer*. Belo Horizonte: Autêntica, 2017, p. 18.

¹² Ibid.

correlacionados à uma falsa noção de estranhamento, incompletude e deformidade. O binarismo linguístico adotado no Brasil¹³ (Ele x Ela) é contrastado, por exemplo, pela forma adotada nos EUA¹⁴ que elenca três hipóteses de identificação de gênero: masculino (*he*) x feminino (*she*) x gênero neutro (*it*).

Admitindo o argumento de que gênero se trata de uma construção social, afirma-se que a noção do que o configuraria é mutável de sociedade para sociedade, com fortes influências dos nichos sociais dominantes. Por conseguinte, tem-se que os próprios conceitos inerentes aos gêneros, por se tratar de criações sociais, refletem a lógica social que os projeta¹⁵.

Sociedades conservadoras tendem a possuir interpretações mais rígidas quanto às figuras de gênero enquanto sociedades liberais/democráticas/progressistas apreendem uma conceituação mais fluida. Uma sociedade em que a maioria da população pertence a uma determinada religião possuirá um conceito de gênero diferente de outra marcada por dogmas alheios aos correlatos à religião da primeira.

Agora que (i) exaustivamente conceituada e apresentada a existência mínima de uma divisão tripartida dos sexos biológica e naturalmente existentes e (ii) da introdução à crítica da dicotomia que impera no campo social acerca da divisão de gênero, adentra-se na primeira controvérsia diretamente inserta ao tema proposto: a identidade de gênero.

Os autores supracitados apontam no sentido de que, partindo dos pressupostos expostos, a identidade individual do ser humano seria uma seara complexa que sofreria diversas influências, tanto internas quanto externas, conforme¹⁶:

[...] Para (Erik) Erickson, o termo "identidade" significava coerência entre os mecanismos psicológicos com os quais o ego lida e com pressões que recaem sobre ele - do inconsciente, de um lado, e do mundo exterior, do outro. A questão "quem sou eu?" é, em princípio, respondida pelo sucesso do ego em dominar os julgamentos e os causadores de sofrimento do desenvolvimento psicológico. Isso era, pensava Erickson, uma questão particularmente importante na adolescência. A principal aplicação desse conceito ao gênero foi feita pelo psiquiatra americano Robert Stoller (1968), que o alterou em dois sentidos. Em primeiro lugar, a "identidade central de gênero" que Stoller via como base da personalidade adulta, supostamente se formava bem cedo na vida, e não na adolescência. Em segundo lugar, o conceito de identidade adquiriu um quadro referencial distinto. Erikson se referiu à integração do ego como um todo. A concepção de Stoller era muito mais específica. Falar em "identidade de gênero" é abordar apenas um aspecto da pessoa - seu desenvolvimento em relações de gênero ou na prática sexual. Para Stoller, esse foco mais estreito não importava, pois ele assumiu que a integração da

¹³ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Positivo, 2010.

¹⁴ DICIONÁRIO. *Oxford Advanced Learner's Dictionary*. Oxford University Press. Oxford. 1990.

¹⁵ CONNELL; PEARSE, op.cit., nota 09, p. 51-85.

¹⁶ Ibid., p.206-207.

personalidade como um todo era majoritariamente focada no sentido de ser macho (male) ou fêmea (female). [...]

Entende-se, pois, que a identidade de gênero dependeria da conformação ou não do indivíduo que integra uma sociedade com o papel atribuído ao sexo com o qual biologicamente fora concebido. Trata-se de uma integração entre fatores naturais/biológicos com características oriundas de construções civilizatórias, com respaldo nos papéis socialmente atribuídos à cada gênero nas divisões de tarefas inerentes à sobrevivência humana, a qual a sociedade capitalista contemporânea é pautada¹⁷.

A conformidade entre o sexo do indivíduo e o papel de gênero atribuído à ele configura o que se denomina de cisgeneridade, atribuindo ao mesmo a qualidade/adjetivo "cis". Por outro lado, a reivindicação de características socialmente atribuídas ao gênero dissidente do intuitivamente intrínseco à sua biologia (sexo) configura o fenômeno denominado como transgeneridade e a consequente qualificação da pessoa como "trans"¹⁸.

Explícito é o conflito ressonante entre essa nova dicotomia com a elementar definidora de sexo. Uma vez que cientificamente adota-se uma divisão tripartida de sexo e socialmente se estabelece uma dualidade de gênero, a ideia de integração desses conceitos se encontra de plano prejudicada. A variante identidade, também por se tratar de construção humana, é elementarmente subjetiva, íntima e pessoal. Tal fato ainda indica a possibilidade de dissidência entre os conceitos mesmo para o indivíduo cujo sexo possua correspondente de gênero. Existe ainda a hipótese de construção de conceitos íntimos e individuais de gênero¹⁹.

1.1. Nominar para Reconhecer

Necessário faz-se apresentar a Teoria do Reconhecimento de Georg W. F. Hegel²⁰, filósofo alemão, que introduz o conceito social filosófico de reconhecimento como a necessidade humana de obter respeito em relações intersubjetivas, o que pressupõe: (i) na esfera individual, o autorreconhecimento; e (ii) na esfera social, o reconhecimento pelo outro.

Para o autor²¹ a luta social seria o único meio apto a proporcionar um efetivo sentimento de reconhecimento, o que se adéqua facilmente a pretensão discursiva ora intencionada. É no encontro com o outro, diferente e diverso, que as identidades se

¹⁷ Para aprofundamento sobre o esquema reprodutivo procriacionista fundamentador do capitalismo ver Spargo.

¹⁸ CONNELL; PEARSE, op.cit., nota09, p. 211-221.

¹⁹ Ibid., 206-221.

²⁰ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. 34. ed. São Paulo: 2009, p. 29-114.

²¹ Ibid.

constroem, sendo o conceito de autorrealização, dentre outros fatores, proveniente do reconhecimento pelo outro de sua condição de pessoa humana²².

Em meio a ausência de visibilidade social da população LGBTQIA+²³, faz-se imperativo a sua nomeação para possibilitar o reconhecimento desses como pessoas existentes. Se extrai da teoria introduzida a necessidade da autodeterminação social de quem são as pessoas que estão na situação de minoria sexual, bem como a validade e necessidade dos movimentos sociais que jogam luz à situação de violação de seus direitos fundamentais.

Axel Honneth²⁴, filósofo e sociólogo alemão, é um dos principais autores a retomar a ideia introduzida na teoria do reconhecimento de Hegel, reformulando-a e traçando paralelos para adequá-la a realidade social vigente. Em sua obra²⁵, o autor estabelece o reconhecimento como um meio de atribuir identidade ao indivíduo. A identidade decorreria de conceitos à ela intrínsecos, como a liberdade individual e a autonomia. A intersubjetividade assumiria papel central no processo de reconhecimento, vez que tem sua construção pautada nas interações sociais do indivíduo²⁶.

Segundo Honneth²⁷, o reconhecimento intersubjetivo se divide em três esferas: (i) na esfera do amor, que contempla as relações pessoais com vínculo afetivo do indivíduo; (ii) na esfera jurídico-moral, que compreende relações de direito e autorrespeito; e (iii) na esfera da estima social, essa última proveniente das relações de solidariedade. A identidade do indivíduo advirá do resultado da vivência social individual da pessoa nas três esferas conglobadas, possuindo o resultado de uma delas, ramificações e inferências nas demais.²⁸

Em oposição às supracitadas esferas de reconhecimento, a violação e privação de direitos, assim como a degradação se caracterizam como meios de não reconhecimento.²⁹ Por sua vez o sentimento de não reconhecimento, seria fator a potencializar uma indignação moral crescente, gerando conflitos sociais severos por poder ser compreendido como negativa da própria existência do indivíduo. Ao serem classificados como sub-humanos, indivíduos podem internalizar a opressão social vivida de modo a por exemplo repercutir na sua autocolocação em risco, traduzida pelo socialmente repetido "não tenho nada a perder". Para

²² Ibid.

²³ A priori, entenda por LGBTQIA+ como referencial de minorias sexuais, o que congloba todas orientações sexuais e identidades e/ou expressões de gênero diversas da heterossexualidade e do cisgênero. A sigla será analisada integralmente no tópico posterior (1.3).

²⁴ HONNETH, op. cit., nota 20, p. 117-224.

²⁵ Ibid.

²⁶ Ibid.

²⁷ Ibid., p. 155-211.

²⁸ Ibid., p. 155-211.

²⁹ Ibid., p. 213-224.

o autor evoluções morais são provenientes das citadas lutas sociais decorrentes da negativa de reconhecimento existencial.³⁰

Assumindo como correta a noção de reconhecimento introduzida torna-se mais didática a análise de determinadas posições sociológicas e filosóficas, como “O segundo sexo” de Simone de Beauvoir³¹. Opta-se por limitar a aludida à célebre frase: “Ninguém nasce mulher: torna-se mulher” que guarda ligação intrínseca com a questão ora discutida. Marco histórico no movimento feminista, não há outro sentido apreendido quando da integral sinapse de sua obra senão o de que toda a sistemática social de inferiorização de mulheres frente aos homens advém exclusivamente de mecanismos sociais estruturantes da vida coletiva.

Segundo a autora³², que critica o falocentrismo³³, ao nascer pessoas recebem designações sociais com base nos papéis de gênero exercidos por nossos antecessores, de modo a perpetuar os conceitos de masculino e feminino. Desta forma, a criação que uma criança receberá terá influência exógena de conceitos socialmente pré-estabelecidos. Em suma, pessoas designadas como masculinas serão criadas de modo a desenvolverem características socialmente tidas como masculinas, como a força e a inteligência. Ao passo que pessoas designadas femininas ao nascimento serão criadas com vistas aos nichos sociais em que historicamente as mulheres foram inseridas, desenvolvendo características com base em valores ligados a sensibilidade e a maternidade, além do incentivo à trabalhos domésticos.

Se correta, dessa análise depreende-se que não há fator natural ou fisiológico que justifique a imposição compulsória à toda coletividade de mulheres o status de inferioridade quando em comparação com figuras masculinas. O que de fato existe são fatores de concentração de poder social que potencializam o discurso falacioso acerca de tal condição.

No mesmo sentido aponta Tamsin Spargo³⁴ indicando que o monopólio dos meios de produção de conhecimento pode ser considerado fator contributivo para tais teses de subjugação natural. Ao se considerar que até 1962, por exemplo, no Brasil as mulheres necessitavam de autorização expressa de seu marido para o exercício profissional³⁵, acrescentando-lhe o pensamento criacionista que regeu a medicina, no qual acreditava-se que a

³⁰ MAIA, Rousiley C. M. et al. A teoria crítica nos estudos da Comunicação: uma agenda empírica para o programa de Jurgen Habermas e Axel Honneth. In: FRANÇA, V; ALDE, A; RAMOS, M.C. (Org.). *Teorias da Comunicação no Brasil?* Reflexões contemporâneas. Salvador: EDFUBA. 2014, p. 197-220.

³¹ BEAUVOIR, Simone. *O segundo sexo: A experiência vivida*. V. II. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016. p. 11.

³² Ibid., p. 11-75.

³³ Para os termos do presente, entende-se por falocentrismo como a "convicção baseada na ideia de superioridade masculina, na qual o falo representa o valor significativo fundamental".

³⁴ SPARGO, op. cit., nota 11, p. 16-24.

³⁵ BRASIL. *Código Civil de 1916*. Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm> Acesso em: 14 jan. 2020, art.242, VII.

mulher era um ser derivado do homem e por isto inferior, tem-se explícitas as condições sociais para disseminação de discursos inferiorizantes, que pautam o machismo.

Se corretas as posições - como se considera - pode-se apreender que em verdade as diferenças básicas entre os sexos masculino e feminino responsáveis pela introdução de estereótipos sociais nada mais são que reflexos do incentivo social que privilegia determinadas características de acordo com o sexo. De acordo com esse raciocínio, mulheres são ditas mais fracas, pois a maioria não é incentivada a desenvolver sua musculatura, enquanto homens são o "sexo forte" visto que socialmente se espera isso deles, por exemplo.

Entretanto, entende-se maior que a discussão entre ser biologicamente programada a diferença de características de acordo com recortes específicos da vivência humana, a escolha de determinados aspectos socialmente qualificados como dignos de status de superioridade e sua interdependência, aparentemente inerente, com o entendido por masculino.

À luz de toda a argumentação criteriosamente analisada, com a licença poética devida, poder-se-ia propor que "Ninguém nasce LGBTQIA+, torna-se", salientando-se que recortes étnicos e econômicos podem seguir a mesma constante. Quanto à esse aspecto concorda Foucault, ao identificar o movimento social capitaneado por crenças religiosas, apropriado e globalmente disseminado pelo capitalismo³⁶, como o responsável pela imposição da sistemática heteronormativa, inaugurando uma marginalização ainda latente³⁷:

[...] A homossexualidade apareceu como uma das figuras da sexualidade quando foi transferida da prática da sodomia para uma espécie de androgenia interior, um hermafroditismo da alma. O sodomita era um reincidente, agora o homossexual é uma espécie. [...]

Assim, tem-se que a partir de características naturalmente postas, a sociedade em sua imperiosa necessidade de estratificação elenca um padrão comportamental como regra impositiva. Fundamentada nessa movimentação, inicia-se a opressão de qualquer discordância. Marginalizam-se mulheres e, por conseguinte, identidades e expressões de gênero não cisgêneras. Repudiam-se orientações sexuais não procriacionistas³⁸, como forma de assegurar o desenvolvimento econômico capitalista, sistema pautado na utilização de mão

³⁶ SPARGO, op. cit., nota 11, p. 19.

³⁷ FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade: A vontade de saber*. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2019, p. 48. Explica-se: Nesse contexto, seria o sodomita o pecador do período renascentista, que conglobava atos praticados por pessoas independentemente de sua sexualidade (homens com mulheres, homens com homens e mulheres com mulheres) e institucionaliza-se um esquema reprodutivo procriacionista atribuindo à figura do homossexual o caráter de perversão.

³⁸ SPARGO, op. cit., nota 11, p. 18.

de obra, conforme Huberman³⁹ sintetiza em: "Precisam-se Trabalhadores - Crianças de Dois Anos Podem Candidatar-se", frase que inaugura o capítulo sobre o capitalismo.

Desse modo, o raciocínio analógico à Beauvoir pode apontar o fator que impõe a inferiorização e marginalização da população LGBTQIA+. Toda expressão que se opõe à heterocentrista fadada estará a segregação, uma vez que ainda persiste a hegemonia social do homem médio (branco e heterossexual). E ao se falar em segregação institucionalizada e na marginalização das diferenças, fala-se por conseguinte em violação aos Direitos Humanos de uma população inteira que transcende os limites territoriais de soberania interna e reflete uma perseguição em nível global.

1.2. Terminologia adequada

Superada a apresentação da base teórica informativa, imprescindível é a referência à Alexandre Bortolini⁴⁰ ao dizer que qualquer tentativa de conceituação ou classificação da experiência sexual será sempre redutora de complexidade e inexata, uma vez que a sexualidade humana é inquestionavelmente plural. A fluidez das identidades e/ou expressões de gênero informam que nuances podem e devem variar de acordo com a experiência humana de cada indivíduo. No entanto, para fins puramente didáticos, faz-se necessário a conceituação que segue. Não há, no entanto, pretensão de esgotamento do tema.

Os caracteres ora analisados designam o que convencionou-se chamar "minorias sexuais" não apenas no âmbito interno brasileiro, mas por toda a extensão do globo. Ao longo da história diversas siglas foram designadas com o intuito de representar essa parcela da população. A partir de uma ótica assimilacionista⁴¹, um grupo minoritário tende a se organizar socialmente como grupo étnico, como o fez as minorias sexuais com a introdução por Suzy Capó da sigla "GLS"⁴² no Brasil em 1994⁴³ - acrônimo para gays, lésbicas e simpatizantes⁴⁴.

A partir de reivindicações internas o movimento vem constantemente atualizando seu termo introdutório, com vistas à proporcionar visibilidade e reconhecimento social à

³⁹ HUBERMAN, Leo. *História da Riqueza do Homem*. 21 ed. Rio de Janeiro: LTC, 2020, p. 119.

⁴⁰ BORTOLINI, Alexandre. (Coord.). *Diversidade Sexual na Escola*. Rio de Janeiro: Pró-Reitoria de Extensão/UFRJ, 2008.

⁴¹ SPARGO, op. cit., nota 11, p. 25-27.

⁴² YOUTUBE. *Rita em 5 Minutos: LGBTQIA+*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=EREoc40JBr8>>. Acesso em: 08 jun. 2020.

⁴³ Existem indícios que remetem ao uso desse termo nos anos 80 em São Paulo, como símbolo da cultura clubber, pela Nation Disco Club. Disponível em: <<https://musicnonstop.uol.com.br/lendario-celeiro-da-cultura-clubber-dos-anos-8090-nation-reabre-no-mesmo-endereco-na-rua-augusta/>>. Acesso em: 08 jun. 2020.

⁴⁴ MENSAGENS COM AMOR. *O termo GLS*. Disponível em: <<https://www.mensagenscomamor.com/mensagem/479663>>. Acesso em: 08 jun. 2020.

expressões marginalizadas e invisibilizadas socialmente. Na atualidade a sigla que melhor representa minorias sexuais é “LGBTQIA+”⁴⁵. Por tal razão, esse será o termo adotado em toda e extensão do presente, motivo pelo qual propõe-se sua análise. Faz-se, contudo, preferível algumas considerações preliminares.

A sigla em epígrafe congloba gênero e sexualidade ⁴⁶. Portanto, constam representados termos que introduzem orientações sexuais e identidades e/ou expressões de gênero diversas dos padrões sociais⁴⁷. Ao proceder tal análise explicitam-se os conceitos adotados no presente, com base nos Princípios de Yogyakarta⁴⁸:

[...]Compreendemos sexualidade como uma referência à capacidade de cada pessoa de ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas. (...) Compreendemos identidade de gênero a profundamente sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos [...].

Adentrando na sigla propriamente dita, a letra “L” introduz o termo lésbica, utilizado para designar mulheres homossexuais, ou seja, mulheres que sentem atração sexual por pessoas do gênero feminino⁴⁹. O termo em análise consubstancia uma hipótese de sexualidade discordante da heteronormativa, desse modo, de nada influencia no gênero do indivíduo.⁵⁰ Portanto, tem-se que ambos, cisgênero e transgênero podem expressar tal sexualidade, sendo lésbicas todas aquelas que dentro do espectro feminino se relacionam exclusivamente com outras pessoas desse mesmo espectro.

A letra “G” abrevia o termo gay, atualmente utilizado para designar homens homossexuais, quais sejam aqueles que sentem atração sexual por pessoas do gênero masculino⁵¹. Foi adotado como alternativa ao termo "homossexual" em 1960, termo que desde sua criação era intrinsecamente ligado à ideias pejorativas e discriminatórias. Em um primeiro momento fora utilizado como representativo de identidades masculinas e femininas,

⁴⁵ YOUTUBE, op. cit., nota 42.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Entende-se por padrões sociais de gênero e sexualidade no presente, respectivamente: cisgênero e heterossexualidade.

⁴⁸ YOGYAKARTA PRINCIPLES IN ACTION. *Princípios de Yogyakarta: Princípios sobre a Aplicação da Legislação Internacional de Direitos Humanos em relação à Sexualidade e Identidade de Gênero*, 2007. Disponível em: <http://www.ypinaction.org/files/01/37/principios_yogyakarta.pdf>. Acesso em: 16 set. 2019.

⁴⁹ DOURADO, Larissa Boechat (Coord.). *Glossário da diversidade*. Rio de Janeiro: Metanoia, 2017, p. 15.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ SIGNIFICADOS. *Significado de LGBT*. Disponível em: <<https://www.significados.com.br/lgbt/>>. Acesso em: 02 out. 2019.

quando de sua apropriação e ressignificação em meio à Libertação Gay das décadas de 60/70⁵².

Com o crescimento do movimento feminista⁵³ e a necessidade de um caractere específico que representasse a luta da homossexual feminina, padronizou-se o termo lésbica, já examinado. Em mesma linha o termo ora analisado restou utilizado como sinônimo de orgulho e resistência à homossexuais pertencentes ao espectro masculino⁵⁴. Desse modo, tem-se como gay o indivíduo que pertencente ao espectro do gênero masculino, se relaciona exclusivamente com outros indivíduos desse mesmo espectro⁵⁵.

A letra “B” é o caractere utilizado para representar a palavra bissexual que designa pessoas capazes de sentir atração por ambos os gêneros socialmente estabelecidos⁵⁶. Engloba-se aqui tanto homens quanto mulheres com tal característica. De tal premissa tem-se que um indivíduo de qualquer espectro de gênero, uma vez bissexual, se relacionará com indivíduos pertencentes ao seu espectro e com indivíduos de outros espectros.

A letra “T” designa o termo trans ou transgênero, conceitos ligados à identidade e/ou expressão de gênero. Resgata-se aqui as diferenças entre os conceitos de "gênero" e "sexo". Conforme exposto quando há a reivindicação de características socialmente atribuídas à gênero diverso do compatível com o sexo designado ao nascimento, tem-se a identidade transgênero.

Dentro do espectro masculino, tem-se o homem trans que é a pessoa que fora designada mulher ao nascimento segundo os critérios do falocentrismo, todavia reivindica o reconhecimento social e legal do gênero masculino⁵⁷. Os artigos e pronomes a serem utilizados para apresentá-lo deverão ser masculinos. O termo pode ou não ser associado a cirurgias de redesignação sexual⁵⁸. Aos homens trans podem ser reconhecidas as mesmas orientações sexuais reconhecíveis à qualquer indivíduo pertencente ao espectro masculino de gênero.

⁵² Ibid., p.25-26.

⁵³ CONNELL; PEARSE, op. cit., nota 09, p. 44.

⁵⁴ SPARGO, op. cit., nota 11, p. 25-26.

⁵⁵ CONNELL; PEARSE, op. cit., nota 09, p. 29-49.

⁵⁶ DOURADO, op. cit., nota 49, p. 8.

⁵⁷ Ibid., p. 13.

⁵⁸ Consiste na cirurgia feita por pessoas que tem identidade de gênero diferente do sexo e que manifestam o desejo de mudança de características corpóreas para adequação de seus atributos físicos, inclusive genitais, à sua identidade de gênero. Não caracteriza medida impositiva para o reconhecimento da pessoa como o gênero que melhor lhe designa, visto bastar a autodeterminação do indivíduo conforme ADI nº 4275. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400211&tipo=TP&descricao=ADI%2F4275>>. Acesso em: 15 jan. 2020.

Quando adentra-se na análise do espectro feminino da identidade transgênero há uma divergência entre o correto uso de nomenclaturas. Existe a preponderância de dois termos recorrentemente utilizados: a mulher trans e a travesti. Inicia-se expondo que ambos os termos devem sempre ser precedidos de artigos e pronomes femininos⁵⁹.

Nesse ponto, discorda-se da abordagem do tema realizada por Dourado⁶⁰ que se restringe a refletir a ideia popular de que a mulher trans estaria mais próxima do padrão feminino⁶¹. O conceito estaria recoberto por associações à processos de redesignação sexual. Traz a ideia da "mulher completa", assimilada ao ônus da realização de diversas cirurgias para que se pertença ao dito "feminino".

Essa conceituação leva a marginalização da figura social da travesti, que importaria em categoria "mais distante" de um ideário feminino. O termo seria inicialmente utilizado para designar mulheres trans marginalizadas, periféricas e não brancas, recorrentemente associado à ideia de prostituição. No entanto, nas palavras de Bruna Benevides, pode-se entender que a travesti nada mais é que uma identidade de gênero diversa da cisgênera, com peculiaridades próprias, mas ainda assim parte integrante do espectro feminino⁶²:

[...] Essa identidade, que também é política, é produtora de uma cultura própria que rompe com o signos binários de macho e fêmea ou homem e mulher para afirmar-se Travesti, sem tradução possível em qualquer idioma, visto que qualquer tentativa de tradução ou analogia ao termo modificaria sua construção e traria como uma das consequências o apagamento de sua própria história. Ao contrário do imaginário do senso comum, ser uma travesti não se resume ao uso da vestimenta do gênero oposto ao designado no nascimento, à modificação corporal ou meramente a expressão de gênero feminina. É o reconhecimento de um outro corpo possível, legítimo, para além do que está normatizado. É a constituição de uma identidade social e política.
[...]

A ausência de diferença marcante entre ambos os grupos é reforçada pela ADI nº 4275⁶³ que será exaustivamente trabalhada, mas que em suma privilegia o direito à autodeterminação de pessoas trans em detrimento da realização ou não por intervenções cirúrgicas. Corroborar-se ainda a ausência de diferença ao analisarmos que não existe uma figura "intermediária" atribuível ao homem trans que não procedeu cirurgias de redesignação sexual, por exemplo.

⁵⁹ DOURADO, op. cit., nota 49, p. 21.

⁶⁰ Ibid. Embora corrobore que ambas as categorias pertençam ao espectro feminino, Dourado se perde ao tentar diferenciar os termos "travesti" e "mulher trans". Ao insistir na categorização autônoma de ambas as figuras, falha no objetivo de apresentar diferenças conceituais relevantes.

⁶¹ MEDIUM. *Travesti ou Transexual, tem diferença?* Disponível em: <<https://medium.com/@brunagbenevides/travesti-ou-transexual-tem-diferen%C3%A7a-f8166e67e1bc>>. Acesso em: 08 jun. 2020.

⁶² Ibid.

⁶³ BRASIL, op. cit., nota 58.

Desse modo é errado identificar uma pessoa como travesti? Entende-se que não, faz-se aqui um paralelo com o movimento da década de 70 nos EUA conhecido como libertação gay⁶⁴ reivindicando os termos "gay" e "lésbica" antes ofensivos e agora sinônimos de resistência. Nos anos 90, a população trans viveu momento similar ao reivindicar o termo travesti como símbolo de resistência⁶⁵. No mesmo sentido é Bruna Benevides⁶⁶, conforme:

[...] Hoje, procuramos discutir cada vez menos a diferença e focar mais naquilo que une as travestis e as mulheres transexuais. E talvez o ponto mais importante deste texto seja afirmar que o termo TRAVESTI não está em desuso — ao contrário do que desavisados possam afirmar. Ele está mais vivo do que nunca, ELA também. E não só sua etimologia que passa por diversas disputas de narrativa, mas sua própria (re)existência frente aos desafios de ser uma travesti. (...) Assim, é impossível dizer quem é uma travesti ou quem é uma mulher transexual apenas olhando. Erraria feio e de forma extremamente equivocada, aqueles que tentarem definir a identidade de gênero de uma pessoa em detrimento da forma com que ela mesma se identifica. [...]

Conclui-se, portanto, no que concerne à divergência informada que a mesma estaria mais ligada à aspectos de classe que de ordem psicológica ou física. Portanto, opta-se pela utilização de ambos os termos em respeito à realidade social e como forma de promoção de visibilidade à classe - feitos os devidos apontamentos quando necessário.

Tem-se ainda a letra "Q", utilizada para designar as expressões "gênero *queer*" ou "*genderqueer*". Tal termo consubstancia uma identidade de gênero em que as pessoas se identificam de maneira não-binária⁶⁷. Para Bruna Benevides⁶⁸, poder-se-ia reconhecer o pertencimento da travesti a esse espectro designatório, não obstante serem elas também pessoas transexuais. Por isso, reitera-se que o pertencimento à um desses nichos de nomenclatura não afasta a identificação com outros.

Os integrantes deste grupo não reconhecem as diretrizes sociais vigentes e refutam a dicotomia dos gêneros masculino e feminino⁶⁹. Estes se identificam como não pertencentes à nenhuma destas formas de expressão de gênero, se auto proclamando um gênero fluido e reivindicando características intrínsecas a ambos os gêneros, conglobando-as e expressando-as da melhor forma que lhes represente, de acordo com sua identidade subjetiva.

A letra "I" refere-se ao já abordado conceito de intersexo⁷⁰, que consiste no grupo formado por indivíduos que possuem naturalmente variações características de anatomia⁷¹.

⁶⁴ SPARGO, op. cit., nota 11, p. 24-29.

⁶⁵ CONNELL; PEARSE, op.cit., nota 09, p. 100-221.

⁶⁶ MEDIUM, op. cit., nota 61.

⁶⁷ ORIENTANDO. *Genderqueer*. Disponível em: <<https://orientando.org/listas/lista-de-generos/genderqueer/>>. Acesso em: 07 out. 2019.

⁶⁸ MEDIUM, op. cit., nota 61.

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ YOUTUBE, op. cit., nota 42.

Consubstancia hipótese cientificamente reconhecida como possibilidade biológica sexual. O caractere "A" é utilizado para designar parcela populacional autodenominada assexual⁷². Os indivíduos integrantes deste nicho são caracterizados pela ausência de atração sexual ou pela repulsa à prática de sexo⁷³. Tal fator não impossibilita o envolvimento emocional destes indivíduos em relacionamentos amorosos, e configura hipótese de sexualidade.

Por último, o "+"⁷⁴ é acrescido ao final da sigla com a intenção de representar qualquer outra identidade de gênero ou sexualidade que não esteja expressamente representadas pelos demais caracteres.⁷⁵ No entanto, pressuposto para que essas identidades ou sexualidades sejam entendidas como representadas é a incompatibilidade com o sistema cisgênero heteronormativo. Desse modo, é possível afirmar que todas as experiências de sexualidade ou gênero discordantes com as socialmente padronizadas estão representadas, mesmo que de maneira implícita, na sigla "LGBTQIA+".

É por exemplo o caso dos Andróginos, que são indivíduos que apresentam simultaneamente características de expressão de gênero feminina e masculina⁷⁶; ou os Pansexuais⁷⁷ que são caracterizados por sentirem atração sexual e amorosa por outra pessoa independente da sexualidade ou identidade de gênero dessa⁷⁸.

Retoma-se, por fim, a base teórica informativa que possibilitou a análise ilustrativa. Admitindo como correta a teoria do reconhecimento e a visão de que seria arbitrária a designação de papéis sociais pautados em indicadores incipientes, é imprescindível o uso da sigla LGBTQIA+ quando do debate envolvendo minorias sexuais. Afinal, fora apenas após a consolidação dessa parcela populacional como grupo igual, mas diferente que a busca por direitos intrinsecamente humanos, reconhecíveis a todos, fora enfim socialmente pleiteada. A partir do reconhecimento social da existência desse grupo seguiram-se os pleitos que seguem.

1.3. Direito à Identidade como Direito de Personalidade

Ao entender como corretas as premissas sociais e históricas apresentadas como fatores que influenciaram a construção social da ideia de minoria sexual, entende-se a

⁷¹ YOUTUBE, op. cit., nota 02.

⁷² DOURADO, op. cit., nota 49, p. 07.

⁷³ YOUTUBE, op. cit., nota 42.

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ PAES, Daiana; PEPE, Eduardo. *Por dentro das siglas da comunidade LGBT+ e seus significados*. Disponível em: <<https://projetocolabora.com.br/ods16/por-dentro-das-siglas-da-comunidade-lgbt-e-seus-significados/>>. Acesso em: 02 out. 2019.

⁷⁶ DOURADO, op. cit., nota 49, p. 07.

⁷⁷ YOUTUBE, op. cit., nota 42.

⁷⁸ PAES; PEPE, op. cit., nota 75

marginalização inerente a este grupo. A vulnerabilidade social intrínseca a própria existência desses indivíduos reflete em uma acentuação de sua condição quando inseridos em ambientes precários e marginais, dos quais destaca-se o local objeto de análise do presente: os presídios.

O Estado também está sujeito as inclinações sociais segregacionistas que orientam a vida social, uma vez que sua estrutura é corporificada através de agentes públicos, que como quaisquer outros cidadãos, são seres humanos, com bagagens sociais pré-constituídas. Tal sistemática social reflete em um descaso público quanto ao respeito aos direitos de personalidade das minorias sexuais.

O constitucionalismo que se iniciou em 1789 com a revolução francesa, através da disciplina de ações negativas, é responsável pela disseminação da noção de abstenção estatal frente à alguns Direitos Humanos. Sugere que a Constituição deva ser escrita para assegurar a limitação do poder e garantir o respeito aos direitos fundamentais em face do Estado, dos quais destacam-se a liberdade, igualdade e propriedade⁷⁹. Durante o Liberalismo Econômico essa limitação se deu através da criação dos três poderes, estes Executivo, Legislativo e Judiciário. A Constituição Federal era vista como regente do direito público, cabendo ao direito civil regular as relações envolvendo particulares e o direito privado⁸⁰.

Impulsionado pelo pós-guerra, em 1945 com a criação da ONU e em 1948 com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o neoconstitucionalismo ganha destaque em contexto mundial trazendo consigo um novo paradigma hermenêutico constitucional. Sob essa égide surge a ideia da diferenciação entre a norma jurídica e o texto jurídico, incluindo os princípios como espécie de norma constitucional. O direito de ser reconhecido como pessoa perante a lei é a diretriz basilar do presente tópico, consubstanciado no art. 6º da DUDH⁸¹.

Os direitos de personalidade constituem direitos inatos e essenciais à condição de ser humano, cabendo ao Estado apenas reconhecê-los e protegê-los⁸². São características dos direitos de personalidade a indisponibilidade, inalienabilidade e vitaliciedade, sendo ainda considerados pela Doutrina como intransmissíveis, extrapatrimoniais, irrenunciáveis, imprescritíveis e oponíveis *erga omnes*⁸³.

⁷⁹ LEITE, Gisele. *Constitucionalismo e sua história*. 2011. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/constitucionalismo-e-sua-historia/>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ ONU. Assembleia Geral. *Declaração Universal de Direitos Humanos*. Paris, 10/12/1948. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2020, art. 6º: “Todos os indivíduos têm direito de ser, em todos os lugares, reconhecidos como pessoa perante a lei”.

⁸² BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade, p. 7. In: DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das famílias*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 112.

⁸³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Reconhecimento de paternidade e seus efeitos, p. 144. In: Ibid.

Tal conceito engloba um corolário de direitos dentre os quais se destacam o nome, imagem e a vida privada. Tratar-se de construção recente da doutrina, que após a Segunda Guerra Mundial buscou inserir a proteção de bens existenciais do indivíduo no ordenamento pátrio⁸⁴. Ampliou-se assim a gama de direitos subjetivos clássicos, fato que posteriormente veio a ser impulsionado com o movimento de constitucionalização do direito civil ao final do século XX⁸⁵.

Conforme defendem Pietro Perlingieri⁸⁶ e Paulo Mota Pinto⁸⁷, os direitos de personalidade não constituem um rol taxativo, sendo assim dispensável a previsão exaustiva dos referidos em diplomas positivos, retirando fundamento de validade do princípio da dignidade da pessoa humana consubstanciado no art. 1º da CRFB/88⁸⁸.

Seria, portanto, o dispositivo supracitado uma cláusula geral de tutela da pessoa humana, uma vez que a complexidade da personalidade humana tornaria impossível a tipificação exaustiva de todas as suas hipóteses de manifestação⁸⁹. Desse modo, o supracitado direito geral permitiria a tutela de novos bens, de acordo com os anseios sociais que tendem a variar e evoluir com o decorrer dos anos.

Nessa linha de raciocínio é possível afirmar que a identidade humana e individual constitui direito de personalidade, de modo a gozar das características à esses intrínsecos. Reforçando esse argumento apresenta-se⁹⁰:

[...] Considerado uma espécie aos direitos da personalidade, o direito a identidade pessoal não é tão difundido entre os estudiosos do direito, (...) Ocorre que, com o advento da pesquisa sobre o genoma humano, percebeu-se que todo ser humano, desde a sua concepção tem uma determinada identidade, nesse caso, genética, que irá se desenvolver estavelmente até o momento da sua morte. Por outro lado, esse mesmo indivíduo, através dos elementos externos irão modelar uma determinada e específica personalidade a partir da sua projeção social. Diz-se assim, que a identidade pessoal, possui duas facetas: Uma genética, estática e imutável, e outra social, dinâmica e mutável[...]

⁸⁴ ALVES, Pedro Henrique de Almeida. *Direito à identidade pessoal*. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7399/Direito-a-identidade-pessoal>>. Acesso em: 14 jan. 2020.

⁸⁵ Ibid.

⁸⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de: Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

⁸⁷ PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 61-83.

⁸⁸ BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 out. 2019.

⁸⁹ ALVES, op. cit., nota 84.

⁹⁰ SESSAREGO, Carlos Fernández. Derecho a la identidad personal. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1992. In: ALVES, Pedro Henrique de Almeida. *Direito à identidade pessoal*. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7399/Direito-a-identidade-pessoal>>. Acesso em: 14 jan. 2020.

Se em um primeiro momento o presente levanta argumentos relevantes para a caracterização da identidade como direito de personalidade, em um segundo momento preocupa-se em de fato demonstrar o efetivo significado de identidade, com recorte próprio direcionado à temática do presente.

É indispensável a contestação acerca de um sistema penitenciário que segue o binarismo de gênero, tomando por norte um padrão heteronormativo, e conscientemente ignora a existência latente social de pessoas cujas características intrínsecas à sua própria existência divergem de tais estruturas. Tal fato é a matriz percussora de violações dos direitos de todos os detentos que se encaixam no nicho social designado minoria sexual.

Apresenta-se, portanto, o seguinte raciocínio lógico-linear: (i) ao compreender o que o termo identidade designa e (ii) considerando a identidade como direito de personalidade, indaga-se: (iii) no cenário prisional brasileiro há violação à identidade? Respondendo intuitivamente de maneira afirmativa à indagação proposta, qual seria o motivo dessa constatação não ser tão socialmente alarmante? Apresenta-se possíveis fatores que respondem essa pergunta.

Segundo Sônia Corrêa⁹¹, a discussão acerca dos direitos sexuais teve início no final da década de 80, em meio a epidemia de HIV/Aids, possuindo como protagonistas os movimentos LGBTQIA+⁹² e o movimento feminista⁹³. Imperativo observar que a primeira grande discussão sobre o tema se dera apenas quando a sexualidade se viu em meio à um contexto de morte sistemática de parcela populacional, movimento parecido com o visto no direito ambiental contemporâneo, sendo levado à notoriedade quando as violações reiteradas causam efeitos que extrapolam a esfera do grupo vulnerável, com impactos na coletividade.

A primeira previsão normativa acerca do tema pode ser extraída do parágrafo 96 da Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher⁹⁴:

[...] Os Direitos Humanos das mulheres incluem seus direitos a ter controle e decidir livre e responsabilmente sobre questões relacionadas à sua sexualidade,

⁹¹ CORRÊA, S.; ÁVILA, M.B., Direitos Sexuais e Reprodutivos - Pauta Global e Percursos Brasileiros. In: BERQUÓ, E. (org.). *Sexo & Vida: Panorama da Saúde Reprodutiva no Brasil*. Campinas, SP: UNICAMP, 2003, p. 17-78.

⁹² O grupo fora em um primeiro momento referido como "gays" ou "homossexuais", a noção de comunidade GLS só fora construída em meados da década de 90, assim como o protagonismo de identidades de gênero trans. Para mais ver autores como PEARSE, Rebecca e SPARGO, Tamsin.

⁹³ CORRÊA; ÁVILA, op. cit., nota 91, p. 21. Vale expor que apenas um segmento do movimento feminista aderiu a iniciativa de luta em razão do reconhecimento dos direitos sexuais nesse momento, este identificado pela parcela do movimento que considera a sexualidade como figura de suma importância para a compreensão e transformação da desigualdade de gênero

⁹⁴ CHINA. *Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher*. 1995. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2015/03/declaracao_pequim1.pdf>. Acesso em: 25 out. 2019.

incluindo a saúde sexual e reprodutiva, livre de coação, discriminação e violência. Relacionamentos igualitários entre homens e mulheres nas questões referentes às relações sexuais e à reprodução, inclusive o pleno respeito pela integridade da pessoa, requerem respeito mútuo, consentimento e divisão de responsabilidades sobre o comportamento sexual e suas consequências[...].

Aponta Rosalind Petchesky⁹⁵, que o desenvolvimento do conceito de direitos sexuais, fora disciplinado de forma negativa, o que significa dizer que preocupou-se mais em prevenir violações que propriamente identificar uma categoria autônoma de direito. Desse modo, a princípio os supra eram associados ao direito de não ser objeto de abuso ou exploração, como forma de combate aos crimes sexuais, que sempre estiveram presentes na sociedade⁹⁶. A autora crítica tal situação, apontando como tabu social qualquer fala acerca da sexualidade em seu exercício pleno, conforme⁹⁷:

[...]porque é tão mais fácil declarar a liberdade sexual de forma negativa, e não em um sentido positivo e emancipatório? Por que é mais fácil chegar a um consenso sobre o direito de não ser objeto de abuso, exploração, estupro, tráfico ou mutilação, mas não sobre o direito de usufruir plenamente de seu próprio corpo? [...]

Segundo transcreve Laura Mattar⁹⁸, é necessária uma dissociação entre os direitos sexuais e tipos penais, para que se possa efetivamente exercê-los, nesse sentido pontua⁹⁹:

[...] é preciso que o desenvolvimento dos direitos sexuais dê-se no sentido da ampliação para um conceito positivo, que vá além do combate às discriminações e abusos cometidos contra as minorias sexuais, incluindo-se aí as mulheres que não se enquadram nas formas dominantes de seu gênero. Assim, devem englobar as chamadas "titularidades afirmativas", já que as titularidades afirmativas e negativas são os dois lados da mesma moeda: não posso gozar de meu corpo sexual se estou constantemente submetida ao temor, digamos, de um abuso. [...]

Transportando o conceito de direitos sexuais para o objeto de análise, Sérgio Carrara¹⁰⁰ privilegia os direitos LGBTQIA+¹⁰¹ apontando a tendência social à convenção do termo "diversidade sexual" utilizado para denominar as minorias sexuais¹⁰². Questiona-se o uso de tal nomenclatura uma vez que essa é repetidas vezes utilizada para designar

⁹⁵ PETCHESKY, R.P. Direitos Sexuais: um novo conceito na prática política internacional. In: BARBOSA, Regina M. e PARKER, Richard (orgs.). *Sexualidades pelo Avesso: direitos, identidades e poder*. Rio de Janeiro: IMS/UERJ; São Paulo: ed. 34, 1999, p. 16, 24-25.

⁹⁶ Ibid., p. 15-38.

⁹⁷ Ibid., p. 24-25.

⁹⁸ MATTAR, Laura Davis. *Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais - uma análise comparativa com os direitos reprodutivos*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452008000100004>. Acesso em: 25 out. 2019.

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ CARRARA, Sérgio. *Políticas e direitos sexuais no Brasil contemporâneo*, p. 131-148. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/bagoas/article/view/2316/1749>>. Acesso em: 25 out. 2019.

¹⁰¹ A nomenclatura utilizada pelo autor é contemporânea aos movimentos reivindicatórios protagonistas do período histórico de produção de sua obra.

¹⁰² CARRARA, op. cit., nota 100, p. 135.

prerrogativas legais básicas direcionadas ao grupo social que à identifica, essas que em nada se confundem com a sexualidade do indivíduo, conforme trecho¹⁰³:

[...] Tais “direitos LGBT”, que muitas vezes nada têm a ver diretamente com a sexualidade (como questões previdenciárias, adoção, liberdade de movimento em espaços públicos ou de mudança de nome e sexo em certidões de nascimento), vêm sendo compreendidos como “direitos sexuais”, dado o fato de os processos sociais e políticos de estigmatização e discriminação que deles privam pessoas LGBT envolverem historicamente determinados valores relativos à sexualidade. Dito de outro modo, conforme construídos contemporaneamente no Brasil, direitos sexuais se referem a prerrogativas legais relativas ou à sexualidade ou a grupos sociais cujas identidades foram forjadas sobre formas específicas de desejos e de práticas sexuais.[...]

O autor indica como fator determinante para a confusão de termos a estigmatização e discriminação socialmente latente no tocante aos direitos fundamentais de pessoas LGBTQIA+. Note-se que tal subclassificação institucional pode ser reflexo do final dos anos 70, com o abandono de um modelo revolucionário de reivindicação de direitos e adoção de uma sistemática assimilacionista pelo próprio movimento social¹⁰⁴.

As ponderações e questionamentos acerca das escolhas gramaticais e de nome utilizadas para designar esses indivíduos identifica a tendência social de criação de um subgrupo, à margem, cujos direitos e até mesmo sua própria identidade são confundidos com fatores não determinantes, como a sexualidade e gênero. Tal fator pode fundamentar criação de substitutos, contrastados com os hegemônicos segundo a heteronormatividade, como o nome, que passa a ser qualificado como "social" para designar pessoas trans ou a união estável e o casamento, que precisam ser reforçados com a "afetividade" para designar a aplicação desses à uma classe homossexual.

Como reforço ao argumento introduzido, faz-se necessário um olhar objetivo para o cenário de Direitos Humanos garantidos pelo Estado brasileiro à sua população LGBTQIA+. As reivindicações sociais de classes minoritárias, em um país onde a vontade da maioria é a que prepondera quando das escolhas políticas, acarreta uma acentuada desigualdade de tratamento institucional. Desse modo, o Poder Judiciário, devido ao seu caráter contramajoritário, desempenha papel protagonista para efetivação desses referidos direitos, conforme é o tema do tópico que se inicia.

¹⁰³ Ibid.

¹⁰⁴ SPARGO, op. cit., nota 11, p. 25-26.

1.4. O protagonismo do Poder Judiciário na consolidação de direitos da população LGBTQIA+

O art. 2º da CRFB/88¹⁰⁵ consagra o princípio da Separação dos Poderes que tornou-se um dos mais reiterados argumentos quando das ações de controle de constitucionalidade, atribuindo ao Poder Judiciário, uno e indivisível, a função de julgar a compatibilidade dos atos dos demais Poderes e o ordenamento jurídico¹⁰⁶.

O Judiciário consiste em um Poder neutro, ou seja, alheio às pressões dos demais Poderes. "Mas os Juízes da nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor"¹⁰⁷. A referência à evolução gradual do pensamento doutrinário acerca do papel exercido pelo Judiciário em uma democracia informa, contudo, seu caráter político, conforme¹⁰⁸:

[...] a Constituição quis colocar os tribunais judiciários entre o povo e a legislatura, principalmente para conter esta última nos limites das suas atribuições. A Constituição é e deve ser considerada pelos juizes como a lei fundamental; e como a interpretação das leis é a função especial dos tribunais judiciários, a eles pertence determinar o sentido da Constituição, assim como de todos os outros atos do corpo legislativo [...]

A função contramajoritária exercida pelo Judiciário, pode ser claramente vista ao invalidar atos dos demais Poderes da República, eleitos democraticamente pelo voto. Para entender a necessidade de um Poder contramajoritário é necessário retomar a ideia de democracia, o que se faz através da citação¹⁰⁹:

[...] O termo democracia tem origem grega, podendo ser etimologicamente dividido da seguinte maneira: *demos* (povo), *kratos* (poder). Em geral, democracia é a prática política de dissolução, de alguma maneira, do poder e das decisões políticas em meio aos cidadãos [...]

Uma sociedade organizada através do voto da maioria tende a invisibilizar as demandas de minorias. Desse modo, o Poder Judiciário atua como mediador entre as demandas sociais e o respeito pelos direitos existenciais da parcela populacional sem poder representativo efetivo. Nesse sentido é Maria Berenice Dias¹¹⁰:

¹⁰⁵ BRASIL, op. cit., nota 88: Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

¹⁰⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 912.

¹⁰⁷ MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 175.

¹⁰⁸ HAMILTON, Alexander. *O Federalista*. 2 ed. Rio de Janeiro: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p.169.

¹⁰⁹ UOL. *Democracia*. Disponível em: <<https://brasilescola.uol.com.br/sociologia/democracia.htm>> Acesso em: 15 jan. 2020.

¹¹⁰ DIAS, op. cit., nota 82, p. 271-272.

[...] O legislador, com medo de desagradar seu eleitorado, prefere não aprovar leis que concedam direitos às minorias alvo da discriminação. Assim, restam as uniões homossexuais marginalizadas e excluídas do sistema jurídico. no entanto, a ausência de lei não significa inexistência de direito. [...]

Admitindo o caráter contramajoritário do Poder Judiciário, minorias sociais comumente recorrem a esse. É expressivo o número de Ações Constitucionais que visam tutelar direitos existenciais mínimos dos LGBTQIA+ no Brasil. Um recorte estratégico acerca das principais decisões que refletem o protagonismo do Judiciário na efetivação dos direitos LGBTQIA+ no Brasil será brevemente exposto como forma de explicitar a carência de empatia social às demandas desse grupo.

A possibilidade de casais do mesmo sexo constituírem entidade familiar fora um desses temas levados à apreciação judicial junto ao Supremo Tribunal Federal, através do ajuizamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4277¹¹¹ e A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132¹¹².

Analisou-se a compatibilidade do instituto da união estável às famílias homoafetivas, uma vez que os cartórios do território nacional se negavam a reconhecer tal hipótese pautados na redação literal dos art. 226, §3º da CRFB/88¹¹³ c/c o art. 1.723 do Código Civil¹¹⁴ que identificam uma pluralidade de sexo como pressuposto de entidade familiar.

Ambas as redações usam os termos "entre o homem e a mulher" o que interpretado literal e restritivamente, importa no raciocínio lógico excludente de qualquer outro tipo de união entre pessoas, como o caso dos homossexuais.

A ADI nº 4277¹¹⁵, de autoria da Procuradoria-Geral da República, visava a declaração de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como forma de entidade familiar. Pediu, ainda, que os mesmos direitos e deveres atribuídos aos companheiros nas uniões estáveis heterossexuais fossem estendidos aos companheiros nas uniões estáveis homoafetivas.¹¹⁶

A ADPF nº 132¹¹⁷, de autoria do governo do Estado do Rio de Janeiro, alegava que o não reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar contraria diversos preceitos fundamentais como igualdade, liberdade e o princípio da dignidade da

¹¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277revisado.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2020.

¹¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Supremo reconhece união homoafetiva*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>> Acesso em: 15 jan. 2020.

¹¹³ BRASIL, op. cit., nota 88.

¹¹⁴ BRASIL. *Código Civil*. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm> Acesso em: 15 jan. 2020.

¹¹⁵ BRASIL, op. cit., nota 111.

¹¹⁶ Ibid.

¹¹⁷ BRASIL, op. cit., nota 112.

pessoa humana, todos expressamente previstos na Constituição Federal. Nesse sentido, pleiteou que o STF aplicasse o regime jurídico das uniões estáveis, consubstanciado no artigo 1.723 do Código Civil¹¹⁸, às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis do Rio de Janeiro.¹¹⁹

O relator do processo, Ministro Ayres Britto, argumentou¹²⁰ que o artigo 3º, inciso IV, da CRFB/88¹²¹ veda qualquer tipo de discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, desse modo, ninguém pode ser diminuído, segregado ou discriminado em função de sua sexualidade. Argumentou ao fim que qualquer impedimento/depreciação da união estável homoafetiva iria de encontro ao inciso IV do artigo 3º da CRFB/88¹²².

No dia 05 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união homoafetiva por unanimidade dos votantes (impedido o Ministro Toffoli), dando procedência as ações supra com efeito vinculante, dando interpretação conforme a Constituição Federal¹²³ para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil¹²⁴ que pudesse impedir o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como espécie de entidade familiar.

No âmbito da ADI nº 4275, no entanto, fora pleiteado o direito à retificação do assento civil pautado na autodeterminação individual, pleito de pessoas trans que buscava o respeito de suas identidades através do nome. Conforme já apresentado, parte mais vulnerável das minorias sexuais no Brasil são as pessoas trans. Para esses indivíduos questões cotidianas tornam-se verdadeiros conflitos sociais, uma vez que, diante da binariedade de gêneros padrão, sua mera existência já configura um ato de resistência.

O direito ao nome é previsto no artigo 16 do Código Civil¹²⁵ de 2002, "Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome" e consubstancia direito fundamental inerente a condição de ser humano. Todavia, quando se trata de pessoas trans, o nome recebido ao nascimento, que normalmente embute alguma flexão de gênero, acaba por discordar de sua identidade socialmente exteriorizada.

A Lei de Registros Públicos estabelece em seu artigo 56¹²⁶ a possibilidade de alteração do nome diretamente em cartório, todavia essa é restrita apenas ao primeiro ano

¹¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 114.

¹¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 112.

¹²⁰ BRASIL, op. cit., nota 111.

¹²¹ BRASIL, op. cit., nota 88.

¹²² Ibid.

¹²³ Ibid.

¹²⁴ BRASIL, op. cit., nota 114.

¹²⁵ Ibid.

¹²⁶ BRASIL. *Lei de Registros Públicos*. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6015consolidado.htm>. Acesso em: 15 jan. 2020.

após o indivíduo atingir a maioridade civil. Após essa data, segundo o art. 58 da lei em questão, o prenome seria definitivo. Tais previsões legais somadas com os preconceitos sociais tornavam impossível a alteração extrajudicial do nome de pessoas trans.

A insegurança jurídica acerca da questão era expressiva. O direito ao nome da pessoa trans era condicionado ao entendimento pessoal de magistrados que por falta de argumentos normativos por diversas vezes exigiam documentação excessiva, como laudos médicos e, em casos extremos, a necessária intervenção cirúrgica corporal dos querelantes para que tivessem seu direito, explicitamente existencial, reconhecido.

De acordo com esse contexto fora ajuizada pela Procuradoria-Geral da República (PGR) a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275¹²⁷ buscando dar interpretação conforme a Constituição Federal¹²⁸ ao artigo 58 da Lei nº 6.015/1973¹²⁹, no sentido de ser possível a alteração de prenome e gênero no registro civil mediante averbação no registro original, independentemente de cirurgia de redesignação sexual.

Em 01 de março de 2018¹³⁰ o STF entendeu pela possibilidade da alteração de nome e gênero através da mera autodeclaração junto ao cartório de registro civil, dispensados laudos médicos, realização de procedimentos cirúrgicos e autorização judicial. Data de 28 de junho de 2018, a edição do provimento do CNJ nº 73/2018¹³¹, determinando a relação documental necessária para instruir o pedido em questão¹³².

Outro aspecto envolvendo minorias sexuais fora objeto de discussão judicial por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e o Mandado de Injunção nº 4733¹³³, ambas com a pretensão do enquadramento da violência perpetrada contra as minorias sexuais, em razão da condição de minoria sexual, como forma de racismo.

O número de crimes contra a população LGBTQIA+ no Brasil vem atingindo percentuais alarmantes a cada ano. Os crimes variam de ameaças, injúrias, lesão corporal e até

¹²⁷ BRASIL, op. cit., nota 58.

¹²⁸ BRASIL, op. cit., nota 88.

¹²⁹ BRASIL, op. cit., nota 147.

¹³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF reconhece a transgêneros possibilidade de alteração de registro civil sem mudança de sexo*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=371085>>. Acesso em: 15 jan. 2020.

¹³¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Provimento nº 73*, de 28 de junho de 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/06/434a36c27d599882610e933b8505d0f0.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2020.

¹³² Destaca-se, no entanto, grande crítica relacionada ao provimento em questão. Ter-se-ia o documento extrapolado sua competência regulamentadora ao estabelecer uma lista demasiadamente longa de requisitos documentais, o que vai de encontro à decisão proferida pelo STF que estabelece apenas a autodeterminação pessoa como condição para o procedimento administrativo.

¹³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Julgamento sobre omissão legislativa em criminalizar homofobia prossegue nesta quarta-feira (20)*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=403689>>. Acesso em: 17 jan. 2020.

homicídios, que em reiteradas hipóteses ocorrem com requinte de crueldade e uso de meios de tortura. Todas as minorias sexuais compreendidas pela sigla podem ser sujeitos passivos de tais atos. destacando-se as pessoas trans.

Segundo relatório¹³⁴ do Grupo Gay da Bahia (GGB), o Brasil registrou 141 mortes de pessoas LGBTQIA+ de janeiro a 15 de maio de 2019, contabilizando uma morte por homofobia a cada 23 horas. De 2008 a 2016, segundo o *TMM annual report*¹³⁵, o Brasil matou ao menos 868 travestis e transexuais. Esses dados colocam o Brasil como o país que mais mata pessoas trans no mundo, conforme a aponta a *Transgender Europe*¹³⁶, superando os números de países que criminalizam a condição de LGBTQIA+, direta ou indiretamente, atribuindo a esses indivíduos penas, dentre as quais destaca-se a morte.

Segundo o dossiê¹³⁷ chamado "A Geografia dos Corpos das Pessoas Trans", é latente o alto grau de ódio nos crimes contra pessoas trans no Brasil. Entre as causas das mortes no ano de 2016, a arma de fogo é o principal meio utilizado (66 casos), seguido de arma branca (31 casos) e paulada (9 casos). Não obstante, também foram recolhidos dados acerca de 6 casos de morte por asfixia, 5 casos de morte por carbonização, 4 casos de morte por pedradas, 3 casos de morte por tortura, 2 mortes por afogamento e 1 caso de esquartejamento.

Apesar dos dados expressivos anualmente divulgados, a resposta legislativa fora lenta e insuficiente. Diversos projetos que visavam a criminalização de condutas LGBTQIA+fóbicas não conseguem aprovação segundo o sistema eleitoral atual, vez que o legislativo eleito pela maioria tende a privilegiar o interesse de seus eleitores.

Devido ao reiterado descaso legislativo apresentado e os altos números de crimes contra a população LGBTQIA+ propôs-se as ações supra elencadas. A primeira, ajuizada pelo Partido Popular Socialista em face do Congresso Nacional pretendia obter a criminalização específica de todas as formas de LGBTQIA+fobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela sexualidade e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima¹³⁸.

¹³⁴GLOBO. *Brasil registra uma morte por homofobia a cada 23 horas, aponta entidade LGBT*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/05/17/brasil-registra-uma-morte-por-homofobia-a-cada-23-horas-aponta-entidade-lgbt.ghtml>>. Acesso em: 17 jan. 2020.

¹³⁵TRANSRESPECT. *TMM annual report 2016*. Disponível em: <<https://transrespect.org/wp-content/uploads/2016/11/TvT-PS-Vol14-2016.pdf>>. Acesso em: 17 jan. 2020.

¹³⁶HUFFPOST. *Brasil continua líder no ranking de países que mais mata transexuais, diz ONG*. Disponível em: <https://www.huffpostbrasil.com/entry/brasil-continua-lider-no-ranking-de-paises-que-mais-mata-transexuais-diz-ong_br_5c335c71e4b0944f666c2302>. Acesso em: 17 jan. 2020.

¹³⁷BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos. *Violência LGTFóbicas no Brasil: dados da violência*. Disponível em: <<https://www.mdh.gov.br/biblioteca/consultorias/lgbt/violencia-lgbtfobicas-no-brasil-dados-da-violencia>>. Acesso em: 17 jan. 2020, p. 68.

¹³⁸Ibid.

A segunda ação de autoria da Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros em face do Congresso Nacional buscava além da criminalização da LGBTQIA+fobia cumulada com a condenação do Estado na forma de indenização às vítimas em virtude de descumprimento do seu dever de legislar¹³⁹.

Julgadas simultaneamente, em 13 de junho de 2019, o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu pela omissão inconstitucional do Congresso Nacional ao não legislar sobre a matéria em questão¹⁴⁰. Os ministros Celso de Mello, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes votaram pelo enquadramento da homofobia e da transfobia como tipo penal definido na Lei do Racismo (Lei nº 7.716/1989) até que o Congresso Nacional edite lei sobre a matéria¹⁴¹. O pedido indenizatório formulado pela ABGLT, no entanto, fora denegado.

Suzana de Toledo Barros, professora de Direito da IESB sugere que a criminalização supra pode vir a desencadear resposta legislativa negativa, conforme¹⁴²:

[...] O STF não está tirando o poder decisório do Congresso Nacional, que sabe que tem a responsabilidade de criar esse projeto de lei. O mundo jurídico acredita que haverá uma reação positiva do Legislativo e que ele cumprirá o seu dever constitucional de regular essa situação (...). Agora, podemos ter também uma reação negativa. Já tivemos casos em que o Congresso reagiu a uma decisão do Supremo e esvaziou a legislação. Ele pode aprovar um projeto de lei com uma pena muito baixa ou que criminalize apenas os casos mais graves. Não há como prever”, finaliza. [...]

Nesse sentido, pode-se destacar o PL 860/2019¹⁴³ de autoria do Senador Alessandro Vieira (CIDADANIA/SE) que apesar de visar "altera(r) a Lei que estabelece crimes relativos à discriminação para incluir em seu contexto condutas de discriminação motivadas por questões de sexo, sexualidade ou identidade de gênero", pretende conceder salvo conduto à igrejas para incorrerem em crime, conforme seus arts. 4º, §3º e 5º, parágrafo único¹⁴⁴.

¹³⁹ Ibid.

¹⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>>. Acesso em: 17 jan. 2020.

¹⁴¹ Ibid.

¹⁴² IESB. *Criminalização da homofobia pelo STF é passo importante, mas pode causar reação negativa no congresso*. 2018. Disponível em: <<https://www.iesb.br/institucional/noticia/criminalizacao-da-homofobia-pelo-stf-e-passo-importante-mas-pode-causar-reacao-negativa-no-congresso>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

¹⁴³ BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 860*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135327>>. Acesso em: 21 mai. 2020.

¹⁴⁴ BRASIL. Senado Federal. *Emenda 1 ao PL 860 de 2019*. Disponível em: <<file:///C:/Users/Home/Downloads/DOC-EMENDA%201-T%20-%20PL%208602019-20190227.pdf>>. Acesso em: 21 mai. 2020. Art. 4º: (...) § 3º O disposto nesse artigo não se aplica às instituições privadas de ensino confessionais, que atendem a orientação confessional e ideologia específicas. Art. 5º: (...) Parágrafo único. O disposto nesse artigo, no que se refere à sexualidade ou identidade de gênero, não se aplica aos indivíduos que, por motivos de consciência religiosa, entendem não ser apropriado oferecer serviço ou produto que contrarie suas convicções morais e religiosas.”

Conforme o exemplo aposto, embora inegáveis avanços situacionais proporcionados pelo Poder Judiciário, ainda paira sobre os direitos elencados a insegurança jurídica. Por se tratar de matéria afeta a deliberação do legislativo, esse pode vir a normatizar especificamente sobre o tema de modo a esvaziar a decisões em epígrafe. O mesmo não se pode dizer quanto à efetividade desses mesmos direitos frente a população heterossexual e/ou cisgênera.

Cumpra-se, portanto, o primeiro objetivo do ora autor ao explicitar o panorama situacional de vulnerabilidade dos LGBTQIA+ na sociedade. A contemporaneidade brasileira demonstra que direitos hipoteticamente previstos à todos dependem de exame judiciário para que sejam efetivados à minorias sexuais. Tal vulnerabilidade tende a ser acentuada em ambientes marginalizados. Portanto, aprofunda-se na temática afeta ao sistema penitenciário.

1.5. Sexo como indexador carcerário?

A dicotomia separatista de homens e mulheres em presídios é expressamente prevista no ordenamento jurídico brasileiro conforme a literalidade do artigo art. 5º, XLVIII da CRFB/88¹⁴⁵: "a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado". No mesmo sentido é o art. 82, parágrafo único da Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984¹⁴⁶.

No entanto, é falacioso dizer que a indexação carcerária é atualmente pautada no sexo. Fundamenta-se tal afirmação com a retomada do conceito de intersexo¹⁴⁷. Desse modo, o sistema adotado não engloba todas as variações sexuais naturalmente possíveis, o que afasta o argumento de que a divisão institucionalizada segue os critérios biológicos, uma vez que deliberadamente deixa de elencar uma das variações possíveis reconhecidas por esse critério.

Portanto, para refutar o argumento de que não seria possível encarcerar pessoas intersexo diante da ausência de previsão legal, fato esse que acarretaria ainda um ônus estatal de realização de verificação cromossômica em todos os seus possíveis detentos, parece mais adequado defender com argumentos teleológicos a adoção pelo legislador, mesmo que de maneira imperita, por uma divisão pautada no gênero dos encarcerados.

¹⁴⁵ BRASIL, op. cit., nota 88.

¹⁴⁶ BRASIL. *Lei nº 7.210*, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 09 out. 2019. Art. 82: Os estabelecimentos penais destinam-se ao condenado, ao submetido à medida de segurança, ao preso provisório e ao egresso: §1º A mulher e o maior de sessenta anos, separadamente, serão recolhidos a estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal.

¹⁴⁷ Variação de sexo natural e biológica cientificamente reconhecida com proporções populacionais equivalentes ao número de pessoas ruivas.

É necessário frisar que essa separação entre homens e mulheres é essencial para a manutenção da dignidade da população carcerária definida segundo o critério falocentrista como mulher. A hipervulnerabilidade dessa população é latente conforme os dados que se seguem. Em 2017 o Brasil registrou 164 casos de estupro por dia, totalizando o número de 60.018 casos notificados. Embora alarmante, o número fora superado no ano subsequente, onde se registraram 66.041 casos de estupros, importando no assombroso quantitativo de 180 casos por dia, segundo publicação do jornal O Globo com base em dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública.¹⁴⁸

Apesar de números expressivos, é preciso frisar que segundo a última pesquisa nacional de vitimização, estima-se que apenas 7,5% das vítimas notificam a violência sexual à polícia. Segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2019¹⁴⁹, 81,8% das vítimas são, segundo os critérios falocentristas de divisão de gênero, determinados como pertencentes ao sexo feminino e 18,2% do sexo masculino.

Tais números gritam o imperativo social que levou o legislador à determinar a criação de presídios distintos baseados na condição sexual dos encarcerados, mesmo que de forma precária, conforme já explicado. A crítica conceitual persiste uma vez que tal critério não faz distinção acerca da sexualidade ou identidade de gênero dos encarcerados, o que significa um total menosprezo pela vulnerabilidade dessa parcela populacional passiva de crimes orientados por sua simples existência, lida socialmente como intrínseca a sexualidade.

Imperativo salientar que todos os números acerca de violência sexual são alheios à realidade de presídios do país, local que não fora objeto de estudo nacional específico. A divisão pelo critério puramente falocentrista se mostra absolutamente ineficaz quando contraposta a realidade do cárcere brasileiro.

A análise do presente se limitará ao fator determinante "sexualidade" e "identidade/expressão de gênero" em virtude de serem esses os objetos de análise pretendido, embora reconheça-se que poderiam ser apresentados diversos recortes sociais acerca dos números supra e sua incidência em nichos de cor, faixa etária e condição financeira.

Fatos já apresentados colocam o Brasil como líder mundial em assassinatos de pessoas trans. Todavia, na contramão desse argumento - ou talvez corroborando-o -, o Brasil

¹⁴⁸ FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2019*. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/09/Anuario-2019-FINAL-v3.pdf>> Acesso em: 09 out. 2019.

¹⁴⁹ Ibid.

desponta também como um dos líderes mundiais no consumo de pornografia trans, conforme dados divulgados¹⁵⁰. Poder-se-ia correlacionar ambos fatores? Analisa-se.

O primeiro argumento favorável a essa tese recai na tendência brasileira à invisibilização de estupros masculinos que pode ser extraída, por exemplo, do fato de que até uma década atrás homens, não podiam ser sujeitos passivos do crime de estupro. Fato este que reverbera nos dados já apresentados de que quase 20% dos estupros anuais do Brasil são cometidos contra esses indivíduos.

Tal afirmativa advém do fato de que o artigo 213, CP¹⁵¹, dispositivo que tipificava o crime supracitado, utilizava o termo “mulher”, restringindo o crime de estupro à necessidade de copula vaginal. Quando a vítima era do sexo masculino era enquadrado em dispositivo mais brando denominado “atentado violento ao pudor”, previsto no antigo artigo 214, CP¹⁵².

Apenas com a Lei nº 12.015 de 7 de agosto de 2009¹⁵³ revogou-se o tipo em questão e inaugurou-se a ideia de estupro como tipo complexo de forma livre¹⁵⁴, o que importa em dizer que não apenas o ato de conjunção carnal será considerado estupro para fins penais, conforme Nucci¹⁵⁵:

[...] A consumação do estupro, quando praticado na modalidade conjunção carnal, ocorre com a introdução do pênis na vagina, ainda que parcial. Já as hipóteses envolvendo outros atos libidinosos se consumam com a prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal. (...) Destarte, o estupro passa a ser um crime de forma livre, ao contrário do que ocorria anterior, em que se classificava delito de forma vinculada, pois só podia ser cometido por conjunção carnal. [...]

Vale ressaltar que não se pretende criticar o princípio penal estabelecido na legislação brasileira que orienta a interpretação restritiva da norma penal¹⁵⁶. O intuito se restringe a ventilar situação pretérita de afronta à igualdade constitucional, uma vez que restringia o sujeito passivo de um crime a uma determinada especificidade fisiológica, quando

¹⁵⁰ HIBRIDA. *Brasil lidera consumo de pornografia trans no mundo (e de assassinatos)*. Disponível em: <<https://revistahibrida.com.br/2020/05/11/o-paradoxo-do-brasil-no-consumo-de-pornografia-e-assassinatos-trans/>>. Acesso em: 20 ago. 2020.

¹⁵¹ BRASIL. *Código Penal*. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 01 fev. 2020.

¹⁵² Ibid.

¹⁵³ BRASIL. *Lei de Crimes Sexuais*. Lei nº 12.015 de 7 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm> Acesso em: 09 out. 2019.

¹⁵⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *O estupro sob a prima da lei 12.015/09*. Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/o-crime-de-estupro-sob-o-prisma-da-lei-12-01509#:~:text=Destarte%2C%20o%20estupro%20passa%20a,por%20conjun%C3%A7%C3%A3o%20carnal%5B7%5D.>>>. Acesso em: 08 jun. 2020.

¹⁵⁵ Ibid.

¹⁵⁶ MAIA, Afonso. *Interpretação da Lei Penal: Formas de se interpretar a Lei Penal de acordo com a doutrina atual*. Disponível em: <<https://afonsogmaia.jusbrasil.com.br/artigos/381673867/interpretacao-da-lei-penal>>. Acesso em: 09 out. 2019.

em verdade o crime poderia ser perpetrado por outros meios, uma vez admitindo que o *telos* da criminalização seja a dignidade sexual. Essa situação potencializava a marginalização das pessoas que haviam sofrido alguma violência sexual visto que em suma, se alguém quisesse cometer um crime sexual, era socialmente convencionado que se escolhesse uma vítima pertencente ao sexo masculino sua conduta recairia sobre tipo penal mais brando.

Além do recorte específico masculino, invoca-se outra figura legislativa nacional como segundo argumento. A Lei nº 13.718¹⁵⁷, sancionada em 24 de setembro de 2018, elencou a figura do estupro "corretivo" como causa de aumento de pena, consolidando a redação do art. 226 do Código Penal¹⁵⁸ em: "a pena é aumentada: IV - de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se o crime é praticado: b) para controlar o comportamento social ou sexual da vítima". Nesse caso o texto legal não optou por apresentar termos linguísticos que possibilitem a interpretação restritiva do dispositivo, de modo proporcionar sua incidência para sujeitos de todos os sexos.

Correlaciona-se as crescentes taxas de violência e consumo de pornografia, com os argumentos da (i) invisibilização do estupro masculino e (ii) avanço legislativo que, mesmo em um contexto social de descaso, reconheceram como agravante a violência sexual que visa controlar o comportamento social ou sexual - lê-se identidade de gênero e sexualidade - das vítimas, sem o recorte específico voltado à feminilidade.

Aglutina-se os supra com a vulnerabilidade do LGBTQIA+, de modo a defender a tese de que mais que a própria identidade de gênero ou sexualidade do indivíduo, considera-se imperativo o reconhecimento de fatores exógenos quando do trato de crimes sexuais. Em suma, tem-se que se um crime é aferido pela leitura subjetiva individual de outro ser humano, o mote que se criminaliza é a vontade do agente de corrigir, de modo que independará a factual condição de identidade de gênero e/ou sexualidade da vítima.

Se um homem é socialmente visto como mais afeminado ou uma mulher como masculina, sua chance de ser vítima de algum crime sexual é potencializada, motivo pelo qual a lei impõe maior rigidez ao trato do tipo, visando desestimular tais práticas. Portanto, conclui-se que a condição de minoria sexual, ou de parecer minoria sexual configura ao menos um dos fatores preponderantes para o cometimento de certos crimes sexuais.

¹⁵⁷ BRASIL. *Lei nº 13.718*, de 24 de setembro de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm>. Acesso em: 13 mai. 2020.

¹⁵⁸ BRASIL, op. cit., nota 151.

2. DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Evidências históricas remetem o processo de ascensão ocidental de modelos punitivos pautados em prisões à meados do século XVII. Segundo Teixeira, pode-se afirmar que a longevidade da pretensão estatal à inserção de indivíduos junto ao cárcere é resultado de uma permanente mutação desse modelo que se opera desde o período de sua consolidação até a contemporaneidade.¹⁵⁹

No entanto, as readequações e ajustamentos lançados sobre esse instituto vislumbravam pouca mudança estrutural no que concerne aos aspectos mais básicos de sua existência. Somente na década de 70 do século XX transformações mais radicais foram direcionadas aos pilares da gênese do encarceramento, sobretudo quanto sua função social disciplinadora.¹⁶⁰

Segundo Teixeira¹⁶¹, os estudos de Rusche e Kierchheimer¹⁶² foram essenciais para identificação do contexto de nascimento e ascensão da pena de prisão como meio de controle social coercitivo do estado. Sobretudo, os autores identificaram que "a configuração de um modelo punitivo baseado no aprisionamento prolongado com finalidades adestradoras e de reforma moral"¹⁶³ - leia-se pena privativa de liberdade - não seria compatível com regimes e formas de organização social primitivas, apontando como exemplo as que marcaram o mundo feudal.¹⁶⁴

Contextualiza-se dizendo que o feudalismo¹⁶⁵ fora um sistema de organização social pautado em um meio de produção na sociedade medieval da Europa central¹⁶⁶. Segundo seus ditames, os mais pobres eram submetidos à uma relação servil de produção, em uma espécie de escravidão mais branda, recebendo proteção dos suseranos com os quais faziam um tratado de suserania e vassalagem¹⁶⁷.

A incompatibilidade entre o encarceramento e o feudo se fundamentava na economia essencialmente agrícola que demandava força de trabalho constante e não excedente, além do

¹⁵⁹ TEIXEIRA, Alessandra. *Do Sujeito de Direito ao Estado de Exceção: O percurso contemporâneo do Sistema Penitenciário Brasileiro*. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/espen/DosujeitododireitoaoEstadodeexcecao2006.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2020. p. 13.

¹⁶⁰ Ibid., p. 21-22.

¹⁶¹ Ibid., p. 16.

¹⁶² RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999. In: TEIXEIRA. op. cit., nota 159, p. 15.

¹⁶³ Ibid., p. 24.

¹⁶⁴ Ibid.

¹⁶⁵ SILVESTRE, Armando Araújo. *Sociedade Feudal*. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/historia/sociedade-feudal/>>. Acesso em: 15 mar. 2020.

¹⁶⁶ HUBERMAN, op.cit., nota 39, p. 11-24.

¹⁶⁷ SILVESTRE, op. cit., nota 165.

caráter tradicional nas relações entre servos e senhores feudais característicos do período medievo¹⁶⁸.

Nota-se que diante da organização política descentralizada da sociedade feudal¹⁶⁹, inexistiam mecanismos de mediação representativos de um direito do Estado, incompatível com a ideia de penal como resposta estatal. Esses fatores convergem para a predominância de espécies punitivas como a vingança privada e a transação civil de valores econômicos, desde já atribuindo significados diferentes à punição de pessoas sem posse e das abastardas.¹⁷⁰

Com o advento do Mercantilismo, conjunto de práticas econômicas orientadas pela acumulação de metais preciosos, que consubstanciam o estágio de transição entre o modo de produção feudal e o capitalista, surgem condições estruturais favoráveis a ideia de confinamento individual como instrumento de controle social¹⁷¹. Nesse sentido é Teixeira¹⁷²:

[...] No século XVII, as práticas de confinamento seriam inauguradas segundo finalidades de vigilância, contenção e de extração de força de trabalho de um contingente humano que se encontrava nas cidades, composto resumidamente de categorias sociais definidas como indesejáveis. (...) Assim, passou-se a assistir a um processo de efetiva perseguição à pobreza e à mendicância e seu encerramento como instrumento para consolidação de padrões morais de valorização do trabalho e da prosperidade. Registra-se, no período, o surgimento dos Asilos e especialmente das Casas de Correção, que se constituirão espaços privilegiados para o internamento indiscriminado de tais categorias sociais: os loucos de qualquer espécie, os mendigos, os vadios, os idosos, as prostitutas e os condenados. [...]

Foucault¹⁷³ refere-se a esse período como a "grande internação" vivenciado na Paris mercantilista, ocasião em que cerca de 1% da população da capital da França encontrava-se confinada nas instituições de controle social supra, consubstanciando um "esforço profilático de manutenção da ordem"¹⁷⁴ por força do imperativo do trabalho e da realidade de perseguição social à pobreza característica daquele momento histórico. Esses meios de confinamento não são considerados uma espécie de sanção penal por excelência, por força da heterogenia de sua população e hibridez de finalidades¹⁷⁵.

Todavia, Foucault¹⁷⁶ afirma que tal existência representa uma espécie de ruptura com os ideais que norteavam tanto a questão social quanto a criminal até a Idade Média, de modo a introduzir uma nova concepção em relação à pobreza, com a finalidade de extração de

¹⁶⁸ HUBERMAN, op. cit., nota 39, p. 11-24.

¹⁶⁹ Ibid.

¹⁷⁰ TEIXEIRA, op. cit., nota 159, p.15-17.

¹⁷¹ HUBERMAN, op. cit., nota 39, p. 11-24.

¹⁷² TEIXEIRA, op. cit., nota 159, p. 17.

¹⁷³ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento das prisões. 42. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2014, p. 73-101.

¹⁷⁴ TEIXEIRA, op. cit., nota 159, p. 18.

¹⁷⁵ Ibid.

¹⁷⁶ FOUCAULT, op. cit., nota 173, p. 102-130.

riqueza, nesse momento disponibilizada através da força de trabalho subtraída dessa parcela ressignificada da população. Nesse panorama destaca-se¹⁷⁷:

[...] A partir de então, os dispositivos disciplinares serão permanentemente acionados a fim de dar conta dessa nova economia política, passando a operar através de um mundo institucionalmente disposto, inaugurado pelas *workhouses* e casas de correção do século XVII e generalizado pelos diferentes espaços de confinamento ou instituições totais que os séculos XVIII e XIX irão conhecer, das quais a prisão será o exemplar mais radical. [...]

O pensamento iluminista dos reformadores do sistema penal do século XVIII em meio ao período das revoluções liberais sobre a temática uma racionalização do cumprimento de penas, objetivando frear os abusos do absolutismo que por excelência orientava que o poder do soberano, e apenas ele, determinava morte e vida dos indivíduos em um contexto social¹⁷⁸. Era preciso, portanto, reestruturar a ação punitiva estatal, compatibilizando-a com os novos ideários emanados das revoluções liberais, que impunham um não fazer ao estado¹⁷⁹:

[...] Fazia parte desse projeto político, por consequência, a promoção de uma reforma que visasse instituir mecanismos de maior *segurança jurídica* (para a burguesia, por certo) a partir de postulados defendidos com vistas a essa espécie de racionalização do direito penal, como o da legalidade, do estabelecimento de uma medida de correspondência entre os crimes e as penas, segundo a tipificação de condutas mais ou menos puníveis e a consequente proporcionalidade e individualização na sua aplicação. [...]

Esse período é o de instituição dos chamados Direitos Fundamentais de Primeira Geração¹⁸⁰, que impunham condutas negativas ao estado, vez que demandam sua abstenção. Consistem em garantias individuais frente o poder estatal, consolidando direitos como liberdade, igualdade e propriedade¹⁸¹.

Em meio a esse ambiente, o ataque aos castigos corporais severos apontava para uma nova economia política das penas, que se baseava no pagamento de fianças pecuniárias para a proteção dos bens jurídicos, no lugar das penas de morte. Esse panorama, no entanto, novamente aponta para o encarceramento daqueles que não tivessem condições econômicas de adimplir tais obrigações.¹⁸²

Apontam-se, desse modo, as raízes da tendência da sistemática prisional contemporânea de aglomerar as classes com menor poder aquisitivo, ora justificada por

¹⁷⁷ Ibid., p. 18.

¹⁷⁸ Ibid., p. 16-19.

¹⁷⁹ Ibid., p. 19.

¹⁸⁰ LFG. *Direitos fundamentais de primeira, segunda, terceira e quarta geração*. Disponível em: <<https://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/direitos-fundamentais-de-primeira-segunda-terceira-e-quarta-geracao>>. Acesso em: 15 mar. 2020.

¹⁸¹ Ibid.

¹⁸² TEIXEIRA. op. cit., nota 159, p. 28.

imperativos de limpeza social, ora seguindo lógicas econômicas pautadas exclusivamente na economia. Assumindo como verdadeiros e pertinentes esses dados, conclui-se que a potencialização do número de encarcerados à medida em que se diminui o poder econômico da classe em análise, não é característica exclusiva da contemporaneidade.

O arcabouço ideológico para se consolidar a pena de prisão como o modelo punitivo no ocidente fora construído pelos reformadores iluministas.¹⁸³ Todavia, esse movimento de legalidade extrema sofre revés a partir do século XIX no âmbito do sistema penal. Nesse período a prisão, assim como o direito penal, assume correlação direta com as ciências humanas em ascensão como a antropologia, a psicologia, a medicina social e a psiquiatria¹⁸⁴:

[...] Ao invés da lógica informadora da punição centrada na retribuição do dano e em sua proporcionalidade, o que se assiste para o advento da prisão é justamente o contrário: a ideia da pena centrada no indivíduo, não por suas ações concretas, mas por aquelas que poderiam ser cometidas - constituindo-se, em torno do sujeito, a ideia de periculosidade e a imposição de um tipo de intervenção que primasse pela correção desse indivíduo, ao nível de suas virtualidades [...]

Tal mudança de paradigma é essencial para o surgimento do estudo da criminologia, com olhar voltado ao crime e criminoso¹⁸⁵. Esse é o momento de instituição da chamada sociedade disciplinar, momento em que a burguesia precisa criar mecanismos de coibir a massa para assegurar sua consolidação no poder. O imperativo da época seria o de vigilância, e controle e disciplina do tecido social. Por conseguinte, o poder de punir teria na prisão a instância mais exemplar desse modelo de disciplina social¹⁸⁶.

Outro ponto a ser destacado encontra-se em meio ao advento do *fordismo* e do *taylorismo*, regimes de produção industrial predominantes na primeira metade do século XX¹⁸⁷, viu-se a ascensão da experiência do confinamento institucional, agora não apenas restrito às prisões, com vistas ao paradigma da disciplina social, mas ampliado as vivências escolares, hospitalares e fabris¹⁸⁸:

[...] A partir do século XIX, portanto, a ideia do encarceramento como principal modalidade punitiva pôde se reproduzir e se naturalizar, encontrando aceitação unívoca por todo o tecido social, inclusive entre as camadas sociais que formariam sua principal clientela: as classes populares. Tal tática exitosa foi possível a partir da nova economia das ilegalidades apontada por Foucault, que consistiu, junto a todo o aparato disciplinar que dela adveio, fato de forte determinação na produção da delinquência e sua invencível separação das outras ilegalidades que seguiriam imunes a qualquer controle. até os dias atuais. A dissipação das disciplinas por todo

¹⁸³ Ibid.

¹⁸⁴ Ibid.

¹⁸⁵ Ibid.

¹⁸⁶ Ibid., p.30.

¹⁸⁷ HUBERMAN, op.cit., nota 39, p. 141-155.

¹⁸⁸ TEIXEIRA. op.cit., nota 159, p.32.

o corpo social, a partir de dispositivos adestradores acionados por diferentes formas e em diferentes esferas da vida social, pôde assegurar, no interior das classes populares, a sujeição a essa diferenciação - cuidadosamente construída -, e garantir a conformação à violência desse sistema. [...]

O paradigma fundamental da estrutura penitenciária retirava fundamento da medicina com a patologização do delinquente. Apenas no período posterior a 2ª Guerra Mundial, *Welfare State*, com a implementação do estado de bem-estar social nas democracias ocidentais, procedeu-se a revisão do fundamento social das prisões¹⁸⁹. Em um movimento global de posituação da tutela de direitos fundamentais, com intuito de concretizar um ideal de vida digna, a ressocialização passa a figurar como paradigma das prisões. Nesse sentido¹⁹⁰:

[...] Sob esse modelo foi que se deu uma transformação importante no interior das doutrinas ditas correccionalistas com relação à prisão: o deslocamento do tratamento (da recuperação) para o da ressocialização do criminoso. Essa passagem marca mais do que a instalação de uma nova mediação entre as orientações positivistas e liberais no que se refere à prisão, através de princípios humanitários; ela demarca antes um novo campo de constituição jurídica do preso, sua posição como sujeito de direitos. [...]

Desse modo, tem-se aqui o momento em que o ser humano inserido no cárcere passa a ser reconhecido como o ser humano que de fato é. Pode-se questionar se os sistemas punitivos somente passaram a se atentar, por exemplo, a ideia de Dignidade da Pessoa Humana¹⁹¹ nesse momento da história. Admitindo como corretas as premissas históricas elencadas apenas cerca de três séculos desde o início da existência das pretensões estatais punitivas, o encarcerado passa a ser visto como sujeito de direitos.

2.1. Da Pena

O estudo dos motivos sociológicos para o encarceramento são inúmeros e configuram matéria reiteradamente analisada por profissionais de diversas áreas de atuação. A sanção penal se divide em pena e em medida de segurança. Acerca da Medida de Segurança pode-se precipuamente estabelecer que essa possui finalidade exclusiva a prevenção de outros crimes, vistos nos arts. 26¹⁹² e 97¹⁹³ do Código Penal. Por se tratar o agente de inimputável, por conseguinte afastando a culpabilidade, pode-se afastar a reprovabilidade da conduta em

¹⁸⁹ LFG, op. cit., nota 180.

¹⁹⁰ TEIXEIRA. op. cit., nota 159, p. 28.

¹⁹¹ BRASIL, op. cit., nota 88, art. 1.

¹⁹² BRASIL, op. cit., nota 151. Art. 26: É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

¹⁹³ Ibid., art. 97: Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação. Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.

questão, de acordo com a visão funcionalista da Teoria do Delito. Uma vez que se estabelece que o agente não possui condições de entender o grau de reprovabilidade de sua conduta, não há sentido em puni-lo pela referida. No entanto, a liberdade do agente pode configurar ameaça da reiteração do comportamento típico e ilícito, de maneira que se demonstra pertinente no caso concreto o afastamento do agente do meio social.

Acerca da finalidade da pena, o campo doutrinário diverge, com o esforço intelectual de justificar a imposição de uma pretensão estatal punitiva surgem diversas teorias sobre a temática, das quais destacam-se as entendidas como de maior valor para a discussão ora proposta.

A Teoria Absoluta ou Retributiva¹⁹⁴ considera a pena um castigo. Segundo essa égide a pena não teria outra finalidade, senão a retribuição do fato típico, ilícito e culpável. Para os Autores que a defendem não há necessidade de preocupação com a ressocialização do agente, sendo a pena apenas meio restaurador da ordem atingida pelo delito. Segundo Kant¹⁹⁵, contrariada a lei, impõe-se a pena como imperativo absoluto, ainda que nenhum proveito haja para o condenado ou para a sociedade. Para Hegel¹⁹⁶ o crime pode ser visto como a negação do direito enquanto a pena seria a negação do crime, restaurando a ordem social atingida.

Critica-se tal posição sustentando a sua desatualização e incongruência com os padrões sociais ora vigentes. A teoria apresenta um olhar estritamente pretérito de modo que não é possível extrair a relevância prospectiva de sua aplicação¹⁹⁷. Entende-se que a visão meramente punitivista peca ao ignorar a possibilidade de ressocialização do agente infrator.

Como alternativa, tem-se a Teoria Relativa ou Preventiva¹⁹⁸, capitaneada pela doutrina utilitarista de Jeremy Bentham e John Stuart Mill¹⁹⁹, considera e justifica a pena como um meio para a realização do fim utilitário da prevenção de futuros delitos. A ideia utilitarista tem o objetivo de maximizar a felicidade do maior número de pessoas possível. Condutas criminosas são vistas como antissociais, trazendo, portanto, sofrimento à uma coletividade social. Justifica-se assim o encarceramento, com a pena sendo utilizada como forma de controle da delinquência, extraindo-se assim sua função social.

¹⁹⁴ GROKSKREUTZ, Hugo Rogerio. *Das teorias da pena no Ordenamento Jurídico brasileiro*. 2010. Disponível em: <<https://joaomartinspositivado.jusbrasil.com.br/artigos/147934870/das-teorias-da-pena-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 01 fev. 2020.

¹⁹⁵ CARVALHO NETO, Inacio. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 15.

¹⁹⁶ Ibid.

¹⁹⁷ GROKSKREUTZ, op. cit., nota 194.

¹⁹⁸ Ibid.

¹⁹⁹ SANDEL, Michael J. *Justiça - O que é fazer a coisa certa*. 30. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020, p. 45-74.

Critica-se tal posição com base na crítica primordial ao pensamento utilitário, uma vez que possibilita o raciocínio de instrumentalização do homem como meio para atingir o fim social da máxima felicidade ao maior número de pessoas, indo de encontro ao entendimento que entende-se por correto de que o homem é um fim em si mesmo.

Em dissonância, Franz Von Liszt²⁰⁰ entende a função da pena como variante de acordo com a classe do agente, que (i) se adolescente, seria educativa; (ii) se ocasional, seria intimidatória, visando gravar na consciência do agente preceitos proibitivos desestimulando comportamentos antissociais; (iii) se corrigível, seria ressocializadora, impondo penas sólidas com o propósito de corrigir o agente; e (iv) se habitual e incorrigível, seria punitiva, orientando a retirada do agente do meio social assegurando a segurança da comunidade.

O pensamento de uma pena específica para cada classe de indivíduos parece sedutor, mas em gênese é estritamente problemático. Pressuporia uma conjunção de esforços da esfera jurídica e psicológica, o que pode indicar uma retomada a noções deturpadas de uma personalidade criminosa, reacendendo o debate da patologização do criminoso, sendo essa uma das maiores críticas à posição de Liszt.

Entende-se pela adoção de uma espécie de Teoria Mista, Unificadora ou Eclética²⁰¹ no direito penal brasileiro. O fim precípua da pena fundamenta-se na ressocialização do sujeito de direitos privando-o de alguns direitos sem perder de vista, no entanto, o caráter social de retribuição da pena. Justifica-se tal posição visto que a penalidade aplicada ao agente varia de modo qualitativo e quantitativo, com influência de fatores alheios ao ato criminoso em si, como as elencadas no art. 59 do Código Penal²⁰². Para Paulo S. Xavier de Souza²⁰³ a teoria em questão deve ser compreendida como forma de orientação para os fins da pena, uma vez que afirma:

[...] A teoria mista permitiria orientar, sucessivamente, os fins da pena estatal para a proteção da sociedade, fidelidade ao direito, retribuição da pena como um mal moral em resposta à violação do preceito normativo, proteção de bens jurídicos, intimidação dos potenciais infratores, bem como a ressocialização do delinquente. Esta concepção aceita a retribuição e o princípio da culpabilidade como critério limitadores da intervenção penal e da sanção jurídico-penal, onde a punição não deve ultrapassar a responsabilidade pelo fato criminoso, devendo-se também alcançar os fins preventivos especiais e gerais[...]

²⁰⁰ LISZT, Franz Von. *A Teoria Finalista no Direito Penal*. Campinas: LZN, 2005, p. 20-30.

²⁰¹ GROKSKREUTZ, op. cit., nota 194.

²⁰² BRASIL, op. cit., nota 151.

²⁰³ SOUZA, Paulo S. Xavier. *Individualização da Penal: no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006, p. 85.

Admite-se para fins do presente como mais correta atualmente a noção adotada no Brasil de pena, onde a pretensão punitiva estatal extrapola a mera retribuição ao agente pelo desvio social causado, visando sobretudo prevenir e desestimular o cometimento de novas condutas antissociais, pelo meio precípua da ressocialização do agente.

2.2. Das diretrizes da legislação aplicável

Sem perder de vista os paradigmas interpretativos introduzidos acerca da construção de um ideário social legitimador da privação da liberdade de indivíduos em prol da ressocialização desses, passa-se a elencar o conjunto normativo positivo regente da sistemática jurídico-penal brasileira.

A regra atualmente vigente é a prisão após o trânsito em julgado da sentença condenatória criminal, conforme art. 5º, LVIII, CRFB/88²⁰⁴ c/c art. 283 do Código de Processo Penal²⁰⁵. Discute-se, no entanto, se essa prisão se daria com (i) o julgamento de segunda instância, visto ser essa a instância final da análise do conjunto probatório integrante do processo criminal; ou (ii) com o efetivo trânsito em julgado, quando do esvaziamento das possibilidades recursais e esgotamento de instâncias. O STF quando do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43²⁰⁶, 44²⁰⁷ e 54²⁰⁸, entende pela necessidade de esgotamento efetivo das instâncias recursais, como regra, para que se proceda a inclusão do agente junto ao sistema prisional.

O ordenamento jurídico, no entanto, apresenta algumas modalidades de exceção a essa regra apresentada, as chamadas prisões cautelares, gênero do qual são espécies a prisão em flagrante²⁰⁹, a prisão preventiva²¹⁰ e a prisão temporária²¹¹. Não é objetivo do presente traçar as diferenças entre as modalidades apresentadas, imperativo apenas explicitar que o

²⁰⁴ BRASIL, op. cit., nota 88.

²⁰⁵ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 18 mar. 2020, art. 283, caput.

²⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Constitucionalidade nº 43*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>>. Acesso em: 18 mar. 2020.

²⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Constitucionalidade nº 44*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986729>>. Acesso em: 18 mar. 2020.

²⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Constitucionalidade nº 54*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5440576>>. Acesso em: 18 mar. 2020.

²⁰⁹ BRASIL, op. cit., nota 205, arts. 301-310.

²¹⁰ Ibid., arts. 311-316.

²¹¹ BRASIL. *Lei de Prisão Temporária*. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm>. Acesso em: 18 mar. 2020.

ordenamento prevê a possibilidade das prisões cautelares como exceção à regra constitucional da prisão apenas quando do trânsito em julgado da sentença criminal condenatória²¹².

Embora consubstancie modalidade excepcional de prisão, o quantitativo de presos cautelares é extremamente alto no país. Com a instituição das audiências de custódia pela Lei 12.403²¹³ que alterou o CPP, observa-se movimento tendente à diminuição desse número, que segundo o Fórum de Segurança Pública²¹⁴, publicado em 2019 com dados referentes à 2017, equivale a 32,4% do total de encarcerados no país²¹⁵.

Não há normativa nacional específica acerca do encarceramento de minorias sexuais no país, fator que pode ser atribuído ao contexto de criação da LEP²¹⁶. Embora a lei apenas disciplinar acerca da vulnerabilidade de mulheres e idosos, não há óbice legal para que o administrador penitenciário elenque rol específico em sua unidade atribuindo proteção especial à grupos específicos. Corroborar-se tal argumento com o estudo veiculado no Relatório "LGBT nas prisões do Brasil: Diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento"²¹⁷ que informa a prática de instituições estabelecerem critérios próprios para a distribuição da população carcerária em alas pautadas em recortes sociais marcantes, como o pertencimento individual à facções criminosas²¹⁸.

Mais que assegurar a força estatal transmitida pela sentença criminal, a LEP objetiva "proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado"²¹⁹. Na busca de uma reinserção da pessoa do condenado junto à sociedade extramuros prisional, reconhece-se a condição de sujeito de direito do encarcerado²²⁰. O cidadão inserido no cárcere mantém seu status de pessoa o que importa no dever estatal de lhe assegurar todos os direitos fundamentais não atingidos pela sentença penal condenatória, conforme *caput* do art. 3º da LEP²²¹. O parágrafo único do dispositivo citado²²², que disciplina a igualdade de tratamento

²¹² CASTRO, Leandro. *Lei 7.210/84 - Resumo da Lei de Execução Penal*. Disponível em: <<https://leonardocastro2.jusbrasil.com.br/artigos/310916668/lei-7210-84-resumo-da-lei-de-execucao-penal>>. Acesso em: 18 mar. 2020.

²¹³ BRASIL. *Lei nº 12.403*, de 04 de mai. de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm>. Acesso em: 18 mar. 2020.

²¹⁴ FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, op. cit., nota 148.

²¹⁵ Ibid., o número de presos provisórios no Brasil é de 235.241.

²¹⁶ O diploma mencionado fora elaborado e promulgado durante o período de ditadura militar, que só encontrou fim em março de 1985.

²¹⁷ BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. *LGBT nas prisões do Brasil: Diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento*. Disponível em: <<https://www.mdh.gov.br/todas-as-noticias/2020-2/fevereiro/TratamentopenaldepessoasLGBT.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2020.

²¹⁸ O relatório em questão será objeto de análise integral em momento oportuno.

²¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 146, art. 1º.

²²⁰ TEIXEIRA, op. cit., nota 159, p. 28.

²²¹ BRASIL, op. cit., 146, art. 3º, *caput*.

²²² Ibid., art. 3º, parágrafo único.

entre os encarcerados, finaliza e corrobora o argumento defendido acerca da possibilidade de criação alas específicas para parcela vulnerável da população carcerária prestigiando a igualdade material preceituada na norma.

Uma vez devidamente fundamentada (i) a vulnerabilidade social dos LGBTQIA+; (ii) o caráter ressocializador da pena; (iii) a condição de sujeito de direito do encarcerado; e (iv) a compatibilidade da divisão de celas prisionais orientadas por fatores de risco; pretende-se expor os paradigmas institucionais que apontam para a defesa de que o próprio Poder Executivo filia-se à tese favorável ao tratamento diferenciado das minorias sexuais inseridas no cárcere, com o intuito de lhes assegurar direitos fundamentais.

O primeiro argumento favorável à tese sugerida encontra-se na OS 345/2017²²³ da Subsecretaria do Sistema Penitenciário do Distrito Federal (SESIPE), unidade gestora e coordenadora do Sistema Prisional do Distrito Federal diretamente subordinada à Secretária de Estado da Segurança Pública e da Paz Social (SSP)²²⁴. A ordem de serviço disciplina que o encarcerado do sexo biológico masculino que possua caracteres femininos (lê-se pessoas trans), mas que não tenha realizado cirurgia de redesignação sexual deverá cumprir pena, preferencialmente, em cela separada de penitenciária masculina. A lotação do interno ficará a cargo da discricionariedade da direção do estabelecimento prisional, em caso de risco à integridade física do desse ou à segurança da unidade prisional²²⁵.

Em setembro de 2017²²⁶, logo após a publicação da supra a juíza da Vara de Execuções Penais do Distrito Federal autorizou que a direção do Centro de Detenção Provisória (CDP) deixasse de submeter ao corte de cabelo, imposto aos custodiados do sexo masculino, todas as internas do sexo masculino que declarem identidade de gênero feminina. A decisão ainda elencava como requisito para o referido tratamento o fato de que na data do encarceramento, a pessoa já apresente cabelos naturais longos, dispensando a realização de cirurgia de redesignação sexual.²²⁷

O pleito judicial elencado se deu devido à consulta formulada pelo diretor do CDP acerca do tratamento adequado ao custodiado cuja identidade de gênero seja travesti, diante do fato de que aquela unidade prisional adota o corte de cabelo baixo como padrão entre

²²³BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *VEP/DF decide que presos com identidade de gênero feminina não precisam cortar o cabelo*. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2017/setembro/vep-df-decide-que-presos-com-identidade-de-genero-feminina-nao-precisam-cortar-o-cabelo>>. Acesso em: 04 fev. 2020.

²²⁴BRASIL. Subsecretaria do Sistema Penitenciário do Distrito Federal. *A SESIPE*. Disponível em: <<http://www.sesipe.ssp.df.gov.br/a-sesipe/>>. Acesso em: 05 fev. 2020.

²²⁵BRASIL, op. cit., nota 223.

²²⁶Ibid.

²²⁷Ibid.

detentos²²⁸. Destaca-se ainda os seguintes trechos da matéria que veiculou a notícia em questão²²⁹:

[...]Ao decidir, a juíza afirma que embora o custodiado que não fez cirurgia de redesignação sexual não possa ser alocado em presídio destinado a mulheres, com as quais se identifica, “tal fato não pode ser impeditivo que tenha o mesmo tratamento reservado a elas quanto ao corte de cabelo sob pena de se deixar de reconhecer a própria identidade de gênero ou de não se dar tratamento digno”. E acrescenta: “Os cabelos compõem a moldura do rosto e significam, para a imensa maioria das mulheres, mulheres trans e travestis, uma das formas de empoderamento, aptos a demarcar suas individualidades ou características de ousadia, juventude, liberdade, sedução, poder, entre outros predicados, tornando-se ingrediente fundamental de sua identidade”. Assim, entendendo que deve ser dispensado “tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais na medida de suas igualdades e desigualdades e, tendo por norte o disposto no inciso XII do artigo 41 da LEP, segundo o qual constitui-se direito da pessoa presa 'a igualdade de tratamento, salvo quanto a exigência da individualização da pena'", a magistrada afastou a necessidade do corte de cabelo, nos casos abrangidos pelo normativo da Sesipe, determinando, contudo, que, por questões de segurança, os apliques de cabelo natural ou artificial devem ser retirados. [...]

De certo poder-se-ia lançar luz à diversas críticas à OS e decisão em questão, visto serem direcionadas a indivíduos do espectro feminino de gênero imperitamente encarcerados em presídios masculinos. Por outro lado, demonstra-se com as supracolacionadas o embrião de uma crescente nacional orientada pelo respeito e reconhecimento da identidade de gênero de encarcerados.

Outro argumento indicativo da validade da tese defendida remete ao Estado do Rio de Janeiro, que tem como órgão responsável pela normativa e supervisão dos agentes inseridos no cárcere a Secretaria de Estado de Administração Penitenciária - SEAP. Em 17 de maio de 2018, por meio do decreto estadual nº 06, alterou-se a estrutura básica organizacional dessa, criando hipóteses especializadas para as minorias sexuais encarceradas, conforme²³⁰:

[...] Art. 2º - Ficam instituídos, sem aumento de despesas, para atender as necessidades básicas da SEAP, os órgãos abaixo relacionados: (...) IV - na Subsecretaria Adjunta de Gestão Operacional (...) b) Coordenação de Unidades Prisionais Femininas e Cidadania LGBT b.1) Serviço de Administração b.2) Divisão de Apoio à Saúde e Cidadania LGBT [...]

As subsecretarias criadas pelo Decreto em questão são as primeiras coordenações direcionada aos públicos feminino e LGBTQIA+ do sistema prisional em todo o país e

²²⁸ Ibid.

²²⁹ Ibid.

²³⁰ BRASIL. Gabinete de Intervenção Federal no Rio de Janeiro. *Licitações e contratos* - Atos do Interventor. Disponível em: <<http://www.intervencaofederalrj.gov.br/intervencao/licitacoes-e-contratos/licitacoes-e-contratos-1>>. Acesso em: 05 fev. 2020.

possuem como foco a uniformização de todos os procedimentos nas unidades prisionais do estado²³¹.

É incontroversa a posição do ente federado favorável à tese defendida, uma vez que o Poder Executivo desse reconheceu a validade e necessidade de criação de órgão integrante de sua estrutura administrativa especificamente voltado ao trato de questões envolvendo minorias sexuais.

Poder-se-ia argumentar que estaria o ora autor selecionando tendências isoladas de entes esparsos do território nacional e apresentando-as como evidências irrefutáveis de uma crescente linear nacional, para a tutela dos direitos de minorias sexuais encarceradas. O terceiro e último argumento que se expõe cumpre ainda a função de afastar tal crítica, uma vez que (i) trata-se de um órgão integrado à estrutura da Presidência da República, e portanto de repercussão nacional, e que desde já admite-se, (ii) o órgão fora substancialmente modificado pelo Decreto nº 9.883²³² de 27 de junho de 2019.

Inicialmente denominado Conselho Nacional de Combate à Discriminação, pela Medida Provisória 2.216-37²³³ de 31 de agosto de 2001, fora por meio do Decreto nº 7.388²³⁴ de 9 de dezembro de 2010, que o Conselho Nacional de Combate à Discriminação e promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (CNCD/LGBT) se alçou a posição de órgão colegiado integrado a estrutura básica da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR).²³⁵

O conselho em questão passou a "ter como finalidade formular e propor diretrizes de ação governamental, em âmbito nacional, voltadas para o combate à discriminação e para a promoção e defesa dos direitos"²³⁶ de pessoas LGBTQIA+. ²³⁷:

[...] Art. 1º O Conselho Nacional de Combate à Discriminação - CNCD, órgão colegiado de natureza consultiva e deliberativa, no âmbito de suas competências,

²³¹ BRASIL. Gabinete de Intervenção Federal. *SEAP cria políticas públicas para público feminino e LGBT*. Disponível em: <<http://www.intervencaofederalrj.gov.br/imprensa/releases/seap-cria-politicas-publicas-para-publico-feminino-e-lgbt>>. Acesso em: 05 fev. 2020.

²³² BRASIL. *Decreto nº 9.883*, de 27 de junho de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9883.htm#art13>. Acesso em: 14 mar. 2020.

²³³ BRASIL. *Medida Provisória nº 2.216-37*, de 31 de agosto de 2001. Disponível em: <<https://www.mdh.gov.br/informacao-ao-cidadao/participacao-social/old/cncd-lgbt/legislacao/medida-provisoria-2216-37-de-31-de-agosto-de-2001>>. Acesso em: 20 mar. 2020.

²³⁴ BRASIL. *Decreto nº 7.388*, de 9 de dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7388.htm>. Acesso em: 20 de mar. 2020.

²³⁵ BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. *Conselho Nacional de Combate à Discriminação e promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (CNCD/LGBT)*. Disponível em: <<https://www.mdh.gov.br/informacao-ao-cidadao/participacao-social/old/cncd-lgbt/cncd-lgbt>>. Acesso em: 20 mar. 2020.

²³⁶ BRASIL, op. cit., nota 249.

²³⁷ Ibid., art. 1º.

integrante da estrutura básica da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, tem por finalidade, respeitadas as demais instâncias decisórias e as normas de organização da administração federal, formular e propor diretrizes de ação governamental, em âmbito nacional, voltadas para o combate à discriminação e para a promoção e defesa dos direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais - LGBT. [...]

Tal composição se manteve até o advento do decreto nº 9.883²³⁸ de 27 de junho de 2019 reestruturando conselho em questão, para a retomada do caráter genérico que fundamentou sua criação em 2001²³⁹. Enquanto ainda em exercício o Conselho em questão, ao lado da Presidência da República, foi responsável pela publicação da Resolução Conjunta nº 1²⁴⁰ de 15 de abril de 2014, que se encontra em vigor desde então.

A resolução em questão foi enviada para o Conselho Nacional de Política Criminal Penitenciária (CNPCP)²⁴¹ e estabelece diretrizes básicas voltadas ao sistema carcerário, determinando regras de tratamento às pessoas que consubstanciam minorias sexuais inclusas no cárcere, com vistas à proteção dessa parcela populacional hipervulnerável contra violências e abusos, físicos e morais assim como ao respeito à pluralidade de identidades de gênero, conforme²⁴²:

[...] Art. 3º - Às travestis e aos gays privados de liberdade em unidades prisionais masculinas, considerando a sua segurança e especial vulnerabilidade, deverão ser oferecidos espaços de vivência específicos. § 1º - Os espaços para essa população não devem se destinar à aplicação de medida disciplinar ou de qualquer método coercitivo. § 2º - A transferência da pessoa presa para o espaço de vivência específico ficará condicionada à sua expressa manifestação de vontade. Art. 4º - As pessoas transexuais masculinas e femininas devem ser encaminhadas para as unidades prisionais femininas. Parágrafo único - Às mulheres transexuais deverá ser garantido tratamento isonômico ao das demais mulheres em privação de liberdade. [...]

Salienta-se que Conselho Nacional de Combate à Discriminação LGBT (CNCD/LGBT) aprovou a atualização da Resolução com vistas a orientar o tratamento penal de minorias sexuais nas prisões brasileiras. O documento foi encaminhado ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária onde segundo o Relatório "LGBT nas prisões do

²³⁸ BRASIL. *Decreto nº 9.883*, de 27 de junho de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9883.htm#art13>. Acesso em: 14 mar. 2020.

²³⁹ BRASIL. *Medida Provisória nº 2.216-37*, de 31 de ago. de 2001. Disponível em: <<https://www.mdh.gov.br/informacao-ao-cidadao/participacao-social/old/cncd-lgbt/legislacao/medida-provisoria-2216-37-de-31-de-agosto-de-2001>>. Acesso em: 20 mar. 2020.

²⁴⁰ BRASIL. Presidência da República e Conselho Nacional de Combate À Discriminação. *Resolução Conjunta nº 1*. 15 de abr. de 2014. Disponível em: <http://www.lex.com.br/legis_25437433_RESOLUCAO_CONJUNTA_N_1_DE_15_DE_ABRIL_DE_2014.aspx>. Acesso em: 05 fev. 20120.

²⁴¹ CATRACALIVRE. *Nova resolução garante direitos para presos LBGT*. Disponível em: <<https://catracalivre.com.br/cidadania/nova-resolucao-garante-direitos-para-presos-lbgt/>>. Acesso em: 05 fev. 2020.

²⁴² BRASIL, op. cit., nota 240.

Brasil: Diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento"²⁴³ aguarda manifestação.

O fato explicitado de que o Conselho em questão fora substancialmente alterado em 2019 em nada compromete a pretensão argumentativa norteadada pela constatação de que o Poder Executivo compartilha da tese que defende a necessidade de tratamento específico às minorias sexuais presas. Apesar da generalização dos objetivos do Conselho, agora voltado para o combate à todo tipo de discriminação, a defesa de direitos fundamentais de pessoas LGBTQIA+ continua abarcada. Corroborase o exposto com o fato de não haver revogação das normas que tutelam a população objeto de análise.

É ainda, pertinente dizer que segundo reportagem do jornal Extra²⁴⁴ a SEAP está realizando um senso em parceria ao Ministério Público Estadual com o intuito de cumprir integralmente a Resolução Conjunta Da Presidência Da República E Conselho Nacional De Combate À Discriminação - nº 1, de 15 de abril de 2014²⁴⁵ que garante direitos aos LGBTQIA+ encarcerados.

O resultado parcial da consulta, segundo a fonte supra²⁴⁶, mostra que o sistema carcerário estadual teria em 18 de novembro de 2018 pelo menos o quantitativo de oitenta e duas travestis, vinte e sete mulheres transexuais, duzentas e onze lésbicas (número que inclui os homens transexuais), cento e noventa e oito gays e duzentas e cinquenta e três pessoas bissexuais, o que ao somados consubstanciam o percentual de 1,4% da população carcerária do Estado²⁴⁷. O resultado final do senso em questão ainda não fora finalizado.

De acordo com o levantamento provisório, o presídio Evaristo de Moraes é o que mais abriga pessoas LGBTQIA+, com um total de cento e nove pessoas²⁴⁸. O Diretor de Saúde e Cidadania LGBT da SEAP, Carlos Renato Alves explica, ainda, segundo a publicação que²⁴⁹:

[...] a ideia é tentar reunir os homossexuais nos presídios Evaristo de Moraes e Plácido Sá Carvalho: Também há a possibilidade de criarmos uma ala para mulheres transexuais e travestis no Evaristo de Moraes e outra para homens trans em uma unidade feminina.[...]

²⁴³BRASIL, op. cit., nota 217, p. 11.

²⁴⁴EXTRA. *SEAP faz censo para saber se mulheres transexuais que cumprem pena querem ir para presídios femininos*. Disponível em: <<https://extra.globo.com/noticias/rio/seap-faz-censo-para-saber-se-mulheres-transexuais-que-cumprem-pena-querem-ir-para-presidios-femininos-23242667.html>>. Acesso em: 05 fev. 2020.

²⁴⁵BRASIL, op. cit., nota 240.

²⁴⁶EXTRA, op. cit., nota 244.

²⁴⁷Ibid.

²⁴⁸Ibid.

²⁴⁹Ibid.

Se verdadeira as premissas apresentadas e se delas retira-se fundamento, com base no comportamento institucional analisado é, por conseguinte, válido invocar o interesse institucional do Poder Executivo na tutela dos direitos das minorias sexuais em contextos de vulnerabilidade. Corrobora-se tal tese com os argumentos supra expostos que informam uma tendência de alinhamento na tratativa da temática, mesmo que, admite-se, seja possível qualificar essa como tímida quando comparada ao posicionamento do Poder Judiciário.

2.3. Dignidade da Pessoa Humana X Segurança Pública: Os Direitos Fundamentais da pessoa presa

A argumentação empregada até o momento identifica a ressocialização como objetivo precípua da pretensão punitiva estatal, orientando a tendência da administração pública a reconhecer e garantir direitos básicos aos encarcerados, com recorte específico pautado no grupo vulnerável objeto de análise. Resultado desse esforço importa no recorrente emprego de termos como "status de pessoa", "fim em si mesmo" e "sujeito de direitos" para designar a figura do preso. Diante de tais qualificações inicia-se a análise das condições específicas do grupo social em privação de liberdade. O esforço ora iniciado persistirá pelo decorrer dos próximos tópicos com o fim de expor a situação nacional carcerária.

Anterior a qualquer categorização socialmente orientada, o preso nada mais é que um ser humano detentor de direitos e garantias. A necessidade estatal de garantia da segurança pública, por outro lado, impera para que se afaste do convívio social esse indivíduo.

Diante do aparente conflito entre os valores constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana²⁵⁰ e a Segurança Pública²⁵¹, objetiva-se traçar uma linha argumentativa que pondere e resulte na coexistência de ambos os dogmas no ordenamento jurídico brasileiro. A priori é necessário retomar o papel²⁵² desempenhado pelos direitos fundamentais na consolidação do ideário do Estado constitucional. Segundo Wolfgang as bases do núcleo material das primeiras Constituições de matriz liberal-burguesa, em momento posterior às revoluções europeias, fora "a noção da limitação jurídica do poder estatal, mediante a garantia de alguns direitos fundamentais e do princípio da separação dos poderes"²⁵³.

²⁵⁰ BRASIL, op. cit., nota 88, art. 1º, III.

²⁵¹ Ibid., art. 5º, caput.

²⁵² LFG. *Os direitos fundamentais do cidadão preso: uma questão de dignidade e de responsabilidade social*. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/106771/os-direitos-fundamentais-do-cidadao-preso-uma-questao-de-dignidade-e-de-responsabilidade-social-lizandra-pereira-demarchi>>. Acesso em: 18 mar. 2020.

²⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 59-64.

Desse modo, com o objetivo de frear os abusos cometidos pelo poder estatal, fez-se necessário a nomeação de direitos que estabelecem um dever de abstenção ao Estado frente ao povo, dando origem aos posteriormente chamados direitos fundamentais de primeira geração. Tal postulado viria a ser reproduzido como imperativo básico fundamentador civilizatório até a concepção contemporânea de Estado Democrático de Direito²⁵⁴:

[...] Tendo em vista que a proteção da liberdade por meio dos direitos fundamentais é, na verdade, proteção juridicamente mediada, isto é, por meio do Direito, pode afirmar-se com segurança, na esteira do que leciona a melhor doutrina, que a Constituição (e, nesse sentido, o Estado constitucional), na medida em que pressupõe uma atuação juridicamente programada e controlada dos órgãos estatais, constitui condição de existência das liberdades fundamentais, de tal sorte que os direitos fundamentais somente poderão aspirar à eficácia no âmbito de um autêntico Estado constitucional. Os direitos fundamentais, consoante oportunamente averbou Hans-P. Schneider, podem ser considerados, nesse sentido, *conditio sine qua non* do Estado constitucional democrático. Além disso, como já havia sido objeto de previsão expressa na declaração dos direitos da ex-colônia inglesa da Virgínia (1776), os direitos fundamentais passaram a ser simultaneamente a base e o fundamento (*basis and foundation of government*), afirmando, assim, a ideia de um Estado que, no exercício de seu poder, está condicionado aos limites fixados na sua Constituição [...]

É imperativo pontuar que adota-se neste ponto a acepção de que os direitos e garantias fundamentais preconizados na CRFB/88²⁵⁵ não elencam rol taxativo. Isso devido ao conceito materialmente aberto atribuído aos direitos fundamentais pelo texto do artigo 5º, §2º da CRFB/88²⁵⁶ que permite a incidência no território brasileiro de direitos e garantias fundamentais decorrentes de princípios, leis e, ainda, de tratados internacionais.

Para Barroso, a dignidade humana representaria norte para a superação da intolerância, discriminação, exclusão social, violência e incapacidade de aceitar o diferente. O conceito possuiria relação com a liberdade e com valores espirituais, além de condições materiais para subsistência de uma pessoa²⁵⁷.

Segundo a CRFB/88, artigo 5º, inciso XXXIX²⁵⁸ "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal". É a própria Carta Magna quem elenca as modalidades de pena adotadas no ordenamento brasileiro, ainda que garantindo a existência de outros meios, conforme o inciso XLVI²⁵⁹.

²⁵⁴ Ibid., p.60.

²⁵⁵ BRASIL, op. cit., nota 88.

²⁵⁶ Ibid., artigo 5º, §2º.

²⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro* (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: Barroso, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 38.

²⁵⁸ BRASIL, op. cit., nota 88.

²⁵⁹ Ibid., art. 5º: XLVI: A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: [...].

O Código Penal²⁶⁰ estabelece em seu artigo 32 que "as penas são: I - privativas de liberdade; II - restritivas de direitos; III - de multa." Desse modo, apenas as penas supra identificadas são possíveis no ordenamento jurídico brasileiro. É necessário ressaltar que a pena, conforme capítulo específico, deverá ser utilizada no intuito de ressocializar o agente, com vistas ao fato de que o homem não é meio de atividade estatal, e sim sua finalidade precípua²⁶¹.

O texto constitucional ainda estabelece as penas que são vedadas no ordenamento pátrio, estas as penas (i) de morte - salvo em caso de guerra declarada, conforme artigo 84, XIX²⁶² -; (ii) de caráter perpétuo; (iii) de trabalhos forçados; (iv) de banimento e (v) cruéis, consubstanciadas no artigo 5º, XLVII²⁶³. O inciso XLV do mesmo dispositivo, prevê ainda a não transmissibilidade da pena à pessoa diversa do condenado²⁶⁴.

O inciso XLIX de seu artigo 5º da CRFB/88²⁶⁵ estabelece o direito à integridade física e moral das pessoas inseridas no sistema carcerário quando disciplina "é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral". Reforçando tal previsão, com redação dada pela LEP²⁶⁶, o artigo 38 do Código Penal²⁶⁷, diz que "O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral."

Demarchi defende a limitação do Poder Estatal de usurpação de direitos do agente, condenado a pena privativa de liberdade, ao direito ambulatorial e seus consectários legais²⁶⁸:

[...] É preciso compreender que o preso conserva os demais direitos adquiridos enquanto cidadão, que não sejam incompatíveis com a "liberdade de ir e vir", à medida que a perda temporária do direito de liberdade em decorrência dos efeitos de sentença penal refere-se tão somente à locomoção. Isso, invariavelmente, não é o que ocorre [...]

Conforme já pontuado, o caráter meramente retributivo da pena fora à muito superado, sendo parâmetro basilar a busca pela ressocialização do agente. No entanto, o ideário popular social segue pautado em discursos puramente segregacionistas. Socialmente

²⁶⁰ BRASIL, op. cit., nota 151.

²⁶¹ SCHROEDER, Simone. Regressão de Regime: Uma Releitura Frente aos Princípios Constitucionais. Abordagem Crítica. In: Carvalho, Salo de (org.). Crítica à Execução Penal. Doutrina Jurisprudência e Projetos Legislativos. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002, p. 621.

²⁶² BRASIL, op. cit., nota 88.

²⁶³ Ibid.

²⁶⁴ Ibid., art. 5º: XLV: Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

²⁶⁵ Ibid.

²⁶⁶ BRASIL, op. cit., nota 146.

²⁶⁷ BRASIL, op. cit., nota 151.

²⁶⁸ LFG, op. cit., nota 252.

os presos consubstanciam subclasse fadada a invisibilidade. Fator potencializador de tal inexpressão social se dá devido à suspensão dos direitos políticos conferida pela CRFB/88 aos condenados por sentença criminal transitada em julgado, conforme artigo 15²⁶⁹.

O cenário político contemporâneo ilustra as classes sociais detentoras de maior poder social. Uma vez afastados do processo eleitoral, o condenado por sentença transitada em julgado, não configura parcela social receptora dos discursos políticos, o que por conseguinte acaba por excluí-los dos planos eleitorais majoritários, contrariamente ao constitucionalmente idealizado, conforme²⁷⁰:

[...] O exercício da jurisdição constitucional baseia-se na necessidade de respeito absoluto à Constituição Federal, havendo, na evolução das Democracias modernas, a imprescindível necessidade de proteger a efetividade dos direitos e garantias fundamentais, em especial das minorias. [...]

Os fatores supra colacionados tendem, portanto, à justificar uma ausência de proposições políticas que visem o melhoramento das condições carcerárias, bem como afasta o tema da luz do debate público. O resultado desse descaso social e político em relação ao sistema carcerário brasileiro importa na superlotação dos presídios e na inefetividade da busca pela reintegração social do preso.

Nessa linha Bitencourt²⁷¹ afirma que ao invés de frear a delinquência, as instalações carcerárias brasileiras parecem estimulá-la, convertendo-se em instrumentos que oportunizam toda e qualquer espécie de desumanidade. Não há nenhum benefício ao apenado que, ao contrário, será reiteradamente exposto à diversos vícios e degradações²⁷².

Maria Lucia Karan²⁷³ sustenta pela ineficácia das ameaças contidas nas normas penais, vez que não cumprem seu papel de evitar o surgimento de novos delitos ou inibir o nascimento de conflitos antijurídicos. Pelo contrário, é possível afirmar que os tipos penais evidentemente não possuem relação com a forma de aplicação da pena e tampouco com a intensidade das sanções quando de sua dosimetria. No mesmo sentido, Demarchi²⁷⁴:

[...] O que se observa é que as casas prisionais se transformaram em depósitos de gente. Não se vê preocupação com a pessoa. Talvez porque há muito passou a ser

²⁶⁹ BRASIL, op. cit., nota 88, art. 15: É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: (...) III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos.

²⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 457*. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442331>>. Acesso em: 15 mai. 2020.

²⁷¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 157.

²⁷² Ibid.

²⁷³ KARAN, Maria Lucia. *De Crimes, Penas e Fantasias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Luam, 1993, p. 192.

²⁷⁴ LFG, op. cit., nota 252.

tratada como coisa, que não precisa de garantias, porque nem mais humana é considerada. [...]

Para o efetivo reconhecimento dos direitos fundamentais dos indivíduos inseridos no cárcere é imperativo que haja um movimento político nesse sentido. Todavia, mais essencial ainda, é uma mudança paradigmática da noção social envolvendo o cárcere. A busca pela ressocialização do detento deve ser matriz propulsora de toda sociedade civil, principalmente do indivíduo operador do direito. Solução longínqua, todavia, tangível.

Embora todo esforço argumentativo impetrado, a crítica quanto à recusa do paradigma ressocializador da pena não se restringe ao povo, ou a figura dos políticos eventuais. Defende-se que o próprio Estado ainda não fora capaz de efetivamente tratar o preso segundo os padrões humanitários mínimos. Socorre-se para fundamentar a crítica proposta de citação ao Relatório oficial elaborado pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos e publicado em fevereiro de 2020²⁷⁵. Essa retoma ainda a discussão direcionada a parcela populacional objeto de análise, conforme²⁷⁶:

[...] As prisões, nem as masculinas, nem as femininas, não são instituições pautadas no reconhecimento integral de seus custodiados. Unidades prisionais não têm a capacidade de conferir cidadania. Trata-se de equipamentos do estado que operam radicalmente no sentido oposto. [...]

O fragmento em questão faz parte da linha conclusiva adotada pelos elaboradores do documento cujo objetivo precípua é o de justificar o não encarceramento de mulheres trans e travestis junto à presídios femininos. Todavia, estaria tal argumento de acordo com os postulados de Direito Constitucional vigentes e aplicáveis aos cidadãos incluídos no cárcere?

Não se demanda muito esforço cognitivo para reconhecer que a posição oficialmente ventilada parece equivocada. Quando um relatório federal²⁷⁷ afirma sem ressalvas que as prisões não são pautadas no reconhecimento integral de seus custodiados, explicita-se o afastamento do ideário ressocializador.

Ao afirmar que "unidades prisionais não têm a capacidade de conferir cidadania"²⁷⁸ subverte-se a lógica fundamental da pena no Estado Democrático de Direito e resgata-se a objetificação do indivíduo, que deixa de ser tratado como finalidade precípua do sistema, a partir da retomada da pena como meio de contenção social, aspecto que remete ao sistema punitivo do mercantilismo²⁷⁹.

²⁷⁵ BRASIL, op. cit., nota 217.

²⁷⁶ Ibid., p. 125.

²⁷⁷ Ibid.

²⁷⁸ Ibid.

²⁷⁹ TEIXEIRA, op. cit., nota 159, p. 25.

Em linhas gerais atenta-se para o fato de que o ordenamento jurídico disciplina claramente quais os direitos afetos, e conseqüentemente restringíveis, ao encarceramento. Em congruência, há a previsão expressa referente a manutenção do agente da titularidade de seus direitos fundamentais não alcançados pela sentença condenatória. Portanto, razoável parece a defesa da tese de que a problemática envolvendo a população carcerária é mais afeta à aspectos sociais e morais que propriamente normativos.

Quando da análise da vulnerabilidade das minorias sexuais apontou-se a tendência contemporânea de judicialização da política, com base em uma Constituição analítica, social e de conteúdo amplamente programático. No mesmo sentido é Andréa²⁸⁰:

[...] a expansão global do Poder Judiciário apresenta o sistema judicial como mola propulsora do sistema legislativo e executivo, dada, principalmente, a dificuldade na realização espontânea das prestações sociais pelos respectivos poderes públicos. Tal expansão ocorre como nítida interferência do Poder Judiciário nas competências dos demais poderes [...]

Ante a esquiwa político-social da discussão de temas sensíveis envolvendo minorias marginalizadas, os próximos tópicos se tornam conseqüências naturais da temática e apresentam as incursões ao Poder Judiciário para a tutela dos direitos fundamentais de encarcerados.

2.4. ADPF nº 347: Estado de Coisa Inconstitucional nos presídios brasileiros

A empreitada judicial mais relevante quando da análise das condições carcerárias no Brasil contemporâneo fora a ajuizada em junho de 2015 pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 347²⁸¹ visava o reconhecimento do estado de violação de direitos fundamentais da população presidiária e a imposição de providências "para sanar lesões a preceitos fundamentais previstos na Constituição Federal, decorrentes de atos e omissões dos poderes públicos da União, dos estados e do Distrito Federal"²⁸².

A supra identificada fora a responsável pela importação do conceito cunhado pela Corte Constitucional Colombiana (CCC)²⁸³ de "Estado de Coisas Inconstitucional" ou "ECI"

²⁸⁰ ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. *Estado de coisas inconstitucional no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 1.

²⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 23 mar. 2020.

²⁸² MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Uma vitória pírrica: o julgamento da ADPF 347*. Disponível em: <<https://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/232387594/uma-vitoria-pirrica-o-julgamento-da-adpf-347>>. Acesso em: 22 mar. 2020.

²⁸³ ANDRÉA, op. cit., nota 280.

e sua subsequente aplicação ao sistema carcerário brasileiro. Faz-se, portanto, necessária a apresentação desse instituto.

Um dos aspectos importantes na tratativa do ECI diz respeito aos seus efeitos. Salienta-se que no ordenamento jurídico colombiano não há figura processual capaz de tutelar os direitos fundamentais em sua dimensão objetiva²⁸⁴. A busca por uma tutela mais ampla dos direitos fundamentais reiteradamente violados em demandas individuais ensejou a criação desse mecanismo como forma de assegurar proteção além do efeito natural interpartes, de modo a estender seus efeitos à indivíduos que sequer demandaram²⁸⁵. Poder-se-ia dizer que um dos objetivos para a criação do ECI fora a necessidade de uma ação que atribuísse efeitos extra partes ao processo, figura processual que inexistia na Colômbia.

Entretanto, o conceito de ECI não se restringe a tal necessidade, visto se tratar de instituto totalmente inovador ao possibilitar o reconhecimento da existência de omissões e deficiências estatais que consubstanciam efetiva "falha estrutural". Sua tratativa ultrapassa a ausência de legislação específica para efetivação de uma política pública ao atribuir que a situação inconstitucional resulta de uma "falta de coordenação na atuação de diversos órgãos públicos (...) que inviabiliza a concretização e, por consequência, a efetividade dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos"²⁸⁶.

Defende-se que, em casos de ECI, a atuação tradicional do Poder Judiciário, na esteira da Justiça Comutativa, não se observaria satisfatória. Objetiva-se atribuir a qualidade de inconstitucional à uma situação fática, um estado de coisa, e não à uma norma. Não bastaria a mera declaração de inconstitucionalidade da situação fática ou a elaboração de recomendações aos diversos órgãos dissidentes e inertes. Nessa esteira²⁸⁷:

[...] Isso porque há casos excepcionais em que o Poder Judiciário estará diante de violações massivas e sistemáticas de direitos fundamentais, decorrente de uma parcial ou mesmo completa inércia do poder estatal, dada a dificuldade de articulação entre seus diferentes órgãos. Trata-se de situação de bloqueio político e/ou institucional [...]

Cumprido esse modo expor que, embora o Brasil possua instrumentos processuais que produzam efeitos além das partes do processo, a importação do ECI fundamenta um novo paradigma decisório, uma vez que possibilita o reconhecimento de falha sistemática estatal. Tal instrumento, no entanto, para ser efetivo depende de uma utilização congruente direcionada a casos raros e requer a cooperação dos demais Poderes.

²⁸⁴ Ibid., p. 151.

²⁸⁵ Ibid., p. 68.

²⁸⁶ Ibid., p. 1.

²⁸⁷ Ibid.

Para evitar a banalização do conceito da ECI, como ocorreu em sua importação pelo Peru, Andréa²⁸⁸ aponta a necessidade de observância dos requisitos/pressupostos do ECI, estes (i) violação generalizada de direitos fundamentais de grupos vulneráveis; (ii) inércia ou incapacidade reiterada e constante de autoridades públicas na resolução destas; e (iii) a solução depender de atuação de uma pluralidade de autoridades, sendo imperativo um monitoramento judicial pós-providência²⁸⁹.

Precede a análise dos pressupostos, no entanto, a necessidade de traçar paralelo entre a realidade do Brasil e da Colômbia²⁹⁰. Possibilita-se tal análise com a comparação do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) de ambos os países, uma vez tratando-se esse de²⁹¹ :

[...]indicador desenvolvido no início da década de 1990 para o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) pelo conselheiro especial Mahbub ul Haq. Tal índice destina-se a medir o desenvolvimento humano a partir de três parâmetros: escolaridade, longevidade e renda per capita. É, pois, um indicador que mede três eixos importantes da vida humana: educação, saúde e bem-estar. O IDH varia de 0 a 1 (...) quanto mais próximo de 0, pior é o desenvolvimento humano do país. [...]

O indicador²⁹² supra, com base em relatório publicado em 2019 que apresenta dados de 1990 à 2018, é possível argumentar pela proximidade de realidade social dos países. O IDH²⁹³ da Colômbia em 1990 era de 0,600, enquanto o do Brasil era de 0,590; nos anos 2000, a Colômbia possuía 0,658 e o Brasil 0,669; em 2014 respectivamente 0,720 e 0,775; e finalmente em 2018, Colômbia e Brasil encontravam-se empatados na 79ª posição mundial, ambos com 0.761²⁹⁴.

Poder-se-ia alegar certa semelhança social entre os países, fato esse que, ao contrário do que se imagina, consubstancia movimento raro na história do país, visto o legado de importação de institutos europeus, com realidades sociais distantes da brasileira, como a Alemanha. Isso posto, espera-se uma maior aderência social à proposta. Entende-se que o pensamento explicitado é correto de modo que, por suas características sociais próximas, entende-se plausível a importação do ECI. Passa-se a análise dos instrumentos processuais

²⁸⁸ Ibid.

²⁸⁹ Ibid., p. 3.

²⁹⁰ Ibid., p. 150-153.

²⁹¹ BRASIL. PNUD. Desenvolvimento Humano e IDH. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/hdr/arquivos/rdh2011/IDH%20Brasil%20-%20Nota%20Explicativa.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2016. In: ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. *Estado de coisas inconstitucional no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 150.

²⁹² GLOBO. *Brasil perde uma posição em ranking do IDH*. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/12/09/brasil-perde-uma-posicao-em-ranking-do-idh.ghtml>>. Acesso em: 22 mar. 2020.

²⁹³ ANDRÉA, op. cit., nota 280, p. 150.

²⁹⁴ GLOBO, op. cit., nota 292.

previstos no ordenamento pátrio com capacidade de veicular tal pretensão²⁹⁵, para tanto cita-se Andréa²⁹⁶:

[...] Realizando-se uma radiografia jurídica dos instrumentos processuais disponíveis na Constituição Federal de 1988, a fim de se destacar aqueles que sejam compatíveis com a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional" em seu bojo, sobressaem duas figuras: a arguição de descumprimento de preceito fundamental e o recurso extraordinário com repercussão geral [...]

Tem-se como instrumento adequado por excelência a ADPF, que consubstancia modalidade de ação constitucional prevista no artigo 102, §1º da CRFB/88²⁹⁷ devidamente regulamentada pela Lei nº 9.982²⁹⁸. A ADPF possui caráter preventivo e repressivo, ao passo que as demais ações de controle concentrado se restringem a modalidade repressiva. Tal instrumento apresenta-se como mais adequado para a veiculação de pedido declaratório de ECI em virtude da amplitude do objeto ajuizado, assim como pela violação a preceitos fundamentais que em geral decorrem de omissões do Poder Público, inerte ou deficiente em suas políticas²⁹⁹.

A crítica³⁰⁰ predominante acerca da veiculação de tal pretensão por meio de ADPF se encontra na figura restrita de seus legitimados ativos consubstanciados no artigo 103 da CRFB/88³⁰¹. No entanto, entende-se que a melhor opção para veicular pedido declaratório de ECI no ordenamento jurídico brasileiro reside na escolha pelo instrumento processual da ADPF, visto que, mesmo limitando seus legitimados ativos, utiliza para tanto a mesma restrição imposta as demais modalidades processuais tipicamente previstas para possibilitar controle de constitucionalidade. Imperativo ressaltar que na estrutura judiciária do país apenas o Supremo se configura apto ao julgamento e possível decretação de ECI. Nesse sentido³⁰²:

[...] Cabe destacar que, assim como na Colômbia, o único órgão legitimado para declarar o ECI é o Supremo Tribunal Federal. Isso decorre dos próprios pressupostos do ECI, que demanda medidas estruturais de larga escala. Assim somente o STF tem competência para tanto, excluindo a possibilidade do uso difuso do mecanismo pelos diversos magistrados espalhados pelo Brasil [...]

²⁹⁵ ANDRÉA, op. cit., nota 280, p. 154-159.

²⁹⁶ Ibid., p. 154.

²⁹⁷ BRASIL, op. cit., nota 88.

²⁹⁸ BRASIL. *Lei nº 9.982*, de 14 de julho de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9982.htm>. Acesso em: 22 mar. 2020.

²⁹⁹ ANDRÉA, op. cit., nota 280, p. 154.

³⁰⁰ ANDRÉA, op. cit., nota 280, p. 155.

³⁰¹ BRASIL, op. cit., nota 88.

³⁰² ANDRÉA, op. cit., nota 280, p. 154.

Com os apontamentos supra, possível é dizer que fora acertada em seu aspecto formal a escolha do ajuizamento da ADPF nº 347³⁰³ junto ao STF, visto que utiliza o instrumento processual mais adequado frente ao órgão julgador correto.

Adentra-se então no mérito da sentença declaratória de ECI. Utiliza-se, para tanto, pontualidades exigidas na sentença T-025, de 2004, da CCC, as quais Carlos Alexandre de Azevedo Campos³⁰⁴ identifica como pressupostos para tal declaração. Concorde-se com esse entendimento, que converge ainda com a posição já apresentada de Andréa³⁰⁵, ensejando a análise de tais itens.

O primeiro aspecto social relevante para a caracterização de ECI seria uma massiva e expressiva violação de direitos fundamentais. Essas violações reiteradas e generalizadas devem ser incompatíveis com um cenário de mera proteção estatal deficiente e, por conseguinte, devem transcrever uma sistemática político-social violadora que se sobrepuja à um amplo número de pessoas³⁰⁶.

Acrescidos à esses, de forma concomitante, devem ser identificadas omissões reiteradas e contínuas na defesa e promoção dos direitos fundamentais que estejam sendo extirpados, e que tais omissões sejam protagonizadas por agentes estatais. Consiste em uma falta de coordenação factível entre postulados de medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e judiciais que consubstancia uma preeminente "falha estatal estrutural"³⁰⁷. Segundo Andréa³⁰⁸, a referida "gera tanto a violação sistemática dos direitos quanto a perpetuação e agravamento da situação".

O último pressuposto para declaração de ECI reside na necessidade de remédios e ordens institucionais direcionadas à uma pluralidade de atores e órgãos integrantes da estrutura estatal. Objetiva-se com isso providenciar mudanças estruturais em toda sistemática atacada, seja por meio da adoção de novas políticas públicas ou do ajuste daquelas preexistentes de modo a se tornarem efetivas, o que importa em uma interferência judicial sistêmica em diversos órgãos dos demais Poderes da República.

Quando da análise do pressuposto supra, imediata é a crítica ao mecanismo analisado, uma vez que de fato configura hipótese de função atípica do poder judiciário, fator esse que enseja a rotulação de tal como "ativismo" que vai de encontro ao âmago da

³⁰³ BRASIL, op. cit., nota 281.

³⁰⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisa Inconstitucional*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 179-185.

³⁰⁵ ANDRÉA, op. cit., nota 280, p. 3.

³⁰⁶ Ibid., p. 67.

³⁰⁷ Ibid.

³⁰⁸ Ibid.

separação de poderes³⁰⁹, postulado basilar do ideário de democracia. Todavia, diante de seu caráter excepcionalíssimo e de sua função veementemente assecuratória de direitos fundamentais, doutrinadores apontam como inócua a crítica em questão. Nesse sentido³¹⁰:

[...] Com esta atuação, a CCC acabou por apontar para uma nova modalidade de protagonismo ou "ativismo" judicial estrutural no constitucionalismo contemporâneo: o "protagonismo/ativismo judicial estrutural dialógico". De fato, tanto a declaração do ECI quanto as ordens que a sucedem, impõem que o magistrado interfira em funções tipicamente executivas e legislativas. Contudo, em se tratando de quadro grave próprio do ECI, são colocadas em cheque as objeções democráticas e institucionais, porquanto a atuação judicial pretende a superação de bloqueios políticos e institucionais com o objetivo de gerar diálogo na sociedade e entre os Poderes [...]

Entendendo pela adequação e viabilidade de uma ADPF com pedido declaratório de ECI, em 09 de setembro de 2015, o Supremo Tribunal Federal concedeu parcialmente a cautelar aduzida na ação de nº 347³¹¹. Foram concedidos dois dos oito pedidos cautelares autorais, além de uma concessão *ex officio*³¹².

Determinou-se que Juízes e Tribunais passem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento de pessoas presas perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão³¹³.

No entanto, frisa Magalhães³¹⁴ que essa não fora primeira manifestação do tribunal acerca da temática envolvendo audiências de custódia. Aponta que a constitucionalidade e obrigatoriedade da realização dessas já havia sido reconhecida na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5.240 julgada alguns meses antes da ADPF em análise. Concorde-se com o observado, reconhecendo que não houve inovação jurídica nesse ponto.

A segunda cautelar concedida fora no sentido de que deve ser liberado, sem qualquer tipo de limitação, o saldo total acumulado do Fundo Penitenciário Nacional que deverá ser utilizado na concretização de sua finalidade precípua. A realização de novos contingenciamentos fora expressamente proibida³¹⁵.

Crítica novamente Magalhães³¹⁶ a efetividade dessa cautelar, uma vez que no curso do julgamento o então advogado-geral da União, Luís Inácio Lucena Adams, informou que

³⁰⁹ BRASIL, op. cit., nota 88, arts. 2º c/c 60, §4º, III.

³¹⁰ ANDRÉA, op. cit., nota 280, p. 2.

³¹¹ BRASIL, op. cit., nota 281.

³¹² MAGALHÃES, Breno Baía. *O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322019000200203>. Acesso em: 23 mar. 2020.

³¹³ MOREIRA, op. cit., nota 282.

³¹⁴ MAGALHÃES, op. cit., nota 312.

³¹⁵ MOREIRA, op. cit., nota 282.

³¹⁶ MAGALHÃES, op. cit., nota 312.

tais recursos não se encontravam mais contingenciados. A inexistência de um plano para alocação prática dos recursos em questão seria o efetivo problema envolvendo o Funpen e não a ausência de recursos financeiros com tal destinação. Determinou-se apenas o prazo de 60 dias para a demonstração de que as informações trazidas pelo advogado-geral da União eram de fato procedentes.

Quanto ao cumprimento da supra determinação, Magalhães³¹⁷ informa que:

[...] O Executivo respondeu à determinação judicial com atraso, editando, em 19/12/2016, a Medida Provisória (MP) n. 755/2016, que dispunha sobre a desburocratização do repasse dos recursos do Funpen aos estados. Na exposição de motivos da MP, o Ministro da Justiça citou a ADPF 347 como uma das razões para a medida normativa. Após a perda de eficácia daquela MP, o Executivo editou outra (n. 781/2017), reprisando o conteúdo da anterior quase literalmente, que depois foi convertida na Lei n. 13.500/2017. Em função da resposta normativa do Executivo (edição das MPs), o autor da ação requereu, sendo deferida emenda à inicial da ADPF (ou recebimento como ADI), no sentido de incluir artigos das medidas provisórias, os quais estabeleceriam, supostamente, novas finalidades ao Funpen, alheias à função de incremento do sistema carcerário. [...]

Novas decisões envolvendo a temática ainda são inéditas. No tocante ao Funpen, salienta-se que em momento oportuno tal análise será retomada. Quanto à *ex officio* concedida por maioria de votos pela Corte, com base em proposta do Ministro Luís Roberto Barroso, essa fora no sentido de determinar que a União e ao Estado de São Paulo forneçam informações sobre a situação do sistema prisional³¹⁸. Apesar de parecer de longe a mais relevante determinação, cinco anos depois, essa continua pendente.

Embora prematura a análise procedida, em virtude da não decisão do mérito da ADPF n° 347³¹⁹ até então, relevante é a simbologia por ela introduzida na sociedade brasileira. Apesar da clara ineficácia das cautelares concedidas, em uma primeira análise sobre a condição do cárcere brasileiro, o Poder Judiciário acena para o reconhecimento de uma qualificação delicada e ainda inédita no país.

2.5. ADPF n° 527: Gênero como indexador carcerário?

Em menor escala, porém em caso igualmente desafiador, retoma-se o recorte populacional perquirido, quando do exame da ADPF n° 527³²⁰ que tramita junto ao STF. A

³¹⁷ Ibid.

³¹⁸ MOREIRA, op. cit., nota 282.

³¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 281.

³²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 527*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5496473>>. Acesso em: 31 jan. 2020.

Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT)³²¹ expõe decisões judiciais contraditórias indicando divergência jurisprudencial na aplicação da Resolução Conjunta da Presidência da República e do Conselho de Combate à Discriminação 1/2014³²². Fundamenta-se a pretensão no elenco de diversos casos concretos envolvendo o encarceramento de pessoas trans pautado em interpretações destoantes da literalidade dos artigos 3º e 4º do ato normativo federal em questão.

Em suma, fora exposto que a depender do Juiz da Vara de Execução na qual o processo criminal tenha sido encaminhado, pessoas inseridas no cárcere com identidade de gênero dissonantes da cisgênero são distribuídas em presídios distintos³²³. A foca em paradigmas que envolvem pessoas trans femininas, ora apontando casos de mulheres trans ora travestis. Seus pedidos, no entanto, são no sentido de definição de uma interpretação conforme a Constituição Federal aos casos envolvendo pessoas trans, o que abarca também os do gênero masculino³²⁴.

O relator da ação em questão, o Ministro Luiz Roberto Barroso, concedeu liminar parcialmente favorável a ação ao determinar "que transexuais femininas sejam transferidas para presídios femininos"³²⁵ em 26 de junho de 2019. Em um primeiro momento, pela estrutura linguística utilizada, orientada pelos referenciais nominativos exaustivamente expostos, seria possível argumentar que tal decisão abarcaria tanto mulheres trans quanto travestis.

No entanto, é explícito na decisão o indeferimento do pedido de transferência de travestis aos presídios femininos³²⁶. A razão do indeferimento, segundo o Ministro, pauta-se em uma alegada falta de informações que permitam reconhecer, com segurança, à luz da Constituição Federal, qual é o tratamento adequado a ser conferido as travestis³²⁷. Tal processo encontra-se pendente de julgamento definitivo de mérito.

Critica-se veementemente os motivos levantados pelo Ministro para fundamentar o indeferimento do pedido de transferência das Travestis. O alegado configura argumento não científico, que além de infundado, contribui para marginalização desse nicho populacional.

³²¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ministro garante a presas transexuais direito a recolhimento em presídios femininos*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=415208>>. Acesso em: 31 jan. 2020.

³²²BRASIL, op. cit., nota 240.

³²³BRASIL, op. cit., nota 320.

³²⁴Ibid.

³²⁵Ibid.

³²⁶Ibid.

³²⁷Ibid.

Para atestar a hipervulnerabilidade do grupo em questão recorre-se à fundamentos já apontados, como o reiterado uso de meios cruéis atrelado ao alto índice de homicídios que vitimam tais indivíduos.

Uma vez reconhecido que consubstanciam população de risco, defende-se o direito dessa de preservação de seus direitos fundamentais não atingidos pela sentença criminal condenatória, tratando-lhes como sujeitos de direito que são. Argumenta-se que em observância à direitos como integridade, identidade e autodeterminação, dever-se-á proceder o encarceramento dessas mulheres junto à presídios femininos. Entretanto, uma vez que se nota a controvérsia de natureza social do pleito conglobada com a pendência de cognição exauriente da demanda, acredita-se a razoabilidade da decisão proferida.

Reconhece-se a sensibilidade da temática que sugere uma revisitação nos critérios de encarceramento historicamente assentados. A disciplina acerca dos direitos de pessoas LGBTQIA+ em todo corpo social desperta controvérsia e carece de padrões minimamente seguros que proporcionem alguma estabilidade social. A demanda, no entanto, extrapola os limites territoriais do país e vem assumido um certo protagonismo internacional.

O olhar sobre as minorias sexuais, com especial recorte relacionado à noção de Direitos Humanos, é o mote central do capítulo que se segue. Visitar-se-ão organismos e diplomas internacionais portadores de influência proeminente e relevante sobre a nação com olhar setorial acerca da disciplina envolvendo a população LGBTQIA+, propondo-se um deságue diretamente orientado ao meio social em que essas pessoas são mais violentadas: os presídios. Utopia e realidade. Ideal e prática. Paraíso e inferno.

3. MINORIAS SEXUAIS: DE UM OLHAR GLOBAL À SITUAÇÃO DESSAS QUANDO INSERIDAS NO CÁRCERE BRASILEIRO

Segundo Gilmar Mendes, Brasil se adotou um sistema aberto de direitos fundamentais, conforme redação do parágrafo segundo do artigo 5º da CRFB/88³²⁸. Portanto não seria considerada taxativa a enumeração de direitos fundamentais estabelecidos no Título II da Constituição³²⁹:

[...]Essa interpretação é sancionada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, ao apreciar a ação direta de inconstitucionalidade envolvendo a criação do IPMF, afirmou que o princípio da anterioridade (Art. 150, III, *b*, da CF) constitui um direito ou garantia individual fundamental.[...]

Compreende-se que tal entendimento é o que melhor se adéqua ao *telos* da Carta Magna, afirmando a existência, para além dos direitos fundamentais previstos expressamente em seu corpo, de direitos materialmente fundamentais localizados fora desse rol, que deve ser, portanto, considerado exemplificativo³³⁰. Imperativo lembrar, como mostra o autor³³¹, que o entendimento supracitado não consubstancia novidade na tradição constitucional brasileira, uma vez que a Constituição de 1969³³² trazia dispositivo de conteúdo similar.

Com o advento da Emenda Constitucional 45/2004³³³, estabeleceu-se um procedimento de internalização para que os tratados sobre Direitos Humanos alcançassem status de emenda constitucional, conforme é a literalidade do art.5º, §3º, da CF³³⁴:

[...]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: (...) § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.[...]

³²⁸ BRASIL, op. cit., nota 88.

³²⁹ Ibid.

³³⁰ Ibid.

³³¹ Ibid., p. 171/172.

³³² BRASIL. *Emenda Constitucional nº 1*, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc%20anterior1988/emc01-69.htm)>. Acesso em: 10 out. 2019, art. 153: A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 36. A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.

³³³ BRASIL. *Emenda Constitucional nº 45*, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 10 out. 2019.

³³⁴ BRASIL, op. cit., nota 88.

Até o presente momento, apenas três atos internacionais sobre Direitos Humanos foram internalizados nos referidos termos. A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas Com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, diplomas assinados em Nova York, na data de 30 de março de 2007, foram aprovados pelo Congresso Nacional e veiculados por meio do Decreto Legislativo nº 186/2008³³⁵; com respectiva promulgação pelo Presidente da República consubstanciada no Decreto nº 6.949 de 25 de agosto de 2009³³⁶.

Tem-se como último ato sobre Direitos Humanos internalizado o Tratado de Marraqueche, que visa facilitar o acesso a obras publicadas às pessoas com alguma deficiência visual ou outras dificuldades de acesso ao texto impresso escrito. Fora firmado em 27 de junho de 2013 e internalizado, segundo o procedimento previsto no art. 5º, §3º, da CF³³⁷, por meio do Decreto nº 9.522/2018.³³⁸

Os tratados os quais o Brasil fora signatário em data anterior à EC 45/04³³⁹ e que versem sobre Direitos Humanos passaram então a receber a natureza de normas supralegal. Caso relevante é o que analisa o Pacto de San José da Costa Rica³⁴⁰, no RE 466.343/SP³⁴¹, com relação à prisão civil do depositário infiel. Julgado esse que atribuiu ao diploma internacional o status de "supralegal", conforme:

[...] Em conclusão, entendo que, desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre Direitos Humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de Direitos Humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei no 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei no 10.460/2002) [...].³⁴²

³³⁵ BRASIL. *Decreto Legislativo nº 186*, de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm>. Acesso em: 09 jun. 2020.

³³⁶ BRASIL. *Decreto nº 6.949*. 25 de agosto de 2009. Tratado de Nova York e Protocolo Facultativo do Tratado de Nova York. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 06 nov. 2019.

³³⁷ BRASIL, op. cit., nota 88.

³³⁸ BRASIL. *Decreto nº 9.522*, de 8 de outubro de 2018. *Tratado de Marraqueche*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9522.htm>. Acesso em: 06 nov. 2019.

³³⁹ BRASIL, op. cit., nota 333.

³⁴⁰ BRASIL. *Decreto no 678*, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Diário Oficial da União, 9 nov. 1992.

³⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário no 466343 / SP – SÃO PAULO*. Relator: Min. Cezar Peluso. DJ, 3 dez. 2008. Diário da Justiça Eletrônico, 5 jun. 2009.

³⁴² Ibid.

O status em questão trata-se de ficção jurídica que eleva a posição dos diplomas internacionalmente celebrados, conferindo sua prevalência sobre as leis internas. No entanto, apenas ao proceder-se a sistemática constitucional adequada os tratados passam a ser equiparados à emendas constitucionais. Uma vez pendente o trâmite segundo tal rito, quedar-se-á o caráter supralegal.

Existem diversos órgãos, entidades e mecanismos internacionais que visam editar normas de abrangência extra fronteira precipuamente fundadas na proteção aos Direitos Humanos, considerados inerentes e fundamentais à todos. São eles os grandes responsáveis pela elaboração de documentos internacionais que aglutinam interesses transnacionais. A necessidade de criação desses organismos internacionais pode ser extraída da extremada situação de violação de direitos e desprezo pela vida humana que fora globalmente assistida durante a Segunda Guerra Mundial.

A mais famosa organização internacional nesta seara é a Organização das Nações Unidas, atualmente formada por cinquenta e um países, entre eles o Brasil. O objetivo central de entidades como a ONU³⁴³ é a busca pela paz e o desenvolvimento mundial, além do respeito à vida humana, conforme se pode apreender do texto da Declaração Universal de Direitos Humanos.³⁴⁴

A ONU já reconheceu em reiteradas hipóteses a obrigação de seus Estados membros de velar pela vida de sua população, com enfoque diferenciado e mais atento aos grupos sociais mais vulneráveis³⁴⁵, dentre os quais pode-se destacar mulheres, negros, pessoas com deficiência, grupo objeto de análise, as minorias sexuais.³⁴⁶

Existem diversas orientações no sentido de que os Estado membros devam proceder a criação de normas internas afim de assegurar a efetivação dos Direitos Humanos de tais minorias. Em 2008 foi aprovada uma Declaração da ONU³⁴⁷ condenando violações dos Direitos Humanos com base na sexualidade e na identidade de gênero:

[...] as violações de Direitos Humanos baseadas na sexualidade ou na identidade de gênero onde queira que tenha lugar (...). Urgimos aos Estados a que tomem todas as medidas necessárias, em particular as legislativas ou administrativas, para assegurar

³⁴³ ONU. *Conheça a ONU*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/conheca/>>. Acesso em: 08 jun. 2020.

³⁴⁴ ONU, op. cit., nota 81.

³⁴⁵ Ibid.

³⁴⁶ Ibid.

³⁴⁷ ONU. Assembleia Geral. *Promotion and protection of human rights: human rights questions, including alternative approaches for improving the effective enjoyment of human rights and fundamental freedoms*. Letter dated 18 December 2008 from the Permanent representatives of Argentina, Brazil, Croatia, France, Gabon, Japan, The Netherlands and Norway to the United Nations addressed to the President of the General Assembly. 22/12/2008. Disponível em: <<http://www.sxpolitics.org/wp-content/uploads/2009/03/un-document-on-sexual-orientation.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2019.

que a sexualidade ou identidade de gênero não possa ser, sob nenhuma circunstância, a base de sanções penais, em particular execuções, prisões ou detenção[...]

Em 13 de setembro de 2012, por meio do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, fora publicado o estudo *Born Free and Equal*³⁴⁸, concebido como ferramenta para que países caminhem rumo à não discriminação institucionalizada por meio de um elenco de obrigações e passos progressistas para proteção dos LGBTQIA+ que residam em algum dos Estados membros da ONU.

Outro organismo internacional importante fora fundado em 1959 e com sede em Estrasburgo, no nordeste da França. Trata-se da Corte Europeia de Direitos Humanos, convertida em órgão permanente na data de 1 de novembro de 1998³⁴⁹. Tem-se como preceito fundamental a verificação do respeito dos princípios da Convenção Europeia dos Direitos Humanos por seus signatários³⁵⁰.

A Corte ora apresentada não se confunde com órgão da União Europeia, sendo uma jurisdição do Conselho da Europa. A todos os quarenta e sete Estados membros do referido Conselho é imperativo que se submetam à esta Corte e que aceitem suas decisões.³⁵¹

Possui como base norteadora a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, diploma este que consubstancia uma série de garantias e direitos básicos a serem assegurados pelos Estados membros à sua população. Dentre eles se destacam os direitos à vida, vedação à tortura e proibição à discriminação, conforme³⁵²:

[...] O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação[...]

Apesar de não prever expressamente o direito à liberdade sexual e autodeterminação no aspecto do gênero, tais direitos de minorias sexuais são exprimidos de maneira implícita pelo diploma. Além disso, é considerado um dos maiores e mais atuantes sistemas de proteção à não discriminação, como se pode mensurar a partir dos casos enumerados por Bomfim³⁵³:

³⁴⁸ ONU. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. *Born Free and Equal*. 13/09/2012. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/BornFreeAndEqual.aspx>>. Acesso em: 07 out. 2019.

³⁴⁹ EUROPA. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 07 out. 2019.

³⁵⁰ Ibid.

³⁵¹ Ibid.

³⁵² Ibid.

³⁵³ DESLANDES, Keila (Coord). *Homotransfobia e direitos sexuais: debates e embates contemporâneos*. Belo Horizonte: Autêntica, 2018, p. 36.

[...] No âmbito da Corte Europeia de Direitos Humanos há diversas decisões garantindo à livre sexualidade e vedação à discriminação, das quais são exemplo: *Dudgeon vs. United Kingdom* (1981); *Norris vs. Ireland* (1991); *Modinos vs. Cyprus* (1993); *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal* (1999); *Smith and Grady vs. United Kingdom* (1999); *Goodwin vs. United Kingdom* (2002); *Van Kuck vs. Germany* (2003); *Karner vs. Austria* (2003); *Karner vs. Austria* (2003); *L.V. vs. Austria* (2003) [...]³⁵⁴

O direito postulatório das vítimas de violações de Direitos Humanos dentro de território de Estados-membro da Corte Europeia de Direitos Humanos é expressamente reconhecido na Convenção Europeia de Direitos Humanos, assim como o seu direito de participação da instrução subsequente.³⁵⁵

No tocante às Américas tem-se a Organização dos Estados Americanos cuja origem remete a primeira Conferência Internacional Americana³⁵⁶ em 1948 com a assinatura da Carta da OEA, que entrou em vigor em dezembro de 1951. Atualmente trinta e cinco Estados independentes localizados nas Américas são signatários e se submetem a fiscalização de tal organismo internacional.³⁵⁷ A OEA baseia-se nos princípios da democracia, Direitos Humanos, segurança e desenvolvimento.³⁵⁸ O Sistema Interamericano de Direitos Humanos é formado pelo Comissão Interamericana de Direitos Humanos associada à Corte Interamericana de Direitos Humanos.³⁵⁹

A comissão é um órgão, composto por sete membros eleitos em Assembleia Geral, independente da OEA. Esse órgão que representa todos os Estados membros, tem como foco proteger e promover o respeito aos Direitos Humanos no continente americano, além de servir como órgão consultivo da OEA.³⁶⁰ Entre suas resoluções que merecem destaque existe a Resolução nº 2435³⁶¹ que demonstra atenção e preocupação específica com os "atos de violência e das violações aos Direitos Humanos correlatas perpetradas contra indivíduos, motivados pela sexualidade e pela identidade de gênero"³⁶².

³⁵⁴ Ibid., p. 36.

³⁵⁵ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *European Convention On Human Rights*. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf>. Acesso em: 10 out. 2019. Arts. 36/42.

³⁵⁶ OEA. *Nossa História*. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/sobre/nossa_historia.asp>. Acesso em: 10 out. 2019.

³⁵⁷ OEA. *Oficinas de la OEA en los Estados Miembros*. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/acerca/offices.asp>>. Acesso em: 10 out. 2019.

³⁵⁸ OEA. *Quem somos*. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/sobre/quem_somos.asp>. Acesso em: 24 set. 2019.

³⁵⁹ CIDH. *Convenção Americana Sobre Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 10 out. 2019, art. 33.

³⁶⁰ CIDH. *Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos*, de 1979. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/t.Estatuto.CIDH.htm>>. Acesso em: 09 jun. 2020, art. 1.

³⁶¹ OEA. Assembleia Geral. *Resolução 2.435: Direitos Humanos, Sexualidade e Identidade de Gênero*. AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08). 03/06/2008. Disponível em: <<https://goo.gl/cS6Pt6>>. Acesso em: 07 out. 2019.

³⁶² Ibid.

Já a Corte Interamericana de Direitos Humanos, sediada em São José da Costa Rica³⁶³, é órgão judicial internacional autônomo do sistema da OEA³⁶⁴, criado pela Convenção Americana dos Direitos do Homem, que tem competência de caráter contencioso e consultivo.³⁶⁵

Trata-se de tribunal composto³⁶⁶ por sete magistrados nacionais dos Estados-membros da OEA, que são eleitos à título pessoal dentre juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de Direitos Humanos, que reúnam as condições requeridas para o exercício das mais elevadas funções judiciais, de acordo com a lei do Estado do qual sejam nacionais³⁶⁷.

A CIDH tem competência para conhecer de qualquer hipótese que envolva interpretação e aplicação de disposições da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, uma vez reconhecida sua competência pelos Estados membro em seu âmbito interno.³⁶⁸ Apenas a Comissão Interamericana e os Estados membros da Convenção Americana sobre Direitos Humanos poderão submeter casos à apreciação deste Tribunal³⁶⁹.

No exercício de competência consultiva³⁷⁰, a Corte Interamericana tem desenvolvido análises elucidativas acerca do alcance e do impacto dos dispositivos da Convenção Americana.³⁷¹ Da corte emana-se opiniões e pareceres com condão facilitador quanto a compreensão de aspectos substanciais da Convenção, de modo a contribuir para a manutenção e evolução latino-americana do Direito Internacional Humano.

Em seu plano contencioso³⁷², a competência da Corte para o julgamento de casos é limitada aos Estados-membros da Convenção que tenham, quando da ocasião da denúncia, expressamente reconhecido sua jurisdição em seus ordenamentos internos³⁷³. Sua atuação consiste em apreciar questões envolvendo violações³⁷⁴, que podem ser propostas por qualquer Estado-membro, de direito protegido pela Convenção Americana. Caso a Corte reconheça que efetivamente ocorreu a violação arguida, possui competência para determinar a adoção de

³⁶³ CIDH. *Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/v.Estatuto.Corte.htm>>. Acesso em: 10 out. 2019, art. 3.

³⁶⁴ *Ibid.*, art. 1.

³⁶⁵ *Ibid.*, art. 2.

³⁶⁶ *Ibid.*, art. 4.

³⁶⁷ *Ibid.*, art. 52.

³⁶⁸ *Ibid.*, art. 62.

³⁶⁹ *Ibid.*, art. 61.

³⁷⁰ *Ibid.*, art. 64.

³⁷¹ *Ibid.*, art. 30/67.

³⁷² *Ibid.*, art. 61/63.

³⁷³ *Ibid.*, art. 61.

³⁷⁴ *Ibid.*

medidas³⁷⁵ que sejam necessárias para a restauração do direito violado. É possível, inclusive, condenar o Estado ao pagamento de justa indenização compensatória à vítima.³⁷⁶

Diferença pontual entre a ora analisada Corte e o Sistema Europeu³⁷⁷, residia no direito postulatório das supostas vítimas. Enquanto no Sistema Europeu tal direito é reconhecido expressamente na Convenção Europeia de Direitos Humanos³⁷⁸, a Corte Interamericana não reconhecia o direito postulatório das supostas vítimas, seus familiares ou organizações não governamentais. Apenas a Comissão e os Estados-membro da OEA possuíam legitimidade para apresentar demandas diante a Corte.³⁷⁹ Levando ao entendimento de que o indivíduo que pretendesse submeter denúncia à apreciação da Corte Interamericana, deveria, obrigatoriamente, apresentá-la diante da Comissão Interamericana.³⁸⁰

Todavia, atualmente, vistas alterações trazidas pelo IV Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos³⁸¹, também é possível que as vítimas, seus representantes e familiares apresentem suas próprias peças postulatórias e provas em todas as etapas do procedimento internacional. Ademais, traz ainda o direito de fala desses sujeitos durante as audiências públicas, ensejando sua condição de parte no processo em apreço³⁸².

3.1. Relatório Juan

Intitulado originalmente como "*Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment on his mission to Brazil*"³⁸³ e elaborado pelo especialista de Direitos Humanos da ONU sobre tortura Juan E. Méndez, o "Relatório Juan" fora produzido a partir da visita do agente internacional ao Brasil em agosto de 2015³⁸⁴. O objeto analisado fora a prática de tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, conforme tradução literal de seu título original.

³⁷⁵ Ibid., art. 41.

³⁷⁶ Ibid., art. 68.

³⁷⁷ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, op. cit., nota 355, arts. 36/42.

³⁷⁸ Ibid., art. 36/42.

³⁷⁹ CIDH, op cit., nota 363, art. 61.

³⁸⁰ Ibid., art. 44.

³⁸¹ CIDH. *Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/Viejos/w.Regulamento.Corte.htm>>. Acesso em: 10 out. 2019.

³⁸² Ibid., art. 23.

³⁸³ MENDEZ, Juan. *Assembleia Geral Das Nações Unidas*. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/56dfdf3d4.html?_cf_chl_jschl_tk__=a496e57d223ecb84f489c96d9cea706e285a7ac8-1581027974-0-AQiUujV I_CsUjQ4gOt0ayhz6xQctiLfnijzsVp_nGBgO4FWCiKQOMujoTYBBYquHsr71M2ore9cEf7u77aKBB04nFZC8OaI_KPahtiw4leS-gG_ik3CWZAAW5gq7iM1JUonViDyUISs8LvlERsgjUE36PchzkqECQAhYK6DeOQ-pUnMzDgIPHzH1zrz3OMgjA4tFUGNfY94b5h-2C2MESmkOtgQzFrnAab-y_Fyhjm2Rm7IXhzAW3juc0My5GtNhOJolzq3FZ_GmTRAw5bZ1TOn3WXf_vX9MKOH6IQN5ZqYq>. Acesso em: 06 fev. 2020.

³⁸⁴ Ibid.

Destaca-se que "Méndez realizou uma missão oficial de 12 dias ao Brasil, onde realizou visitas não anunciadas a locais de detenção, como delegacias, locais de prisão temporária, penitenciárias, centros de detenção juvenil, bem como instituições de saúde mental"³⁸⁵. A apresentação do relatório em questão se deu na ONU durante a 31ª sessão regular de seu Conselho de Direitos Humanos que ocorrera de 29 de fevereiro à 24 de março de 2016. Os especialistas dos procedimentos especiais, como é o caso de Méndez são agentes independentes de qualquer governo ou organização, inclusive não vinculados à ONU, que prestam serviço de caráter individual e à título voluntário³⁸⁶.

O especialista visitou quatro estados brasileiros (Alagoas, Maranhão, São Paulo e Sergipe) para a produção do documento que identifica o sistema carcerário brasileiro como marcado pela superlotação endêmica³⁸⁷. Fala-se ainda em racismo institucional do sistema carcerário com vistas, à época, ao quantitativo de 70% da população carcerária ser composta por negros.³⁸⁸ Das visitas e reuniões com autoridades e organizações da sociedade civil³⁸⁹, expôs-se a prática de tortura e maus-tratos no sistema carcerário brasileiro pelo relator especial atribuindo a autoria de tais condutas tanto à policiais, como agentes penitenciários, destacando-se ainda a prática de tais condutas pelos próprios presos entre si.³⁹⁰

O relatório possui sessão específica onde aborda a situação de lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros e pessoas intersexo, apontando pela falta de dados acerca da existência desses em situação de encarceramento. Sugere-se que a escassez de pessoas que assim se autodeclaram em prisões se dá em grande parte pelo medo de retaliações, além do pouco interesse estatal em mapear essa população.³⁹¹

Acerca dos poucos dados disponíveis, o especialista entende que as minorias sexuais encarceradas são alvo de ameaças sistemáticas e passivos de atentados à integridade física e psíquica, incluindo violências sexuais e assassinatos durante o cumprimento de penas de detenção e reclusão, crimes esses essencialmente motivados pela condição de minoria sexual. Informa que os perpetradores de tais violências são tanto a polícia e agentes penitenciários, bem como os demais encarcerados.³⁹²

³⁸⁵ Ibid.

³⁸⁶ Ibid.

³⁸⁷ Ibid.

³⁸⁸ Ibid.

³⁸⁹ ONU NEWS. *Especialista da ONU apresenta relatório sobre tortura no Brasil*. Disponível em: <<https://news.un.org/pt/story/2016/03/1543851-especialista-da-onu-apresenta-relatorio-sobre-tortura-no-brasil>>. Acesso em: 28 mar. 2020.

³⁹⁰ MENDEZ, op. cit., nota 383.

³⁹¹ Ibid.

³⁹² Ibid.

O relatório cita a Resolução Conjunta nº 1³⁹³ de 15 de abril de 2014 da CNCD/LGBT e CNPCP, que estabelece o direito de LGBTQIA+ à celas ou alas específicas, todavia, critica a falta de sanções previstas na referida norma para os caso de violações de suas diretrizes, apontando sua falta de coercibilidade e, em consequência, efetividade.³⁹⁴ Aponta-se ainda a falta de indicação clara de como e quem deverá proceder revistas pessoais frente à cada especificidade dos integrantes dos grupos tidos como minorias sexuais.

O relatório corrobora sua crítica em dados do Infopen³⁹⁵ de 2014 que indicam que apenas 5% dos estabelecimentos prisionais do país possuem celas ou alas destinadas às minorias sexuais.

O relator pondera que a produção da Resolução³⁹⁶ em questão significa sem dúvidas avanço no trato das minorias sexuais encarceradas, no entanto, o fato de a implementação das medidas por ela prevista dependerem da vontade de cada instituição prisional e a ausência de sanções aos que não à observarem podem apontar por sua qualificação como inócua. Pontua ainda seu temor de que essa possa vir a ser utilizada como meio para legitimar futuras exclusões ou isolamentos da população à que se destina proteger, dependendo de como essa mecânica será implementada, devido a sua deficitária estruturação³⁹⁷.

A sessão em questão finaliza-se abordando o aspecto de acesso à saúde dessa população, concluindo pela sua maior vulnerabilidade, quando contraposta ao restante do cárcere, e afetação danosa adicional pela superlotação do sistema. Retoma-se a Resolução³⁹⁸ para pugnar pela asseguaração da continuidade de tratamento hormonal às minorias sexuais que dele necessitem, mesmo durante o cumprimento da pena.

Das recomendações e conclusões do Relatório Juan³⁹⁹, sugeriu-se que o governo federal adotasse medidas para buscar a efetiva aplicação da legislação brasileira de prevenção e combate à tortura. Acerca da problemática da superlotação dos presídios, o relator sugere medidas com vistas a diminuição do número de encarceramento anual dentre as quais destaca-se a reforma nas leis de tráfico de entorpecentes.⁴⁰⁰

³⁹³ BRASIL, op. cit., nota 240.

³⁹⁴ MENDEZ, op. cit., nota 383.

³⁹⁵ BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. *Sobre o Levantamento Nacional*. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>>. Acesso em: 28 mar. 2020.

³⁹⁶ Ibid.

³⁹⁷ MENDEZ, op. cit., nota 383.

³⁹⁸ BRASIL, op. cit., nota 240.

³⁹⁹ MENDEZ, op. cit., nota 383.

⁴⁰⁰ Ibid.

Rogério Sottili, Secretário Especial de Direitos Humanos do Brasil à época reconheceu em entrevista a importância do Relatório Juan, além de sinalizar que o governo visa "cumprir o máximo possível"⁴⁰¹ delas, conforme⁴⁰²:

[...] O governo brasileiro entende que esses relatórios da ONU tem dado uma contribuição extremamente importante para nós corrigirmos nossos rumos e especialmente importante para apontar os desafios que ainda nós tem-se pela frente. O relatório foi muito feliz por que ele começa primeiro reconhecendo e fazendo elogios aos importantes avanços que o Brasil tem conquistado no combate à tortura e reconhecendo isso especialmente em comparação com a última visita que o próprio relator já tinha feito no país e aponta algumas recomendações importantes. [...]

Quanto às conclusões e recomendações específicas voltadas às minorias sexuais inseridas no cárcere o Relatório Méndez⁴⁰³, destaca-se (i) a necessidade de determinação da imperatividade da Resolução nº 1⁴⁰⁴ de 2014 aos estados da federação, de modo a efetivar o estabelecimento de celas e alas específicas destinadas a essa população; e (ii) o dever de zelo por parte do Estado para a prevenção da exclusão e/ou isolamento dos indivíduos pertencentes às minorias sexuais encarceradas em função de sua condição especial.

3.2. Dos Princípios de Yogyakarta

É cediço que o reconhecimento e respeito de minorias sexuais encontra na contemporaneidade destaque nunca antes visto em toda história evolucionista. Diversos foram os avanços já citados no âmbito da regulamentação jurídica de direitos inerentes à dignidade da pessoa humana nos aspectos de sexualidade e identidade de gênero. Todavia, a realidade social global ainda é no sentido de reiteradas violações à Direitos Humanos das minorias sexuais.

Assiste-se à uma forte tendência em países ocidentais de positivação de leis e constituições que assegurem a igualdade e não-discriminação, na contramão, países em sua maioria orientais, possuem normativas estatais no sentido frontalmente oposto, caracterizando como crime certas práticas sexuais e não reconhecendo expressamente a diversidade das identidades de gênero. Pode-se denominar como preocupante, do mesmo modo, a virada conservadora vivenciada nos últimos anos nos países das Américas, em um movimento

⁴⁰¹ ONU NEWS, op. cit., nota 389.

⁴⁰² Ibid.

⁴⁰³ MENDEZ, op. cit., nota 383.

⁴⁰⁴ BRASIL, op. cit., nota 240.

explicitamente de retrocesso quanto aos avanços elencados, em aproximação à países fundamentados em dogmas religiosos.

Em um cenário mundial de instabilidade acerca do respeito à dignidade humana de pessoas LGBTQIA+, fez-se necessária a normativa internacional do tema, de modo a proporcionar diploma norteador para a tratativa mínima desse aspecto humano. O documento é redigido por vinte e nove especialistas de diversas áreas ligadas à sexualidade, pertencentes à vinte e cinco países diferentes, dentre eles o Brasil. Por iniciativa da Comissão Internacional de Juristas e o Serviço Internacional de Direitos Humanos, em novembro de 2006, na cidade de Yogyakarta na Indonésia, os homônimos princípios foram elaborados.

O diploma consubstancia vinte e nove princípios, estes⁴⁰⁵:

Direito ao Gozo Universal dos Direitos Humanos; Direito à Igualdade e a Não-Discriminação; Direito ao Reconhecimento Perante a Lei; Direito à Vida; Direito à Segurança Pessoal; Direito à Privacidade; Direito de Não Sofrer Privação Arbitrária da Liberdade; Direito a um Julgamento Justo; Direito a Tratamento Humano durante a Detenção; Direito de Não Sofrer Tortura e Tratamento ou Castigo Cruel, Desumano e Degradante; Direito à Proteção Contra todas as Formas de Exploração, Venda ou Tráfico de Seres Humanos; Direito ao Trabalho; Direito à Seguridade Social e outras Medidas de Proteção Social; Direito a um Padrão de Vida Adequado; Direito à Habitação Adequada; Direito à Educação; Direito ao Padrão mais Alto Alcançável de Saúde; Proteção contra Abusos Médicos; Direito à Liberdade de Opinião e Expressão; Direito à Liberdade de Reunião e Associação Pacíficas; Direito à Liberdade de Pensamento, Consciência e Religião; Direito à Liberdade de Ir e Vir; Direito de Buscar Asilo; Direito de Constituir uma Família; Direito de Participar da Vida Pública; Direito de Participar da Vida Cultural; Direito de Promover os Direitos Humanos; Direito a Recursos Jurídicos e Medidas Corretivas Eficazes; e Responsabilização (“Accountability”).

Não se dispõe o presente estudo à exaurir a vasta gama de nuances que integram o corpo riquíssimo do diploma apresentado. Objetiva-se apenas apresentar arcabouço suficiente para fundamentar de maneira interdisciplinar e extraterritorial nacional o debate a que se propõe o presente.

Destaca-se entre as hipóteses elencadas no diploma internacional seu nono princípio, intitulado "Direito à tratamento humano durante a detenção"⁴⁰⁶. O *caput* de tal princípio consagra a sexualidade e a identidade de gênero como elementos essenciais para asseguarção do ideário dignidade humana. Estabelece ainda que "toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com humanidade e com respeito pela dignidade inerente à pessoa humana"⁴⁰⁷.

O dispositivo estabelece em sua primeira alínea como dever estatal a garantia de que a detenção não configure fator potencializador da marginalização motivada pela sexualidade

⁴⁰⁵ Ibid.

⁴⁰⁶ Ibid., p.19.

⁴⁰⁷ Ibid.

ou identidade de gênero do detento. É expressamente previsto o dever estatal de zelo pela diminuição da violência contra LGBTQIA+ encarcerados, bem como de extirpar os maus-tratos, abusos físicos, mentais ou sexuais a esses infligidos⁴⁰⁸.

Conforme já analisado, o artigo 3º da Lei nº 7.210/84⁴⁰⁹ assegura ao condenado e ao internado todos os direitos não atingidos pela sentença condenatória ou pela lei. Portanto, pode-se afirmar a previsão interna de dispositivo que alcança o objetivo da previsão internacional, atribuindo ao Estado o dever de segurança à população carcerária frente à violações inconstitucionais.

De volta ao diploma internacional, quando de sua segunda alínea⁴¹⁰, estabelece-se o direito ao acesso à saúde dos custodiados, garantindo o direito ao atendimento e aconselhamento médico dos agentes incursos no sistema penitenciário. Define de forma expressa que tal atendimento abarca qualquer necessidade especial oriunda dos fatores sexualidade e identidade de gênero, incluindo "saúde reprodutiva, acesso à informação e terapia de HIV/Aids e acesso à terapia hormonal ou outro tipo de terapia, assim como a tratamentos de reassignação (sic) de sexo/gênero, quando desejado".⁴¹¹

O ordenamento inteiro brasileiro determina o direito à saúde, conforme pode-se apreender dos artigos 60 e 196, CRFB/88⁴¹². Pode-se ainda destacar diversos dispositivos da Lei de Execução Penal⁴¹³ que corroboram o direito à saúde dos agentes encarcerados, como os artigos 10; 11, II; 14; 41; 88 e 120.

Na terceira alínea de Yogyakarta, há a previsão de que a autodeterminação dos detentos é fator relevante para designação dos referidos em alas/celas específicas. Pode-se afirmar, portanto, que há não apenas a previsão de local específico nos presídios que deverá ser destinado à população LGBTQIA+, mais também que o fator que determinará a logística de proteção deverá ser a manifestação da vontade do preso, por meio da autodeclaração.

Fundamenta-se a pretensão ora veiculada, internamente, no precedente formulado na ADI nº 4275⁴¹⁴ que estabelece a autodeclaração como fator determinante para o reconhecimento da identidade de pessoas trans. O mesmo raciocínio pode ser invocado quando da identificação das demais pessoas LGBTQIA+, com vistas aos princípios da

⁴⁰⁸ Ibid.

⁴⁰⁹ BRASIL, op. cit., nota 146.

⁴¹⁰ YOGYAKARTA PRINCIPLES IN ACTION, op. cit., nota 48, p. 19.

⁴¹¹ Ibid.

⁴¹² BRASIL, op. cit., nota 88.

⁴¹³ BRASIL, op. cit., nota 146.

⁴¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 58.

igualdade e da vedação ao tratamento discriminatório, dentre outros corolários de Direitos Humanos positivados no ordenamento brasileiro.

A quarta, e talvez mais importante, alínea do dispositivo prevê o dever de proteção do Estado no tocante específico à sexualidade, identidade e expressão de gênero de seus encarcerados. O elenco estabelece expressamente a condição de hipervulnerabilidade dos LGBTQIA+ frente aos demais encarcerados, elencando como fator motivacional de violência à condição de minoria sexual e impondo ao Estado o dever de implementação de medidas protecionistas, conforme⁴¹⁵:

[...] Os Estados deverão: (...) d) Implantar medidas de proteção para todos os presos e presas vulneráveis à violência ou abuso por causa de sua sexualidade, identidade ou expressão de gênero e assegurar, tanto quanto seja razoavelmente praticável, que essas medidas de proteção não impliquem maior restrição a seus direitos do que aquelas que já atingem a população prisional em geral; [...]

Defende-se que a Resolução Conjunta nº 1⁴¹⁶ do CNCD/LGBT e CNPCP poderia ser vista como internalização da previsão internacional em questão. Reconhece-se, no entanto, a fragilidade de tal tese frente o caráter consultivo e não coercitivo da resolução, de modo a enfraquecer o resultado ideal objetivado de reduzir a hipervulnerabilidade das minorias sexuais. Todavia, mesmo reconhecendo-a como insuficiente, pugna-se que a norma em questão é essencialmente marco nacional impulsionador da pretensão internacionalmente veiculada por Yogyakarta.

A quinta alínea⁴¹⁷ assegura o direito à visitas conjugais da população LGBTQIA+. Assim como todo preso, a população designada como minoria sexual possui direito a receber visita íntimas de seus companheiros e/ou companheiras. Caracteriza-se como violação de Direitos Humanos a adoção de critérios excludentes pautados em uma heterocisnormatividade. Assim, tem-se como ilegítima a restrição à hipótese em análise imposta por uma determinada sexualidade e/ou identidade e expressão de gênero.

O monitoramento independente das instalações prisionais deverá ser proporcionado pelo Estado, conforme alínea sexta⁴¹⁸. Deve-se ainda propiciar esse monitoramento por organizações não-governamentais, incluindo as voltadas para áreas específicas da sexualidade e identidade de gênero.

⁴¹⁵ YOGYAKARTA PRINCIPLES IN ACTION, op. cit., nota 48, p. 19.

⁴¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 240.

⁴¹⁷ YOGYAKARTA PRINCIPLES IN ACTION, op. cit., nota 48, p. 19.

⁴¹⁸ Ibid.

A última alínea ⁴¹⁹ estabelece que deverão ser implementados programas de treinamento e conscientização dos agentes públicos incumbidos do monitoramento, administração e segurança da população carcerária. Os padrões internacionais de Direitos Humanos assim como os princípios da igualdade e não-discriminação devem ser vetores prioritários na preparação das pessoas envolvidas no funcionamento das instalações prisionais.

No âmbito nacional tem-se previsão dos artigos 75 a 77 da Lei 7.210/84 ⁴²⁰ que estabelecem em abstrato que "a escolha do pessoal administrativo, especializado, de instrução técnica e de vigilância" atenderá entre outros fatores específicos a preparação profissional do candidato. Não há, no entanto, previsão interna que cumpra expressa e exaustivamente com a pretensão internacional identificada.

Salienta-se que outros princípios previstos no diploma analisado podem facilmente ser invocados para a defesa da tese proposta de designação de espaço especial para acomodar presos LGBTQIA+. Opta-se pela restrita análise realizada por consubstanciar principal fator afeto ao tema e pelo apreço à síntese e objetividade.

Imperativo é a afirmativa de que o diploma internacional em questão não fora objeto de análise interna na forma do art. 5º, parágrafo terceiro da CRFB/88 ⁴²¹, não gozando, portanto, do *status* de emenda constitucional, frente ao direito pátrio. Resgatam-se as lições de Gilmar Mendes ⁴²² de modo a atribuir-se o status de norma "supralegal" ao documento, uma vez que consubstancia hipótese de tratado sobre Direitos Humanos ratificado pelo Brasil.

Além de seu texto poder servir de fundamento expresse para decisões envolvendo a problemática atual, pode-se utilizar os Princípios de Yogyakarta como fator norteador de métodos hermenêuticos de interpretação da norma infraconstitucional. Além da própria Constituição Federal ⁴²³, esses princípios podem fundamentar uma releitura das normas que estabelecem o trato da população carcerária.

Defende-se com base nos argumentos colacionados uma revisitação do sentido ideológico de dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro com vistas a almejar os objetivos traçados pelos Princípios de Yogyakarta. Possibilitar-se-ia, entre outros fatores, a imperatividade da observância de regras específicas para o trato de LGBTQIA+ inseridos no cárcere, fundamento suficiente para possibilitar a criação de alas/celas voltadas à população

⁴¹⁹ Ibid.

⁴²⁰ BRASIL, op. cit., nota 146.

⁴²¹ BRASIL, op. cit., nota 88.

⁴²² MENDES, op. cit., nota 106.

⁴²³ BRASIL, op. cit., nota 88.

que consubstancia minorias sexuais dentro dos presídios brasileiros de maneira uniforme por toda a vasta extensão do território nacional.

3.3. Mapeamento da situação dos LGBTQIA+ inseridos no cárcere brasileiro?

Aterrissa-se em terras brasileiras para a discussão de dados científicos produzidos quando da análise setorial objetivada. Em 05 de fevereiro de 2020 fora publicado pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos o inédito relatório denominado "LGBT nas prisões do Brasil: Diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento"⁴²⁴. Considera-se esse marco progressista para a representatividade de minorias sexuais no Brasil, com foco orientado aos presídios.

O relatório inaugura-se com a apresentação de Glossário⁴²⁵ que introduz as nomenclaturas que designam os membros da população LGBT⁴²⁶ além de demais termos cuja compreensão configuram fatores imperativos para a análise da obra. Ressalta-se a primeira crítica pela opção da terminologia LGBT, uma vez que já se apresenta uma configuração mais atualizada da sigla - a utilizada no presente, de modo a restringir o alcance da pesquisa celebrada às quatro possibilidades identitárias que tal sigla enuncia.

A coleta de informações para a construção de relatório situacional da população LGBT⁴²⁷ carcerária nacional, como objetivada pelo relatório ora analisado, é de plano rechaçada já no tópico terceiro "Metodologia". O questionário enviado aos presídios e utilizado como base para o estudo fora de preenchimento facultativo, de modo a comprometer a coleta de dados próximos da realidade analisada, visto ter recebido adesão de apenas cerca de 35% dos 1449 estabelecimentos penais do país, consubstanciando o número de 508 respostas⁴²⁸.

Em virtude da insuficiência quantitativa propícia para estabelecer uma linha identitária acerca do objeto de análise do relatório, ressalva-se no próprio estudo a impossibilidade de êxito em configurar censo⁴²⁹. Visto a perda do objeto em momento tão efêmero do supra, o que se segue é uma ínfima mostra populista que desde já garante não

⁴²⁴ BRASIL, op. cit., nota 217.

⁴²⁵ Ibid., p. 7-8.

⁴²⁶ Opta-se por preservar a terminologia eleita pelo relatório ao fazer referência à dados por ele elencados. Restringe-se o uso dessa nomenclatura apenas à essa referência, utilizando-se o autor de termos mais atualizados ao se referir ao sentido coletivo da expressão desse nicho. Ressalta-se que o mais adequado é o uso da sigla LGBTQIA+. Para mais vide tópico "Terminologia Adequada".

⁴²⁷ Conforme adoção da sigla em questão, intui-se que o relatório optou pela exclusão de dados acerca de qualquer outra classe compreendida socialmente como minoria sexual diversa das compreendidas na abreviatura.

⁴²⁸ BRASIL, op. cit., nota 217, p. 13.

⁴²⁹ Ibid., p.20.

compromisso em transparecer a realidade fática dos agentes passivos de estudo no núcleo social em questão. Desarrazoado, no entanto, seria atestar da ausência de relevância do relatório que embora não cumpra seu objetivo inicial, inaugura uma ceara de investigação situacional imperativa à atualidade de violações. Se não censo, o ora analisado claramente é indicativo em menor escala da inconsistência estatal na tratativa em questão.

Quando do mapeamento nacional das pessoas LGBT privadas de liberdade⁴³⁰, 508 unidades prisionais entre masculinas, femininas e mistas responderam, dentre as quais, vale dizer, variam entre adesões integrais e parciais no fornecimento dos dados em questão⁴³¹.

Dessas respondentes, 106 unidades, todas masculinas, apontaram a existência de um espaço designado para a custódia de minorias sexuais, as quais enumeram-se homens cisgênero homossexuais e bissexuais, travestis, mulheres trans e figura ainda não analisada no presente: homens cisgênero heterossexuais que mantém relações afetivo-sexuais com os indivíduos anteriormente citados dentro do ambiente de cárcere, mas que não se reconhecem como integrantes de minorias sexuais⁴³². Dados mais detalhados sobre quais presídios possuem quais espaços específicos não são apresentados no relatório que se limita a apontar sua existência em abstrato e genérica.

Salienta-se o ínfimo número supra (106) quando contrastado à existência de 1449 unidades prisionais no território brasileiro, número utilizado como base do relatório em análise e de fonte proveniente do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, com dados atualizados até julho 2016 e de publicação do Departamento Penitenciário Nacional⁴³³. Em termos de percentual, conforme o relatório, apenas 7,31% dos presídios brasileiros atentam-se para a situação de hipervulnerabilidade dos LGBT encarcerados.

No entanto, apesar de publicado apenas em fevereiro de 2020, o número adotado como base pelo relatório já fora publicado com dados superados, visto mais recente Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias⁴³⁴, que aponta existência de 1507 unidades prisionais com dados atualizados até junho de 2017. Ressalta-se que em ambos os levantamentos do DPN não existe sequer uma menção à termos que designem minorias sexuais em seus respectivos estudos, sendo esse fator completamente desprezado.

⁴³⁰ Ibid., p. 16.

⁴³¹ Ibid.

⁴³² Ibid., p. 17-18.

⁴³³ Ibid., p. 16.

⁴³⁴ BRASIL. Ministério Da Justiça e Segurança Pública Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. 2017. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>>. Acesso em: 02 mar. 2020.

O presente adotará como base para exposição do relatório os números já defasados apresentados no Levantamento de 2016 para evitar incongruências com os métodos exploratórios utilizados pelo Relatório "LGBT nas prisões do Brasil"⁴³⁵. A ressalva acerca do número atualizado de presídios realizada se destina apenas a enfatizar o ínfimo grau de quantificação específica tomada por base para o Relatório supra.

Dado importante extraído com base no mapeamento em análise é que 52,8% dos presídios que possuem celas/alas LGBT de todo o país estão localizados apenas no estado de São Paulo⁴³⁶. Em contra partida, apenas um presídio em toda a região norte do país possui o mesmo espaço⁴³⁷. Quando perguntados aos 508 presídios se os mesmos concordam com a reserva de alas/celas para LGBT, 58,3% responderam afirmativamente. Esse quantitativo apesar de consubstanciar a maioria em relação aos respondentes, pode informar tendência preocupante.

Tal afirmação se justifica ante a não obrigatoriedade da adesão ao estudo em análise, fator que permite inferir que as instituições mais conservadoras neste quesito, as quais provavelmente responderiam negativamente, poderiam optar por se quedar silentes⁴³⁸. Admitindo que apenas as instituições mais favoráveis a temática se propuseram a aderir ao estudo, o que se revelaria seria uma grande discrepância entre o número total de unidades e as que entendem a sexualidade e a identidade de gênero como fatores de risco à integridade dos detentos, a despeito da estatística brasileira envolvendo violência contra minorias sexuais e dos diversos diplomas internacionais atestando a vulnerabilidade social dos LGBTQIA+.

O estudo ainda apresenta um dado muito revelador quando da análise da tipologia das alas/celas nos presídios brasileiros. Das instituições que aderiram ao estudo, cerca de 200 possuíam local destinado a pessoas encarceradas pelo cometimento de crimes sexuais⁴³⁹. Em segundo lugar, vem as alas destinadas a receber presos de determinadas facções criminosas. Logo após os agentes acusados de crimes envolvendo a Lei Maria da Penha⁴⁴⁰, seguido das alas reservadas para LGBT (106), pertencimento religiosos e ex-policiais⁴⁴¹.

A preocupação estatal na organização do espaço na prisão segue a configuração de categorias de risco, segundo o relatório. Desse modo, para evitar conflitos é comumente designado áreas de vivência específica aos grupos mais vulneráveis. Incongruente, no entanto,

⁴³⁵ BRASIL, op. cit., nota 217.

⁴³⁶ Ibid., p. 17-18.

⁴³⁷ Ibid., p. 17-18.

⁴³⁸ Ibid.

⁴³⁹ Ibid., p. 16.

⁴⁴⁰ BRASIL. *Lei Maria da Penha*. Lei 11.340. De 07 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 01 mar. 2020.

⁴⁴¹ BRASIL, op. cit., nota 217.

é pensar que um sistema que se vende inteiramente desenhado segundo critérios biológicos (indexação segundo falocentrismo), atribui maior peso às condições sociais dos encarcerados, como o tipo de crime cometido ou a facção que o agente pertence, que naturais, ao dispensar tratamento diferenciado em razão de identidade de gênero e sexualidade, nomes socialmente convencionados para designar características intrínsecas à condição humana do indivíduo. Aqui é possível explicitar o claro pensamento separatista e hierarquizado que se encontra enraizado na cultura popular e que por si só viola a dignidade da pessoa humana, consubstanciada no art. 1º, III da CRFB/88⁴⁴².

Ao elencar critérios sociais como de maior relevância quanto à certos critérios biológicos, se dissemina o folclore da "escolha". Assim como o agente "escolheu" em algum momento de sua vida pertencer à alguma facção, por exemplo, essa opção de gestão administrativa reverbera o raciocínio de que indivíduos também "escolhem" pertencer à população LGBTQIA+. Tal pensamento além de preconceituoso e tendencioso, não possui respaldo junto à ciência, uma vez que não há estudos que atestem o caráter optativo de tais características. No tocante à identidade de gênero é ainda mais expressivo o equívoco de tal posição ante a existência biológica/natural de três sexos e a dicotomia de gênero socialmente predominante, essa última sim baseada em uma escolha, mesmo que deficitária.

Talvez o dado mais promissor do estudo⁴⁴³ seja o reconhecimento de que a convivência entre homens trans e mulheres cisgênero em penitenciárias femininas não desperta polêmica junto à população carcerária ou à administração dos presídios, conforme trecho que se segue⁴⁴⁴:

[...] Os dados do Infopen indicam que no ano de 2016 o quantitativo de pessoas em unidades femininas chegou a 42.355, enquanto nas unidades masculinas o número alcançou a marca de 665.482. Enquanto, a partir de uma visão geral da população carcerária, o quantitativo em unidades masculinas supera o número de pessoas em unidades femininas em aproximadamente 15 vezes, a população autodeclarada LGBT nas prisões femininas supera, em número absolutos, a população LGBT em unidades masculinas. Essa relação não significa dizer que existem necessariamente mais mulheres cis lésbicas, bissexuais e homens trans em privação de liberdade que homens gays, bissexuais, travestis e mulheres transexuais. Essa grande diferença relativa entre a proporção de autodeclarações nas unidades femininas e masculinas é mais um indicativo de que ser reconhecida LGBT em uma prisão femininas majoritariamente não implica em risco à vida, em oposição ao que ocorre com os LGBT em unidades masculinas. [...]

As informações do estudo concluem que tanto mulheres cis como homens trans, independentemente de orientações sexuais, convivem pacificamente em presídios femininos

⁴⁴² BRASIL, op. cit., nota 88

⁴⁴³ BRASIL, op. cit., nota 217.

⁴⁴⁴ Ibid., p. 21.

brasileiros. No entanto, o número de pessoas identificadas como homens trans⁴⁴⁵ durante o processo de coleta de dados, foi de apenas 3 (três) segundo a autodeclaração, o que poderia informar falácia acerca de tal convivência harmoniosa. Como o critério de criação de alas/celas específicas segue a autodeclaração, essa estará sempre condicionada ao reconhecimento, que por sua vez depende da bagagem intelectual do indivíduo, de seu acesso à informação. A disseminação do conceito de homem trans, no Brasil, ainda é precária. Quando se realiza um recorte social acerca dessa difusão, o alcance da nomenclatura é ainda mais restrito diante das categorias sociais mais sucessíveis de encarceramento, fator esse que pode fundamentar o ínfimo quantitativo.

A carência de conhecimento técnico acerca da nomenclatura em questão acaba por contribuir para a invisibilização de homens trans no contexto carcerário, o que por um lado pode apresentar conforto a esses indivíduos que possuem seus Direitos Humanos respeitados independentemente da necessidade de se autodeclararem de maneira específica e muitas vezes redutora de complexidade. Nesse sentido é trecho do relatório⁴⁴⁶:

[...] Uma das pessoas que participou da pesquisa, que se declarou como sapatão, mas preferiu ser chamado por nome e pronomes masculinos. Relatou ter declarado ser lésbica para a família aos 8 anos de idade, ao passo em que apenas após o encarceramento passou a assumir mais integralmente uma identidade masculina. O interno relatou que fazia uso de hormônios antes de ser preso e que pretende continuar o tratamento quando cumprir a pena de reclusão. [...]

Outro dado otimista revelado pelo relatório é que a maioria massiva dos presídios femininos que aderiram à pesquisa, asseguram o direito e respeito ao nome social que o/a detenta se identificar. Não se admite para os fins do relatório, no entanto, o enquadramento da pessoa como homem trans, apesar de sua designação se dar por meio de um nome essencialmente masculino. O uso de *Binders* (acessório frequentemente utilizado por homens trans a fim de diminuir o tamanho dos seios) também foi observado com frequência nos respectivos presídios.⁴⁴⁷ Tal fator também não é utilizado como indexador de homem trans.

O relatório aponta para a cultura de respeito envolvendo as minorias sexuais encarceradas em presídios femininos, seja por parte dos agentes públicos como por parte dos encarcerados. Todavia, diante da pequena adesão dos presídios brasileiros à pesquisa, não pode-se obter como absoluta a realidade apresentada. É seguro intuir que em razão da cultura que difere de região à região do país, tal experiência possa vir a encontrar outros fatores capazes de comprometer os resultados quando transportados a novas realidades.

⁴⁴⁵ Ibid., p. 23.

⁴⁴⁶ Ibid., p. 92.

⁴⁴⁷ Ibid.

É possível dizer que os crimes fundadores da prisão das mulheres acauteladas em unidades femininas, sejam essas pertencentes ou não a minorias sexuais, são aproximadamente os mesmos, com baixa variação quantitativa, conforme⁴⁴⁸:

[...] Os dados produzidos a partir do levantamento em unidades prisionais femininas são, em certa medida, convergentes com os dados referentes à ampla população nessas prisões, por outro lado, sobre os dados coletados nas unidades masculinas é preciso indicar algumas ressalvas. [...]

Ainda é explícito o caráter menos violento dessa população carcerária quando comparada com a parcela masculina encarcerada. Entre os crimes mais expressivos tem-se o tráfico, roubo e furto. A coeficiente numérico dos crimes de homicídio de autoria imputada a mulheres lésbicas e bissexuais são respectivamente de 8,1% e 7,7%⁴⁴⁹. Pode-se afirmar o caráter menos violento da população LGBT inserida no cárcere feminino, com base nos dados expostos, o que poderia ser compreendido como um dos fatores indicativos da suposta tendência pacífica do convívio nesses espaços, se verídica.

Diferente do prognóstico supra indicando a realidade de proteção dos Direitos Humanos de pessoas LGBT em presídios femininos, quando passamos a analisar a realidade dessa população em presídios masculinos há uma diametralmente oposta conclusão. Analisando as condições de homens cisgênero com sexualidade englobada na sigla LGBTQIA+, o relatório em questão se limita a pontuar a existência de apenas duas espécies: os gays e os bissexuais. Ao analisar o quantitativo de crimes pelos quais esses indivíduos estão inseridos no cárcere masculino, nota-se um elevado número de crimes sexuais. Entre os autodeclarados gays, 20,2% estão encarcerados pelo cometimento de estupros, já entre os bissexuais esse número é de 21,7%⁴⁵⁰.

É preciso elencar que o próprio mapeamento realizado pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos atribui os altos números em questão à um mecanismo de segurança utilizado por homens heterossexuais possibilitando acesso à alas de seguro - assim intituladas as alas/celas diferenciadas por autodeterminação⁴⁵¹. O quantitativo de crimes sexuais apontado é impulsionado por agentes que dolosamente se autodeclararam pertencentes à minorias sexuais, independentemente do fator sexualidade, com vistas a serem alocados em

⁴⁴⁸ Ibid., p. 27.

⁴⁴⁹ Ibid.

⁴⁵⁰ Ibid.

⁴⁵¹ Ibid., p. 35; 38; 70.

alas menos violentas, de modo à influir no resultado consubstanciado no relatório. Nesse sentido⁴⁵²:

[...] Durante o curso das visitas institucionais foi possível perceber que há expressiva população de homens cisgênero que são acusados ou condenados por cometer os chamados crimes sexuais habitando as alas/celas LGBT nas prisões masculinas. Os chamados criminosos sexuais também são alvos prioritários de violência desferida por outros custodiados, mesmo que a motivação para essas práticas violentas tenham origens, em certa medida, diferentes. Como será descrito a partir da coleta de dados in loco, percebendo o risco ao qual estão submetidos, é comum que esses presos passem a se declarar homossexuais perante a unidade prisional para ter acesso ao mesmo espaço protetivo destinado à população LGBT. Como veremos, as condições de acesso às celas/alas LGBT variam de prisão para prisão. Algumas unidades exigem apenas a assinatura de um termo no qual o interno declara oficialmente que é homossexual, independente das relações afetivo-sexuais que pratica fora do contexto de encarceramento. Outras consultam os internos e internas das celas/alas LGBT para validar a declaração desses homens. Ainda existem as que utilizam métodos mais singulares, como avaliação de profissional da psicologia e/ou assistência social, entre outros procedimentos. [...]

Desse modo, como o documento aponta, não há como estabelecer ao certo o verdadeiro coeficiente de crimes cometidos pela parcela da população LGBTQIA+⁴⁵³ inserida em presídios. Outro ponto também imperativo de atenção é o de que em presídios dominados por facções, o convívio com minorias sexuais seria relativamente pacífico⁴⁵⁴, apontando para inexistência de hostilidade. Ressalta-se que apesar do baixo quantitativo de violência demonstrado no relatório, essas minorias não seriam uma população com a qual haveria integração, demonstrando clara segregação entre esses indivíduos e os membros de facções.

O relatório em questão não entra em minúcias acerca do tema envolvendo o tratamento de LGBTQIA+⁴⁵⁵ em presídios destinados a facções específicas. Todavia, segundo Zamboni⁴⁵⁶, ao descrever o relato de Samanta, nome fictício de uma de suas colaboradoras inseridas no cárcere, o tratamento deferido à essas minorias nos presídios em questão não é conforme o que orienta a normativa estatal. Segue trecho de seu depoimento⁴⁵⁷

[...] A minha irmã me cobra muito para eu ir para uma cadeia do PCC. Ela disse que já fechou com os irmãos de eu ir para lá. Eu já fiquei em cadeia do PCC mas para a gente que é homossexual é ruim demais, é muito sofrimento. A gente fecha com eles mas tem que usar cabelo curto, não pode usar roupa feminina [...]

⁴⁵² Ibid., p. 27.

⁴⁵³ Aqui referida como um grupo social minoritário igual, mas diferente.

⁴⁵⁴ Ibid. 52.

⁴⁵⁵ Utiliza-se a nomenclatura correta visto que a obra de Zamboni não limita a análise realizada à nichos específicos como faz o relatório. Embora adote nomenclatura específica, sua análise não quantitativa, mas sim qualitativa revela preocupação com a contemporaneidade e com o respeito à autodeterminação individual, de modo a imperar leitura contemporaneamente compatível com a utilização da nomenclatura atual mais adequada.

⁴⁵⁶ 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, 2017, p. 97-100.

⁴⁵⁷ Ibid., p. 99.

Ainda segundo o autor, os LGBTQIA+ não são vistos como integrantes de facções, fator este atribuído ao dito "ideal de masculinidade valorizado no mundo do crime"⁴⁵⁸. Quando encarcerados em presídios dominados por facções criminosas, os LGBTQIA+ não são incorporados à nenhum dos coletivos dominantes, no entanto, não há relatos de condenação sumária, com base na condição de minoria, por tais grupos⁴⁵⁹. As palavras da colaboradora Samanta, que compõe o texto de Zamboni, indicam tratamento mais vantajoso aos LGBTQIA+ que o direcionado aos presos ligados a facções rivais da dominante⁴⁶⁰:

[...] Se uma bicha entra na cadeia do PCC, ela fecha com o PCC. Se ela entra numa cadeia do CRBC, ela fecha com o CRBC. Se a bicha entra numa cadeia da Seita Satânica, ela fecha com a Seita Satânica. Ela não vai entrar para nenhuma delas, entendeu, mas ela fecha com todas. [...]

De volta ao Relatório⁴⁶¹, ao lado do quantitativo de homens cisgêneros identificados como gays e bissexuais, introduz-se a figura dos "envolvidos"⁴⁶². Tal termo é utilizado para designar homens cisgênero que se autodeclaram heterossexuais, contudo mantém relações sexuais com gays, bissexuais e pessoas trans no contexto do cárcere⁴⁶³. Os "envolvidos" não são utilizados quando do cálculo do quantitativo populacional, de modo que presume-se que o número⁴⁶⁴ de gays (1333) bissexuais (572) aponte para uma subnotificação do coeficiente desses grupos em tal contexto. Tal problemática não consubstancia hipótese de fácil solução, uma vez que a autodeterminação sexual é o critério mais eficaz de garantia da dignidade sexual dos encarcerados.

Propõe-se apenas a maior difusão dos conceitos analisados no presente como forma de conscientização da vulnerabilidade que as condições de minorias sexuais acarretam em tais espaços. Privilegiando a autodeterminação, poder-se-ia informar o quantitativo de agentes que se consideram "envolvidos", proporcionando uma base mais próxima da real sexualidade dos encarcerados. Mais importante, destaca-se, seria a averiguação acerca de quantas dessas relações e práticas sexuais seriam consensuais. Ambas as discussões elencadas não foram examinadas no relatório⁴⁶⁵.

No entanto, observando as informações elencadas, tese diversa poder-se-ia ser invocada admitindo que o relatório fora estruturado de maneira sistemática e consciente. Se

⁴⁵⁸ Ibid., p. 95.

⁴⁵⁹ Ibid., p. 99.

⁴⁶⁰ Ibid.

⁴⁶¹ BRASIL, op. cit., nota 217.

⁴⁶² Ibid., p. 29; 30; 69; 79.

⁴⁶³ Ibid., p. 69.

⁴⁶⁴ Ibid., p. 20.

⁴⁶⁵ BRASIL, op. cit., nota 217.

(i) o relatório elenca como objetivo a análise da vulnerabilidade de minorias sexuais encarceradas; (ii) reconhece a existência dos "envolvidos"; e (iii) despreza a quantificação desses agentes, logo, conclui-se que: os "envolvidos" não compõe o grupo objeto de estudo, importando em dizer que a expressão sexual de tais indivíduos não configuraria fator capaz de potencializar a vulnerabilidade desses.

Se verdadeiras as aferições, defende-se, portanto, que a leitura social de determinados sujeitos caracteriza o fator mais imperativo quando da aferição da vulnerabilidade de LGBTQIA+, seja dentro ou fora do cárcere. Nota-se, desde Zamboni, que a autodeterminação como pertencente a minorias sexuais é apenas imperativa de apontamento entre os sujeitos que maior exteriorizam feminilidades⁴⁶⁶. Ao conservar características "intrínsecas" ao que socialmente é estabelecido como compatível com seu gênero segundo o falocentrismo, menor é a potencialidade quanto ao agente ser vítima de violações de direitos.

Propõe-se que até mesmo a categorização de grupo denominado "envolvidos" é mais um consonante da estrutura já introduzida do ideal masculino de poder que impera na contemporaneidade. O sujeito mais masculino, apesar de abertamente relacionável afetivo-sexualmente com integrantes da população LGBTQIA+, é lido dentro da estrutura carcerária como "envolvido" e não como integrante da minoria populacional. Tal reflexão aflora e potencializa as construções sociais extramuros, antes mesmo de atingir o seu ápice de visibilidade: quando se analisa o encarceramento de pessoas trans.

Em paralelo com a suposta boa aceitação e falta de necessidade expressa de autodeclaração para que sejam assegurados os Direitos Humanos de homens trans inseridos nos presídios femininos, o mesmo não pode ser aferido ao repercutir a identidade de gênero dentro de presídios masculinos. Retoma-se o destaque internacional do Brasil como líder do ranking mundial de morte de pessoas trans⁴⁶⁷, cujo grupo mais vulnerável é o de pessoas trans femininas, embora esse quantitativo despreze as violações em contextos de cárcere.

Ponto chave para entender as subnotificações envolvendo essa parcela populacional em privação de liberdade se apresenta na triagem dos presídios⁴⁶⁸. Ocorre que quando do momento de indexação populacional nos presídios que dispõe de alas voltadas à LGBT⁴⁶⁹, a autodeclaração muitas vezes se restringe apenas à sexualidade socialmente discordante de maior disseminação social: gay. Argumenta-se que, não apenas no Brasil, há uma tendência segregacionista à unificação. Diante de uma sociedade marcada por diferentes grupos

⁴⁶⁶ ZAMBONI, op. cit., nota 456.

⁴⁶⁷ TRANSRESPECT, op. cit., nota 135.

⁴⁶⁸ BRASIL, op. cit., nota 217.

⁴⁶⁹ Conforme objetiva quantificar o relatório.

diversos, para que se reforce as barreiras inclusivas é preciso que se delimitem dois grupos: "nós" e "eles". Existem várias variações dessas estruturas, que quase sempre diminuem os indivíduos separados a um pequeno conjunto de diferenças.

Marcando o paradigma histórico da luta por direitos LGBTQIA+, homens gays são o grupo de alcançou maior visibilidade em seus pleitos sociais na contemporaneidade, são a minoria sexual que goza de maior visibilidade nos meios de comunicação. Nem mesmo os conservadores tendentes ao não diálogo podem ignorar a existência desse grupo, o que implicou na tendência moderna reducionista de restringir as minorias sexuais à essa hipótese da sexualidade humana. Corrobora-se o argumento com trecho⁴⁷⁰ do relatório que afirma "Segundo a coordenação, eram apenas 4 homens gays em toda a unidade. Certamente existem mais. Ao conversar com essas pessoas, eram, na verdade, 2 travestis e dois homens cisgênero". Zamboni também se debruça acerca da temática⁴⁷¹:

[...] Logo ficou claro que seria impossível trabalhar com categorias de identidade fechadas: estamos falando de um contexto no qual a divisão entre sexualidade e identidade de gênero soa completamente artificial e onde as identidades cristalizadas na sigla LGBT fazem pouco sentido. Elas se referiam umas às outras, a si mesmas e a mim como monas, bichas, viados, homossexuais, mulheres e travestis, mas não se fixavam em nenhuma dessas categorias: transitavam entre elas de acordo com a situação, produzindo efeitos relacionais diversos a cada escolha semântica. [...] (sic)

Diante dessa estrutura que acarreta na invisibilização social da classe trans, estatísticas desnutridas de pesquisas de campo tenderão a ser ineficazes e inverídicas. Os reflexos desse padrão segregacionista extrapolam as contingências dos nichos sociais e desencadeiam uma longa e sistemática violência. É expressivo, uma vez segregadas desde a vida em liberdade, que mulheres trans e travestis recebam pouca, ou nenhuma visita enquanto do decurso do período de cumprimento de pena⁴⁷²:

[...] Através dos dados produzidos no âmbito das unidades respondentes, somente 40% dos LGBT tem visita cadastrada nos registros das instituições. Importante ressaltar que o cadastro de visita familiar não implica necessariamente no mesmo de número de visitas que, de fato, ocorrem. Ou seja, a proporção de pessoas LGBT que efetivamente recebem visita é ainda menor que esse número. Esse tipo de dado reitera os relatos de abandono familiar narrados pelos LGBT, sobretudo da população de travestis e mulheres transexuais. [...]

Em sua pesquisa Zamboni⁴⁷³, que analisa a vida de minorias sexuais inseridas no cárcere do Estado de São Paulo, aponta que os alimentos advindos do que seu estudo

⁴⁷⁰ BRASIL, op. cit., nota 217, p. 113.

⁴⁷¹ ZAMBONI, op. cit., nota 456, p. 95-96.

⁴⁷² BRASIL, op. cit., nota 217, p. 25.

⁴⁷³ Ibid., p. 107.

denomina de "barraca" (despensa coletiva de cada cela) e "picuá" (sacola onde detentos guardam seus bens pessoais) são imperativos para a manutenção da vida dentro dos presídios, diante da incapacidade administrativa de fornecer os bens essenciais à dignidade humana dos encarcerados. Nesse sentido⁴⁷⁴:

[...] Os alimentos da barraca e dos picuás são fundamentais para complementar as precárias refeições fornecidas pela administração. Na ausência de cozinha e refeitório, as refeições são compradas de um servidor terceirizado, distribuídas pelos faxinas e consumidas na própria cela. Além das três refeições diárias previstas pela administração (às 7:00, às 12:00 e às 17:00), cada cela faz (entre as 20:00 e as 22:00) uma última refeição conhecida como subidinha com as sobras do almoço e os recursos da barraca e dos picuás. [...]

Ainda no sentido do acesso do conteúdo das "sacolas" aos LGBTQIA+ inseridos no cárcere masculino, em especial à mulheres trans e travestis, passa-se a analisar a questão que talvez seja a mais incongruente do relatório⁴⁷⁵. Pede-se vênias para os apontamentos que se seguem. Inicia-se com uma citação literal de parte do relatório, retirado do tópico dedicado à análise de "onde travestis e mulheres trans devem cumprir a pena de reclusão? Em unidades masculinas ou femininas?"⁴⁷⁶. Segue o trecho⁴⁷⁷:

[...] Uma vez que a travestis e mulheres trans acabam recebendo pouca ou nenhuma visita, elas ficam privadas de ter acesso a esses produtos, que muitas vezes são indispensáveis para a sobrevivência na prisão. Esses mesmos produtos estão à venda no interior da prisão. Um custodiado que recebeu uma sacola com cobertores pode decidir vendê-los para outros internos e, com isso, acumular renda. As travestis e mulheres trans são, portanto, potenciais compradoras. Dessa forma, para levantar capital, essa população se vale das mais diferentes estratégias. Algumas fazem trabalhos gerais nas celas de outros custodiados, preparam comida, ocorre também de realizarem trabalhos sexuais, outras se beneficiam das visitas que os companheiros, muitas vezes que conheceram já no cárcere, recebem e de suas sacolas. Muitas dessas estratégias de levantamento de capital estão adequadas às condições muito específicas de uma unidade masculina. Portanto, a eventual transferência para uma unidade feminina colocaria essas estratégias em cheque. [...]

De certo, a problemática envolvendo o encarceramento de pessoas trans é o atual ponto mais complexo de qualquer estudo acerca do panorama dos LGBTQIA+ inseridos no cárcere, gerando ajuizamento da ADPF nº 527⁴⁷⁸ junto ao STF. Todavia, justificar a manutenção dessa população em um presídio incoerente com o seu gênero na possibilidade de exercer "trabalhos sexuais" vai de encontro à todo ordenamento jurídico. Há muito se discute que pessoas trans são cotidianamente relacionadas à prostituição devido à incapacidade social

⁴⁷⁴ ZAMBONI, op. cit., nota 456, p. 107.

⁴⁷⁵ BRASIL, op. cit., nota 217.

⁴⁷⁶ Ibid., p. 123.

⁴⁷⁷ Ibid., p. 124.

⁴⁷⁸ BRASIL, op. cit., nota 320.

de integração dessas pessoas a outros ambientes de trabalho. Da passagem supra poder-se-ia aferir que o próprio estado chancela tal tendência.

Ressalta-se que o autor do presente em momento nenhum pretende inferiorizar, marginalizar ou criminalizar a prática da prostituição, que por não ser objetivo preponderante do presente não será profundamente analisada. No entanto, argumenta-se que ignorar a hipervulnerabilidade de toda uma população, conforme já demonstrado, e aceitar o que se propõe no relatório analisado seria impor compulsoriamente a essa população uma perpetuação de violências. Digo violências no plural, visto que além de todas as violações de Direitos Humanos que se infringem a essa população, defender a manutenção de pessoas trans em presídios masculinos com base na possibilidade de prostituição que o ambiente prisional oferece é opor uma nova violência a esses indivíduos, agora de autoria estatal.

O relatório conclui o capítulo em questão com a propositura de um censo entre as mulheres trans e travestis para que se possa aferir qual o anseio dessa população e que se proceda as alocações requeridas nas formas demandadas: "Parece haver, neste momento, apenas um posicionamento possível: a transferência mediante consulta individual da travesti ou da pessoa trans"⁴⁷⁹. Em uma análise sistemática, o relatório parece sugerir um afastamento da responsabilidade do estado, visto que argumenta pela manutenção das travestis e mulheres trans em presídios masculinos, mas conclui pela consulta individual.

No entanto lembra-se das lições de Cáio Mário da Silva Pereira⁴⁸⁰ quando da análise da indisponibilidade dos direitos da personalidade. Ademais, invocar uma ideia libertária de que o indivíduo possui plena disposição de seu ser nessas hipóteses novamente vai de encontro com todo o raciocínio elencado no relatório, que oscila entre "As prisões (...) não são instituições pautadas no reconhecimento integral de seus custodiados"⁴⁸¹ e um suposto "direito" à prostituição.

Não entende-se como razoável defender que o estado deve se abster diante de situações de clara hipervulnerabilidade. Corrobora-se o argumentado com entrevista⁴⁸² de Drauzio Varela para programa televisivo exibido em 01 de março de 2020, onde se expõe a realidade de uma mulher trans em um presídio masculino que relata que foi *necessário* se prostituir por 4 anos e meio para que tivesse acesso a pasta de dente, sabonetes e prato de comida. Frisa-se, "necessidade" e "direito" são conceitos que nem sempre caminham juntos.

⁴⁷⁹ BRASIL, op. cit., nota 217, p. 125.

⁴⁸⁰ PEREIRA, op. cit., nota 83.

⁴⁸¹ BRASIL, op. cit., nota 217, p. 125.

⁴⁸² YOUTUBE. *FANTÁSTICO*: Drauzio Varela abraça mulher trans há 8 anos sem visita na prisão e emociona. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=eBopTUey3VI>>. Acesso em: 14 abr. 2020.

Outra passagem controversa do relatório em questão, é a seguinte⁴⁸³:

[...] As prisões, nem as masculinas, nem as femininas, não são instituições pautadas no reconhecimento integral de seus custodiados. Unidades prisionais não têm a capacidade de conferir cidadania. Trata-se de equipamentos do estado que operam radicalmente no sentido oposto. [...]

Em mais um momento infeliz o relatório⁴⁸⁴ produzido pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos diz que penitenciárias não são instituições pautadas no reconhecimento integral de seus custodiados. Para não soar repetitivo, abandonar-se-á a Dignidade da Pessoa Humana, reiteradamente invocada. No mesmo sentido, também não invocar-se-ão os direitos de personalidade. Limitar-se-á apenas ao apontamento do princípio da vedação à penas cruéis consubstanciada no art. 5º, XLVII, "e" da CRFB/88⁴⁸⁵.

Desconstituir um ser humano do tratamento adequado a sua identidade de gênero é desconstituir esta pessoa de seu direito mais fundamental de todos: o direito de existir. Novamente, segundo Honneth⁴⁸⁶, o reconhecimento social é meio para atribuição de identidade ao indivíduo. Se as penitenciárias não são pautadas no reconhecimento integral de seus custodiados, a usurpação da identidade de seus encarcerados poderia ser defendida desde que prevista em lei, o que não há. De certo, caso a legislação assim pugna-se, não apenas pessoas trans seriam atingidas por essa violação, mas toda integralidade prisional deveria ser destituída de elementos que caracterizam sua identidade, como através da substituição nominal por dígitos numéricos.

Todavia, invocar tal argumento apenas quando se trata de respeitar a identidade de uma parcela populacional importa em discrepância na pena atribuída a esses, destituindo-lhes de sua humanidade ao negar o reconhecimento de sua identidade específica, enquanto reconhece plenamente a mesma esfera de direito à uma pessoa cisgênero. Por último, destaca-se referência utilizada pelo Relatório⁴⁸⁷:

[...] Ao lado da mulher honesta e de boa família condenada por um crime passional ou culposo, ou que aguarda julgamento, seja por um aborto provocado por motivo de honra, seja por um infanticídio determinado muita vez por uma crise psíquica de fundo puerperal, estão as prostituídas mais sórdidas vindas como homicidas da zona do baixo meretrício, as ladras reincidentes, as mulheres portadoras de tuberculose, sífilis e moléstias venéreas ou de pele, hostis à higiene, quando não atacadas de satíriase, tipos acabados de ninfômanas, que submetem ou procuram submeter pela força as primeiras aos mais repugnantes atos de homossexualismo (ANGIOTTI, 2018, p. 116) [...] (sic).

⁴⁸³ BRASIL, op. cit., nota 217, p. 125.

⁴⁸⁴ Ibid.

⁴⁸⁵ BRASIL, op. cit., nota 88.

⁴⁸⁶ HONNETH, op. cit., nota 20, p. 117-124.

⁴⁸⁷ BRASIL, op. cit., nota 217, p. 125.

A transcrição fora retirada do anteprojeto do regimento da Penitenciária de Mulheres de Bangu, localizada no Rio de Janeiro identificando a população de mulheres das quais a instituição deveria fazer custódia. A necessidade de tal transcrição não fica clara no contexto textual e a redação do texto, além de demonstrar todo o preconceito estrutural que imperava naquele momento histórico, de nada corrobora os argumentos elencados.

Referir-se à "homossexualismo" (sic) contém clara carga preconceituosa, por se tratar de nomenclatura errônea que remete à falsa ideia dessa como doença. Entende-se a referência como grosseira e avulsa que prejudica a integralidade do estudo e que se fosse suprimida de nada prejudicaria a pretensão veiculada. Curioso é que Zamboni⁴⁸⁸, autor citado dezenas vezes no relatório também se utiliza desse termo em seu estudo. Em verdade, as palavras que se transcreve são de Lola, entrevistada pelo autor⁴⁸⁹:

[...] A gente tem que ser muito organizada, entendeu? Porque não somos depravadas, nós tem-se respeito e esse respeito precisa sempre ser mostrado. Os outros precisam respeitar a nossa homossexualidade. E não é homossexualismo, viu? É homossexualidade mesmo, porque ismo é de doença e a gente não é doente. Nós queremos ver o respeito que impomos. Queremos ser tranquilas e respeitadas pelo que somos e como somos. [...]

Embora, como já apontado no presente, haja necessidade de maior disseminação dos conceitos e nomenclaturas que designam as minorias sexuais na contemporaneidade social, não é apenas a massa populacional quem deve fazer tal reflexão. As inconsistências terminológicas nas produções acadêmicas merecem especial atenção. Relatórios oficiais de governo devem se preocupar ao máximo com as escolhas linguísticas veiculadas para ilustrar seus ideários evitando a potencialização de interpretações errôneas. No caso em questão, o próprio estado ao elaborar um relatório sobre minorias sexuais nas prisões do Brasil⁴⁹⁰ se utiliza de um termo com reiterada conotação pejorativa em uma citação que pode ser minimamente classificada como desnecessária, ao passo que Lola (travesti inserida no sistema prisional) reconhece a ofensividade de tal referência. Tal análise diz mais sobre a visão social quanto às minorias sexuais que o conteúdo do relatório propriamente dito.

3.4. Institucionalização da invisibilidade dos crimes sexuais em presídios?

Ignora-se o aspecto quantitativo dos crimes sexuais no levantamento apresentado pelo Governo Federal, não sendo este aspecto abordado ao menos em caráter estimativo, fator

⁴⁸⁸ZAMBONI, op. cit., nota 456.

⁴⁸⁹Ibid., p. 109.

⁴⁹⁰BRASIL, op. cit., nota 217.

este que torna o supra no mínimo incompleto. Apesar de citar alguns casos de violência sexual⁴⁹¹, o supra falha em proporcionar um panorama real acerca deste aspecto. Os relatos são breves e intuitivamente minimizados. Diz-se minimizados, uma vez que em grande parte das entrevistas de coleta dos relatos para a produção do estudo estava presente no mesmo ambiente um funcionário do estabelecimento prisional⁴⁹², o que pode apontar para um vício na veracidade dos relatos.

Ressalva-se que este é um relatório oficial do Governo Federal de modo que certamente seria possível exigir confidencialidade e privacidade para a elaboração de tal documento. Tal procedimento seria imperativo para garantir a lisura do levantamento, assim como asseverar maior grau de confiabilidade e precisão aos dados ora coletados, atribuindo até mesmo um maior grau de pessoalidade à coleta. Com o objetivo de apresentar um panorama do que seria o quantitativo de crimes sexuais no cárcere brasileiro toma-se por base estudo internacional acerca do tema situado nos Estados Unidos. Para tanto, todavia, faz-se necessário a exposição de características assimiladoras para que a comparação a seguir seja devidamente fundamentada.

Os Estados Unidos figuram como o terceiro país mais populoso do globo⁴⁹³, com população de cerca de 332 milhões de habitantes⁴⁹⁴, enquanto o Brasil aparece em quinto lugar com cerca de 210 milhões⁴⁹⁵. Quanto ao montante de encarcerados o Brasil apresenta aproximadamente 812 mil⁴⁹⁶, ocupando o terceiro lugar do ranking mundial, contra os 2 milhões e 100 mil⁴⁹⁷ encarcerados nos Estados Unidos, líder global nesse quesito.

Em cálculos básicos e exemplificadores, os dados supra possibilitam dizer que aproximadamente a cada 100 mil habitantes 632 pessoas estão encarceradas nos EUA, enquanto no Brasil o número de encarcerados pela mesma proporção é de 380 pessoas. Segundo estatísticas⁴⁹⁸, nos EUA a cada 73 segundos, uma pessoa é vítima de algum tipo de

⁴⁹¹ Ibid., p. 122.

⁴⁹² Ibid., p. 91.

⁴⁹³ POPULATION PYRAMID. *Lista de países ordenados pelo tamanho da população*. Disponível em: <<https://www.populationpyramid.net/pt/popula%C3%A7%C3%A3o/2017/>> Acesso em: 22 out. 2019.

⁴⁹⁴ COUNTRYMETERS. *População dos Estados Unidos da América*. Disponível em: <[https://countrymeters.info/pt/United_States_of_America_\(USA\)](https://countrymeters.info/pt/United_States_of_America_(USA))>. Acesso em: 22 out. 2019.

⁴⁹⁵ BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação*. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>>. Acesso em: 22 out. 2019.

⁴⁹⁶ Ibid.

⁴⁹⁷ VASCONCELOS, Paloma. *Com 812 mil pessoas presas, Brasil mantém a terceira maior população carcerária do mundo*. 19/07/2019. Disponível em: <<https://ponte.org/com-812-mil-pessoas-presas-brasil-mantem-a-terceira-maior-populacao-carceraria-do-mundo/>>. Acesso em: 22 out. 2019.

⁴⁹⁸ RAINN. *Statistics*. Disponível em: <<https://www.rainn.org/statistics>>. Acesso em: 22 out. 2019.

crime sexual. No Brasil, a frequência é de aproximadamente 480 segundos para cada crime sexual, o que contabiliza uma média de 8 minutos entre cada ocorrência registrada⁴⁹⁹.

Estudos elaborados pela organização não governamental *Human Rights Watch*⁵⁰⁰, cerca de 140 mil presos sofrem abuso sexual nos estabelecimentos prisionais dos Estados Unidos por cada ano. Segundo a organização⁵⁰¹, estima-se ainda que o número de estupros de homens presos nos EUA seja maior do que o de mulheres soltas.

Aponta-se que presos jovens correm cinco vezes mais risco de serem atacados sexualmente do que mulheres soltas no território Norte Americano e que, uma vez estuprados, esses correm cerca de dez vezes mais risco de contrair doenças sexualmente transmissíveis, inclusive as que possuem risco de morte como o HIV.⁵⁰²

Estudo oficial conduzido pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos no ano de 2006⁵⁰³, concluiu que apenas durante o referido ano ocorreram um total de 2.205 (dois mil, duzentos e cinco) relatos de atos sexuais não consensuais entre presos no sistema carcerário estadunidense. Todavia, segundo o próprio estudo, menos de 1 em cada 10 estupros homem-homem são relatados, o que importa em dizer que esse número pode significar apenas cerca de 10% do percentual de crimes sexuais efetivamente ocorridos no ano em questão⁵⁰⁴.

Transportando tais números para a realidade brasileira, com base em simples projeções estatísticas pautadas nos números populacionais e de encarcerados, desprezando quaisquer outros fatores, ilustrando a grosso modo a provável realidade dos estupros masculinos em presídios, poderia se dizer que aproximadamente pelo menos metade dos números americanos seriam encontrados nos presídios brasileiros.

Tal suposição levaria a expressivo número de 70 mil detentos vítimas de violências sexuais por ano em instalações estatais, o que corresponderia provavelmente à 8,62% da população prisional, em uma análise superficial em comparação com o número de detentos, sem diferenciação de sexo.

O suposto número introduzido pode não ser aferível efetivamente até o advento de um estudo estatal orientado à esse fim. No entanto, todo o esforço comparativo fora realizado

⁴⁹⁹ FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, op. cit., nota 148.

⁵⁰⁰ MARINER, Joanne (2001). *"No Escape - Male Rape in U.S. Prisons"* (*"Sem escapatória - estupro de presos nas prisões dos EUA"*). Disponível em: <<https://www.hrw.org/reports/2001/prison/report.html>> Acesso em: 09 out. 2019.

⁵⁰¹ Ibid.

⁵⁰² Ibid.

⁵⁰³ BECK, Allen J.; HARRISON, Paige M.; ADAMS, Devon B. *Sexual Violence Reported by Correctional Authorities 2006*. Disponível em: <<https://web.archive.org/web/20090419143951/http://www.ojp.usdoj.gov/bjs/pub/pdf/svrca06.pdf>> Acesso em: 09 out. 2019.

⁵⁰⁴ Ibid.

com intuito único de lançar luz à realidade de violações sexuais em presídios brasileiros, apesar da falta de dados oficiais e do aparente descaso público acerca do referido quantitativo que precisa ser suposto para que possa ser analisado⁵⁰⁵.

Ao conglobar (i) o histórico nacional de invisibilização de crimes sexuais com agentes passivos masculinos; (ii) a hipervulnerabilidade de LGBTQIA+ em meios sociais; e (iii) um relatório oficial pleiteando o "direito à prostituição" de minorias sexuais; com a (iv) ausência de um estudo quantitativo acerca dos crimes sexuais ocorridos em penitenciárias brasileiras, não seria irrazoável argumentar que o estado brasileiro, com o posicionamento atual, está efetivamente institucionalizando a invisibilização dos crimes sexuais dentro do cárcere e assim, potencializando a violência infringida às minorias sexuais ali inseridas.

3.5. Das recomendações específicas do Relatório "LGBT nas prisões do Brasil: Diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento"

Encerra-se o relatório⁵⁰⁶, com o capítulo intitulado "Panorama dos padrões de tratamento penal de LGBT e recomendações de boas práticas" que se subdivide em 3 (três) pontos centrais. O primeiro desses versa sobre o monitoramento da população LGBT⁵⁰⁷ nos estabelecimentos penais, retirando fundamento na tese da autora Judith Butler⁵⁰⁸:

[...] Um monitoramento mais fidedigno ocorre quando há a convergência dessas três camadas. As pessoas LGBT precisam ter condições materiais (de segurança e de preservação da sua integridade) e subjetivas (conhecer as categorias que estão sendo indagadas) para realizar a autodeclaração de gênero e/ou de sexualidade. Os agentes penitenciários precisam conhecer e compreender as categorias fundamentais para o monitoramento e abordagem qualitativa dessas pessoas. Por fim, o instrumento de monitoramento precisa estar de acordo tanto com os parâmetros identitários que emergem do campo, quanto com a capacidade de operação da instituição que irá executar esse monitoramento. [...]

Em síntese de propõe que os presídios deverão investir em estratégias para assegurarem condições materiais e subjetivas propícias para a autodeclaração da identidade de gênero e sexualidade de seus custodiados. Deverá ser garantida a integridade física e psíquica do preso que se autodeclare pertencente à minorias sexuais.

Para produzir tal ambiente, é necessário que se invista na formação dos agentes carcerários que lidarão com as demandas em questão. A partir do oferecimento de uma maior base acadêmica a esses agentes, é possível exigir dos mesmos um maior grau de empatia à

⁵⁰⁵ BRASIL, op. cit., nota 217.

⁵⁰⁶ Ibid.

⁵⁰⁷ Termo utilizado em conformidade ao objetivo situacional do relatório.

⁵⁰⁸ BRASIL, op. cit., nota 217, p. 123.

vulnerabilidade do LGBTQIA+⁵⁰⁹ encarcerado. Desse modo, práticas como questionamentos excessivos quando da autodeclaração devem ser abolidas.

Com tal melhoramento funcional, seria possível proporcionar monitoramento daqueles encarcerados que não possuem conhecimento técnico suficiente para que exerçam a autodeclaração de forma plena e imediata. De modo a ensejar uma atenção especial por exemplo aos autodenominados "maridos" ou "envolvidos"⁵¹⁰.

No segundo tópico do capítulo final, o Relatório reitera a necessidade de produção de normas e regulamentação de procedimentos envolvendo a temática⁵¹¹. Indaga-se sobre o acautelamento de mulheres trans e travestis em presídios que observam o falocentrismo, o que se conclui pela transferência mediante consulta individual da travesti ou da pessoa trans (autodeclaração). O tópico em questão já fora exaustivamente criticado no presente motivo pelo qual se rechaça qualquer adesão à proposta, pelos fundamentos ventilados. Sugere-se que toda a população trans (mulheres trans, travestis e homens trans) sejam remetidas à prisões femininas, pretensão objeto do capítulo final do presente.

O último tópico do relatório⁵¹² é a ocasião em que o texto mais se preocupa em dizer da vulnerabilidade do LGBTQIA+ no cárcere, conforme: "Tendo isso dito, os LGBT sofrem sobrepenas agora, são violentados, estuprados e coagidos hoje"⁵¹³. Pode-se, no entanto, notar certa contradição estrutural com o inteiro teor do estudo, uma vez que até então o relatório parecia se preocupar em amenizar a situação de violações de direitos à qual as minorias sexuais analisadas estariam sujeitas quando do encarceramento.

Embora reconheça-se o esforço cognitivo realizado, aspecto que suscita questionamento é a falta de elenco dos mecanismos meios para que se possa alcançar as conclusões elencadas. Até mesmo o senso entre mulheres trans e travestis para decisão de seu melhor encarceramento não é exaustivamente disciplinado. Seria uma escolha individual ou uma votação majoritária entre tais indivíduos o mecanismo decisório do destino dessa população? Desse modo, visando se afastar de tais críticas, o presente dedica seu último capítulo ao elenco de medidas práticas, orientações abstratas e recomendações específicas visando a diminuição do risco do LGBTQIA+ encarcerado. Ressalta-se, no entanto, que estas serão sugestões que não afastam a incidência de outras determinações, desde que também orientadas por valores em privilégio à dignidade, identidade e segurança das minorias sexuais.

⁵⁰⁹ Expressão aqui utilizada de modo a atualizar democraticamente as recomendações estabelecidas pelo relatório, a partir de uma leitura conforme a constituição pautada na igualdade material.

⁵¹⁰ BRASIL, op. cit., nota 217, p. 29; 30; 69; 79.

⁵¹¹ Ibid., p.123-125.

⁵¹² Ibid., p.126.

⁵¹³ BRASIL, op. cit., nota 217, p. 126.

4. ALAS LGBTQIA+ EM PRESÍDIOS: JUSTIFICATIVAS FINAIS E MEIOS PROPOSTOS

Como base teórica fundamentadora de uma política carcerária intimamente orientada pela condição de minoria sexual, retoma-se o conceito de ECI introduzido no direito pátrio pela ADPF nº 347/15⁵¹⁴. O esforço ora empreendido, no entanto, visa analisar a situação das minorias sexuais no país de modo a aferir, sob a ótica de tal instituto, uma eventual hipótese própria de ECI imposta a tais indivíduos. Entende-se que, com base na liminar concedida na ação supra acrescida com o esforço argumentativo que embasou a comparação Brasil x Colômbia já efetuada, há possibilidade e adequação de sua importação do instituto à realidade jurídica nacional. Desse modo, atem-se apenas ao primeiro passo sugerido por Andréa para importação do conceito de ECI dispensa-se maiores apontamentos sobre o segundo, conforme⁵¹⁵:

[...] sugere-se a observância de dois passos: o primeiro é observar se os requisitos/pressupostos do ECI cunhados pelo direito estrangeiro estão preenchidos, sendo eles: a) violação generalizada de direitos fundamentais de grupos vulneráveis; b) inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação (falhas estruturais); e c) a superação das transgressões exigir a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades, com o monitoramento judicial pós-providência (remédios estruturais). O segundo passo consiste em transportar esses requisitos/pressupostos para situações que possam vir a ser julgadas pelo STF, a partir da importação da figura para o Brasil, avaliando-se o cabimento dessa técnica decisória. [...]

Passa-se, portanto, à adequação da tese sugerida aos termos propostos pela doutrina especialista no instituto do ECI. Entende-se preenchido o requisito "a" ao retomar o massivo grau de violência reiteradamente apresentado ao longo do presente, com vistas aos dados do Transrespect⁵¹⁶, Transgender Europe⁵¹⁷ e Grupo Gay da Bahia⁵¹⁸, além dos levantamentos oficiais consubstanciados no dossiê "A Geografia dos Corpos de Pessoas Trans"⁵¹⁹ e no relatório "LGBT nas prisões do Brasil"⁵²⁰.

Destacam-se para satisfação do requisito "b" o Projeto de Lei da Câmara nº 122⁵²¹ de 2006 de iniciativa da Deputada Federal Iara Bernardi (PT) que segundo sua ementa⁵²²:

⁵¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 281.

⁵¹⁵ ANDRÉA, op. cit., nota 280, p. 3.

⁵¹⁶ TRANSRESPECT, op. cit., nota 135.

⁵¹⁷ HUFFPOST, op. cit., nota 136.

⁵¹⁸ GLOBO, op. cit., nota 134.

⁵¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 137, p. 68.

⁵²⁰ BRASIL, op. cit., nota 217.

⁵²¹ BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei da Câmara nº 122*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/79604>>. Acesso em: 21 mai. 2020.

⁵²² Ibid.

[...] Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) e o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho – CLT) para definir os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de gênero, sexo, sexualidade e identidade de gênero. Estabelece as tipificações e delimita as responsabilidades do ato e dos agentes. [...]

O referido fora arquivado sem resolução de mérito em 2015⁵²³. Observa-se, portanto, o inadimplemento do dever estatal de proteção à essa parcela populacional, o que, somado à uma interpretação meramente gramatical da Constituição Federal⁵²⁴ explícita não apenas a invisibilização dessa parcela populacional, como enfatiza o descaso com a vida, e por consequência com os direitos fundamentais desses.

Até a data de 05 (cinco) de maio de 2011, poderia ser considerado explicitamente possível a defesa de que a situação do tratamento conferido pelo estado ao LGBTQIA+ configuraria hipótese cristalina de Estado de Coisa Inconstitucional. Uma vez que não havia nenhuma decisão de caráter *erga omnes* e força vinculante objetivando efetivação de direitos à essa população, conglobado com uma ausência de legislação específica.

Na data supra, no entanto, houve o primeiro julgamento relevante envolvendo minorias sexuais pelo STF, momento em que se determinou o reconhecimento de entidade familiar independentemente da sexualidade do casal que a compõe. Inaugura-se momento de tomada de medidas positivas no intuito de atender à princípios constitucionais como os da Igualdade⁵²⁵ e Dignidade⁵²⁶.

Com a criminalização da LGBTQIA+fobia⁵²⁷ pela ADO nº 26 e MI nº 4733, pode-se entender pelo afastamento definitivo da generalidade acerca do Estado de Coisa Inconstitucional do LGBTQIA+ no Brasil, apesar da crítica quanto à ausência de segurança jurídica conferida a direitos assegurados por ações constitucionais.

Todavia, quando da análise setorial acerca dessa população quando inserida no sistema carcerário, a tese defendida remanesce. Aproveita-se a justificativa supra sobre o requisito "a" e potencializa-se tal violação generalizada ao retomar a ausência de caráter quantitativo quanto aos crimes sexuais infringidos à minorias sexuais encarceradas⁵²⁸. A imperatividade de realização de um estudo nesse sentido se extrai, em termos comparativos,

⁵²³ VEJA. O PLC 122, a dita “lei anti-homofobia”, está arquivado. Mas outro texto vem por aí, com ainda mais problemas. Ou: Bom senso não é preconceito. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/o-plc-122-a-dita-lei-anti-homofobia-esta-arquivado-mas-outro-texto-vem-por-ai-com-ainda-mais-problemas-ou-bom-senso-nao-e-preconceito/>>. Acesso em: 21 mai. 2020.

⁵²⁴ BRASIL, op. cit., nota 88.

⁵²⁵ Ibid., art. 5º, caput.

⁵²⁶ Ibid., art. 1º, III.

⁵²⁷ BRASIL, op. cit., nota 133.

⁵²⁸ BRASIL, op. cit., nota 217.

do estudo elaborado pela organização não governamental *Human Rights Watch*⁵²⁹, que aponta o número de 140 mil presos como vítimas de algum tipo de abuso sexual nos estabelecimentos prisionais dos Estados Unidos a cada ano. Segundo a mesma organização⁵³⁰, estima-se ainda que o número anual de estupros de homens em presídios americanos seja maior do que o número de estupros contra mulheres soltas.

Se a decisão pela criminalização da LGBTQIA+fobia⁵³¹ pela ADO nº 26 e MI nº 4733 é suficiente para afastar o requisito "b" indicado por Andréa, a mesma força não se pode extrair da liminar parcialmente favorável concedida na ADPF nº 527⁵³². Apesar de determinar o realocamento de mulheres trans em presídios femininos, a medida não se configura suficiente para sanar o descaso estatal quanto ao encarceramento das minorias sexuais, vez que além do veto explícito à transferência de travestis, a medida de nada aproveita os agentes vulnerabilizados pelo fator sexualidade.

Embora apontada como insuficiente em 2016 pelo Relatório Juan⁵³³, a resolução conjunta nº 1⁵³⁴ do CNCD/LGBT e CNPCP de 2014 ainda é a única normativa de nível nacional sobre a temática. A crítica à supra é de maneira mais acentuada em relação ao seu caráter meramente sugestivo, importando dizer que a separação pela vulnerabilidade da pessoa LGBTQIA+ no sistema prisional fica a critério da administração prisional local.

Ainda potencializa o adimplemento do requisito "b" a análise do relatório "LGBT nas prisões do Brasil"⁵³⁵ que mesmo concluindo pela vulnerabilidade dessa parcela populacional no meio social objeto de análise, se ausenta de oferecer recomendações de soluções concretas à problemática posta. Superadas, adentra-se na análise do último requisito apontado por Andréa para declaração de ECI, o "c", segundo o qual a superação desse estado de transgressão deve depender de uma atuação congruente de uma pluralidade de autoridades e um posterior monitoramento situacional por parte do Poder Judiciário. Assim como os demais requisitos, defende-se a configuração desse.

A tratativa da situação do LGBTQIA+ depende de fato de uma atuação conjunta de um conglomerado de órgãos e entes estatais, como os já apresentados: SESIPE-DF, SEAP-RJ, CNCD/LGBT, CNPCP. Na atuação intra muros nos presídios pode-se destacar a necessidade de reestruturação da política educacional direcionada às polícias penais federais e estaduais,

⁵²⁹ MARINER, op. cit., nota 500.

⁵³⁰ Ibid.

⁵³¹ BRASIL, op. cit., nota 133.

⁵³² BRASIL, op. cit., nota 320.

⁵³³ MENDEZ, op. cit., nota 383.

⁵³⁴ BRASIL, op. cit., nota 240.

⁵³⁵ BRASIL, op. cit., nota 217.

vinculadas respectivamente ao Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN⁵³⁶ e as Secretarias de Estado de Administração Penitenciária (SAP ou SEAP)⁵³⁷, Secretarias de Estado de Justiça e Segurança Pública ou Secretarias de Estado Defesa Social, dependendo da estrutura administrativa de cada Estado. Tem-se a previsão constitucional desses órgãos no artigo 144 da CRFB/88⁵³⁸.

Extraí-se do exposto a necessidade de atuação de órgãos ligados ao Poder Executivo Federal e Estadual, além da atuação conjunta do Poder Legislativo para propiciar a normatização específica do tema, de modo a instrumentalizar os meios que provocarão a efetiva reforma sistemática. A possibilidade ou não de utilização de armas por agentes penitenciários fora veiculada por meio da Lei nº 10.826/03⁵³⁹ e alterada nesse aspecto pela Lei nº 12.993/14⁵⁴⁰, por exemplo.

Como outrora demonstrado em momentos anteriores do presente, pode-se dizer que o Poder Judiciário é efetivamente o protagonista no quesito asseguarção de direitos fundamentais a minorias sexuais no Brasil. Sem sua atuação, direitos intrinsecamente humanos, como o nome e gênero de pessoas trans, ainda seriam objeto de forte controvérsia.

Desse modo, entende-se que o Poder Legislativo precisa atuar exaustivamente na elaboração de leis contendo diretrizes básicas que versem sobre o assunto, enquanto caberá ao Poder Executivo e aos seus órgãos instituir meios para a correta e efetiva implementação dessas normas, além da expedição de atos próprios no mesmo sentido. Se reconhecido ECI, ter-se-ia a possibilidade de designação do Poder Judiciário como agente supervisor e coordenador dessa atuação sistemática. Ressalta-se que a atuação do Poder Judiciário, como proposta pelo mecanismo⁵⁴¹ do ECI, deve ser no sentido de assegurar que a produção medidas propositivas encontre êxito junto aos demais Poderes Constitucionais, sem espaços para críticas acerca de eventual ativismo. Sugere-se apenas a figura do Poder Judiciário como

⁵³⁶ BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. *Regulamento Interno*. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/quem-somos-1/PORTARIAN199DE9DENOVBRODE2018.pdf>>. Acesso em: 25 mai. 2020.

⁵³⁷ BRASIL. *Estrutura do Governo*. Disponível em: <<http://www.governoaberto.rj.gov.br/estrutura-do-governo/secretaria-de-estado-de-administracao-penitenciaria-seap>>. Acesso em: 25 mai. 2020.

⁵³⁸ BRASIL, op. cit., nota 88, art. 144: A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: (...) § 5º-A. Às polícias penais, vinculadas ao órgão administrador do sistema penal da unidade federativa a que pertencem, cabe a segurança dos estabelecimentos penais.

⁵³⁹ BRASIL. *Lei nº 10.826*, de 22 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.826.htm>. Acesso em: 25 mai. 2020.

⁵⁴⁰ BRASIL. *Lei nº 12.993*, de 17 de junho de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12993.htm>. Acesso em: 25 mai. 2020.

⁵⁴¹ ANDRÉA, op. cit., nota 280.

mediador de uma ação estatal coordenada voltada ao fim de extirpar as reiteradas violações elencadas.

Defende-se, portanto, o adimplemento de todos os requisitos elencados no precedente internacional da CCC de modo favorável a estabelecer um efetivo Estado de Coisa Inconstitucional sobre a situação do LGBTQTIA+ inserido no cárcere brasileiro. Chega a ser intuitivo pressupor que uma população socialmente invisibilizada e marginalizada quando de sua análise em ambiente socialmente favoráveis ao seu pleno desenvolvimento será facilmente vitimada por violações mais abruptas quando de sua inclusão em espaços sociais pré estabelecidos como invisíveis e marginais, como é o caso dos presídios.

Superada a etiquetagem situacional do objeto de estudo como efetivo ECI, adentra-se propriamente na discussão acerca das medidas positivas recomendadas de modo a possibilitar uma revisão da sistemática violadora até então estruturalmente adotada. Inicia-se, portanto, o elenco de recomendações corretivas ao extenso rol de medidas institucionais - ou ausência dessas - que contribuem e impulsionam a vulnerabilidade de LGBTQTIA+ no cárcere.

Explicita-se que a tese defendida constitui, ao fim, argumento que visa convencer pela concessão de prioridade às minorias sexuais quando da reforma do sistema penitenciário. Se verdadeiras e coerentes as argumentações de que (i) há efetivo ECI na totalidade do sistema carcerário brasileiro e (ii) se quando da análise específica das minorias sexuais inseridas nesse local por si só configuram nova hipótese de ECI, logo, imperativo olhar deve ser direcionado a esse grupo. Importa em dizer que ao estabelecer as diretrizes envolvendo o mérito da ADPF nº 347/15⁵⁴², necessário faz-se estabelecer de pronto estratégia assecuratória direcionada especificamente às minorias sexuais.

4.1. Do revisionismo da sistemática educacional vigente, capacitação e aperfeiçoamento dos profissionais insertos em funções carcerárias

Desde a adoção de um modelo étnico⁵⁴³ de apresentação social das orientações sexuais diversas da heteronormativa "como um grupo minoritário singular, igual, mas diferente"⁵⁴⁴ observou-se uma tendência mundial perigosa e não inédita. Aqui deliberadamente se estende os conceitos de Foucault⁵⁴⁵ para enquadrar neste mesmo nicho ainda as identidades de gênero diversas da cisgênero.

⁵⁴² BRASIL, op. cit., nota 281.

⁵⁴³ SPARGO, op. cit., nota 11, p. 26.

⁵⁴⁴ Ibid.

⁵⁴⁵ Ibid.

Defender a separação de minorias sexuais em alas específicas puramente devido à condição de existência diferente da heteronormativa pode desaguar em uma doutrinação como a *Separate but Equal*⁵⁴⁶. A história americana demonstra que embora visto em um primeiro momento como um avanço o *leading case* formulado em *Plessy v. Ferguson*⁵⁴⁷ em verdade se tratou de um facilitador da segregação social por cor de pele.

Com vistas a evitar o desenvolvimento de teorias que apoiem a eventual segregação de minorias sexuais, a princípio no cárcere, mas que podem embasar um movimento social de larga dimensão, atenta-se à seguinte recomendação inicial: EDUCAÇÃO. E aqui, reporta-se à recente decisão do STF na ADPF 457⁵⁴⁸, em 24 de abril de 2020, declarando a inconstitucionalidade de lei que veta discussão de gênero em escolas.

Poder-se-ia defender o reingresso à uma política revolucionária⁵⁴⁹ como a inaugurada por Stonewall⁵⁵⁰ em 1969, o que desencadearia todo um trabalho organizacional e metodológico enraizado em críticas à sistemas econômicos e sociais. Fugir-se-ia do tema proposto, no entanto. Diferente, todavia igualmente transgressor, é a defesa de uma revolução educacional. Nesse sentido, destaca-se parte do acórdão⁵⁵¹ proferido na ADPF 457:

[...] 3. Regentes da ministração do ensino no País, os princípios atinentes à liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber (art. 206, II, CF) e ao pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas (art. 206, III, CF), amplamente reconduzíveis à proibição da censura em atividades culturais em geral e, conseqüentemente, à liberdade de expressão (art. 5º, IX, CF), não se direcionam apenas a proteger as opiniões supostamente verdadeiras, admiráveis ou convencionais, mas também aquelas eventualmente não compartilhada pelas maiorias. 4. Ao aderir à imposição do silêncio, da censura e, de modo mais abrangente, do obscurantismo como estratégias discursivas dominantes, de modo a enfraquecer ainda mais a fronteira entre heteronormatividade e homofobia, a Lei municipal impugnada contrariou um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, relacionado à promoção do bem de todos (art. 3º, IV, CF), e, por consequência, o princípio segundo o qual todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (art. 5º, caput, CF). 5. A Lei 1.516/2015 do Município de Novo Gama – GO, ao proibir a divulgação de material com referência a ideologia de gênero nas escolas municipais, não cumpre com o dever estatal de promover políticas de inclusão e de igualdade, contribuindo para a manutenção da discriminação com base na sexualidade e identidade de gênero. Inconstitucionalidade material reconhecida. 6. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada procedente. [...]

⁵⁴⁶ SEPARATE IS NOT EQUAL: BROWN V. BOARD OF EDUCATION. *Separate but Equal: The Law of the Land*. Disponível em: <<https://americanhistory.si.edu/brown/history/1-segregated/separate-but-equal.html>>. Acesso em: 15 mai. 2020. Doutrina a qual permitia a segregação de espaços de convivência em razão da cor dos indivíduos, devendo o estado fornecer as mesmas condições em ambos os ambientes, apesar de separados.

⁵⁴⁷ Ibid.

⁵⁴⁸ BRASIL, op. cit., nota 270.

⁵⁴⁹ SPARGO, op. cit., nota 11, p. 26

⁵⁵⁰ HYPENESS. *Como a revolta de Stonewall, em 1969, empoderou o ativismo LGBT para sempre*. Disponível em: <<https://www.hypeness.com.br/2018/06/como-as-revoltas-de-stonewall-na-ny-de-1969-empoderou-o-ativismo-lgbt-para-sempre/>>. Acesso em: 15 mai. 2020.

⁵⁵¹ BRASIL, op. cit., nota 270.

A ora colacionada julgava a constitucionalidade de uma lei municipal que impossibilitava qualquer tentativa educacional de discussão acerca de temas relacionados à identidade de gênero e sexualidade nas escolas. Argumenta-se que afastar do ambiente acadêmico-didático a exposição de tais assuntos poderia propiciar uma potencialização de ideários sociais segregatórios e discriminatórios. A educação consiste em grande ferramenta para superação de entraves sociais acalorados. O debate sobre a existência e do consequente respeito às minorias sexuais depende, como Honneth⁵⁵² preconiza do seu reconhecimento social. Nesse sentido⁵⁵³:

[...] Quanto ao exame de mérito, destaco que a premissa básica do Estado Constitucional é a existência de complementaridade entre Democracia e Estado de Direito, pois, enquanto a Democracia consubstancia-se no governo da maioria, baseado na soberania popular, o Estado de Direito consagra a supremacia das normas constitucionais, editadas pelo poder constituinte originário, o respeito aos direitos fundamentais e o controle jurisdicional do Poder Estatal, não só para proteção da maioria, mas também, e basicamente, dos direitos da minoria [...]

Além de possibilitar a planificação da experiência democrática à população, o questionamento acerca de convenções sociais é paradigma essencial para oportunizar considerações tanto filosóficas quanto sociológicas da real completude do ser humano. Desse modo, entende-se que a reformulação das convenções preexistente quando da tratativa dos conceitos de "gênero" e "sexo" e todos os seus consectários é a medida mais imperativa na ordem social visando frear a vulnerabilidade acentuada da população LGBTQIA+.

A transformação social deve conglobar todos os aspectos a da vida civil para que ao fim possa refletir significativamente na vida carcerária. O movimento assimilacionista de igualdade entre as diversas variações identitárias deve ser assunto primordial à vida em sociedade. De modo que seja discutido, apresentado e desmistificado ainda em terna idade, indo de encontro a perpetuação do raciocínio fundamentador da segregação e discriminação presente na facticidade contemporânea. E que outro caminho para tanto há senão por meio da educação?

O segundo ponto essencial para diminuição do risco à vida LGBTQIA+ inserta no cárcere está na correta qualificação educacional dos agentes carcerários, em especial dos que possuem contato direto com a população em privação de liberdade. Percebe-se que tal ponto importa consectário direto do primeiro aduzido. Não obstante, o dever estatal de proporcionar a devida capacitação desses profissionais já é em tese previsto no texto da resolução nº 1⁵⁵⁴:

⁵⁵² HONNETH, op. cit., nota 20.

⁵⁵³ BRASIL, op. cit., nota 270.

⁵⁵⁴ BRASIL, op. cit., nota 240

[...] Art. 10 - O Estado deverá garantir 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 sexualidade e identidade de gênero. [...]

Conglobada com a primeira recomendação proposta, objetiva-se a potencialização de discussões sociais de gênero e sexo a longo prazo⁵⁵⁵. Parte-se do ideário de que uma vez devidamente introduzidos tais conceitos e problemáticas pelo sistema educacional nacional, cabe ao Estado apenas retomar tais questões, aprofundando-as.

Em uma aplicabilidade mais imediata, tendo como norte a ausência de um debate público problematizante das questões supra, a solução mais recomendável é pela gradual difusão desses conceitos por meio de cursos aplicáveis aos profissionais da área já em exercício. Nesse sentido pode-se destacar que o Ministério Público⁵⁵⁶ em 2019 promoveu curso sobre gênero e diversidade sexual destinado aos agentes de segurança pública.

Da mesma forma, deve-se passar a exigir tais conhecimentos nos processos seletivos dos profissionais da área de segurança pública, aqui intra e extra muros penitenciários. A emancipação de disciplinas ligadas à temática são fundamentais para a disseminação de um maior grau de respeito à diversidade, não apenas nos aspectos apontados.

Conforme Honneth⁵⁵⁷ salienta, todos os agentes possuem dimensões privadas/íntimas e dimensões públicas/sociais. Essas, por mais que diversas, possuem pontos de intersecção e intersecções, o que importa dizer que modificações na esfera externa podem desenvolver reflexos internos, assim como o contrário. Assim, espera-se que o caminho para a superação da ignorância/estranheza vivenciada na contemporaneidade se dê por meio da propagação do conhecimento acadêmico específico. A diferença individual, quando muito distante da realidade de alguns, pode contribuir para a construção de fobias.

O argumento supra aliado à uma ampliação de debates mais profundos acerca da finalidade utilitarista da pena, como a acepção de Franz Von Liszt⁵⁵⁸, por exemplo, consubstanciaria mote capitaneador de uma mudança paradigmática no tratamento e olhar atribuído à população carcerária. Tal orientação não apenas seria eficaz quanto na diminuição do risco dos grupos minoritários inseridos no cárcere, como também aproveitaria toda população prisional. Arrisca-se dizer que a mudança proposta, em grande escala, produziria

⁵⁵⁵ BRASIL, op. cit., nota 270.

⁵⁵⁶ INFONET. *Curso capacita agentes de segurança a lidarem com abordagem a LGBTs*. Disponível em: <<https://infonet.com.br/noticias/cidade/curso-capacita-agentes-de-seguranca-a-lidarem-com-abordagem-a-lgbts/>>. Acesso em: 16 mai. 2020.

⁵⁵⁷ HONNETH, op. cit., nota 20.

⁵⁵⁸ LISZT, op. cit., nota 200, p. 20-30.

reflexos mais acentuados no extramuros penitenciário, alavancando uma sistemática preventiva em detrimento de noções retributivas socialmente atribuídas à pena.

A tese defendida, ressalta-se, não deve ser restritamente direcionada apenas aos profissionais que operam a manutenção das instalações prisionais. Quanto maior o espectro populacional voltado ao serviço público efetivamente capacitado - e aqui objetiva-se uma capacitação mínima, de forma a proporcionar um debate argumentativo crítico - menor será o risco de violações à LGBTQIA+. Como aponta o relatório "LGBT nas prisões do Brasil"⁵⁵⁹, os próprios indivíduos que integram as minorias sexuais carecem de conhecimento suficiente para proporcionar um pleno reconhecimento quanto a seu aspecto de classe.

A difusão de um olhar acadêmico crítico e questionador da temática desencadeia na consequente democratização dos parâmetros sociais que os designam como tais. Desse modo, impulsiona-se o fortalecimento de movimentos sociais, diante da plena consciência de seus integrantes, assim como propicia o próprio questionamento quanto à criação desses nichos sociais, tanto por pessoas que os integram quanto por agentes externos, munidos dos corretos argumentos científicos. Deságua-se, assim, em uma aproximação das diversas realidades de experiência de vida, o que consequentemente importa em avanços representativos, civilizatórios e empáticos.

4.2. Do encarceramento de pessoas com identidade e/ou expressão de gênero diversa da cisgênero

O presente tópico se destina especificamente ao debate acerca do encarceramento de pessoas identificadas como minoria sexual através do critério identidade/expressão de gênero, ou seja, todos os indivíduos transgênero encarcerados independente de sua sexualidade. Toma-se por base a vulnerabilidade desse grupo já evidenciada, por exemplo, quando o Transgender Europe⁵⁶⁰ elenca o Brasil como país que mais mata pessoas trans no mundo.

Aspecto essencial quando da presente análise se alicerça na asseguaração da plenitude da identidade de gênero desses indivíduos. Nesse sentido já existe precedente normativo no Brasil, conforme⁵⁶¹:

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

⁵⁵⁹ BRASIL, op. cit., nota 217.

⁵⁶⁰ HUFFPOST, op. cit., nota 136.

⁵⁶¹ BRASIL, op. cit., nota 240.

O registro de admissão no estabelecimento prisional deverá conter o nome social da pessoa presa. [...]

Defende-se que a atribuição de força coercitiva à resolução conjunta nº 1⁵⁶² da CNCD/LGBT c/c CNPCP, seria suficiente para adimplir o respeito à identidade desses indivíduos por parte do estado. Para tanto, o Poder Público poderia optar (i) pela edição de nova resolução conferindo caráter coercitivo à primeira; ou (ii) na reedição do conteúdo disciplinado na supra por meio de lei ordinária. Entende-se que a segunda sugestão seria a mais acertada, vez que confere maior segurança jurídica à temática. Por outro lado, a edição de norma legal depende da iniciativa da iniciativa de seus respectivos legitimados. Entende-se que o caminho mais coerente e socialmente adequado seria pela opção por ambas as hipóteses, na ordem apresentada. Primeiro busca-se o caráter coercitivo da norma pela via mais rápida e posteriormente, observado todo trâmite e debate democrático imperativo à temática, positiva-se a disciplina.

O ponto crucial da análise objetivada, no entanto, reside no local adequado para o encarceramento de pessoas trans. Primordial é a superação da falácia da divisão pautada no conceito socialmente criado de "sexo"⁵⁶³, recordando-se do esforço cognitivo impetrado anteriormente e que conclui pela efetiva opção do sistema jurídico brasileiro por estruturas carcerárias pautadas no conceito social de "gênero"⁵⁶⁴. Não obstante, retoma-se o raciocínio de que o ordenamento jurídico, congloba o aspecto da vulnerabilidade como fator decisivo para o encarceramento, elencando por exemplo, o idoso como agente que demanda especial tratamento.

Se assim compreendida a sistemática encarceradora, de pronto tem-se a superação de inúmeros problemas práticos contemporâneos. A solução à curto prazo para a temática reside na destinação imediata de toda população trans inserida no sistema penitenciários para unidades destinados à pessoas do gênero feminino. Essa é a razão que orienta todo esforço argumentativo a seguir.

No tocante à população trans pertencente ao espectro do gênero feminino, como travestis e mulheres trans, há liminar concedida pelo Ministro Barroso⁵⁶⁵, no sentido de transferir todas as mulheres trans aos presídios femininos. Todavia, também conforme já exposto, há um desvio no sentido das nomenclaturas atribuídas à designar travestis e mulheres

⁵⁶² Ibid.

⁵⁶³ MARQUEZ, op. cit., nota 01.

⁵⁶⁴ CONNELL; PEARSE, op. cit., nota 09, p. 45.

⁵⁶⁵ BRASIL, op. cit., nota 320.

trans. Tal desvio fundamentou que a liminar fosse determinada apenas em favor de mulheres trans, em detrimento das travestis.

Todavia, se orientados conforme a pretensão argumentativa idealizada, a resolução da questão independe de maiores pormenores, uma vez que não há questionamento acerca do pertencimento de travestis ao espectro feminino de gênero. Portanto, a partir dos valores apresentados, mulheres trans e travestis (i) pertencem ao espectro feminino de gênero e (ii) possuem vulnerabilidade social acentuada, logo, devem ser (i) direcionadas à presídios do gênero feminino e (ii) acauteladas em instalações próprias diante da acentuada vulnerabilidade que socialmente lhes é atribuída.

Salienta-se aqui que na hipótese defendida, não há que se falar em risco à população de mulheres cisgênero que residem em tais estabelecimentos penais. Não há nenhum aspecto potencializador de vulnerabilidade no encaminhamento de mulheres trans e travestis à presídios femininos justamente pois tal decisão apenas privilegia a identidade de gênero das condenadas. Eventuais questionamentos acerca da sexualidade das detentas independe destas serem cisgêneras ou transgêneras e serão analisadas em tópicos específicos.

Se mais confortável ao sentimento social, nada impede a criação de critérios objetivos de designação de celas e/ou alas, dentro dos próprios presídios femininos, direcionadas ao acautelamento específico. Pertencer ao gênero feminino, como a ADI nº4275⁵⁶⁶ corretamente identifica, independe de características corpóreas específicas. Por isso poder-se-ia, fazendo concessão ao falocentrismo que impera socialmente, que uma divisão possível e não discriminatória seria exemplificada como: alas específicas em presídios femininos para mulheres com e sem pênis (ou com e sem vagina).

Seguindo a mesma lógica estabelecida, como pode ser analisada a situação especial do homem trans encarcerado? Há de se ter mais cautela na presente, pois ao estabelecer uma sistemática de encarceramento pautado no gênero, como único fator determinante, surgiria novo fator de risco extremamente preocupante, o qual adentra-se. Defende-se que não consubstancia pré-requisito para o reconhecimento da identidade de um indivíduo a realização ou não de cirurgias corporais. Portanto, reconhece-se que existam homens com vagina.

A "faloplastia, método destinado a homens trans que aumenta o tamanho do clitóris para se assemelhar a um pênis, é feita apenas em Goiânia e ainda é realizada em caráter

⁵⁶⁶ BRASIL, op. cit., nota 58.

experimental"⁵⁶⁷, de modo a ensejar a afirmação de que no país a grande maioria dos homens trans portam órgãos sexuais e reprodutores característicos do sexo feminino. Intuitivo é o pensamento de que pessoa com tal característica teria incondicionalmente potencializada sua condição de vulnerabilidade caso fosse inserido em um presídio formado quase que de maneira unânime por agentes portadores de órgãos sexuais característicos do sexo masculino.

Realizar o realocamento de homens trans em presídios masculinos privilegiaria sua identidade de gênero ao passo que embutiria evidente e elevado grau de hipervulnerabilidade à estes. Outro grande fator que dificulta tal ação é a quase inexistência de autodeterminação nesse sentido. Ou seja, os próprios agentes apesar de expressarem características que o classificariam como homens trans, tais como a reivindicação de artigos de identificação masculinos, se autodeterminam como mulheres lésbicas.

Não ignorar-se-á tal problemática. Reitera-se que o presente não se restringe a pugnar por uma separação carcerária pautada no gênero dos encarcerados, mas em acordo com a legislação já analisada, defende-se que o ordenamento jurídico cumula tal opção com aspectos relacionados à vulnerabilidade. Nesse sentido é a resolução conjunta n° 1⁵⁶⁸:

[...] Art. 4º - As pessoas transexuais masculinas e femininas devem ser encaminhadas para as unidades prisionais femininas. Parágrafo único - Às mulheres transexuais deverá ser garantido tratamento isonômico ao das demais mulheres em privação de liberdade. [...]

Tal proposta não se trata de ausência de reconhecimento da identidade e/ou expressão de gênero dos homens trans encarcerados. Pelo contrário, em razão de se reconhecer a possibilidade de existência de homens portadores de órgãos sexuais e reprodutivos femininos, deve o estado procurar assegurar sua segurança. Portanto, como o relatório "LGBT nas prisões do Brasil"⁵⁶⁹ conclui: "Um homem trans certamente estaria em risco constante em qualquer local de um estabelecimento prisional masculino"⁵⁷⁰.

Pode-se destacar os já citados "estupros corretivos"⁵⁷¹ que se caracterizam por atos de violência sexual perpetrado ordinariamente por agentes portadores de órgãos sexuais masculinos sobre vítimas com o intuito de "corrigir" a sexualidade da vítima. Apesar de ser claro não se tratar na análise acadêmica de hipótese onde a sexualidade da vítima é o fator de risco, mas sim a identidade e/ou expressão de gênero, retoma-se que a mera leitura social de

⁵⁶⁷ VIANNA, Luana. Portal Drauzio Varella. *Como funciona o SUS para pessoas transexuais*. Disponível em: <<https://drauziovarella.uol.com.br/reportagens/como-funciona-o-sus-para-pessoas-transexuais/>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

⁵⁶⁸ BRASIL, op. cit., nota 240.

⁵⁶⁹ BRASIL, op. cit., nota 217.

⁵⁷⁰ Ibid., p. 125.

⁵⁷¹ BRASIL, op. cit., nota 157.

tal identidade como intrínseca à uma ou outra sexualidade já importa no risco previsto. Por assimilação das características que baseiam esse tipo penal, é correto supor que a inserção de homens trans em presídios masculinos poderia potencializar tais crimes.

Outro argumento para a defesa da tese que homens trans devem ser encarcerados em presídios femininos se extrai dos dados produzidos pelo relatório⁵⁷², apontando não haver situação de risco caracterizada no encarceramento de homens trans em presídios femininos. Sublinha-se que há ausência de risco vale tanto para mulheres cisgêneras quanto para homens trans, cuja convivência é pacífica, conforme⁵⁷³:

[...]Considerando o universo de mulheres lésbicas, bissexuais, mulheres heterossexuais que mantém relações afetivo-sexuais com outras mulheres na condição de cárcere e homens trans (...), não há reserva de celas para essa população. Segundo as custodiadas, ser uma mulher lésbica não é uma característica que demanda uma reorganização da configuração interna da unidade. (...) Ainda é possível observar que, ao contrário do risco que ocorre em unidades masculinas, ser homossexual em uma unidade feminina pode proporcionar, inclusive, implicações protetivas [...]

Portanto, em razão de (i) reconhecer-se a existência de homens com vagina e (ii) a vulnerabilidade intrínseca à essa condição, logo, a solução mais adequada ao caso seria a criação em presídios femininos de alas e/ou celas destinadas à homens trans. Apesar da sua condição identitária masculina, o risco de tal acautelamento ser feito em presídios masculinos, visto a realidade social vigente é expressivo. Não obstante, é dever do estado implementar medidas que possibilitem a superação de tal panorama, de modo que em um futuro momento, possa ser possível discutir com segurança a transferência de homens trans à presídios do gênero masculino. Destaca-se, no entanto, que na contemporaneidade não há espaço para tal posição em vista do alto grau de perigo à vida de tal minoria.

Quanto à autodeterminação de homens trans como mulheres lésbicas, encontrado no campo fático social, devido à ausência de conhecimento técnico e aceitação/consciência dos próprios agentes, a solução proposta é pela autodeterminação, como expresso em precedentes jurisprudenciais como a ADI nº 4275⁵⁷⁴. Nesse caso, ao se considerarem mulheres lésbicas, as pessoas em questão devem ter sua identidade integralmente reconhecida devendo ser alocadas da melhor forma que assim as proteja, temática a ser analisada no tópico subsequente que se debruça em torno da sexualidade dos agentes encarcerados como fator de risco.

⁵⁷² Ibid.

⁵⁷³ Ibid., p. 66.

⁵⁷⁴ BRASIL, op. cit., nota 58.

4.3. Do encarceramento de pessoas com sexualidade diversa da heteronormativa

Adentra-se especificamente ao exame do encarceramento de pessoas que, independentemente de suas identidades e/ou expressões de gênero, são socialmente classificadas como minoria sexual através do critério sexualidade, abarcando todos os indivíduos cis/transgênero não-heterossexuais em privação de liberdade. A sexualidade não caminha ao mesmo passo que as identidades de gênero⁵⁷⁵. Ao considerar a sociedade brasileira em seu contexto atual, entende-se que a questão pode ser resumida com a análise de dois indicativos: autodeterminação e vulnerabilidade.

Por autodeterminação entende-se a reivindicação pessoal e intransferível da figura do preso por tratamento diferenciado compatível com sua sexualidade, argumento analógico ao desenvolvido pela ADI nº 4275⁵⁷⁶. Nessa esteira, caberia ao estado fornecer mecanismos e elementos suficientes para que o indivíduo demande reconhecimento externo⁵⁷⁷ de acordo com sua subjetividade identitária, de forma segura e livre de preconceito. Para tanto, é preciso uma difusão do estudo de gênero e sexo, tanto no aspecto micro - entre encarcerados e agentes penitenciários - quanto macro ao defender-se uma reestruturação educacional básica, por exemplo. Com os meios adequados para possibilitar o auto reconhecimento garantidos e difundidos tornar-se-ia possível impor o ônus da autodeterminação aos encarcerados como forma de reivindicar o tratamento específico orientado a sua condição de minoria sexual.

Reconhece-se por força da Teoria do Reconhecimento⁵⁷⁸ baseada em Honneth, que a identidade possui duas esferas, uma interior e uma exterior, ambas interligadas em uma relação simbiótica. O auto reconhecimento na esfera interna portanto depende de pré-conhecimentos socialmente disseminados. Esse é um dos raciocínios que podem ser utilizados para justificar a existência de pessoas que a despeito de suas características pessoais tomam para si figuras próximas à sua realidade, mas socialmente menos marginalizante. Disso decorre a adoção de rótulos menos estigmatizados como forma de rejeitar a violência inerente ao imperativo reivindicatório resultante de uma sistemática assimilacionista de grupo étnico⁵⁷⁹. Resultado desse movimento pode ser exposto na figura dos "maridos" ou "envolvidos"⁵⁸⁰ e de homens trans que se identificam como mulheres lésbicas dentro de presídios femininos, identificação essa que não extirpa a condição de risco de tais agentes.

⁵⁷⁵ CONNELL; PEARSE, op. cit., nota 09, p. 51-85/100-211.

⁵⁷⁶ BRASIL, op. cit., nota 58.

⁵⁷⁷ HONNETH, op. cit., nota 20.

⁵⁷⁸ Ibid.

⁵⁷⁹ SPARGO, op. cit., nota 11, p. 24-27.

⁵⁸⁰ BRASIL, op. cit., nota 217.

Com vistas à atender ao risco supra identificado e corroborado com o argumento de que contemporaneamente a difusão de conceitos terminológicos ligados à minorias sexuais é no mínimo insuficiente, sugere-se subsidiariamente um olhar voltado à vulnerabilidade do agente, que implica em controvérsia. Defende-se que não apenas pessoas que se reconhecem como LGBTQIA+ são passivos de violações ligadas ao preconceito social que esse nicho enfrenta. Pessoas cisgênero heterossexuais, quando lidas de maneira equivocada como LGBTQIA+ são também alvos de violência. Essa leitura social depende de infinitos fatores, os quais o presente não pretende exaurir ou pormenorizar. Todavia, como apresentado, um homem socialmente lido como mais próximo do espectro feminino de gênero sofrerá violência independentemente de sua sexualidade. Pauta-se tal leitura nas convenções predominantes de atributos e papéis de gênero⁵⁸¹.

O olhar sugerido esbarra em problema prático: como determinar que alguém será lido socialmente como LGBTQIA+ mesmo sem pertencer a esse grupo? A mera cogitação de um fichamento ou formulário com esse intuito poderia soar preconceituosa para muitos. E de fato, adentra-se em área nebulosa, afinal, como proceder uma análise teoricamente subjetiva, em escala macro, sem perpetuar estereótipos e preconceitos? Não há uma resposta pronta. Recomenda-se uma atuação conjunta com áreas diversas do saber, tais como a filosofia, sociologia, psicologia e assistência social. A relevância de se questionar o ponto apresentado é latente. Seja como for, é necessária a formulação de um pensamento crítico, criterioso e objetivo que possibilite a efetiva correção do risco que a sexualidade erroneamente lida gera. Desse modo, admite-se que até o momento, não há como precisar critérios prévios de aferição acerca do grau de vulnerabilidade de uma pessoa que não se autodetermina LGBTQIA+.

No entanto, tal confissão não prejudica a tese defendida. Os agentes que se autodeclaram minorias sexuais possuem sua vulnerabilidade presumida, diante dos fatores sociais contemporâneos referenciados, de modo à possibilitar que sua triagem seja feita de plano, ou seja, no momento da admissão do preso, seja cauteloso ou condenado, deve-se oportunizar que o mesmo declare sua condição de LGBTQIA+. Não obstante, poderá ser exercida tal pretensão em qualquer momento posterior, com a simples reivindicação do agente, momento esse que privilegiará a vulnerabilidade aferida enquanto encarcerado. Daí exprime-se o caráter subsidiário do fator vulnerabilidade quando aquém da autodeclaração. Uma vez devidamente capacitados o corpo profissional dos presídios, esses poderão analisar situações concretas pugnando pelo reconhecimento casuístico de leituras sociais de risco.

⁵⁸¹ CONNELL; PEARSE, op. cit., nota 09.

Suficientemente identificados os agentes que integram minorias sexuais, defende-se que sejam reformuladas as divisões internas das alas e celas prisionais para que se possa possibilitar a criação de setores destinados à alocação segura de pessoas com sexualidade diversa da heterossexual. Pelos mesmos fundamentos, propõe-se a criação de um setor destinado à vivência de pessoas que à despeito de sua sexualidade, possam vir a sofrer inferências violentas consecutórias de leituras sociais dissonantes. Portanto, a estrutura mínima padrão a ser utilizada em todos os presídios nacionais deverá conter os seguintes: (i) espaço destinado a heterossexuais; (ii) espaços destinado à minorias sexuais e (iii) espaço destinado à agentes que apesar de heterossexuais, possuem vulnerabilidade acentuada por deterem características socialmente lidas como inerentes à minorias sexuais. Se assim o fizer, em acordo com o postulado no tópico anterior, estará finalmente resolvida e superada a vulnerabilidade inerente à condição de LGBTQIA+ inserido no cárcere.

4.4. Dos contra-argumentos recorrentes

Apesar de devidamente defendida e fundamentada a tese perquirida, antecipa-se que a crítica mais contundente que poderá ser feita ao presente resida talvez em classificá-lo como utópico. Os fatos e argumentos apresentados são suficientemente relevantes e perspicazes, todavia, se encerrado no tópico anterior, o presente não adentraria pragmaticamente nos impeditivos fáticos da realidade carcerária. A fim de afastar tal crítica, inicia-se uma pormenorizada análise dos maiores desafios a serem superados com vistas a propiciar as mudanças almeçadas e defendidas. O primeiro deles se encontra na análise financeira da proposta enquanto o segundo envolve a superlotação carcerária.

A CRFB/88⁵⁸² estabelece a competência concorrente de todos os entes federados para legislar sobre orçamento, de acordo com seu art. 24, II. A totalidade da normativa aplicável à gestão orçamentária pública é elencada pelo Senado Federal na sua respectiva Coletânea de Legislação⁵⁸³. A presente análise, contudo, não pretende exaurir as minúcias orçamentárias atuais, apenas se limitando a contextualizar o tópico de relevância analítica. Segundo o Portal da transparência⁵⁸⁴, tem-se que:

⁵⁸² BRASIL, op. cit., nota 88.

⁵⁸³ BRASIL. Senado Federal. *Gestão Orçamentária Pública*: Coletânea de legislação. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/529744/gestao_orcamentaria_publica_1ed.pdf>. Acesso em: 28 mai. 2020.

⁵⁸⁴ PORTAL DA TRANSPARÊNCIA. *Orçamento Público*. Disponível em: <<http://www.portaltransparencia.gov.br/entenda-a-gestao-publica/orcamento-publico>>. Acesso em: 28 mai. 2020.

[...] Orçamento público é o instrumento utilizado pelo Governo Federal para planejar a utilização do dinheiro arrecadado com os tributos (impostos, taxas, contribuições de melhoria, entre outros). Esse planejamento é essencial para oferecer serviços públicos adequados, além de especificar gastos e investimentos que foram priorizados pelos poderes. Essa ferramenta estima tanto as receitas que o Governo espera arrecadar quanto fixa as despesas a serem efetuadas com o dinheiro. Assim, as receitas são estimadas porque os tributos arrecadados (e outras fontes) podem sofrer variações ano a ano, enquanto as despesas são fixadas para garantir que o governo não gaste mais do que arrecada. Uma vez que o orçamento detalha as despesas, pode-se acompanhar as prioridades do governo para cada ano, como, por exemplo: o investimento na construção de escolas, a verba para transporte e o gasto com a saúde. Esse acompanhamento contribui para fiscalizar o uso do dinheiro público e a melhoria da gestão pública e está disponível aqui, no Portal da Transparência do Governo Federal. [...]

Em linhas gerais, pode-se resumir o orçamento público como o planejamento financeiro que permitirá a atuação estatal. Consiste na disposição das previsões de receita (arrecadação pública) e despesa (valor despendido em prol de algo). Para toda previsão de despesa deve haver a determinação de sua correspondente receita, não sendo admitida a prescrição dessas sem que haja efetiva previsão da verba arrecadada para sua cobertura. Segundo o DEPEN⁵⁸⁵ "A Receita Pública, no âmbito da União, é integrada pelos recursos recolhidos pelo Tesouro Nacional (impostos, taxas, contribuições e outros), compondo o Orçamento Geral da União que será utilizado na execução das Políticas Públicas". Da mesma fonte⁵⁸⁶ tem-se que a Despesa Pública:

[...] é o conjunto de dispêndios realizados pelos entes públicos a fim de saldar gastos fixados na lei do orçamento ou em lei especial, visando à realização e ao funcionamento dos serviços públicos. (...) faz parte do orçamento e corresponde às autorizações para gastos com as várias atribuições governamentais. Despesa pública também pode ser definida como o conjunto de gastos realizados pelos entes públicos para custear os serviços públicos (despesas correntes) prestados à sociedade ou para a realização de investimentos (despesas de capital). [...]

Com vistas ao orçamento específico do sistema penitenciário nacional, a Lei Complementar nº 79/94⁵⁸⁷ criou o Fundo Penitenciário Nacional, posteriormente alterado pela lei 13.500/17⁵⁸⁸, tendo "a finalidade de proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades e os programas de modernização e aprimoramento do sistema penitenciário nacional"⁵⁸⁹. A constituição de seus recursos se dá a partir da previsão

⁵⁸⁵ BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. *Receitas e despesas*. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/acesso-a-informacao/despesas>>. Acesso em: 28 mai. 2020.

⁵⁸⁶ Ibid.

⁵⁸⁷ BRASIL. *Lei Complementar nº 79*, de 07 de janeiro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp79.htm>. Acesso em: 28 mai. 2020.

⁵⁸⁸ BRASIL. *Lei nº 13.500*, de 26 de outubro de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13500.htm>. Acesso em: 28 mai. 2020.

⁵⁸⁹ BRASIL, op. cit., nota 587, art. 1º.

do art. 2º da LC 79/94⁵⁹⁰. O Fundo se destina à aplicação de verba na área carcerária em benefício de entes federados, para receberem o benefício esses entes devem cumprir requisitos elencados no art. 3º, parágrafo terceiro da LC 79/94⁵⁹¹. Pode-se destacar dentre esses a necessidade do ente possuir fundo penitenciário próprio estabelecido; possuir órgão de gestão; apresentar plano elencando os programas a serem implementados com os recursos; e possuir conselhos de fiscalização. Segundo o caput⁵⁹² do mesmo artigo, o repasse de no mínimo 40% do fundo consubstancia hipótese de transferências obrigatória, independentemente de convênio ou instrumento congêneres, a partir de 2020.

Anualmente é necessário que a União estabeleça um orçamento autorizado para ser direcionado ao seu objetivo precípuo. Portanto, tem-se o valor total do fundo, e o valor autorizado ao uso. Essa prerrogativa de limitar o uso do Fundo à um percentual autorizado pode ser entendida como forma de contingenciamento do referido. Tal hipótese vai de encontro à uma das liminares deferidas na ADPF nº 347⁵⁹³ pelo STF no final de 2015 que determinou o não contingenciamento de recursos do FUNPEN pelo governo.

Ainda, à despeito da realidade precária do sistema prisional brasileiro, em 2020, ocorreu a menor autorização orçamentária do FUNPEN na história, superando o recorde negativo estabelecido pelo ano anterior⁵⁹⁴. O orçamento autorizado atualizado no fim de maio de 2020 fora de R\$ 308,16 milhões⁵⁹⁵, sendo efetivamente executado até o mesmo período R\$ 31,25 milhões. Este panorama configura em verdade tendência reiterada de subutilização do fundo, conforme aponta a ONG Contas Abertas⁵⁹⁶: "de 2001 a 2018, R\$ 15,1 bilhões foram autorizados. No entanto, apenas metade (R\$ 7,4 bilhões) foi, de fato, utilizada. (...) Em 2016, a execução foi de 55%. Em 2017, de 76%. Já em 2018, caiu para 41%".

Em 2019, o Fundo⁵⁹⁷ que contava com R\$ 1,1 bilhão, teve R\$ 353 milhões autorizados, dos quais foram executados apenas R\$ 200,23 milhões⁵⁹⁸, o que consubstanciou, segundo o Portal da Transparência 0,01% dos gastos públicos do referido ano. O enxugamento do valor autorizado, se dá entre outros motivos, em razão de remodelação das

⁵⁹⁰ Ibid., art. 2º.

⁵⁹¹ Ibid., art. 3º, §3º.

⁵⁹² Ibid., art. 3º, *caput*.

⁵⁹³ BRASIL, op. cit., nota 314

⁵⁹⁴ PODER 360. *Fundo federal para penitenciárias tem menor orçamento da série histórica*. Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/economia/fundo-federal-para-penitenciarias-tem-menor-orcamento-da-serie-historica/>>. Acesso em: 28 mai. 2020.

⁵⁹⁵ PORTAL TRANSPARÊNCIA. *Fundo Penitenciário Nacional*. Disponível em: <<http://portaltransparencia.gov.br/orgaos/30907?ano=2020>>. Acesso em: 28 mai. 2020.

⁵⁹⁶ PODER 360, op. cit., nota 594.

⁵⁹⁷ Ibid.

⁵⁹⁸ PORTAL TRANSPARÊNCIA, op. cit., nota 595.

diretrizes que orientam a arrecadação dos valores direcionados ao fundo, que importaram em diminuição da receita, conforme⁵⁹⁹:

[...] a previsão de arrecadação do Fundo de uma de suas receitas, a de concursos de prognósticos (loterias), fonte 118, foi remodelada pela MP 841, de 11 de junho de 2018, e depois pela Lei 13.756, de 12 de dezembro de 2018. Com as novas regras, o Funpen passa a contar com percentual menor da arrecadação das diversas modalidades lotéricas (de 0,5% a 3%, contra 3% anteriormente) [...]

Apesar da diminuição da fonte de receita, defende-se que existência de fonte orçamentária própria disponível é suficiente para satisfazer a pretensão argumentativa. O esforço argumentativo depreendido demonstra que, ao contrário da ideia socialmente difundida, há sim recursos financeiros disponíveis para a implementação da pretensão veiculada. O que de fato inexistente é plano elencando os programas a serem implementados com os recursos.

Pugna-se pela utilização do presente de forma a suprir a ausência desse, restando-se necessário ao administrador público local o levante quantitativo pecuniário necessário para implementação do plano veiculado. Reitera-se o caráter nacional do presente, uma vez que se alicerça em dados e normativas federais. Elaborado o levantamento e anexado ao presente, conglobado com os demais requisitos legalmente impostos, entende-se cumprido o ônus legislativo, motivo pelo qual deverá ser destinado o montante razoavelmente solicitado de modo a possibilitar a concretização das alas e/ou celas propostas.

Apesar da forte carga argumentativa empregada, reconhece-se que possa haver resistência à pretensão supra. Portanto, demonstra-se caminho diverso para o adimplemento das alas e/ou celas identificadas. Mesmo considerando a execução aquém dos valores do fundo, efetivamente o que se defende é a redistribuição da população carcerária de forma diversa, aproveitando, em um primeiro momento a estrutura física já existente. Desse modo, inócua seria a argumentação tanto pela linha da reserva do possível quanto pelo mínimo existencial, uma vez que os reflexos monetários das ações pretendidas não seriam expressivos.

Quanto à sugestão de melhor capacitação dos profissionais no quesito diversidade, propõe-se a priori a realização de parcerias com entidades civis. Entidades como a ANTRA⁶⁰⁰, ABGLT⁶⁰¹ ou coletivos como o Conexão G⁶⁰² podem ser citados como

⁵⁹⁹ PODER 360, op. cit., nota 594.

⁶⁰⁰ ANTRA. *Associação Nacional de Travestis e Transexuais*. Disponível em: <<https://antrabrasil.org/>>. Acesso em: 10 jun. 2020.

⁶⁰¹ ABGLT. *Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos*. Disponível em: <<https://www.abglt.org/>>. Acesso em: 10 jun. 2020.

importantes agentes sociais que, em virtude de suas atuações, posicionamentos e pesquisas anteriores infere-se disponibilidade em aceitar encargos como o sugerido.

Argumenta-se que cada presídio realize parceria com entidade civil local, de modo a suprir os anseios setoriais de cada localidade, em virtude da vasta extensão territorial do país e da divergência entre as realidades locais. Ressalta-se a necessidade (i) de periodicidade de tais cursos, (ii) da atribuição de caráter obrigatório a esses e (iii) avaliação dos indivíduos à eles submetidos. Para provocar relevante mudança do tratamento dos LGBTQIA+ encarcerados é necessário despertar atenção especial e vontade de mudança nos agentes responsáveis pelo seu tratamento direto.

Quanto à proposta de cobrança de matérias envolvendo diversidade nas provas e processos seletivos de contratação dos novos agentes, não há que se falar em grandes custos relacionados. A única diferença será a inclusão de matéria na demanda da instituição, que continuará percorrendo o mesmo trâmite de contratação já vigente. Tal especificidade não ensejará reajuste de preço uma vez que impera a sistemática licitatória⁶⁰³ para tais contratos.

Defende-se que o imperativo realmente significativo e determinante para propiciar as mudanças apresentadas não reside na limitação orçamentária enfrentada. Mas sim na vontade dos administradores públicos de construir ambiente mais digno dentro dos presídios, pelo menos no aspecto referente à minoria sexual. Desse modo, claro está o fato de que o maior impeditivo para a redistribuição da população carcerária de modo a assegurar a segurança e integridade de LGBTQIA+ não é a ausência de verba orçamentária. Pois restar-se-á o argumento da superlotação como principal fator a justificar a inércia estatal, correto?

Nas palavras do relatório de Juan Méndez⁶⁰⁴, o cárcere brasileiro pode ser classificado como “cruel, desumano e degradante” que ainda, aponta tortura, racismo e maus-tratos como fatores da violência sistemática impetrada pelo Estado à seus encarcerados. Um dos pontos de maior recorrência, com mais de trinta menções nas vinte e quatro páginas de relatório, é a superlotação. Esse⁶⁰⁵ ainda elenca minorias sexuais como hipervulneráveis dentro do cárcere, conforme destacado pelo Justiça Global⁶⁰⁶ no trecho "O documento mostra também a fragilidade na qual se encontra a população LGBT dentro dos presídios, que apesar

⁶⁰² FUNDO BRASIL. *Grupo Conexão G de Cidadania LGBT para Moradores de Favelas*. Disponível em: <<https://www.fundobrasil.org.br/projeto/grupo-conexao-g-de-cidadania-lgbt-para-moradores-de-favelas/>>. Acesso em: 10 jun. 2020.

⁶⁰³ BRASIL, op. cit., nota 88, art. 37, XXI.

⁶⁰⁴ MENDEZ, op. cit., nota 383, p. 1.

⁶⁰⁵ Ibid.

⁶⁰⁶ JUSTIÇA GLOBAL. *ONU descreve como cruel, desumano e degradante o sistema prisional brasileiro*. Disponível em: <<http://www.global.org.br/blog/onu-descreve-como-cruel-desumano-e-degradante-o-sistema-prisional-brasileiro/>>. Acesso em: 01 jun. 2020.

de poucos dados existentes, é notável que é mais vulnerável a violência e tratamentos cruéis, inclusive violência sexual." Destaca-se⁶⁰⁷ em especial a superpopulação das prisões do Maranhão em índices de 111% segundo o levantamento do INFOPEN⁶⁰⁸ de 2014.

Dados mais recentes do INFOPEN⁶⁰⁹ apontam que a nível nacional existe um déficit de 312.925 (trezentas e doze mil, novecentas e vinte cinco) vagas no cárcere brasileiro, havendo 755.274 (setecentas e cinquenta e cinco mil, duzentas e setenta e quatro) pessoas privadas de liberdade em 2019 e 442.349 (quatrocentas e quarenta e duas mil, trezentas e quarenta e nove) vagas no país - número de vagas inferior ao número de 2018 que fora de 454.833 (quatrocentas e cinquenta e quatro mil, oitocentas e trinta e três) o que indica fechamento de algumas unidades no país.

O superlotação, no entanto, é inferior ao recorde estabelecido em 2015, que consubstanciava déficit de 327.417 (trezentas e vinte e sete mil, quatrocentos e dezessete) vagas. Segundo o mais recente pronunciamento oficial a abordar este quantitativo, existem 1507 estabelecimentos penais do país⁶¹⁰, enquanto o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística⁶¹¹, aponta população carcerária de cerca de 812 mil em pronunciamento mais recente.

Qua a superlotação é realidade que assola o sistema penitenciário moderno não se discute, ao contrário, corrobora-se. Todavia, retoma-se a informação do relatório "LGBT nas prisões do Brasil"⁶¹², de que os presídios brasileiros já vivenciam uma rudimentar estrutura de classificação de pessoas para seu encarceramento. A separação em alas/celas restritas à alguns grupos sociais, consubstancia tendência no encarceramento nacional. Chama-se a atenção, no entanto, para a falta de uma normativa estrutural mínima estabelecida por lei geral.

Não se discute que a cabe aos entes federados mais próximos da realidade local estabelecerem as diretrizes a serem seguidas pelas unidades prisionais de suas regiões, estrutura essa prevista na LEP⁶¹³. Critica-se, no entanto, a ausência de previsão de uma estrutura básica de orientação à esses entes, veiculada por lei geral federal, assim como a falta de leis estaduais e municipais com vistas a temática, de encontro a previsão constitucional do

⁶⁰⁷ MENDEZ, op. cit., nota 383, p. 10: "*Official overpopulation in Maranhao prisons is 111 per cent (Infopen, 2014). However, the figure is misleading because capacity is estimated at levels that are already overcrowded. Conditions observed in all cells visited confirmed that assessment*".

⁶⁰⁸ BRASIL, op. cit., nota 395.

⁶⁰⁹ BRASIL. *População prisional, déficit e vagas*. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZTlkZGJjODQtNmJiMi00OTJhLWFlMDktNmZlNmFkNTM0MWI3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 01 jun. 2020.

⁶¹⁰ BRASIL, op. cit., nota 434.

⁶¹¹ BRASIL, op. cit., nota 495.

⁶¹² Ibid.

⁶¹³ BRASIL, op. cit., nota 146.

artigo 24, I⁶¹⁴ que estabelece a competência concorrente entre todos os entes federados diante de matéria penitenciária.

Ocorre na prática uma enorme variação separatista de uma instituição prisional para outra, de acordo com a vontade de seus gestores locais individuais. Desse modo, dentro de um mesmo estado podem existir presídios que privilegiam um modo de classificação x para seus detentos, enquanto outros adotam modelos y, z... Na mesma crescente, dentro de um município específico a situação de insegurança se mantém, competindo a cada gestor de cada presídio estabelecer as normas que determinarão quais grupos sociais serão preservados.

Conforme o supracitado relatório⁶¹⁵, de autoria do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, a título de exemplo, dos 508 (quinhentos e oito) presídios que prestaram informações pode-se aferir a seguinte tipologia de celas/alas no país: cerca de 200 (duzentos) reservadas para crimes sexuais; cerca de 160 (cento e sessenta) facionadas; cerca de 120 (cento e vinte) para incursos em crimes da Lei Maria da Penha⁶¹⁶; 106 (cento e seis) para LGBT; cerca de 85 (oitenta e cinco) privilegiando o pertencimento religioso do preso e cerca de 30 (trinta) para os encarcerados ex-policiais. A desigualdade de critérios explicita-se uma vez que 52,8% dos presídios que possuem celas/alas voltadas à minorias sexuais estão localizados apenas no estado de São Paulo⁶¹⁷, enquanto apenas um presídio em toda a região norte do país possui o mesmo espaço⁶¹⁸.

A superlotação não impossibilita o acondicionamento criterioso de minorias em espaços específicos, tese provada pela explicitação da já existência desse movimento à nível nacional. Defende-se, portanto, a necessidade de uma norma federal que estabeleça os critérios mínimos para divisão carcerária a serem observados pelos entes federados. Pugna-se que tal norma elenque entre os critérios objetivos, os disciplinados nos presente, de modo a reservar espaço físico especiais ao encarceramento dos indivíduos objetos do presente estudo.

A norma em questão poderá, inclusive, retirar razão de validade do presente, visto que o mesmo fora produzido com dados oficiais e nacionais e corroborado por estudos de entidades civis internacionalmente reconhecidas, além de colacionar a tendência mundial do tema. Outro meio para atingir o fim almejado reside na concessão de caráter coercitivo à Resolução Conjunta nº 1⁶¹⁹, que importará nos mesmos efeitos práticos objetivados e depende

⁶¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 88.

⁶¹⁵ BRASIL, op. cit., nota 217.

⁶¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 440.

⁶¹⁷ BRASIL, op. cit., nota 217, p. 17-18.

⁶¹⁸ Ibid.

⁶¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 240.

apenas da movimentação sistemática do CNCD e CNPCP, tarefa menos árdua que a necessária para a criação de caráter norma nacional.

Desse modo, entende por cumprido o ônus argumentativo discutido com conclusão igual à atribuída ao critério financeiro. O maior desafio à implementação de uma lógica de encarceramento que privilegie os Direitos Humanos de minorias sexuais reside na vontade dos administradores públicos incumbidos de tal competência. Reitera-se que a lógica de separação populacional assim orientada já é presente na realidade nacional, necessitando-se apenas de uma normativa mínima nacional visando um movimento gradual de unificação.

4.5. Das reivindicações mais controversas

Encerra-se as problematizações propostas ao adentrar no aspecto mais controverso do presente: o que deve ser feito com relação ao LGBTQIA+ que já cumpriu sua pena ou que já está incurso no sistema penitenciário brasileiro? Mesmo que se coloque em prática todas as ideias disciplinadas, fato é que durante o período de tempo utilizado para leitura do presente, alguém em algum presídio brasileiro pode estar sofrendo algum tipo de violência devido à eventual correlação com grupos identificados como minorias sexuais. Que solução seria a mais adequada nesses casos?

A priori necessário dizer, talvez até mais tangível que nos tópicos anteriores, a imperatividade de se determinar um modo objetivo para aferição dos indivíduos a que se destinam a concessão das medidas que serão defendidas a seguir. Para tanto, opta-se por impor dois modelos: (i) aos ex encarcerados, que se comprove as violações sofridas pelos meios de prova legalmente previstos; (ii) aos ainda encarcerados, a autodeterminação como LGBTQIA+ enquanto ainda encarcerado cumulado com a não existência de área destinada ao acautelamento diferenciado desse no presídio em que se encontra.

Os supra introduzidos serão posteriormente esmiuçados, cabendo por ora apenas pontuar a necessidade de um critério rígido legalmente previsto. A efetivação de algumas das propostas a seguir poderão depender de previsão legislativa explícita, hipótese que será devidamente pontuada quando de sua pertinência. Superadas as considerações preliminares, inicia-se a delicada abordagem com a defesa de um controverso instrumento: a compensação financeira.

Qual seria a medida a ser tomada quanto aos agentes LGBTQIA+ que cumpriram integralmente suas sentenças privativas de liberdade em condições inóspitas, como as apresentadas no corpo do presente? A tese acerca da compensação por danos morais em

virtude do tratamento sub-humano conferido aos presos é recorrente e já fora inclusive adotada pelo STF⁶²⁰. A pretensão retira fundamento na prescrição legal elencada no art. 186 do CC/02⁶²¹ que estabelece o dever de indenizar daquele que violar direito e causar dano a outrem, mesmo que exclusivamente moral. A Constituição Federal estabelece a responsabilidade do Estado por eventuais danos causados, mesmo que por seus prepostos, em face da autoaplicabilidade do parágrafo sexto de seu art. 37, *ipsis litteris*⁶²²:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Os fundamentos jurídicos não se restringem aos supra e variam entre previsões nacionais e internacionais. Pode-se destacar no âmbito nacional o art. 5º da CRFB/88⁶²³ em seus artigos XLVII, XLVIII e XLIX; os arts. 10, 11, 12, 40, 85, 87 e 88 da Lei nº 7.210/84⁶²⁴, além das Leis nº 9.455/97⁶²⁵ e 12.874/13⁶²⁶. Já na esfera internacional, especial atenção se volta aos arts. 2º, 7º, 10 e 14 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas/66⁶²⁷, arts. 5º, 11 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos/69⁶²⁸. Destacam-se ainda os Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas da CIDH⁶²⁹, a Convenção da ONU contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes/84⁶³⁰; e as Regras Mínimas para

⁶²⁰ GAZETA DO POVO. *Estado tem que indenizar preso. E você? Pode pedir danos morais?* Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/justica/estado-tem-que-indenizar-presos-e-voce-pode-pedir-danos-morais-e2pssbyu9rjrues7z0goippud/>>. Acesso em: 03 jun. 2020.

⁶²¹ BRASIL, op. cit., nota 095, art. 186: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

⁶²² BRASIL, op. cit., nota 88.

⁶²³ Ibid.

⁶²⁴ BRASIL, op. cit., nota 146.

⁶²⁵ BRASIL. *Lei da Tortura*. Lei nº 9.455/97, de 7 de abril de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9455.htm>. Acesso em: 10 jun. 2020.

⁶²⁶ BRASIL. *Lei nº 12.874/13*, de 29 de outubro de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2011-2014/2013/Lei/L12874.htm>. Acesso em: 10 jun. 2020.

⁶²⁷ BRASIL. *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas*. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 10 jun. 2020.

⁶²⁸ CIDH, op. cit., nota 359.

⁶²⁹ OEA. *Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas*. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/ppl/default.asp>>. Acesso em: 10 jun. 2020.

⁶³⁰ BRASIL. *Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes*. Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm>. Acesso em: 10 jun. 2020.

o Tratamento de Prisioneiros⁶³¹, do 1º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção ao Crime e Tratamento de Delinquentes/55.

Especificamente referindo-se aos fundamentos que tutelam os indivíduos LGBTQIA+, destacam-se os arts. 7º, 9º, 10 e 11 da Resolução Conjunta nº 1⁶³² do CNCD/LGBT e CNPCP juntamente com as alíneas "a" a "g" do princípio 9º que consubstanciam a seção destinada ao direito a tratamento humano durante a detenção prevista entre os Princípios de Yogyakarta⁶³³. Portanto, defende-se que discutir a temática envolvendo a compensação financeira de agentes por violações sofridas enquanto encarcerados, sejam esses LGBTQIA+ ou não, comunica-se pelo mesmo sêmen propulsor: o Estado é o responsável pelo preso. Submeter encarcerados à condições sub-humanas, tais como as que basearam a decisão liminar na ADPF nº 347⁶³⁴, importa não apenas excesso na execução da pena, como dano à figura do preso.

Poder-se-ia questionar acerca de qual a melhor teoria caracterizadora da responsabilidade do estado, ramo do direito altamente revisitado e objeto de incontáveis pesquisas, migrando de uma irresponsabilidade do Estado até uma responsabilização objetiva⁶³⁵. Dentre as variantes, destaca-se o que se convencionou chamar de "risco administrativo"⁶³⁶. Baseia-se no raciocínio explicitado pelo RE 580252/MS⁶³⁷ que

⁶³¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros*. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/RegMinTratRec.html>>. Acesso em: 10 jun. 2020.

⁶³² BRASIL, op. cit., nota 240.

⁶³³ YOGYAKARTA PRINCIPLES IN ACTION, op. cit., nota 48.

⁶³⁴ BRASIL, op. cit., nota 281.

⁶³⁵ DIREITONET. *Responsabilidade civil do Estado*. Disponível em: <[⁶³⁶ Ibid.](https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8039/Responsabilidade-civil-do-Estado#:~:text=Para%20o%20Es tado%20ser%20chamado,ou%20o%20dolo%20do%20agente.> . Acesso em: 03 jun. 2020.</p>
</div>
<div data-bbox=)

⁶³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 580.252 Mato Grosso do Sul*. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311629732/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-rg-re-580252-ms-mato-grosso-do-sul/inteiro-teor-311629740?ref=juris-tabs>. Acesso em: 03 jun. 2020. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão Geral. Constitucional. responsabilidade civil do Estado. Art. 37, § 6º. 2. Violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários. Indenização. Cabimento. O dever de ressarcir danos, inclusive morais, efetivamente causados por ato de agentes estatais ou pela inadequação dos serviços públicos decorre diretamente do art. 37, § 6º, da Constituição, disposição normativa autoaplicável. Ocorrendo o dano e estabelecido o nexo causal com a atuação da Administração ou de seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado. 3. "Princípio da reserva do possível". Inaplicabilidade. O Estado é responsável pela guarda e segurança das pessoas submetidas a encarceramento, enquanto permanecerem detidas. É seu dever mantê-las em condições carcerárias com mínimos padrões de humanidade estabelecidos em lei, bem como, se for o caso, ressarcir danos que daí decorrerem. 4. A violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários não pode ser simplesmente relevada ao argumento de que a indenização não tem alcance para eliminar o grave problema prisional globalmente considerado, que depende da definição e da implantação de políticas públicas específicas, providências de atribuição legislativa e administrativa, não de provimentos judiciais. Esse argumento, se admitido, acabaria por justificar a perpetuação da desumana situação que se constata em presídios como o de que trata a presente demanda. 5. A garantia mínima de segurança pessoal, física e psíquica, dos detentos, constitui dever estatal que possui amplo lastro não apenas no ordenamento nacional

consustancia o Tema 365⁶³⁸ de Repercussão Geral do STF, de modo à concluir-se pela responsabilidade objetiva do Estado frente a violação da integridade física e psíquica dos agentes inseridos no cárcere que portanto estão sob custódia estatal. Corrobora-se o argumento com trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 662.563/GO⁶³⁹:

[...] a negligência estatal no cumprimento do dever de guarda e vigilância dos detentos configura ato omissivo a dar ensejo à responsabilização objetiva do Estado, uma vez que, na condição de garante, tem o dever de zelar pela integridade física dos custodiados [...]

Ademais, negar o direito à compensação pelas condições degradantes, que indicam o ECI nos presídios brasileiros, aos ex detentos é incompatível com o princípio da inafastabilidade da jurisdição, também conhecido como princípio do acesso à justiça, consubstanciado no art. 5º, XXXV da CRFB/88⁶⁴⁰, o qual cito "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

(Constituição Federal, art. 5º, XLVII, “e”; XLVIII; XLIX; Lei 7.210/84 (LEP), arts. 10; 11; 12; 40; 85; 87; 88; Lei 9.455/97 - crime de tortura; Lei 12.874/13 – Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura), como, também, em fontes normativas internacionais adotadas pelo Brasil (Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, de 1966, arts. 2; 7; 10; e 14; Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, arts. 5º; 11; 25; Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas – Resolução 01/08, aprovada em 13 de março de 2008, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos; Convenção da ONU contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984; e Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros – adotadas no 1º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção ao Crime e Tratamento de Delinquentes, de 1955). Fixada a tese: “Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento”. 8. Recurso extraordinário provido para restabelecer a condenação do Estado ao pagamento de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) ao autor, para reparação de danos extrapatrimoniais, nos termos do acórdão proferido no julgamento da apelação.

⁶³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 662.563 Goiás*. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/ARE_662563_GO_1333403859561.pdf?Signature=YbAeB3CkXXv5IqiQ60Q7%2FYhTGyE%3D&Expires=1591195325&AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO765VPOG&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=492d4be34a719829119161a09a202cbd>. Acesso em: 03 jun. 2020.

⁶³⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Tema 365 - Responsabilidade do Estado por danos morais decorrentes de superlotação carcerária*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2600961&numeroProcesso=580252&classeProcesso=RE&numeroTema=365>>. Acesso em: 03 jun. 2020.

⁶³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 662.563 Goiás*. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/ARE_662563_GO_1333403859561.pdf?Signature=YbAeB3CkXXv5IqiQ60Q7%2FYhTGyE%3D&Expires=1591195325&AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO765VPOG&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=492d4be34a719829119161a09a202cbd>. Acesso em: 03 jun. 2020.

⁶⁴⁰ BRASIL, op. cit., nota 88.

Tais indivíduos nada mais são que pessoas, as quais assim como qualquer outra possuem o direito⁶⁴¹ de buscar junto ao Estado a solução de um conflito. Dizer que as violações ocorridas em ambiente de cárcere não são passivas de indenização configuraria real hipótese de negativa de jurisdição à um grupo específico de pessoas. Nesse sentido, destaca-se⁶⁴²:

[...] Não pode a decisão judicial desfavorecer sistematicamente a um determinado grupo de sujeitos, sob pena de comprometer a sua própria legitimidade. Recusar aos detentos os mecanismos de reparação judicial dos danos sofridos faz com que eles fiquem desamparados de qualquer proteção estatal, em condição de vulnerabilidade juridicamente desastrosa. Seria dupla negativa: do direito e da jurisdição [...]

Contra-argumentando a tese são as narrativas de que as condições degradantes do sistema carcerário por si só não configurariam violação passiva de ressarcimento, ou que ao indenizar um dos encarcerados far-se-ia nascer o direito à indenização de todo encarcerado, uma vez que a superlotação afeta todo o montante de pessoas incursas no cárcere. Debruça-se sobre tais, a seguir.

Concorda-se que as condições degradantes do sistema carcerário não podem ser compreendidas como único fator para configurar a necessidade de indenização. Igual raciocínio se direciona à condição de LGBTQIA+ que por si só não pode ser vista como pressuposto de responsabilização. No entanto, quando conglobadas ambas características, pugna-se por uma presunção de vulnerabilidade, o que sim acentua o risco de violação e potencializa a probabilidade de indenização. Além das violações inerentes à condição de superlotação e precariedade do sistema carcerário pátrio, os LGBTQIA+ encarcerados, conforme demonstrado sofrem outras formas de violência que se acentuam por essas condições, mas não são a elas inerentes. Como demonstrado a probabilidade de incremento da pena atribuída a alguém inserto no conceito de minoria sexual é latente.

A imposição de uma pena restritiva de liberdade à um LGBTQIA+ no Brasil, à grosso modo, equivale a uma restrição de liberdade intrinsecamente cumulada à uma série de violações à direitos diversos, das quais destacam-se as violências sexuais, não se restringindo, todavia a essas. Fato é que a condição de minoria sexual, principalmente em presídios masculinos, é fator de incremento da vulnerabilidade já inerente à condição de encarcerado em uma realidade e ECI. No entanto, defende-se o ônus de demonstração e comprovação do

⁶⁴¹ AMBITO JURÍDICO. *Acesso à Justiça: Abismo, população e Judiciário*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-74/acesso-a-justica-abismo-populacao-e-judiciario/>>. Acesso em: 03 jun. 2020.

⁶⁴² JUSBRASIL. *Estado tem o dever de indenizar pessoa que se encontra presa em situação degradante*. Disponível em: <<https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/436993841/estado-tem-o-dever-de-indenizar-pessoa-que-se-encontre-presa-em-situacao-degradante>>. Acesso em: 03 jun. 2020.

dano como requisito para responsabilização estatal, uma vez sendo o dano ou prejuízo elemento intrínseco à responsabilidade civil, ao lado da conduta ou ato humano e nexo de causalidade, que deverão também ser caracterizados. Considera-se justa a necessidade de que o eventual pleiteante demonstre através de provas documentais, tais como laudos médicos e periciais, ou testemunhais as violações a que sofrera devido à sua condição de minoria sexual incurra no cárcere.

Levanta-se por fim o questionamento, acerca de quem teria a titularidade para arcar com tais compensações, a qual poderá variar de acordo com o caso concreto. Todavia, em se tratando de presídios federais, a responsabilidade a priori recairia sob a União. De mesmo modo, intui-se pela responsabilidade dos estados-membros em relação às unidades estaduais. Em um eventual cenário de privatização dos presídios nacionais, não se afastaria a responsabilidade do ente federado que cedeu tal atribuição, aplicando-se a lógica vigente às concessionárias e permissionárias de serviços públicos.

Entendendo por satisfeita e suficientemente defendida a tese supra, propõe-se novo esforço argumentativo igualmente controverso, o qual passa a expor: medidas alternativas ao encarceramento. A tese ora defendida se destina às minorias sexuais que cumprem atualmente penas privativas de liberdade, ou seja, agentes ainda inseridos no cárcere. Inicia-se pela idealização do manuseio de incidente de execução devidamente previsto no ordenamento jurídico pátrio e sinaliza-o como mecanismo mais adequado para concretizar a discussão proposta: o indulto, previsto no art. 84, XII da CRFB/88⁶⁴³.

O indulto consiste no perdão concedido por meio de decreto, de competência privativa do Presidente da República, podendo ser estabelecido individualmente (indulto individual ou graça) levando em consideração a pessoa específica do condenado ou de maneira coletiva (indulto coletivo) elencando de maneira mais ampla características identificadoras de seus destinatários⁶⁴⁴.

Um indulto pode proporcionar consequências variadas, que variam desde a redução da pena (indulto parcial ou comutação) até a extinção da punibilidade do condenado, na forma do art. 107, II do CP⁶⁴⁵. Nesse sentido é Nucci⁶⁴⁶:

[...] O indulto é o perdão concedido pelo Presidente da República, por decreto (art. 84, XII, CF), provocando a extinção da punibilidade do condenado (art. 107, II, CP); a comutação (indulto parcial) é a redução da pena ou sua substituição por outra, mais branda, sem acarretar a extinção da punibilidade. [...]

⁶⁴³ BRASIL, op. cit., nota 88.

⁶⁴⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de execução penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 243.

⁶⁴⁵ BRASIL, op. cit., nota 151.

⁶⁴⁶ NUCCI, op. cit., nota 645, p. 120.

A normativa acerca de tal instrumento tem previsão nos arts. 187 a 193 da LEP⁶⁴⁷, dos quais salientam-se os seguintes⁶⁴⁸:

Art. 192. Concedido o indulto e anexada aos autos cópia do decreto, o Juiz declarará extinta a pena ou ajustará a execução aos termos do decreto, no caso de comutação.
 Art. 193. Se o sentenciado for beneficiado por indulto coletivo, o Juiz, de ofício, a requerimento do interessado, do Ministério Público, ou por iniciativa do Conselho Penitenciário ou da autoridade administrativa, providenciará de acordo com o disposto no artigo anterior.

A forma mais recomendada para a tratativa da tese ora defendida é a modalidade coletiva⁶⁴⁹ do instituto. Tal hipótese preocupa-se com a especificação de requisitos objetivos e/ou subjetivos os quais sujeitos indeterminados poderão, com seu preenchimento, se beneficiar do mesmo. Nesse sentido⁶⁵⁰:

[...] O indulto coletivo é a clemência concedida pelo Presidente da República, por decreto, a condenados em geral, desde que preencham determinadas condições objetivas e/ou subjetivas. Cuida-se, também, de ato discricionário do chefe do Poder Executivo, sem qualquer vinculação a parecer de órgão da execução penal. Anualmente, no mínimo um decreto é editado (como regra, o denominado *indulto de natal*), podendo perdoar integralmente a pena, gerando a extinção da punibilidade, mas mantendo-se o registro da condenação na folha de antecedentes do beneficiário, para fins de reincidência e análise de antecedentes criminais, como pode perdoar parcialmente a pena, operando-se um desconto (comutação), sem provocar a extinção da punibilidade. [...]

Será, desse modo, o decreto presidencial quem delimitará quais as condições à possibilitar a concessão do benefício. Com vistas a todo o montante justificador referenciado no presente acerca da hipervulnerabilidade do LGBTQIA+, propõe-se que tal instrumento seja utilizado como forma de adoção de uma política criminal voltada à proteção dos direitos das minorias sexuais encarceradas.

Ressalta-se que tal medida, faz-se tão somente necessária de imediato, visando tutelar os LGBTQIA+ já encarcerados, esses quem vivenciam a estrutura violatória de direitos já apresentada. Seria, portanto, a proposição de maior latência dentre as apostas no presente. Se corretamente utilizado, talvez seja esse o meio mais eficaz e imediato para a tutela de minorias sexuais encarceradas, frente aos reiterados abusos e violações cotidianamente impostas por uma LGBTQIA+fobia estrutural e sistemática.

Todavia, imprescindível é determinar os critérios objetivos que possam identificar a população a qual o recomendado indulto se referiria. De modo a buscar compensar as

⁶⁴⁷ BRASIL, op. cit., nota 146.

⁶⁴⁸ Ibid., arts. 192 e 193.

⁶⁴⁹ NUCCI, op. cit., nota 645, p. 241.

⁶⁵⁰ Ibid., p. 241.

minorias sexuais ainda encarcerados, seria plausível a exigência de que o indivíduo tenha evidenciado autodeterminação como LGBTQIA+. Tal requisito, diante da ausência de padronização na identificação e quantitativo dessa população a nível nacional, poderia ser por exemplo extraído do testemunho dos agentes carcerários. A ocorrência de violência sexuais pode ser apreendida como elemento de prova de que se trata de agente vulnerável.

Não obstante o primeiro requisito, necessário cumulá-lo com (ii) a ausência de alas/celas voltadas aos LGBTQIA+ no presídio o qual o indivíduo fora mantido. Nesse ponto, necessário que o decreto pormenorize a fração correspondente ao tempo de encarceramento do indivíduo, uma vez que o agente pode ter cumprido pena em ambos estabelecimentos com e sem tais especificidades. Desse modo, far-se-á jus à comutação na medida do cumprimento que tenha se dado nos presídios que carecem das supra, apesar do agente estar, por exemplo, encontrar-se atualmente encarcerado em presídio adepto ao modelo separador defendido.

Aplicam-se à hipótese defendida toda a normativa naturalmente intrínseca ao indulto. Desse modo, o decreto em questão terá a mesma forma e conteúdo que os costumeiramente praticados, acrescendo-se apenas os requisitos supra identificados a fim de potencializar a sua correta utilização. A título de exemplo, pode-se destacar Nucci⁶⁵¹:

[...] A prática de falta grave *pode* gerar a interrupção do prazo e o recomeço do cômputo para efeito de apurar o período de cumprimento da pena em que o sentenciado permaneceu com bom comportamento, fazendo jus ao benefício do indulto total ou parcial (comutação). Porém, depende dos termos do decreto concessivo do indulto. Ilustrando: se o decreto presidencial exigir 1/6 (um sexto) do cumprimento da pena com bom comportamento, para efeito de aplicar o indulto, a prática de falta grave pode interromper essa contagem, determinando novo prazo, a partir do seu cometimento. Por outro lado, caso o decreto mencione somente o não cometimento de falta grave nos últimos doze meses, logicamente, pouco importa a prática da falta em período anterior a esse. Tomando como exemplo o Decreto 6.294/2007, menciona-se, para a obtenção de comutação (indulto parcial), o cumprimento de 1/4 (um quarto) da pena, se não reincidente, ou 1/3 (um terço), se reincidente, além do não cometimento de falta grave nos últimos doze meses. Nessa situação, a prática de falta grave, antes dos doze meses, não serve para interromper o prazo relativo a um quarto ou um terço da pena. [...]

Nesse diapasão, apresenta-se precedente contemporâneo que caminha em posição paralela à defendida. Embora não tenha sido instrumentalizado por meio de decreto presidencial, a recomendação 62/2020⁶⁵² do Conselho Nacional de Justiça disciplina hipótese bastante similar à defendida, salvaguardado o seu caráter emergencial, contextualizada diante

⁶⁵¹ Ibid., p. 241.

⁶⁵² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação nº 62*, de 17 de março de 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2020.

de pandemia do COVID-19⁶⁵³. Destaca-se entre outras a recomendação do texto aos magistrados e tribunais para que procedam avaliações casuísticas orientadas à liberação antecipada de presos que se enquadrem em grupos de risco diante da situação global⁶⁵⁴, a qual transcreve-se⁶⁵⁵:

[...] Art. 5º Recomendar aos magistrados com competência sobre a execução penal que, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerem as seguintes medidas: **I – concessão de saída antecipada dos regimes fechado e semiaberto, nos termos das diretrizes fixadas pela Súmula Vinculante no 56 do Supremo Tribunal Federal, sobretudo em relação às: a) mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até 12 anos ou por pessoa com deficiência, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência e demais pessoas presas que se enquadrem no grupo de risco; b) pessoas presas em estabelecimentos penais com ocupação superior à capacidade, que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão de sistema de jurisdição internacional, ou que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo coronavírus;** II – alinhamento do cronograma de saídas temporárias ao plano de contingência previsto no artigo 9º da presente Recomendação, avaliando eventual necessidade de prorrogação do prazo de retorno ou adiamento do benefício, assegurado, no último caso, o reagendamento da saída temporária após o término do período de restrição sanitária; III – concessão de prisão domiciliar em relação a todos as pessoas presas em cumprimento de pena em regime aberto e semiaberto, mediante condições a serem definidas pelo Juiz da execução; IV – colocação em prisão domiciliar de pessoa presa com diagnóstico suspeito ou confirmado de Covid-19, mediante relatório da equipe de saúde, na ausência de espaço de isolamento adequado no estabelecimento penal; V – suspensão temporária do dever de apresentação regular em juízo das pessoas em cumprimento de pena no regime aberto, prisão domiciliar, penas restritivas de direitos, suspensão da execução da pena (sursis) e livramento condicional, pelo prazo de noventa dias; Parágrafo único. Em caso de adiamento da concessão do benefício da saída temporária, o ato deverá ser comunicado com máxima antecedência a presos e seus familiares, sendo-lhes informado, assim que possível, a data reagendada para o usufruto, considerando as orientações das autoridades sanitárias relativas aos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do novo coronavírus.[...]

Retoma-se que quando da análise do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 662.563/GO⁶⁵⁶ reconheceu-se o dever de zelo do Estado pela integridade física e psíquica dos presos. Quando não observado tal dever, surge a responsabilidade objetiva do estado. Em uma análise mais cética da recomendação supracolacionada pode-se apreender que mesmo fundamentada em ideários como "a manutenção da saúde das pessoas privadas de liberdade"⁶⁵⁷ ter-se-ia em verdade uma tentativa de liberação estatal do ônus constitucional

⁶⁵³ BRASIL. Ministério da Saúde. *O que é o coronavírus?* Disponível em: <<https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca#o-que-e-covid>>. Acesso em: 10 jun. 2020. "Coronavírus é uma família de vírus que causam infecções respiratórias. O novo agente do coronavírus foi descoberto em 31/12/19 após casos registrados na China. Provoca a doença chamada de coronavírus (COVID-19)".

⁶⁵⁴ BRASIL, op. cit., nota 652.

⁶⁵⁵ Ibid.

⁶⁵⁶ BRASIL, op. cit., nota 639.

⁶⁵⁷ BRASIL, op. cit., nota 652.

reconhecido no paradigma jurisprudencial. Se enquanto encarcerado o indivíduo encontra-se sob tutela do Estado e a negligente gestão desse indivíduo gera responsabilização financeira ao ente federado, logo, a colocação do indivíduo em meio aberto desobriga o estado do ônus econômico.

Nota-se que a referida resolução não estabelece critérios mínimos para assegurar que de fato a soltura de tais indivíduos acarretaria em melhores condições de enfrentamento da doença que a fundamenta. Preocupa-se apenas em (i) identificar quem seriam os agentes mais vulneráveis diante do problema posto - que conseqüentemente demandaria atenção especial da figura responsável por sua integridade - e (ii) neutralizar qualquer tipo de ricochete econômico imputável. Se "encarcerado" é a condição que fundamenta a responsabilidade estatal, "desencarceramento" é a negativa dessa.

Tal análise se justifica uma vez que se de fato a preocupação estatal fosse para com a saúde de seus encarcerados, o país não teria 31% de suas unidades prisionais sem nenhuma modalidade de assistência médica⁶⁵⁸. Se de fato a preocupação legítima do Poder Público fosse com a integridade de seus presos não haveria ações como a ADPF nº 347⁶⁵⁹.

Portanto, apesar de parecer medida intrinsecamente excepcional, os fundamentos básicos da recomendação 62/2020⁶⁶⁰ do CNJ consistem no seguinte silogismo: (i) identificar grupos populacionais especialmente vulneráveis; + (ii) reconhecer a incapacidade estatal de especial tutela intrínseca a condição desses indivíduos. Logo, (iii) propõe-se medidas alternativas ao encarceramento dessa população, como forma de eximir o Estado de responsabilidade.

Com tal entrincheiramento em mente, o amolde à tese perquirida é perfeito: (i) identificação da população LGBTQIA+ encarcerada; + (ii) reconhecimento estatal de sua incapacidade de especial tutela intrínseca a condição desses indivíduos; resultando na (iii) propositura de medidas alternativas ao encarceramento dessa população, como forma de eximir o Estado de responsabilidade.

Desse modo, assim como a tese de concessão de indulto coletivo aos LGBTQIA+ encarcerados previamente defendida, todas as medidas disciplinadas no dispositivo supracolacionado da Recomendação nº 62 do CNJ⁶⁶¹ podem ser cristalinamente adequados e redirecionados, sem grandes esforços, à tutela das minorias sexuais. Tem-se no entanto uma

⁶⁵⁸ FOLHA DE SÃO PAULO. *31% das unidades prisionais do país não oferecem assistência médica*. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2020/03/31-das-unidades-prisionais-do-pais-nao-oferecem-assistencia-medica.shtml>>. Acesso em: 04 jun. 2020.

⁶⁵⁹ BRASIL, op. cit., nota 281.

⁶⁶⁰ BRASIL, op. cit., nota 652.

⁶⁶¹ BRASIL, op. cit., nota 652.

única diferença entre tutelar a disseminação de uma doença em contexto de vulnerabilidade e tutelar a vida de um vulnerável diante de violências individuais: no primeiro caso, caso negligenciar a doença pode propagar a contaminação extramuros, enquanto a violência que um vulnerável sofre reiteradamente no cárcere, por mais que passiva de responsabilização, se aterá apenas intransferivelmente à pessoa que a sofrera.

Poder-se-ia, desse modo, concluir que o que leva o Estado a tutelar de formas diversas situações estruturalmente similares seria reflexo da ausência de empatia do cidadão ordinário. Tutela-se com mais afínco situações que transbordam seus nichos marginalizados e potencialmente atingiriam uma coletividade não periférica, enquanto, que as situações restritas exclusivamente à vivência singular de uma categoria são invisibilizadas.

Nota-se que em algum grau a proposição idealizada poderá ser compreendido como sub ou sobreinclusivo. Todavia, todo normativa genérica contém intrinsecamente tais características. Não defende-se a liberação indiscriminada de LGBTQIA+ do cárcere através do uso do instrumento analisado, ao contrário, preocupa-se em delimitar requisitos para que se possa direcionar sua incidência apenas aos casos de relevância improrrogável.

No entanto, esse é o preço a ser pago pela generalidade inevitavelmente aplicada à tentativa de propor algum reparo à uma estrutura que se valeu da vagueza e ambiguidade inerente ao campo jurídico para institucionalizar práticas violatórias. Se passiva de crítica é propor uma solução aberta, que depende da perícia casuística para sua correta aplicação, objeto de maiores críticas inafastavelmente deverá ser a sistemática punitiva demasiadamente intangível que promoveu e promove os expurgos que se pretende conter.

Fato é que, conforme os dados apresentados em todo o corpo do presente - com especial atenção aos estudos norte-americanos de autoria da RAINN⁶⁶² e Joanne Mariner⁶⁶³ - a situação de violação vivida em presídios é real, cotidiana e estruturalmente banalizada. Entende-se cumprido o ônus argumentativo de identificar as minorias sexuais como vítimas reiteradas dessa pragmática. No mais, poder-se-ia ainda, pugnar pelo cabimento de outros incidentes de execução, como o desvio ou excesso de execução, formas também previstas na LEP⁶⁶⁴, ou propor a concessão de progressão de regime aproveitando o mesmo fundamento acima aduzido. O presente não cuida da análise de todos os incidentes cabíveis devido a restrição de laudas. Todavia sinaliza que na análise dos supra, deve-se transplantar o mesmo raciocínio iniciado, amoldando esse apenas às peculiaridades de cada instituto.

⁶⁶² RAINN, op. cit., nota 498.

⁶⁶³ MARINER, op. cit., nota 500.

⁶⁶⁴ BRASIL, op. cit., nota 146.

CONCLUSÃO

Defender a criação de alas/celas LGBTQIA+ em presídios é algo complexo e materialmente distante, frente a precariedade do sistema penitenciário brasileiro e seu sucateamento expressivo. De mesma sorte, é defender a concessão de instrumentos legislativamente previstos como benéficos a essa população na tentativa de compensação pelas violações sofridas em virtude da sistemática vigente.

A realidade dos presídios brasileiros explicita reiteradas situações de risco que atingem em diferentes níveis todos os encarcerados. Entende-se que a situação inconstitucional da banalização das violações perpetradas no cárcere se dá como reflexo de um sistema punitivo pautado no encarceramento em massa de nichos periféricos. A ineficácia do hiperencarceramento no controle da criminalidade apenas explicita o viés puramente classicista das políticas criminais do país.

O ECI nos presídios brasileiros não apenas fora internacionalmente apontado pelo Relatório Juan, mas liminarmente declarado pela ADPF 347/15. Há quem defenda, com base nessa que o descaso e insalubridade presentes no sistema penitenciário são aleatoriamente direcionados, de forma a justificar atuações mais abrangentes, sem recorte populacional. Como dito, de fato as violações atingirão toda a população carcerária.

Todavia, essa generalidade não pode ser compreendida como argumento suficiente de modo a afastar a imperatividade de medidas positivas voltadas aos LGBTQIA+ encarcerados. Se por um lado o descaso é aleatório, sua consequência é extremamente pontual. Se as violações atingem todos os encarcerados, deve-se preocupar com os nichos os quais o grau de violação exorbita aos demais. A interjeição de dois aspectos de risco é merecedora de tutela específica.

Prova disso é o estudo norte americano conduzido pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos que aponta a maior probabilidade de um homem preso sofrer violência sexual que a de uma mulher solta, o que reverbera ao contextualiza-se os alarmantes números de estupro extramuros apesar de seu alto índice de subnotificação. Se a orientação social é no sentido de segregação de minorias sexuais desde os espaços sociais mais inclusivos - e até mesmo dentro de seus próprios movimentos sociais - impossível é ignorar a tendência violatória a qual esses sujeitos serão expostos em ambientes socialmente marginalizados .

Caso esse argumento não seja suficiente, pode-se sempre recorrer à expressiva estatística que ano a ano expõe o cenário inconstitucional da violência direcionadas às

minorias sexuais. Pode-se apontar que o Brasil mata mais pessoas LGBTQIA+ que países onde tais características são penalmente tipificadas e puníveis, em alguns casos, com morte.

Por tudo, reitera-se: se há ECI nos presídios brasileiros, a parcela mais vulnerável, que por conseguinte potencialmente sofrerá mais violações, é a LGBTQIA+. As dinâmicas sociais sempre se pautaram na subjugação de nichos populacionais desprovidos de poder pelos grupos que o detém. No cárcere, privados da maioria das setorizações sociais vigentes, tende-se a alimentar dinâmicas mais primitivas, e qual o instrumento de manutenção de poder mais antigo que o uso do sexo?

Desde antes de um racionalismo científico direcionado a criação de conceitos tanto de "gênero" quanto de "sexo", o ato em si sexual é operado por quem tem força como forma de dominação. Em ambientes alheios a uma normatividade, o estupro encontra lugar como forma de coação. Afinal, não fora esse um dos instrumentos para a colonização do Brasil?

Torna-se, portanto, tema intrínseco a uma reorganização estrutural do sistema penitenciário um reexame psicológico-comportamental da psique humana. Não apenas dos encarcerados, mas da vida em sociedade em geral. Se há uma pretensão pela busca da ressocialização da pessoa do preso, deve-se de fato entender a que o conceito de “socializar” efetivamente se presta.

Imperativo é reconhecer que submeter seres humanos a inúmeros tipos de violência dentro de um contexto de substituição da liberdade ambulatoria pelo dever estatal de segurança, potencialmente inflamará nesse qualquer coisa, menos a buscada ressocialização. Portanto, se propõe uma reanálise do que seria socialmente aceitável em dinâmicas de ressocialização. A partir desse prisma, da análise da população carcerária, conforme o relatório "LGBT nas prisões do Brasil: Diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento", clara é a existência de grupos populacionais que estarão expostos à risco potencializado, quando inseridos no cárcere, dentre os quais as minorias sexuais devem ser destacadas.

O texto propõe uma vasta gama de opções e recomendações para a mudança de paradigma quanto ao tratamento despendido à encarcerados, que variam de acordo com as especificidades de cada um dos indivíduos pertencentes à sigla LGBTQIA+. Intenta-se evitar que um relatório governamental indique que instituições prisionais não se destinam ao reconhecimento de seus insertos. Mas ao contrário, os reconheça como os humanos que são de modo a propiciar meios efetivos para atingir a precípua ressocialização.

Do fato de que é preciso analisar o cárcere de forma macro não se discorda. Mas a preocupação com os resquícios de preconceitos sociais que coexistam em contextos de latente

vulnerabilidade não apenas impera, como reverbera destaque. É preciso um olhar direcionado aos indivíduos que potencialmente terão de suas condições naturais de vida, extraídos elementos que incrementarão a violência a que serão sujeitados.

É a isso que se destina o presente. A atender a esse clamor tão enérgico, mas que paradoxalmente, nunca pareceu encontrar ouvidos dispostos à sequer reconhecê-lo. Destina-se à propiciar meios para reestruturar o tratamento de minorias sexuais privadas de liberdade. Poder-se-ia adjetivar todos os argumentos elencados como amplamente revolucionários e complexos. Mas há quem os possa traduzir como simples, óbvios e talvez até redundantes, se cruamente analisados.

Se há incremento na pena pelo fator que for, há necessidade de intervenção estatal. Tanto assim é que existem outras divisões mais uniformes e recorrentes em alas/celas destinadas à determinadas características sociais. É o caso das 200 instituições que estabelecem tratamento diferenciado à agentes presos por crimes sexuais, ou as 160 instituições prisionais facionadas, ou as 120 que despendem tratamento diferenciado à agentes insertos nos crimes da Maria da Penha.

Quando usam-se tais fatores socialmente relevantes como justificativa, o capital argumentativo empenhado é puramente pautado em construções sociais, afinal ninguém nasce cometendo crimes sexuais ou agredindo esposas. Qual seria o motivo de se considerar mais complexo e exaustivo defender o tratamento humano mínimo necessário a vida com base em argumentos naturalmente intrínsecos à condição humana? Seria realmente tão desafiador, ou o fator que potencializa essa dificuldade se resume tão somente na ausência da superação de estigmas preconceituosos?

Se não existem teses relevantes que defendam o encarceramento agênero ou assexual, com vistas à clara potencialidade de crimes sexuais, qual a razão de se insistir em não reconhecer que a dicotomia falocentrismo não é o único fator considerado para a violência sexual? Ou menos que isso, se mulheres trans já são consideradas pelo Supremo como as mulheres que realmente são, por que ainda é preciso que haja uma ação própria para adequar a pena à essa hipótese?

Pode-se resumir todos os entraves teóricos, argumentativos e fáticos à uma política voltada ao LGBTQIA+ - tanto encarcerado como solto - no Brasil à duas palavras: preconceito estrutural. Só quando o país estiver disposto à rever suas estruturas sociais mais elementares, o tema será tratado com o devido cuidado. E repito, a conclusão alcançada não consubstanciará nada além do mais simples: era óbvio.

REFERÊNCIAS

ABGLT. *Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos*. Disponível em: <<https://www.abgl.org/>>. Acesso em: 10 jun. 2020.

ALVES, Pedro Henrique de Almeida. *Direito à identidade pessoal*. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7399/Direito-a-identidade-pessoal>>. Acesso em: 14 jan. 2020.

AMBITO JURÍDICO. *Acesso à Justiça: Abismo, população e Judiciário*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-74/acesso-a-justica-abismo-populacao-e-judiciario/>>. Acesso em: 03 jun. 2020.

ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. *Estado de coisas inconstitucional no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

ANTRA. *Associação Nacional de Travestis e Transexuais*. Disponível em: <<https://antrabrasil.org/>>. Acesso em: 10 jun. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: Barroso, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BEAUVOIR, Simone. *O segundo sexo: A experiência vivida*. V. II. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

BECK, Allen J.; HARRISON, Paige M.; ADAMS, Devon B. *Sexual Violence Reported by Correctional Authorities 2006*. Disponível em: <<https://web.archive.org/web/20090419143951/http://www.ojp.usdoj.gov/bjs/pub/pdf/svrca06.pdf>> Acesso em: 09 out. 2019.

BEVILACQUA, C. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 157.

BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade In: DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das famílias*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BORTOLINI, Alexandre. (Coord.). *Diversidade Sexual na Escola*. Rio de Janeiro: Pró-Reitoria de Extensão/UFRJ, 2008.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros*. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/RegMinTratRec.html>>. Acesso em: 10 jun. 2020.

_____. *Código Civil de 1916*. Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm> Acesso em: 14 jan. 2020.

_____. *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm> Acesso em: 15 jan. 2020.

_____. *Código de Processo Civil*. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 22 mar. 2020.

_____. *Código de Processo Penal*. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> . Acesso em: 18 mar. 2020. Artigo 283, caput.

_____. *Código Penal*. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro De 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 01 fev. 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Covid-19*: CNJ emite recomendação sobre sistema penal e socioeducativo. Disponível em:<<https://www.cnj.jus.br/covid-19-cnj-emite-recomendacao-sobre-sistema-penal-e-socioeducativo/>>. Acesso em: 09 jun. 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Provimento nº 73*, de 28 de junho de 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/06/434a36c27d599882610e933b8505d0f0.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação nº 62*, de 17 de março de 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2020.

_____. *Constituição Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 out. 2019.

_____. *Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes*. Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm>. Acesso em: 10 jun. 2020.

_____. *Decreto Legislativo nº 186*, de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm>. Acesso em: 09 jun. 2020.

_____. *Decreto no 678*, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Diário Oficial da União, 9 nov. 1992.

_____. *Decreto nº 6.949*. 25 de agosto de 2009. Tratado de Nova York e Protocolo Facultativo do Tratado de Nova York. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 06 nov. 2019.

_____. *Decreto nº 7.388*, de 9 de dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7388.htm>. Acesso em: 20 de mar. 2020.

_____. *Decreto nº 9.522*, de 8 de outubro de 2018. *Tratado de Marraqueche*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9522.htm>. Acesso em: 06 nov. 2019.

_____. *Decreto nº 9.883*, de 27 de junho de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9883.htm#art13>. Acesso em: 14 mar. 2020.

_____. Departamento Penitenciário Nacional. *Sobre o Levantamento Nacional*. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>>. Acesso em: 28 mar. 2020.

_____. Departamento Penitenciário Nacional. *Receitas e despesas*. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/aceso-a-informacao/despesas>>. Acesso em: 28 mai. 2020.

_____. Departamento Penitenciário Nacional. *Regulamento Interno*. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/quem-somos-1/PORTARIAN199DE9DENOVEMBRODE2018.pdf>>. Acesso em: 25 mai. 2020.

_____. *Emenda Constitucional nº 1*, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_antecor1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 10 out. 2019.

_____. *Emenda Constitucional nº 45*, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 10 out. 2019.

_____. *Estatuto da Mulher Casada*. Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4121.htm> Acesso em: 14 jan. 2020.

_____. *Estrutura do Governo*. Disponível em: <<http://www.governoaberto.rj.gov.br/estrutura-do-governo/secretaria-de-estado-de-administracao-penitenciaria-seap>>. Acesso em: 25 mai. 2020.

_____. Gabinete de Intervenção Federal no Rio de Janeiro. *Licitações e contratos - Atos do Interventor*. Disponível em: <<http://www.intervencaofederalrj.gov.br/intervencao/licitacoes-e-contratos/licitacoes-e-contratos-1>>. Acesso em: 05 fev. 2020.

_____. Gabinete de Intervenção Federal. *SEAP cria políticas públicas para público feminino e LGBT*. Disponível em: <<http://www.intervencaofederalrj.gov.br/imprensa/releases/seap-cria-politicas-publicas-para-publico-feminino-e-lgbt>>. Acesso em: 05 fev. 2020.

_____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação*. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>>. Acesso em: 22 out. 2019.

_____. *Lei Complementar nº 79*, de 07 de janeiro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp79.htm>. Acesso em: 28 mai. 2020.

_____. *Lei da Tortura*. Lei nº 9.455/97, de 7 de abril de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9455.htm>. Acesso em: 10 jun. 2020.

_____. *Lei de Crimes Sexuais*. Lei nº 12.015 de 7 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm> Acesso em: 09 out. 2019.

_____. *Lei de Prisão Temporária*. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm>. Acesso em: 18 mar. 2020.

_____. *Lei de Registros Públicos*. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6015consolidado.htm>. Acesso em: 15 jan. 2020.

_____. *Lei Maria da Penha*. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 01 mar. 2020.

_____. *Lei nº 7.210*, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 09 out. 2019.

_____. *Lei nº 9.982*, de 14 de julho de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9982.htm>. Acesso em: 22 mar. 2020.

_____. *Lei nº 10.826*, de 22 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.826.htm>. Acesso em: 25 mai. 2020.

_____. *Lei nº 12.403*, de 04 de mai. de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm>. Acesso em: 18 mar. 2020.

_____. *Lei nº 12.874/13*, de 29 de outubro de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12874.htm>. Acesso em: 10 jun. 2020.

_____. *Lei nº 12.993*, de 17 de junho de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12993.htm>. Acesso em: 25 mai. 2020.

_____. *Lei nº 13.500*, de 26 de outubro de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13500.htm>. Acesso em: 28 mai. 2020.

_____. *Medida Provisória nº 2.216-37*, de 31 de agosto de 2001. Disponível em: <<https://www.mdh.gov.br/informacao-ao-cidadao/participacao-social/old/cncd-lgbt/legislacao/medida-provisoria-2216-37-de-31-de-agosto-de-2001>>. Acesso em: 20 mar. 2020.

_____. Ministério Da Justiça e Segurança Pública Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. 2017. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>>. Acesso em: 02 mar. 2020.

_____. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. *Conselho Nacional de Combate à Discriminação e promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (CNCI/LGBT)*. Disponível em: <<https://www.mdh.gov.br/informacao-aocidadao/participacao-social/old/cnci-lgbt/cnci-lgbt>>. Acesso em: 20 mar. 2020.

_____. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. *LGBT nas prisões do Brasil: Diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento*. Disponível em: <<https://www.mdh.gov.br/todas-as-noticias/2020-2/fevereiro/TratamentopenaldepessoasLGBT.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2020.

_____. Ministério da Saúde. *O que é o coronavírus?* Disponível em: <<https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca#o-que-e-covid>>. Acesso em: 10 jun. 2020

_____. Ministério dos Direitos Humanos. *Violência LGTBfóbicas no Brasil: dados da violência*, p. 68. Disponível em: <<https://www.mdh.gov.br/biblioteca/consultorias/lgbt/violencia-lgbt-fobicas-no-brasil-dados-da-violencia>>. Acesso em: 17 jan. 2020.

_____. *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas*. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 10 jun. 2020.

_____. PNUD. Desenvolvimento Humano e IDH. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/hdr/arquivos/rdh2011/IDH%20Brasil%20-%20Nota%20Expl>

icativa.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2016. In: ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. *Estado de coisas inconstitucional no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 150.

_____. *População prisional, déficit e vagas*. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZTlkZGJjODQtNmJlMi00OTJhLWFIMDktNzRlNmFkNTM0MWI3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 01 jun. 2020.

_____. Presidência da República e Conselho Nacional de Combate À Discriminação. *Resolução Conjunta nº 1*. 15 de abr. de 2014. Disponível em: <http://www.lex.com.br/legis_25437433_RESOLUCAO_CONJUNTA_N_1_DE_15_DE_ABRIL_DE_2014.aspx>. Acesso em: 05 fev. 20120.

_____. Senado Federal. *Criminalização da LGTBfobia avança no Senado*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/05/22/criminalizacao-da-lgbt-fobia-avanca-no-senado>>. Acesso em: 17 jan. 2020.

_____. Senado Federal. *Emenda 1 ao PL 860 de 2019*. Disponível em: <<file:///C:/Users/Home/Downloads/DOC-EMENDA%201-T%20-%20PL%208602019-20190227.pdf>>. Acesso em: 21 mai. 2020.

_____. Senado Federal. *Gestão Orçamentária Pública*: Coletânea de legislação. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/529744/gestao_orcamentaria_publica_1ed.pdf>. Acesso em: 28 mai. 2020.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei da Câmara nº 122*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/79604>>. Acesso em: 21 mai. 2020.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 672*. 2019. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7916960&ts=1567535186302&disposition=inline>>. Acesso em: 17 jan. 2020.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 860*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135327>>. Acesso em: 21 mai. 2020.

_____. Subsecretaria do Sistema Penitenciário do Distrito Federal. *A SESIPE*. Disponível em: <<http://www.sesipe.ssp.df.gov.br/a-sesipe/>>. Acesso em: 05 fev. 2020.

_____. Subsecretaria do Sistema Penitenciário do Distrito federal. *Assistência Religiosa*. Disponível em: <<http://www.sesipe.ssp.df.gov.br/assistencia-reliosa/>>. Acesso em: 05 fev. 2020.

_____. Subsecretaria do Sistema Penitenciário do Distrito federal. *Transparência*. Disponível em: <<http://www.sesipe.ssp.df.gov.br/transparencia/>>. Acesso em: 05 fev. 2020.

_____. Subsecretaria do Sistema Penitenciário do Distrito federal. *Visitantes*. Disponível em: <<http://visita.sesipe.df.gov.br/>>. Acesso em: 05 fev. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Constitucionalidade nº 43*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>>. Acesso em: 18 mar. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Constitucionalidade nº 44*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986729>>. Acesso em: 18 mar. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Constitucionalidade nº 54*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5440576>>. Acesso em: 18 mar. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400211&tipo=TP&descricao=ADI%2F4275>>. Acesso em: 15 jan. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277revisado.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 662.563 Goiás*. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/ARE_662563_GO_1333403859561.pdf?Signature=YbAeB3CkXXv5IqiQ60Q7%2FYhTGyE%3D&Expires=1591195325&AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEA0765VPOG&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=492d4be34a719829119161a09a202cbd>. Acesso em: 03 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 23 mar. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 457*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442331>>. Acesso em: 15 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 527*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5496473>>. Acesso em: 31 jan. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ministro garante a presas transexuais direito a recolhimento em presídios femininos*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=415208>>. Acesso em: 31 jan. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Juizes de execução penal devem seguir recomendações do CNJ para evitar disseminação de coronavírus nas prisões*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=439697>>. Acesso em: 23 mar. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Julgamento sobre omissão legislativa em criminalizar homofobia prossegue nesta quarta-feira (20)*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?id>>

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário no 466343 / SP – SÃO PAULO*. Relator: Min. Cezar Peluso. DJ, 3 dez. 2008. Diário da Justiça Eletrônico, 5 jun. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 580.252 Mato Grosso do Sul*. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311629732/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-rg-re-580252-ms-mato-grosso-do-sul/inteiro-teor-311629740?ref=juris-tabs>. Acesso em: 03 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Supremo reconhece união homoafetiva*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>> Acesso em: 15 jan. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *STF reconhece a transgêneros possibilidade de alteração de registro civil sem mudança de sexo*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=371085>>. Acesso em: 15 jan. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>>. Acesso em: 17 jan. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Tema 365 - Responsabilidade do Estado por danos morais decorrentes de superlotação carcerária*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2600961&numeroProcesso=580252&classeProcesso=RE&numeroTema=365>>. Acesso em: 03 jun. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *VEP/DF decide que presos com identidade de gênero feminina não precisam cortar o cabelo*. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2017/setembro/vep-df-decide-que-presos-com-identidade-de-genero-feminina-nao-precisam-cortar-o-cabelo>>. Acesso em: 04 fev. 2020.

BRASILESCOLA. *O que é mercantilismo?* Disponível em: <<https://brasilescola.uol.com.br/o-que-e/historia/o-que-e-mercantilismo.htm>>. Acesso em: 15 mar. 2020.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisa Inconstitucional*. Salvador: Juspodivm, 2016.

CARRARA, Sérgio. *Políticas e direitos sexuais no Brasil contemporâneo*. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/bagoas/article/view/2316/1749>>. Acesso em: 25 out. 2019.

CASTRO, Leandro. *Lei 7.210/84 - Resumo da Lei de Execução Penal*. Disponível em: <<https://leonardocastro2.jusbrasil.com.br/artigos/310916668/lei-7210-84-resumo-da-lei-de-execucao-penal>>. Acesso em: 18 mar. 2020.

CATRACALIVRE. *Nova resolução garante direitos para presos LBGT*. Disponível em: <<https://catracalivre.com.br/cidadania/nova-resolucao-garante-direitos-para-presos-lbgt/>>. Acesso em: 05 fev. 2020.

CARVALHO NETO, Inacio. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CIDH. *Convenção Americana Sobre Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em: 10 out. 2019.

_____. *Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos*, de 1979. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/t.Estatuto.CIDH.htm>>. Acesso em: 09 jun. 2020.

_____. *Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/v.Estatuto.Corte.htm>>. Acesso em: 10 out. 2019. Art. 3.

_____. *Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/Viejos/w.Regulamento.Corte.htm>>. Acesso em: 10 out. 2019.

CONJUR. *Por coronavírus, instituto pede ao STF redução da população carcerária*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-16/coronavirus-instituto-reducao-populacao-carceraria>>. Acesso em: 22 mar. 2020.

CONNELL, Raewyn; PEARSE, Rebecca. *Gênero: uma perspectiva global*. São Paulo: nVersos, 2015.

CONTRYMETERS. *População dos Estados Unidos da América*. Disponível em: <[https://countrymeters.info/pt/United_States_of_America_\(USA\)](https://countrymeters.info/pt/United_States_of_America_(USA))>. Acesso em: 22 out. 2019.

DAMIANI, Durval; GUERRA-JÚNIOR, Gil. *As novas definições e classificações dos estados intersexuais: o que o Consenso de Chicago contribui para o estado da arte?* Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0004-27302007000600018>. Acesso em: 28 abr. 2020.

DESLANDES, Keila (Coord). *Homotransfobia e direitos sexuais: debates e embates contemporâneos*. Belo Horizonte: Autêntica, 2018, p. 36.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das famílias*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DICIO. *Significado de Gonadal*. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/gonadal/>>. Acesso em: 28 abr. 2020.

DICIONÁRIO. *Oxford Advanced Learner's Dictionary*. Oxford University Press. Oxford. 1990.

DIREITONET. *Responsabilidade civil do Estado*. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8039/Responsabilidade-civil-do-Estado#:~:text=Para%20o%20Estado%20ser%20chamado,ou%20o%20dolo%20do%20agente.>>>. Acesso em: 03 jun. 2020.

DOURADO, Larissa Boechat (Coord.). *Glossário da diversidade*. Rio de Janeiro: Metanoia, 2017.

ESPINOLA, E. *A família no Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Gazeta Judiciária, 1954.

EUROPA. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 07 out. 2019.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *European Convention On Human Rights*. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf>. Acesso em: 10 out. 2019.

EXTRA. *SEAP faz censo para saber se mulheres transexuais que cumprem pena querem ir para presídios femininos*. Disponível em: <<https://extra.globo.com/noticias/rio/seap-faz->

censo-para-saber-se-mulheres-transexuais-que-cumprem-pena-querem-ir-para-presidios-femininos-23242667.html>. Acesso em: 05 fev. 2020.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Positivo, 2010.

FOLHA DE SÃO PAULO. *31% das unidades prisionais do país não oferecem assistência médica*. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2020/03/31-das-unidades-prisionais-do-pais-nao-oferecem-assistencia-medica.shtml>>. Acesso em: 04 jun. 2020.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2019*. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/09/Anuario-2019-FINAL-v3.pdf>> Acesso em: 09 out. 2019.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento das prisões*. 42. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2014.

_____. *História da sexualidade. A vontade de saber*. São Paulo: Paz e Terra, 2014. v. I.

FUNDO BRASIL. *Grupo Conexão G de Cidadania LGBT para Moradores de Favelas*. Disponível em: <<https://www.fundobrasil.org.br/projeto/grupo-conexao-g-de-cidadania-lgbt-para-moradores-de-favelas/>>. Acesso em: 10 jun. 2020.

FREE AND EQUAL. *Intersex*. Disponível em: <<https://www.unfe.org/wp-content/uploads/2017/05/UNFE-Intersex.pdf>>. Acesso em: 14 jan. 2020.

GAZETA DO POVO. *Estado tem que indenizar preso. E você? Pode pedir danos morais?* Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/justica/estado-tem-que-indenizar-preso-e-voce-pode-pedir-danos-morais-e2pssbyu9rjrues7z0goippud/>>. Acesso em: 03 jun. 2020.

_____. *Violência contra gays começa em casa*. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/violencia-contra-gays-comeca-em-casa-27h630m9ljll6evmgo52ni3wu/>>. Acesso em: 10 jun. 2020.

GLOBO. *Brasil perde uma posição em ranking do IDH*. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/12/09/brasil-perde-uma-posicao-em-ranking-do-idh.ghtml>>. Acesso em: 22 mar. 2020.

_____. *Brasil registra uma morte por homofobia a cada 23 horas, aponta entidade LGBT*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/05/17/brasil-registra-uma-morte-por-homofobia-a-cada-23-horas-aponta-entidade-lgbt.ghtml>>. Acesso em: 17 jan. 2020.

_____. *STF nega pedido para libertar presos como medida de contenção do coronavírus*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/stf-nega-pedido-para-libertar-presos-como-medida-de-contencao-do-coronavirus-24313310>>. Acesso em: 23 mar. 2020.

LFG. *Direitos fundamentais de primeira, segunda, terceira e quarta geração*. Disponível em: <<https://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/direitos-fundamentais-de-primeira-segunda-terceira-e-quarta-geracao>>. Acesso em: 15 mar. 2020.

_____. *Os direitos fundamentais do cidadão preso: uma questão de dignidade e de responsabilidade social*. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/106771/os-direitos-fundamentais-do-cidadao-preso-uma-questao-de-dignidade-e-de-responsabilidade-social-lizandra-pereira-demarchi>>. Acesso em: 18 mar. 2020.

MAGALHÃES, Breno Baía. *O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322019000200203>. Acesso em: 23 mar. 2020.

MAIA, Afonso. *Interpretação da Lei Penal: Formas de se interpretar a Lei Penal de acordo com a doutrina atual*. Disponível em: <<https://afonsoagmaia.jusbrasil.com.br/artigos/381673867/interpretacao-da-lei-penal>>. Acesso em: 09 out. 2019.

MAIA, Rousiley C. M. et al. A teoria crítica nos estudos da Comunicação: uma agenda empírica para o programa de Jurgen Habermas e Axel Honneth. In: FRANÇA, V; ALDE, A; RAMOS, M.C. (Org.). *Teorias da Comunicação no Brasil? Reflexões contemporâneas*. Salvador: EDFUBA. 2014.

MARINER, Joanne (2001). *"No Escape - Male Rape in U.S. Prisons" ("Sem escapatória - estupro de presos nas prisões dos EUA")*. Disponível em: <<https://www.hrw.org/reports/2001/prison/report.html>> Acesso em: 09 out. 2019.

MARQUEZ, Mx. Anunnaki Ray. *Biological Sex and Sex Characteristic*. Disponível em: <<https://anunnakiray.com/biological-sex/>>. Acesso em: 14 jan. 2020.

MEDIUM. *Travesti ou Transexual, tem diferença?* Disponível em: <<https://medium.com/@brunagbenevides/travesti-ou-transexual-tem-diferen%C3%A7a-f8166e67e1bc>>. Acesso em: 08 jun. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MENDEZ, Juan. *Assembleia Geral Das Nações Unidas*. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/56dfdf3d4.html?_cf_chl_jschl_tk__=a496e57d223ecb84f489c96d9cea706e285a7ac8-1581027974-0-AQiUujVI_CsUjQ4gOt0ayhz6xQctiLfnijzsVp_nGBgO4FWCiKQOMujoTYBByquHsr7IM2ore9cEf7u77aKBB04nFZC8OaI_KPahtiw4leS-gG_ik3CWZAAW5gq7iM1JUonViDyUISs8LvLERsgjUE36PchzkqECQAhYK6DeOQ-pUnMzDgIPHZhH1zrz3OMgjA4tFUGNfy94b5h-2C2MESmkOtgQzFrnAab-y_Fyhjm2Rm7IXhzAW3juc0My5GtNhOJoIzq3FZ_GmTRAw5bZ1TOn3WXf_vX9MKOH6IQN5ZqYq>. Acesso em: 06 fev. 2020.

MENSAGENS COM AMOR. *O termo GLS*. Disponível em: <<https://www.mensagenscomamor.com/mensagem/479663>>. Acesso em: 08 jun. 2020.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Uma vitória pírrica: o julgamento da ADPF 347*. Disponível em: <<https://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/232387594/uma-vitoria-pirrica-o-julgamento-da-adpf-347>>. Acesso em: 22 mar. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de execução penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.p. 243.

_____. *O estupro sob a prima da lei 12.015/09*. Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/o-crime-de-estupro-sob-o-prisma-da-lei-12-01509#:~:text=Destarte%2C%20o%20estupro%20passa%20a,por%20conjun%C3%A7%C3%A3o%20carnal%5B7%5D.>>. Acesso em: 08 jun. 2020.

OEA. Assembleia Geral. *Resolução 2.435: Direitos Humanos, Sexualidade e Identidade de Gênero*. AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08). 03/06/2008. Disponível em: <<https://goo.gl/cS6Pt6>>. Acesso em: 07 out. 2019.

_____. *Nossa História*. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/sobre/nossa_historia.asp>. Acesso em: 10 out. 2019.

_____. *Oficinas de la OEA en los Estados Miembros*. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/acerca/offices.asp>>. Acesso em: 10 out. 2019.

_____. *Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas*. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/ppl/default.asp>>. Acesso em: 10 jun. 2020.

_____. *Quem somos*. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/sobre/quem_somos.asp>. Acesso em: 24 set. 2019.

ONU. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. *Born Free and Equal*. 13/09/2012. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/BornFreeAndEqual.aspx>>. Acesso em: 07 out. 2019.

_____. Assembleia Geral. *Declaração Universal de Direitos Humanos*. Paris, 10/12/1948. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 21 set. 2019.

_____. Assembleia Geral. *Promotion and protection of human rights: human rights questions, including alternative approaches for improving the effective enjoyment of human rights and fundamental freedoms*. Letter dated 18 December 2008 from the Permanent representatives of Argentina, Brazil, Croatia, France, Gabon, Japan, The Netherlands and Norway to the United Nations addressed to the President of the General Assembly. 22/12/2008. Disponível em: <<http://www.sxpolitics.org/wp-content/uploads/2009/03/un-document-on-sexual-orientation.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2019.

_____. *Conheça a ONU*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/conheca/>>. Acesso em: 08 jun. 2020.

ONU NEWS. *Especialista da ONU apresenta relatório sobre tortura no Brasil*. Disponível em: <<https://news.un.org/pt/story/2016/03/1543851-especialista-da-onu-apresenta-relatorio-sobre-tortura-no-brasil>>. Acesso em: 28 mar. 2020.

ORIENTANDO. *Genderqueer*. Disponível em: <<https://orientando.org/listas/lista-de-generos/genderqueer/>>. Acesso em: 07 out. 2019.

PAES, Daiana; PEPE, Eduardo. *Por dentro das siglas da comunidade LGBTQ+ e seus significados*. Disponível em: <<https://projetocolabora.com.br/ods16/por-dentro-das-siglas-da-comunidade-lgbt-e-seus-significados/>>. Acesso em: 02 out. 2019.

PEREIRA, Cáo Mário da Silva. Reconhecimento de paternidade e seus efeitos, p. 144. In: DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das famílias*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de: Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

PODER 360. *Fundo federal para penitenciárias tem menor orçamento da série histórica*. Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/economia/fundo-federal-para-penitenciarias-tem-menor-orcamento-da-serie-historica/>>. Acesso em: 28 mai. 2020.

POPULATION PYRAMID. *Lista de países ordenados pelo tamanho da população*. Disponível em: <<https://www.populationpyramid.net/pt/popula%C3%A7%C3%A3o/2017/>>. Acesso em: 22 out. 2019.

PORTAL TRANSPARÊNCIA. *Fundo Penitenciário Nacional*. Disponível em: <<http://portaltransparencia.gov.br/orgaos/30907?ano=2020>>. Acesso em: 28 mai. 2020.

_____. *Orçamento Público*. Disponível em: <<http://www.portaltransparencia.gov.br/entenda-a-gestao-publica/orcamento-publico>>. Acesso em: 28 mai. 2020.

gov.br/entenda-a-gestao-publica/orcamento-publico>. Acesso em: 28 mai. 2020.

RAINN. *Statistics*. Disponível em: <<https://www.rainn.org/statistics>>. Acesso em: 22 out. 2019.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1999.

SANDEL, Michael J. *Justiça - O que é fazer a coisa certa*. 30. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SCHROEDER, Simone. Regressão de Regime: Uma Releitura Frente aos Princípios Constitucionais. Abordagem Crítica. In: Carvalho, Salo de (org.). *Crítica à Execução Penal*. Doutrina Jurisprudência e Projetos Legislativos. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

SEPARATE IS NOT EQUAL: BROWN V. BOARD OF EDUCATION. Separate but Equal: The Law of the Land. Disponível em: <<https://americanhistory.si.edu/brown/history/1-segregated/separate-but-equal.html>>. Acesso em: 15 mai. 2020.

SESSAREGO, Carlos Fernández. Derecho a la identidad personal. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1992. In: ALVES, Pedro Henrique de Almeida. *Direito à identidade pessoal*. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7399/Direito-a-identidade-pessoal>>. Acesso em: 14 jan. 2020.

SIGNIFICADOS. *Significado de LGBT*. Disponível em: <<https://www.significados.com.br/lgbt/>>. Acesso em: 02 out. 2019.

SILVESTRE, Armando Araújo. *Sociedade Feudal*. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/historia/sociedade-feudal/>>. Acesso em: 15 mar. 2020.

SOUZA, Paulo S. Xavier. *Individualização da Penal: no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

TEIXEIRA, Alessandra. *Do Sujeito de Direito ao Estado de Exceção: O percurso contemporâneo do Sistema Penitenciário Brasileiro*. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/espen/DosujeitodedireitoaoEstadodeexceo2006.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2020.

TRANSRESPECT. *TMM annual report 2016*. Disponível em: <<https://transrespect.org/wp-content/uploads/2016/11/TvT-PS-Vol14-2016.pdf>>. Acesso em: 17 jan. 2020.

UOL. *Cartório de Goiás contraria decisão do STF e recusa alteração de registro civil de mulher trans*. Disponível em: <<https://observatoriog.bol.uol.com.br/noticias/2018/07/>

[cartorio-de-goias-contraria-decisao-do-stf-e-recusa-alteracao-de-registro-civil-de-mulher-trans](https://observatoriog.bol.uol.com.br/noticias/2018/07/cartorio-de-goias-contraria-decisao-do-stf-e-recusa-alteracao-de-registro-civil-de-mulher-trans)>. Acesso em: 15 jan. 2020.

_____. *Democracia*. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/democracia.htm>> Acesso em: 15 jan. 2020.

VASCONCELOS, Paloma. *Com 812 mil pessoas presas, Brasil mantém a terceira maior população carcerária do mundo*. 19/07/2019. Disponível em: <<https://ponte.org/com-812-mil-pessoas-presas-brasil-mantem-a-terceira-maior-populacao-carceraria-do-mundo/>>. Acesso em: 22 out. 2019.

VEJA. *O PLC 122, a dita “lei anti-homofobia”, está arquivado. Mas outro texto vem por aí, com ainda mais problemas. Ou: Bom senso não é preconceito*. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/o-plc-122-a-dita-lei-anti-homofobia-esta-arquivado-mas-outro-texto-vem-por-ai-com-ainda-mais-problemas-ou-bom-senso-nao-e-preconceito/>>. Acesso em: 21 mai. 2020.

VIANNA, Luana. Portal Drauzio Varella. *Como funciona o SUS para pessoas transexuais*. Disponível em: <<https://drauziovarella.uol.com.br/reportagens/como-funciona-o-sus-para-pessoas-transexuais/>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

YOGYAKARTA PRINCIPLES IN ACTION. *Princípios de Yogyakarta: Princípios sobre a Aplicação da Legislação Internacional de Direitos Humanos em relação à Sexualidade e Identidade de Gênero*, 2007. Disponível em: <http://www.ypinaction.org/files/01/37/principios_yogyakarta.pdf>. Acesso em: 16 set. 2019.

YOUTUBE. *FANTÁSTICO: Drauzio Varella abraça mulher trans há 8 anos sem visita na prisão e emociona*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=eBopTUey3VI>>. Acesso em: 14 abr. 2020.

_____. *O que é Intersexo?! Guia Básico #12*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=2iWaWsiSnd4>>. Acesso em: 28 abr. 2020.

_____. *Rita em 5 Minutos: LGBTQIA+*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=EREoc40JBr8>>. Acesso em: 08 jun. 2020.

ZAMBONI, Marcio. *O barraco das monas na cadeia dos coisas: notas etnográficas sobre a diversidade sexual e de gênero no sistema penitenciário*. Aracê: Direitos Humanos em Revista, São Paulo, 2017.