



EXECUÇÃO PENAL E A FALTA DE OBSERVÂNCIA DOS DIREITOS HUMANOS DOS RECLUSOS TRANSGÊNEROS: UM OLHAR CRÍTICO SOBRE O PROBLEMA

Nathan Alves da Silva ¹

Julia Lottici Viecili ²

RESUMO: Na presente pesquisa esquadrinha-se a problematização relacionada à execução penal de condenados transgêneros. Utilizando-se de doutrinas, decisões e artigos científicos versando sobre o assunto. Recorreu-se ao método dedutivo. Fez-se a análise, primordialmente, do conceito de transgêneros, a forma como são tratados dentro das Unidades Prisionais e sempre abordando as leis que fundamentam o tratamento que eles têm e deveriam ter. Posteriormente levou-se em conta alguns dos princípios que regem do direito penal, em especial os direitos humanos como um todo. E, por fim, conceituou-se sobre a responsabilidade do Estado em relação aos atos de violência, apresentando decisões judiciais, em especial a que ensejou esta nova forma de tratamento do assunto, firmada recentemente pelo STF. Como objetivo, pretendemos demonstrar a importância que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) deve repercutir no ordenamento brasileiro e, em concreto, na execução penal, uma vez que fundamentou, sob o critério de controle de constitucionalidade, a forma de execução penal de condenados transgêneros, os quais devem cumprir suas reprimidas em Unidade prisionais femininas.

Palavras-chave: Direitos humanos de prisioneiros. Execução penal. Transgêneros.

ABSTRACT: The present research is about the problem related to Penal Execution of condemned transgender was investigated. Using doctrines, decisions, judgments and specific articles about this subject. Resorted the deductive method. The analysis of the concept of transgender, the way how they are treated in the prison and approached about laws justify the treatment that they have and should have. Posteriorly, some of penal law principles, in special the Human Rights as a whole. And, finally, it was conceptualized the State responsibility in relation to violence's acts, presenting judicial decisions, in particular that caused the new treatment with the subject, signed in the last months by STF. The objective we want to demonstrate that decision rendered of the Federal Supreme Court Minister, must effect the Brazilian legal system, since it legally established by the constitutional control, the way of Penal Execution of transgenders condemned, which must serve time in female prison.

Keywords: Human rights of prisoners. Penal execution. Transgender people.

¹ Acadêmico de Direito na UNIVALI, 3º período, campus Balneário Camboriú. Integrante do Grupo de Estudos Direitos Humanos, problemas em torno de sua concretização – PAIDEIA. E-mail: nathanalves@edu.univali.br

² Acadêmica de Direito na UNIVALI, 3º período, campus Balneário Camboriú. E-mail: julia.viecili@icloud.com



INTRODUÇÃO

Sabe-se que a questão de gênero e sua problematização tem forte impacto na sociedade atual, sendo muitas vezes esquecida em alguns ramos da vida pública, tal esquecimento vem ocorrendo por muitos anos na execução penal.

Entende-se como transgênero, o indivíduo que se identifica com sexo diferente do atribuído no nascimento. Neste artigo, utilizaremos a categoria transexual, que se refere à pessoa que não se identifica com o sexo biológico que anatomicamente nasceu, sendo assim não se reconhece dentro do próprio corpo, ou seja, psicologicamente são um sexo e anatomicamente outro. De outro lado, também abordaremos a categoria travesti, aqui entendido como um “terceiro gênero”, vivenciam papéis de gênero feminino, mas não se reconhecem como tais, e nem mesmo como homens, ressalta-se que independente de como se reconhecem, preferem ser tratadas no feminino.(ONU, 2017)

Ao classificar o gênero de um indivíduo, há duas formas basicamente: pelo órgão sexual de seu nascimento e pelo qual a pessoa se identifica, que pode ou não ser o mesmo de seu nascimento, deste modo referindo-se como exemplo os próprios transgêneros, o quais, não são definidos por sua orientação sexual, mas por sua identificação com um determinado gênero. Dessa forma, o transgênero pode ter qualquer uma das orientações sexuais citadas no tópico anterior.

Sendo assim, o ordenamento jurídico-penal oferece algumas lacunas aos transgêneros, pois a própria Constituição Federal da República, define que o estabelecimento prisional deve dividir-se entre homens e mulheres, e muitas mulheres as quais são transgêneros se encontram em unidade prisional direcionada ao sexo masculino.

Deste modo, à presença em estabelecimento prisional diverso, ocasiona múltiplas violências nas reclusas, não só verbal, mas também violências físicas, contra a dignidade sexual, além de, ameaças de morte, partindo desta premissa, denota-se uma dupla punição em seus delitos, que é contra os princípios jurídicos brasileiros.

Ante a situação mencionada, tais violências encontram-se diante do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que decorre sobre a responsabilização do Estado diante das violências ocorridas dentro das unidades, sendo assim, pode-se usar a analogia, para as vítimas, que são transgêneros e sofrem com violências dentro



das prisões. Todavia como o problema ocorre em muitas unidades, o STF, decidiu que transgêneros, devem cumprir sua reprimida em unidade prisional feminina.

Sendo responsabilidade do Estado a prevenção especial dos crimes que ocorrem dentro das prisões. Assim, impõe-se o caráter ressocializador à sanção penal, a falta de atenção às condições mínimas de dignidade do reeducando, como sua identidade de gênero e autodeterminação sexual durante o regime de reclusão compromete seus direitos fundamentais, e dessa forma deve ser tratada com cautela.

Como método de procedimento serão utilizadas fontes escritas, estudo de legislações, doutrinas e jurisprudências relacionadas ao tema. Adota-se o método dedutivo.

O presente artigo, está dividido em três partes, sendo a primeira abordando o ordenamento jurídico penal-brasileiro e sua conformação constitucional; a segunda, tratando da execução penal e suas adversidades e por fim na terceira parte se tratando dos posicionamentos dos STF e a responsabilização do estado.

1 ORDENAMENTO JURÍDICO-PENAL E SUA CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONAL

O Direito Penal Moderno é guiado, fundamentalmente, por uma correspondência material à Constituição, de maneira que a atividade persecutória do Estado seja autolimitada. Queremos com isso dizer que o conjunto de direitos, garantias e princípios fundamentais, por um lado, estabelece as condições dentro das quais o Estado tutelará bens jurídicos de relevo para a sociedade³. Ou seja, o objeto criminalizável por meio do processo de política criminal deve, no direito penal constitucional, estar delimitado pela Constituição. Por outro, o sistema principiológico, os valores e os direitos fundamentais determinarão que fins devem ser perseguidos pelo direito penal. Assim, arrancando, *v.g.*, do reconhecimento do pluralismo social brasileiro e as liberdades inerentes a cada pessoa, tudo isso presidido pelo princípio

³ Ao tratar do conceito de bem jurídico, Nucci, refere que “o termo *bem* indica, sempre, algo positivo, como um favor, uma benesse, um proveito ou uma ventura.” (2014, p. 5) Sendo assim, quando falamos de bens tutelados pelo Direito, de acordo com o ordenamento jurídico, podemos concluir que são aqueles indispensáveis à vida em sociedade, merecendo proteção e cuidado, tendo em consideração a respectiva dignidade de cada ser humano. “O conceito de bem jurídico revela suma importância na delimitação de atuação estatal, pois através de uma espécie de catalogação de interesses e valores representativos para o homem, enquanto ser integrado a uma sociedade, vitais para a sua dignidade, segurança e promoção nesse meio, oferece-se matéria idônea para o trabalho legislativo.” (SABBÁ GUIMARÃES, 2000, p.30-31)



problemática que aqui tratamos, referida às pessoas que não se identificam com seu gênero de nascença.

A propósito do problema de gênero, as Regras de Mandela contemplam, na regra 7, a, o direito a que seja respeitada a auto-atribuição do gênero do apenado na unidade prisional. Outrossim, tem-se um tratado ratificado, o qual tem a mesma equivalência à emenda constitucional, conforme art. 5º, §3º da Constituição Federal no ordenamento jurídico brasileiro.

Por conseguinte, a Resolução Conjunta nº 1 de 15 de abril de 2014, do Conselho Nacional de Combate à Discriminação com o Conselho Nacional de Política Criminal de Penitenciária, prevê mais atenção aos apenados LGBT, devido suas orientações sexuais e identidade de gênero. Conforme seu art. 4º: “As pessoas transexuais masculinas e femininas devem ser encaminhadas para as unidades prisionais femininas.”, e travestis em unidade prisional masculina, porém em área específica se o mesmo manifestar vontade. (Conselho Nacional de Combate à Discriminação, 2014)

2 A EXECUÇÃO PENAL E SUAS ADVERSIDADES

Sabe-se que a principal função do sistema prisional é ressocializar os detentos, ou seja, objetiva que a partir do momento em que passem conviver em sociedade novamente não cometam novos delitos. Porém para que aconteça tal ressocialização é de suma importância que a unidade prisional, esteja preparada para receber e tratar todos os detentos, sem distinções, e com todas as assistências necessárias, conforme preceitua o art. 11 da Lei de Execução Penal: “A assistência será: I- material; II- à saúde; III- jurídica; IV- educacional; V- social; VI- religiosa.” (Brasil, 1984) Para que ao final de cumprir toda sua reprimida, possa o recluso sair ressocializado e apto a conviver em sociedade novamente.

No entanto, a realidade prisional é totalmente diferente, pois dentro das unidades ao invés de verificar-se a reabilitação dos reclusos, ocorrem diversas violações de direitos, não somente por meio do regime imposto aos reclusos, mas também pelos próprios, que cometem sevícias uns contra os outros, por meio de motins, estupros, agressão física e verbal.

A questão problemática relacionada aos presídios pode encontrar outras situações bem peculiares. A violação aos direitos humanos é gritante no que concerne



estupradas, torturadas, agredidas fisicamente e psicologicamente, evidenciando mais uma vez a violação aos seus direitos e garantias fundamentais.

É de se verificar que embora a igualdade esteja expressa na Constituição Federal de 1988 e na Lei de Execução Penal, a mulher transexual/travesti é tratada de forma totalmente desigual, tendo em vista que necessita de um tratamento diferenciado, vez que se encontra em um segmento social vulnerável a supressões de direitos e violências.

Desta maneira, tem que haver uma divisão clara e justa nos sistemas prisionais, pois, além de toda discriminação que os transexuais sofrem socialmente, dentro de um presídio não seria diferente, então, deve-se colocar transgêneros em celas ou alas específicas, para manter assim esses apenados longe de toda violência, discriminação, vulnerabilidade e qualquer outro tipo que traga sofrimento injusto.

Assim, diante do exposto, a questão de toda discriminação sofrida pelos transexuais/travestis dentro das Unidades prisionais, decorre única e exclusivamente, de uma sucessão de fatores, contudo, a negligência do Poder Público, a falta de investimento, fizeram com que só se acentuassem.

Deste modo, a decadência do Estado, torna as mazelas dentro da execução cada vez maiores, o preconceito dos próprios apenados entre si, a violência, discriminação, superlotação, e demais problemas enfrentados hoje, devem ser resolvidos única e exclusivamente pelo Estado, o qual é responsável pelo saudável cumprimento da reprimida de cada recluso, segundo o art. 38 do Código Penal, o qual discorre sobre a conservação dos direitos não atingidos pela perda de liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral.

Um fato relatado por diversas mulheres transexuais e travestis que já foram reclusas em unidade prisional masculina, é a violação da dignidade sexual⁴ onde muitas foram obrigadas a realizar relações sexuais sem qualquer tipo de consentimento. Deixando-as abaladas, fisicamente e, psicologicamente. Assim, afetadas pelas violências sexuais sofridas, e muitas vezes com medo de denunciar as violências. Destarte, as Regras de Bangkok, abordam este assunto em sua regra 7:

⁴ Conceito de Dignidade sexual: A dignidade sexual liga-se a sexualidade humana, ou seja, o conjunto de fatos, ocorrências e aparências da vida sexual de cada um. Associa-se a responsabilidade e a autoestima à intimidade e à vida privada, permitindo-se deduzir que o ser humano pode realizar-se, sexualmente, satisfazendo a lascívia e a sensualidade como bem lhe aprouver, sem que haja qualquer interferência estatal ou da sociedade. (NUCCI, 2013, p.40)



atitude e posicionamento definitivo do Estado, pois, é assegurado pela Lei o respeito à integridade física e moral de todos. No entanto, diante das situações em que são expostas essas pessoas, por conta de sua preferência sexual, veem-se violados em seus direitos, não havendo qualquer proteção que o Estado possa lhes oferecer, além de que, pela falta de resolução acaba contribuindo para que tais situações sejam rotineiras e consideradas “normais” dentro das prisões.

3 POSICIONAMENTO DO STF QUANTO À RESPONSABILIDADE DO ESTADO

O Estado, deve garantir ao preso sua integridade física e moral durante a segregação, conforme preceitua o art. 5º, inciso XLIX, CF/88, o que se mostra incompatível com celas superlotadas e destituídas de mínimas condições de higiene como se denota da presente realidade. Assim, não sendo cumprido o dever estatal, vê-se possível, em sede de controle de constitucionalidade, sua responsabilização.

Quando o Estado recolhe um indivíduo ao presídio, passa a ter responsabilidade sob sua guarda, na condição de garantidor, devendo-lhe assistir quanto as condições de segurança e saúde. Assim, torna-se obrigatória uma atuação estatal na órbita material, ou seja, promovendo as condições necessárias para o mínimo de respeito à condição humana dos reclusos, assegurando seus direitos, inclusive no que concerne à estrutura do estabelecimento prisional, a fim de que não lhes ofenda o mínimo existencial inerente à sua dignidade.

Deste modo, de acordo com a situação real em que se encontram as Unidades Prisionais, tem-se que o Estado se omite de dar concretização aos direitos dos reclusos. Avulta, nesse cenário caótico do sistema prisional brasileiro, a negligência estatal quanto às condições materiais que devem ser destinadas a todos os presos e em especial aos transgêneros, que passam por situações extremamente precárias e constrangedoras diante da realidade social tida *intramuros*. Sendo assim, já se tem visto a possibilidade de o Estado ressarcir danos causados por omissão.

Viu-se a juridificação do problema, de maneira exemplar, no recurso especial, em que o Ministro Teori Zavaski assim se referiu:

O dever de ressarcir danos, inclusive morais, efetivamente causados por ato dos agentes estatais ou pela inadequação dos serviços públicos decorre diretamente do art. 37, § 6º, da Constituição, disposição normativa autoaplicável, não sujeita a intermediação legislativa ou administrativa para assegurar o correspondente direito subjetivo à indenização. Ocorrendo o



dano e estabelecido o seu nexos causal com a atuação da Administração ou dos seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado, caso em que os recursos financeiros para a satisfação do dever de indenizar, objeto da condenação, serão providos, se for o caso, na forma do artigo 100 da Constituição.(STF, 2017)

Além disso, na decisão do Habeas Corpus de número 152.491, do Supremo Tribunal Federal, dois condenados, ambos travestis, estavam cumprindo pena em unidade prisional masculina, tiveram permitida a transferência para unidade prisional feminina, devido diversos abusos e ameaças que os mesmos vinham sofrendo pelos companheiros de cela, chegando, até mesmo, a ameaças de morte.(STF, 2018)

Entretanto, em última decisão dada pelo STF, na data de 26/06/2019, concluiu-se que, transexuais e travestis são sujeitos à dupla vulnerabilidade, e assim, autorizou-se, em caráter liminar, que presas transexuais devem cumprir a pena em penitenciárias femininas. Tal decisão ainda será analisada pelo plenário em data ainda não definida. (STF, 2019)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pela observação dos aspectos analisados, a forma de executar-se a pena, dirigida pelo fim preventivo-especial, segundo o qual se pretende a ressocialização do delinquente, deve corresponder, na atual circunstância político-jurídica, às diretrizes de um Estado de direito material, o qual não pode – não deve – renunciar aos valores e princípios ético-jurídicos contidos na Constituição.

Embora fruto do antigo regime, a Lei de Execução Penal atende minimamente, do ponto de vista formal, às necessidades básicas dos que se submetem ao sistema prisional. O art. 82, § 1º da LEP, v.g., já previa, em sua redação original, o tratamento “próprio e adequado à sua condição pessoal” para a mulher. Com a reforma ocorrida em 1997, pretendeu-se dar tratamento específico para mulheres e reclusos maiores de sessenta anos. E, de fato, cada vez mais veem-se especificações, reconhecidas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, que são incorporadas ao direito interno em razão da internacionalização dos princípios e normas jusumanísticas.

O problema que tem vindo à lume, no entanto, diz respeito à condição de pessoas transgêneros. Talvez ainda não debatido de forma aturada pelo mundo acadêmico, mas uma realidade que se vê estampada no sistema penitenciário, que não foi pensado para essa situação. O problema é intensificado pelo fato de o Estado



BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Bangkok: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras/ Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, Conselho Nacional de Justiça – 1. Ed – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.**

CONSELHO NACIONAL DE COMBATE À DISCRIMINAÇÃO. **Resolução Conjunta nº 1.** Disponível em: < <https://bit.ly/1f2q4Wh> > Acesso em 12 de jun. de 2019.
CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime – uma perspectiva da criminalização e da descriminalização.** Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal.** Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal.** 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes Contra Dignidade Sexual.** 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. **Dogmática penal e poder punitivo.** Novos rumos e redefinições. Curitiba: Juruá, 2000.

STF. **Recurso Especial nº 580252,** Relator Min. Alexandre de Moraes. Publicado em 16 de fevereiro de 2017. Disponível em: < <https://bit.ly/2GciHfX> > Acesso em: 02 jul. 2019.

STF. **Habeas Corpus nº 152.491,** Relator Min. Roberto Barroso. Publicado em 14 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/2xNzrpb>>. Acesso em: 02 jul. 2019.

STF. **Medida cautelar de arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 527,** Relator Min. Roberto Barros. Publicado em 29 de junho de 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/2GchJ3j>>. Acesso em: 02. jul. 2019.

TRANSGENDER EUROPE. **Trans Murder Monitoring annual report 2016.** Publicado em 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2IJ6WfE>>. Acesso em: 12 de junho de 2019.