

# A MANUTENÇÃO DE MULHERES TRANS EM PRESÍDIOS MASCULINOS: UM CASO EXEMPLAR DE TRANSFOBIA JUDICIÁRIA

Salo Carvalho\*

Mariana Assis Brasil Weigert\*\*

Larissa Freire Barbosa\*\*\*

Iana Gonçalves Soares\*\*\*\*

Resumo: O problema central da investigação é relativo aos efeitos decorrentes de decisões judiciais que mantêm *mulheres trans em presídios masculinos*. A partir da análise de caso, procurou-se (*primeiro*) identificar os argumentos que justificam a negativa do direito de presas trans serem transferidas para unidades femininas; e (*segundo*) apontar alternativas possíveis para reduzir as violências enfrentadas cotidianamente pelas presas trans nos cárceres brasileiros. A hipótese que orienta a investigação é a de que o discurso jurídico tradicional (dogmática jurídica) se sustenta em profundas bases de preconceito sexual e de gênero, o que permite identificar uma dimensão lgbtfóbica nas decisões dos Tribunais: a *lgbtfobia judiciária*. Trata-se de uma espécie de lgbtfobia institucional, perceptível em decisões que negam direitos fundamentais ou reduzem sua eficácia ao mínimo, a partir de uma interpretação heteronormativa do direito. As teorias de base que orientam o trabalho são a criminologia crítica *queer*

---

\* Professor adjunto de direito penal e criminologia da Faculdade Nacional de Direito/UFRJ. Professor no PPG em Direito e Sociedade da Unilasalle/RS.

\*\* Profa. de Direito Penal e Criminologia do IBMR/RJ.

\*\*\* Bacharela em Direito pela Faculdade Nacional de Direito/UFRJ.

\*\*\*\* Bacharela em Direito pela Faculdade Nacional de Direito/UFRJ.

(dimensão empírica) e o garantismo jurídico-penal (dimensão normativa).

Palavras-Chave: Lgbtfofia, homofobia, lgbtfofia judiciária, prisões, criminologia *queer*

## THE MAINTENANCE OF TRANSGENDER WOMEN IN MALE PRISONS: A CASE OF JUDICIAL TRANSPHOBIA

**Abstract:** The main focus of this investigation is the effects of judicial decisions that keep transgender women in male prisons. Through case analysis, it was sought (a) to identify the arguments that justify the denial of the right of being transferred to female units in the case of transgender women inmates; and (b) to point out possible alternatives to reduce violence faced daily by transgender inmates in Brazilian prisons. The hypothesis that guides the investigation is that the traditional legal discourse (legal theory) is based on sexual and gender prejudice, which allows the identification of a lgbtphobia dimension in Courts' decisions: the judiciary lgbtphobia. This is a form of institutional lgbtphobia, perceptible in decisions that deny fundamental rights or reduce their effectiveness, based on a heteronormative interpretation of the law. The main theories that guide the work are queer critical criminology (empirical dimension) and critical criminal legal studies (normative dimension).

**Keywords:** Lgbtphobia , homophobia, judiciary lgbtphobia, prisons, queer criminology

## INTRODUÇÃO: AS DIMENSÕES DA ABJEÇÃO À DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO (HOMOFOBIA, LGBTFOBIA E TRANSFOBIA)

1.1.



norma heterossexista, que na tradição ocidental moderna regula as relações sociais, estabeleceu dispositivos de controle fundados na polarização homem e mulher e no binarismo hetero e homossexual. Assim, o primado biológico fixa os critérios de normalidade e de desvio em relação à sexualidade e aos afetos. Definidos os padrões sociais pela regra biológica, quem está fora dos limites de aceitabilidade é rotulado como desviante. As pessoas que não se identificam com o seu sexo biológico (trans) e aqueles que não se enquadram nos critérios da heterossexualidade (lgbs), são colocados na zona cinzenta e de instabilidade que é o desvio.

O controle social das sexualidades desviantes adquiriu, historicamente, inúmeras dimensões. No plano formal, os mecanismos mais contundentes de controle foram o direito penal e a psiquiatria, através da classificação de condutas e de personalidades nas categorias do delito (criminalização) e/ou da doença (patologização). Mas se as respostas punitivo-psiquiátricas representam uma dimensão institucional de resposta ao desvio, na esfera informal da cultura são as categorias morais que rotulam a diversidade sexual e de gênero e que dinamizam processos igualmente excludentes e violentos.

Vivemos em um sistema binário e disciplinador no qual a heterossexualidade é a norma de expressão social justamente por associar um gênero natural a um determinado sexo. O gênero não é apenas uma expressão social porque revelaria uma suposta coerência e unidade entre fator biológico, comportamentos, sexualidade e identidades, como se corpos tivessem existências anteriores à marca de seu gênero; conforme Butler, esta hipótese é incorreta<sup>1</sup>. Todos que desviam dessa suposta unidade coerente ingressam numa na posição de subjugação, sujeitando não apenas o seu corpo, mas principalmente o que ele representa, à

---

<sup>1</sup> BUTLER, Judith. *Problemas de Gênero: feminismo e subversão da identidade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 26.

degradação pela violência.

A violência heterossexista poderia ser identificada em três dimensões distintas: (*primeira*) a *violência interpessoal* (lgbtfobia individual), que se caracteriza por atos de brutalidade física praticados por indivíduos ou grupos contra lgbs como, p. ex., os casos mais comuns e relevantes de homicídios, lesões corporais, estupro e ofensas à honra; (*segunda*) as *violências estrutural e institucional* (lgbtfobia de Estado), que se manifestam através da criminalização e da patologização das identidades lgbs e se materializam em leis penais ou categorias médicas e em atos administrativos, decisões judiciais e laudos psiquiátricos; e (*terceira*) a *violência simbólica* (cultura lgbtfóbica), que se expressa em discursos e práticas sociais cotidianas de inferiorização e exclusão e que compreende desde a restrição de locais e atividades às práticas de assédio moral. Todas as formas de violência lgbtfóbica são sustentadas no ódio e no preconceito à diversidade sexual e de gênero.

Miskolci refere que o problema que envolve o ódio e o preconceito em relação à diversidade sexual e de gênero não é propriamente a homossexualidade ou a identidade de gênero, mas a *abjeção*. Segundo o autor, a abjeção se refere ao espaço que a comunidade designa àqueles que considera uma ameaça à ordem. A abjeção “constitui a experiência de ser temido e recusado com repugnância, pois sua própria existência ameaça uma visão homogênea e estável do que é a comunidade”<sup>2</sup>.

Neste cenário, superando o binarismo hetero-homo, o ensaio procura, a partir da análise de caso, apontar para os processos nos quais o Poder Judiciário (*primeiro*) adere às violências lgbtfóbicas ao reforçar regimes de normalização que negam a diferença e, ao mesmo tempo, (*segundo*) sustenta e dinamiza mecanismos repressivos e disciplinadores.

As decisões judiciais analisadas orbitam em torno da

---

<sup>2</sup> MISKOLCI, Richard. *Teoria Queer*: um aprendizado pelas diferenças. 3. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2017, p. 24.

discussão sobre a *manutenção de mulheres trans em presídios masculinos*. A partir deste recorte objetivo e concreto, são analisadas recentes decisões do Poder Judiciário nacional de forma a identificar o grau de *transfobia judiciária*. A identificação conceitual e a interpretação dos diferentes níveis de *transfobia judiciária* requer, primeiramente, a apresentação de alguns pressupostos teóricos.

Neste ponto, o enlace entre criminologia crítica e teorias *queer* é extremamente virtuoso. Assinala Butler que "se as identidades deixassem de ser fixas como premissas de um silogismo político, e se a política não fosse mais compreendida como um conjunto de práticas derivadas dos supostos interesses de sujeitos prontos, uma nova configuração política surgiria certamente das ruínas"<sup>3</sup>. Assim, é possível indagar como criar políticas públicas e mecanismos de defesa dos direitos sexuais dentro de um sistema que ainda não assumiu uma nova configuração política? Ainda que se entenda que a orientação heterossexual seja fruto de uma construção social e que a teoria *queer* busque a desnaturalização do sexo biológico para questionar o binarismo e as violências que estas relações de poder dinamizam, resta o problema de como enfrentar o preconceito dentro das instituições. Ainda mais no Poder Judiciário e no discurso jurídico, locais em que se observa que a própria noção de sujeito de direitos é baseada em identidades de gênero fixas.

1.2. PocaHy, Oliveira e Imperatori identificam a homofobia como "(...) uma prática social – masculinista, misógina e heteronormativa – e não apenas uma atitude pessoal de aversão, desprezo ou ódio contra a diversidade sexual" que decorre de "(...) um imaginário heteronormativo, em que a diversidade sexual é transformada em abjeção"<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> BUTLER, Judith. **Problemas de Gênero**: feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 213.

<sup>4</sup> POCAHY, Fernando; OLIVEIRA, Rosana & IMPERATORI, Thaís. **Cores e Dores do Preconceito: entre o boxe e o balé in** Lionço, Tatiana & Diniz, Débora (orgs.). **Homofobia e Educação**: um desafio ao silêncio. Brasília: LetrasLivres, 2009,

A ideia de *abjeção* é central na compreensão das violências lgbtfóbicas porque marca um tipo de atitude violenta dirigida à eliminação de corpos considerados *indignos de vida*. No Brasil contemporâneo, permite perceber como é gerida a rede das políticas punitivas, desde a lógica que orienta as agências policiais de repressão ao crime e os critérios judiciais de interpretação de prova e aplicação da pena às diretrizes que organizam os espaços carcerários. No diagnóstico proposto por Vilma Reis sobre a vulnerabilidade da juventude negra e pobre das periferias dos grandes centros urbanos “*quem não é preso, já foi morto*”<sup>5</sup>, isto porque predomina uma racionalidade sacrificialista que orienta todo o sistema punitivo, legitimando a *eliminação* ou o *encarceramento* dos indesejáveis, dos abjetos.<sup>6</sup>

A abjeção, portanto, na compreensão de Butler, “relaciona-se a todo tipo de corpos cujas vidas não são consideradas

---

p. 120.

<sup>5</sup> REIS, Vilma. *Juristas Negros e Negras por Vida e Liberdade no Brasil Discursos Negros: legislação penal, política criminal e racismo*. Brasília: Brado Negro, 2015, p. 05.

<sup>6</sup>A criminologia negra brasileira não hesita em nominar esta política criminal como “genocídio perpetrado contra a juventude negra pelas forças oficiais de Segurança Pública” (PIRES, Thula. *Criminalização do Racismo: entre a política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social sobre os negros*. Brasília: Brado Negro, 2016, p. 58). Sobre o tema, conferir, também, FLAUZINA, Ana. *Corpo Negro Caído no Chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado Brasileiro*. Dissertação de Mestrado, Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2006, pp. 94-139; PIRES, Thula. *Criminalização do Racismo: entre a política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social sobre os negros*. Brasília: Brado Negro, 2016, pp. 192-234; DUARTE, Evandro Piza. *Ensaio Sobre a Hipótese Colonial: racismo e sistema penal no Brasil* in CARVALHO, Salo & DUARTE, Evandro Piza. *Criminologia do Preconceito: racismo e homofobia nas Ciências Criminais*. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 169-187; FREITAS, Felipe. *Novas Perguntas para a Criminologia Brasileira: poder, racismo e direito no centro da roda* *Cadernos do CEAS*, n. 238, 2016, pp. 488-499. Ademais, estudos empíricos sobre os *autos de resistência* demonstram como as agências judiciais aceitam sem questionamentos a forma jurídica de justificação da letalidade policial (ANISTIA INTERNACIONAL. *Você Matou meu Filho: Homicídios cometidos pela Polícia Militar na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Anistia Internacional, 2015; ZACCONE, Orlando. *Indignos de Vida: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2015).

‘vidas’ e cuja materialidade é entendida como ‘não importante’. Para dar uma ideia: a imprensa dos Estados Unidos regularmente apresenta as vidas dos não-ocidentais nesses termos”<sup>7</sup>. Segundo Ferreira, são aqueles sujeitos que “não são reconhecidos ou legitimados como importantes simplesmente porque suas vidas não são culturalmente inteligíveis, não são compreendidas como legítimas”<sup>8</sup>, motivo pelo qual a categoria analítica da abjeção seria, por si só, aplicável aos presos.

No caso de trans e travestis no cárcere, a abjeção é potencializada, pois recebem uma *dupla carga de valor negativo*: desviantes da norma penal e desviantes das normas sexuais e de gênero – “o conceito de abjeção, portanto, é facilmente transportado a esse trabalho ao se considerar a vida das travestis presas e a maneira fácil e quase natural com que elas são capturadas pela prisão pelo fato de suas vidas serem consideradas vidas esvaziadas de humanidade”<sup>9</sup>.

A categoria analítica abjeção aproxima a lgbtfobia da xenofobia, da misoginia e do racismo, unificando estas violências no conceito *crimes de ódio*. A hipótese é sustentada por Borrillo ao afirmar que apesar de o primeiro elemento ser “a rejeição irracional ou mesmo o ódio em relação a *gays* e lésbicas, a homofobia não pode ser reduzida a isso. Assim como a xenofobia, o racismo ou o antissemitismo, ela é uma manifestação arbitrária que consiste em qualificar o outro como contrário, inferior ou anormal. Devido a sua diferença, esse outro é posto fora do universo comum dos humanos”<sup>10</sup>.

As violências lgbtfóbicas, em particular as transfóbicas,

---

<sup>7</sup> BUTLER, Judith; PRINS, Baukje & MEIJER, Irene Costera. Como os Corpos se Tornam Matéria: entrevista com Judith Butler *Estudos Feministas*, v. 155, n. 01, 2002, p. 161.

<sup>8</sup> FERREIRA, Guilherme Gomes. *Travestis e Prisões: experiência social e mecanismos particulares de encarceramento no Brasil*. Curitiba: Multideia, 2015, p. 68.

<sup>9</sup> FERREIRA, Guilherme Gomes. *Travestis e Prisões: experiência social e mecanismos particulares de encarceramento no Brasil*. Curitiba: Multideia, 2015, p. 68.

<sup>10</sup> BORRILLO, Daniel. *Omofobia: storia e critica di un pregiudizio*. Bari: Dedalo, 2009, p. 15.

são marcadamente uma reação às dissidências de gênero e de sexo. Na dimensão interindividual, os crimes transfóbicos possuem uma característica muito particular, pois revelam atos de brutalidade extrema, muito próximos à narrativa foucaultiana dos suplícios. Conforme PocaHy, são atos de eliminação: “ateia-se fogo, corta-se, perfura-se, apedreja-se, mata-se. Suplício e exposição desse abjeto como objeto que explicita a punição àqueles que cruzam as fronteiras da norma”<sup>11</sup>. Os relatórios nacionais sobre a crescente violência lgbtfóbica traduzem, de forma espantosa, o extremo destas expressões de ódio<sup>12</sup>. Assim, “(...) não podemos deixar de tratar que as travestis sofrem, sim, assassinatos particulares em razão das suas identidades de gênero, de modo que conceitos qualitativos como o de ‘crimes de ódio’ podem nos ajudar a perceber que existem formas fatais de violência especificamente dirigidas às travestis”<sup>13</sup>.

A crescente hostilidade contra lgbtbs, nos mais distintos níveis (interpessoal, institucional e simbólico), exige, portanto, ações em distintos planos: no epistemológico, através da construção de ferramentas teóricas para analisar as justificativas da abjeção e as formas materiais de expressão da violência, “da hostilidade deflagrada por esta forma específica de orientação sexual”<sup>14</sup>; no político, com a organização e o encaminhamento das pautas dos diversos grupos identitários para o reconhecimento e a efetivação de direitos sonogados.

1.3. Os objetivos da presente pesquisa são, a partir da análise de um processo de execução penal no qual é realizado

---

<sup>11</sup> POCAHY, Fernando. Um Mundo de Injúrias e outras Violações: reflexões sobre a violência heterossexista e homofóbica a partir da experiência do CRDH Rompa o Silêncio in POCAHY, Fernando (org.). *Rompendo o Silêncio: homofobia e heterossexismo na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Nuances, 2007, p. 12.

<sup>12</sup> GRUPO GAY DA BAHIA. *Mortes Violentas de LGBT+ no Brasil (2018)*, Salvador, 2019.

<sup>13</sup> FERREIRA, Guilherme Gomes. *Vidas Lixadas: crime e castigo nas narrativas de travestis e transexuais brasileiras*. Salvador: Devires, 2018, p. 163.

<sup>14</sup> BORRILLO, Daniel. *Omofobia: storia e critica di un pregiudizio*. Bari: Dedalo, 2009, p. 07.



pedido de transferência de uma presa trans para a unidade prisional feminina local, (*primeiro*) identificar os argumentos lgbtfóbicos que proliferam e se legitimam no discurso jurídico de forma a negar direitos e produzir violências reais; e (*segundo*) apontar algumas alternativas concretas e possíveis para reduzir a violência enfrentada cotidianamente pelas presas trans nos cárceres brasileiros.

A hipótese que orienta a investigação é a de que o discurso jurídico tradicional (dogmática jurídica) se sustenta em profundas bases de preconceito sexual e de gênero, o que permite verificar uma dimensão lgbtfóbica nas decisões judiciais. A lgbtobia judiciária é uma especificidade da lgbtobia institucional ou burocrática<sup>15</sup> perceptível em decisões que negam direitos fundamentais ou reduzem sua eficácia ao mínimo a partir de uma interpretação heteronormativa do direito que legitima a condição de abjeto (sujeito desprovido de direitos) dos dissidentes sexuais e de gênero. Em grande medida, as decisões judiciais lgbtfóbicas operam inversões ideológicas no próprio sentido dos direitos fundamentais ao distorcer normas de garantia para negar direitos. O caso analisado, desde a perspectiva da efetividade dos direitos lgbs, parece se enquadrar à hipótese.

O conceito de lgbtobia judiciária (institucional ou burocrática) não é propriamente inovador, visto que deriva da categoria *homofobia de Estado*, amplamente utilizada nos relatórios da Associação Internacional de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexos (ILGA), especialmente para análise das legislações que criminalizam as relações sexuais consensuais entre adultos do mesmo sexo<sup>16</sup>. Nesta linha, a especificação do preconceito institucional como lgbtobia judiciária parece ser adequada, visto que particulariza o problema a partir de uma

---

15 O sentido trabalhado na pesquisa é distinto daquele apresentado por Borrillo quando nomina como “homofobia burocrática” as práticas homofóbicas dos totalitarismos, em especial o stalinismo e o nazismo (BORRILLO, Daniel. *Omofobia: storia e crítica di un pregiudizio*. Bari: Dedalo, 2009, pp. 74-84).

16 ILGA, *State-Sponsored Homophobia*. 13. ed., Genebra: ILGA, 2019.

categoria própria para avaliação dos discursos e das práticas do direito.

As teorias de base que orientam o trabalho são (*primeiro*) a *criminologia crítica queer*<sup>17</sup>, aporte que permite identificar os níveis de seletividade lgbtfóbica das agências do sistema penal, em especial do Poder Judiciário; e (*segundo*) o *garantismo penal*<sup>18</sup>, modelo normativo que possibilita compreender o direito como um instrumento de emancipação na efetivação dos direitos fundamentais e na redução das violências institucionais.

1.4. Antes de ingressar na análise do caso concreto, porém, é fundamental explorar o problema da insuficiência dos termos *homofobia* e *lgbtfobia* utilizados na pesquisa. A importante pergunta que perpassa a problematização é relativa aos corpos que são excluídos destes conceitos. Mesmo utilizando um termo mais amplo como lgbtfobia estariam, em princípio, fora do objeto de análise das violências motivadas pelos preconceitos de sexo e de gênero os intersexo, os assexuados, os agêneros, as não-binárias, dentre outras. Borrillo, p. ex., utiliza fundamentalmente o termo homofobia; nossa opção, neste ensaio, foi lgbtfobia.

Borrillo procura resolver a questão propondo uma diferença entre *homofobia geral e específica*. Assim, a gayfobia e a lesbofobia, nos exemplos utilizados pelo autor, refletiriam uma forma particular de homofobia. No caso da lesbofobia, Borrillo refere, de forma correta, que as lésbicas são, de fato, objetos de

---

<sup>17</sup> CARVALHO, Salo. Sobre a Criminalização da Homofobia *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 99, São Paulo, 2012, pp. 151-168; CARVALHO, Salo. Sobre as Possibilidade de uma Criminologia Queer *Sistema Penal & Violência*, v. 4, n. 2, Porto Alegre, 2012, pp. 187-211; CARVALHO, Salo. Três Hipóteses e uma Provação sobre Homofobia e Ciências Criminas: queer(ing) criminology *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminas*, v. 20, n. 238, São Paulo, 2012, pp. 02-03; FERREIRA, Guilherme Gomes. *Travestis e Prisões: experiência social e mecanismos particulares de encarceramento no Brasil*. Curitiba: Multideia, 2015, pp. 19-30.

<sup>18</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Ragione: Teoria del Garantismo Penale*. 5. ed. Roma: Laterza, 1998; CARVALHO, Salo. *Pena e Garantias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

violências múltiplas e particulares “(...) definidas por um duplo desprezo baseado no fato de serem mulheres e de serem homossexuais”<sup>19</sup>.

Na transfobia ocorre um processo similar de preconceito agregado, pois o homem e a mulher trans romperiam não apenas com o padrão biológico (regras sexuais), mas com o cultural (normas de gênero). E, inevitavelmente, este preconceito acumulado irá refletir em formas igualmente acumuladas de violência.

Na pesquisa, o uso das categorias homofobia e lgbtfo-  
bia procura expressar as formas mais comuns de violência fundadas no preconceito. Ambos os conceitos são ferramentas analíticas gerais e que aparecem conforme as escolhas feitas pelos autores utilizados. Escolhas que passam sobretudo pelo momento no qual a reflexão foi proposta – veja-se, p. ex., que o termo homofobia foi o primeiro a ser utilizado, inclusive pelos movimentos sociais, na luta pelo reconhecimento da igualdade sexual e de gênero, sendo aquele que ganhou maior notoriedade e, por esta razão, o que mais comunica e dialoga com a sociedade civil. E se hoje há um uso mais amplo em decorrência da aceitação do termo lgbtfo-  
bia, sobretudo nas esferas institucionais e nos meios de comunicação, não significa que corpos que não se enquadram no rótulo serão excluídos.

As categorias homofobia e lgbtfo-  
bia são referidas de forma genérica nesta investigação para dar visibilidade às diferentes violências e hostilidades sofridas pelas pessoas que rompem com normas sexuais e de gênero. No específico, em razão do objeto do trabalho, o termo transfobia será utilizado especificamente para identificar os casos de preconceito contra travestis e transexuais.

É necessário ressaltar, porém, que as categorias estanques de lésbicas, bissexuais, *gays* e transexuais se fluidificam no

---

<sup>19</sup> BORRILLO, Daniel. *Omofobia: storia e critica di un pregiudizio*. Bari: Dedalo, 2009, p. 22.

cárcere, desafiando, muitas vezes, aquilo que o Estado e a comunidade acadêmica definem como lgbt. Notamos um descompasso entre o movimento de universalidade e cristalização empreendido pelas políticas públicas e a performatividade das identidades que se multiplicam entre os muros do cárcere.

Por outro lado, apesar da compreensão de que a imposição de qualquer categorização aos sujeitos acaba por reduzir a complexidade de seus modos de vida, também é preciso considerar que o direito se comunica através de uma linguagem normativa que busca a máxima universalização possível. Assim, trabalhar com as categorias de gênero, sexualidade, lgbtfofia, homofobia, dentre outras, permite que tais questões possam ser incorporadas ao debate jurídico.

## O PROBLEMA: TRANSEXUAIS E TRAVESTIS ENCARCERADAS EM PRESÍDIOS MASCULINOS

2.1. A experiência carcerária brasileira das últimas décadas reflete uma espécie de exercício constante de superação dos níveis de violência e barbárie. Desde a década de 90, o número de pessoas presas aumenta vertiginosamente e as condições de vida nas instituições carcerárias são reduzidas de forma inversamente proporcional. O cotidiano carcerário brasileiro é marcado pela superlotação, pelas péssimas condições sanitárias, pela falta de assistência médica, pela violência entre os presos e pela tortura praticada pelos agentes penitenciários<sup>20</sup>. Não por outro motivo, em setembro de 2015, ao julgar o pedido cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, o plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu o *estado de coisas inconstitucional do sistema de execução penal brasileiro*<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> HUMAN RIGHTS WATCH, *Relatório Mundial: Brasil* (resumo do país), 2018, pp. 02-03.

<sup>21</sup> STF, ADPF 347 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, Plenário, j. 09/09/2015.

Mas se as condições do nosso sistema carcerário são, de forma geral, degradantes, para grupos especialmente vulneráveis, como mulheres e lgfts, a violação dos direitos é potencializada, configurando o que poderia ser identificado como *sobrecarga punitiva* – a hipótese é desenvolvida por Chies ao analisar a situação de mulheres em unidades prisionais mistas: “[as mulheres] estão invisibilizadas porque suportam sobrecargas de privações e dores prisionais, potencializadas nestes ambientes ‘masculinamente mistos’”<sup>22</sup>. Os estudos criminológicos demonstram, há algum tempo, a constituição eminentemente masculina das instituições carcerárias, situação que desdobra formas de *violência agregadas* contra grupos vulneráveis que se somam às violências típicas do sistema punitivo brasileiro<sup>23</sup>.

Em relação às mulheres, p. ex., algumas questões bastante particulares como gravidez e maternidade no cárcere dão a dimensão da maximização da violência institucional em decorrência do feminino<sup>24</sup>. Todavia, é em relação ao exercício de direitos comuns, alcançáveis a todos os encarcerados (homens e mulheres; homo e heterossexuais), que é evidenciada a sobrecarga punitiva da qual são vítimas mulheres e trans. Os casos são inúmeros como, p. ex., maiores restrições à visita íntima; limitação do direito ao trabalho prisional; impedimento de acessar

---

<sup>22</sup> CHIES, Luiz Antônio Bogo. A Prisão dentro da Prisão: uma visão do encarceramento feminino na 5ª Região Penitenciária do RS *Anais do XV Congresso Brasileiro de Sociologia*, Curitiba, 2011, p. 14.

No mesmo sentido, CHIES, Luiz Antônio Bogo. Gênero, Criminalização, Punição e Sistema de Justiça Criminal: um olhar sobre as sobrecargas punitivas e as dominações do masculino *Revista de Estudos Criminais*, v. 8, 2008, pp. 81-105; e COLARES, Leni Beatriz Correia & CHIES, Luiz Antônio Bogo. Mulheres nas So(m)bras: invisibilidade, reciclagem e dominação viril em presídios masculinamente mistos *Estudos Feministas*, v. 18, n. 2, 2010, pp. 407-423.

<sup>23</sup> COELHO, Rita Pinto. Ala Feminina: na prisão, a mulher sofre dupla punição in *Editorial Sapo*, Lisboa, 2018; e ALVES, Alê. Ser mulher em um sistema prisional feito por e para homens in *Ponte Jornalismo*, 23/06/2016.

<sup>24</sup> SECRETARIA DE ASSUNTOS LEGISLATIVOS (SAL/MJ). *Dar à Luz na Sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão*. Brasília: Ministério da Justiça/IPEA, 2015, pp. 73-85.

medicações e tratamentos específicos; obstaculização do recebimento do auxílio reclusão dentre outras<sup>25</sup>.

2.2. No Brasil, a manutenção de mulheres em presídios masculinos, por decisão judicial, é bastante incomum. Desde há muito tempo existem unidades prisionais exclusivamente femininas (7%) ou alas específicas para mulheres em presídios que são considerados mistos (17%)<sup>26</sup>. No entanto, em ambos os casos (unidades autônomas ou mistas), a estrutura física e a lógica das práticas expressam uma constituição eminentemente masculina<sup>27</sup>.

Os casos de encaminhamento de mulheres para presídios masculinos são episódicos e normalmente causam profunda indignação na opinião. Em 2007, um caso chocou o país: uma jovem de 15 anos, presa em flagrante por furto, permaneceu detida por 20 dias em uma prisão masculina, em uma cela com 30 homens, na cidade de Abaetetuba, no Pará – “a adolescente sofreu torturas e estupro diários. Seus cabelos foram cortados para que parecesse homem e não chamasse a atenção de quem passasse perto da cela”<sup>28</sup>. Conforme foi apurado em processo disciplinar no Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 7 de novembro de 2007, a juíza responsável foi oficiada pelo delegado de polícia de Abaetetuba, que solicitava, em caráter de urgência, a transferência da menina em razão do “risco de sofrer todo e qualquer tipo de violência por parte dos demais”<sup>29</sup>. Segundo o CNJ, apesar de ciente da gravidade do caso, a magistrada encaminhou

---

<sup>25</sup> INSTITUTO IGARAPÉ. *Depois da Prisão: caminhos possíveis para mulheres*. Rio de Janeiro: Instituto Igarapé, 2019.

<sup>26</sup> ALVES, Alê. Ser mulher em um sistema prisional feito por e para homens in *Ponte Jornalismo*, 23/06/2016.

<sup>27</sup> LAMOUNIER, Gabriela Almeida Moreira. *Gêneros Encarcerados: uma análise transviada da política de Alas LGBT no Sistema Prisional de Minas Gerais*. Dissertação de Mestrado, Programa de Pós-Graduação em Psicologia da UFMG, Belo Horizonte, 2018, p. 96.

<sup>28</sup> BERTOLINI, Jeferson. Garota que ficou presa com 30 homens no Pará leva vida desprotegida in *Folha de São Paulo*, 03/11/2016.

<sup>29</sup> CURY, Teo & MOURA, Rafael Moraes. STF mantém afastada juíza acusada de deixar adolescente em cela com 30 homens in *O Estado de São Paulo*, 05/02/2019.

o pedido de transferência apenas no dia 20 de novembro. Em fevereiro de 2019, o CNJ reconheceu a responsabilidade por omissão e aplicou a sanção de aposentadoria compulsória à juíza<sup>30</sup>. Em 2007, em Parauapebas, também no Pará, uma mulher adulta permaneceu por tempo indeterminado em uma cela masculina com 70 homens<sup>31</sup>.

No entanto, se em relação às mulheres os episódios são pontuais, nos casos de aprisionamento de mulheres trans a prática foi historicamente regular, o que parece ser um importante indicativo do alto nível de tolerância social com a lgbtfobia institucional.

O primeiro argumento apresentado como justificativa para a manutenção de mulheres trans em instituições carcerárias inadequadas (masculinas) é o da inexistência, em número suficiente, de estabelecimentos próprios ou que possuam alas específicas. O segundo problema que causa embaraços burocráticos e que normalmente representa um entrave à resolução da situação é o relativo à forma de categorização dos presos: sexo (situação biológica) ou identidade civil (situação jurídica). Assim, além da ausência de ambientes adequados, a redução da identidade de gênero à condição sexual (dado biológico) ou ao status jurídico, é o discurso que legitima, no cotidiano carcerário, o encaminhamento de travestis e mulheres trans às unidades masculinas, invisibilizando as violências concretas que decorrem desta opção institucional.

Os relatos de Fernanda, Tainá e Michele, encarceradas, em 2010, com 99 homens no Presídio Frei Damião de Bozzano, em Recife (PE), nos permite compreender as violências reais derivadas da lgbtfobia institucional.<sup>32</sup>

---

<sup>30</sup> CURY, Teo & MOURA, Rafael Moraes. STF mantém afastada juíza acusada de deixar adolescente em cela com 30 homens in *O Estado de São Paulo*, 05/02/2019.

<sup>31</sup> TERRA. Mulher é presa com 70 homens em delegacia do Pará in *Terra*, 22/11/2007.

<sup>32</sup> “Estava com Tainá e Michele, mulheres trans como ela. Colocaram todas na triagem, cela três, a mais lotada. Noventa e nove homens lá dentro. Essa primeira noite,

2.3. Indica Ferreira que “o fenômeno da criação de celas, galerias, alas ou pavilhões para homossexuais e pessoas trans é bastante recente e ainda é uma situação de exceção”<sup>33</sup>. Desde a experiência mineira em 2009, foram criadas unidades em Mato Grosso (2011), Rio Grande do Sul (2012), Paraíba (2013), Pernambuco (2014) e Ceará (2015). Bahia, Santa Catarina, São Paulo e Rio de Janeiro possuem normativas para o encaminhamento para alas próprias em unidades mistas ou femininas, conforme a determinação da Resolução Conjunta 01/14 do Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCD/LGBT) e do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP).

A Resolução do CNCD/CNPCCP, fundamentada em dispositivos legais (art. 40, 41 e 45 da Lei de Execução Penal), constitucionais (art. 5º, III, XLI, XLVII, XLVIII e XLIX, da Constituição) e convencionais (Regras de Yogyakarta), estabeleceu os parâmetros mínimos para o acolhimento da população lgbt em privação de liberdade no Brasil. Na normativa, são definidos não apenas os direitos de travestis e transexuais de

---

nessa terceira queda, nesse presídio, está rasgada e cicatrizada nas coxas de Fernanda. No peito, no pescoço, intestinos, artérias. Tinha 19 anos, agora 25, quando Playboy, no meio dos outros presos, apontou para ela e disse: tu vai ser só minha. Exercia o poder e os privilégios de quem estava há mais tempo ali dentro. Era também mesário de outro pavilhão, o Galpão (atual pavilhão 4). Foi ele quem talhou o corpo da jovem quando a resistência aconteceu. Pediu para os colegas de cela segurarem ela, disse que ela tinha que dar para ele, que era tudo puta. Ela se esquivava, ele pegou o pontiagudo Chuço, arma por excelência das prisões do Estado. Essa havia sido extraída de um ventilador. Desferiu três golpes nas pernas de Fernanda. Depois, a estuprou. Fernanda sentiu quando Playboy ejaculou. O que era gozo para ele era abismo para ela. No banheiro, outros homens gozavam em Tainá e Michele. Ambas não ofereceram resistência – temiam sofrer o que Fernanda passou. Chuço e corpo rasgado. Aí os detentos se revezavam. Fizeram fila. No outro dia, uma delas foi para a enfermaria, quase falecida. O ânus sangrava. (...) Os 99 homens mantinham as três mulheres nos fundos da cela, uma garantia de que elas não fariam sobre o que acontecia ali para algum agente quando um deles passasse perto das grades. Mas não, é claro, que eles não soubessem” (MORAES, Fabiana. Na mesma cela, 99 homens e 3 mulheres in *Justificando*, 19/12/16).

<sup>33</sup> FERREIRA, Guilherme Gomes. *Diversidade Sexual e de Gênero e o Serviço Social no Sociojurídico*. São Paulo: Cortez, 2018, p. 116.



(*primeiro*) serem chamados pelo nome social (art. 2º) e de (*segundo*) utilizarem vestuário e poderem manter cabelos compridos, de acordo com a identidade de gênero (art. 5º), mas também os direitos de (*terceiro*) receberem visitas íntimas (art. 6º) e (*quarto*) terem disponível tratamento de saúde adequado, inclusive hormonal (art. 7º).

A diretriz que dá efetividade plena ao direito de transexuais e travestis serem mantidas em ambiente adequado, conforme a sua identidade de gênero, é exposta no art. 3º, *caput*: “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.” No art. 4º, *caput*, é determinado que “as pessoas transexuais masculinas e femininas devem ser encaminhadas para as unidades prisionais femininas”, sendo “garantido tratamento isonômico ao das demais mulheres em privação de liberdade” (art. 4º, parágrafo único). A transferência entre celas e alas é considerada, explicitamente, tratamento desumano e degradante (art. 8º).

O requisito para transferência substitui os critérios biológico (sexual) e jurídico (registro civil) pela autodeclaração: “a transferência da pessoa presa para o espaço de vivência específico ficará condicionada à sua expressa manifestação de vontade” (art. 3º, § 2º).<sup>34</sup>

Nota-se, pois, que a Resolução consolida uma série de princípios reguladores que objetivam proteger a população lgbt das violências inerentes à lógica carcerária. No entanto, a formalização de direitos não assegura a sua aplicação concreta, cabendo, no plano institucional, aos atores jurídicos a tarefa de lhes

---

34Na área da psicologia, há uma importante discussão crítica quanto à possibilidade de ser delegado ao profissional da área a tarefa de validar a autodeclaração (LAMOUNIER, Gabriela Almeida Moreira. *Gêneros Encarcerados: uma análise transviada da política de Alas LGBT no Sistema Prisional de Minas Gerais*. Dissertação de Mestrado, Programa de Pós-Graduação em Psicologia da UFMG, Belo Horizonte, 2018, pp. 21-22).

assegurar eficácia.

## A TRANSFOBIA JUDICIÁRIA: EFETIVIDADE E INEFETIVIDADE DO DIREITO E A MANUTENÇÃO DE MULHERES TRANS EM PRESÍDIOS MASCULINOS

3.1. Em 13 de março de 2019, o Min. Rogerio Schietti Cruz, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao apreciar pedido liminar em Habeas Corpus interposto pela Defensoria Pública do Rio Grande do Sul (DPRS) contra decisão da 8ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), deferiu o pedido para “determinar a colocação da paciente em *espaço próprio, compatível com sua identidade de gênero, separada dos homens e mulheres que cumprem pena* no Presídio Estadual de Cruz Alta.” Alternativamente, em razão das condições da instituição penitenciária, ordenou que “não sendo, como tudo indica, possível o imediato atendimento desta determinação, deverá a paciente ser colocada na ala feminina no presídio, preferencialmente em cela individual.” Conclui a decisão, após sublinhar a necessidade de cumprimento, pelas autoridades judiciais, dos parâmetros estabelecidos pelo STF no Recurso Extraordinário 641.320/RS, de forma taxativa: “de toda sorte, *em nenhuma hipótese poderá a paciente continuar a pernoitar no alojamento masculino* do Presídio Estadual de Cruz Alta ou de qualquer outro estabelecimento penal do Estado do Rio Grande do Sul”<sup>35</sup>.

A decisão do Min. Schietti merece destaque por, no mínimo, duas razões: (*primeira*) do ponto de vista normativo (dogmático), a demonstração da ilegitimidade da decisão da 8ª Câmara Criminal do TJRS em razão de contrariar expressamente (a) a Resolução que orienta o tema, (b) o precedente do STF sobre a matéria e, sobretudo, (c) os dispositivos legais, constitucionais e convencionais que fundamentam a Resolução e o

---

<sup>35</sup> STJ, HC 497.226/RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 13/03/19, fl. 09.

precedente; e (*segundo*) do ponto de vista empírico (criminológico), a demonstração da violência real contra uma pessoa produzida diretamente pelo ato da administração penitenciária e pelas decisões da juíza de Cruz Alta e dos Desembargadores do TJRS.

Vejamos o caso.

Dagmar Souza de Souza cumpria pena de 13 anos de reclusão, na época em regime semiaberto, em razão da prática de crimes patrimoniais. A execução da pena iniciou em fevereiro de 2016, no regime fechado, e, posteriormente, a condenada progrediu para o regime semiaberto, condição que lhe permitiu, nos termos do art. 35, § 2º, do Código Penal, exercer trabalho externo. Assim, exercia atividade laboral durante o dia e retornava à instituição penitenciária para pernoite. Conforme consta da decisão do STJ, “o Juiz da execução autorizou a ‘liberação do apenado para o Trabalho Externo, com saída às 7h e recolhimento às 20h, de segundas à sextas-feiras’”<sup>36</sup>.

Em seguida ao pedido de trabalho externo, Dagmar requereu o *direito de pernoitar em cela feminina* visto a ausência de espaço próprio para trans no presídio local. A administração penitenciária manifestou-se contrariamente alegando a *inconveniência* da manutenção de Dagmar junto às demais detentas, pois geraria *risco à ordem e à disciplina carcerária*: “o fato é que a administração do ergástulo, por intermédio de ofício, explicitou a inconveniência da medida, sob o argumento de que as celas femininas acolhem apenas beneficiadas com trabalho externo e que possuem companheiros recolhidos na acomodação masculina e na galeria, sendo que eventual deferimento do pedido ‘causaria transtornos à ordem e à disciplina desta Casa Prisional’”<sup>37</sup>. A magistrada aderiu à manifestação da administração e justificou a manutenção de Dagmar no espaço masculino “(...) para evitar a ocorrência de atos de indisciplina que possam

<sup>36</sup> STJ, HC 497.226/RS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 13/03/19, fl. 02.

<sup>37</sup> TJRS, AE 70080189442/18. Rel. Des. Naele Uchoa Piazzeta, j. 30/01/19, p. 05.

comprometer a segurança do estabelecimento prisional”<sup>38</sup>.

A Defensoria agravou ao TJRS, que manteve a decisão. Conforme consta no acórdão, (*primeiro*) a autodeclaração de que Dagmar é mulher trans e o fato dela efetivamente possuir aparência e características femininas e (*segundo*) o fato de as presas não apresentarem qualquer objeção à transferência, não seriam motivos suficientes para autorizar de alojamento. A concessão do pedido, segundo a 8ª Câmara do TJRS, (*primeiro*) “traria consequências de ordem e de disciplina no cárcere, como adiantado pela administração do alojamento” e (*segundo*) “viola[ria] a Constituição Federal, no ponto em que segmenta a população carcerária segundo o sexo do preso”<sup>39</sup>.

3.2. A liminar deferida pelo Min. Schietti estabelece, como parâmetro, os valores estabelecidos no preâmbulo da Constituição: a edificação de um Estado Democrático destinado à efetivação dos direitos à segurança, ao bem-estar, à igualdade, e à justiça, em uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, assentada, nos termos do art. 1º da Carta, na dignidade da pessoa humana. Estabelecidas as premissas constitucionais, a decisão invoca os Princípios de Yogyakarta, mais especificamente o de que “a orientação sexual e a identidade de gênero são essenciais para a dignidade e humanidade de cada pessoa e não devem ser motivo de discriminação ou abuso”<sup>40</sup>.

Embora a decisão não cite expressamente, limitando-se à referência à exposição de motivos, o princípio nono da Carta de Yogyakarta é explícito ao referir que “toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com humanidade e com respeito pela dignidade inerente à pessoa humana. A orientação sexual e identidade de gênero são partes essenciais da dignidade de cada pessoa.” Assim, indica que os Estados deverão, dentre outras ações:

“a) Garantir que a detenção evite uma maior

---

<sup>38</sup> TJRS, AE 70080189442/18. Rel. Des. Naele Uchoa Piazzeta, j. 30/01/19, p. 05.

<sup>39</sup> TJRS, AE 70080189442/18. Rel. Des. Naele Uchoa Piazzeta, j. 30/01/19, p. 02.

<sup>40</sup> STJ, HC 497.226/RS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 13/03/19, fl. 04.

marginalização das pessoas motivada pela orientação sexual ou identidade de gênero, expondo-as a risco de violência, maus-tratos ou abusos físicos, mentais ou sexuais (...);

c) Assegurar, na medida do possível, que pessoas detidas participem de decisões relacionadas ao local de detenção adequado à sua orientação sexual e identidade de gênero;

d) Implantar medidas de proteção para todos os presos e presas vulneráveis à violência ou abuso por causa de sua orientação sexual, 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 (...);

g) Implantar programas de treinamento e conscientização, para o pessoal prisional e todas as outras pessoas do setor público e privado que estão envolvidas com as instalações prisionais, sobre os padrões internacionais de direitos humanos e princípios de igualdade e não-discriminação, inclusive em relação à orientação sexual e identidade de gênero.”

A partir do reconhecimento da vulnerabilidade ínsita às pessoas com diversa orientação sexual ou identidade de gênero no sistema carcerário, a decisão do STJ invoca expressamente a Resolução 01/14 CNCD/CNPCP, que determina, no caso de homens e mulheres trans, o encaminhamento para as unidades prisionais femininas: “a paciente está submetida, por falta de espaço próprio, a permanecer no período noturno em alojamento ocupado por presos do sexo masculino, *em ambiente, portanto, notória e absolutamente impróprio para quem se identifica e se comporta como transexual feminina*”<sup>41</sup>.

Se do ponto de vista *dogmático* a decisão do STJ evidencia a ausência de justificativa jurídica válida e, consequentemente, demonstra a falta de legitimidade das decisões em razão do expresso desrespeito aos dispositivos legal, constitucional, convencional e às resoluções que regulam o tema; do ponto de

---

<sup>41</sup> STJ, HC 497.226/RS, Rel. Min. Rogerio Schiatti Cruz, j. 13/03/19, fl. 07.

vista *criminológico* expõe a falta de consistência empírica dos argumentos que procuraram justificar a manutenção da presa na ala masculina. Na liminar, o Min. Schietti sublinha não considerar realista o argumento de que, apesar de a melhor alternativa ser a separação em cela especial, os “(...) problemas estruturais e de superlotação, circunstâncias que se aplicam à maioria dos estabelecimentos carcerários do Estado, [estão] a revelar que tal providência, por ora, mostra-se inviável”<sup>42</sup>.

A justificativa apresentada pelo TJRS é confrontada com o fato de existirem inúmeras alternativas menos aflitivas – “não se há de optar pela alternativa de manter a situação atual relatada nos autos, i.e., de pernoite da paciente em alojamento masculino, colocando-a sob iminente risco de sofrer violência psíquica, moral, física e, quiçá, sexual, como acentuado pela impetrante, riscos esses que, como é público e notório, efetivamente se fazem presentes, dada a característica ainda patriarcal e preconceituosa de boa parte de nossa sociedade, agravada pela promiscuidade que caracteriza ambientes carcerários masculinos”<sup>43</sup>.

O risco, real e iminente, de manter uma mulher (trans ou não) em espaços reservados aos homens impõe, por si só, *jurídica e eticamente*, que sejam fornecidas alternativas pelos poderes públicos responsáveis pela execução da pena. No caso, ao determinar o cumprimento da Resolução 01/14 CNCD/CNPCP, o STJ indicou *um* dos caminhos possíveis. No entanto, é de se salientar que o debate sobre as condições de reclusão de presos em ambientes impróprios não é recente e que os Tribunais, nos últimos anos, após a edição de inúmeras leis com alternativas ao encarceramento (provisório e definitivo), estabeleceram critérios com base no princípio da menor aflitividade.

Se o Estado não possui ambientes adequados para manutenção de presos, independente da particularidade do caso, o

---

<sup>42</sup> STJ, HC 497.226/RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 13/03/19, fl. 08.

<sup>43</sup> STJ, HC 497.226/RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 13/03/19, fl. 08.

ônus não pode recair sobre o indivíduo que se encontra sob a proteção da administração carcerária e sob a supervisão do Poder judiciário. Veja-se, p. ex., as recentes decisões dos Tribunais Superiores (STF e STJ), que proíbem que, por falta de vaga, o preso fique em regime mais gravoso, incompatível com o determinado na sentença.

Em 2016, ao sumular a matéria, o STF fixou parâmetros para resguardar os direitos dos presos, apontando alternativas viáveis como a saída antecipada, a liberdade eletronicamente monitorada e a prisão domiciliar. Assim, a Súmula Vinculante 56 determina que “a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS.” Não por outra razão, na conclusão do voto proferido na liminar, o Min. Schietti Cruz afirma a necessidade de observância ao referido Recurso Extraordinário.

O precedente representativo da Súmula Vinculante 56, relatado pelo Min. Gilmar Mendes, estabelece, na ementa, critérios e alternativas, inclusive já previstos, há longo tempo, nas legislações penal (Lei 9.714/98) e processual penal (Lei 12.403/11) brasileiras:

“1. Constitucional. Direito Penal. Execução penal. Repercussão geral. Recurso extraordinário representativo da controvérsia.

2. Cumprimento de pena em regime fechado, na hipótese de inexistir vaga em estabelecimento adequado a seu regime. Violação aos princípios da individualização da pena (art. 5º, XLVI) e da legalidade (art. 5º, XXXIX). A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso.

3. Os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como “colônia agrícola, industrial” (regime semiaberto) ou “casa de albergado ou estabelecimento adequado” (regime aberto) (art. 33, § 1º, b e c).

No entanto, não deverá haver alojamento conjunto de presos dos regimes semiaberto e aberto com presos do regime fechado.

4. Havendo déficit de vagas, deverão ser determinados: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado (...).

8. Caso concreto: o Tribunal de Justiça reconheceu, em sede de apelação em ação penal, a inexistência de estabelecimento adequado ao cumprimento de pena privativa de liberdade no regime semiaberto e, como consequência, determinou o cumprimento da pena em prisão domiciliar, até que disponibilizada vaga. Recurso extraordinário provido em parte, apenas para determinar que, havendo viabilidade, a o invés da prisão domiciliar, sejam observados (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada do recorrido, enquanto em regime semiaberto; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado após progressão ao regime aberto<sup>44</sup>.

Em agosto de 2018, no julgamento dos Recursos Especiais 1.710.893/MG e 1.710.674/MG, o STJ reafirmou o posicionamento do STF, excepcionando apenas que a ausência de vaga em presídio não autoriza a transferência *automática* para a prisão domiciliar. No entanto, restou sedimentada a tese de que é irregular manter o preso em estabelecimento penal mais gravoso, sendo obrigatória a aplicação de medidas alternativas.

A orientação exposta no RE 641.320/RS, transversal ao julgamento no STJ, consolidou o entendimento de que *as divergências de sexo e de gênero também produzem incompatibilidades relevantes no momento da individualização executiva da pena, especificamente na definição do estabelecimento prisional adequado*.

Definidas pelo STF e pelo STJ as regras para

---

<sup>44</sup> STF, REExt 641.320/16, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 11/05/16.



encaminhamento de presos nas situações de inexistência de estabelecimento adequado, a indagação que move este ensaio é quais as razões que a administração penitenciária, a Vara de Execuções Criminais (VEC) e o TJRS apontaram para manter uma mulher trans encarcerada em ambiente prisional masculino? A hipótese que pretendemos demonstrar é a da consolidação e permanência, no âmbito das práticas judiciais, de uma lógica marcadamente transfóbica.

## POR QUE OS ARGUMENTOS DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA, DA VEC E DO TJRS SÃO TRANSFÓBICOS? AS DIMENSÕES DA ABJEÇÃO À DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO NAS PRÁTICAS DO DIREITO

4.1. Na análise do discurso, duas guias interpretativas presentes no julgamento proferido pelo TJRS chamam atenção. São questões que atravessam a fundamentação e que não podem passar despercebidas em uma exploração que tenha como foco a verificação do grau de transfobia do discurso judicial.

A *primeira guia interpretativa* é a de que o Agravo em Execução foi interposto em nome de Dagmar Souza de Souza, ou seja, a referência jurídica ao sujeito recursal é à Agravante Dagmar, no feminino: Dagmar Souza de Souza (Agravante); Ministério Público (Agravado). Não há informação, nas decisões consultadas, se Dagmar fez (ou não) retificação civil do seu nome. Mas os fatos de (*primeiro*) não haver qualquer referência ao nome do primeiro registro (masculino) e de (*segundo*) a referência no documento oficial (Agravo em Execução) ser à Agravante Dagmar, funda um *status* jurídico próprio que é o *reconhecimento da sua condição de gênero feminino*.

Ocorre, porém, que todas as referências à Dagmar no acórdão são no masculino: “(...)juízo de Cruz Alta que indeferiu ao apenado DAGMAR SOUZA DE SOUZA a saída temporária e

a pernoite em cela feminina”; “(...) o pleito de pernoite na cela feminina se deu porque *o reeducando é travesti*”; “(...) veste e se porta como mulher e assim deseja ser *tratado*. Alega que essa medida visa assegurar a integridade física e emocional *do recuperando*”; “(...) *o detento* cumpre pena de 13 anos, 01 mês e 22 dias de reclusão”; “(...) *o recluso* resgatava pena em regime semiaberto”; “(...) a última falta grave praticada *pelo segregado* foi homologada”; “não comporta acolhida o pedido de pernoite *do segregado* no alojamento feminino”; “ainda que *o agravante* descreva sua condição de gênero”; “embora *o requerente* tenha alegado que as detentas não se opuseram à sua presença”; “inexistem informações dando conta de que os direitos *do apenado* não estão sendo respeitados”<sup>45</sup>.

Nota-se, portanto, o absoluto desrespeito dos julgadores ao direito da Agravante de ser tratada pelo seu gênero, conforme indicam as diretrizes que regulamentam o direito internacional dos direitos humanos das pessoas lgbs, notadamente nas condições de cárcere, que inspiraram a Resolução 01/2014 CNCD/CNCP. A Resolução fixa os parâmetros mínimos para o tratamento da população lgbt encarcerada e estabelece, em seu art. 2º, conforme exposto, que “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.” Desta primeira referência desdobram-se inúmeros outros direitos correlatos, como, sublinha-se novamente, o do direito a ambiente próprio (art. 3º), o direito ao tratamento isonômico ao dado às mulheres (art. 4º, parágrafo único), o direito à vestimenta, à manutenção de cabelos compridos e à garantia de caracteres secundários de acordo com o gênero (art. 5º), o direito à visita íntima (art. 6º) e o direito ao tratamento hormonal (art. 7º, parágrafo único), tudo em nome do princípio maior do tratamento não-discriminatório.

Não há nas decisões disponíveis elementos para afirmar

---

<sup>45</sup> TJRS, AE 70080189442/18. Rel. Des. Naele Uchoa Piazzeta, j. 30/01/19, pp. 03-06.

se Dagmar é travesti ou transexual. A decisão do TJRS refere, em mais de um momento, ser a Agravante travesti (TJRS, 2019, fls. 03/05). Os fundamentos utilizados pelo STJ para concessão da medida são para reconhecer o direito de proteção ao transexual (STJ, 2019, p. 08). Embora seja mais plausível, pelos elementos fornecidos nos julgados, validar a posição do STJ (reconhecimento da transexualidade), a condição de Dagmar não é decisiva, sobretudo porque *afirmou o desejo de cumprir pena em ambiente feminino* – não significa dizer que o tema não seja relevante, em especial por força da interpretação dada ao art. 3º, *caput*, da Resolução 01/2014, questionada na ADPF 547.<sup>46</sup> A discussão de Dagmar ser travesti ou transexual independe, no caso, porque entendemos ser direito das transexuais cumprir suas penas em estabelecimentos compatíveis com o seu gênero (feminino) (art. 4º da Resolução 01/2014), e ser direito das travestis optar por cumprir pena em estabelecimento prisional feminino ou masculino, nos termos propostos no aditamento da ADPF 527.

4.2. A *segunda guia interpretativa* presente no julgado é relativa ao argumento de que o Estado deveria disponibilizar ambientes conforme a *opção sexual* dos apenados: “não resta dúvida no sentido de que a melhor alternativa seria a instalação de celas especiais visando atender às necessidades dos apenados em seus diferentes níveis, inclusive opção sexual”<sup>47</sup>.

Neste caso, a violação aos direitos se concretiza na

---

46A ADPF 527 aponta os problemas decorrentes da interpretação judicial que tem sido dada ao art. 3º, *caput*, da Resolução 01/2014, que aparentemente indicaria as prisões masculinas como local de cumprimento de pena para travestis – “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.” Assim, requer, através de interpretação conforme a Constituição, seja eliminado o termo ‘às travestis’ do referido dispositivo e seja redefinida a redação do art. 4º para garantir que “as custodiadas transexuais e travestis somente poderão cumprir pena em estabelecimento compatível com o gênero feminino” (STF, ADPF/DF 527/18, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 28/06/18).

<sup>47</sup> TJRS, AE 70080189442/18. Rel. Des. Naele Uchoa Piazzeta, j. 30/01/19, p. 05.

negação da diversidade de gênero decorrente da afirmação explícita do critério biológico. Não é possível afirmar que a decisão é ingênua e que a produção conceitual ou o uso inadequado das categorias *sexo* e *gênero* poderia ser atribuível à ignorância em relação à matéria. Isso porque as diretrizes nacionais e internacionais que regulamentam o tema reconhecem que é exatamente a redução do sujeito ao sexo biológico que deflagra processos que vitimizam lgbts. Veja-se, p. ex., que a própria Resolução 01/2014, em seu art. 1º, parágrafo único, estabelece um léxico baseado nas categorias de gênero para identificação das pessoas que, com as suas distintas demandas, compõem a população lgbt.<sup>48</sup>

A questão está longe de ser lateral, portanto. E o argumento simplificador da ignorância apenas reforça a compreensão de que o tratamento dos temas relacionados às diversidades sexual e de gênero é fundado em uma racionalidade lgbtfóbica.

Gênero é um conceito relacionado à construção e à representação sociais do sexo. O conceito de gênero atua, fundamentalmente, “(...) para distinguir a dimensão biológica da social. O raciocínio que apoia essa distinção baseia-se na ideia de que há machos e fêmeas na espécie humana, mas a qualidade de ser homem e ser mulher é realizada pela cultura”<sup>49</sup>. A afirmação da diversidade de gênero opõe-se, portanto, à redução das pessoas à dimensão biológica. Gênero expressa um sistema de

---

48 “Para efeitos desta Resolução, entende-se por LGBT a população composta por lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, considerando-se: I - Lésbicas: denominação específica para mulheres que se relacionam afetiva e sexualmente com outras mulheres; II - Gays: denominação específica para homens que se relacionam afetiva e sexualmente com outros homens; III - Bissexuais: pessoas que se relacionam afetiva e sexualmente com ambos os sexos; IV - Travestis: pessoas que pertencem ao sexo masculino na dimensão fisiológica, mas que socialmente se apresentam no gênero feminino, sem rejeitar o sexo biológico; e V - Transexuais: pessoas que são psicologicamente de um sexo e anatomicamente de outro, rejeitando o próprio órgão sexual biológico.”

<sup>49</sup> HEILBORN, Maria Luiza. Gênero, Sexualidade e Saúde in *SAÚDE, SEXUALIDADE E REPRODUÇÃO*: compartilhando responsabilidades. Rio de Janeiro: EdUERJ, 1997, p. 101.

relações no qual o sexo também está incluído.

No julgado não há, pois, apenas um uso inadequado de categorias. Ao afirmar que a melhor alternativa estatal, para resolver o problema, seria a instalação de celas especiais para atender necessidades de diferentes níveis, inclusive *opção sexual*, o TJRS deixa de reconhecer como sujeito de direitos aqueles que, independentemente da sua opção sexual, têm uma diferente performance de gênero. Em realidade, conforme a decisão, seria possível a disponibilização de “celas especiais” para os homossexuais (lésbicas e gays), que não possuem divergência entre gênero e sexo, mas que se relacionam sexual e afetivamente com pessoas do mesmo sexo. No entanto, ao realizar uma interpretação legal com base no binarismo biológico, o julgado exclui travestis e transexuais da possibilidade de ter seus direitos reconhecidos.

E é esta lógica transfóbica excludente que orienta todo o julgamento.

4.3. As duas guias interpretativas expostas (masculinização de Dagmar e afirmação do critério biológico) são chaves de leitura para análise da decisão porque sustentam o direcionamento do mérito da causa no TJRS.

Logicamente que não se pode isolar o tema dos critérios de prisionalização da população lgbt pelo Poder Judiciário do fenômeno mais amplo que é o da adesão da magistratura brasileira ao punitivismo. O tema tem sido amplamente debatido no campo acadêmico nacional<sup>50</sup> e a validade da assertiva é

---

<sup>50</sup> AZEVEDO, Rodrigo G. Sociologia da Administração da Justiça Penal in LIMA, Renato S. et al (orgs). *Crime, Polícia e Justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2014, pp. 323-328; CARVALHO, Salo. *O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 59-111; CARVALHO, Salo. O Encarceramento Seletivo da Juventude Negra Brasileira: a decisiva contribuição do Poder Judiciário in *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 67, v. 2, 2015, pp. 623-652; CARVALHO, Salo & WEIGERT, Mariana A. B. As Alternativas às Penas e às Medidas Socioeducativas: estudo comparado entre distintos modelos de controle social punitivo in *Sequência*, n. 64, 2012, pp. 227-257; SINHORETO, Jacqueline. Seletividade Penal e Acesso à Justiça in LIMA, Renato S. et al (orgs). *Crime, Polícia*

verificada em reportagens<sup>51</sup> e relatórios científicos<sup>52</sup> e nos próprios levantamentos apresentados pelas associações de classe<sup>53</sup>. Em síntese: o Poder Judiciário brasileiro, nas últimas décadas, ao invés de exercer o papel de garante dos direitos, reforçando os mecanismos de limitação e controle dos excessos na aplicação das penas e determinação das prisões, aderiu subjetivamente aos discursos punitivistas e atuou ativamente no processo de ampliação do encarceramento.

A adesão da magistratura ao punitivismo é, portanto, um elemento igualmente chave. Isso pode ser revelado, p. ex., na ampla resistência de alguns Tribunais estaduais, como o gaúcho, em seguir diretrizes mais humanizadoras ou garantistas dos Tribunais Superiores, como é exatamente o caso da proibição de manutenção de presos em estabelecimentos inadequados ao regime.<sup>54</sup>

---

*e Justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2014, pp. 329-337.

<sup>51</sup> DOMENICI, Thiago e BARCELOS, Iuri. Como a Justiça paulista sentenciou negros e brancos para tráfico in *El País*, 06/12/2018; RODAS, Sérgio. Palavra de policiais é o que mais influencia juízes em casos de tráfico, diz pesquisa in *Conjur*, 23/02/2018; STABILE, Arthur. Tortura tem impunidade plena no sistema prisional, aponta relatório da Pastoral Carcerária in *Ponte Jornalismo*, 20/10/2016.

<sup>52</sup> DPERJ (Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro). *Relatório Final*: pesquisa sobre as sentenças judiciais por tráfico de drogas na cidade e região metropolitana do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: DPERJ, 2018, pp. 21-80; PASTORAL CARCERÁRIA. *Tortura em Tempos de Encarceramento em Massa*. São Paulo: ASAAC, 2016, pp. 88-90; JUSTIÇA GLOBAL & MECANISMO ESTADUAL DE PREVENÇÃO E COMBATE À TORTURA DO RIO DE JANEIRO. *Quando a Liberdade é Exceção*: a situação das pessoas presas sem condenação no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Global/MecanismoRJ, 2016, pp. 08-30.

<sup>53</sup> AMB (Associação dos Magistrados do Brasil). *Pesquisa AMB 2015*: a AMB quer ouvir você. Rio de Janeiro: AMB, 2015, pp. 42-44; VIANNA, Luiz Werneck et al (coords.). *Quem Somos*: a magistratura que queremos. Rio de Janeiro: AMB, 2018, pp. 66-80.

<sup>54</sup> Ampla pesquisa realizada por Semer, em análise das sentenças condenatórias em caso de tráfico de drogas, demonstra como alguns Tribunais, especialmente os mais populosos e tradicionais como São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul, tendem a manter entendimentos autóctones, muitas vezes em oposição às decisões consolidadas dos STF e STJ. No caso, o autor verifica a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 e a substituição da pena de prisão por restritiva de direito (SEMER, Marcelo. *Sentenciando Tráfico*: PÂNICO MORAL E

Neste cenário, está longe de ser estranha a utilização de argumentos genéricos, sem demonstrabilidade empírica, que cumprem um papel exclusivo de legitimação de decisões que justificam o encarceramento contra a liberdade (ou contra a aplicação de medidas alternativas). O recurso à *ordem pública* para decretação de prisões preventivas é o exemplo mais evidente na jurisprudência.

Assim, os argumentos de que a transferência de Dagmar para a ala feminina causaria “inconveniência à ordem e à disciplina do estabelecimento” e de que a sua manutenção na ala masculina decorreria da “necessidade de manutenção da segurança do estabelecimento prisional”, embora falaciosos, são regulares na realidade da execução da pena. A falácia argumentativa é perceptível em duas dimensões: (*primeira*) empírica, pois não foram apresentados elementos concretos que demonstrem que a transferência de Dagmar causa risco à ordem e à disciplina; e (*segundo*) normativa, pois do ponto de vista constitucional as instituições devem primar pela segurança das pessoas (presas) e não das próprias instituições.

Trata-se, portanto, de um discurso vazio, meramente retórico. Mas este tipo de argumentação está longe de ser ingênuo, porque revela exatamente a adesão subjetiva dos julgadores ao punitivismo: a preocupação judicial não é relativa à potencial violação dos direitos das pessoas; o foco é manutenção da segurança institucional, da ordem, da disciplina. Em última análise, os direitos ficam reféns de uma racionalidade que subordina os princípios ao príncipe, os direitos e as garantias individuais às instituições: razão de Estado.

A questão que no caso concreto agrava o problema é a de que em relação às populações vulneráveis, como a lgbt, o sistema penal impõe *sobrecargas punitivas*: a lógica punitivista

que orienta as decisões em geral é qualificada por uma série de preconceitos que são agregados e que fundamentam decisões em conflitos específicos (racismo, sexismo, lgbtfofia, p. ex.). No julgado em análise, a orientação (lógica e ideológica) das decisões é baseada em um punitivismo que é reforçado pela lgbtfofia. E esta transfobia judicial se materializa em argumentos dogmáticos.

4.4. A forma dogmática da lgbtfofia judiciária constatada no julgado do TJRS ao negar o direito de Dagmar cumprir o restante de sua pena em uma unidade feminina pode ser identificada como *inversão ideológica dos direitos humanos*. No caso específico, uma inversão lógica e ideológica dos preceitos constitucionais que garantem o direito ao cumprimento de penas não degradantes e cruéis (*princípio da humanidade*) em estabelecimentos adequados (*princípio da individualização*).

Na decisão, a inversão ideológica dos princípios constitucionais decorre da violação em concreto a partir da defesa abstrata dos direitos humanos. Na aparência, o discurso afirma direitos quando, na realidade, justifica sua violação.

Segundo David Sánchez Rubio, o dispositivo da inversão ideológica, “consistente em garantir [na aparência] direitos vulnerando [materialmente] direitos humanos (...); consolida um sistema de controle e de dominação estrutural racial, classista e de gênero (patriarcal) que, previamente, está estabelecido no âmbito da sociabilidade e das relações humanas”<sup>55</sup>.

Os processos de reversibilidade se sustentam na hierarquização e contraposição dos direitos. Confrontados os direitos – p. ex., segurança individual versus ordem pública –, impõe-se uma obrigatoriedade de afirmar preferências, ou seja, “uma ordem de prioridades que defina quais são os direitos vigentes e qual o direito ou conjunto de direitos tem prioridade sobre o

---

<sup>55</sup> SÁNCHEZ RUBIO, David. *Inversión Ideológica y Derecho Penal Mínimo, Decolonial, Intercultural y Antihegemónico* in SANCHEZ RÚBIO, David & SENENT DE FRUTOS, Juan Antonio. *Teoría Crítica del Derecho: NUEVOS HORIZONTES*. Aguascalientes: Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2013, p. 89.



resto, no caso de conflito. O sistema político e jurídico estabelece, portanto, um conjunto hierarquizado e organizado de direitos humanos, no qual um direito ou um grupo de direitos são considerados *a priori* como direitos fundamentais e mediatizam ou relativizam os demais. Convertem-se em princípio de hierarquização de todos os demais. Sua superioridade impede que esse direito ou grupo de direitos possam ser sacrificados por outros direitos. Os demais, em consequência, como são relativizados, são sacrificáveis”<sup>56</sup>.

No campo de atuação jurídico-penal, em razão da potência violadora inerente ao direito penal, a hierarquização se estabelece, fundamentalmente, com a superposição dos direitos do Estado, muitas vezes mascarado em interesse genérico da coletividade, em detrimento dos direitos individuais. Ocorre que ao legitimar a lesão aos direitos individuais a partir da invocação genérica de direitos da coletividade ou das instituições, o sistema punitivo afirma uma ordem normativa autoritária, fundada na razão de Estado. O equívoco, ademais, é o de sustentar que uma geração de direitos só pode ser assegurada com a violação de outra, como se uma ordem de direitos só tivesse efetividade com o sacrifício de outra hierarquicamente inferior<sup>57</sup>.

López Calera constata que “(...) nos últimos tempos, o Estado foi se afirmando sobre o indivíduo e, o que é grave, de forma injusta. A ampla e ambígua utilização de categorias como ‘interesse do Estado’ ou ‘interesse público’ produziu graves danos aos direitos individuais. Essa expansão negativa do Estado já não é uma característica própria das ditaduras, nas quais se chega aos extremos mais radicais e injustos, mas com infeliz frequência está afetando também aos Estados democráticos de Direito”<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> SÁNCHEZ RUBIO, David. *Filosofía, Derecho y Liberación en América Latina*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 1999, p. 252.

<sup>57</sup> CARVALHO, Salo. *Antimanual de Criminologia*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 202-242.

<sup>58</sup> LÓPEZ CALERA, Nicolás Maria. *Yo, el Estado: bases para una teoría*

No julgamento do TJRS, a forma dogmática de inversão ideológica dos direitos fundamentais ocorre em duas dimensões retóricas que motivam a imposição do tratamento jurídico mais severo com a manutenção de Dagmar em cela masculina: (*primeira*) a da afirmação da necessidade de garantia da “ordem pública”, da “disciplina” e da “segurança das instituições”; e (*segunda*) a da reinterpretação excludente e contraditória do princípio constitucional da individualização das penas.

Em que pesem serem lacônicos os fundamentos da decisão nas duas dimensões, visto que o desenvolvimento dos argumentos se restringe, cada um, a não mais do que um parágrafo, espelham o fenômeno da inversão ideológica. Em um primeiro momento, a Relatora afirma a *preponderância da conveniência institucional ao direito ao tratamento penal menos aflitivo* para sustentar a negativa da transferência de Dagmar para a ala feminina.<sup>59</sup> No segundo momento, de forma explícita, inverte o discurso dos direitos fundamentais e justifica, no marco constitucional da individualização da pena, a exposição da apenada à violência: “(...) permitir que os travestis cumpram pena em presídio feminino viola a *Constituição Federal, no ponto em que segmenta a população carcerária segundo o sexo do preso*. Não se está aqui a dizer que o Estado não deva assegurar a integridade física e psíquica dos custodiados, mas *as normas que regulamentam a separação dos apenados insere os travestis e os*

---

substancializadora (no substancialista) del Estado. Madrid: Trotta, 1992, p. 65.

<sup>59</sup> “(...) embora o requerente tenha alegado que as detentas não se opuseram à sua presença para pernoitar no local, o fato é que a administração do ergástulo, por intermédio de ofício, explicitou a inconveniência da medida, sob o argumento de que as celas femininas acolhem apenas beneficiadas com trabalho externo e que possuem companheiros recolhidos na acomodação masculina e na galeria, sendo que eventual deferimento do pedido ‘causaria transtornos à ordem e à disciplina desta Casa Prisional’” (TJRS, AE 70080189442/18. Rel. Des. Naele Uchoa Piazzeta, j. 30/01/19, p. 05).

“(...) a concessão do pleito traria consequências de ordem e de disciplina no cárcere, como adiantado pela administração do alojamento, tanto atingiria a totalidade dos presos que executam sanção no estabelecimento, o que não se mostra plausível” (TJRS, AE 70080189442/18. Rel. Des. Naele Uchoa Piazzeta, j. 30/01/19, p. 06).

*transexuais no sistema binário*, que contempla as regras constitucionais e legais que adotam o *sexo* como elemento objetivo à divisão dos reeducandos”<sup>60</sup>.

A tese de fundo de que a Constituição adotou o sistema binário para individualização da pena – “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o *sexo* do apenado” (art. 5º, XLVIII) – não se sustenta por distintas razões. A mais evidente é decorrência do fato de que o art. 5º, XLVIII não se encontra isolado, mas integra um sistema de proteção de todos, inclusive do preso, contra qualquer tipo de tratamento degradante (art. 5º, III). Não por outra razão, a Constituição estabelece regras humanitárias para qualquer forma de encarceramento (provisório e definitivo), que estão materializadas em dois dispositivos, imediatamente antes e depois do inciso XLVIII do art. 5º: inciso XLVII: “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis (art. 5º, XLVII); inciso XLIX: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”.

Em apoio ao sistema de garantia dos direitos das pessoas presas, a Constituição garante, no caso de populações especialmente vulneráveis, a proteção, inclusive penal, contra qualquer forma de discriminação (art. 5º, XLI). Outrossim, o *princípio da não-discriminação* define as ações dos próprios poderes públicos, quando, no art. 3º, inciso IV, a Constituição afirma que “constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” Direcionamento reforçado no art. 4º, II, que determina, no âmbito das relações internacionais, a prevalência dos direitos humanos.

A previsão constitucional de observância do direito

---

<sup>60</sup> TJRS, AE 70080189442/18. Rel. Des. Naele Uchoa Piazzeta, j. 30/01/19, p. 06, grifou-se.

internacional dos direitos humanos possibilitou que o CNPCP e o CNCD/LGBT invocassem a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto de San José da Costa Rica, a Convenção contra a Tortura, as Regras Mínimas para o Tratamento de Presos, as Regras de Bangkok e os Princípios de Yogyakarta, para elaboração da Resolução 01/14.

Nota-se, pois, que a decisão, ao invocar um dispositivo constitucional que determina a divisão de presos conforme o sexo para fundamentar a manutenção de uma mulher trans em um estabelecimento penitenciário masculino, violou as próprias diretrizes constitucionais de respeito e proteção aos grupos vulneráveis. O direcionamento do art. 5º, XLVIII, mesmo em uma leitura parcial e isolada, é o de orientar os poderes públicos para o fato de que as pessoas privadas de liberdade não sejam colocadas em ambientes de risco: reincidentes com réus primários; autores de crimes graves com autores de delitos leves (natureza do delito); adolescentes em conflito com a lei com adultos (idade); e mulheres com homens (sexo). É lógico, portanto, que a sua função não pode ser corrompida, a partir de uma interpretação distorcida e carente de substância constitucional, para justificar a colocação de alguém, em razão de sua condição sexual e de gênero, em risco.

Se a leitura isolada do princípio da individualização indica o equívoco do entendimento do TJRS, uma análise sistemática da regulamentação legal e jurisprudencial do tratamento dos presos no Brasil, especialmente após o julgamento do RE 641.320/RS pelo STF e da recente incorporação dos Princípios de Yogyakarta pela Resolução 01/14 CNCD/CNPCP, revela os fundamentos transfóbicos na decisão, instrumentalizados dogmaticamente através da inversão ideológica dos direitos humanos.

Fato que também chama atenção e que talvez mereça uma especial atenção em estudos futuros é o de serem mulheres as autoridades judiciais de primeiro e segundo grau que negaram

o direito de Dagmar ser transferida para uma instituição feminina. Além de ser juíza a responsável pela execução penal em Cruz Alta, o colegiado da 8ª Câmara do TJRS que julgou o Agravo é composto por maioria de mulheres (Relatora e Revisora).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

5.1. As decisões da VEC de Cruz Alta e do TJRS, que não são isoladas e parecem espelhar uma perspectiva do Poder Judiciário nacional, demonstram como o discurso jurídico tradicional se sustenta em profundas bases de preconceito sexual e de gênero, o que permite identificar uma dimensão *lgbtfóbica* nas decisões dos Tribunais: a *lgbtfobia judiciária*. Foi possível perceber que esta espécie de *lgbtfobia* institucional sustenta decisões que negam direitos fundamentais ou reduzem sua eficácia ao mínimo, a partir de uma interpretação heteronormativa do direito.

Por outro lado, é possível notar que o fenômeno da *lgbtfobia judiciária* dialoga e se nutre da perspectiva punitivista (antigarantista), que igualmente marca o judiciário nacional. Neste entrelaçamento entre *lgbtfobia* e punitivismo, os direitos dos presos, em geral, e das presas (mulheres, trans e travestis), em específico, ficam reféns de uma lógica inquisitiva que submete as liberdades aos “direitos das instituições” (ordem e segurança).

No caso analisado, a sobrecarga punitiva (mulher trans e presa) direcionou as decisões de primeiro grau e do TJRS para a resolução juridicamente mais grave: manter Dagmar em espaço para homens condenados. Ocorre que esta opção político-criminal ultrapassa qualquer limite de razoabilidade e não se diferencia, p. ex., daquela decisão que, em 2007, no Pará, manteve uma jovem de 15 anos detida por 20 dias em uma prisão masculina. O ordenamento jurídico nacional não apenas veda este tipo de situação como oferece, há bastante tempo, alternativas, como

foi o pedido de transferência para ala feminina. Mais: em sendo verificado qualquer tipo de risco, a transferência poderia ser para ala trans em outra cidade; em não sendo viável (notadamente porque é direito do preso ficar próximo da família), há previsão legal de concessão de livramento condicional, de conversão da pena privativa em restritiva de direito ou, ainda, a opção que parece mais óbvia, a substituição por prisão domiciliar (com ou sem monitoramento eletrônico). A transfobia das decisões é evidente exatamente porque estas alternativas são conhecidas e aplicadas rotineiramente pelos Tribunais.

5.2. A recente decisão do STJ (2019), que se baseia e estende os efeitos do precedente do STF (2016) ao caso de mulheres trans, e que reconhece explicitamente a força normativa da Resolução 01/14 CNCD/CNPCP e das Regras de Yogyakarta, consolida um marco legal para a matéria.

Neste sentido, duas orientações parecem ser decorrências naturais (e urgentes) da recente consolidação da matéria pelo STJ:

*(primeira)* nos termos da art. 10 da Resolução 01/14 CNCD/CNPCP e do item 9.g das Regras de Yogyakarta, cabe ao Poder Público capacitar, de forma continuada, os profissionais dos estabelecimentos penais, inclusive juízes, promotores e defensores públicos das VECs, na perspectiva dos direitos humanos e dos princípios de igualdade e não-discriminação, inclusive em relação à orientação sexual e identidade de gênero; e

*(segunda)* nos termos da decisão do CNJ (2019), que reconheceu a responsabilidade e aposentou compulsoriamente a magistrada que, em 2007, no Pará, por omissão manteve a jovem de 15 anos em prisão para homens, é dever do Poder Judiciário fiscalizar e apurar responsabilidades funcionais e, nesta esfera, aplicar as sanções devidas, em casos de manutenção de mulheres, trans ou tra vestis em espaços masculinos de cumprimento de pena.

Não nos parece razoável que em face desse acúmulo de regulamentos e de julgados dos Tribunais Superiores, decisões como as analisadas, que vitimizam em concreto mulheres trans,

possam ser admitidas, encaradas como regulares ou legítimas por estarem dentro dos “limites de interpretação”. Sempre há excesso e, portanto, violência ilegítima quando pessoas são colocadas em situações de risco real ou iminente, como é o caso da manutenção de mulheres, trans ou travestis em ambientes carcerários masculinos.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, Alê. Ser mulher em um sistema prisional feito por e para homens in *Ponte Jornalismo*, 23/06/2016.
- AMB (Associação dos Magistrados do Brasil). *Pesquisa AMB 2015: a AMB quer ouvir você*. Rio de Janeiro: AMB, 2015.
- ANISTIA INTERNACIONAL. *Você Matou meu Filho: Homicídios cometidos pela Polícia Militar na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Anistia Internacional, 2015.
- AZEVEDO, Rodrigo G. Sociologia da Administração da Justiça Penal in LIMA, Renato S. et al (orgs). *Crime, Polícia e Justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2014.
- BERTOLINI, Jeferson. Garota que ficou presa com 30 homens no Pará leva vida desprotegida in *Folha de São Paulo*, 03/11/2016.
- BORRILLO, Daniel. A Homofobia in LIONÇO, Tatiana & DINIZ, Débora (orgs.). *Homofobia e Educação: um desafio ao silêncio*. Brasília: LetrasLivres; EdUnB, 2009.
- BORRILLO, Daniel. *Omofobia: storia e critica di un pregiudizio*. Bari: Dedalo, 2009.
- BUTLER, Judith; PRINS, Baukje & MEIJER, Irene Costera. Como os Corpos se Tornam Matéria: entrevista com Judith Butler in *Estudos Feministas*, v. 155, n. 01, 2002.

- BUTLER, Judith. *Problemas de Gênero: feminismo e subversão da identidade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- CARVALHO, Salo & WEIGERT, Mariana A. B. As Alternativas às Penas e às Medidas Socioeducativas: estudo comparado entre distintos modelos de controle social punitivo in *Sequência*, n. 64, 2012.
- CARVALHO, Salo. *Antimanual de Criminologia*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CARVALHO, Salo. O Encarceramento Seletivo da Juventude Negra Brasileira: a decisiva contribuição do Poder Judiciário in *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 67, v. 2, 2015.
- CARVALHO, Salo. *O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CARVALHO, Salo. *Pena e Garantias*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CARVALHO, Salo. Sobre a Criminalização da Homofobia in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 99, São Paulo, 2012a.
- CARVALHO, Salo. Sobre as Possibilidade de uma Criminologia Queer in *Sistema Penal & Violência*, v. 4, n. 2, Porto Alegre, 2012b.
- CARVALHO, Salo. Três Hipóteses e uma Provocação sobre Homofobia e Ciências Criminais: queer(ing) criminology in *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminas*, v. 20, n. 238, São Paulo, 2012c
- CHIES, Luiz Antônio Bogo. A Prisão dentro da Prisão: uma visão do encarceramento feminino na 5ª Região Penitenciária do RS in *Anais do XV Congresso Brasileiro de Sociologia*, Curitiba, 2011.
- CHIES, Luiz Antônio Bogo. Gênero, Criminalização, Punição e Sistema de Justiça Criminal: um olhar sobre as sobrecargas punitivas e as dominações do masculino in *Revista*



- de Estudos Criminais*, v. 8, 2008.
- COELHO, Rita Pinto. Ala Feminina: na prisão, a mulher sofre dupla punição in *Editorial Sapo*, Lisboa, 2018.
- COLARES, Leni Beatriz Correia & CHIES, Luiz Antônio Bogo. Mulheres nas So(m)bras: invisibilidade, reciclagem e dominação viril em presídios masculinamente mistos in *Estudos Feministas*, v. 18, n. 2, 2010, pp. 407-423.
- CURY, Teo & MOURA, Rafael Moraes. STF mantém afastada juíza acusada de deixar adolescente em cela com 30 homens in *O Estado de São Paulo*, 05/02/2019.
- DOMENICI, Thiago e BARCELOS, Iuri. Como a Justiça paulista sentenciou negros e brancos para tráfico in *El País*, 06/12/2018.
- DPERJ (Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro). *Relatório Final: pesquisa sobre as sentenças judiciais por tráfico de drogas na cidade e região metropolitana do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: DPERJ, 2018.
- DUARTE, Evandro Piza. Ensaio Sobre a Hipótese Colonial: racismo e sistema penal no Brasil in CARVALHO, Salo & DUARTE, Evandro Piza. *Criminologia do Preconceito: racismo e homofobia nas Ciências Criminais*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Ragione: Teoria del Garantismo Penale*. 5. ed. Roma: Laterza, 1998.
- FERREIRA, Guilherme Gomes. *Diversidade Sexual e de Gênero e o Serviço Social no Sociojurídico*. São Paulo: Cortez, 2018.
- FERREIRA, Guilherme Gomes. *Travestis e Prisões: experiência social e mecanismos particulares de encarceramento no Brasil*. Curitiba: Multideia, 2015.
- FERREIRA, Guilherme Gomes. *Vidas Lixadas: crime e castigo nas narrativas de travestis e transexuais brasileiras*. Salvador: Devires, 2018.
- FLAUZINA, Ana. *Corpo Negro Caído no Chão: o sistema penal*

- e o projeto genocida do Estado Brasileiro. Dissertação de Mestrado, Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2006.
- FREITAS, Felipe. Novas Perguntas para a Criminologia Brasileira: poder, racismo e direito no centro da roda in *Cadernos do CEAS*, n. 238, 2016.
- GRUPO GAY DA BAHIA. *Mortes Violentas de LGBT+ no Brasil (2018)*, Salvador, 2019.
- HEILBORN, Maria Luiza. Gênero, Sexualidade e Saúde in *Saúde, Sexualidade e Reprodução: compartilhando responsabilidades*. Rio de Janeiro: EdUERJ, 1997.
- HUMAN RIGHTS WATCH, *Relatório Mundial: Brasil* (resumo do país), 2018.
- ILGA, State-Sponsored Homophobia. 13. ed., Genebra: ILGA, 2019.
- INSTITUTO IGARAPÉ. *Depois da Prisão: caminhos possíveis para mulheres*. Rio de Janeiro: Instituto Igarapé, 2019.
- JUSTIÇA GLOBAL & MECANISMO ESTADUAL DE PREVENÇÃO E COMBATE À TORTURA DO RIO DE JANEIRO. *Quando a Liberdade é Exceção: a situação das pessoas presas sem condenação no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Global/MecanismoRJ, 2016.
- LAMOUNIER, Gabriela Almeida Moreira. *Gêneros Encarcerados: uma análise transviada da política de Alas LGBT no Sistema Prisional de Minas Gerais*. Dissertação de Mestrado, Programa de Pós-Graduação em Psicologia da UFMG, Belo Horizonte, 2018.
- LÓPEZ CALERA, Nicolás Maria. *Yo, el Estado: bases para una teoría substancializadora (no substancialista) del Estado*. Madrid: Trotta, 1992.
- MISKOLCI, Richard. *Teoria Queer: um aprendizado pelas diferenças*. 3. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2017.
- MORAES, Fabiana. Na mesma cela, 99 homens e 3 mulheres in *Justificando*, 19/12/16.

- PASTORAL CARCERÁRIA. *Tortura em Tempos de Encarceramento em Massa*. São Paulo: ASAAC, 2016.
- PIRES, Thula. Criminalização do Racismo: entre a política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social sobre os negros. Brasília: Brado Negro, 2016.
- POCAHY, Fernando; OLIVEIRA, Rosana & IMPERATORI, Thaís. Cores e Dores do Preconceito: entre o boxe e o balé in Lionço, Tatiana & Diniz, Débora (orgs.). *Homofobia e Educação: um desafio ao silêncio*. Brasília: LetrasLivres, 2009.
- POCAHY, Fernando. Um Mundo de Injúrias e outras Violações: reflexões sobre a violência heterossexista e homofóbica a partir da experiência do CRDH Rompa o Silêncio in PocaHy, Fernando (org.). *Rompendo o Silêncio: homofobia e heterossexismo na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Nuances, 2007.
- REIS, Vilma. Juristas Negros e Negras por Vida e Liberdade no Brasil in *Discursos Negros: legislação penal, política criminal e racismo*. Brasília: Brado Negro, 2015.
- RODAS, Sérgio. Palavra de policiais é o que mais influencia juízes em casos de tráfico, diz pesquisa in *Conjur*, 23/02/2018.
- SÁNCHEZ RUBIO, David. *Filosofia, Derecho y Liberación en América Latina*. Bilbao: Desclee de Brouwer, 1999.
- SÁNCHEZ RUBIO, David. Inversión Ideológica y Derecho Penal Mínimo, Decolonial, Intercultural y Antihegemónico in Sanchez Rúbio, David & Senent de Frutos, Juan Antonio. *Teoría Crítica del Derecho: nuevos horizontes*. Aguascalientes: Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2013.
- SECRETARIA DE ASSUNTOS LEGISLATIVOS (SAL/MJ). *Dar à Luz na Sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão*. Brasília: Ministério da Justiça/IPEA,

2015.

SEMER, Marcelo. *Sentenciando Tráfico*: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento. Tese de Doutorado, Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2019.

SINHORETO, Jacqueline. Seletividade Penal e Acesso à Justiça in LIMA, Renato S. et al (orgs). *Crime, Polícia e Justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2014.

STABILE, Arthur. Tortura tem impunidade plena no sistema prisional, aponta relatório da Pastoral Carcerária in *Ponte Jornalismo*, 20/10/2016.

STF, ADPF 347 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, Plenário, j. 09/09/2015.

STF, ADPF/DF 527/18, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 28/06/18.

STF, REExt 641.320/16, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 11/05/16.

STJ, HC 497.226/RS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 13/03/19, fl. 09.

STJ, REsp 1.710.893/MG, Rel. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 22/08/18.

TERRA. Mulher é presa com 70 homens em delegacia do Pará in *Portal Terra*, 22/11/2007.

TJRS, AE 70080189442/18. Rel. Des. Naele Uchoa Piazzeta, j. 30/01/19.

VIANNA, Luiz Werneck et al (coords.). *Quem Somos*: a magistratura que queremos. Rio de Janeiro: AMB, 2018.

ZACCONE, Orlando. *Indignos de Vida*: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2015.