

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS**

Gabriela Favretto Guimarães

**O TRANSGÊNERO E O GÊNERO NÃO BINÁRIO NO SISTEMA PENAL:
Suas convergências, influências e problematizações**

**Porto Alegre
2014**

GABRIELA FAVRETTO GUIMARÃES

**O TRANSGÊNERO E O GÊNERO NÃO BINÁRIO NO SISTEMA PENAL:
Suas convergências, influências e problematizações**

**Monografia apresentada ao
Departamento de Ciências Penais
da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio
Grande do Sul como requisito
parcial para obtenção do grau de
Bacharel.**

**Orientadora: Prof^a. Dr^a. Ana Paula
Motta Costa**

**Porto Alegre
2014**

GABRIELA FAVRETTO GUIMARÃES

**O TRANSGÊRO E O GÊNERO NÃO BINÁRIO NO SISTEMA PENAL:
Suas convergências, influências e problematizações**

Monografia apresentada ao
Departamento de Ciências Penais da
Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande
do Sul como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel.

Aprovada em 16 de dezembro de 2014.

BANCA EXAMINADORA:

Professora Doutora Ana Paula Motta Costa
Orientadora

Professora Doutora Vanessa Chiari Gonçalves

Professor Doutor Pablo Rodrigo Alflen da Silva

AGRADECIMENTOS

A meus pais, pelo esforço interminável em lidar comigo e me apoiar. A minha orientadora, Ana Paula Motta Costa, pela prontidão em apontar a direção certa. A todos que encheram minha vida de alegria nos meses em que esse trabalho foi realizado – com menção honrosa a novembro.

*O pássaro livre pensa em outra brisa
e no transitar do vento suave por entre as árvores suspirantes
e os gordos vermes esperando em um gramado sob brilho da aurora
e ele nomeia seu o céu.*

*Mas um pássaro engaiolado fica no túbulo de sonhos
sua sombra berra em um grito de pesadelo
suas asas são cortadas e os seus pés são amarrados
então ele abre a garganta e canta.*

*O pássaro engaiolado canta
com medo trinado
das coisas desconhecidas
mas desejadas ainda
e sua música é ouvida
na colina distante
porque o pássaro enjaulado
canta a liberdade.*

Maya Angelou

RESUMO

Essa pesquisa visa analisar a forma com que o sistema penal reage quando indivíduos transgêneros se veem como vítimas, suspeitos ou condenados de práticas ilícitas, considerando as políticas criminais dos três poderes ao elaborar a legislação, investigá-los, sentenciar os processos de que são parte, e proceder a execução de suas penas. Foram feitas análises com base na legislação penal e sua interpretação doutrinária e judicial, buscando fragmentos jurídicos que pudessem ser lidos como partes do sistema que absorveram características particulares da população transgênera. Outrossim, levou-se em consideração as posições dos operadores do poder executivo em seus encontros com indivíduos transgêneros que se viram envolvidos no sistema penal. Buscou-se escrutinar como cada um dos três poderes lida com diversidades de performance gênero. Através disso, formou-se um panorama sobre a forma com que o Estado, através do sistema penal, dialoga com identidades de gênero não-clássicas.

Palavras-chave: Sistema penal. Identidade de gênero. Transgêneros. Política criminal.

ABSTRACT

This research intends to analyze how the penal system reacts when transgender individuals find themselves as victims, suspects or convicted of illegal activities, considering the criminal policies placed by the three branches of power in the writing of the legislation, the investigation and ruling of the actions they are part of, and the execution of their sentences. Analyses were made based on the criminal legislation e its doctrinaire and judicial interpretation, seeking legal fragments that could be read as pieces of the system that have absorbed the singular characteristics of the transgender community. Furthermore, the research took in consideration the agents of the executive power's postures in their encounters with transgender individuals involved with the criminal system. The quest sought to scrutinize how each one of the three branches of power handles gender performance diversity. Thereby, it built an outlook about how the State, through the criminal system, dialogues with non-classic gender identities.

Keywords: Criminal system. Gender identity. Transgenders. Criminal policy.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	8
2. A LEITURA DO (TRANS)GÊNERO E O SISTEMA PENAL.....	10
3. PODER LEGISLATIVO: a legislação voltada a transgêneros.....	16
3.1. A edição da Lei Maria da Penha e os transgêneros.....	16
3.2. A legislação e a execução penal de transgêneros.....	25
3.3. Transgêneros e a política criminal do Poder Legislativo canadense.....	31
3.3.1. O projeto de lei Bill C-297.....	32
4. PODER JUDICIÁRIO: transgêneros e a interpretação da lei.....	43
4.1. Transgêneros e a Lei Maria da Penha.....	44
4.2. Transgêneros e o uso de documentos falsos.....	52
4.3. Transgêneros e a proibição de penas cruéis.....	59
5. PODER EXECUTIVO: transgêneros e o sistema policial e prisional.....	64
5.1. O sistema prisional gaúcho e os transgêneros.....	70
5.2. A portaria de 15 de abril de 2014.....	74
5.3. As forças policiais e a revista íntima de transgêneros.....	77
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	81
REFERÊNCIAS.....	84

1. Introdução

No ano de 2014, até 30 de setembro, foram registrados 313 assassinatos de indivíduos LGBT no Brasil, o que apontou uma média oitenta vezes maior do que os assassinatos da população não-LGBT. Proporcionalmente, os indivíduos mais afetados são os transgêneros que, formando um grupo de um milhão de pessoas, têm os mesmos índices de homicídios que o grupo de homossexuais, que são cerca de vinte milhões¹. Os números chocantes confirmam a posição do Brasil como campeão do mundo em número de assassinatos transfóbicos. Consoante com tal notícia, o décimo quinto Dia Internacional da Memória Transgênera (*Internacional Transgender Day of Remembrance*), realizado em novembro de 2013, que direciona a atenção da sociedade para crimes de ódio contra transgêneros, revelou um total de 1.374 assassinatos de transgêneros de que se tem ciência, em sessenta países, de janeiro de 2008 a outubro de 2013. Desses, 539 ocorreram no Brasil².

Tais números, por si só, demonstram a urgência de se voltar atenção para a relação do sistema penal com a comunidade transgênera, dada sua evidente vulnerabilidade e a insegurança com que tais indivíduos convivem diariamente. Essa relação, no entanto, não se resume aos casos em que transgêneros encontram-se na posição de vítimas de crimes. Uma vez que o foco está sob o assunto, questiona-se como o sistema penal age quando essas pessoas são suspeitas ou condenadas por práticas ilícitas, de que maneira agem as forças policiais e os juízes ao sentenciar e como se dá o cumprimento de suas penas privativas de liberdade.

Uma vez que gênero que foge da dicotomia tradicional homem-mulher - representado tanto por indivíduos que possuem identidade de gênero distinta do gênero identificado ao nascimento quanto por indivíduos que se inserem em mais de um ou em nenhum dos gêneros binários masculino-feminino - está inserido na sociedade, é certo que diversos pontos em que ele se encontra com o sistema penal. A identificação dessas intersecções será realizada através da análise das políticas

¹ Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/brasil-registra-218-assassinatos-de-homossexuais-em-2014,844fad73c7c8410VgnCLD200000b2bf46d0RCRD.html>> - Último acesso em 30/11/2014.

² Disponível em: <<http://www.tgeu.org/node/435>> - Último acesso em 30/11/2014.

criminais adotadas pelo Estado para lidar com tais encontros, das relações estabelecidas pelo movimento LGBT como movimento social com o sistema penal em sentido amplo através da aproximação dos ideais do movimento a criminologias e políticas criminais contemporâneas, bem como da realização da identificação e da análise dos pontos onde a institucionalização-criminalização encontra o transgênero. Agindo o sistema penal de modo a interferir nos direitos e interesses dos indivíduos que compõe a sociedade em que está inserido, e considerando-se a crescente percepção da participação do grupo de indivíduos transgêneros na sociedade, busca-se apontar as medidas penais que consideram as peculiaridades desse grupo e atuam ligadas a ele. Quando o poder estatal toma para si como privativa a administração do Direito Penal, proibindo a vingança privada, é preciso que ofereça em contrapartida prestações à sociedade vindas de cada um dos três poderes - pois cada um deles representa papel diferente na aplicação das políticas criminais do estado -, e voltadas tanto aos sujeitos passivos quanto ativos das condutas tipificadas.

Em institutos como a possibilidade de atenuação da pena em razão da baixa instrução ou escolaridade do agente em crimes ambientais, ou de penas mais severas quando o delito de injúria tem viés racial, o legislador leva em conta condições especiais dos agentes ao elaborar o texto da lei. A presente pesquisa procurou escrutinar a legislação penal para verificar a presença de semelhantes direcionamentos legais que levem em conta as características particulares da população transgênera. Tal trabalho foi realizado não apenas com base no texto da lei, porquanto sabido que o mesmo por vezes deixa de trazer tais pontos expressamente, mas também na interpretação legal.

Após a análise dos textos legais e de posições doutrinárias construídas sobre eles, passou-se ao exame da política criminal exarada pelo Poder Judiciário na aplicação da lei aos transgêneros que se encontram, de alguma forma, envolvidos com o sistema penal. Buscou-se reunir as posições jurisprudenciais sobre o tema e verificar se o compilado traduziria orientações consolidadas, uníssonas, ou então divergentes, variadas.

Num terceiro momento, a pesquisa procurou encontrar as relações do ramo executivo do sistema pena com os indivíduos transgêneros, analisando como a conduta dos operadores do Poder Executivo lida com a diversidade de gênero e quais são as convergências de sua política criminal com as dos demais poderes. Para tanto, investigou-se a respeito da população transgênera em situação de privação de liberdade e da conduta policial na realização da revista íntima de tais indivíduos.

Com base na coleta dos recortes das políticas criminais dos três poderes e do estabelecimento de diálogo entre os mesmos formou-se um panorama de como ocorre a interação entre as identidades de gênero não-clássicas e o sistema penal, de como essa interação reflete na vida dos sujeitos transexuais e transgêneros, bem como de quais são as perspectivas para o futuro da questão.

2. A leitura do (trans)gênero e o sistema penal

Ao fim do século XIX e começo do século XX, novas categorias sexuais criadas pela ciência demonstraram a tentativa de organização e sistematização das novas formas e visões de corpo, gênero e sexualidade, desviantes do padrão masculino-feminino e heterossexual, que passaram a ser notadas na ordem social. Essa efervescência no campo científico manifestou-se não apenas nas ciências ligadas à medicina e à psicologia, como também em outros campos sociais, como a religião e os iniciantes movimentos pelos direitos civis, como o movimento LGBT e a primeira onda do movimento feminista. Esse diálogo inicial, que buscava a aceitação social de sujeitos divergentes da norma foi interrompido pela visão social mais conservadora que se estabeleceu no começo do século XX, fruto de duas guerras mundiais, da ascensão de totalitarismos de esquerda e direita e de crises econômicas como a quebra da bolsa de Nova York, e só foi retomado no final do século³.

³ LEITE JR., Jorge. **Nossos corpos também mudam: a intervenção das categorias “travesti” e**

Autores como Catherine Millot atribuem a Henry Benjamin a origem do termo “transexual” nos anos cinquenta⁴. Henry Benjamin, por sua vez, situa o surgimento do termo em um artigo de David Oliver Cauldwell⁵, assim como o faz Gerald Ramsey⁶. Variantes do termo, como “transexualismo psíquico” já podiam ser encontrados anteriormente, no início do século, nos trabalhos de Magnus Hirschfeld⁷. Dessa forma, verifica-se a crescente inserção de termos que orbitam em torno do vocábulo “transexual” em livros de medicina e psicologia, o que resultou, em 1980, na inclusão do “transexualismo” no Código Internacional de Doenças (CID). Ainda hoje, em sua décima edição, datada de 1993, o CID-10 abarca diversos termos correlatos na seção “Transtornos da identidade sexual”, o que é fortemente criticado pelas correntes que buscam a despatologização de tais performances de gênero:

F64 - Transtornos da identidade sexual

CID 10 F 64.0 - Transexualismo: Trata-se de um desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto. Este desejo se acompanha em geral de um sentimento de mal estar ou de inadaptação por referência a seu próprio sexo anatômico e do desejo de submeter-se a uma intervenção cirúrgica ou a um tratamento hormonal a fim de tornar seu corpo tão conforme quanto possível ao sexo desejado.

CID 10 F 64.1 - Travestismo bivalente: Este termo designa o fato de usar vestimentas do sexo oposto durante uma parte de sua existência, de modo a satisfazer a experiência temporária de pertencer ao sexo oposto, mas sem desejo de alteração sexual mais permanente ou de uma transformação cirúrgica; a mudança de vestimenta não se acompanha de excitação sexual.⁸

Ainda na década de 80, a Teoria Queer se estabeleceu como um conjunto de estudos com o objetivo de criticar os pressupostos universais das dualidades homem/mulher, gênero/sexo, masculino/feminino, natureza/cultura, e impulsionou a pesquisa e o debate científico sobre o que hoje é posto como transexual e

“transexual” no discurso científico. São Paulo : Annablume FAPESP, 2011, p. 117-119.

⁴ MILLOT, Catherine. **Extrasexo**. São Paulo : Escuta, 1992, p 121.

⁵ BENJAMIN, Harry. **The transexual phenomenon**. Dusseldorf : Symposioon Publishing, 1999, p. 20.

⁶ RAMSEY, Gerald. **Transexuais – perguntas e respostas**. São Paulo : Summus, 1998, p 17.

⁷ CHILAND, Colette. **O transexualismo**. São Paulo : Edições Loyola, 2008, p. 33.

⁸ Disponível em: <<http://cid10.bancodesaude.com.br/cid-10-f/f64/transtornos-da-identidade-sexual>> - Último acesso em 30/11/2014.

transgênero⁹. A Teoria Queer desenvolveu um contraponto à patologização da transexualidade e do travestismo (expressão do transgênero) consagrada pelo Código Internacional de Doenças, colocando que é o pensamento normativo e hegemônico de identidades sexuais polarizadas em masculino-homem e feminino-mulher que leva a concepções patologizantes. A patologização, segundo autores do movimento, mesmo legitimada como sistema de nomenclatura médica, carece de cientificidade, e atua como reprodutora oficial da violência pois orienta o Estado e seus operadores na determinação de quem terá acesso à cidadania e quem será dela suprimido¹⁰. Isso encontra reflexos profundos na atuação do sistema penal quando aos indivíduos transgêneros, que têm sua identidade e cidadania suprimidas por políticas que não se adéquam à diversidade das pessoas a quem são aplicadas.

Uma das dificuldades encontradas na atuação do sistema penal reside no fato de que, atualmente, a significância dos termos construída em contraponto à definição posta no CID-10 ainda é ampla, dificultando o entendimento sobre a questão. A definição aqui a ser utilizada é aquela de que, enquanto transexuais são indivíduos que se identificam como pertencentes ao grupo de gênero oposto àquele identificado no nascimento, transgêneros são os indivíduos que ultrapassam as barreiras do gênero não se fixando em um único gênero ou identidade¹¹. Dessa forma, “transgênero” é utilizado como um termo “guarda-chuva” (*transgender umbrella*), que se refere a qualquer manifestação não convencional do sistema sexo/gênero, como travestis, transexuais e intersexuais, sem desconsiderar outras possibilidades¹². Nas raras oportunidades em que o sistema penal coloca seu foco sobre a problemática transgênera, porém, a significância dos termos tende a ser menos abrangente, sendo reduzida a transexuais ou a travestis, conforme o caso.

⁹ LEITE JR., Jorge. Op. cit., p. 120-121.

¹⁰ KAHHALE, Peters Edna in **Psicologia e diversidade sexual: desafios para uma sociedade de direitos**. Brasília : Conselho Nacional de Psicologia, 2011, p. 206.

¹¹ DOMINGUES, Giorgia de M. **Mulheres-homens?** in *Fazendo Gênero 8 - Corpo, Violência e Poder*. Florianópolis : EDUFSC, 2008, p. 58.

¹² SOUZA, Érica Renata de. **Papai é homem ou mulher? Questões sobre a parentalidade transgênero no Canadá e a homoparentalidade no Brasil** in *Revista de Antropologia*, São Paulo : USP, v. 56, n. 2, p. 398.

Ainda quanto a interpretações terminológicas, segundo Mesquita Filho, o termo “sexo” é utilizado para fazer referência a características biológicas que estão além do controle do indivíduo; já o gênero é um conceito aprendido, portanto, a definição de masculino e feminino pode variar dependendo da cultura onde o indivíduo for criado. Dessa forma, tem-se que o sexo biológico é estanque, enquanto o gênero pode se manifestar em indivíduos independentemente de seu sexo, e até mesmo independentemente da presença simultânea de outro gênero. Reflexo disso, hoje pode-se falar em mulheres masculinas, homens femininos e indivíduos com características femininas e masculinas concomitantemente, ou mesmo indivíduos que não se inserem em parte ou em todo nem no gênero masculino, nem no feminino¹³, muito embora o Direito não tenha absorvido tal noção.

Também tratando da dicotomia de gênero, Iara Ilgenfriz da Silva fez um apanhado das características predominantemente observadas em cada um dos gêneros binários. A autora coloca como características marcantes do masculino dureza, rude, frieza, racionalidade, força, independência, proteção, agressividade, audácia, poligamia, esperteza e infidelidade. Por sua vez, as características comumente atribuídas ao feminino são doçura, suavidade, sentimentalismo, afetividade, fragilidade, dependência, timidez, recato, sedução, monogamia, virgindade e fidelidade¹⁴. Assim, um indivíduo do sexo biológico homem, poderia ser visto como feminino em decorrência da manifestação de determinadas características em seu agir. Partindo de tais premissas, procura-se evitar a colocação do feminino como sinônimo de mulher, ou do masculino como sinônimo de homem.

Levando em conta o inevitável relacionamento entre gênero e sistema penal e o entendimento de que feminino-masculino não é sinônimo automático de mulher-homem, autores teorizam sobre o papel do gênero na construção do sistema jurídico em questão. Iara Ilgenfriz da Silva coloca que seu discurso, assim como o dos demais ramos do Direito, é um discurso dialético masculino, que parte de um único

¹³ MESQUITA, Marcos ; EUFRÁSIO, Cremilda ; BATISTA, Marcos Antônio . **Estereótipos de gênero e sexismo ambivalente em adolescentes masculinos de 12 a 16 anos.** In Saúde e Sociedade, São Paulo : USP Impresso, v. 20, 2011, p. 554-567.

¹⁴ SILVA, Iara Ilgenfriz da. **Direito ou punição? Representação da sexualidade feminina no direito penal.** Porto Alegre : Movimento, 1985, p. 66.

fiu condutor: o feminino é o frágil¹⁵. Dessa forma, muitas vezes os seres que não comportam o ideal de masculinidade clássica, dentre os quais o presente trabalho volta a atenção para o transgênero, não são colocados como sujeitos de direito. Essa exclusão dos transgêneros da categoria de sujeitos de direito de coaduna com a ideia anteriormente posta de que a patologização de tal vivência atua de modo a orientar o Estado a respeito dos indivíduos que devem receber ou ser privados de sua cidadania.

O discurso hegemônico que permeia o sistema, conforme Maria Juracy Filgueiras Toneli e Marília dos Santos Amaral expõem seguindo as influências de Judith Butler, constringe outras possibilidades de discurso que, embora existentes, são desqualificadas, deslegitimizadas, menosprezadas, invisibilizadas e despidas de expressão¹⁶:

Esse processo inclui as mulheres, mas não apenas. Chama atenção aqui qualquer forma de sexualidade e corporalidade que não corresponda àquela heteronormativa, expressa pelo binômio masculino-feminino colado a corpos de homens e mulheres (machos e fêmeas). (...) A violência normativa conforme Butler a concebe envolve sempre as normas de sexo, gênero e sexualidade. Nesse sentido, pode-se afirmar com ela que o gênero é uma performance com consequências punitivas, uma vez que punimos aqueles que 'falham' na relação de coerência oposicional imposta pela heteronormatividade, desumanizados que são por meio de sua sexualidade ou gênero não-normativo. Os abjetos¹⁷.

Essa prática de invisibilização resulta, como veremos, em diversas lacunas legais, jurisprudência incerta e inaptidão dos operadores do Poder Executivo em lidar com os transgêneros. E, ainda observa-se que, não apenas os discursos divergentes são invisibilizados pelo discurso hegemônico, como os indivíduos divergentes são por ele reprimidos. Segundo Eugenio Raul Zaffaroni, essa prática de repressão dos indivíduos desviantes é adotada pelo sistema penal há muito tempo, desde que o poder punitivo era utilizado pelos exércitos conquistadores como instrumento verticalizante ordenador para dominar os povos das terras conquistadas:

¹⁵ SILVA, Iara Ilgenfritz da. Op. cit., p. 67.

¹⁶ TONELI, Maria Juracy Filgueiras e AMARAL, Marília dos Santos. **Gênero, sexo e o corpo travesti: abjeções e devires** in Psicologia social e seus movimentos: 30 anos de ABRAPSO. Recife : Editora Universitária da UFPE, 2011, p. 341.

¹⁷ TONELI, Maria Juracy Filgueiras e AMARAL, Marília dos Santos. Op. cit., p. 341-347.

Esses exércitos imensos armaram-se a partir de células controladoras pequenas (famílias) nas quais mandava um suboficial (*pater*), ao que se submetiam as mulheres, os velhos, os servos e escravos, os meninos e os animais domésticos, todos *inferiores biológicos* ao *pater*, que, segundo o direito civil tradicional, respondia pelos danos causados por seus subordinados. Dali a importância do controle da sexualidade, a misoginia e a homofobia como elementos disciplinantes, aos quais se dedicaram desde a ideia média mais espaço, que é a regulação das propriedades nos textos legais e na manualística, obcecados por reprimir toda manifestação dionisíaca, considerada diabólica.¹⁸

Para Zaffaroni, o sistema penal é dotado de níveis que correspondem às diferentes agências de sua composição, que apesar de interagirem, não sendo independentes entre si, são essencialmente diferentes. Conforme o autor, o poder punitivo é dotado de uma perspectiva relativa ao exercício real da repressão, com a individualização das pessoas sobre as quais esta recai: a criminalização secundária imposta por agências executivas. Outra perspectiva é a da criminalização primária, pelos órgãos emissores das leis, que produz a legislação repressiva penal. Ainda, haveria a perspectiva do discurso jurídico-penal, vindo das agências de reprodução ideológica.¹⁹

Partindo desse ponto de vista de divisão do exercício do poder punitivo e considerando que, apesar de o gênero desviante ser historicamente e atualmente concebido como algo abjeto, tal categoria vem conseguindo seu espaço no sistema penal como nos temas sobre os quais se foca esse trabalho - possibilidade da aplicação da Lei Maria da Penha a transgêneros, a portaria de 15 de abril de 2014, que estabelece os padrões de acolhimento da população LGBT em privação de liberdade no Brasil e o projeto de lei canadense que pretende alterar o código criminal para no que diz respeito à propaganda de ódio direcionada contra um grupo por seu gênero e dosimetria da pena considerando crimes cometidos em razão de gênero -, pretende-se expor as políticas criminais adotadas com relação à população transgênera partindo de cada um dos três poderes, Legislativo, Judiciário e Executivo.

¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Criminologia e Política Criminal**. Rio de Janeiro : GZ Editora, 2010, p. 7.

¹⁹ ZAFFARONI. Eugenio Raul. Op. cit., p. 7-8.

3. Poder Legislativo: a legislação voltada a transgêneros

O Procurador da República pelo Estado de São Paulo e *Human Rights Fellow* pela Faculdade de Direito da Universidade de Columbia, Sérgio Gardenghi Suiama, aponta que regramentos jurídicos em harmonia com os direitos humanos devem levar em consideração todo o conjunto de necessidades sociais enfrentadas pela maioria das pessoas transgêneras, raramente atendidas até o momento. Dentre tais necessidades dos transgêneros às quais o Poder Legislativo deveria voltar sua atenção são destacados o acesso à saúde, a retificação do registro civil e dos documentos de identificação social, a proteção contra a violência e a discriminação no trabalho, os direitos decorrentes de relações familiares, e a regulação do uso de lugares em que há separação segundo o gênero (de banheiros a prisões) e o enfrentamento do estado de marginalização social vivido pela maioria da comunidade²⁰.

A verificação dessas medidas tão necessárias na legislação penal posta, entretanto, ainda depende do estudo teleológico dos textos legais, uma vez que os mesmos não deixam claro a posição dos dispositivos quanto aos indivíduos transgêneros. Por outro lado, um importante projeto de lei que tramita no senado canadense pode constituir marco inicial para uma nova produção legal que volte sua atenção à comunidade transgênera.

3.1. A edição da Lei Maria da Penha e os transgêneros

Para que se possa identificar a política criminal empregada pelo Poder Legislativo na edição da Lei Maria da Penha é necessário contextualizar e analisar o processo que culminou em sua elaboração. Leila Linhares Barsted coloca tal processo como um exemplo de exercício de cidadania ativa, que supõe uma prática capaz de exigir o cumprimento das normas jurídicas pré-estabelecidas, listar as

²⁰ SUIAMA, Sérgio Gardenghi. **Um modelo autodeterminativo para o direito de transgêneros**. Brasília : Boletim Científico ESMPU, a. 11, n. 37, Edição Especial 2012, p. 111-112.

necessidades de quem ainda não é reconhecido como sujeito de direito e formular novos direitos necessários devido à complexidade constante da vida contemporânea. Segundo a autora, os debates em torno na edição da lei se basearam em reflexões sobre violência de gênero, e provocaram pressão sobre o Estado para que tal tema fosse retirado da omissão legislativa²¹.

O cenário anterior à edição da lei é marcado pelo trabalho de organizações feministas, que levaram para alçada internacional a denúncia da violação dos direitos humanos, contribuindo para que organizações internacionais de direitos humanos se posicionassem pela eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres, incluindo a discriminação de gênero. Em 1993, a Conferência Mundial de Direitos Humanos reconheceu que a violência contra a mulher representa grave violação dos direitos humanos e chamou seus Estados Membros a adotarem uma perspectiva de gênero em suas políticas. No ano seguinte, a Organização dos Estados Americanos elaborou a Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra as mulheres, também conhecida como Convenção de Belém do Pará, que definiu a violência contra mulher como qualquer ação baseada no gênero que lhe cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico²².

No Brasil, os movimentos feministas se organizaram marcadamente desde a década de 1970, e a violência contra a mulher, principalmente no âmbito familiar, tornou-se pauta de destaque. Os movimentos compreenderam que um segmento vital da demanda por políticas públicas sociais é sua formalização legislativa, e focaram parte de sua ação na propositura de leis pudessem complementar a cidadania feminina tolhida, o que passa a surtir resultado de grande significância na década de 1990²³.

²¹ BARSTED, Leila Linhares. **Lei Maria da Penha: uma experiência bem-sucedida de *advocacy* feminista** in Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminina. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2011, p. 13-15.

²² BARSTED, Leila Linhares. Op. cit., p. 17-22.

²³ A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê que o Estado prestará assistência à família e agirá para coibir a violência no âmbito familiar. Pela Lei 8.930/94 o crime de estupro passa a ser inafiançável. Pela Lei 9.029/95 passa a ser crime a exigência de atestado de esterilidade/teste de gravidez para contratação/permanência no emprego. Por força da Lei 9.046/95 é determinado que estabelecimentos penais femininos devem contar com berçários. A Lei 9.318/96 altera o Código Penal incluindo uma circunstância agravante quando a vítima está grávida. A Lei 9.281/96 aumenta a pena

As alterações do Código Penal foram, em grande medida, aquelas recomendadas pela Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (*Committee on the Elimination of Discrimination against Women* - CEDAW), que também recomendou que o Brasil editasse uma lei sobre a violência doméstica. Enquanto isso, havia um conflito de entre a Convenção de Belém do Pará e várias organizações internacionais, que consideravam a violência contra mulher violação dos direitos humanos - portanto, crime grave -, e a Lei 9.099/95, que a tratava como crime de menor potencial ofensivo, permitindo sua composição sem a intervenção punitiva do Estado.

A ação de *advocacy* feminista para elaboração de uma lei que tratasse da violência contra as mulheres começou em 2002, envolvendo diversas feministas operadoras do direito, ONGs e instituições, com um projeto baseado na Convenção de Belém do Pará, na Convenção do CEDAW, nas resoluções da ONU e na Constituição de 1988. Enquanto isso, organizações internacionais faziam pressão sobre o Estado brasileiro em razão de sua omissão na apuração e julgamento do crime praticado contra Maria da Penha Fernandes pelo seu ex-marido²⁴. Em março de 2006, o Projeto de Lei n.º. 4559/04 foi aprovado pelo Plenário da Câmara dos Deputados, em agosto de 2006, foi aprovado pelo Plenário do Senado, e em 7 de agosto de 2006, sancionado pelo Presidente da República como Lei 11.340/06.

A Lei Maria da Penha, além de definir linhas de uma política de prevenção e combate contra a violência contra a mulher, afastou a aplicação da Lei 9.099/95, criou os juizados de violência doméstica e familiar contra as mulheres, bem como medidas protetivas de urgência, e reforçou a atuação das delegacias especializadas.

Uma vez apresentado o contexto de criação do instituto legal em comento, parte-se à sua análise. Dentre as óticas sob as quais pode-se analisar a elaboração da Lei Maria da Penha destaca-se a teoria feminista do direito, que vem desenvolvendo-se desde a década de 1970, pois como visto, a mesma foi de

para os crimes de estupro e atentado violento ao pudor. Pela Lei 9.520/97 é revogado o dispositivo processual pelo qual a mulher casada só podia prestar queixa contra crime sexual com a concordância do marido. Pela Lei 9.455/97 a violência psicológica é incluída dentre os crimes de tortura. A Lei 10.224/01 altera o Código Penal para dispor sobre o assédio sexual. A Lei 10.778/03 reconhece o tipo penal "violência doméstica".

²⁴ BARSTED, Leila Linhares. Op. cit., p. 28-29.

fundamental importância para a criação da lei. Essa teoria opera promovendo um pensamento crítico sobre as epistemologias jurídicas e os fundamentos filosóficos que embasaram o pensamento jurídico ocidental na modernidade, e que têm reflexos até hoje.

Nesse viés, a autora de teoria feminista do Direito, Carmen Hein Campos, coloca que o pensamento jurídico ocidental tem sido estruturado em uma série de dualismos, construída sobre pares sexualizados, hierarquizados, metade considerada feminina e metade masculina. Essa linha de pensamento encontra correspondência nos estudos de Samantha Buglione, que coloca as categorias de gênero polarizadas em feminino-masculino como construções sociais, e não fatos biológicos:

A categoria gênero foi produzida basicamente pelos cientistas sociais a partir dos anos 60-70, com o objetivo de evidenciar as determinações ou estereotipações do masculino e do feminino. Joan Scot, historiadora americana, afirma que a sociedade pensa o mundo a partir da distinção entre as diferenças biológicas de fêmeas e machos. Porém, as características de um e outro são construídas socialmente. A categoria analítica gênero apresenta que os papéis sociais são construções históricas e sociais e não resultado linear da biologia. A significação do ser homem e ser mulher é determinada pela natureza e norma de que mulher é igual a feminino e homem igual à masculino, isso é uma construção social. Simone de Beauvoir, na sua célebre frase, já evidenciava que *não se nasce mulher, torna-se mulher*. Gadamer afirma, ainda, que o processo civilizatória do ser humano inicia no útero. É ali que valores, significados e características começam a ser dados. Mesmo não estando na natureza as características, os valores históricos que são atribuídos ao feminino e ao masculino buscam no argumento da natureza sua legitimação – é a ideia do natural que essas diferenças se fundamentam. Ou seja, uma construção social e histórica é tomada como algo inato, um fato natural, biológico.²⁵

Segundo Carmen Campos, dentre as categorias de gênero, o masculino é considerado superior, e com ele se identifica o Direito, de modo que os sistemas conceituais científicos e acadêmicos são fortemente *gendered* - marcados pelo gênero -, o que torna a neutralidade científica uma mera pretensão. Desse modo, a produção jurídica resulta em doutrinas permeadas por gênero, assim como pelas relações econômicas e raciais, pela divisão sexual do trabalho e pela subjetividade

²⁵ BUGLIONE, Samantha. **O dividir da execução penal: olhando mulheres, olhando diferenças** in Crítica à Execução Penal. São Paulo : Editora Lumes Juris. 2007, p. 144.

dos doutrinadores²⁶. Porém, apesar de o Direito operar a partir do dualismo feminino-masculino e da identidade de gênero fixa, seu texto se insere em um contexto político-social em que há constante produção e rompimento de concepções de gênero:

No entanto, o 'texto' se insere em um contexto político e social, onde as noções de gênero também são produzidas e desafiadas constantemente. As significativas conquistas sociais e jurídicas de gays e lésbicas, por exemplo, desafiam os rígidos limites do gênero. Dito de outra forma, o reconhecimento, por exemplo, da união estável de homossexuais (ou matrimônio) traz inúmeras consequências jurídicas e práticas (possibilidade de adoção, herança, vínculo previdenciário, etc.). Esse reconhecimento rompe com a noção de gênero no direito, que opera a partir do dualismo masculino e feminino e de identidades fixas, produzindo significativa mudança na noção de cidadania²⁷.

A permanente transformação de como o gênero pode se manifestar se alinha às discussões quanto ao sujeito do feminismo, quando se observa que a crítica feminista ao essencialismo desconstruiu a categoria "mulher" e uma identidade feminina universal, resultando em um sujeito múltiplo em raça, etnia, geração, sexualidade, capacidade e atuação de gênero, cuja identidade não é fixa.

Carmen Campos coloca que a instabilidade do sujeito do feminismo traz consigo a possibilidade de deslocamento discursivo, que permite reconstruções de gênero e o reconhecimento do Direito como não-monolítico²⁸. A Lei Maria da Penha, reconhecidamente, promoveu reconstruções doutrinárias ao deslocar a mulher agredida de uma situação vitimizante para uma situação de superação, e também ao adotar a concepção de que a mulher lésbica pode ser agressora, o que reconhece novas identidades de família.

A reconstrução doutrinária ainda não completamente aceita reside na possibilidade do instituto legal ser aplicado a pessoas que manifestem o gênero feminino sem, no entanto, encaixarem-se na leitura tradicional do que é o feminino. Para Carmen Campos, a Lei Maria da Penha traz consigo a necessidade de

²⁶ CAMPOS, Carmen Hein. **Razão e sensibilidade: teoria feminista do Direito e Lei Maria da Penha** in Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminina. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2011, p. 1-5.

²⁷ CAMPOS, Carmen Hein. Op. cit., p. 4.

²⁸ CAMPOS, Carmen Hein. Op. cit., p. 6.

perguntar quais pessoas a lei atende e quais excluiu, qual o prejuízo de mulheres de diferentes categorias sofrem²⁹.

Uma vez aceita tal posição de questionamento necessário, pode-se entender que a lei traz consigo o debate a respeito da aplicação a indivíduos cujo gênero é desviante do padrão. Como já visto, as próprias resoluções de organizações internacionais que basearam o projeto de lei que foi sancionado como Lei 11.340/06 frequentemente faziam referência à violência de gênero, incentivando seus estados membros a combatê-la e definindo a violência contra a mulher como tal.

Investigando-se a Lei Maria da Penha do ponto de vista teleológico, após considerar a possibilidade de a mesma ter como objeto a violência de gênero, não apenas a violência contra a mulher, cabe refletir quais agressões podem ser entendidas como violência de gênero. A temática é amplamente discutida, muitas vezes com debate vinculado à aplicação da Lei Maria da Penha, sendo que os autores revelam uma tendência a traçar correspondências entre a violência contra a mulher e a violência contra transexuais, compreendendo-se ambas como violência fundada em gênero.

Ao falar da violência como infração de direitos humanos, Stela Nazareth Meneghel incluiu a violência perpetrada contra transgêneros na mesma categoria da violência sofrida por mulheres, entendendo que o gênero se revela determinante para a ocorrência de ambas agressões. A autora coloca o feminicídio, a morte de uma ou mais mulheres provocada por um ou mais homens, e os homicídios de transgêneros, com cifras muito maiores que da população em geral, como situações limite pautadas em gênero e realizadas com o intuito de exercer controle, impor submissão ou repressão. Desse modo, investigações sobre assassinatos pautados em gênero poderiam identificar tanto a proporção de feminicídios nas mortes de mulheres, como a mortalidade de transgêneros em razão da violência estrutural, direcional e assimétrica exercida pela ordem patriarcal contra pessoas reconhecidas pela sociedade como femininas³⁰.

²⁹ CAMPOS, Carmen Hein. Op. cit., p 7.

³⁰ MENEGHEL, Stela Nazareth. **Situações limite decorrentes da violência de gênero.** in Revista de Pensamiento e Investigación Social. Barcelona : Athenea Digital, novembro, 2012. p. 229-232.

Foi durante a elaboração do projeto de pesquisa “Feminicídios e assassinatos baseados em gênero no Rio Grande do Sul”, que Stela Nazareth Meneghel viu surgir a necessidade de incluir no estudo a investigação de crimes cometidos contra transgêneros, pesquisa que culminou na elaboração do artigo “Assassinatos de Travestis e Transexuais no Rio Grande do Sul: crimes pautados em gênero?”. A ligação entre o feminicídio e o assassinato de transgêneros é feita de imediato:

Quando iniciamos a leitura dos inquéritos policiais na Delegacia de Homicídios de Porto Alegre, para coletar as informações referentes aos feminicídios, ouvimos relatos dos operadores da segurança pública acerca de homicídios perpetrados contra travestis. Este fato motivou-nos a redimensionar a pesquisa e incluir outras mortes ocasionadas pelo gênero da vítima. Iniciou-se então uma articulação com o movimento LGBT do município de Porto Alegre.

A partir da constatação de que havia outros tipos de assassinatos que se apresentavam como “violência de gênero”, entendemos que seria importante conhecê-los. (...)

Homicídios baseados em gênero é uma expressão criada pelo grupo de pesquisa para designar os crimes em que o gênero constitui o motivo pelo qual ocorreu o homicídio. Dessa forma, entendemos que as travestis e transexuais podem ser incluídas nessa categoria, na medida em que a maioria dos assassinatos perpetrados contra este grupo trata-se de crimes de ódio ou execuções, nos quais foi determinante o fato da vítima ser travesti³¹.

A partir de então, os autores do projeto adotaram uma abordagem qualitativa, compreendendo a investigação de inquéritos policiais de assassinatos de transgêneros nos últimos cinco anos, buscando-se analisar os discursos presentes nos mesmos, inclusive a presença de machismo e culpabilização da vítima, dois aspectos frequentemente presentes nos inquéritos instaurados para averiguar agressões contra mulheres.

Estudiosos da violência de gênero (Blay, 2008; Correa, 2003) têm observado alguns elementos comuns em relação a assassinatos de mulheres, tais como a minimização da violência perpetrada pelo agressor e a culpabilização da vítima, muitas vezes menosprezada ou atacada quanto à

³¹ GUIMARÃES, Cristian Fabiano; MENEGHEL, Stela Nazareth; GUARANHA, Camila; BARNART, Fabiano; SIMÕES, Igor Garber e DE MOURA, Juliane Quevedo. **Assassinatos de Travestis e Transexuais no Rio Grande do Sul: crimes pautados em gênero?** Barcelona : Athenea Digital, 13(2), 2013, p. 222-223.

sua conduta moral. Queremos saber se este fato acontece no contexto dos assassinatos de travestis.³²

O estudo apontou que, nos assassinatos de travestis, predominam atitudes de rejeição a pessoas que exercem outras formas de sexualidade e performance de gênero além da heterossexualidade e o binarismo compulsórios. Conforme colocado pelos autores, “há uma desvalorização do feminino, considerado subalterno e inferior, havendo rancor misógino frente às características femininas que as travestis ostentam”³³. Em razão destas pessoas não se enquadrarem no modelo biológico tido como normal, sua punição e eliminação são justificadas, e os crimes são marcados pelo excesso: dezenas de facadas ou disparos de arma de fogo, buscando desfigurar os rostos das vítimas e mutilar seus corpos.

Tais similaridades encontradas em pesquisas acerca de violência contra a mulher e violência contra transexuais têm surtido resultado na produção doutrinária que discute a aplicação da Lei Maria da Penha em casos de violência familiar e doméstica quando a vítima da agressão é pessoa transgênera. Com base em tais informações, autoras como Maria Berenice Dias tentam consolidar o âmbito de aplicação da lei a partir do conceito de violência de gênero, e não apenas violência contra a mulher:

Como consta da sua própria ementa, a Lei 11.340/09 visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Não é por outro motivo que é conhecida por um nome feminino: Lei Maria da Penha. Apesar de inquestionavelmente proteger a vítima da violência de gênero, em face da assimetria das relações domésticas, não há como limitar seu campo de abrangência à violência perpetrada por um homem contra “sua” mulher. Relações que geram posições hierárquicas de poder e opressão têm levado a doutrina e a justiça a colocar sob o seu manto protetor quem se submete a situações de dominação em razão de vínculos com origem em relação de natureza familiar ou afetiva. Assim, a cada dia surgem situações que colocam em cheque a identificação dos atores da violência que poder ser configurada como doméstica, a assegurar a incidência da Lei Maria da Penha. (...) No que diz com o sujeito passivo – ou seja, a vítima da violência – há exigência de uma qualidade especial: ser mulher. Assim, lésbicas, transexuais, travestis e transgêneros, que tenham identidade social com o sexo feminino estão sob a égide da Lei Maria da Penha. A agressão contra elas no âmbito familiar constitui violência doméstica. Ainda que parte da

³² GUIMARÃES, Cristian Fabiano e outros. Op. cit., p. 223.

³³ GUIMARÃES, Cristian Fabiano e outros. Op. cit., p. 224.

doutrina encontre dificuldade em conceder-lhes o abrigo da Lei, descabe deixar à margem da proteção legal aqueles que se reconhecem como mulher. Felizmente, assim já vem entendendo a jurisprudência.³⁴

Outro ponto que merece ser discutido quando se aborda o tema é o fato de a Lei Maria da Penha ter retirado a violência doméstica e familiar contra a mulher dos Juizados Especiais Criminais, ou seja, estabelecido que tal violência não pode ser enquadrada como de menor potencial ofensivo:

Quando da entrada em vigor a Lei Maria da Penha suscitou muitos questionamentos o fato de a violência doméstica ter sido excluída do âmbito dos Juizados Especiais Criminais – JECrims (art. 41). Mas esta foi, indiscutivelmente, a intenção do legislador. Deixar claro que a violência contra a mulher não é crime de pequeno potencial ofensivo. Foi enfático e até repetitivo ao afastar os delitos que ocorrem no âmbito da família do juízo especial que aprecia infrações de pequena lesividade.

A alteração de competência levada a efeito justifica-se. A Constituição Federal assegura alguns privilégios a delitos de menor lesividade, delegando à legislação infraconstitucional, definir os crimes que assim devem ser considerados. Foi o que fez a Lei dos Juizados Especiais. Sem dar nova redação nem à Lei das Contravenções Penais nem ao Código Penal, considerou de pequeno potencial ofensivo: a) as contravenções penais; b) os crimes a que a lei comina pena máxima não superior a dois anos; e c) os delitos de lesões corporais leves e lesões culposas.

A Lei Maria da Penha – lei de mesma hierarquia – expressamente afastou a violência doméstica da égide da Lei 9.099/95. Trata-se de Lei de natureza especial e protetiva e que foi editada posteriormente, com o claro objetivo de punir com mais rigor os delitos cometidos no ambiente doméstico. Assim, se a vítima é mulher e o crime aconteceu no ambiente doméstico, não é delito de pouca lesividade, não podendo mais ser apreciado pelos Juizados Especiais Criminais – JECrims. Não instalados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher – JVDfMs, o juízo competente é o da Vara Criminal. Assim já decidiram os Tribunais de Justiça do Maranhão, Rio Grande do Sul e Rio Grande do Norte. (...) Como infelizmente a Lei não impôs a criação dos JVDfMs e nem definiu prazo para seu funcionamento, enquanto tal não ocorrer, a competência para conhecer e julgar violência doméstica é das Varas Criminais (art. 33), descabendo os pedidos de medida protetiva e ações penais serem encaminhados aos Juizados Criminais Especiais.³⁵

Com base nessa importante observação, é possível concluir que o abarcamento da violência doméstica e familiar contra transgêneros no âmbito de

³⁴ DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da Penha na justiça : a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 59-62.

³⁵ DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 129-134.

aplicação da Lei Maria da Penha não apenas atuaria de maneira a reconhecer a identidade de gênero de tais indivíduos ou ainda as semelhanças entre a violência sofrida por mulheres e por pessoas transgêneras, mas ainda significaria passar a entender a violência familiar contra transgêneros como crime contra os direitos humanos e não como infração de pequena lesividade, da mesma maneira como é tratada a violência contra a mulher.

Mesmo após longa e detalhada pesquisa sobre o tema, não é possível chegar a uma conclusão clara acerca da possibilidade da aplicação da Lei Maria da Penha em casos de violência doméstica ou familiar perpetrada contra pessoas transgêneras. Uma vez que a lei não se manifesta expressamente para tomar uma posição nesse sentido, toda a discussão nesse aspecto se limita a estudos teleológicos e construções doutrinárias. Não é possível chegar a uma resposta definitiva quando se pergunta sobre a vontade do legislador na edição da lei, todavia, partindo-se das reflexões levantadas pelas várias convenções que inspiraram o texto legal é possível chegar a um objetivo de combate à violência de gênero. Adotada essa perspectiva combativa da violência de gênero, e concluindo-se que a violência contra transgêneros se enquadra nessa categoria, o resultado lógico é pela possibilidade de aplicação da lei a tais casos.

3.2. A legislação e a execução penal de transgêneros

A execução da pena privativa de liberdade vem sempre atrelada a uma discussão acerca dos direitos humanos desrespeitados em sua realização. No que tange à população transgênera, grande parte das violações de seus direitos no cárcere, que serão analisadas mais profundamente ao se tratar das políticas criminais do Poder Executivo, se deve à massificação da pena, que, embora combatida pela Lei de Execução Penal ao trazer em seus motivos itens condizentes com a individualização da pena, ainda é regra, visto que diversos institutos legais nunca foram satisfatoriamente postos em prática no âmbito executivo.

Para Alvino Augusto de Sá, a massificação da pena é responsável por grande parte da desumanização nos presídios de forma geral, independentemente da identidade de gênero dos apenados:

Os efeitos deletérios do cárcere e da pena privativa de liberdade devem-se, em grande parte, ao seu caráter de massificação. Sobre isto, nada se tem a falar de novo: superpopulação, tratamento despersonalizado e massificante, disciplina homogênea e rotineira, arquitetura opressora etc. A individualização da execução da pena caminha justamente na contramão da massificação. (...) Individualizar a execução da a pena nada mais é que adequar a execução ao perfil de cada interno. O perfil pode ser entendido sob dois enfoques: perfil criminológico e perfil de pessoa. O perfil criminológico atém-se aos fatores individuais (sociais, familiares, psicológicos, médicos) tidos como associados à condução criminosa, à suposta “face criminosa” do interno, ou, em termos mais contundentes, ao seu suporte “potencial criminógeno”. Já o perfil de pessoa atém-se às duas características de *pessoa* (e não de criminoso), suas dificuldades, frustrações, angústias, experiências construtivas, aptidões, sonhos, aspirações, metas, perspectivas de futuro, entre outros aspectos.³⁶

Quando uma política autua de forma massificada, desconsidera os indivíduos em si. Isso gera consequências ainda mais intensas sobre indivíduos com características que se afastam das características normalizadas, como os transgêneros, uma vez que a massificação adota como modelo conceitos padronizados, levando a uma dupla vulnerabilidade dos transgêneros apenados.

Face à sua notada importância na execução de uma pena privativa de liberdade mais condizente com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, a preocupação com a individualização da pena pode ser percebida na política criminal do Poder Legislativo já na Constituição Federal, como se pode depreender da lição de José Antonio Paganella Boschi:

Ao enunciar no inciso 46 do artigo 5º que a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as de privação ou restrição de liberdade, de perda de bens, de multa, de prestação social alternativa e de suspensão ou interdição de direitos, a nossa Constituição consagrou o princípio da individualização da pena que, na expressão de Luiz Vicente Cernichiaro, propõe a necessidade de adaptação da pena ao condenado, consideradas suas características pessoais e as peculiaridades do delito.³⁷

³⁶ DE SÁ, Alvino Augusto. **Direitos humanos na execução penal** in Direitos humanos e formação jurídica. Rio de Janeiro : Forense, 2010, p. 121-122.

³⁷ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Individualização da Pena** in Crítica à Execução Penal. São

O autor coloca que a individualização da pena ocorre em três fases. Na fase legal, a pena é individualizada na lei, em um processo de etiquetamento que ocorre segundo critérios sociais, econômicos, ideológicos e políticos. Na fase judicial, a pena é individualizada na sentença, ocasião em que o julgador apontará a pena adequada ao caso, entre o mínimo e o máximo legalmente cominados. A terceira fase é a de execução³⁸. Essas três fases de individualização têm como pressuposto de que a execução da pena não pode ser igual a todos os condenados, e tampouco pode ser dar de maneira homogênea durante todo o processo de seu cumprimento. Isso implica na necessidade de romper com o modelo de execução penal tradicional e construir novos modelos adequados aos diferentes perfis dos apenados, dentre os quais encontram-se apenados transgêneros. Para Samantha Buglione, “individualizar” traz consigo a ideia de desunião e separação, evidenciando a existência de um modelo do qual se busca distanciação, seja através da renúncia ao modelo, ou de sua aprimoração, complementação:

O prefixo “in” de “individualizar”, refere-se ao advérbio e preposição “em”, “dentro de”. Porém, ainda persiste a pergunta: Qual (quem) é o modelo e o que (quem) se divide?

A segregação da execução penal, seu tratamento como algo de menor valor, não apenas em teoria, mas na prática, se evidencia na quase ausência de pensamento sobre ela. Os estudos se detêm na teoria do delito, na conduta, tipicidade, culpabilidade, agravante, atenuante, etc., e diversos cálculos para, enfim, determinar a entrada de um sujeito no sistema punitivo, em especial, na pena privativa de liberdade. A exclusão do tema da individualização da execução penal, além da dificuldade de precisão na sua terminologia, é a exclusão de uma realidade que a todos envolve, responsabiliza e incomoda. Estamos, então, no enfrentamento da discussão que possui uma dupla capacidade para falar do mundo do direito sancionador: primeiro pela persecução que resulta no público existente hoje nos cárceres brasileiros, segundo pela forma de tratamento deste público. Falar nisso é descortinar as verdades e justificativas que movem o “sistema”.³⁹

Essa preocupação presente no texto Constituição e exposta frequentemente na doutrina é repetida no texto da própria Lei de Execução Penal. Na parte de

Paulo : Editora Lumes Juris. 2007, p. 119.

³⁸ BOSCHI, José Antônio Paganella. Op. cit., p. 120.

³⁹ BUGLIONE, Samantha. Op cit., p. 140-141.

exposição dos motivos da lei encontram-se itens que preveem a classificação dos condenados, a personalidade da pena, os exames criminológicos e de personalidade, e a Comissão Técnica de Classificação. Doutrinadores colocam que classificar implica distribuir em grupos, conforme determinados critérios, tarefa essa que seria essencial em sede de execução penal, determinando a melhor maneira para que casa preso cumpra sua pena e evitando contatos negativos entre reincidentes e primários, por exemplo⁴⁰.

Como instrumento para a classificação dos apenados e, conseqüentemente, para a adaptação do cumprimento da pena à pessoa apenada, a Exposição de Motivos à Lei de Execução Penal traz em seu item 34 o exame da personalidade, distinto do exame criminológico nos seguintes termos:

34. O Projeto distingue o exame criminológico do exame da personalidade como a espécie do gênero. O primeiro parte do binômio delito-delinqüente, numa interação de causa e efeito, tendo como objetivo a investigação médica, psicológica e social, como o reclamavam os pioneiros da Criminologia. O segundo consiste no inquérito sobre o agente para além do crime cometido. Constitui tarefa exigida em todo o curso do procedimento criminal e não apenas elemento característico da execução da pena ou da medida de segurança. Diferem também quanto ao método esses dois tipos de análise, sendo o exame de personalidade submetido a esquemas técnicos de maior profundidade nos campos morfológico, funcional e psíquico, como recomendam os mais prestigiados especialistas, entre eles DI TULLIO (**Principi di criminologia generale e clinica**. Roma: V. Ed., p. 213 e ss.).

Ao comentar a distinção expressa no item 34 entre o exame de personalidade e o exame criminológico, Alvin August de Sá coloca que:

Este tem por objetivo avaliar o binômio personalidade-crime, a saber, avaliar a personalidade do indivíduo naqueles aspectos que ela oferece e que sirvam para “explicar” a sua conduta criminosa, Portando, reduz-se o indivíduo à sua condição de criminoso. Já o exame de personalidade vai “para além das grades”, nos termos da citada exposição, enfocando o preso em sua realidade pessoal, individual, irreduzível a qualquer categoria. Ou seja, o exame de personalidade não tem como foco central de análise da conduta criminosa, embora esta não deva ser descartada, pois faz parte do histórico do examinando. O exame de personalidade tem como foco central de análise a identidade da pessoa, seu histórico irreduzível a qualquer outro

⁴⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 408.

histórico. A preocupação primeira aqui é identificar *quem* é de fato a pessoa, em sua realidade *profundamente humana*, quais os seus anseios, suas capacidades, suas possibilidades de realização e suas metas possíveis de felicidade, de acordo com perspectivas legítimas de satisfação do princípio do prazer.⁴¹

Embora tanto o texto da motivação quanto a análise feita por Alvino Augusto de Sá evidenciem traços da política criminal empregada pelo Poder Legislativo na elaboração da Lei de Execuções Penais, voltada para a individualização da execução penal, tal política não parece ter levado em conta todos os possíveis segmentos da população carcerária. A lei, de julho de 1984, não destinou atenção à questão transgênera, que não é abordada claramente pelo Legislativo até hoje, trinta anos depois. Ainda que o texto da lei não fale expressamente em transgêneros - e mesmo que não foque sua atenção qualquer minoria -, quando se busca a individualização da execução conforme características personalíssimas do apenado por ela prevista, levar em conta sua condição de gênero na realização do exame de personalidade parece uma consequência óbvia.

Nos termos do artigo 5º da Lei de Execução Penal, a classificação dos condenados faz-se segundo seus antecedentes e personalidade. A personalidade, conforme Guilherme de Souza Nucci, é ao conjunto de caracteres exclusivos de uma pessoa, não sendo estática, e sim se encontrando em constante mutação⁴². Dada tal definição, percebe-se que a identidade de gênero tem grande participação na personalidade humana, de modo a ser necessário colocá-la como elemento de grande importância na realização do exame de personalidade aplicado aos apenados.

Tem-se que, embora a Lei de Execuções Penais tenha sido alterada diversas vezes desde sua entrada em vigor, nenhuma das alterações teve o condão de introduzir no texto legal uma política criminal voltada especificamente para minorias encarceradas, sendo estas definidas por grupo de gênero ou qualquer outra característica particularizante. Pelo contrário, a Lei nº. 10.972 de 2003, que modificou a redação da Lei de Execução Penal, retirou do artigo 6º da LEP várias das

⁴¹ DE SÁ, Alvino Augusto. Op. cit., p. 126.

⁴² NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 408.

previsões que podiam atuar de maneira mais relevante na adequação da pena a apenados transgêneros.

Conforme seu texto atual, o artigo 6º prevê que a Comissão Técnica de Classificação realizará a classificação dos presos e elaborará o programa individualizador da pena privativa de liberdade a eles adequado, sejam condenados ou provisórios. Como visto, tal classificação, nos termos do artigo antecedente, dar-se-á segundo os antecedentes e personalidade do indivíduo, e é sem dúvidas fundamental quando se pretende a individualização da execução penal. A lei de 2003, porém, retirou do texto legal incumbências da Comissão Técnica de Classificação igualmente fundamentais para que esse aspecto seja posto em prática: acompanhar o dia-a-dia das execuções das penas privativas de liberdade, e então propor à autoridade competente progressões e regressões de regime, bem como conversões.

Do texto anterior do artigo 6º, extraía-se uma atuação das Comissões Técnicas de Classificação voltada para a avaliação das respostas do preso durante a execução da pena e para a possibilidade de planejar a individualização da execução penal adotando como critério a individualidade do apenado. O acompanhamento da execução penal pelas comissões, infelizmente já não mais previsto no texto da lei, poderia ser instrumento efetivo para a maior adaptação dos transgêneros à realidade carcerária, bem como para a coleta de dados relativos a tal adaptação, manutenção do tratamento hormonal e das características secundárias de gênero – ou da ausência de tais fatos.

Embora alterada de modo a diminuir os instrumentos de individualização penal, a Lei de Execuções Penais ainda manifesta uma política criminal legislativa voltada à adaptação da pena à identidade do apenado. Apesar de, como já visto, a lei ignorar a questão transgênera, costume infelizmente comum no âmbito do poder legislativo, uma vez que o instrumento legal aponta à individualização da pena, cabe aos demais poderes suprirem essa lacuna por meio da interpretação e da aplicação da lei.

3.3. Transgêneros e a política criminal do Poder Legislativo canadense

A legislação canadense é uma das que melhor contemplam a população transgênera, contando com previsões legais expressas com objetivo de igualdade de identidade de gênero nas legislações de direitos humanos das províncias de Terra Nova e Labrador, Ilha do Príncipe Eduardo, Ontário, Manitoba e Nova Escócia, e dos Territórios do Noroeste⁴³.

Um dos exemplos mais emblemáticos dos avanços legislativos canadenses sobre o tema é a “Política de prevenção de discriminação em razão de identidade de gênero e expressão de gênero” incluída em 2014 no Código de Direitos Humanos de Ontário (*Otario Human Rights Code* – OHRC), lei da província de Ontário que proíbe a discriminação fundamentada em uma série de características individuais e áreas sociais⁴⁴.

A política parte do pressuposto de que pessoas transgêneras se encontram em todas as classes sociais, profissões, raças, culturas, religiões e orientações sexuais, tanto em Ontário como no restante do mundo, e ainda assim formam um dos grupos mais desfavorecidos na sociedade. Em razão dos mitos e medos enraizados na sociedade a respeito de pessoas que não se enquadram nas normas sociais de masculino-feminino, tais pessoas sofrem preconceito, discriminação, assédio e violência rotineiramente – um problema que toca o núcleo dos direitos humanos.

Uma pesquisa realizada em 2010 com 433 pessoas transgêneras em Ontário revelou diversas barreiras enfrentadas constantemente pela comunidade

⁴³ Conforme os textos legais do Ato de Direitos Humanos de Terra Nova e Labrador, disponível em: <<http://assembly.nl.ca/Legislation/sr/statutes/h13-1.htm>>, do Ato de Direitos Humanos de Ilha do Príncipe Eduardo, disponível em: <<http://www.gov.pe.ca/law/statutes/pdf/h-12.pdf>>, do Código de Direitos Humanos de Ontário, disponível em: <http://www.e-laws.gov.on.ca/html/statutes/english/elaws_statutes_90h19_e.htm>, do Código de Direitos Humanos de Manitoba, disponível em: <<http://web2.gov.mb.ca/laws/statutes/ccsm/h175e.php>>, do Ato de Direitos Humanos de Nova Escócia, disponível em: <<http://nslegislature.ca/legc/statutes/human%20rights.pdf>>, e do Ato de Direitos Humanos dos Territórios do Noroeste, disponível em: <<http://www.canlii.org/en/nt/laws/stat/snw-2002-c-18/latest/>> - Último acesso em 30/11/2014.

⁴⁴ Policy on preventing discrimination because of gender identity and gender expression, **approved by the OHRC on January 31, 2014**. Disponível em: <<http://www.ohrc.on.ca/vi/book/export/html/11169>> - Último acesso em 30/11/2014.

transgênera, como os obstáculos no acesso à saúde e ao mercado de trabalho⁴⁵, o fato de a maioria da comunidade viver abaixo da linha da pobreza⁴⁶, a prática de dois terços da população em evitar espaços públicos por medo de assédio⁴⁷, e o fato de que quase metade da comunidade já tentou suicídio⁴⁸. Embora a pesquisa tenha sido realizada apenas com indivíduos de Ontario, as conclusões alcançadas são sintomáticas da vida levada por transgêneros por todo o mundo.

Ao mesmo tempo que tais dificuldades estão presentes na rotina de pessoas transgêneras, a política coloca que a sociedade está começando a reconhecer a importância de se respeitar a identidade e expressão de gênero de cada pessoa, e que *standards* internacionais de direitos humanos, legislação interna e decisões judiciais têm confirmado a obrigação legal de defender o direito de se viver livre da discriminação baseada em gênero.

Esse mesmo entendimento é adotado em legislações que atuam nas diferentes jurisdições canadenses citadas inicialmente na proteção de pessoas transgêneras. A discussão jurídica sobre o assunto impulsiona o surgimento de novos projetos de lei voltados aos transgêneros, dentre os quais o projeto de lei intitulado Bill C-297 ganha especial atenção da presente pesquisa por visar a alteração de dispositivos penais contidos no Código Criminal do Canadá.

3.3.1. O projeto de lei Bill C-297

A Bill C-297 é um projeto de lei que pretende alterar dispositivos do Ato Canadense de Direitos Humanos (*Canadian Human Rights Act*) e do Código Criminal

⁴⁵ PYNE, Jake e outros. **Improving the Health of Trans Communities: Findings from the Trans PULSE Project**. Presentation to the Trans Health Advocacy Summit, Agosto, 2012. Disponível em: <<http://transpulseproject.ca/research/improving-the-health-of-trans-communities-findings-from-the-trans-pulse-project/>> - Último acesso em 30/11/2014.

⁴⁶ BAUER, Greta e outros. **Who are Trans People in Ontario?** Trans PULSE e-Bulletin, Julho, 2010. Disponível em: <http://www.ohrn.on.ca/Documents/Publications/didyouknow/july28_10/E-Bulletin.pdf> - Último acesso em 30/11/2014.

⁴⁷ SCHEIM, Aydem e outros. **Avoidance of Public Spaces by Trans Ontarians: The Impact of Transphobia on Daily Life**. Trans PULSE e-Bulletin, Janeiro, 2014. Disponível em: <<http://transpulseproject.ca/wp-content/uploads/2014/01/Trans-PULSE-E-Bulletin-8-English.pdf>> - Último acesso em 30/11/2014.

⁴⁸ PYNE, Jake e outros. Op. cit.

(*Criminal Code*) do Canadá, e atualmente se encontra no estágio de segunda leitura do Senado do país, o que torna necessária uma breve exposição do processo legislativo local.

O processo legislativo canadense começa com o aviso (*notice*), a ser realizado pelo membro do parlamento ou ministro que pretende apresentar um novo projeto de lei, 48 horas antes de sua introdução na Câmara dos Comuns (*House of Commons*) - câmara cujos membros são eleitos democraticamente, que integra o parlamento canadense juntamente com o Senado e o Chefe de Estado do Canadá. Após o aviso, é realizada a primeira leitura (*first reading*) do projeto de lei na Câmara dos Comuns, ocasião em que seu proponente introduz o projeto, geralmente com um breve sumário do assunto por ele tratado. Na segunda leitura (*second reading*), os membros da Câmara dos Comuns têm oportunidade de discutir o projeto de lei e decidir se o mesmo deve ou não prosseguir no processo legislativo, ou ainda se deve ser submetido à avaliação de um comitê. Normalmente, os projetos de lei canadense são submetidos ao comitê cujo escopo mais se aproxime ao tema sobre o qual o projeto versa, tendo o comitê papel de revisar o texto do projeto e aprová-lo ou modificá-lo. Em seguida, o projeto de lei retorna para seu último estágio na Câmara dos Comuns, a terceira leitura (*third reading*), no qual os membros decidem se o projeto deve ou não ser adotado. Uma vez aprovado, o projeto de lei é enviado ao Senado, pedindo-se sua consideração. O processo legislativo no Senado é similar ao da Câmara dos Comuns, envolvendo três leituras e a possibilidade de submissão do projeto a comitês especializados⁴⁹.

A Bill C-279 foi introduzida por Randall Garrison, membro da Câmara dos Comuns filiado ao Novo Partido Democrático (*New Democratic Party*), em setembro de 2011, sendo o quarto projeto de lei proposto com o intento de implantar uma legislação federal sobre identidade de gênero no Canadá. Tendo passado pelas primeira e segunda leituras, o projeto foi enviado ao Comitê de Justiça (*Justice Committee*). Apesar das tentativas de alteração do projeto de lei no comitê, o projeto retornou para sua terceira leitura com seu texto original, devido ao *filibuster* (manobra

⁴⁹ Processo legislativo canadense. Disponível em: <http://www.parl.gc.ca/About/House/compendium/web-content/c_g_legislativeprocess-e.htm> - Último acesso em 30/11/2014.

de extensão de um debate para postergar ou evitar a votação de uma proposta) de três parlamentares conservadores no Comitê de Justiça. O projeto passou pela terceira leitura na Câmara dos Comuns em março de 2013, contando com 149 votos a favor e 137 votos contra, sendo 136 dos votos contrários de parlamentares do partido conservador⁵⁰.

Embora a Bill C-297 tenha chegado à terceira leitura no Senado em junho de 2013, após sua submissão ao comitê de direitos humanos da câmara (*Standing Senate Committee on Human Rights*), uma prorrogação parlamentar (encerramento da sessão do parlamento até a publicação de chamamento do governo para início de uma nova sessão⁵¹) fez com que o projeto voltasse à primeira leitura em outubro do mesmo ano. O procedimento de segunda leitura teve início em fevereiro de 2014 e ainda prossegue⁵².

A Bill C-297 pretende alterar a redação do Ato Canadense de Direitos Humanos e do Código Criminal Canadense. Quanto ao Código Criminal, pretende-se modificar os parágrafos 318 e 318.2. Atualmente, o parágrafo 318 conta com o seguinte texto:

Propaganda de ódio

Nota: defender o genocídio

318. (1) Todo aquele que defende ou promove o genocídio é culpado de ofensa punível e sujeito a encarceramento por um período não excedendo cinco anos.

Nota: definição de “genocídio”

(2) Nessa seção, “genocídio” significa um dos seguintes atos cometidos com intenção de destruir inteiramente ou em parte qualquer grupo identificável, a saber,

(a) matar membros do grupo; ou

(b) deliberadamente infligir ao grupo condições de vida premeditadas a causar sua destruição física.

Nota: consentimento

⁵⁰ Os 149 votos favoráveis à aprovação da Bill C-297 vieram de parlamentares filiados aos partidos Liberal Party, New Democratic Party, Bloc Québécois, e Green Party, além de dezoito votos favoráveis de parlamentares filiados ao Conservative Party e um voto favorável de parlamentar filiado ao Liberal Party. 137 dos votos contrários partiram de parlamentares filiados ao Conservative Party e um, de parlamentar filiado ao Liberal Party. Disponível em: <<https://openparliament.ca/votes/41-1/645>> - Último acesso em 30/11/2014.

⁵¹ Prorogation of Parliament. Disponível em: <http://www.parl.gc.ca/About/House/compendium/web-content/c_d_prorogationparliament-e.htm> - Último acesso em 30/11/2014.

⁵² Disponível em: <<http://www.parl.gc.ca/LegisInfo/BillDetails.aspx?billId=6251806&Language=E&Mode=1>> - Último acesso em 30/11/2014.

(3) Nenhum procedimento criminal baseado nessa seção deve ser instituído sem o consentimento do Procurador Geral (*Attorney General*).

Definição de “grupo identificável”

(4) Nessa seção, “grupo identificável” significa qualquer seção da população distinta por cor, raça, religião, origem étnica ou orientação sexual.⁵³

O tipo penal trazido pelo dispositivo é o da propaganda de ódio, que implica em defender ou promover o genocídio – definido pela lei como atos de assassinato ou inflição condições que causem destruição física cometidos com a intenção de destruir inteiramente ou em parte qualquer grupo identificável. O parágrafo traz ainda a definição de “grupo identificável”, colocada como qualquer seção da população distinta por cor, raça, religião, origem nacional ou étnica ou orientação sexual.

A proposta do projeto de lei em comento é alterar o dispositivo da seguinte forma:

3. O parágrafo 318(4) do Código Criminal é substituído pelo seguinte:

(4) As seguintes definições se aplicam a essa seção.

“identidade de gênero” significa, a respeito de uma pessoa, a profundamente sentida experiência de gênero interna e individual de uma pessoa, que pode ou não corresponder com o sexo a que a pessoa foi designada no nascimento.

“grupo identificável” significa qualquer seção do público distinta por cor, raça, religião, origem étnica, identidade de gênero ou orientação sexual.⁵⁴

Desse modo, sendo o projeto de lei aprovado, a seção da população distinta por sua identidade de gênero passaria a ser incluída dentro do significado legal de “grupo identificável”, de forma que atos cometidos com a intenção de destruir inteiramente ou em parte a comunidade transgênera passariam a receber a tipificação penal de propaganda de ódio, de promoção de genocídio.

A alteração proposta pela Bill C-297 traz ainda a definição judicial de “identidade de gênero” a ser empregada na interpretação do artigo, a ser compreendida como a experiência de gênero interna e individual profundamente sentida e vivida por cada pessoa, independente de correspondência com o sexo

⁵³ Criminal Code (R.S.C., 1985, c. C-46). Disponível em: <<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46>> - Último acesso em 30/11/2014. Tradução nossa.

⁵⁴ Bill C-279. Disponível em: <<http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?Language=E&Mode=1&DocId=6256603&File=4>> - Último acesso em 30/11/2014. Tradução nossa.

designado no nascimento. A incorporação do significado a ser adotado quanto ao termo é de grande importância, pois, como já visto, identidades de gênero são frequentemente mistificadas e folclorizadas socialmente e também compreendem uma ampla gama de definições, enquanto o direito penal demanda termos precisos ao tipificar uma conduta.

No Brasil, o genocídio foi incorporado na legislação à luz da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, concluída em Paris, em 1948, por ocasião da III Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas. O tipo penal do genocídio encontra-se capitulado no Código Penal, mas em lei específica, a Lei nº. 2.889/56, embora a lei remeta ao Código Penal para estabelecer as penas cominadas a tais crimes:

Art. 1º Quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal:

- a) matar membros do grupo;
- b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo;
- c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial;
- d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;
- e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo;

Será punido:

Com as penas do art. 121, § 2º, do Código Penal, no caso da letra a;

Com as penas do art. 129, § 2º, no caso da letra b;

Com as penas do art. 270, no caso da letra c;

Com as penas do art. 125, no caso da letra d;

Com as penas do art. 148, no caso da letra e;⁵⁵

Sobre o bem jurídico protegido pelo tipo penal do genocídio, o sujeito passivo e o dolo específico do delito, José Paulo Baltazar Júnior traz o entendimento da doutrina e da jurisprudência brasileiras. Segundo o autor, pelo tipo penal em comento, protege-se a sobrevivência do grupo humano que possua traço comum nacional, racial, étnico ou religioso que o identifique, ou seja, o direito à vida ou à existência do grupo, e não do membro do grupo individualmente considerado - em tese, o delito poderá ser configurado mesmo que exista uma só vítima, desde que atingida enquanto membro do grupo que se visa extinguir, com exceção da alínea c

⁵⁵ Lei nº 2.889, de 1 de outubro de 1956. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l2889.htm> - Último acesso em 30/11/2014.

do artigo 1º da Lei nº. 2.889/56, na qual a vítima é o grupo em si. Embora a motivação do genocídio seja o ataque ao grupo, coloca o autor, os atos elencados nas alíneas do referido artigo estarão necessariamente direcionados contra as pessoas que o integram⁵⁶.

De acordo com o STF: “O tipo penal do delito de genocídio protege, em todas as suas modalidades, bem jurídico coletivo ou transindividual, figurado na existência do grupo racial, étnico ou religioso, a qual é posta em risco por ações que podem também ser ofensivas a bens jurídicos individuais, como o direito à vida, a integridade física ou mental, a liberdade de locomoção etc.” (RE 351487/RR, Peluso, Pl., u., 3.8.06).

O STJ, a seu turno, afirmou que: “o bem jurídico tutelado não PE a vida do indivíduo considerado em si mesmo, mas sim a vida em comum do grupo de homens ou parte deste, mais precisamente, da etnia silvícola dos Yanomami” (STJ, EDREsp. 22653/RR, Jorge Scartzzini, 5ª T., u., 22.5.01).

(...)

É o dolo, além do fim específico de destruir, ou seja, aniquilar, o grupo nacional, étnico ou religioso, no todo ou em parte (Jankov: 63; Lozada: 60-61; Silva: 102; Taquary: 109), pois é o traço essencial do genocídio (Jessberger: 93), distinguindo-o do homicídio ou lesões corporais. A intenção de aniquilar é exigida em todas as modalidades e não apenas naquelas das alíneas c e d, que mencionam, respectivamente, a submissão intencional a condições que possam levar à destruição do grupo e medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo.

O dolo deve incluir a assertiva de que o autor do fato vê a vítima como membro do grupo visado. Caso não o seja, aplicam-se as regras gerais relativas ao erro de tipo ou erro sobre a pessoa, conforme o caso concreto (CP, art. 20).⁵⁷

Percebe-se que o diferencial entre o delito de genocídio dos delitos dirigidos contra bens jurídicos individuais reside na motivação do ato em lesar membros dos grupos devido a sua condição de membros. Incluir a identidade de gênero como grupo identificável no tipo penal de genocídio no Código Criminal Canadense representaria o reconhecimento de que a violência de gênero é sistêmica, e não pontual, sendo as ofensas a indivíduos em razão de sua identidade de gênero sintomáticas de um problema estrutural.

Quanto aos tipos objetivos e aos grupos atingidos pelo delito de genocídio no sistema penal brasileiro, tem-se que o delito se consuma com a prática de umas das

⁵⁶ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2011, p. 293-295.

⁵⁷ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Op. cit., p. 295-297.

condutas arroladas nas alíneas do artigo 1º da Lei nº. 2.889/56, quando cometidas com o intuito de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso:

Somente há genocídio quando as atrocidades se dirigem contra grupo nacional, étnico, racial ou religioso, consideradas características marcadas pela imutabilidade ou impossibilidade de livre escolha ou saída por parte do indivíduo ou do próprio grupo. Mesmo em relação ao grupo religioso, em que seria possível o abandono de uma religião e adoção de uma nova fé, a história demonstra que o indivíduo segue sendo visto, do ponto de vista dos autores do genocídio, como pertencente a uma determinada religião por parte dos autores do genocídio, como se deu na Alemanha nazista, em que a condição de judeu era reconhecida por determinação legal (Schabas: 125). Não é considerado genocídio o ato praticado contra grupos análogos, identificados por uma orientação política, ideológica ou cultural (Ambos: 118). O mesmo vale para grupos que tem como traço comum uma determinada situação econômica, como pessoa de classe social baixa ou alta; ou jurídica, como detentos em uma penitenciária; ou mesmo física, como pessoas portadoras de deficiência.⁵⁸

Dessa forma, embora as condutas tipificadas pela lei brasileira no tocante ao crime de genocídio sejam mais numerosas que as tipificadas no parágrafo 318 do Código Criminal Canadense, percebe-se que a incidência da norma ocorre quando tais condutas são praticadas contra um grupo de pessoas menos inclusivo do que o colocado na legislação canadense, havendo genocídio apenas quando as ofensas são perpetradas contra grupos nacionais, étnicos, raciais ou religiosos. Dessa forma, um ato realizado com a intenção específica de destruir em todo ou em parte grupo identificado por sua orientação sexual não seria tipificado como genocídio segundo a legislação brasileira – recebendo a tipificação de homicídio ou lesão corporal, conforme o caso -, mas o seria segundo a legislação canadense. Conforme ambas legislações, atualmente, ato realizado com a intenção de destruir em todo ou em parte grupo identificado por sua identidade de gênero não seria tipificado como genocídio. No Canadá, isso pode mudar, caso a Bill C-297 seja aprovada e o Código Criminal Canadense, alterado.

⁵⁸ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Op. cit., p. 294.

O artigo 718.2 do Código Criminal Canadense, por sua vez, versa sobre os princípios a serem observados pelo julgador ao prolatar a sentença judicial, e conta atualmente com a seguinte redação:

Propósito e princípios da sentença

718.2 Uma corte que impõe uma sentença deve também tomar em consideração os seguintes princípios:

(a) uma sentença deve ser elevada ou reduzida de acordo com quaisquer circunstâncias agravantes ou atenuantes relevantes relacionadas à ofensa ou ao ofensor, e, sem se limitar à generalidade do precedente,
 (i) evidência de que a ofensa foi **motivada** por discriminação, preconceito ou ódio baseado em raça, origem nacional ou étnica, linguagem, cor, religião, sexo, idade, deficiência mental ou física, orientação sexual, ou qualquer fator similar.⁵⁹ (grifos acrescentados).

A Bill C-297 pretende alterá-lo da seguinte forma:

4. (1) A alínea 718.2(a)(i) da Lei é substituída pelo seguinte:

(i) evidência de que a ofensa foi motivada por discriminação, preconceito ou ódio baseado em raça, origem nacional ou étnica, linguagem, cor, religião, sexo, idade, deficiência mental ou física, identidade de gênero, orientação sexual, ou qualquer fator similar,

(2) O parágrafo 718.2 da Lei é renumerado como parágrafo 718.2(1) e é emendado com a adição do seguinte:

(2) Nessa seção, "identidade de gênero" tem o mesmo significado que no parágrafo 318(4).⁶⁰

Caso aprovado o projeto de lei, a sentença judicial condenatória relativa a ilícito penal motivado por discriminação, preconceito ou ódio baseado em identidade de gênero deverá levar em conta o desvalor de tal motivação na dosimetria da pena a ser cominada.

No Brasil, o dispositivo penal que tem maior correspondência com o parágrafo 718.2 do Código Penal Canadense é o artigo 59 do Código Penal, que conta com a seguinte redação:

Fixação da pena

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, **aos motivos**, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima,

⁵⁹ Criminal Code (R.S.C., 1985, c. C-46). Op. cit. Tradução nossa.

⁶⁰ Bill C-297. Op. cit. Tradução nossa.

estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)⁶¹ (grifos acrescentados).

Sobre dispositivo, particularmente quanto à valoração jurídica dos motivos do crime na dosimetria da pena, Guilherme Souza Nucci traz que a fixação da pena corresponde a um processo judicial de discricionariedade juridicamente vinculada que visa a suficiente para a prevenção e reprovação da infração penal. Nesse processo, o julgador deve eleger o quantum ideal, dentro dos limites mínimo e máximo abstratamente fixados pelo legislador para a pena, valendo-se de seu livre convencimento, porém com fundamentação exposição do seu raciocínio – uma discricionariedade juridicamente vinculada. Intrínseca à tarefa da fixação da pena está a valoração dos motivos do crime, colocados como os precedentes que levam à ação criminosa:

Nessa tarefa, o magistrado transcende as vestes de juiz e deve averiguar quem é o ser humano em julgamento, valendo-se de sua habilidade de captação dos informes trazidos pelo processo, além de seu natural bom senso. A aplicação da pena é uma atividade significativa do julgador e não merece ser atreladas a critérios estreitos, nem tampouco se deve desmerecer o juiz, alegando não possuir ele capacidade para conhecer e aplicar elementos extraídos da psicologia, da sociologia e das demais ciências humanas.

(...)

“O motivo, cuja forma dinâmica é o móvel, varia de indivíduo a indivíduo, de caso a caso, segundo o interesse ou sentimento. Tanto o dolo quanto a culpa se ligam à figura do crime em abstrato, ao passo que o móvel muda incessantemente dentro de cada figura concreta de crime, sem afetar a existência legal da infração. Assim, o homicídio pode ser praticado por motivos opostos, como a perversidade e a piedade (eutanásia), porém a todo homicídio corresponde o mesmo dolo (a consciência da vontade de produzir morte)” (ROBERTO LYRA, Comentários ao Código Penal, v. 2, p. 218). Todo crime tem um motivo que pode ser mais ou menos nobre, mais ou menos repugnante. A avaliação disso faz com que o juiz exaspere ou diminua a pena-base. Lembremos, ainda, que o motivo pode ser consciente

⁶¹ Código Penal, Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> - Último acesso em 30/11/2014.

(vingança) ou inconsciente (sadismo), além do que pode figurar como causa ou razão de ser da conduta (agir por paga para matar alguém) ou como objetivo da conduta (atuar por promessa de recompensa para matar alguém), indiferentemente.⁶²

A diferença crucial entre os dispositivos canadense e brasileiro é que o primeiro coloca especificamente qual espécie de motivação para o cometimento do crime deve ser levada em conta pelo julgador ao auferir a pena - discriminação, preconceito ou ódio baseado em raça, origem nacional ou étnica, linguagem, cor, religião, sexo, idade, deficiência mental ou física, orientação sexual, ou qualquer fator similar -, enquanto o segundo coloca vagamente que os motivos do crime devem ser levados em consideração na imposição de uma sentença, havendo maior âmbito para a operação da discricionariedade do julgador, o que é bastante criticado na doutrina brasileira.

Rodrigo Duque Estrada Roig coloca que a vinculação entre a medida da pena e a censura dos motivos internos do agente ativo é empiricamente irrealizável, uma vez que baseada em meras prognoses do juiz acesa de um potencial direcionamento volitivo do acusado, carecendo de solidez probatória. Dessa forma, a suposição de motivos execráveis não poderia levar a presumir um injusto mais grave ou uma culpabilidade mais elevada por parte do agente:

Não bastasse sua irrealizabilidade empírica, a conexão entre medida da pena e reprovação dos motivos ou atitudes internas do acusado apresenta-se ainda democraticamente insustentável, por exigir a devassa do mundo intelectual de um acusado dotado de autonomia e intimidade. Trata-se, enfim, de uma velada e inquisitorial prática penalizadora da autonomia moral e da interioridade humana, coativamente importa no exterior pelo próprio Juízo da condenação.

Soa evidente ainda a vulneração do axioma da legalidade em função da profusão no uso de valorações de índole moral quanto aos motivos do acusado. O princípio da legalidade, como elemento de fixação de contornos racionais à intervenção estatal, exige que somente considerações oriundas de uma valoração normativa, e, portanto, objetiva, sejam juridicamente válidas. Inferências morais quanto aos motivos do acusado rompem com a necessária segurança jurídica assegurada pela legalidade, dissociando-a de um direito penal do fato.

Atribuindo efeito deletério às presunções quanto aos motivos do agente, o juiz, a pretexto de exercitar sua discricionariedade, estaria ao invés introduzindo suas próprias pautas éticas. De tal assertiva extrai-se, assim,

⁶² NUCCI, Guilherme Souza. **Código Penal Comentado**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais. 2010, p. 393-407.

que o ordenamento jurídico deve constituir a única pauta a se recorrer, tendo em vista que é ele que reúne os modelos de conduta que se pode exigir do autor do fato.⁶³

O Código Criminal Canadense, estabelecendo especificamente quais os motivos do agente que devem ser levados em conta na fixação da pena, limita a discricionariedade do julgador e, dessa forma, não deixa espaço para a inserção das pautas éticas próprias no juiz, conduta tão criticada no Direito Penal brasileiro. Uma vez que as pautas a serem analisadas estão postas taxativamente na lei, resta a tarefa de identificar a presença de tais motivações no caso concreto, o que para muitos, como visto, é empiricamente irrealizável. Dada a taxatividade da lei, o julgador canadense não pode, atualmente, atribuir mais desvalor ao delito praticado em razão de discriminação, preconceito ou ódio baseado da identidade de gênero da vítima do que ao delito praticado independentemente de identidades de gênero, o que mudaria com a aprovação do projeto de lei em comento.

Ainda tramitando no senado no país, há expectativas de que a Bill C-297 seja aprovada, por contar com forte apoio mesmo de senadores vinculados ao Partido Conservador, tradicionalmente oposto a pautas vinculadas à identidade de gênero, como o Senador Pierre Claude Nolin, que manifestou seu apoio colocando que:

Se discriminação baseada na identidade de gênero de algumas pessoas as impede de ter oportunidades iguais às de outros indivíduos para conseguir a vida que eles são capazes e desejam ter, à extensão de ser fonte de preconceito e causar lesão à dignidade humana desses indivíduos, tal discriminação deve ser proibida, garantindo-se os direitos assegurados para todos na Carta Canadense de Direitos e Liberdades (*Canadian Charter of Rights and Freedoms*).⁶⁴

O projeto de lei tem recebido apoio de grande parte das instituições canadenses, que o encaram como um importante passo rumo à maior proteção dos direitos humanos da população transgênera do Canadá. Em fevereiro de 2014, a

⁶³ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena : limites, princípios e novos parâmetros**. São Paulo : Saraiva, 2013, p. 172-173.

⁶⁴ Canada: Bill C-297 Passes Second Canadian Senate Reading. Disponível em: <<http://www.gaynz.com/blogs/redqueen/?p=3616>> - Último acesso em 30/11/2014. Tradução nossa.

Anistia Internacional do Canadá publicou declaração em apoio ao projeto de lei C-279 assinada por mais de cem entidades, clamando que o Senado aprove o texto integral do projeto sem demora, para assegurar que o Ato Canadense de Direitos Humanos e o Código Criminal Canadense protejam efetivamente os direitos humanos de todas as pessoas no Canadá.

A declaração reconhece a violência e a discriminação enfrentadas pela comunidade transgênera canadense, mencionando dados consoantes com os constantes na “Política para prevenir discriminação em razão de identidade de gênero e expressão de gênero” do Código de Direitos Humanos de Ontário, como o resultado de recente pesquisa que indicou que 74% da juventude transgênera relata ter sofrido assédio verbal e 37%, violência física, na escola.

Segundo a Anistia Internacional canadense, aprovar a Bill C-279, dada a vulnerabilidade da população transgênera, ajudaria a prevenir discriminação, garantiria que responsáveis por crimes de ódio fossem levados à justiça, e representaria importante passo em assegurar que pessoas transgêneras tenham acesso à justiça e à equidade pelas quais o Canadá é internacionalmente reconhecido.⁶⁵

4. Poder Judiciário: transgêneros e a interpretação da lei

Por certo, quando se examina a abrangência de institutos legais, não basta estudar as políticas do Poder Legislativo que culminaram em sua gênese e o escopo atribuído às leis durante sua criação. É crucial analisar também o modo como o texto legal é interpretado e aplicado pelo Poder Judiciário, uma vez que cada texto legal ganha significado novo ao passar pelos juízes e tribunais, como se pode verificar com o estudo de casos jurisprudenciais em que sujeitos transgêneros estão envolvidos com a Lei Maria da Penha ou com os delitos de falsificação de documentos ou uso de documento falso.

⁶⁵ Equal Rights for All - Statement in Support of Bill C-279: An Act to Amend the Canadian Human Rights Act and the Criminal Code (Gender Identity). Disponível em: <<http://www.amnesty.ca/news/coalition-letters/equal-rights-for-all-statement-in-support-of-bill-c-279-an-act-to-amend-the>> - Último acesso em 30/11/2014.

4.1. Transgêneros e a Lei Maria da Penha

Como já analisado, a possibilidade aplicação da Maria da Penha, estudada do ponto de vista de sua criação, depende da interpretação teleológica que se adota: combater a violência contra a mulher (segundo o conceito hegemônico que se tem de “mulher”) ou combater a violência de gênero. O segundo ponto de vista inclui também indivíduos transgêneros sob a proteção da lei, e uma vez que se chega a tal conclusão, é preciso investigar as decisões judiciais para se descobrir se tal interpretação chegou ao Poder Judiciário e foi assimilada e aplicada por ele.

Antes de proceder a análise de casos jurisprudenciais, importante uma reflexão sobre o papel do julgador na busca da verdade no curso do processo penal. Especificamente quando se tenta decidir acerca da aplicação ou não da Lei Maria da Penha quando uma pessoa transgênera é vítima de violência doméstica ou familiar, estaria o julgador buscando a verdade dos fatos – ou seja, determinar se a vítima da violência *in casu* possui as características necessárias para figurar como sujeito passivo do delito em questão - ou apenas escolhendo qual versão da verdade merece melhor respaldo do Poder Judiciário? Sobre a questão, Alexandre Bizzoto traz um ponto de vista um tanto cético, inclinado a aceitar a segunda alternativa:

Adentrando mais especificamente no processo penal, de início convém ser repudiado o senso comum teórico que, sem questionar o uso argumentativo da verdade e os postulados inquisitoriais do Código de Processo Penal, caminha no sentido de retratar o objeto do processo penal como sendo a perseguição da verdade real. Tal verdade é humanamente intangível, porquanto ela está no topo e a percepção deste é demasiada para todos nós. Todo conhecimento humano é parcial, logo, tudo aquilo que se capta no processo penal é mera partícula do todo.

Conforme lembra Alexandre Morais da Rosa, a “verdade real é empulhação ideológica que serve para “acalmar” a consciência de acusadores e julgadores. O que existe é a produção de significantes e uma decisão no tempo e espaço”. O discurso de verdade real se constitui em instrumento utilizado pela defesa velada de certas vantagens a favor da pretensão acusatória no desenvolvimento do procedimento penal.

A crença na busca da verdade por meio do processo penal precisa ser refutada para se entender que o resultado apurado em cada persecução penal se constitui em mera versão eleita pelos representantes da vontade estatal mediante a premissa teórica de que tal vontade encontra o respaldo dos valores normativos que regem o convívio social. Não se chega a uma

verdade por meio do processo, mas sim a uma construção dialética de uma narração mediante a intervenção dos partícipes do processo.⁶⁶

A pesquisa jurisprudencial a respeito da aplicação da Lei Maria da Penha em favor de pessoas cujo gênero foge do binarismo homem-mulher revelou poucos resultados, mostrando que tal interpretação legal, mesmo que presente, ainda é algo recente e a ser desenvolvido no Poder Judiciário.

Em 23 de junho de 2009, no Conflito de Jurisdição n°. 2009.006461-6, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina decidiu pela competência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Comarca de Florianópolis em caso de agressão de uma pessoa transgênera, E. de O. R., também conhecida como Fabíola, pelo seu companheiro, I. S.⁶⁷.

No caso, o Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal e Juizado de Violência Doméstica e Familiar da Capital do Estado de Santa Catarina suscitou conflito negativo de competência em face da 2ª Vara Criminal da Capital. O suscitante aduziu que os fatos que levaram à prisão em flagrante n°. 082.09.000094-5 ocorreram sob a jurisdição da última pois, tratando-se de desentendimento entre dois homens que dividiam o lar e, assim, não sendo o sujeito passivo das agressões do sexo feminino, o caso não estaria sobre a competência dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar. A Terceira Câmara Criminal decidiu, por unanimidade, pela improcedência do conflito negativo de competência, declarando-se a competência do juízo suscitante.

O relator do caso, Desembargador Roberto Lucas Pacheco, iniciou seu voto fazendo alusão à criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher, colocados por ele como um dos diversos mecanismos previstos pela Lei 11.340/06 para erradicar a violência contra a mulher. Segundo o relator, a implantação de tais juizados ocorreu no estado de Santa Catarina de forma pioneira, nas comarcas da Capital, de Chapecó e de Tubarão:

⁶⁶ BIZZOTO, Alexandre. **O juiz, suas escolhas e a dimensão constitucional da limitação penal** in Processo penal, constituição e crítica. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2011, p. 38-39.

⁶⁷ Disponível em: < <http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp?cbPesquisa=NUMPROC&Pesquisar=Pesquisar&dePesquisa=20090064616>> - Último acesso em 30/11/2014.

Art. 1.º São instituídos, nas Comarcas da Capital, Chapecó e Tubarão, os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

§ 1.º Nas Comarcas da Capital e de Chapecó, as novas Unidades funcionarão anexas às respectivas 3.ª Varas Criminais, que passarão a se chamar 3.ª Vara Criminal e Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

§ 2.º Na Comarca de Tubarão, a nova Unidade funcionará anexa à Unidade Judiciária de Cooperação da Universidade do Sul de Santa Catarina, criada pela Resolução Conjunta n. 06/00, que doravante se chamará Unidade Judiciária de Cooperação da Universidade do Sul de Santa Catarina e Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

§ 3.º A Unidade mencionada no parágrafo anterior será vinculada à Vara Criminal da Comarca de Tubarão, nos termos do art. 2º da referida Resolução Conjunta.

Art. 2.º Competirá aos Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher o processamento e julgamento dos processos disciplinados pela Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006.

Parágrafo único. Na hipótese de crimes dolosos contra a vida, a competência estender-se-á até a fase do art. 412 do Código de Processo Penal.

Art. 3.º Os processos em curso em outras Unidades serão redistribuídos ao novo Juízo.

Art. 4.º Na Comarca da Capital, a distribuição dos inquéritos policiais da competência privativa da 3.ª Vara Criminal e Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher será objeto de compensação.⁶⁸

Em razão de a pessoa agredida, embora civilmente do sexo masculino, identificar-se como mulher, o juízo suscitado encaminhou o auto de prisão em flagrante à 3ª Vara Criminal e Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher, revelando que o estado não foi apenas pioneiro na implantação de tais juizados, mas também na interpretação da lei que determinou sua criação.

O Juízo da 3ª Vara, porém, deixou de receber o feito por entender que não se aplicam os institutos da Lei Maria da Penha a vítimas civilmente identificadas como homens. Desse modo, coube ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina definir quem se enquadra como sujeito protegido pela Lei 11.340/06 e, conseqüentemente, definir a competência para a homologação do auto de prisão em flagrante nº. 082.09.000094-5.

O Desembargador Roberto Lucas Pacheco traça esboços de duas correntes doutrinárias a respeito da Lei Maria da Penha. Segunda a primeira, a lei seria inconstitucional, pois afrontaria a igualdade entre homens e mulheres estatuída no

⁶⁸ Resolução nº. 18/06 do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

artigo 5º, I, da Constituição Federal. Em sentido oposto, parte da doutrina entende que a lei surgiu para corrigir o desequilíbrio presente nas relações de gênero e assegurar a igualdade substancial entre homens e mulheres. A segunda corrente é defendida por autores como Lênio Luiz Streck, que coloca que a Constituição permite discriminações positivas para, através de um tratamento desigual, procurar igualar o que sempre foi desigual. Dessa forma, segundo o autor, a lei preenche um *gap* histórico sustentado por legislações anteriores que discriminavam as mulheres ou colocavam o gênero feminino em segundo plano⁶⁹.

A decisão tomada pelo relator, e pelos demais desembargadores, que acompanharam seu voto, existe em meio a esse debate doutrinário exposto no voto e é influenciada por ele.

Na decisão, foi levado em conta o fato de que, apesar de civilmente registrada como pertencente ao sexo masculino, Fabíola, que apresentava quadro de hermafroditismo, submeteu-se à cirurgia de realinhamento de sexo e identifica-se como mulher, conforme as folhas 5 e 6 do voto do relator. Nesse ponto, não fica claro se a decisão correria no mesmo rumo caso a vítima não apresentasse quadro anterior de intersexualismo ou não tivesse realizado cirurgia de realinhamento de sexo, mas apenas se identificasse como transexual feminina. O próprio relator cita que a cirurgia reparadora em pessoa intersexual dispensa a formalidade exigida para a realização das cirurgias corretivas em transexuais, e leva a refletir se as decisões judiciais quanto a indivíduos nessas circunstâncias seguiriam a mesma linha: quanto a vítimas transexuais exigiria um conjunto probatório e uma série de requisitos, e quanto a vítimas intersexuais seria automática uma vez que constatada a existência de sexo morfológico dúbio.

O relator formulou seu voto levando em conta a situação peculiar vivida pela ofendida que, apesar de não possuir em seus documentos essa indicativa, é reconhecida pela medicina e pelas pessoas de seu convívio social como mulher. Novamente, depara-se com uma fundamentação que poderia encontrar obstáculos se aplicada em outros casos em que pessoa transgênera é vítima de violência

⁶⁹ STRECK, Lênio Luiz. **Lei Maria da Penha no contexto do Estado Constitucional** in Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminina. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2011, p. 98-99.

doméstica. Além de a maioria das pessoas transgêneras não contarem com o respaldo automático dado pela medicina à condição de intersexualidade, sabe-se que inúmeros transgêneros são marginalizados socialmente. Renegados pela família e não tendo em seu convívio pessoas que reconheçam neles o gênero com o qual se identificam, tais indivíduos não contam nem mesmo com o respaldo social. Pergunta-se se o reconhecimento social da condição de gênero serve como fundamento para seu reconhecimento judicial, e se o último fica condicionado ao primeiro.

Mais de dois anos após a publicação desse acórdão, na Comarca de Anápolis, no estado de Goiás, a homologação de auto de prisão em flagrante nº 201103873908, por agressão contra pessoa cujo gênero diverge da norma também foi objeto de análise profunda pelo Poder Judiciário. Nesse caso, porém, em 23 de setembro de 2011, o juízo originário homologou a prisão em flagrante, sem suscitar conflito negativo de competência⁷⁰.

A ofendida, identificada pelo nome social Camille e de nome civil Alexandre Roberto Kley, que havia sido submetida à cirurgia de redesignação sexual dezessete anos antes dos fatos que culminaram na prisão em flagrante, foi agredida por seu ex-companheiro, com quem vivera maritalmente durante um ano.

Embora o parecer ministerial demonstrasse o entendimento de que o caso não se subsume à Lei 11.340/06, a Juíza de Direito da 1ª Vara Criminal de Anápolis decidiu pela homologação do auto de prisão. O principal fator levado em conta na decisão foi o que a juíza colocou como o “sexo social” da vítima, a identidade que ela assume perante a sociedade. Segunda o julgadora, somando a transexualidade da vítima, as características físicas femininas e seu comportamento social, conferir à ofendida tratamento jurídico distinto do dispensado às mulheres implicaria no cometimento de preconceito e discriminação inaceitáveis, bem como afronta aos princípios constitucionais da igualdade sem distinção de sexo e orientação sexual, da dignidade da pessoa humana e da liberdade sexual, o que a Lei Maria da Penha visa respaldar.

⁷⁰ Disponível em: < http://sv-natweb-p00.tjgo.jus.br/spg/Consulta_Opcoes.php?opc=proc1&code=&hash=&local=I&isnprocesso=9817601&tipoparteult=000&isnult=00000000> - Último acesso em 30/11/2014.

A fundamentação jurídica empregada apresenta certas diferenças com relação à empregada no caso anteriormente analisado e se revela, possivelmente, mais adequada e abrangente quando se afirma a inclusão de vítimas transgêneras sob a égide da Lei Maria da Penha. Enquanto o Desembargador Roberto Lucas Pacheco baseou seu voto no reconhecimento social da ofendida, fato que parte da sociedade com relação à vítima, a Juíza de Direito Ana Cláudia Veloso Magalhães, da 1ª Vara Criminal de Anápolis, fundamentou-se na identidade que a ofendida assume perante a sociedade, fato que parte dela com relação aos demais. Além disso, percebe-se que a julgadora realizou uma interpretação teleológica da lei, buscando decidir o caso concreto com base nos preceitos que a lei objetiva alcançar:

22.É necessário ressaltar que a violência contra a mulher é uma forma específica, praticada por qualquer indivíduo, seja homem ou mulher, e dirigida à mulher. **Acontece que, o termo “mulher” pode se referir tanto ao sexo feminino, quanto ao gênero feminino.** Destarte, não teria sentido sancionar uma lei que tivesse como objetivo a proteção apenas de um determinado sexo biológico.

23.Assim, diz-se que aquele sistema normativo é baseada no gênero, pelo fato dessa violência se referir às características sociais, culturais e políticas impostas a homens e mulheres **e não às diferenças biológicas entre homens e mulheres.** Desse modo, a violência de gênero não ocorre apenas de homem contra mulher, mas pode ser perpetrada também de homem contra homem ou de mulher contra mulher.

24.Para tanto, importante fazer a seguinte distinção:

a) sexo refere-se às características biológicas de homens e mulheres, ou seja, às características específicas dos aparelhos reprodutores femininos e masculinos, ao seu funcionamento e aos caracteres sexuais secundários decorrentes dos hormônios;

b) gênero, por seu turno, diz respeito às relações sociais desiguais de poder entre homens e mulheres, que são o resultado de uma construção social do papel do homem e da mulher a partir das diferenças sexuais.

25.À essa teia complexa de conceitos sobre gênero e sexo, percebe-se que o sexo de uma pessoa é determinado logo após o seu nascimento e diz respeito ao estado biológico, enquanto que o gênero é construído no decorrer da vida e se refere ao estado psicológico.

26.Assim com supedâneo no princípio da liberdade sexual, afirmando que todos são livres para escolher sua opção sexual, é importante destacar que a orientação sexual refere-se a qual gênero, masculino ou feminino, a pessoa se sente atraída, ou seja, de que maneira o indivíduo quer exercer sua sexualidade. (...)

39.Desta forma, apesar da inexistência de legislação, de jurisprudência e da doutrina ser bastante divergente na possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha ao transexual que procedeu ou não à retificação de seu nome no registro civil, ao meu ver tais omissões e visões dicotômicas não podem servir de óbice ao reconhecimento de direitos erigidos à cláusulas pétreas pelo ordenamento jurídico constitucional. Tais óbices não podem cegar o

aplicador da lei ao ponto de desproteger ofendidas como a identificada nestes autos de processo porque a mesma não se dirigiu ao Registro Civil de Pessoas Naturais para, alterando seu assento de nascimento, deixar de se identificar como Alexandre Roberto Kley e torna-se 'Camille Kley' por exemplo! Além de uma inconstitucionalidade uma injustiça e um dano irreparáveis!⁷¹

Do texto da sentença da Juíza de Direito da 1ª Vara Criminal de Anápolis, extrai-se uma política criminal que visa construir Direito nas situações em que o mesmo é demandado, mas ainda não contam com previsão legal. A lei, como já visto, nem sempre consegue acompanhar as transformações sociais que necessitam de regramento, e está particularmente atrasada quanto à questão transgênera, que se põe atualmente como uma realidade não regulada legalmente. Devido a essa defasagem, leis infraconstitucionais não podem ser impostas como limites à defesa de direitos deduzidos de princípios constitucionais e, havendo vacância legal relativa a assunto intimamente relacionado à dignidade da pessoa humana, o julgador deve buscar alternativas na legislação posta, à luz da Constituição, para decidir o caso de acordo com suas particularidades. Nesse sentido, coloca Maria Berenice Dias:

Assim, neste novo século, marcado por profundas transformações, é necessário pensar e repensar a relação entre o justo e o legal. Descabe buscar subsídios nas regras de direito posto, que não prevêm as situações novas. Sob o fundamento de inexistir previsão legal, o juiz não pode se omitir e simplesmente negar direitos. Tendo como norte a necessidade de assegurar os direitos humanos dentro de toda a sua plenitude, subjetiva e objetiva, individual e social, é que a Justiça pode vencer a pecha – para não dizer a realidade – de ser um Poder incompetente e sacralizador de injustiças.⁷²

O entendimento da julgadora de primeiro grau não se coaduna apenas nesse ponto com a lição da ex-Desembargadora Maria Berenice Dias, mas também pode-se observar que a primeira adota o entendimento da segunda ao referir que transexuais, travestis e transgêneros que tenham identidade social com o sexo feminino estão ao abrigo da Lei Maria da Penha, e que a agressão contra elas no âmbito familiar constitui violência doméstica, pois, ainda que parte da doutrina

⁷¹ Auto de prisão em flagrante n.º 201103873908, p. 6-9.

⁷² DIAS, Maria Berenice. **A Justiça e os Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/a_justi%EA_e_os_direitos_humanos_-_is.pdf> - Último acesso em 30/11/2014.

encontre dificuldade em conceder-lhes o abrigo da Lei, descabe deixar à margem da proteção legal aqueles que se reconhecem como mulher.⁷³ Nota-se que tal compreensão da aplicação da lei leva em conta o auto-reconhecimento da pessoa agredida como mulher, não colocando como necessário o reconhecimento da sociedade ou a anterior realização de cirurgia de redesignação de sexo.

Por sua vez, o Supremo Tribunal de Justiça, em maio de 2013, no julgamento do *habeas corpus* n.º. 178.751/RS, adotou lição doutrinária com posicionamento diverso⁷⁴.

No caso, a relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, ao analisar a aplicação da Lei 11.340/06 à agressão praticada por pai contra suas filhas menores, na identificação do sujeito passivo do diploma legal, cita Luiz Flávio Gomes:

Para ter incidência a lei nova o sujeito passivo da violência deve necessariamente ser uma "mulher" (tanto quanto, por exemplo, no crime de estupro). Pessoas travestidas não são mulheres. Não se aplica no caso delas a lei nova (sim, as disposições legais outras do CP e do CPP). No caso de cirurgia transexual, desde que a pessoa tenha passado documentalmente a ser identificada como mulher (Roberta Close, por exemplo), terá incidência a lei nova.⁷⁵

Embora o caso em testilha não verse sobre a possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha quando a agredida é pessoa transgênera, e sim quando a pessoa agredida é filha do agressor, o acórdão reproduz um posicionamento arcaico que condiciona o alcance da lei a transgênero não apenas à cirurgia de redesignação de sexo, mas também à alteração dos documentos civis para o gênero feminino. Processo lento e custoso, a retificação da documentação civil de transgêneros não é tema especificamente regulado na legislação brasileira atual, como será visto a seguir, de modo que, condicionar a proteção legal desses indivíduos à prévia alteração documental é descabido.

⁷³ Auto de prisão em flagrante n.º 201103873908, p. 9.

⁷⁴ Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201001258511&dt_publicacao=31/05/2013> - Último acesso em 30/11/2014.

⁷⁵ Habeas corpus n.º. 178.751/RS, p. 4.

Embora prolatado quase dois anos após a decisão de homologação da prisão em flagrante nº. 201103873908, que foi amplamente noticiada no país⁷⁶, a decisão tomada pelo Superior Tribunal Federal traz uma leitura obsoleta da lei, que não absorveu as inovações trazidas pela primeira decisão.

4.2. Transgêneros e o uso de documentos falsos

Outra marcante relação das pessoas transgêneras com o Direito se dá na busca de alteração do registro civil, para retificação de nome e gênero. No Brasil, o sexo jurídico deve obrigatoriamente constar no registro de nascimento, e é definido pelo termo de informações de nascido vivo preenchido pelo médico. A legislação atual sobre o tema limita-se à Lei 6.015/73, Lei dos Registros Públicos, que dispõe em seu artigo 58 que o prenome será definitivo, admitindo-se apenas sua substituição por apelidos públicos notórios. Atualmente, o Projeto de Lei nº. 70-B, de 1995, que visa alterar tal artigo permitindo a alteração do nome e do gênero no registro civil de transexuais, aguarda apreciação do Plenário. Não se contando com legislação específica, a mudança ainda encontra barreiras, principalmente no que diz respeito a transexuais que não passaram pela cirurgia de transgenitalização, como se observa claramente na seguinte decisão:

Analisando detidamente os autos, vejo que não merece agasalho a pretensão do recorrente, muito embora, entenda que não deva ser fácil conviver com tal situação, já que possui corpo de homem, enquanto que psicologicamente se sente mulher, sem falar é claro, no preconceito social. Todavia, inexiste legislação a amparar tal pleito. É sabido, que se encontra em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 70-B, de 1995, que propõe alterar o art. 58, da Lei de Registros Públicos, permitindo a retificação do nome e estado sexual com a averbação do termo transexual no registro de nascimento e carteira de identidade, desde que haja sido realizada a cirurgia de modificação do sexo. Inobstante ainda esteja aludido projeto em tramitação a moderna jurisprudência já tem se posicionado neste sentido, qual seja, admissão da retificação do registro civil quando já foi realizada a cirurgia de ablação do sexo originário.⁷⁷

⁷⁶ Notícia disponível em <<http://www.conjur.com.br/2011-out-12/lei-maria-penha-aplicada-ex-companheiro-transexual>>, <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2011/10/20/juiza-aplica-lei-maria-da-penha-para-protger-transexual-agredido-em-goias.htm>> e <<http://www.tjgo.jus.br/bw/?p=58910>>. - Último acesso em 30/11/2014.

⁷⁷ TJ-SE, AC 2011200408, Rel. Des. Roberto Eugenio da Fonseca Porto. Data de Julgamento:

Tal decisão não representa uma situação pontual, e sim é exemplificativa da tendência atual seguida pelo Poder Judiciário brasileiro no que diz respeito à alteração documental de indivíduos transgêneros, marcada pela negação ou protelação dos direitos daqueles que não se submeteram a procedimentos cirúrgicos, bem como pela falta de uniformidade na jurisprudência:

Elizabeth Zambrano (2004) identificou que, na atualidade, o judiciário brasileiro tende a aprovar as alterações de nome e sexo quando as cirurgias ocorrerem no Brasil e seguirem os critérios do Conselho Federal de Medicina – as pessoas (transexuais) que não passam por tal processo podem ter seu pedido de alteração negado ou protelado, a exemplo de Roberta Close. Afirmo que, embora exista um número de sentenças favoráveis, não há uma homogeneidade entre os Pareceres dos juristas. Caminhamos por um campo disciplinar em que a desnaturalização do corpo e a não essencialização do sexo ainda não se apresentam como questões primeiras. O debate apreendido focaliza o domínio da legitimidade para decidir sobre o corpo do outro. (...) A determinação natural do sexo parece se constituir no argumento mais importante do judiciário nas decisões acerca da transexualidade. A verdade expressa no documento civil por ocasião do nascimento é determinada através da aparência da genitália e parece se constituir no fato jurídico mais importante da vida do indivíduo, e dele decorrendo todas as outras ações.⁷⁸

Tais dificuldades levam diversos membros da população transgênera a se socorrerem no uso de documentos falsificados, que contemplem seu estado psico-sexual e seu nome social, pois, ainda que se tratem de condutas delituosas, suas possíveis consequências tendem a parecer mais tênues do que a violência diária derivada da incompatibilidade entre o gênero documental e psico-social:

Uma das violências interpessoais que alguns transexuais percebem é o antagonismo existente entre o nome contido na carteira de identidade e o corpo feminino que apresentam. Se não fosse essa contradição, os transexuais estariam revestidos pelo manto da invisibilidade, pois normatizaram e ajustaram seus corpos aos padrões fixos, opostos e excludentes de gênero. O nome masculino em seus documentos os tira dessa invisibilidade, denunciando sua condição de transexual, colocando-os

14/04/2011, 1ª.Câmara Cível.

⁷⁸ TEIXEIRA, Flávia do Bonsucesso. **Vidas que desafiam corpos e sonhos: uma etnografia do construir-se outro no gênero e na sexualidade.** 2009. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?code=000444694>> - Último acesso em 30/11/2014.

novamente como anormais: “Antigamente eu mandava meu currículo com meu nome de registro... e aí chegava uma pessoa completamente diferente. Aí as pessoas tomavam um choque assim, um susto”.⁷⁹

Tendo em vista que a falsificação de documento público e a utilização de documento falso são crimes previstos, respectivamente, nos artigos 297 e 304 do Código Penal, o Ministério Público Federal tende a interpretar tal conduta por parte de indivíduos transgêneros como delituosa, e a denunciá-la por meio de ação penal. Antes de proceder a análise de casos jurisprudenciais que abarcam tal situação, pertinente analisar a lição da jurisprudência acerca dos delitos em comento. Conforme Guilherme de Souza Nucci, o elemento subjetivo de ambos tipos penais é o dolo, não existindo a forma culposa, nem se exigindo elemento subjetivo do tipo específico. São crimes comuns, de modo que o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo, por sua vez, é o Estado e, secundariamente, pode ser a pessoa prejudicada pela falsificação. Ambos, ainda, são delitos formais, não exigindo o resultado naturalístico consistente no efetivo prejuízo à fé pública para sua consumação:

Falsificação de documento público

(...)

Análise do núcleo do tipo: falsificar que dizer reproduzir, imitando, ou contrafazer; alterar significa modificar ou adulterar. A diferença fundamental entre falsificar e alterar é que no primeiro caso o documento inexistente, sendo criado pelo agente, enquanto na segunda hipótese há um documento verdadeiro, atuando o agente para modificar-lhe o aspecto original. E salienta Sylvio do Amaral: “O que caracteriza a falsificação parcial e permite discerni-la da alteração é o fato de recair aquela, necessariamente, em documento composto de duas ou mais partes perfeitamente individualizáveis”. O delinquente fabrica parte documento, que é autônoma com relação às demais frações.

(...)

Crime de perigo abstrato: entendemos ser o delito de perigo abstrato, como os demais crimes de falsificação. Assim, para configurar risco de dano à fé pública, que é presumido, basta a contrafação ou modificação do documento público. Tal posição não afasta a possibilidade de haver tentativa, desde que se verifique a forma plurissubsistente de realização do delito. Lembremos que o fato de alguém manter guardado um documento que falsificou pode configurar o tipo penal, uma vez que não é impossível que, algum dia, venha ele a circular e prejudicar interesses. Há, pois, o risco de dano.

⁷⁹ CARRIERI, Alexandre de Pádua, SOUZA, Eloisio Moulin de, AGIAR, Ana Rosa Camilo. **Trabalho, Violência e Sexualidade: Estudo de Lésbicas, Travestis e Transexuais**. Rio de Janeiro : RAC, v. 18, n. 1, art. 5, Jan./Fev., 2014, p. 90.

(...)

Uso de documento falso

(...)

Análise do núcleo do tipo: fazer uso significa empregar, utilizar ou aplicar. Os objetos são os papéis falsificados ou alterados constantes nos arts. 297 a 302. Exige-se que a utilização seja feita como se o documento fosse autêntico, além do que a situação envolvida há de ser juridicamente relevante. Trata-se de tipo remetido, aquele que indica outros tipos para ser integralmente compreendido. Neste caso, a amplitude do conceito de “papel falsificado ou alterado” depende da verificação do conteúdo dos arts. 297 a 302.⁸⁰

Mediante a interpretação doutrinária de Guilherme Souza Nucci, a mera falsificação de documento público ou utilização de documento falso levaria à aplicação do artigo 297 ou do artigo 304, conforme o caso, do Código Penal, sem que se faça necessária a verificação de algum tipo de dolo específico ou de resultado danoso naturalístico. A jurisprudência, porém, tem produzido decisões que revelam maior reflexão quanto ao caso concreto, por vezes prolatando sentenças absolutórias em casos de transgêneros que praticam as condutas capituladas em tais artigos para adequar o gênero documental a seu gênero psico-social, ainda que os requisitos colocados pela doutrina para a condenação tenham sido preenchidos.

Em decisão antiga, datada de 08 de março de 1993, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região julgou a apelação criminal nº. 92.02.18299-0/RJ⁸¹, referente à ação penal em que Juracy Bahia Reus, mulher transexual que faz uso do nome Christie Vitrat, e seu marido, Raymond Marcel Vitrat, foram denunciados por uso de documento falso na tentativa de obtenção de passaporte para o menor José Cleonildo dos Santos Bahia, filho de criação do casal. Ante a sentença que julgou improcedente a pretensão punitiva, o Ministério Público Federal recorreu.

A Desembargadora Federal Tania Heine, relatora do caso, considerou a legislação brasileira da época defasada com relação à realidade transexual, uma vez que não era possível a alteração do registro civil, não restando outra alternativa às pessoas transexuais a não ser utilizar certidões de nascimento falsas. A relatora mostrou-se atenta às dificuldades enfrentadas pela população transexual, que tem

⁸⁰ NUCCI, Guilherme Souza. **Código Penal Comentado**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais. 2010, p. 1062-1081.

⁸¹ Disponível em: <http://www.trf2.gov.br/cgi-bin/pingres-allen?proc=92.02.18299-0&andam=1&tipo_consulta=1&mov=3_target=%27blank%27#> - Último acesso em 30/11/2014.

de optar entre passar por humilhações ao utilizar um nome civil que não condiz com seu gênero ou então abrir mão de sua escolaridade e de melhores opções de trabalho ao utilizar documentos falsos. Segundo a julgadora, já na época, há mais de vinte anos, a jurisprudência vinha tentando suprir a omissão legal, permitindo a alteração civil de nomes de transexuais.

A relatora refere que “o Direito deve acompanhar a evolução dos costumes. À falta de normas concretas e objetivas socorre-se o Juiz de princípios outros, como a equidade, procurando suprir as lacunas legais, através da jurisprudência, adequando-o à realidade social”⁸². Tal posicionamento coaduna-se fortemente com a fala de Maria Berenice Dias, colacionada ao se tratar da aplicação da Lei Maria da Penha a transgêneros, que coloca que o juiz não pode se omitir nem negar direitos sob o fundamento de inexistir previsão legal.

A relatora expõe que, uma vez que a conduta de Christie visava apenas alterar o sexo constante em seus documentos civis, não se verificou no caso o especial fim de agir exigido pelo tipo do artigo 304 do Código Penal, ou seja, a intenção de obter vantagem ou causar prejuízo - esse entendimento destoa do entendimento de Guilherme Souza Nucci, que coloca que a configuração do tipo penal em comento não exige elemento subjetivo do tipo específico. Dessa maneira, a relatora entendeu pela inexigibilidade de conduta diversa, negando provimento ao recurso, sendo seu voto acompanhado por maioria da Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

Por sua vez, em decisão mais recente, de 21 de agosto de 2001, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região julgou a apelação criminal nº. 94.03.101067-3⁸³, relativa à ação penal em que mulher transexual fora denunciada por fazer uso de passaporte falso, em nome de sua irmã. Ante a sentença absolutória de primeiro grau, fundamentada, assim como a decisão no caso de Christie Vitrat, na inexigibilidade de conduta diversa, o Ministério Público Federal pugnou a reforma

⁸² TRF2, Apelação criminal nº. 92.02.18299-0/RJ, p. 8.

⁸³ Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/consultas/Internet/ConsultaProcessual/Processo?NumeroProcesso=94031010673>>- Último acesso em 30/11/2014.

integral do *decisio*, sustentando que a identidade sexual do apelado não é justificativa ou exculpante para a prática delituosa perpetrada.

A denúncia narra fato ocorrido em 20 de abril de 1988, no Aeroporto Internacional de Cumbica, situação em que Fabiana, cujo nome civil é Américo Fabiano de Souza Assunção, mulher transexual que já havia se submetido à cirurgia de transgenitalização, apresentou passaporte falso expedido em nome de sua irmã, contendo assinatura e fotografia da apelada.

A sentença recorrida entendeu que, apesar de bem demonstradas a materialidade do crime e a autoria delitiva, a ação desenvolvida não poderia ser reputada como culpável, pois não seria razoável exigir de Fabiana conduta diversa. O relator da apelação, Desembargador Federal Hélio Nogueira, embora considerando não ser razoável que se exigisse da apelada a apresentação de documentos contendo gênero masculino caso isso causasse completa negação de sua condição de gênero e seu constrangimento insuportável, entendeu não ser essa a situação fática.

O relator entendeu não estar demonstrado que a utilização de documentos do gênero masculino representaria sacrifício absolutamente desmedido da apelada, uma vez que a mesma já havia utilizado seu passaporte original, contendo gênero masculino, em diversas viagens. Dessa maneira, “para o recorrido aparentar ser pessoa do sexo feminino e ostentar identificação masculina, ao contrário do que entendeu a r. sentença, não era tão vexatório ou constrangedor” e “se a apresentação de documentos com nome masculino fosse realmente insustentável, o apelado já deveria ter promovido judicialmente a retificação de seu registro de nascimento”⁸⁴.

Dessa forma, o relator deu provimento à apelação, tendo seu voto acompanhado em unanimidade. A pena privativa de liberdade só deixou de ser aplicada à Fabiana pois estava prescrita, sendo declarada extinta a punibilidade da apelada.

⁸⁴ TRF3, Apelação criminal n°. 94.03.101067-3, P. 5.

Questiona-se aqui o juízo realizado pelo relator ao entender que, tendo Fabiana adotado certa conduta em determinados pontos de sua vida, tal conduta não poderia ser entendida como vexatória à mesma. Por certo, para uma pessoa que entende-se como mulher e deseja ser lida pela sociedade como tal, a utilização de documentos contendo o gênero masculino em certas oportunidades não ocorre livre de sofrimento ou humilhação, e sim ocorre por notória necessidade e frente às dificuldades na obtenção de documentação nova. Da mesma forma, o argumento de que a situação insustentável levaria Fabiana a providenciar a retificação judicial de seus documentos civis parece não se situar na realidade legal brasileira, em que o processo de alteração dos documentos não é regulamentado e submete o requerente a longa espera, obstáculos e resultados incertos.

Em 13 de novembro de 2007, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região julgou o Habeas Corpus nº. 2007.01.00.047822-3/MT⁸⁵, que visava o trancamento de ação penal em que era imputada ao advogado Eduardo Figueiredo Rocha a falsificação de certidão de nascimento para a co-ré Luíza Franciz da Silva Ebling. Com base na certidão de nascimento falsa, Luíza retirou documentos novos, como RG, CPF e passaporte. A co-ré da ação penal era mulher transexual, que havia se submetido à cirurgia de redesignação de sexo na Itália há mais de dez anos do fato narrado na exordial acusatória, e almejava obter documentação que contemplasse seu gênero feminino.

Luíza havia procurado o advogado Eduardo Figueiredo Rocha, impetrante do Habeas Corpus, para realizar a alteração de sua identidade, procedimento não permitido no Brasil à época. O causídico, então, ofereceu à cliente certidões com nomes de mulheres já falecidas, que não foram aceitas pela mesma. Num segundo momento, o advogado forneceu a Luíza uma certidão de nascimento em seu nome, alegando a regularidade da mesma, ainda que contivesse divergências quanto à data de nascimento e ao local de nascimento da cliente. Posteriormente à falsificação, sobreveio sentença judicial determinando a retificação do registro de nascimento de Luíza.

⁸⁵ Disponível em: <<http://arquivo.trf1.jus.br/default.php?p1=200701000478223>>- Último acesso em 30/11/2014.

O Desembargador Federal Tourinho Neto, relator do caso, entendeu que, ao falsificarem uma certidão para fazer constar o gênero psico-sexual de sua titular, os réus da ação penal não alteraram a verdade. Segundo ele, o paciente “procurou ajudar, sem burlar os fatos, um ser humano, procurando diminuir seus traumas e constrangimentos, fazendo-o feliz, ante a demora da solução judicial do problema”. O desembargador citou o Juiz de Direito que sentenciou a retificação do registro de nascimento de Luíza ao colocar que “a falta de alteração no registro acarreta um descompasso entre a sua identidade física e jurídica, pois porta documentos que o identifica como sendo o sexo oposto ao aparente, o que provavelmente é vexatório e humilhante, sendo isto vedado constitucionalmente”⁸⁶. Por tais razões, em seu entendimento, o comportamento dos réus não deve ser punível, não havendo lesão nem à transexual, nem à fé pública. Dessa maneira, o relator concedeu a ordem de *habeas corpus* para determinar o trancamento da ação penal instaurada contra o impetrante e, de ofício, estendeu a decisão à Luíza Franciz da Silva Ebling. O voto foi acompanhado pela maioria da Terceira Turma do TRF da 1ª Região.

Enquanto o primeiro caso analisado, de 1999, considera a falsificação de documentos para que transgêneros possam utilizar documentos que contemplem seu gênero abarcada pela inexigibilidade de conduta diversa, o julgado mais recente traz interessante argumento novo. Tourinho Neto entendeu que a alteração do sexo nos documentos de transexuais, embora impliquem na confecção de documento falso, não introduzem informação falsa, de modo a não lesar a fé pública. Embora o argumento utilizado seja diferente, também não se coaduna com a visão de Guilherme Souza Nucci, para quem o delito em comento é formal, não exigindo o resultado naturalístico consistente no efetivo prejuízo para a fé pública.

4.3. Transgêneros e a proibição de penas cruéis

Outro exemplo de adoção de uma política criminal no âmbito judiciário em favor dos direitos dos transgêneros ocorre no sistema prisional dos Estados Unidos

⁸⁶ TRF1, Habeas Corpus nº. 2007.01.00.047822-3/MT, p. 7.

da América. Recentemente, profissionais da área jurídica fundamentam-se na Oitava Emenda à Constituição Americana, que proíbe penas cruéis e degradantes, para pleitear o acesso integral dos presos transgêneros aos serviços de saúde, inclusive no tocante a tratamentos hormonais e procedimentos de transgenitalização, bem como para justificar a manutenção de presos transgêneros em estabelecimentos prisionais adequados à sua identidade subjetiva de gênero⁸⁷. O dispositivo legal em comento conta com a seguinte redação:

Emenda VIII

Fiança excessiva não será requerida, nem multas excessivas impostas, nem penas cruéis e incomuns infligidas.⁸⁸

Em razão de a Oitava Emenda poder ser interpretada como dispositivo que impõe abrigo e tratamento médico adequados no âmbito prisional, têm surgido inúmeros processos judiciais de transgêneros alegando que sua saúde e segurança são postas em risco com seu desígnio a prisões de acordo com o sexo determinado ao nascimento e não por gênero psico-social, e postulando seu direito a terapias hormonais e cirurgias de realinhamento de genital⁸⁹. O procedimento postulatório é explicado por Matthew Stoloff da seguinte maneira:

Para provar uma pretensão válida da Oitava Emenda contra punição cruel e incomum no contexto médico, o apenado tem que cumprir um teste duplo. O apenado deve primeiramente provar, objetivamente, que ela sofre de uma séria necessidade médica que requer tratamento. Em segundo lugar, ela deve provar, subjetivamente, que oficiais prisionais foram deliberadamente indiferentes a tal necessidade médica. Indiferença deliberada pode ser provada demonstrando-se que os oficiais prisionais estavam cientes da necessidade médica e a desconsideraram or falharam a responder adequadamente.

(...)

Uma necessidade médica séria pode ser definida como uma necessidade que é “tão óbvia que uma pessoa leiga reconheceria a necessidade de

⁸⁷ SUIAMA, Sérgio Gardenghi. Op. cit., p. 112.

⁸⁸ Oitava Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/constitution/eighth_amendment> - Último acesso em 30/11/2014. Tradução nossa.

⁸⁹ STOLOFF, Matthew A. **Dual prongs for the doubly imprisoned: transsexual inmates & the Eighth Amendment Right to Treatment**. Aug. 2007, p. 4. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1012980>> - Último acesso em 30/11/2014.

atenção médica” ou “onde a negação ou o atraso faz com que o apenado sofra dificuldade vitalícia ou perda permanente”.

(...)

Se apenados que sofrem de profundo Transtorno de Identidade de Gênero subsequentemente sofrem de danos emocionais e correm risco de cometer suicídio, falha em responder às necessidades médicas do apenado de terapia hormonal e cirurgia de redesignação de sexo podem implicar em violação da Oitava Emenda.⁹⁰

A tendência seguida pelas cortes norte-americanas é de reconhecer o argumento, fundamentando na Oitava Emenda decisões que asseguram a presos transgêneros o direito integral à saúde, incluindo procedimentos de transgenitalização, em casos como os citados por Sérgio Suiama em seu artigo “Um modelo autodeterminativo para o direito de transgêneros”⁹¹. As decisões, porém, dependem do diagnóstico médico de transtorno de identidade sexual, e, dessa maneira, ainda representam conflito com tentativa de se encontrar uma solução não-patologizante para as questões de gênero. Tal posição é adotada não apenas pelos julgadores, mas também por autores, como Alvin Lee, ao afirmar:

Muitas características peculiares do contexto do direito prisional à saúde justificam e realmente compelem o uso do modelo medico quando de advoga em favor de cuidados relacionados a gênero. A primeira e mais óbvia é que, quando se tenta assegurar cuidados medicos específicos para transgêneros, defensores de transgêneros estão especificamente requisitando *cuidados médicos*. O contexto do direito prisional à saúde é, em seu núcleo, sobre medicina, então parece contra-intuitivo argumentar que defensores devem abandonar o uso de evidências médicas em suas tentativas de ganhar acesso a cuidados médicos. Reconhecidamente, faz pouco sentido requerer evidência médica para perseguir direitos legais básicos completamente desconexos da medicina, mas é difícil imaginar como alguém poderia realizar advocacia efetiva para o acesso à medicina sem recorrer ao uso de algum tipo de evidência médica.⁹²

⁹⁰ STOLOFF, Matthew A. Op. cit., p. 19-20.

⁹¹ South v. Gomez, 211 F.2d 1275 (9th Cir. 2000), Phillips v. Michigan Dept. of Corrections, 731 F. Supp. 792 (W.D. Mich. 1990), De'Lonta v. Angelone, 330 F.3d 630, 635-636 (4th Cir. 2003); Brown v. Zavaras, 63 F.3d 967, 970 (10th Cir. 1995); White v. Farrier, 849 F.2d 322, 325 (8th Cir. 1988); Phillips v. Mich. Dep't of Corr. 731 F. Supp. 792, 799-801 (W.D. Mich. 1990); Wolfe v. Horn, 130 F. Supp. 2d 648, 652 (E.D. Pa. 2001); Cuoco v. Moritsugu, 222 F.3d 99,106 (2d Cir. 2000); White, 849 F.2d, p. 325 e Meriwether v. Faulkner, 821 F.2d 408, 413. SUIAMA, Sérgio Gardenghi. Op. cit., p. 112.

⁹² LEE, Alvin. **Trans models in prison: the medicalization of gender identity and the Eighth Amendment Right to sex reassignment therapy**. Cambridge : 31 Harv. J. L. & Gender, 2008, p. 468-469.

Nos Estados Unidos, como os argumentos fundados na cláusula de proteção contra o tratamento desumano ou degradante são limitados ao contexto de instituições de segregação, os mesmo argumentos não encontram muito sucesso ao serem empregados em ações civis ajuizadas por indivíduos transgêneros não encarcerados contra planos de saúde ou contra o Estado. A crítica realizada a tal dinâmica, porém, não é construída em prol das pessoas transgêneras não encarceradas, defendendo-lhes o direito à saúde plena, mas em sentido contrário, negando o direito aos encarcerados face à situação dos indivíduos livres. Em seu voto no caso *Maggert v. Hanks*, Richard Posner julgou improcedente a ação em que se pleiteava fornecimento de terapia hormonal pelo sistema prisional, afirmando que a Oitava Emenda não obriga que as prisões ofereçam aos encarcerados assistência médica melhor do que a assistência médica que os mesmos indivíduos receberiam caso estivessem livres⁹³.

Na tentativa de aproximar essa política criminal norte-americana à realidade do judiciário brasileiro, verifica-se que o disposto pela Oitava Emenda encontra correspondência com o estabelecido no inciso XLVII, alínea 'e', do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que proíbe penas cruéis. Sobre o dispositivo, a lição da doutrina coloca:

Aqui o constituinte reforçou a vedação às penas cruéis. Mesmo que não tivesse enunciado esta alínea, a proibição continuaria existindo, haja vista o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III).

De qualquer sorte, a pena não poderá ir de encontro com a dignidade da pessoa humana, não sendo lícito submeter o condenado a tratamentos malignos e degradantes, tanto do ponto de vista físico como moral.⁹⁴

Sobre o papel do juiz no cumprimento do princípio constitucional de proibição de penas cruéis, Fábio Konder Comparato coloca que o Poder Judiciário deve aplicar a norma com a prudência que tal conceito jurídico indeterminado exige. Para o autor, a crueldade de uma pena não pode ser aferida apenas em tese, desconsiderando-se a mutabilidade histórica dos modelos jurídicos – ou seja, como se uma pena que

⁹³ SUIAMA, Sérgio Gardenghi. Op. cit., p. 115.

⁹⁴ BULOS, Uadi Lammego. **Constituição federal anotada**. São Paulo : Saraiva, 2009, p. 164.

antigamente era considerada não cruel, como a pena de morte, não pudesse ser vista como desumana ou degradante no presente:

Hoje, a tendência universal é a da abolição, pura e simples, da pena capital, considerada cruel e abusiva em si mesma. Prova disto é a disposição constante do art. 4º, § 3º, da Convenção Americana de Direitos Humanos, estatuinto que “não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido”, bem como o fato de as Nações Unidas terem aprovado, em 1989, o Segundo Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, objetivando a abolição dessa pena.

Além disso, é preciso sempre distinguir entre a pena, abstratamente cominada na lei, e a forma de sua execução na prática.

É exatamente por isso que a Constituição emprega sabiamente, naquela disposição, um conceito jurídico indeterminado, dando ao Poder Judiciário a capacidade de aplicar a norma com a necessária prudência. Com efeito, faz sentido admitir-se que, quando a lei penal fala em cumprimento da pena privativa de liberdade em regime fechado, os Poderes Públicos possam, por exemplo, decidir, discricionariamente, que os condenados permanecerão vinte e quatro horas por dia em masmorras hermeticamente cerradas e desprovidas de iluminação?

Na verdade, a proibição constitucional de penas cruéis dirige-se a todos os órgãos do Estado e não apenas ao legislador. Viola também a Constituição o Poder Executivo que não providencia prisões decentes para o recolhimento de condenados, assim como o Judiciário que, ciente dessa omissão culposa do governo, torna-se cúmplice deste, ordenando o cumprimento cego e indiferenciado da norma legal.⁹⁵

Por sua vez, a doutrina americana, ao tratar da Oitava Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, traz posicionamento semelhante ao da doutrina brasileira, também centrado no princípio da dignidade da pessoa humana:

A questão é se uma pena sujeita o indivíduo a uma sina proibida pelo princípio do tratamento civilizado garantido pela Oitava Emenda. Uma punição deve ser examinada à luz da proibição básica contra tratamento desumano, e a Emenda tem intenção de preservar o conceito básico da dignidade humana, assegurando que o poder de impor punições seja exercido dentro dos limites de *standards* civilizados.⁹⁶

⁹⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos**, p. 4-5. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31990-37511-1-PB.pdf>> - Último acesso em 30/11/2014.

⁹⁶ Governo Dos Estados Unidos Da América. **Eighth Amendment**, p. 1573. Disponível em: < <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/GPO-CONAN-2002/pdf/GPO-CONAN-2002-9-9.pdf>> - Último acesso em 30/11/2014.

A correspondência entre as redações da emenda americana e do dispositivo da Constituição Brasileira, bem como entre as orientações doutrinárias dos países, leva a questionar a possibilidade de uma pessoa brasileira e transgênera em situação de privação de liberdade se valer do dispositivo constitucional para pleitear tratamento médico completo na prisão.

Realizando pesquisa jurisprudencial, porém, não foram identificados casos no Brasil semelhantes aos casos americanos referidos. Aqui, o artigo 5º, XLVII, 'e' da Constituição Federal tem sido por vezes utilizado por apenados para pleitear o cumprimento de pena em prisão domiciliar fora dos casos legalmente previstos⁹⁷, bem como a progressão de regime⁹⁸, e a permissão para receber visitas na instituição prisional⁹⁹. Sob tal fundamento, ainda, foi concedido Habeas Corpus de ofício pelo Supremo Tribunal de Justiça para correção do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade de fechado para semiaberto¹⁰⁰. Ademais, não foram encontradas decisões judiciais em que o inciso XLVII, 'e' estivesse relacionado com a condição de gênero do apenado.

5. Poder Executivo: transgêneros e o sistema policial e prisional

Quando o debate versa sobre o sistema carcerário por si só, a problemática do corpo já ocupa significativa dimensão, uma vez que ainda hoje o corpo dos apenados é que suporta grande parte das penalidades impostas, mesmo com a construção dos direitos humanos voltada para a proteção do corpo:

No direito penal, a problemática do corpo é bem visível na história da pena de encarceramento. Antes do encarceramento surgir como pena, os meios

97 Agravo Nº 70047520051, 5ª Câmara Criminal, TJ/RS, Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em 04/04/2012; Agravo Nº 70056977556, 3ª Câmara Criminal, TJ/RS, Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em 19/12/2013; Agravo Nº 70050523836, 5ª Câmara Criminal, TJ/RS, Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em 14/11/2012.

98 Agravo nº. 70047470695, 5ª Câmara Criminal TJ/RS, Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Data de Julgamento: 04/04/2012.

99 STF - HC: 107701 RS, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 13/09/2011, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-061 DIVULG 23-03-2012 PUBLIC 26-03-2012.

100 STF - ARE: 742663 MG, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 24/04/2014, Data de Publicação: DJe-081 DIVULG 29/04/2014 PUBLIC 30/04/2014.

de punição mais comuns eram o suplício e as penas corporais. O suplício não sancionava os mesmos crimes nem punia o mesmo tipo de delinquentes. O processo de individualização do castigo, segundo os indivíduos culpados, surge concomitante ao desaparecimento do corpo como alvo principal da repressão penal. No entanto, houve um processo dito de humanização que aos poucos foi extinguindo a pena de suplício. A história dos direitos humanos, entre tantas bandeiras, é atravessada pela proteção do corpo. Compreender as diferenças é perceber que existem “vários corpos” e que as ações e feitos sobre eles não se dão da mesma forma. Se não percebemos “corpos” diferentes, não percebemos que a tortura sobre eles ocorre de forma diversa e com consequências distintas. Também não percebemos os diversos efeitos da guerra, da fome, do exílio e, principalmente, não percebemos os efeitos diversos da pena de prisão – da execução penal. (...) O direito penal tornou-se um sistema que produz desigualdade. Isso por trabalhar sob um parâmetro de indivíduo, de “ser humano (homem) médio” e, a partir dele, pensar o significado da “individualização”. Em outras palavras, o direito não consegue resolver o significado da igualdade para aqueles definidos como diferentes pela sociedade, o que decorre, principalmente, do processo histórico, no qual diferentes racas e classes se proclamaram o modelo de humano e impuseram suas visões e necessidades aos demais. No entanto, este não é um privilégio do direito penal ou da execução. Ocorre que no direito penal, na execução penal, esta realidade de “segregação” é percebida com mais nitidez e seu efeito causa maiores sequelas.¹⁰¹

Por sua vez, quando se promove o encontro entre sistema policial e prisional e as pessoas transgêneras, o debate sobre os corpos ganha ainda mais espaço, pois além da controvérsia inicial, a já vista prática da mistificação do corpo dos indivíduos transgêneros e a adoção do corpo não-transgênero como modelo supremo, desconsiderando-se a existência de corpos divergentes, formam novos obstáculos na efetivação de políticas de execução penal marcadas pela promoção dos direitos humanos.

A reflexão a respeito da política criminal do Poder Executivo direcionada a transgêneros durante a execução penal implica uma reflexão anterior sobre a política criminal que o Executivo emprega no sistema prisional como um todo. Alvin August de Sá, após trabalhar mais de trinta anos como psicólogo no sistema penitenciário, coloca que o único prestígio conferido ao sistema prisional pelo Poder Executivo é exibi-lo como instrumento para satisfazer o clamor da opinião pública por vingança,

¹⁰¹ BUGLIONE, Samantha. Op. cit., p. 146-149.

de modo que falar em direitos humanos na execução penal seria atacar o único valor nela reconhecido: a punição¹⁰².

O autor coloca como pressuposto que, em sede de execução da pena privativa de liberdade, respeitar os direitos humanos do apenado implica respeitá-la naquilo que ela tem de próprio, individual e intrínseco à sua identidade. A promoção dos direitos humanos dos indivíduos, assim, resultaria em não apenas buscar a superação das condições que os fazem sofrer, mas também buscar condições que promovam seu crescimento e felicidade própria¹⁰³.

Entretanto, é custoso cogitar o cumprimento de qualquer uma dessas metas, visto que o sistema prisional é sabidamente um catalisador de miséria e criminalidade. Diante da falência das penitenciárias, não se encontra respeito dos apenados como grupo ou como indivíduos, nem a superação das condições degradantes a que são submetidos, e a promoção de seu bem-estar no cárcere é utópica. Sendo a execução penal vista tão só como instrumento de punição, seria um contrassenso que o Poder Executivo produzisse políticas criminais contrárias à manutenção de seu estado calamitoso. Se a promoção dos direitos humanos clama por políticas criminais diametralmente opostas às requeridas pela visão social da prisão como punição, quais são as políticas criminais efetivamente adotadas?

Apesar da flagrante contradição entre essas duas premissas que parecem fundamentar a discussão sobre a execução penal, Maria Thereza Rocha de Assis Moura, dentre outros autores, busca a efetivação dos direitos humanos postos na Constituição Federal de 1988 durante a execução da pena, colocando o apenado na posição de sujeito de direitos e obrigações frente ao Estado, ou seja, efetivamente da parte da relação jurídica que é a execução da pena, o que, evidentemente, é visto como um desafio.

Ao falar da política penitenciária de execução penal, Maria Thereza Rocha de Assis Moura traz o dizer de Nizardo Carneiro Leão no sentido que o cumprimento da pena deve se fundamentar sobre a efetivação geral dos direitos e garantias contidos na Constituição Federal, bem como das exigências e regras do Código

¹⁰² DE SÁ, Alvino Augusto. Op. cit., p. 119.

¹⁰³ DE SÁ, Alvino Augusto. Op. cit., p. 120.

Penal e da Lei de Execuções Penais, buscando reformas, adequação e aperfeiçoamento. Coloca a autora que a política criminal na execução penal deve ser direcionada à humanização da pena, estimulando instrumentos sancionatórios mais humanos e evitando ao máximo a privação da liberdade dos apenados, o que infelizmente se torna um paradoxo quando se esbarra nas questões da superpopulação carcerária e do crescimento da criminalidade:

A execução da pena não deve se limitar ao estrito cumprimento da pena privativa de liberdade pelo tempo declarado na sentença. Ao contrário, impõe-se que o Estado execute políticas voltadas ao respeito à dignidade humana do recluso e lhe ofereça meios para que possa viver um tempo futuro fora das grades.

Certo é, porém, que a realidade brasileira, em matéria penitenciária, representa um verdadeiro desafio ao cumprimento dos princípios postos na chamada Constituição Cidadã de 1988. E, por óbvio, tem seus reflexos na execução da pena e na política criminal a ser desenvolvida. (...) A vigente Constituição da República consagra regras características da execução penal, ao estabelecer, dentre outras, a individualização da pena como garantia do cidadão perante o Estado; ao proibir penas cruéis e degradantes; ao assegurar aos presos o respeito à integridade física e moral; ao estabelecer que a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; ao garantir às presidiárias condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação. (...) Dentro de uma visão de política criminal voltada para o respeito pelos direitos fundamentais, a execução penal deve ter, na atualidade, feição humanizadora da pena. A humanização da execução da pena, longe de provocar insegurança à sociedade, é fator que contribui para a socialização e para a harmônica integração do condenado à comunidade. É a base necessária para uma autêntica execução".¹⁰⁴

Tocando especificamente na relação das performances de gênero com a atuação estatal, o conflito entre a promoção dos direitos humanos e a manutenção da pena como punição encontra outro obstáculo: a dificuldade de aceitação da identidade transgênera. Autores colocam que o gênero é vigiado e controlado por aparelhos estatais que agem na preparação da para a vida heterossexual, com a docilização do corpo e a normalização da sexualidade, e a conseqüente repressão dos sujeitos que fogem da regra. Esse aparato estatal formata a concepção social

¹⁰⁴ ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de. **O sistema penitenciário e a política criminal na execução da pena** in Processo penal, constituição e crítica. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2011, p. 606.

sobre travestis e transexuais, reforçando estereótipos e a ignorância acerca de suas identidades, e dita como esses indivíduos devem ser tratados¹⁰⁵. Essa norma social de tratamento acaba por ser absorvida pelas forças policiais e pelos agentes da execução da pena. Ao falar sobre travestis, Hélio Silve faz uma reflexão que encontra correspondência com a realidade de todo o grupo transgênero, e expõe a grande divergência entre a identidade individual dos transgêneros e o que é absorvido pela sociedade e pelos agentes do Poder Executivo:

Enquanto o olhar institucional e da sociedade ampla as vê como homossexuais – concebendo-as a partir dos valores atribuídos aos papéis e práticas sexuais –, as travestis se transformam e se fabricam com valores pautados em conceitos de outra ordem, sobretudo aqueles relativos ao gênero e seus usos. Esse jogo ambíguo do gênero é muito sutil e performático: os trânsitos entre a grande categoria homossexuais e a específica travestis é sempre negociado, fabricado, refeito, reinventado. Por consequência, criando-se empecilhos estruturais para a criação de medidas e políticas públicas aptas a suprir suas necessidades sociais e reparar violações de âmbitos diversos a que possam estar sujeitas¹⁰⁶.

Como colocado pelo autor, a interpretação errônea dessas identidades resulta em prejuízo no desenvolvimento de políticas públicas e ações afirmativas em seu favor, como anteriormente abordado ao se tratar da ausência de programas públicos destinados a transgêneros em situação de violência doméstica. Uma vez não percebidas as singularidades desse grupo, não se pensa em protegê-las, e ainda menos em como protegê-las.

Enquanto, por um lado, contamos com o desconhecimento e a desatenção do Estado quanto às necessidades de indivíduos transgêneros, em outro ramo da atuação estatal, nas políticas voltadas à manutenção da segurança pública, podemos perceber foco especial sobre esse grupo.

Na análise da atuação estatal em promoção da segurança pública, depara-se com uma ideologia repressiva e de controle social que, notadamente na América

¹⁰⁵ AGUINSKY, Beatriz; FERREIRA, Guilherme Gomes; RODRIGUES, Marcelli Cipriani. **Travestis e segurança pública: as performances de gênero como experiências com o sistema e a política de segurança no Rio Grande do Sul**. Porto Alegre : Textos & Contextos, v. 12, n. 1, jan./jun. 2013, p. 49.

¹⁰⁶ SILVA, Hélio Ribeiro. **Travesti, a invenção do feminino**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993, p. 130.

Latina, coloca no foco punitivo e criminaliza a pobreza e as demais fragilidades sociais. Aqui, é possível constatar que a construção de uma política de segurança pública comprometida com a defesa efetiva dos direitos humanos tem sido impedida pelo populismo punitivo, pelas sucessivas crises econômicas, pelo endividamento público e pelas resistências corporativas de estruturas policiais corruptas e violentas¹⁰⁷.

O discurso político-criminal seletivo, que coloca os sujeitos hipossuficientes da sociedade na posição de inimigo comum, frequentemente acaba por reproduzir condutas que violam os direitos dos sujeitos que mais carecem de proteção. Nesse processo, a seleção penal recai de maneira incisiva sobre indivíduos de baixa renda e escolaridade, usuários de drogas e demais indivíduos que não se encaixam em conceitos socialmente aceitos como regra, como a norma heterossexual e binária. No caso de transgêneros, estudos apontam que a fragilidade oriunda do desvio das normas de gênero muitas vezes se soma à fragilidade econômica:

Ao discutir assassinatos de transgêneros – travestis e transexuais – é importante ressaltar que a literatura sugere que se trata de populações distintas sob o prisma socioeconômico. Carrara & Vianna (2004) afirmam que entre negros e pardos, o número de travestis excede ao de gays, indicativo do seu pertencimento aos estratos mais pobres da sociedade brasileira. Da mesma forma, Marcos Roberto Vieira Garcia (2009) sugere que a maioria de travestis é procedente de famílias pobres e um grande número são migrantes vindos de pequenas cidades principalmente do norte e nordeste.¹⁰⁸

Como resultado disso, a fragilidade do grupo transgênero enquanto divergente das performances de sexo e gênero normatizadas, somada com a hipossuficiência econômica de grandes parcelas do grupo¹⁰⁹, e agravada pelo descaso estatal que não o tutela em razão má interpretação de sua identidade, é

¹⁰⁷ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Justiça penal e segurança pública no Brasil: causas e consequências da demanda punitiva**. São Paulo : Revista Brasileira de Segurança Pública, ano 3, n. 4, fev./mar. 2009, p. 99.

¹⁰⁸ GUIMARÃES, Cristian Fabiano; MENEGHEL, Stela Nazareth; GUARANHA, Camila; BARNART, Fabiano; SIMÕES, Igor Garber e DE MOURA, Juliane Quevedo. Op. cit., p. 221.

¹⁰⁹ No mesmo sentido que Cristian Fabiano Guimarães, em suas pesquisas, Larissa Pelúcio constatou que a grande maioria das travestis seja proveniente das classes populares e média baixa. PELÚCIO, Larissa. **Abjeção e desejo: uma etnografia travesti sobre o modelo preventivo de Aids**. São Paulo: FAESP Annablume, 2006, p. 94.

selecionada pelo sistema punitivo. Sobre a questão, Felipe Lazzari da Silveira coloca:

É o caso das travestis que, devido ao preconceito e a discriminação, acabam sendo excluídas do seio familiar, do sistema educacional e também do mercado de trabalho, situação que, além de impedir que essas pessoas exerçam sua personalidade, inibe sobremaneira o desenvolvimento de habilidades e potencialidades, obrigando-as muitas vezes a recorrer ao “submundo” para garantir a sobrevivência, seja por meio da prostituição ou do cometimento de pequenos crimes, o que muitas vezes tem como consequência o encarceramento.

Devemos considerar também que, em alguns casos, as travestis são acusadas do cometimento de crimes graves, como homicídios tentados e consumados, porém, quando cometem crimes desta natureza, normalmente o fato tem estreita ligação com o modo de vida estabelecido, tendo em vista que, quando se prostituem nas ruas, por exemplo, acabam expostas aos mais diversos riscos, sendo vítimas constantes de violência, o que muitas vezes ocasiona as reações violentas por parte delas.¹¹⁰

A atenção e desatenção alternadas do Estado quanto a esses indivíduos forma um ciclo que evidencia as falências do sistema penal. Após a falta de políticas públicas em favor de transgêneros potencializar sua fragilidade e seleção pelo sistema penal, passando-se para o nosso sistema prisional repleto de mazelas, percebe-se que tal espaço tampouco apresenta aplicação efetiva de medidas direcionadas às minorias, o que dificulta a ressocialização e aumenta os índices de reincidência.

5.1. O sistema prisional gaúcho e os transgêneros

No Rio Grande do Sul, pode-se encontrar exemplos da mencionada ausência de medidas direcionadas a transgêneros dentro do sistema prisional. Pesquisa realizada junto a um dos gestores da política de segurança pública do estado informou que, em se tratando de gestões focadas nas minorias e nos grupos em situação de vulnerabilidade de gênero, uma medida tomada foi a criação da “Sala Rosa”.

¹¹⁰ DA SILVEIRA, Felipe Lazari. **Travestis e o cárcere: o programa desenvolvido pela ONG Igualdade no Presídio Central de Porto Alegre.** in Seminário Internacional Fazendo Gênero 10, Florianópolis : Anais Eletrônicos, 2013, p. 05.

Vinculada ao Departamento Médico-Legal, a Sala Rosa foi inaugurada para promover o atendimento especializado a mulheres vítimas de violência, com encaminhamento a psicólogos, psiquiatras, peritos, assistentes sociais e demais profissionais. O espaço, porém, não admite a participação de travestis e transexuais, embora a hipótese tenha sido discutida previamente a sua inauguração. Enquanto a gestão afirma ter desenvolvido demais políticas focadas na redução do preconceito e da discriminação, a exclusão de transgêneros do espaço Sala Lilás é prova da reprodução da desigualdade que tais políticas dizem combater, uma vez que não se reconhece as performances de gênero de todos os indivíduos¹¹¹.

Ainda segundo a gestão, dentre as demandas da população carcerária transexual e travesti do estado, destaca-se o respeito à cidadania, que toma forma no emprego do nome social¹¹². Nesse tocante, o Estado do Rio Grande do Sul assinou, em meados de 2011, o Decreto nº. 48.118, que estabelece que nos procedimentos e atos de atendimento a travestis e transexuais realizados por Órgãos da Administração Pública Estadual Direta e Indireta deverá ser assegurado o direito à escolha de seu nome social, independentemente de registro civil. O Decreto mantém, por outro lado, que nome civil deve ser exigido para uso interno da instituição, e usado em detrimento do nome social em caso de interesse público. Para fazer uso do nome social, o indivíduo pode contar com a Carteira de Nome Social, que não substituiu o documento de identidade, podendo apenas em raras ocasiões ser apresentada sozinha, e não garante o uso efetivo do nome social.

Embora os gestores técnicos entrevistados descrevam o uso do nome social como bem sucedido na concessão de espaço às necessidades dos transgêneros, a pesquisa apontou que todos os policiais em serviço no Presídio Central de Porto Alegre referem-se às travestis presas empregando seu nome civil e pronomes masculinos¹¹³.

Por meio de sua atuação junto ao Presídio Central de Porto Alegre, a ONG Igualdade pôde concluir que, enquanto segregadas, as travestis acabam sofrendo o

¹¹¹ AGUINSKY, Beatriz; FERREIRA, Guilherme Gomes; RODRIGUES, Marcelli Cipriani. Op. cit., p. 51.

¹¹² AGUINSKY, Beatriz; FERREIRA, Guilherme Gomes; RODRIGUES, Marcelli Cipriani. Op. cit., p. 52.

¹¹³ AGUINSKY, Beatriz; FERREIRA, Guilherme Gomes; RODRIGUES, Marcelli Cipriani. Op. cit., p. 52.

duplo cerceamento de seus direitos fundamentais, pois além de atingidas pelos reflexos negativos intrínsecos ao sistema prisional, que alcançam também os demais detentos, as mesmas passam a ser vítimas dos mais diversos tipos de violências impostas pelo restante da população carcerária, que em geral não aceita a convivência com transgêneros¹¹⁴. Por estarem em um estabelecimento prisional masculino, as travestis têm o direito de exercer sua personalidade cerceada, o que não se limita ao já citado emprego do nome civil e de pronomes masculinos, mas se espalha por diversas situações da vida dentro da prisão:

A realidade da prisão demonstra que, devido ao preconceito dos demais detentos, as travestis normalmente são vítimas de diversos tipos de violências, principalmente sexuais, como os estupros constantes e outros tipos de agressões, sendo que, muitas vezes, para amenizar a situação, são isoladas do restante da população carcerária, situação que gera ainda mais prejuízos, na medida em que, por questões de segurança (que o Estado não garante!), acabam sendo impedidas de desfrutar de alguns direitos mínimos, como o “banho de sol”, o trabalho prisional, o estudo e a visita. (...) A Presidente da ONG Igualdade salientou ainda que, independente da situação das travestis que se encontram recolhidas no Presídio Central ter melhorado bastante nos últimos anos, muito ainda deve ser feito para que essas pessoas tenham seus direitos fundamentais respeitados. Marcellly Malta lembrou que as principais queixas das travestis é baseada no fato de estarem sendo impedidas de exercer atividades laborais e educacionais dentro do Presídio Central, tendo em vista que, por correrem sérios riscos estando em convivência com os demais presos, a Direção do ergástulo não autoriza que compareçam aos locais onde são desenvolvidas as atividades de trabalho e estudo, situação que impede que tenham direito a remição de pena, como prevê a Lei de Execuções Penais.¹¹⁵

Mais uma vez fica clara a inabilidade e o despreparo dos agentes do Poder Executivo em lidar com a modificação da sociedade heteronormativa e binarista. Ao se deparar com uma situação em que conflitos são gerados em razão da condição de gênero dos apenados, a solução encontrada pela administração do Presídio Central de Porto Alegre é segregar os detentos cujo gênero foge à norma. Obviamente, tal questão demanda políticas diversas, não apenas por parte dos agentes do sistema prisional, porém, a resposta por eles dada à situação fática mostra-se contrária a

¹¹⁴ DA SILVEIRA, Felipe Lazari. Op. cit., p. 06.

¹¹⁵ DA SILVEIRA, Felipe Lazari. Op. cit., p. 07-09.

preceitos de execução penal consagrados na Lei de Execuções Penais e totalmente inadequada à promoção dos direitos humanos dos transgêneros encarcerados.

Em abril de 2012, por iniciativa da Superintendência dos Serviços Penitenciários (SUSEPE), em conjunto com a Secretaria da Justiça e dos Direitos Humanos, a Secretaria Estadual de Saúde e a ONG Igualdade, foi criada uma ala especial para detentos gays, bissexuais e transgêneros no bloco H do Presídio Central. A medida revelou nova atenção dos órgãos do executivo aos detentos GBTs e obteve sucesso em diminuir o número de agressões, estupros e humilhações a que essa população era submetida, mas diversos problemas persistiram, como relata Felipe Lazari da Silveira:

Sabe-se também que as travestis, mesmo tendo recebido uma ala especial, ainda continuam a conviver com alguns abusos, tendo em vista que, assim como em outras galerias do Presídio Central, a Galeria H continua a ostentar um elevado índice de consumo de entorpecentes (principalmente o crack) e a evidenciar as deficiências estruturais. Outro problema constatado é que o setor destinado às travestis acaba abrigando também alguns presos de alta periculosidade, como estupradores e homicidas, tendo em vista que estes também não são aceitos pelo restante da massa carcerária e acabam sendo remetidos ao mesmo setor pela Direção do estabelecimento, que alega não ter outra forma de garantir a segurança deles, situação que conseqüentemente acaba gerando alguns atos de violência, mesmo que em grau muito inferior ao que as travestis anteriormente eram submetidas.¹¹⁶

A inclusão de presos de alta periculosidade na Galeria H, que havia sido destinada exclusivamente para detentos GBTs revela que, desconsiderando o motivo da sua criação, a ala especial foi usada, na verdade, como depósito dos detentos não aceitos pela maioria da população carcerária. Embora o projeto tenha sido traçado como que para atender as demandas da população segregada, pergunta-se se em verdade ele foi empregado para a satisfação da população segregatória, que visa uma convivência livre dos indivíduos que fogem às normas sociais aceitas dentro da prisão.

¹¹⁶ DA SILVEIRA, Felipe Lazari. Op. cit., p. 08.

5.2. A portaria de 15 de abril de 2014

Em 15 de abril de 2014 foi publicada portaria no Diário Oficial da União, pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e pelo Conselho Nacional de Combate à Discriminação, estabelecendo parâmetros para o acolhimento na população LGBT no cumprimento de pena privativa de liberdade.

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP) é um órgão colegiado do Ministério da Justiça, composto de treze membros titulares e cinco suplentes, com mandato de dois anos, designados pelo Ministério da Justiça entre professores e profissionais do Direito Penal, Processual Penal, Penitenciário e ciências correlatas, e representantes da comunidade e dos ministérios da área social. O CNPCCP contribui com o Ministério da Justiça na formulação de políticas penitenciárias, particularmente em relação à execução penal, à administração da justiça criminal e à prevenção de delitos, bem como promove pesquisas no campo criminológico e fiscaliza os estabelecimentos prisionais.¹¹⁷

O Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCD), por sua vez, é um órgão colegiado de natureza consultiva e deliberativa, integrante da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, que tem por finalidade formular e propor diretrizes de ação governamental, em âmbito nacional, voltadas para o combate à discriminação e para a promoção e defesa dos direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais. O Conselho é constituído de trinta integrantes titulares, designados pelo Ministro de Estado Chefe da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, com quinze representantes do Poder Público Federal indicados pelos dirigentes máximos de Secretarias e Ministérios e quinze representantes da sociedade civil, indicados por entidades sem fins lucrativos, selecionadas por meio de processo seletivo público.¹¹⁸

A portaria se baseou nas premissas constitucionais contidas nos incisos III, XLI, XLVII, XLVIII e XLIX do artigo 5º da Constituição Federal, quais sejam, a

¹¹⁷ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6061.htm > - Último acesso em 30/11/2014.

¹¹⁸ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7388.htm > - Último acesso em 30/11/2014.

vedação à tortura e ao tratamento desumano ou degradante, a punição de qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, a proibição de penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e penas cruéis, o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado, e a garantia à integridade física e moral dos apenados.

Ainda, a portaria levou em consideração instrumentos internacionais - como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Convenção Americana de Direitos Humanos, a Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes e seu Protocolo Facultativo, regras das Nações Unidas para o tratamento de presos e para o tratamento de mulheres presas, bem como princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero – e nacionais – como a Lei de Execuções Penais e o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura - aplicáveis à matéria.

A portaria traz diretrizes gerais para o tratamento da população LGBT em privação de liberdade como o direito à visita íntima, nos termos da Portaria MJ nº 1190/2008 e na Resolução CNPCP nº 4, de 29 de junho de 2011 (artigo 6º), à atenção integral à saúde, atendidos os parâmetros da Política Nacional de Saúde Integral de LGBTs e da Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (artigo 7º), ao acesso e a continuidade da sua formação educacional e profissional sob a responsabilidade do Estado (artigo 9º), e o benefício do auxílio-reclusão aos dependentes do segurado recluso, inclusive ao cônjuge ou companheiro do mesmo sexo (artigo 11). Ainda, classifica a transferência compulsória entre celas e alas ou quaisquer outros castigos ou sanções em razão da condição de pessoa LGBT como tratamentos desumanos e degradantes (artigo 8º). No seu artigo 10, coloca que o Estado deverá garantir a capacitação continuada aos profissionais dos estabelecimentos penais considerando a perspectiva dos direitos humanos e os princípios de igualdade e de não discriminação, inclusive em relação a orientação sexual e identidade de gênero.

Inicialmente, no que diz respeito especialmente à população carcerária transgênera, o texto da portaria traz definições dos termos que por ela serão empregados, uma vez que, como já visto, ainda há mistificação em torno da comunidade transgênera e divergências nas definições que lhe dizem respeito:

Art. 1º Estabelecer os parâmetros de acolhimento de LGBT em privação de liberdade no Brasil.

Parágrafo único. Para efeitos desta Resolução, entende-se por LGBT a população composta por lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, considerando-se:

(...)

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.

O artigo 2º da portaria garante aos apenados travestis ou transexuais o direito de serem chamados pelo seu nome social, de acordo com o seu gênero. Acrescenta também que o registro de admissão no estabelecimento prisional deverá conter o nome social do apenado. Tal dispositivo é importante uma vez que, como visto ao se tratar da situação dos apenados transgêneros no Presídio Central de Porto Alegre, uma das principais reclamações da população carcerária transgênera é ser tratada pelos operadores do sistema prisional com emprego de seu nome civil e de pronomes não condizentes com seu gênero psico-social. Juntamente com o emprego do artigo 10 da portaria, que impõe a capacitação dos profissionais dos estabelecimentos penais considerando a identidade de gênero, tal artigo pode promover o cumprimento de pena de uma forma mais digna.

Além de na utilização do nome social, a liberdade à expressão do gênero psico-social é garantida também pelo artigo 5º, que estabelece que a travestis e transexuais em situação de privação de liberdade serão facultados o uso de roupas femininas ou masculinas, e a manutenção de cabelos compridos, de modo a garantir seus caracteres secundários de acordo com sua identidade de gênero.

Os artigos 3º e 4º da resolução dizem respeito ao encaminhamento da população transgênera para estabelecimentos prisionais masculinos ou femininos. Pelo artigo 4º, tanto pessoas transexuais masculinas quanto femininas devem ser encaminhadas para as unidades prisionais femininas, nas quais será garantido às mulheres transexuais tratamento isonômico ao das demais mulheres em privação de liberdade. O artigo não faz menção aos demais membros da população transgênera, especialmente às travestis, dando a entender que tais pessoas serão encaminhadas a presídios masculinos. Chama atenção o fato de a resolução determinar que homens transexuais sejam encaminhados a presídios femininos, mas tal decisão é compreensível quando se imagina as possíveis consequências do cumprimento de pena por tais indivíduos em presídios masculinos.

O artigo 3º reforça a ideia de que travestis serão encaminhadas para o cumprimento de pena em presídios masculinos, ao colocar que deverão ser oferecidos espaços de vivência específicos às travestis (assim como aos gays) privadas de liberdade em unidades prisionais masculinas, considerando a sua segurança e especial vulnerabilidade. Tais espaços, acrescenta a portaria, não devem se destinar à aplicação de medida disciplinar ou de qualquer método coercitivo, e a transferência da pessoa presa para o espaço ficará condicionada à sua expressa manifestação de vontade.

Ainda, fica assegurado pela resolução que apenas travestis ou transexuais terão garantidos a manutenção do seu tratamento hormonal e o acompanhamento de saúde específico.

Apesar de a portaria trazer institutos importantes e inovadores quanto à execução penal relativa à população transgênera, tem-se que sua edição é recente, e não se pôde verificar se já existem mudanças na execução da pena devido às inovações por ela implantadas.

5.3. As forças policiais e a revista íntima de transgêneros

Outra situação em que se pode identificar as políticas criminais do Poder Executivo é na revista íntima por vezes realizada pelas forças policiais.

No Canadá, o caso *R. v. Golden*, datado de 2001, foi o *leading case* quando se trata de revistas íntimas. Na análise, a Suprema Corte canadense definiu “revista íntima” como o ato de remover ou reorganizar parte ou a totalidade das roupas de uma pessoa para possibilitar a inspeção visual de suas partes íntimas, como genitais, nádegas, seios, ou roupas de baixo. Embora o caso não tenha levado em conta indivíduos transgêneros, a Corte reconheceu que revistas íntimas podem ser particularmente intrusivas para mulheres e minorias, afirmando que tais pessoas podem apresentar medo real das revistas, e podem experienciá-las como equivalentes a um abuso sexual¹¹⁹.

Após o caso *Golden*, o Peel Police Services Board, conselho da polícia canadense, editou um guia chamado “*Strip searching transsexuals*” - revista íntima de transexuais - instruindo policiais a realizar a revista de indivíduos que se encontram em processo de transição de seus órgãos sexuais de masculino para feminino. Segundo a instrução, havendo motivo razoável para a revista íntima dessas pessoas, uma policial mulher deveria revistar a parte superior do indivíduo, e um policial homem, a área genital, se necessário. Na ocasião da revista, os policiais deveriam questionar o indivíduo a respeito de seu gênero e, quando em dúvida, tomar a decisão final quanto a seu grau de “alteração de gênero”¹²⁰.

Apesar de despender certa atenção à questão transgênera, o guia ainda trazia indícios da tendência anterior de ignorá-la, pois levou em conta apenas um segmento específico do grupo transgênero, o de transexuais em transição do masculino para o feminino, deixando de fora todas as outras performances de gênero que divergem do normatizado. Outra problemática do guia reside no fato de que a melhor solução encontrada por seus elaboradores foi a divisão do corpo transgênero em duas partes, não respeitando sua identidade de gênero, e guiando-se apenas por aspectos externos e morfológicos da sexualidade humana.

Em 2003, Rosalyn Forrester ingressou com ação baseada no Código de Direitos Humanos de Ontario (OHRC) contra o *Peel Police Services Boards* em razão

¹¹⁹ KIRKUP, Kyle. **Indocile Bodies: Gender Identity and Strip Searches in Canadian Criminal Law** in *Canadian Journal of Law and Society*, Cambridge : Cambridge University Press, 2009, v. 24, n. 1, p. 108.

¹²⁰ KIRKUP, Kyle. Op. cit., p. 109.

de uma revista íntima pela qual passou em 1999, antes do caso *R. v. Golden* e da edição do guia de revistas íntimas de transgêneros. Na ocasião, Rosalyn, uma mulher transexual masculino-para-feminino que não havia realizado a cirurgia de realinhamento de sexo, foi revistada diversas vezes exclusivamente por policiais homens, e por uma vez sofreu uma “*split search*”, isto é, a revista da parte superior do corpo realizada por uma policial mulher, e da parte inferior realizada por um policial homem. No caso, a polícia canadense admitiu responsabilidade em ter, inintencionalmente, tomado uma conduta discriminatória contra Rosalyn.

A Comissão de Direitos Humanos de Ontário, agindo no caso, elaborou um parecer no intuito de inspirar as forças policiais de Ontário a respeito das revistas. A comissão rejeitou a política da polícia canadense de realização de “*strip searches*”, requerendo a revisão da política no sentido que fossem oferecidas a indivíduos por ela identificados como transgêneros as opções de revista por um policial homem, por uma policial mulher, ou a “*split search*”. Nota-se um problema na identificação de condição de gênero do indivíduo por parte da polícia, visto que atribui à polícia a tarefa de definir uma característica personalíssima da pessoa a ser revistada. Nesse aspecto, a comissão ainda colocou que, quando duvidando da condição de transgênero afirmada pelo indivíduo, as forças policiais estão autorizadas a questioná-lo reservadamente para averiguar seu status de gênero. Se ainda restarem dúvidas, a decisão caberá ao oficial encarregado da divisão.

Outra relevante questão discutida no caso *Forrester* foi a possibilidade de os policiais optarem por não realizarem a revista íntima em pessoas transgêneras quando pudessem ser facilmente substituídos por outros membros da polícia. Enquanto Rosalyn Forrester e a Comissão de Direitos Humanos argumentaram contra tal possibilidade, o conselho policial defendia tal opção. Ainda que a possibilidade de membros da polícia optarem por não realizar a revista de indivíduos inteiramente baseada em sua característica de transgêneros seja discriminatória, uma vez que possibilidade similar não é prevista quanto a nenhuma outra característica, admitiu-se que policiais podem optar por serem substituídos na realização da revista quando estiverem protegendo significantes interesses Código de Direitos Humanos de Ontário cuja defesa lhe cabe. A definição de “defesa de

significantes interesses”, porém, não foi trabalhada, o que faz com que a situação excepcional que permite a substituição do policial persista quase tão discriminatória quanto se a substituição coubesse unicamente ao arbítrio do mesmo.

No desenvolver do caso foi clara a falta de preparo das forças policiais canadenses para lidar com indivíduos cujo gênero escapasse ao binarismo incrustado na instituição policial, não apenas na realização de revistas íntimas, mas em geral. Todos os policiais envolvidos na revista íntima de Rosalyn Forrester declararam nunca ter discutido a questão transgênera durante seu treinamento sobre diversidade. Em razão disso, determinou-se a produção, em conjunto especialistas de diversas áreas e com a participação da população transgênera, de vídeos de treinamento para as forças policiais a respeito da transexualidade.

Kyle Kirkup aduz sabiamente que o caso de Rosalyn Forrester não existe em um vácuo, e sim deve ser lido como parte de uma história maior na qual corpos, gêneros e sexualidades fora da norma são frequentemente escrutinados e abusados pela polícia¹²¹.

Forças policiais têm representado um importante papel na regulação de “normas” corporais, particularmente aquelas relacionadas a gêneros e sexualidades. Dados confrontos histórico e contemporâneo entre a comunidade trans e forças policiais, não é surpreendente que Rosalyn Forrester encontrou discriminação e marginalização quando sofreu revista íntima. Assim, as experiências de Forrester com o sistema de justiça criminal podem ser parte de um padrão maior de abuso nas mãos da polícia¹²².

Analisando a discussão sobre as “*strip searches*” de transgêneros promovidas no Canadá em conjunto com o projeto de lei Bill C-297, percebe-se que o país é pioneiro no que diz respeito a voltar a atenção da atuação estatal a tal segmento da comunidade. Infelizmente, a pesquisa não obteve sucesso em encontrar qualquer instrução da polícia brasileira sobre a realização da revista íntima em geral, quanto mais de indivíduos transgêneros.

¹²¹ KIRKUP, Kyle. Op. cit., p. 114.

¹²² KIRKUP, Kyle. Op. cit., p. 115. Tradução nossa.

6. Considerações finais

Juntando os recortes das situações concretas em que a população transgênera encontra o sistema penal forma-se uma figura fragmentada, cuja incompletude fala por si só. Mais do que as correspondências entre os transgêneros e as políticas criminais empregadas pelos três poderes, esse trabalho encontrou as lacunas presentes no texto, na análise e na execução da lei quando desses encontros.

O sistema penal opera mutando lentamente de acordo com as diferentes formas de vivência incorporadas à sociedade, posteriormente à aceitação social de novos entendimentos a respeito de indivíduos, performances e desvalores. Como exemplo, pode-se citar a descriminalização do adultério, que ocorreu em 2005, pela Lei 11.106, ou a Lei 11.983, pela qual a mendicância deixou de ser contravenção penal no ano de 2009. Tanto o adultério quanto a mendicância são condutas extremamente difundidas na nossa sociedade, porém, só foram destipificadas muito após a consciência social de sua prática, comprovando a lentidão com que o sistema jurídico, especificamente o penal, absorve mudanças de perspectiva.

Quanto aos transgêneros, esbarra-se em mais um problema no caminho rumo à adequação do sistema penal a sua individualidade, qual seja o da dificuldade de reconhecimento social quanto à existência e vivência desses indivíduos. Tem-se que parte da sociedade desconhece tais formas de performance de gênero e, ainda, parte da sociedade desvia o olhar dos indivíduos cuja performance de gênero diverge da norma ou então busca oprimi-los. Essa ampla gama de reações sociais quanto à transgêneria é também traduzida na atuação do sistema penal.

Devido às diversas visões a respeito da inserção de indivíduos transgêneros na sociedade, as partes integrantes desse mosaico que a presente pesquisa propôs formar ainda são frágeis e desagradam muitos. A legislação, com referência especial à Lei Maria da Penha e à Lei de Execuções Penais, revela uma lacuna que precisa ser sanada. Quanto à Lei Maria da Penha, não é possível chegar a uma resposta definitiva quando se pergunta sobre a vontade do legislador na edição da lei no tocante a casos de violência doméstica ou familiar perpetrada contra pessoas

transgêneras. Todavia, partindo-se das reflexões levantadas pelas várias convenções que inspiraram o texto legal é possível chegar a um objetivo de combate à violência de gênero. De mesmo modo, a Lei de Execuções Penais não faz menção expressa à questão transgênera, porém, uma vez que o instrumento legal aponta à individualização da pena, conceito de alta importância para o apenado que diverge da norma. Porquanto ambas as leis não trazem dispositivos expressos dirigidos à população transgênera, esse direcionamento só é realizado pela interpretação doutrinária, jurisprudencial e na execução dos textos legais.

As posições do Poder Judiciário que foram compiladas ao longo da pesquisa não indicam uma jurisprudência consolidada, ou mesmo em vias de ser consolidada, e sim ainda traduzem os esforços iniciais – aqui, quando se fala em inicial, não se refere à posição das decisões no tempo, visto que algumas são antigas, mas sim ao fato de se tratarem das primeiras decisões acerca do assunto - de interpretação de leis omissas, resultando em posicionamentos por vezes diametralmente opostos.

Percebe-se que os julgadores têm reconhecido a violência doméstica e familiar contra transgêneros como ao abrigo da Lei Maria da Penha, ainda que os casos sobre a questão ainda sejam escassos. Quando indivíduos transgêneros usam documentos falsos para contemplar seu nome e gênero psico-social, a jurisprudência têm entendido pela inexigibilidade de conduta diversa ou pela ausência de lesão à fé pública, entendimentos que ainda não se coadunam com a maior parte da doutrina penal. Por outro lado, a defesa judicial dos direitos de transgêneros encarcerados baseada no princípio da proibição a penas cruéis, argumento tão usado nos Estados Unidos, ainda não encontrou espaço na jurisprudência brasileira.

No que tange à atuação os operadores do sistema policial e prisional atualmente, a busca do respeito à diversidade de gênero choca-se com o despreparo de seus profissionais. Após a desatenção estatal aos transgêneros potencializar sua fragilidade e seleção pelo sistema penal, passando-se para o nosso sistema carcerário, percebe-se que tal espaço tampouco apresenta aplicação efetiva de medidas direcionadas às minorias, dificultando a ressocialização e aumentando os índices de reincidência. No que diz respeito às revistas íntimas de transgêneros, a pesquisa não obteve sucesso em encontrar qualquer instrução da polícia brasileira

sobre a realização da revista íntima em geral, quanto mais de indivíduos pertencentes a grupos específicos. Sendo na realização de revistas íntimas ou no tratamento dos apenados durante o dia-a-dia no cárcere, esses operadores ainda agem de maneira a desconsiderar as particularidades desse grupo de pessoas.

As inovações normativas sobre essa matéria são recentes, ou ainda se encontram no processo de instauração. Em razão disso, ainda não é possível verificar se as alterações trazidas pela portaria que estabeleceu parâmetros para o acolhimento na população LGBT no cumprimento de pena privativa de liberdade foram sequer aplicadas, quanto mais a forma dessa aplicação e suas consequências. Por sua vez, o projeto de lei canadense Bill C-279 demonstra importante iniciativa na prevenção da discriminação contra transgêneros, e na garantia de que os responsáveis por crimes de ódio contra tal grupo sejam levados à justiça. O projeto demonstra nova atenção à problemática transgênera e o reconhecimento da violência contra transgêneros como problema estrutural, porém, o mesmo ainda não foi aprovado, podendo ser analisado apenas enquanto um novo intento para se lidar com essa realidade.

Embora o sistema penal tenha muito a construir se busca estar apto a lidar com as particularidades da comunidade transgênera, novos projetos e textos normativos, bem como posições doutrinárias e jurisprudenciais inovadoras representam a abertura do espaço onde a celebração das diferenças pode se edificar.

REFERÊNCIAS

AGUINSKY, Beatriz; FERREIRA, Guilherme Gomes; RODRIGUES, Marcelli Cipriani. **Travestis e segurança pública: as performances de gênero como experiências com o sistema e a política de segurança no Rio Grande do Sul.** Porto Alegre : Textos & Contextos, v. 12, n. 1, jan./jun. 2013.

ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de. **O sistema penitenciário e a política criminal na execução da pena** in Processo penal, constituição e crítica. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2011.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Justiça penal e segurança pública no Brasil: causas e consequências da demanda punitiva.** São Paulo : Revista Brasileira de Segurança Pública, ano 3, n. 4, fev./mar. 2009.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crimes federais.** Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2011.

BARSTED, Leila Linhares. **Lei Maria da Penha: uma experiência bem-sucedida de advocacy feminista** in Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminina. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2011.

BAUER, Greta e outros. **Who are Trans People in Ontario?** Trans PULSE e-Bulletin, Julho, 2010. Disponível em: <http://www.ohtn.on.ca/Documents/Publications/didyouknow/july28_10/EBulletin.pdf> - Último acesso em 30/11/2014.

BENJAMIN, Harry. **The transexual phenomenon.** Dusseldorf : Symposioon Publishing, 1999.

BIZZOTO, Alexandre. **O juiz, suas escolhas e a dimensão constitucional da limitação penal** in Processo penal, constituição e crítica. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2011.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Individualização da Pena** *in* Crítica à Execução Penal. São Paulo : Editora Lumes Juris. 2007.

BUGLIONE, Samantha. **O dividir da execução penal: olhando mulheres, olhando diferenças** *in* Crítica à Execução Penal. São Paulo : Editora Lumes Juris. 2007.

BULOS, Uadi Lammego. **Constituição federal anotada**. São Paulo : Saraiva, 2009.

CAMPOS, Carmen Hein. **Razão e sensibilidade: teoria feminista do Direito e Lei Maria da Penha** *in* Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminina. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2011.

CARRIERI, Alexandre de Pádua, SOUZA, Eloisio Moulin de, AGIAR, Ana Rosa Camilo. **Trabalho, Violência e Sexualidade: Estudo de Lésbicas, Travestis e Transexuais**. Rio de Janeiro : RAC, v. 18, n. 1, art. 5, Jan./Fev., 2014.

CHILAND, Colette. **O transexualismo**. São Paulo : Edições Loyola, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. **O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos**, p. 4-5. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31990-37511-1-PB.pdf>> - Último acesso em 30/11/2014.

DA SILVEIRA, Felipe Lazari. **Travestis e o cárcere: o programa desenvolvido pela ONG Igualdade no Presídio Central de Porto Alegre**. *in* Seminário Internacional Fazendo Gênero 10, Florianópolis : Anais Eletrônicos, 2013.

DE SÁ, Alvino Augusto. **Direitos humanos na execução penal** *in* Direitos humanos e formação jurídica. Rio de Janeiro : Forense, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **A Justiça e os Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/a_justi%EA_e_os_direitos_humanos_-_is.pdf> - Último acesso em 30/11/2014.

DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da Penha na justiça : a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2012.

DOMINGUES, Giorgia de M. **Mulheres-homens?** *in* Fazendo Gênero 8 - Corpo, Violência e Poder. Florianópolis : EDUFSC, 2008.

GUIMARÃES, Cristian Fabiano; MENEGHEL, Stela Nazareth; GUARANHA, Camila; BARNART, Fabiano; SIMÕES, Igor Garber e DE MOURA, Juliane Quevedo. **Assassinatos de Travestis e Transexuais no Rio Grande do Sul: crimes pautados em gênero?** Barcelona : Athenea Digital, 13(2), 2013.

KAHHALE, Peters Edna *in* **Psicologia e diversidade sexual: desafios para uma sociedade de direitos.** Brasília : Conselho Nacional de Psicologia, 2011.

KIRKUP, Kyle. **Indocile Bodies: Gender Identity and Strip Searches in Canadian Criminal Law** *in* Canadian Journal of Law and Society, Cambridge : Cambridge University Press, 2009.

LEE, Alvin. **Trans models in prison: the medicalization of gender identity and the Eighth Amendment Right to sex reassignment therapy.** Cambridge : 31 Harv. J. L. & Gender, 2008.

LEITE JR., Jorge. **Nossos corpos também mudam: a intervenção das categorias “travesti” e “transexual” no discurso científico.** São Paulo : Annablume FAPESP, 2011.

MENEGHEL, Stela Nazareth. **Situações limite decorrentes da violência de gênero.** *in* Revista de Pensamiento e Investigación Social. Barcelona : Athenea Digital, novembro, 2012.

MESQUITA, Marcos ; EUFRÁSIO, Cremilda ; BATISTA, Marcos Antônio . **Estereótipos de gênero e sexismo ambivalente em adolescentes masculinos de 12 a 16 anos.** *In* Saúde e Sociedade, São Paulo : USP Impresso, v. 20, 2011.

MILLOT, Catherine. **Extrasexo.** São Paulo : Escuta, 1992.

NUCCI, Guilherme Souza. **Código Penal Comentado.** São Paulo : Editora Revista dos Tribunais. 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PELÚCIO, Larissa. **Abjeção e desejo: uma etnografia travesti sobre o modelo preventivo de Aids**. São Paulo: FAESP Annablume, 2006.

PYNE, Jake e outros. **Improving the Health of Trans Communities: Findings from the Trans PULSE Project**. Presentation to the Trans Health Advocacy Summit, Agosto, 2012. Disponível em: <<http://transpulseproject.ca/research/improving-the-health-of-trans-communities-findings-from-the-trans-pulse-project/>> - Último acesso em 30/11/2014.

RAMSEY, Gerald. **Transexuais – perguntas e respostas**. São Paulo : Summus, 1998.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena : limites, princípios e novos parâmetros**. São Paulo : Saraiva, 2013.

SCHEIM, Aydem e outros. **Avoidance of Public Spaces by Trans Ontarians: The Impact of Transphobia on Daily Life**. Trans PULSE e-Bulletin, Janeiro, 2014. Disponível em: <<http://transpulseproject.ca/wp-content/uploads/2014/01/Trans-PULSE-E-Bulletin-8-English.pdf>> - Último acesso em 30/11/2014.

SILVA, Hélio Ribeiro. **Travesti, a invenção do feminino**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993.

SILVA, Iara Ilgenfritz da. **Direito ou punição? Representação da sexualidade feminina no direito penal**. Porto Alegre : Movimento, 1985.

SOUZA, Érica Renata de. **Papai é homem ou mulher? Questões sobre a parentalidade transgênero no Canadá e a homoparentalidade no Brasil** in Revista de Antropologia, São Paulo : USP, v. 56, n. 2.

STOLOFF, Matthew A. **Dual prongs for the doubly imprisoned: transsexual inmates & the Eighth Amendment Right to Treatment**. Aug. 2007, p. 4. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1012980>> - Último acesso em 30/11/2014.

STRECK, Lênio Luiz. **Lei Maria da Penha no contexto do Estado Constitucional** *in* Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminina. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2011.

SUIAMA, Sérgio Gardenghi. **Um modelo autodeterminativo para o direito de transgêneros**. Brasília : Boletim Científico ESMPU, a. 11, n. 37, Edição Especial 2012.

TEIXEIRA, Flávia do Bonsucesso. **Vidas que desafiam corpos e sonhos: uma etnografia do construir-se outro no gênero e na sexualidade**. 2009. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?code=000444694>> - Último acesso em 30/11/2014.

TONELI, Maria Juracy Filgueiras e AMARAL, Marília dos Santos. **Gênero, sexo e o corpo travesti: abjeções e devires** *in* Psicologia social e seus movimentos: 30 anos de ABRAPSO. Recife : Editora Universitária da UFPE, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Criminologia e Política Criminal**. Rio de Janeiro : GZ Editora, 2010.