

IDENTIDADE DE GÊNERO NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Mariana Barbosa de Souza

Otávio J. Zini Vieira

Resumo: O tema do presente artigo é identidade de gênero no sistema prisional brasileiro. O objetivo geral é compreender a identidade de gênero no sistema prisional brasileiro: o respeito à dignidade humana de transexuais. São objetivos específicos: a) apresentar conceitos relacionados à identidade de gênero; b) contextualizar a pena, sua função e sua historicidade. c) identificar os principais princípios relacionados à aplicação da pena no Brasil; e d) analisar a existência de políticas públicas que objetivam a preservação de transexuais no sistema prisional brasileiro. O método de abordagem é dedutivo e o método de procedimento monográfico com técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. O enfoque principal do trabalho está centrado no estudo da compreensão da identidade de gênero no sistema prisional brasileiro e o direito fundamental à dignidade humana de transexuais.

Palavras-chave: dignidade humana, sistema prisional brasileiro, transexuais.

Abstract: The theme of this article is gender identity in the Brazilian prison system. The overall goal is to understand gender identity in the Brazilian prison system: respect for human dignity of transsexuals. Specific objectives: a) to present concepts related to gender identity; b) context is worth, its function and its historicity. c) identify the main principles related to the application of the penalty in Brazil; c) to analyze the existence of public policies aimed at the preservation of transsexuals in the Brazilian prison system. The approach is deductive method and the method of monographic procedure with techniques of bibliographical and documentary research. The main focus of the work is centered on the study of the understanding of gender identity in the Brazilian prison system and the fundamental right to human dignity of transsexuals.

Keywords: human dignity, Brazilian prison system, transsexuals.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A evolução e a complexização das relações sociais trouxe a necessidade da discussão de temas que antes eram considerados secundários, tabus ou mesmo dispensáveis para o Direito. A transexualidade é um destes temas que envolvem as mais diversas áreas do conhecimento, sendo imperiosa uma análise jurídica aliada a outros ramos da ciência para a efetivação dos direitos fundamentais destas pessoas que, na maioria das vezes, são taxadas de ‘anormais’, sendo forçadas à margem da sociedade. Trata-se, também, do aspecto ético e penal, bem como o dever do Estado em garantir a saúde da pessoa transexual. Por outro lado, o sistema jurídico não é só composto de normas jurídicas, mas envolvem costumes, ideologias e a maneira pessoal de reação ao tema presente nos seus operadores, ou seja, aqueles que dão vida à norma interpretam-na, aplicam-na. Eis aí o enlace necessário que o aspecto jurídico precisa ter com a bioética.

Somente a partir do enfoque bioético livre de dogmas é que a transexualidade poderá progredir, livrando-se de enfoques já ultrapassados, a fim de revalorar o que informam as regras sociais, tais como os princípios bioéticos de beneficência, autonomia e justiça, que resguardam a dignidade humana e propõem a diminuição do sofrimento humano, num âmbito de tolerância. A falta de uma perspectiva bioética tem feito das pessoas transexuais vítimas da intolerância e ignorância humana. O percurso dos interessados não é fácil e encontra óbices de diversas ordens, possuindo, por vezes, no Poder Judiciário, a consolidação do sofrimento.

1. A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NO BRASIL

1. 1 O entrelaçamento entre o Direito Penal e a Constituição Federal

Inicialmente, antes de se adentrar especificamente no tema objeto do presente capítulo, qual seja a questão da individualidade da pena no Brasil, e o seu estudo comparativo cumpre ressaltar que a Constituição Federal de 1988 trouxe, ao indivíduo acusado de um delito, muitas garantias que, até então, tinham sido usurpadas ante a arbitrariedade do período ditatorial que a antecedeu. Como exemplo destas garantias, pode-se citar o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, a presunção de inocência, dentre outras.

Ressalta-se que, em relação à individualização da pena, como dito, pedra angular deste trabalho, a *lex fundamentalis*, mediante seus princípios fundamentais, igualmente protegeu os condenados de penas abusivas e arbitrárias.

Igualmente, cabe destacar que a referida Carta Magna é rígida, ou seja, exige, pelo menos em tese, um processo mais complicado para que seja possível modificá-la, em comparação com as leis ordinárias, possuindo, inclusive um núcleo imodificável, chamado de cláusulas pétreas.

Assim, a Carta Magna traz, em seu bojo, inúmeras garantias individuais que não podem, em hipótese alguma, serem alteradas, salvo se for concebida uma nova Constituição Federal. As aludidas garantias, descritas em seu artigo 5º e incisos, fazem parte das chamadas cláusulas pétreas, as quais estão elencadas no artigo 60, § 4º, incisos I à IV. Vejamos:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I – a forma federativa de Estado;

II – o voto direto, secreto, universal e periódico;

III – a separação dos Poderes;

IV – os direitos e garantias individuais. (grifou-se).

Tais prerrogativas descritas no artigo 5º da referida Constituição, obrigam ao Judiciário, órgão julgador, a analisar uma série de garantia e princípios a serem respeitados, quando da aplicação da sanção penal a um indivíduo condenado por algum delito.

Por esta razão, não se pode conceber qualquer tipo de aplicação de pena que desrespeite as regras e princípios constitucionais, uma vez que, sendo a Constituição Federal a lei maior do Estado brasileiro, este é governado por aquela e não o contrário.

Deste modo, antes de adentrar na individualização da pena brasileira, necessário se faz analisar os princípios constitucionais que são aplicáveis à ela, de maneira resumida, pelos limites que permeiam ao presente trabalho.

2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS ÀS PENAS

Antes de examinar cada um dos princípios constitucionais que são aplicáveis às penas, é importante explicar o que são princípios, bem como sua importância.

Assim, cabe referir que os princípios podem ser entendidos como a origem, o começo de qualquer coisa, sendo que a partir deste “começo/ princípio” é que surge o todo.

Analisando os princípios à luz do Direito, tem-se este como o ponto de partida para todo o ordenamento jurídico. Deste modo, tem-se como uma dimensão invisível que alicerça todas as leis, as quais, em hipótese alguma, podem ir de encontro as suas pregações.

Prado (2007, p. 130) explica que os princípios são originados “dos valores ético-culturais e jurídicos vigentes em uma determinada comunidade social, numa certa época, foram se impondo num processo histórico-político contínuo como basilares à sociedade democrática.”

Os princípios servem de base para o conceito de delito, bem como para limitar o poder punitivo do Estado, uma vez que estes garantem os direitos fundamentais do indivíduo. Assim, tem-se que os princípios são o alicerce de toda a matéria penal.

Paganella Bochi esclarece que

os princípios são utilizados para a tarefa importante de solucionar conflito ou colisão de normas hoje tão freqüente nos ordenamentos jurídicos, devido à expansão dos direitos fundamentais e de outros valores constitucionais relevantes. (BOSCHI, 2006, p. 31).

A partir do entendimento, bem como da finalidade dos princípios, cumpre analisar os princípios constitucionais que regem a aplicação das penas.

2.1 Princípio da legalidade ou da reserva legal

Inicialmente, cumpre analisar que o princípio da legalidade e o da reserva legal não são sinônimos. Este se refere ao respeito pelas leis, o fato de os cidadãos serem submissos a ela, bem como a atuação desta dentro da esfera criada pelo legislador.

A reserva legal exige conteúdo específico, uma vez que a norma constitucional atribui determinada matéria, de forma exclusiva, à lei formal, subtraindo, desta forma, à disciplina de outras fontes, àquelas subordinadas.

O referido princípio possui seu alicerce constitucional expresso no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal de 1988, que é narrado da seguinte forma:

“Art. 5º [...] XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.”

Nota-se que, da análise do texto acima, tem-se que este é restrito a lei formal, uma vez que é privativa da União, mediante seu Poder legislativo, disciplinar tal matéria, vedando aos estados, municípios, bem como aos Poderes Executivos e Judiciários instruir o referido assunto.

Ao contrário do princípio da reserva legal, a legalidade é mais ampla, ou seja, atinge qualquer ação de lei executada pelo Poder Legislativo, como exemplo, podemos citar o artigo 5º, inciso II, da Lex Fundamentalis que narra que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

O texto supracitado demonstra cristalinamente o princípio da legalidade, uma vez que este possui um sentido amplo, ou seja, qualquer ato normativo do Poder Legislativo (Constituição, leis complementares, leis ordinárias, resoluções, etc..).

Por fim, importante entender que em matéria penal, não pode ser considerado crime, nenhuma ação que não seja definida, por lei anterior ao fato praticado, bem como não pode ser aplicado nenhum tipo de sanção penal, que uma norma antecedente não tenha previsto.

2.2 Princípio da igualdade

O artigo 5º da Constituição Federal de 1988, narra que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, a segurança e a propriedade, [...]”

Importante esclarecer que, quando a Carta Magna determina a igualdade entre todos os cidadãos, deve-se entender que se deve tratar igualmente os iguais, bem como desigualmente os desiguais.

Assim, Boschi explica que,

perante a lei, os diferentes devem ser considerados sempre e necessariamente iguais, como propõe o enunciado do artigo 5º da CF, no sentido de que não podem eximir-se das consequências civis ou penais dos atos ilícitos que eventualmente cometerem. (BOSCHI, 2006, p. 47).

Em relação às leis, o mesmo autor (2006, p. 49) afirma que “o princípio da igualdade na lei, endereça-se, pois, ao legislador, que está desautorizado a editar leis criando ou aumentando a diferença entre as pessoas.”

Relevante apontar a diferença entre igualdade material e formal. No primeiro caso, tem-se que todos os cidadãos devem ter as mesmas oportunidades, sob todos os aspectos. Neste caso, busca-se equivalência na concessão de oportunidades, uma vez que, por este princípio, as chances devem ser oferecidas de igual forma a todos os cidadãos.

A Carta Magna de 1988 traz, em seu bojo, vários textos que visam a aludida igualdade material, como exemplo pode-se citar o artigo 3º, artigo 170 e incisos que tratam da ordem econômica e social. Há também o artigo 7º, referente à questão salarial, o artigo 205, referente à democratização do ensino, dentre outros.

No que tange à igualdade formal, tem-se como aquela narrada no artigo 5º da Constituição Federal, anteriormente descrito, ou seja, é aquela que interessa ao jurista, ao aplicador da lei, no momento em que este, tenta diminuir, por meio da lei, a desigualdade de fato existente.

No entendimento de Pinto Ferreira, a igualdade formal

deve ser entendida como igualdade diante da lei vigente e da lei a ser feita, deve ser interpretada como um impedimento à legislação de privilégios de classe, deve ser entendida como igualdade diante dos administradores e dos juízes. (PINTO FERREIRA, 1983, p. 770).

Nota-se que, em relação à aplicação de pena, a igualdade aplicada é a formal, mormente ao analisar conjuntamente com o princípio da individualização da pena, porquanto este afirma que não há crime, nem criminoso igual, assim não se pode atribuir sanções iguais a indivíduos desiguais.

2.3 Princípio da humanidade

Por este princípio estão vedadas penas cruéis e desumanas, como as que eram aplicadas nos tempos primitivos, bem como expressa, de forma simbólica, a oposição à aplicação da pena de morte.

Beccaria (1983, p. 43) afirmou que as penas deveriam ser aplicadas de forma moderada, bem como os castigos deveriam ter por “finalidade única obstar o culpado de tornar-se futuramente prejudicial à sociedade e afastar os patrícios do caminho do crime.”

Como se pode constatar, o princípio da humanidade impõe que as penas sejam aplicadas de forma humanitária e proporcional ao delito, não aceitando, de forma alguma, os excessos de severidade, bem como penas tirânicas.

Ressalta-se que, no Brasil, o aludido princípio está garantido na Carta Magna, em seu artigo 5º inciso XLVII, alínea 'e', o qual refere-se que, neste país, não haverá penas cruéis.

Destaca-se, ainda, que, estando tal princípio elencado nos direitos e garantias fundamentais, este jamais pode ser mudado, por meio de emenda constitucional, mas tão somente com a promulgação de uma nova constituição, uma vez que se trata de cláusula pétrea.

2.4 Princípio da pessoalidade

Cumprido, novamente, ressaltar que nos tempos primitivos, os castigos não tinham proporções, bem como atingiam, não somente o autor da ofensa, como também atingia terceiros, havendo a possibilidade de atingir toda a tribo do ofensor.

Conforme salientou Boschi (2006, p. 57), “pelo decreto de 17 de junho de 1759, no Brasil Império, as penas podiam passar para os filhos e seus descendentes [...]”.

Assim, o princípio da pessoalidade veda tal possibilidade, no sentido de que a pena não pode passar da pessoa do condenado, de modo que jamais atingirá um terceiro inocente.

Destaca-se que o aludido princípio está expresso na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLV, que narra o seguinte:

nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

Nota-se que a aplicação da pena possui um caráter pessoal, de modo que, como ressaltou Boschi (2006, p. 57), “o princípio da pessoalidade propõe compreender que responsabilidade não pode ser transferida a terceiros”.

Assim, demonstra-se mais um princípio, qual seja o da intervenção mínima do direito penal.

2.5 Princípio da individualização da pena

Segundo o artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou

restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.

Segundo Boschi (2006, p. 65), a individualização da pena expressa o valor de cada indivíduo, impedindo que se ignore as diferenças, “porque cada acusado é um, e cada fato se reveste de singularidades próprias e irrepetíveis”.

Nas palavras de Prado (2007, p. 145), “a pena deve ser proporcionada e adequada à magnitude da lesão ao bem jurídico representada pelo delito e a medida de segurança à periculosidade criminal do agente.”

Deste modo, tem-se que o princípio em comento visa aplicar uma pena que varia de acordo com a gravidade do delito, bem como a personalidade do agente, a fim de se evitar a padronização da sanção penal.

Destaque-se que o método adotado no Brasil, para a aplicação da pena, é o sistema criado por Nelson Hungria, previsto no artigo 68 do Código Penal Brasileiro, em que prevê que o magistrado deve percorrer três fases, quais sejam, a aplicação da pena-base (artigo 59 do Código Penal), pena provisória (incidência de agravantes ou atenuantes) e, por fim, a definitiva (causas de aumento e diminuição de pena).

Na individualização da pena, regradada pelo artigo 59 supra-referido, o magistrado deve analisar oito circunstâncias elencadas do aludido dispositivo, quais sejam, a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e conseqüências do crime, bem como o comportamento da vítima em relação ao fato, considerando-as favoráveis ou desfavoráveis ao acusado, a fim de aplicar a pena dentre as cominadas, bem como nos limites previstos em lei.

Os parâmetros que o juiz deve respeitar, em relação ao limite da sanção penal a ser aplicada, estão previstos em lei, e são diferentes para cada delito tipificado na legislação. Assim, por exemplo, o crime de furto simples (artigo 155, caput, do Código Penal) prevê pena de 01(um) a 04 (quatro) anos, o estelionato (artigo 171, caput, do mesmo diploma legal) tem penas que vão de 01 (um) a 05 (cinco) anos.

Destaca-se que não se pode, no Brasil, aplicar a pena acima do máximo permitido em lei. Do mesmo modo, a súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça veda a diminuição da pena aquém do mínimo legal, nos casos de incidência de circunstâncias atenuantes. Ressalta-se que tal vedação não se aplica em casos de

diminuição de pena (terceira fase de aplicação da pena), ocasião em que a sanção pode ser aplicada abaixo do mínimo previsto em lei.

A individualização da pena no Brasil é muito semelhante a outros países, mormente em relação à análise, não somente do fato criminoso, mas também do perfil do acusado que cometeu o ato ilícito.

Ademais, em que pese os limites máximo e mínimo estarem, previstos em lei, tal fato não exclui o amplo poder discricionário do juiz, no que tange à aplicação da pena basilar, sobretudo ante a grande distância existente, em alguns delitos, entre as penas mínimas e máximas.

Como exemplo, pode-se citar o delito de homicídio simples (artigo 121, caput, do Código Penal), em que as penas são de 06 (seis) anos à 20 (vinte) anos. Assim, dentre desse enorme espaço, o magistrado tem o poder de aplicar a pena que entender justa, bastando tão somente fundamentar as circunstâncias elencadas no artigo 59 do Código Penal.

Dito isso, e, por uma questão metodológica, é de extrema importância a informação de que este princípio será analisado, na seqüência, por meio de um estudo comparativo de seu uso em alguns países e, que, num momento posterior, se fará uma abordagem crítica sobre o assunto em capítulo apartado.

Assim, da análise dos princípios, pode-se constar a fundamental importância destes, de tal sorte que qualquer critério a ser utilizado em direito penal, a fim de orientar os magistrados na aplicação da pena, deve respeitá-los, sob pena de ser totalmente ineficaz a proposta.

Nota-se que, da análise da fixação da sanção penal realizada em países diversos, tem-se que as nações analisadas concedem aos seus julgadores, assim, como no Brasil, um grande poder discricionário, conforme se poderá verificar no tópico seguinte. Contudo, na fixação do valor da sanção punitiva, alguns países estão à frente de outros, uma vez que possuem critérios mais claros e transparentes de valorar a pena aplicada. É o que se passa a demonstrar.

3. SEXO, IDENTIDADE DE GÊNERO, SEXUALIDADE E TRANSEXUALIDADE

Primeiramente, necessário proceder a diferenciação de sexos (genético, genital, gonadal) dentro do modelo biológico, além da sexualidade e identidade de gênero dentro dos diversos modelos bioéticos.

Quando o homem atribuía um sexo a todas as coisas, não via nisso um jogo, mas acreditava ampliar seu entendimento: - só muito mais tarde descobriu, e nem mesmo inteiramente, ainda hoje, a enormidade desse erro. De igual modo o homem atribuiu a tudo o que existe uma relação moral, jogando sobre os ombros do mundo o manto de uma significação ética. Um dia, tudo isso não terá nem mais, nem menos valor do que possui hoje a crença no sexo masculino ou feminino do Sol. (NIETZSCHE, 2008, p. 27)

A confusão entre homossexualidade e transgeneridade é algo generalizado, tomam sempre que um menino com comportamento mais feminino, com certeza está treinando ou corre o risco de ser "viado", "bichinha", "baitola", "bambi" (todos os termos usados para depreciar os homens gays), de igual modo as meninas com comportamento mais masculino correm o risco de ser "caminhoneira", "sapatão", "machorra" (todos os termos usados para depreciar as mulheres gays).

Essa confusão nega que existamos antes de nossas sexualidades, que tenhamos uma identidade independente dessa sexualidade, que nos identificamos com um gênero e que isso independe do campo do afeto e desejo.

Outra confusão muito comum é a que trata da identidade de gênero e as diversas classificações sexuais.

3.1 Gênero, identidade de gênero e papel de gênero

Ser masculino ou feminino, homem ou mulher, é uma questão de gênero. Deste modo, o conceito primaz para identificarmos homens e mulheres é o de gênero.

Ora, o indivíduo não pode ser pensado sozinho: ele só existe em relação. Basta que haja relação entre dois indivíduos para que o social já exista e que não seja nunca o simples agregado dos direitos de cada um de seus membros, mas um arbitrário constituído de regras em que a filiação (social) não seja nunca redutível ao puro biológico (HÉRITIER, 1996, p. 288).

Enquanto sexo é um conceito principalmente biológico, gênero é um conceito essencialmente social, sendo sua construção e representação apresentada das mais diferentes formas, pelas diferentes culturas. Gênero vai além dos sexos: Sua definição não se restringe apenas aos cromossomos, a conformação genital ou a presença ou não de determinadas gônadas, mas principalmente através da auto-percepção e da forma como a pessoa se expressa socialmente. O que importa na composição e definição do que é ser homem ou mulher, é o construto psicossocial produzido pela autodeterminação em conjunto com a normativa imposta socialmente pelo papel de gênero.

Ele não remete apenas a ideias, mas também a instituições, a estruturas, a práticas cotidianas e a rituais, ou seja, a tudo aquilo que constitui as relações sociais. O discurso é um instrumento de organização do mundo, mesmo se ele não é anterior à organização social da diferença sexual. Ele não reflete a realidade biológica primária, mas ele constrói o sentido desta realidade. A diferença sexual não é a causa originária a partir da qual a organização social poderia ter derivado; ela é mais uma estrutura social movediça que deve ser ela mesma analisada em seus diferentes contextos históricos (SCOTT, 1998, p. 15)

Identidade de gênero é caracterizada pela forma como o indivíduo se identifica dentre os papéis de gêneros normatizados socialmente, i.e., a coadunação pessoal dentre as posturas socialmente definidas para cada gênero.

Papel de gênero pode ser definido como o conjunto de performances que expressam e são aceitos dentro de determinada sociedade como pertencentes a este ou aquele gênero, as características constituintes destes papéis são tão várias quanto o número de culturas existentes, a exemplo disso podemos citar desde vestuário (o kilt na Escócia é uma vestimenta masculina, no Brasil, seria considerado feminino), posturas propriamente ditas (mulheres de países nórdicos têm características que, para nossa cultura, são tidas como masculinas) ou adereços.

3.2 Transexualidade e o Direito

Serano (2009) define a existência de duas possibilidades em se tratando da forma de percepção do nosso próprio gênero. Quando o gênero ao qual nos

identificamos é o mesmo atribuído após o nosso nascimento através da observação dos nossos sexos biológicos somos cisgêneros (o termo “cis” significa algo como “mesmo lado”) ou quando a representação de gênero que nos identifica não é a atribuída após nosso nascimento, somos chamados de transgêneros (trans significa atravessar ou ir ao lado oposto).

As terminações “cis” e “trans” são úteis em publicações voltadas para questões de gênero, pois serve como uma estratégia para romper com a noção de que indivíduos trans são “diferentes”, colocando em pé de igualdade ambas as “categorias”.

Em resumo, os transgêneros são pessoas que biologicamente pertencem a um sexo definido, mas psicologicamente pertencem e identificam-se a outro se comportando segundo este. O transgênero acredita peremptoriamente pertencer a um gênero não coadunado aos diversos sexos conhecidos (sexo genético, sexo genital, sexo gonadal). Vive, se comporta e age como este gênero (SERANO, 2009). Para ele, o reconhecimento a seu nome social, a sua identidade de gênero e a sua condição são no mínimo básicos para uma dignidade plena.

Esta inadequação entre genótipo e identidade de gênero não pode ser considerada com uma anomalia, ela apenas não corresponde aos ditos ‘padrões de normalidade’ previamente estabelecidos pela sociedade, com isto, surge a diferença baseada apenas em um parâmetro hegemônico ou mais forte.

Temos como grande problemática deste trabalho o fenômeno social da transexualidade/travestilidade versus a posição imatura seja da doutrina ou da jurisprudência, principalmente no tocante ao tratamento penal e civil a transexuais e travestis, trazendo a baila deste modo uma discussão de singular importância relativa ao direito à isonomia e a digno tratamento, uma das matrizes fundamentais do constitucionalismo moderno, evidenciando o quanto esse parâmetro pode ser cruel e o quanto é preciso ir-se além da própria ideia de diferença, observando a multiplicidade de singularidades, de expressões e de formas de ser do sujeito.

Dentro das diferenças entre as diversas transexualidades e a travestilidade pode ser caracterizada pela forma de encarar a adequação genital a identidade de gênero.

Travestis são pessoas que nascem identificadas com um sexo masculino, mas que se vestem, vivem e assumem cotidianamente comportamentos femininos e

buscam modificar seus corpos sejam com injeções de hormônio, aplicações de silicone e outras cirurgias plásticas, mas não sentem desconforto algum com seu sexo de nascimento, por outro lado transgêneros nascem identificadas com um sexo e assumem comportamento de outro gênero, na grande maioria das vezes sentindo desconforto ou mesmo aversão à sua genitália ou a outras características (seios no caso de transhomens) (BEEMYN e ELIASON, 1996).

Travestis aderem ao gênero feminino e assumem o mesmo papel social, podendo algumas serem ambíguas, tendo, por vezes, sua identidade social/sexual masculina e feminina coligadas interagindo muito bem com essa dualidade, independente da orientação sexual, travestis e transexuais, podem ser heterossexuais, bissexuais ou homossexuais, ou seja, relacionar-se sexual, amorosa e afetivamente com homens ou mulheres sejam eles “cis” ou “trans”, sem qualquer encargo de consciência ou transtorno psicológico (BEEMYN e ELIASON, 1996).

Travesti hoje em dia no Brasil se refere principalmente à pessoa que apresenta sua identidade social oposta ao sexo designado no registro civil de nascimento, mas que não almeja, de forma alguma, se submeter à uma cirurgia de transgenitalização ou readequação de sexo - CRS.

O termo travesti (do latim “trans”, cruzar ou sobrepassar, e “vestere”, vestir) tem origem na língua francesa no vernáculo *travestie* e referia-se à forma de se vestir em casas de espetáculos na França, onde mulheres se apresentavam com roupas pequenas, sensuais e provocantes, a partir do século XV. Na língua inglesa o termo preferido é *transvestite* que foi cunhado a partir dos estudos do sociólogo e sexólogo judeu-alemão, Dr. Magnus Hirschfeld, que publicou a obra, em 1910, (“Die Transvestiten: eine Untersuchung über den erotischen Verkleidungstrieb”) “Os Travestidos: uma Investigação do Desejo Erótico por disfarçar-se” para descrever um grupo de pessoas que de forma voluntária e frequente se vestia com roupas comumente designadas ao sexo oposto (HIRSCHFELD, 1910).

A Travestilidade e a transexualidade são condições identitárias e não orientações sexuais. As razões da Travestilidade e da transgeneralidade ainda não estão bem claras e isso tem sido causa de muita especulação científica, mas nenhuma teoria psicológica/psiquiátrica foi considerada consistente, apesar disso evidências demonstram que esta é uma condição neurológica (não sendo deste

modo um transtorno mental). Estudos existentes demonstram que a parte do cérebro chamada *bed nucleus of the stria terminalis* (BSTc), que é diferente nos homens e nas mulheres e é essencial para o comportamento sexual, nos transgêneros é condizente com o cérebro do gênero ao qual eles se identificam (ZHOU, 1995 e KRUIJVER, 2000), observado, isso independentemente da orientação sexual. Ramettid et all (2011) em recente pesquisa revelou que os transexuais "*female to male*" (FTM) têm a estrutura da massa encefálica branca semelhante à dos homens Cisgêneros, independente de ter iniciado ou não qualquer tratamento hormonal.

Essas pesquisas evidenciam que uma pessoa transexual não tem como deixar sua condição através de tratamentos psicológicos ou de qualquer outra natureza, o que existe é a possibilidade de os transexuais através de tratamentos hormonais e intervenções cirúrgicas passarem a sentir-se melhor e a viver melhor de acordo com o seu gênero.

A grande maioria das Travestis, em geral, não negam e até aceitam sua genitália como algo que as torna "mulheres" diferentes e parte do fetiche social/sexual, não se sentem constrangidas em falar, tocar, ver ou serem tocadas em sua genitália e faz parte do modo como obtém seu prazer sexual.

3.2.1 A transexualidade e o direito penal

A pessoa transexual como qualquer outra esta sujeita a cometer contravenções penais e sofrer as consequências dos seus atos, como explicitado na Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988), no seu Art. 5º, XLVIII e XLVIX, caso este fato ocorra a pena deverá ser cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado, além deste ter assegurado o respeito à integridade física e moral, mas como isso se procede no caso de transexuais já que a justiça não tem pacificado o entendimento sobre identidade de gênero, em se procedendo um entendimento abrangente sobre o princípio da autodeterminação dos povos constante na nossa Constituição, as pessoas transexuais MtF (*male to female*) deveriam ser encaminhadas a presídios femininos, o que não ocorre, apesar disso caso seja

aplicado este entendimento no caso de transexuais FtM (*female to male*) isso acabaria acarretando mais problemas para estes.

Essa problemática demonstra claramente a necessidade de estudos no trato de pessoas trans e o seu difícil enquadramento no sistema penitenciário brasileiro, binário, que desconsidera na prática a dignidade humana e em especial desse grupo de pessoas principalmente no ignorar sua identidade de gênero, encarcerando-os, normalmente e independentemente de critérios próprios. Bento comenta a dificuldade de enquadramento dos transexuais:

A polêmica de como definir o grupo [transexuais] está relacionada à própria problemática transexual; a pluralidade de experiências de vidas e de respostas para os conflitos existentes para a relação entre corpo, identidade de gênero; e sexualidade se reflete na hora que se tenta encontrar um termo que feche, cristalize e substancialize suas histórias. (BENTO, 2008, p. 220)

Quando se fala em binarismo no sistema penitenciário, leva-se em conta a ótica constitutiva do sistema penitenciário ocidental completamente atrelada ao sexo genital do indivíduo, dividindo a população entre homens e mulheres (classificados por sua genitália). Essa separação, que não deixa de ser uma limitação, serve como pedra angular desse sistema, sendo considerada a mudança deste paradigma, uma premissa inquestionável. Observa-se esse critério anatômico do sistema binário também em citação de KULICK, o qual diz que “o sistema de gênero da Europa e dos Estados Unidos é fundamentado nas diferenças anatômicas” (KULICK, 2008, p. 236). Entende-se que o autor se referiu, assim, aos ordenamentos ocidentais, enquadrando o Brasil, como definidor de normas de gênero baseando-se no mesmo critério. Todavia, grupos de pessoas transexuais fogem dos padrões impostos pelo sexo e, portanto, acabam tendo sua dignidade desrespeitada. Deste modo, configura-se a problemática das “novas sexualidades” frente ao binarismo presente nos sistemas penitenciários ocidentais, ou seja, novamente, tem-se que, aquilo que foge do padrão Cis-normativo, não recebe atenção devida do nosso ordenamento.

A LEP (BRASIL, 1984) traça condições de concretização do cárcere que estão muito distantes da realidade brasileira. Ademais, ratifica-se o fato desta silenciar na questão dos transexuais, limitando-se a uma divisão sexual, não concretizando princípios norteadores da Constituição de 1988

A dificuldade maior, contudo, reside na definição das situações de igualdade e desigualdade. É necessário o devido cuidado para, quando da utilização do princípio da isonomia como diretriz interpretativa no ordenamento jurídico, não incorrer em

discriminações indiretas, mostrando a complexidade e dificuldade do tema. Esse princípio é verificado na LEP no que diz respeito ao tratamento das diferenças entre homens e mulheres nos presídios brasileiros. Porém, falta a sua devida consideração à situação dos transexuais presos que, na omissão legal, precisam da utilização do bom senso do magistrado (As bases legais que permitem o magistrado decidir de acordo com esses princípios citados encontram-se no Código de Processo Civil (BRASIL, 1973), Art. 126. “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.” (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973) combinado com o previsto na Lei de Introdução do Código Civil (BRASIL, 1942), art. 5º “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”), ainda deficiente, para efetivação deste princípio, realizando, assim, a igualdade material.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, cumpre destacar que questões de gênero vem ganhando espaço nos Tribunais brasileiro, um grande exemplo disso são as ações de retificação de registro de nascimento de transexuais.

Analisando, então, o tema proposto, constata-se que a importância do Direito Penal não possui medida. Contudo, sabe-se que este é a base estrutural de toda uma sociedade que pretende viver em harmonia. Por esta razão, há a necessidade imperiosa de as leis serem transparentes e eficazes aos olhos de todos os cidadãos que são submetidos ao cumprimento de tais regras.

A referida matéria tem, por finalidade, a aplicação de uma pena/castigo a quem transgredir as leis, causando mal a outrem. Destaca-se, contudo, que, mesmo sendo a aplicação da sanção penal, a parte mais importante do Direito Penal, a forma como a pena é aplicada é um dos temas que mais causam discussões, mormente em relação aos locais (casas prisionais).

Quando a aplicação da pena se relaciona às questões de gênero percebe-se a existência de um oceano de normas sem qualquer conceito claro, mormente em situações importantes, como no presente caso, a sociedade deixa seus direitos

serem decididos ao bel prazer do Judiciário, que, em muitos casos, sequer dedica a atenção necessária à solução de problemas enfrentados pela sociedade.

Ademais, a inexistência de uma regra transparente contribui, e muito, para a prolação de sentenças que se prestam a colimar interesses específicos, como exemplo, tem-se a política criminal da redução da população carcerária. Ao mesmo tempo, a obscuridade retira dos interessados a oportunidade de entender o caminho trilhado pelo julgador, até o momento da aplicação da sanção penal.

Ante este sério problema, assim como da necessidade de se sugerir uma reformulação deste sistema, a bem de estabelecer outros critérios que fujam da excessiva subjetividade em que o atual método está inserido, a presente pesquisa foi concebida.

O presente artigo não quis esgotar a matéria, mas sim discutir a forma de aplicação da pena supra referida para transexuais, a partir da necessidade de se tornar mais clara e efetiva a sua aplicação, sobretudo com o objetivo de preservar-se a dignidade das pessoas envolvidas.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. São Paulo: Hemus, 1983.

BEEMYN, B.; ELIASON, M. Queer Studies: A Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender Anthology. Nova York: New York University, 1996.

BENTO, B. A. D. M. O que é transexualidade. São Paulo: Brasiliense, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de direito penal. 6.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

BOSCHI, José Antônio Paganella. Das penas e seus critérios de aplicação. 4.ed. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: abr. de 2015.

_____. BRASIL. Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: abr. de 2015.

CASTRO, E. V. D. No Brasil, todo mundo é índio, exceto quem não é, Set 2013.

Disponível em:

<http://pib.socioambiental.org/files/file/PIB_institucional/No_Brasil_todo_mundo_%C3%A9_%C3%ADndio.pdf>. Acesso em: abr. de 2015.

CERQUEIRA, E. K. Bioética personalista ontologicamente fundada e a sexualidade. In: CERQUEIRA(ORG), E. K. Sexualidade, gênero e desafios bioéticos. São Caetano do Sul: Difusão Editora, 2011. Cap. 1.

CERQUEIRA, E. K.; VERRESCHI, I. T. D. N. Fundamentos genéticos e fisiológicos da identidade sexual. In: CERQUEIRA(ORG), E. K. Sexualidade, gênero e desafios bioéticos. São Caetano do Sul: Difusão Editora, 2011. Cap. 2.

CHAVES, A. Castração – Esterilização – Mudança artificial de sexo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

CONNELL, R. Políticas da masculinidade. Educação & Realidade, Porto Alegre, v. 20, n. 2, jul/dez 1995.

FACHIN, L. E. Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

FERRAREZE, Camila. O exercício legítimo do ius puniendi do estado em face da moderna sociedade brasileiro. Revista Ibero-Americana de Ciências Penais. Porto Alegre, ano 6, n.12, ESPM, 2005.

FERREIRA, A. B. D. H. Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Nova, 1986.

FONTANA, Milton. Estudo das teorias sobre os fins da pena. Revista Ibero-Americana de Ciências Penais. Porto Alegre, ano 6, n.12. ESPM, 2005.

GUERRA-JÚNIOR, G. Determinação e diferenciação sexual normal na espécie humana. In: VIEIRA, T. R.; PAIVA, L. A. S. D. Identidade sexual e transexualidade. São Paulo: Roca, 2009.

HÉRITIER, F. Masculin/Féminin: la pensée de la différence. Paris: Odile Jacob, 1996.

HIRSCHFELD, M. Die Transvestiten: eine Untersuchung über den erotischen Verkleidungstrieb. Berlin: Alfred Pulvermacher, 1910.

JUSTIÇA, M. D. Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Brasil:., 2011.

KULICK, D. Travesti: prostituição, sexo, gênero e cultura no Brasil. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal. 21.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NIETZSCHE, F. Aurora. Tradução de Anatonio Carlos Braga. São Paulo: Escala, 2008.

NORONHA, E. Magalhães. Direito penal. 30. Ed. São Paulo. 1993.

PARANÁ, S. D. E. D. E. D. Sexualidade. Curitiba: SEED, 2009.

PINTO FERREIRA, . Luís. Princípios gerais do direito constitucional moderno. São Paulo: Saraiva. 1983.

PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro. 7.ed. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

QUAGLIA, D. Intersexualidade. In: VIEIRA, T. R.; PAIVA, L. A. S. D. Identidade sexual e transexualidade. São Paulo: Roca, 2009. Cap. 3.

RAMETTID, G. et al. White matter microstructure in female to male transsexuals before cross-sex hormonal treatment. A diffusion tensor imaging study. Journal of Psychiatric Research, 2011. Disponível em:
<<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/20562024>>. Acesso em: abr. de 2015.

RODOTÀ, S. Nuovi diritti. L'età dei diritti, 2005. Disponível em:
<<http://www.cgil.it/org.diritti/bioetica/bobbio.htm>>. Acesso em: abr. de 2015.

SARLET, I. W. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCOTT, J. La Citoyenne Paradoxale: les féministes françaises et les droits de l'homme. Paris: Albin Michel, 1998.

SERANO, J. Whipping Girl FAQ on cissexual, cisgender, and cis privilege, Oakland, 2009. Disponível em: <<http://juliaserano.livejournal.com/14700.html>>. Acesso em: abr. de 2015.

SUTTER, M. J. Determinação e mudança de sexo: Aspectos médico-legais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

SZANIAWSKI, E. Limites e Possibilidades do Direito de Redesignação do Estado Sexual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

WILSON, G.; RAHMAN, Q. Born Gay: The Psychobiology of Sex Orientation. Londres: Peter Owen, 2005.

XII SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEMANDAS SOCIAIS E
POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

VIII MOSTRA DE TRABALHOS JURÍDICOS CIENTÍFICOS



2015