

**UMA ANÁLISE DO PROBLEMA ESTRUTURAL QUALIFICADO DA POPULAÇÃO
TRANSEXUAL NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO E DAS POSSÍVEIS
SOLUÇÕES PARA A SUPERAÇÃO DESSE ESTADO DE COISAS
INCONSTITUCIONAL**

*AN ANALYSIS OF THE QUALIFIED STRUCTURAL PROBLEM OF TRANSEXUAL
POPULATION IN THE BRAZILIAN PRISON SYSTEM AND OF POSSIBLE SOLUTIONS TO
OVERCOME THIS STATE OF THINGS UNCONSTITUTES*

*Carlos Eduardo Montes Netto*¹
Universidade de Ribeirão Preto

*Juvêncio Borges Silva*²
Universidade de Ribeirão Preto

*Talita Vanessa Penariol Natarelli*³
Tribunal de Justiça de São Paulo

Resumo:

O presente artigo busca analisar o “problema estrutural qualificado” do tratamento concedido à população transexual no sistema carcerário brasileiro, sob a ótica da teoria do estado de coisas inconstitucional, a partir de relatos de violações a direitos fundamentais sofridas por essas pessoas, como no caso envolvendo o Complexo Penitenciário de Curado, indicando possíveis soluções. Optou-se pela realização de uma pesquisa exploratória com a utilização de revisão bibliográfica e análise qualitativa dos dados, a fim de se cumprir esse objetivo, o que possibilitou inferir que o Judiciário deve exercer o controle judicial forte (ativismo), visando a concreção dos direitos desse grupo minoritário em situação vulnerabilizada, sendo recomendável, ainda, a aprovação de leis que fixem prazos e metas para a atuação do Executivo, do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, no exercício de suas competências, para que o encarceramento de transexuais respeite a sua identidade e/ou performance de gênero.

Palavras-chave:

Sistema penitenciário brasileiro. Transexual. Estado de coisas inconstitucional. Problema estrutural qualificado. Identidade de gênero.

¹ Doutorando e mestre em Direitos Coletivos e da Cidadania pela UNAERP, Ribeirão Preto-SP (Brasil). Professor de cursos de graduação e de pós-graduação. Coordenador e professor do Curso de Especialização em Direito Civil e Processo Civil da UNAERP. Juiz de Direito do Estado de São Paulo. Membro do grupo de pesquisa em Direito Constitucional e do Conselho Consultivo da Brazilian Research and Studies Journal, da University of Würzburg, Campus Hubland Nord, Würzburg, da Alemanha, vinculados ao Brazilian Research and Studies Center (BraS).

² Pós-doutorado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2010), Doutor em Sociologia pela Universidade Estadual Júlio de Mesquita Filho - UNESP (2005), Mestre em Sociologia pela Universidade de Campinas - UNICAMP (2000). Docente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto. É líder do Grupo de pesquisa Direitos Coletivos, Políticas Públicas e Cidadania, que se reúne regularmente na Universidade de Ribeirão Preto. Membro associado do CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito.

³ Mestre em Ciências Sociais pela Faculdade de Ciências e Letras (UNESP - Câmpus de Araraquara). Graduada em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais (UNESP - Câmpus de Franca). Servidora pública no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pós-graduanda em Direitos Humanos e graduanda em História pela Universidade Federal de Pelotas.

Abstract:

This article aims to analyze what has been called a "qualified structural problem" of the treatment granted to the transsexual population in the Brazilian prison system, from the perspective of the theory of the unconstitutional state of affairs, based on reports of violations of rights suffered by these people, as in the case involving the Penitentiary Complex of Curado, indicating possible solutions. We opted for an exploratory research with the use of literature review and qualitative data analysis, which made it possible to infer that the Judiciary must exercise strong judicial control (activism), aiming to achieve the rights of this minority group in a vulnerable situation, and it is also recommended to approve laws that set deadlines and targets for the actions of the Executive, the Supreme Court and the National Council of Justice, in the exercise of their powers, so that the incarceration of transsexuals respect their gender identity and/or performance.

Keywords:

Brazilian penitentiary system. Transsexual. Unconstitutional state of affairs. Qualified structural problem. Gender identity.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, resultado de intensa participação popular, atribuiu uma centralidade inovadora aos direitos fundamentais, introduzindo a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito.

Conforme observa Silva (2014, p. 107), a “dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”. Em reforço, Tavares (2019, p. 136) assenta que o Brasil conquistou em 1988 não apenas uma avançada Constituição democrática, “surgia ali também uma concepção socioeconômica adequada à realidade nacional e às pretensões de transformação estrutural de nossa sociedade”.

A transexualidade, que diz respeito aos indivíduos que são identificados sexualmente no momento do nascimento pelos seus caracteres anatômicos, mas que têm suas configurações sexuais biológicas incompatíveis com suas identidades de gênero (SILVA JÚNIOR; FERNANDES, 2014), representa hoje uma discussão essencial para a sociedade.

Diante de diversos relatos de violações sofridas por pessoas trans no sistema penitenciário nacional, expostas, inclusive, no diagnóstico divulgado pelo governo federal em 2020, contendo a avaliação sobre o atual cenário do tratamento penal à população LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transgêneros) nas prisões do Brasil (BRASIL, 2020d), em um dos documentos analisados no presente estudo, constata-se que a ordem jurídica deve prover mecanismos adequados de tutela para dar efetividade às normas constitucionais, visando superar o denominado estado de coisas inconstitucional⁴.

Nessa toada, após a Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos (IDH) de 28 de novembro de 2018 sobre o Complexo Penitenciário de Curado, na qual verificou-se a inobservância do Estado brasileiro no que se refere ao tratamento adequado e proteção durante

⁴ Tese reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 347 e cujo conceito será trabalhado ao longo do artigo.

a prisão ou a detenção das pessoas LGBTI, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução nº 348 (BRASIL, 2020a), alterada recentemente em 2021, estabelecendo diretrizes e procedimentos a serem observados pelo Poder Judiciário, no âmbito criminal, com relação ao tratamento da população lésbica, gay, bissexual, transexual, travesti ou intersexo que seja custodiada, acusada, ré, condenada, privada de liberdade, em cumprimento de alternativas penais ou monitorada eletronicamente.

Nessa perspectiva, a pesquisa se justifica diante da necessidade de análise do “problema estrutural qualificado” do tratamento concedido à população transexual no sistema carcerário brasileiro. Isso porque, conforme ensina Didier, Zaneti Júnior e Oliveira, o problema estrutural pode ser definido:

[...] pela existência de um estado de desconformidade estruturada – uma situação de ilicitude contínua e permanente ou uma situação de desconformidade, ainda que não propriamente ilícita, no sentido de ser uma situação que não corresponde ao estado de coisas considerado ideal. Como quer que seja, o problema estrutural se configura a partir de um estado de coisas que necessita de reorganização (ou de reestruturação). (DIDIER et. al., 2020, p. 104)

Dessa forma, o objetivo central da pesquisa consiste em indicar possíveis soluções para que o encarceramento de transexuais respeite a sua identidade e/ou performance de gênero. Para tanto, optou-se pela realização de uma pesquisa com objetivo exploratório, pautada pela análise bibliográfica sobre os direitos fundamentais, especialmente da população carcerária, a dignidade da pessoa humana, o processo constitucional, o controle de constitucionalidade e o processo estrutural, sem a realização de uma busca sistemática, com a utilização do método predominantemente dedutivo, a fim de se analisar o objeto para tirar conclusões gerais ou universais.

O estudo ainda se valeu, também mediante a utilização do método predominantemente dedutivo, da análise de julgados do Supremo Tribunal Federal (STF), do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e de outros Tribunais do país, por meio de buscas nos sites dos tribunais com a procura de palavras-chave envolvendo a abordagem do problema estrutural qualificado da população carcerária no Brasil, direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana, o processo constitucional e o controle de constitucionalidade, sem a pretensão de realizar uma busca sistemática, tratando-se apenas de exemplos com a finalidade de trazer argumentos jurídicos sobre o tema, considerando a relevância dos pontos discutidos.

Assim, o presente trabalho abordará: i) a fundamentação teórica do processo estrutural; ii) o problema estrutural do sistema prisional brasileiro; iii) a situação da população transexual nos presídios brasileiros; iv) a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o caso do Complexo Penitenciário de Curado; e v) o problema estrutural qualificado da população transexual no sistema carcerário brasileiro, incluindo possíveis soluções. A abordagem divide-se em três seções.

A Seção 2 parte da concepção de processo estrutural, através da leitura das obras de autores como Fredie Didier e Hermes Zaneti Júnior, para chegar ao problema estrutural do sistema prisional brasileiro, mediante a análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, da Resolução nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), do RE nº 580.252, entre outros dispositivos.

A Seção 3 trata da situação da população transexual nos presídios brasileiros, analisando, sobretudo, a importante Resolução nº 348/2020 do CNJ, culminando com a investigação da ADPF nº 527, que outorga tanto às transexuais quanto às travestis com identidade de gênero feminina o direito de opção pelo estabelecimento para cumprimento de pena.

A Seção 4 descreve as graves violações sofridas no Complexo Penitenciário de Curado, caracterizando o “problema estrutural qualificado”, definido neste estudo como aquele problema estrutural que decorre de um problema estrutural mais amplo, ou seja, dentro do problema estrutural do sistema prisional brasileiro existe um outro problema estrutural ainda mais complexo: a violação dos direitos da população carcerária transexual. Ao final, relata possíveis soluções para a resolução ou mitigação ao desrespeito da autonomia individual e da identidade de gênero, salientando a importância de que as decisões proferidas pelo Poder Judiciário com relação à temática da transexualidade sejam norteadas por um controle judicial forte (ativismo).

2 PROCESSO ESTRUTURAL

O modelo clássico de processo, idealizado para a solução de disputas individuais, não tem se revelado adequado para tratar de relações jurídicas mais complexas, a exemplo das que envolvem a reestruturação do sistema carcerário visando a efetivação dos direitos da população transexual.

Em razão disso, tem-se sustentado a existência dos denominados processos estruturais, compreendidos como processos coletivos nos quais se busca “pela atuação jurisdicional, a reorganização de uma estrutura, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação de direitos, pelo modo como funciona, originando um litígio estrutural” (VITORELLI, 2021, p. 64), devendo essa reestruturação ocorrer por meio:

[...] da elaboração de um plano implementado ao longo de um considerável período de tempo, com o objetivo de transformar o comportamento da estrutura para o futuro. A reestruturação implicará a avaliação e reavaliação dos impactos diretos e indiretos da operação institucional, os recursos necessários e suas fontes, os efeitos colaterais da mudança promovida pelo processo sobre os demais atores sociais que interagem com a instituição” (VITORELLI, 2021, p. 70).

Segundo Didier Júnior e Zaneti Júnior, a compreensão do processo estrutural depende do entendimento do que se denomina “problema estrutural”, que pode ser definido “pela existência de um estado de desconformidade estruturada – uma situação de ilicitude contínua e permanente ou uma situação de desconformidade, ainda que não propriamente ilícita, no sentido de ser uma situação que não corresponde ao estado de coisas considerado ideal” (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2021, p. 586).

Os autores destacam que a pandemia provocada pela COVID-19 representa um exemplo de processo estrutural, ao impor, de maneira “abrupta e específica” a reorganização de todo o sistema de saúde, com a mobilização e desmobilização de estruturas provisórias, denominados hospitais de campanha (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2021, p. 587).

Nessa perspectiva, o processo estrutural pode ser caracterizado por: i) um estado de coisas ilícito (estado de desconformidade estruturada); ii) buscar a transição desse estado de desconformidade para uma situação ideal; iii) envolver um procedimento bifásico, com o reconhecimento e a definição do problema, além do estabelecimento de um projeto de reestruturação; iv) desenvolver-se num procedimento flexível, que inclui a adoção de formas atípicas de intervenção; v) uma consensualidade visando a adaptação do processo (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2021, p. 590).

Outro exemplo bastante comum de processos estruturais⁵ são as demandas visando o acesso aos serviços de saúde e tratamento médicos, diante das falhas estatais na implementação

⁵ Didier Júnior; Zaneti Júnior e Oliveira (2020) sustentam que o processo falimentar é um processo estrutural, considerando o conteúdo da decisão de decretação da falência. Já Vitorelli (2021), consigna que o processo de recuperação judicial é um processo estrutural, por envolver a elaboração de um plano de recuperação que conta com a participação dos credores, do administrador judicial e a fiscalização judicial. Podem ser apontados ainda como exemplos de processos estruturais a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), na reestruturação de empresas e a operação Lava-Jato, que abrangeu acordos de leniência, com a reestruturação de processos internos das empresas visando evitar a reiteração de comportamentos ilícitos.

de políticas públicas efetivas, demandando a intervenção do Judiciário para a concreção desse direito fundamental.

Assim, conforme explica Didier⁶, o processo estrutural é aquele que tem por objeto um problema estrutural, e o que o define é seu objeto, ou seja, um problema enraizado, uma situação de desconformidade permanente para cuja solução há necessidade da tomada de uma série de atos de reestruturação, o que se coaduna com a situação vivenciada pelo sistema prisional brasileiro.

2.1 O problema estrutural do sistema prisional brasileiro

Os graves problemas envolvendo o sistema prisional brasileiro já foram objeto de julgamentos importantes, inclusive no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), que reconheceu que a questão demanda uma solução estrutural.

Na arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) nº 347 MC/DF (BRASIL, 2015c), ajuizada pelo Partido Socialismo Liberdade (PSOL), buscando o reconhecimento da figura do “estado de coisas inconstitucional” com relação ao sistema penitenciário brasileiro e a adoção de medidas estruturais diante das lesões aos direitos fundamentais dos presos, o STF: i) reconheceu a situação degradante das penitenciárias brasileiras; ii) a existência da superlotação carcerária⁷, de condições desumanas de custódia, a violação massiva de direitos fundamentais, de falhas estruturais e a configuração do denominado “estado de coisas inconstitucional”⁸; iii) fixou a obrigação dos juízes e tribunais de observarem os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, implementando em até 90 dias a realização das audiências de custódia, com o comparecimento dos presos perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, a contar do momento da prisão.

⁶ Disponível em: <[⁷ Dados do Departamento Penitenciário Nacional \(Depen\) apontam que no primeiro semestre de 2020 a população carcerária no Brasil era de 759 mil presos. Em 2019, o déficit de vagas no sistema carcerário era de 312 mil, reduzindo-se para 231 mil em 2020 \(BRASIL, 2020c\).](https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/18072022-Entender-Direito-especialistas-debatem-sobre-processos-estruturais.aspx#:~:text=Didier%20afirma%20no%20epis%C3%B3dio%20que,de%20uma%20s%C3%A9rie%20de%20atos.>”. Acesso em: 07.11.2023.</p></div><div data-bbox=)

⁸ Segundo Campos (2015), constituem pressupostos centrais para a configuração do “Estado de Coisas Inconstitucional”: a) a verificação de violação sistemática, grave e contínua de direitos fundamentais de um elevado e indeterminado número de pessoas; b) a omissão reiterada e persistente das autoridades públicas na concreção desses direitos; c) a necessidade da atuação de uma pluralidade de órgãos visando solucionar o problema; e d) a possibilidade de um grande número de lesados transformarem a violação aos seus direitos em demandas judiciais, prejudicando o funcionamento do Judiciário.

No que concerne à teoria do “estado de coisas inconstitucional”, importante frisar que foi desenvolvida pela Corte Constitucional da Colômbia em 1997, no caso SU-559, no qual alguns professores municipais sustentaram que não estavam vinculados a nenhum fundo de serviço social ou a sistema de saúde, tendo o tribunal assentado que essa situação era inconstitucional (MONTENEGRO, 2015).

Por sua vez, ensinam João Rezende de Almeida Oliveira, Júlio Edtsron Santos e Vinícius de Araújo Gonçalves, que a Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional tem como objetivo “efetivar direitos fundamentais que se encontram em situação de extrema violação, geralmente devido à inércia estatal” (OLIVEIRA et. al, 2019, p.266).

Diante da decisão do STF na ADPF nº 347, o CNJ aprovou a Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015 (BRASIL, 2015a), dispondo sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas, considerando que:

[...] a condução imediata da pessoa presa à autoridade judicial é o meio mais eficaz para prevenir e reprimir a prática de tortura no momento da prisão, assegurando, portanto, o direito à integridade física e psicológica das pessoas submetidas à custódia estatal, previsto no art. 5.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos e no art. 2.1 da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (BRASIL, 2015a).

De acordo com o protocolo I, da mencionada Resolução, que estabelece os procedimentos para a aplicação e o acompanhamento de medidas cautelares diversas da prisão para custodiados apresentados nas audiências de custódia, nesses casos, o Judiciário deverá primar pelo respeito e promoção das diversidades, incluindo as de gênero/sexualidade (item 2, VI).

Já o protocolo II, da mesma norma, que trata dos procedimentos para oitiva, registro e encaminhamento de denúncias de tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, determina a adoção de uma postura respeitosa ao gênero da pessoa custodiada, considerando que mulheres e pessoas LGBT podem se sentir desencorajadas a prestar informações sobre violências sofridas, especialmente sobre assédios e violência sexual, na presença de homens (item 4, V).

Segundo dados estatísticos do CNJ (BRASIL, 2021a), desde a sua implantação até 11 de outubro de 2021 foram realizadas 805.943 audiências de custódia, com a concessão de 1.219 prisões domiciliares, 322.003 liberdades provisórias e 50.825 relatos de torturas, demonstrando a efetividade da medida estrutural que resultou na fixação da obrigação da realização das audiências de custódia no país.

No Recurso Extraordinário (RE) nº 580.252/MS (BRASIL, 2017), com repercussão geral, versando sobre a responsabilidade civil do Estado por violações a direitos fundamentais da população carcerária, o STF reconheceu que constitui:

[...] dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento (BRASIL, 2017).

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio destacou a insuficiência do reconhecimento do direito à indenização para a resolução do problema, considerando “a natureza estrutural e sistêmica das graves disfunções verificadas no sistema prisional brasileiro” (BRASIL, 2017). Ainda segundo o Ministro, além da superlotação, observa-se a “precariedade das estruturas e instalações prisionais, que contam frequentemente com celas em péssimo estado de conservação, insalubres, fétidas, sem ventilação e iluminação adequadas e sem sistema de esgoto”, com não raros registros de “casos de violência física e sexual, homicídios, maus tratos, tortura e corrupção, praticados tanto pelos detentos, quanto pelos próprios agentes estatais” (BRASIL, 2017). O Ministro Luís Barroso assentou em seu voto que:

Esse quadro constitui grave afronta à Constituição Federal, envolvendo a violação a diversos direitos fundamentais dos presos, como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a integridade física e moral (art. 5º, XLIX), a vedação à tortura e ao tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), a proibição de sanções cruéis (art. 5º, XLVII, “e”), a intimidade e a honra (art. 5º, X) e os direitos sociais à educação, saúde, alimentação, trabalho e moradia (art. 6º). Tal estado de coisas vulnera, ainda, a Lei de Execução Penal e diversos tratados internacionais sobre direitos humanos adotados pelo país, tais como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, o Pacto de São José da Costa Rica e a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (BRASIL, 2017).

Ressalta-se, ainda, que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), com pedido cautelar, que recebeu o nº 5.170/DF (BRASIL, 2014b), pendente de julgamento, objetivando que a Corte Máxima:

[...] confira interpretação conforme a Constituição aos artigos 43, 186 e 927, caput e parágrafo único, do Código Civil (Lei nº 10.406/2002), de modo a declarar que o Estado é civilmente responsável pelos danos morais causados aos detentos quando os submete à prisão em condições sub-humanas, insalubres, degradantes ou de superlotação (BRASIL, 2014b).

Já no RE nº 641.320/RS (BRASIL, 2016a), o STF reconheceu, em sede de repercussão geral, o direito de o condenado em regime semiaberto cumprir a pena em regime aberto ou em prisão domiciliar, caso não exista acomodação adequada no sistema prisional. No RE nº

592.581/RS (BRASIL, 2015d), também analisado com repercussão geral, o mesmo tribunal assentou a possibilidade de o Judiciário obrigar a União e os estados a realizarem obras em presídios visando assegurar a integridade física dos detentos, independentemente de dotação orçamentária.

Em 13 de abril de 2021, no julgamento da extensão no Habeas Corpus coletivo nº 165.704 (BRASIL, 2021e), impetrado em favor de todos os presos que têm sob a sua única responsabilidade pessoas com deficiência e crianças, com o pleito da substituição da prisão preventiva pela domiciliar, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal determinou a realização de audiência pública para discutir a situação de superlotação carcerária e a existência de um estado de coisas inconstitucional.

Conforme se observa, todos esses apontamentos envolvendo o problema estrutural do sistema prisional brasileiro e a incidência da teoria do estado de coisas inconstitucional interessam diretamente ao estudo da problemática dos direitos da população transexual no sistema carcerário, considerando que esse grupo minoritário se encontra em situação ainda mais vulnerabilizada.

Nesse sentido, Natália Macedo Sanzovo ensina que:

[...] a aglomeração de pessoas submetidas a uma mesma autoridade e ao cumprimento de regras impostas pela instituição, não retiram do cárcere a condição de instituição social, de modo que reproduz os discursos, valores, ações e vivências emanados da sociedade. Desta forma, estabelecido o cárcere como um reflexo (produto) da sociedade, práticas preconceituosas, discriminatórias e transfóbicas repercutirão também neste ambiente de reclusão. (SANZOVO, 2020, p.26)

Portanto, considerando a identidade e/ou performance de gênero dessa população, é importante se atentar para possíveis práticas violentas, discriminatórias e transfóbicas dentro dos estabelecimentos prisionais (SANZOVO, 2020).

3 A SITUAÇÃO DA POPULAÇÃO TRANSEXUAL NOS PRESÍDIOS BRASILEIROS

No ano de 2014, foi editada a Resolução Conjunta nº 1, pelo Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e pelo Presidente do Conselho Nacional de Combate à Discriminação – CNCD/LGBT (BRASIL, 2014a). Essa Resolução prevê, entre outras garantias, que a pessoa travesti ou transexual em privação de liberdade tem o direito de ser chamada pelo seu nome social, de acordo com o seu gênero (art. 2º), bem como que as

peessoas transexuais masculinas e femininas devem ser encaminhadas para as unidades prisionais femininas (art. 4º).

Em 2018, ao julgar o Habeas Corpus nº 152.491 (BRASIL, 2018a), o STF determinou que duas travestis colocadas em celas masculinas fossem transferidas para estabelecimento prisional compatível com a sua identidade de gênero. Ambas estavam presas desde dezembro de 2016 na Penitenciária de Presidente Prudente (SP). Em sua decisão, o Ministro Luís Roberto Barroso citou, inclusive, a supramencionada Resolução Conjunta nº 1.

De acordo com o Depen, em levantamento realizado no ano de 2020 abrangendo 23 estados e o Distrito Federal, 10.457 presos se autodeclararam LGBTI, sendo essa população presa constituída por 3165 lésbicas, 2821 gays, 3487 bissexuais, 181 homens trans, 248 mulheres trans, 561 travestis e 14 intersexuais. O estado com maior população LGBTI é São Paulo com 5.027, seguido por Minas Gerais, 1.148 e Espírito Santo, com 825. O Amapá declarou não ter nenhum preso LGBTI (BRASIL, 2020b).

Ainda no ano de 2020, o Governo federal lançou um diagnóstico dos procedimentos institucionais que mapeou a situação **carcerária** da população **LGBTI** no Brasil. O texto identificou, entre outros fatos, que das 1.499 unidades prisionais do país, apenas 106 (7%) têm ao menos uma **cela** específica para **transexuais** e **travestis** (BRASIL, 2020d).

Na Unidade Prisional de Ressocialização de São Luís, por exemplo, constatou-se a existência de local próprio, sendo que a triagem estabelecida para as mulheres travestis e transexuais ocorre em uma unidade específica no complexo, o Centro de Triagem, e a custodiada é encaminhada para a unidade II do Presídio de São Luís, onde será encaminhada diretamente para a cela LGBT. Contudo, ao mesmo tempo em que a suspensão do corte de cabelo das travestis e transexuais, por exemplo, estaria assegurada, o chamamento nominal pelo nome social não é realizado (BRASIL, 2020d).

Em outro trecho do diagnóstico, uma mulher transexual, no Presídio de Igarçu, relatou ser alocada em uma prisão feminina logo após a audiência de custódia, na qual o juiz que a ouviu ofereceu a possibilidade de ser encaminhada para uma prisão feminina (BRASIL, 2020d). No que concerne a temática das revistas feitas em travestis e mulheres transexuais nas prisões femininas:

Em geral o que ocorre é que as agentes mulheres se recusam a realizar revista em mulheres trans e travestis que não se submeteram à cirurgia do processo transexualizador, enquanto as travestis e transexuais se recusam a serem revistas por agentes homens. Uma alternativa que tem aparecido como uma estratégia válida, que já está sendo executada no âmbito das unidades femininas que realizam a custódia

de mulheres trans e travestis, é a presença tanto de agente homem quanto de uma agente mulher no momento da revista. (BRASIL, 2020d, p. 64-65)

Conforme constatado no diagnóstico, “no contexto do encarceramento em unidades masculinas, ser gay, travesti ou transexual, via de regra, oferece riscos à sobrevivência” (BRASIL, 2020d). Em que pesem os esforços empreendidos nos últimos anos para a concreção dos direitos da população LGBTI+ no Brasil em cumprimento de pena privativa de liberdade, a situação ainda está longe de ser a ideal, configurando um estado de coisas inconstitucional que demanda a adoção de uma solução estrutural, com a participação de órgãos, instituições e da sociedade civil em busca de uma solução efetiva para o problema.

3.1 Da dignidade da pessoa transexual em cumprimento de pena privativa de liberdade

O art. 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem (ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948), elaborada após os acontecimentos da 2ª Guerra Mundial, dispõe que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 posicionou a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito também em seu art.1º, inciso III.

Conforme ressalta Barroso (2012a), embora a dignidade da pessoa humana tenha se tornado um “consenso ético essencial” no “mundo ocidental”, nenhum documento jurídico nacional ou internacional buscou definir o termo.

Entretanto, o autor afirma que uma noção mínima de dignidade humana deve ser “aberta”, “plástica” e “plural”, abrangendo: i) o “valor intrínseco de todos os seres humanos”; ii) a autonomia individual; e iii) a existência de limitações à essa autonomia impostas em atendimento a “valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário)”⁹ (BARROSO, 2012a, p. 72). Nesse contexto, a autonomia individual constitui:

[...] o elemento ético da dignidade humana. É o fundamento do livre arbítrio dos indivíduos, que lhes permite buscar, da sua própria maneira, o ideal de viver bem e de ter uma vida boa. A noção central aqui é a de autodeterminação: uma pessoa autônoma define as regras que vão reger a sua vida (BARROSO, 2012a, p. 81).

De acordo com Sarlet, “a dignidade representa um valor especial e distintivo reconhecido em cada ser humano como sendo merecedor de igual respeito, proteção e

⁹ Conforme observa Sarmento (2019), nem todas as metas e objetivos sociais justificam essas limitações, devendo o conflito entre liberdades individuais e interesses sociais ser objeto de uma ponderação sob a ótica da proporcionalidade.

promoção” (2020, p. 56). Assim, “sempre que a violação de um direito (seja ele expressa, seja ele implicitamente positivado) resultar em violação da dignidade da pessoa humana e de suas dimensões essenciais [...], se estará em face de um direito fundamental” (SARLET, 2020, p. 68).

Branco (2008) observa que os direitos fundamentais representam prerrogativas atribuídas aos seres humanos que devem ser analisadas sempre em consonância com a dignidade da pessoa humana, configurando uma limitação ao Estado que possui o dever de reprimir abusos e impor o uso da moderação.

Em reforço, Miranda (2018, p. 213) assevera que “A Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado”.

No que interessa ao presente estudo, Canotilho ainda pontua que em matéria de direitos fundamentais existem dois grupos diferenciados, quais sejam: i) os indivíduos pertencentes às minorias; e ii) os “direitos das minorias propriamente ditas”, observando o autor que nesses casos é exigida a “protecção e garantia efectiva desta diferença e especificidade” (CANOTILHO, 2003, p. 387).

Diante de todo o exposto nesta subseção, observa-se que constitui direito básico da população transexual em cumprimento de pena privativa de liberdade o respeito à sua autonomia individual quanto à identidade de gênero, permitindo-se que esse grupo minoritário possa “viver bem”, com dignidade, garantindo-se condições mínimas para que exerçam sua autodeterminação.

3.2 Diretrizes e procedimentos a serem observados pelo Poder Judiciário

O Conselho Nacional de Justiça, considerando a Resolução da Corte IDH, de 28 de novembro de 2018, em suas medidas provisórias decretadas no caso do Complexo Penitenciário de Curado, bem como inúmeros dispositivos constitucionais, princípios de direitos humanos consagrados em documentos e tratados internacionais, os Princípios de Yogyakarta sobre a Aplicação da Legislação Internacional de Direitos Humanos em relação à Orientação Sexual e Identidade de Gênero, dentre outros, editou a Resolução nº 348, de 13 de outubro de 2020, posteriormente alterada pela Resolução nº 366/2021, de 20 de janeiro de 2021 (BRASIL, 2021b), para estabelecer procedimentos e diretrizes relacionados ao tratamento da população lésbica, gay, bissexual, transexual, travesti e intersexo (LGBTI) que esteja custodiada, acusada,

ré, condenada, privada de liberdade, em cumprimento de alternativas penais ou monitorada eletronicamente.

No art. 7º consta que, em caso de prisão de pessoa autodeclarada parte da população LGBTI, o local da privação de liberdade será definido pelo magistrado em decisão fundamentada, sendo assegurada a possibilidade de alteração de local. Nos termos do art.8º, II, ao magistrado caberá ainda indagar à pessoa autodeclarada parte da população transexual acerca da preferência pela custódia em unidade feminina, masculina ou específica, se houver, e, na unidade escolhida, preferência pela detenção no convívio geral ou em alas ou celas específicas.

Dessa forma, observa-se que o direito à autodeterminação não permite aos agentes públicos condicionarem a identificação da pessoa à realização de intervenções corporais. O art. 10 dispõe que os direitos assegurados às mulheres deverão ser estendidos às mulheres lésbicas, travestis e transexuais e aos homens transexuais.

O art. 11, I, “b”, prevê a garantia do direito ao tratamento hormonal e à sua manutenção, ou às demandas decorrentes das necessidades do processo transexualizador. Na alínea “d” do mencionado artigo inclui-se, ainda, a garantia de atendimento psicológico e psiquiátrico, considerando o agravamento da saúde mental dessa população, especialmente voltado à prevenção do suicídio, bem como tratamento ginecológico, urológico e endocrinológico especializado para pessoas transexuais, travestis e intersexo durante todo o período de privação de liberdade.

Quanto à autodeterminação e à dignidade, elencam-se os seguintes direitos: i) “a garantia aos homens transexuais do direito de utilizar vestimentas socialmente lidas como masculinas e acessórios para a compressão de mamas como instrumento de manutenção da sua identidade de gênero” (art. 11, IV, “a”); ii) “a garantia às mulheres transexuais e travestis do direito de usar vestimentas femininas, manter os cabelos compridos, inclusive extensão capilar fixa e o acesso controlado a pinças para extração de pelos e a produtos de maquiagem, garantindo-se seus caracteres secundários de acordo com sua identidade de gênero” (art. 11, IV, “b”).

Considerando que a implantação dessas medidas pode enfrentar dificuldades na prática, é de fundamental importância o Manual para a Qualificação do Atendimento LGBTI+ na Justiça Criminal (SOMOS, 2020), publicado e editado pela ONG SOMOS, que pretende oferecer subsídios para o trabalho de agentes públicos da justiça e da segurança pública junto à população LGBTI+ no Brasil, auxiliando no cumprimento da Resolução do Conselho Nacional de Justiça.

3.3 ADPF 527

Na ADPF nº 527, distribuída em 25 de junho de 2018 (BRASIL, 2019), ajuizada pela Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (“Arguente”), visando assegurar às custodiadas transexuais e travestis o direito de cumprir pena em estabelecimento prisional compatível com o gênero feminino, foi proferida decisão de deferimento parcial da cautelar requerida no ano de 2019, determinando que as transexuais femininas fossem transferidas para presídios femininos.

No dia 18 de março de 2021 (BRASIL, 2021c), o Ministro Relator Luís Roberto Barroso deferiu a cautelar com base em diálogo institucional estabelecido com o Poder Executivo, para ajustar os termos da cautelar anteriormente deferida e outorgar tanto às transexuais quanto às travestis com identidade de gênero feminina o direito de opção por cumprir pena: (i) em estabelecimento prisional feminino; ou (ii) em estabelecimento prisional masculino, porém em área reservada, que garanta a sua segurança.

Contudo, após o voto do Ministro Roberto Barroso, que convertia o referendo da medida cautelar em julgamento de mérito e julgava procedente o pedido, o julgamento foi suspenso em setembro de 2021 (BRASIL, 2021d).

Conforme se observa, trata-se de um julgamento relevante para o reconhecimento dos direitos fundamentais das custodiadas transexuais e travestis no sistema prisional brasileiro.

4 DO PROBLEMA ESTRUTURAL QUALIFICADO DA POPULAÇÃO TRANSEXUAL NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Em 28 de novembro de 2018, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) editou uma Resolução solicitando à República Federativa do Brasil (denominada no documento como “Estado” ou “Brasil”), a adoção de medidas para a proteção eficaz da vida e da integridade de pessoas privadas de liberdade no Complexo Penitenciário de Curado (CORTE IDH, 2018).

O Estado brasileiro alegou à Corte IDH que planejava reformar os espaços de reclusão dos internos LGBTI. Contudo, em monitoramento da situação de vulnerabilidade das celas LGBTI nas unidades do Complexo de Curado, constatou-se a mesma estrutura anteriormente objeto de solicitação de medidas, sendo confirmada a inobservância do Estado no que se refere ao tratamento adequado a ser concedido. Ademais, verificou-se que não havia informação sobre a quantidade efetiva de pessoas que compõem a população LGBTI. Assim, conforme item 152 da Resolução:

As presas e presos LGBTI do Complexo de Curado continuam em celas dentro dos pavilhões masculinos, os quais são vigiados por “chaveiros”, deixando, principalmente, as presas transexuais e travestis vulneráveis à violência, especialmente de natureza sexual (CORTE IDH, 2018, p. 32).

Já no item 153 foi registrado que não há acesso por parte da população transexual a nenhuma das especificidades que seu encarceramento exige, como por exemplo, o tratamento com hormônios.

A Corte fez referência, ainda, ao Manual sobre Reclusos com Necessidades Especiais, do Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crime, segundo o qual, as pessoas LGBTI não devem dividir celas com outros presos que possam ocasionar algum perigo, bem como prevê que a equipe carcerária deve ser submetida a um treinamento específico. (CORTE IDH, 2018)

As violações aos direitos básicos da população transexual devem ser consideradas tratamento desumano e degradante, haja vista que, no ano de 2016, o STF aprovou a Súmula Vinculante nº 56 (BRASIL, 2016b) que enuncia que a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, o que significa que se o estabelecimento não oferecer condições para que a pessoa cumpra sua pena com dignidade, não deverá ser submetida à um regime prisional que atente contra os seus direitos fundamentais.

A Corte IDH determinou que o Brasil adotasse, em caráter de urgência, as medidas necessárias para garantir a efetiva proteção do grupo LGBTI, dispondo que nos próximos relatórios o país precisará oferecer contestação aos seguintes pontos:

i) Que atos violentos ou ameaçadores são dirigidos às populações com deficiência e à população LGBTI?; ii) Caso haja mecanismos de denúncia para a população LGBTI, que procedimento se segue?; iii) Caso tenha sido realizado algum tipo de modificação ou reconstrução dos pavilhões, a que tipo de população se destinou e qual seu benefício?; iv) Que tipo de atenção se dispensa à população citada e que benefícios lhe são oferecidos?; v) Qual o número de pessoas que compõem essa população?; vi) Informar sobre o avanço na construção do espaço de alojamento para a população LGBTI em cada um dos centros carcerários que compõem o Complexo de Curado. (Corte IDH, 2018, p. 36)

Conforme se observa, a omissão do Estado brasileiro na adoção de medidas concretas visando proteger a população LGBTI no Complexo Penitenciário de Curado é um exemplo claro de um “problema estrutural qualificado”, definido neste estudo como aquele problema estrutural que decorre de um problema estrutural mais amplo, ou seja, dentro do problema estrutural do sistema prisional brasileiro existe um outro problema estrutural ainda mais complexo, no caso,

a violação notória, massiva e reiterada dos direitos fundamentais básicos da população LGBTI em cumprimento de pena privativa de liberdade.

4.1 Possíveis soluções para a resolução ou mitigação do problema estrutural qualificado da população transexual no sistema carcerário brasileiro

Há tempos encontra-se superada a concepção de que texto e norma coincidem, representando a norma o resultado da interpretação, com atenção às peculiaridades que envolvem o caso concreto.

Nessa perspectiva, evidencia-se a necessidade da adoção de parâmetros objetivos na interpretação das normas, como forma de evitar soluções arbitrárias, que possam colocar em risco a racionalidade do suporte hermenêutico (TEPEDINO, 2019).

No escólio de Müller (2009, p. 247), “‘normas’ não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado”.

Abboud (2019) observa que o direito, tal como uma biblioteca, apresenta potencialidade infinita, não se encerrando “nas letras que o compõem”, devendo ser analisado de acordo com a realidade que o normatizou.

Segundo Rocha, a nova hermenêutica baseada na normatividade dos princípios constitucionais tem provocado a “crescente influência normativa protagonizada pelo Poder Judiciário”, no exercício do controle de constitucionalidade das normas que restringem direitos fundamentais, provocando a “desconstrução” do ordenamento jurídico originariamente estabelecido e “reordenação dos valores socioculturais” que deixam de ser regulados pelo Legislativo e passam a ser determinados pela Justiça estatal (ROCHA, 2016)¹⁰.

O ativismo judicial, por sua vez, é representado pela forma proativa de interpretação da Constituição, promovendo a expansão do seu sentido e alcance, tratando-se de uma consequência direta da retração do Legislativo e do distanciamento entre a política e a sociedade (ZANFERDINI; MONTES NETTO, 2020).

Barroso (2012b, p. 25) assevera que a judicialização e o ativismo são primos que pertencem à “mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens”,

¹⁰ De acordo com Barroso (2012), a transferência ao Judiciário de questões que antes eram objeto de deliberação pelo Legislativo e Executivo configuram o fenômeno da judicialização.

sendo a primeira decorrência do modelo adotado pela CRFB/88, enquanto o segundo constitui uma forma proativa de se interpretar a Constituição.

Como contraponto ao ativismo, surgiu a teoria da autocontenção judicial, que defende a diminuição da interferência do Judiciário em matérias que são da competência dos outros Poderes, justificando-se o controle judicial na implementação de políticas públicas apenas para resguardar o mínimo existencial.

Na Petição nº 3.388/RR (BRASIL, 2009), que versou sobre a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, a Corte Suprema prestou deferência ao Executivo, reconhecendo a sua competência para instaurar, sequenciar e concluir o processo demarcatório. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) também já aplicou a teoria em processo que tratou de regras de resgate de previdência privada (BRASIL, 2015b).

Com relação à aplicação do ativismo judicial, Clève e Lorenzetto (2015) distinguem os limites do seu exercício pelo STF em comparação com os demais órgãos que compõem o Judiciário, assentando que cabe à Corte Máxima adotar uma postura menos deferente aos demais Poderes, especialmente na defesa dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, na ADPF nº 132 (BRASIL, 2011), o STF assumiu uma postura ativista, valendo-se de uma técnica de interpretação conforme a constituição para reconhecer o **direito ao estabelecimento de união estável por casais homoafetivos**. Na ADI nº 5.543-DF (BRASIL, 2020e), a Corte Máxima autorizou a doação e transfusão de sangue por homens que possuem relação homoafetiva, assentando que os homens homossexuais ou bissexuais e/ou suas parceiras possuem o direito de doar sangue e eventuais restrições somente se justificam se também forem impostas a todas as pessoas, independentemente da opção sexual.

No RE nº 670.422 (BRASIL, 2018b), com repercussão geral (Tema 761), o STF assentou o entendimento de que a pessoa transgênero tem o direito de mudar o seu prenome e a sua classificação de gênero no registro civil. Para exercer esta faculdade, tanto na seara administrativa como na judicial, basta a simples manifestação da vontade, não sendo mais necessária a cirurgia de transgenitalização.

Em que pese a desnecessidade de cirurgia para a alteração do prenome, destaca-se que a jurisprudência reconhece o dever de o plano de saúde custear a cirurgia de transgenitalização, que deve ser indicada pelo médico após a realização do tratamento hormonal e acompanhamento psicológico do paciente (SÃO PAULO, 2021; RIO DE JANEIRO, 2021).

Em decisão inédita no Estado do Rio de Janeiro no ano de 2019, a 24ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça deu provimento, por unanimidade, a um recurso que pedia ao plano de

saúde o reembolso das despesas de uma cirurgia de transgenitalização. A decisão condenou, ainda, o plano de saúde a pagar danos morais à segurada que, ao realizar o pedido de cobertura para sua cirurgia, foi humilhada por um funcionário (OABRJ, 2019).

Apesar dos avanços que foram registrados nos últimos anos com relação ao diagnóstico da situação e do reconhecimento de direitos da população LGBTI+ no Brasil em cumprimento de pena privativa de liberdade, a situação ainda configura o estado de coisas inconstitucional, com a violação massiva e reiterada dos direitos fundamentais básicos dessa minoria vulnerabilizada, demandando uma atuação ainda mais incisiva por parte do Poder Público, a exemplo do êxito obtido com a decisão proferida na ADPF nº 347 MC/DF e a edição da Resolução nº 213/2015 do CNJ, que culminaram com a implementação das audiências de custódia em todo o país.

Nesse ponto, impende destacar que ainda existem desafios a serem enfrentados no que concerne à implementação das audiências de custódia no país. Isso porque, em pesquisa realizada por Fabio Lopes Toledo, foram identificadas dificuldades a serem superadas, tais como: proporcionar melhores condições para a entrevista entre defensor público e custodiado, reduzir a utilização de linguagem técnica e uso de algemas, além de confrontar uma cultura predominantemente vinculada ao exame do papel (TOLEDO, 2019). Confira-se:

Em comparação com o procedimento anteriormente adotado a apresentação do custodiado em audiência de custódia oferece um número maior de subsídios para a tomada de decisão do juiz, porém, essa presença também pode revelar preconceitos e julgamentos morais. A noção de que o contato entre custodiado e juiz permitiria aperfeiçoar a decisão sobre a necessidade de manutenção da prisão em flagrante parece não ter levado em consideração como a apreciação de aspectos revelados pela própria presença da pessoa poderiam influenciar os magistrados. As perguntas elaboradas em audiência, as quais podem envolver o local de residência, vínculo empregatício, uso de drogas, ocorrência de tortura ou maus tratos, passagem pelo sistema de justiça, dentre outros fatores, permitem a construção de um “retrato moral do preso”. (TOLEDO, 2019, p. 109)

Outrossim, é de extrema relevância salientar que, confirme elucidada Ana Flauzina e Thula Pires, “a afirmação da existência do estado de coisas inconstitucional não retira do STF a responsabilidade com a sua permanência. Ao contrário, esse reconhecimento implica formalmente o STF na sua (re)produção” (FLAUZINA; PIRES, 2020, p.1225).

Contudo, a audiência de custódia foi capaz de viabilizar o acesso a dados antes inacessíveis aos atores do sistema de justiça criminal (TOLEDO, 2019), o que demonstra que, a partir da fixação de prazos e metas pelo STF e CNJ, é possível a tentativa de reparar o quadro de discriminação vivenciado pela população trans, fora, mas, sobretudo, dentro das grades.

Em geral, o Judiciário deve pautar as suas decisões a partir de bases racionais com sustentação na CRFB/88, exercendo às vezes um controle mais forte (ativismo judicial) e, em outras situações, mais débil (autocontenção judicial). Entretanto, quando estiver diante de situações que envolvam a defesa de minorias contra a discriminação e a proteção do mínimo existencial, demanda-se o exercício do controle judicial forte, especialmente pelo STF (CLÈVE; LORENZETTO, 2015).

Assim, as decisões tomadas pelo Poder Judiciário com relação à temática da transexualidade devem ser norteadas por um controle judicial forte (ativismo), visando a concreção dos direitos desse grupo minoritário, notadamente das pessoas transgêneros que se encontram recolhidas em estabelecimentos prisionais, em situação ainda mais vulnerabilizada.

Conforme explica Natália Macedo Sanzovo, “o preconceito e as práticas transfóbicas contra as pessoas trans são refletidos nos dados que apontam o Brasil como o país no qual mais se mata travestis e transexuais no mundo” (SANZOVO, 2020, p. 32-33). Sanzovo descreve, ainda, o relato de uma detenta transexual:

Contou que já havia vivenciado situações de violência física e psicológica na penitenciária, como as inúmeras tentativas de rasparem seu cabelo, bem como abuso de poder, citando, por exemplo, as faltas graves recebidas injustificadamente por ter supostamente desrespeitado um agente penitenciário ao andar ‘rebolando’ pelo corredor. (SANZOVO, 2020, p.35)

É necessário que as penitenciárias forneçam ambiente adequado, além de capacitação aos funcionários para que possam atender de forma correta a população trans encarcerada.

Desta forma, nos limites do presente estudo, apontam-se como possíveis medidas visando a solução ou mitigação do problema estrutural qualificado da população transexual no Brasil em cumprimento de pena privativa de liberdade: a) o monitoramento das diretrizes e procedimentos estabelecidos na Resolução 348/2020; b) a aprovação de Lei que fixe prazo e metas que deverão ser efetivadas pelo Poder Executivo; c) a devida dotação orçamentária, considerando que das 1.499 unidades prisionais do país, apenas 106 (7%) têm ao menos uma **cela** específica para **transexuais e travestis, considerando a essencialidade dos direitos envolvidos e a vedação constitucional da imposição de penas com caráter cruel ou desumano**; d) a fixação de prazos e metas pelo STF e CNJ, no exercício das suas competências, a exemplo do que ocorreu na decisão proferida na ADPF nº 347 MC/DF e na edição da Resolução nº 213/2015 do CNJ, que culminaram com a implementação das audiências de custódia em todo o país.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou discorrer sobre o problema estrutural qualificado envolvendo o tratamento concedido à população transexual no sistema carcerário brasileiro, além de indicar possíveis soluções para a superação desse estado de coisas inconstitucional, caracterizado pela violação massiva e reiterada dos direitos fundamentais desse grupo minoritário vulnerabilizado, o qual, para além das mazelas decorrentes do próprio cumprimento da pena privativa de liberdade, sofrem preconceito, discriminação, violência física, psicológica e sexual apenas por serem quem são.

Desde a determinação de medidas provisórias em caráter de urgência pela Corte IDH em 2018 no caso do Complexo de Curado, transcorreu um lapso de dois anos até que o CNJ editasse a Resolução nº 348, estabelecendo procedimentos e diretrizes relacionados ao tratamento da população LGBTI+ privada de liberdade, visando essa atuação do Poder Judiciário suprir as omissões dos Poderes Executivo e Legislativo.

O diagnóstico realizado pelo Poder Executivo brasileiro no ano de 2020 demonstra a precariedade do sistema penitenciário no que concerne à observância dos direitos e garantias fundamentais da população ora estudada, configurando o que se denominou nesse estudo de um “problema estrutural qualificado”, ou seja, um problema estrutural ainda mais complexo e desafiador dentro do já grave problema estrutural envolvendo o sistema penitenciário brasileiro.

Consignou-se que as decisões proferidas pelo Poder Judiciário em geral com relação à temática da transexualidade devem ser norteadas por um controle judicial forte (ativismo), visando a concreção dos direitos desse grupo minoritário, que se encontra em situação de extrema vulnerabilidade.

Nos limites do presente estudo, apontou-se ainda, como possíveis medidas visando a solução ou mitigação do problema estrutural qualificado da população transexual em cumprimento de pena privativa de liberdade no Brasil: a) o monitoramento das diretrizes e procedimentos estabelecidos na Resolução 348/2020; b) a aprovação de Lei que fixe prazo e metas que deverão ser efetivadas pelo Poder Executivo; c) a devida dotação orçamentária, para a adoção das medidas necessárias, visando, por exemplo, a adaptação física das unidades prisionais; d) a fixação de prazos e metas pelo STF e CNJ, no exercício das suas competências, a exemplo do que ocorreu na decisão proferida na ADPF nº 347 MC/DF e na edição da Resolução nº 213/2015 do CNJ, que culminaram com a implementação das audiências de custódia em todo o país.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 12 out. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2012a.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **(Syn)Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012b, p. 24. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 13 out. 2021.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional: pressupostos de fato e teóricos reveladores de seu papel e de seus limites**. 2008. 393 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008. Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/5128>>. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Combate à Discriminação. **Resolução Conjunta nº 1, de 15 de abril de 2014a**. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnpcp/resolucoes/2014/resolucao-conjunta-no-1-de-15-de-abril-de-2014.pdf/view>>. Acesso em: 15 out. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Estatísticas sobre Audiências de Custódia Nacional**. 2021a. Disponível em: <<https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=be50c488-e480-40ef-af6a-46a7a89074bd&sheet=ed897a66-bae0-4183-bf52-571e7de97ac1&lang=pt-BR&opt=cursel>>. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015a**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2234>>. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 348, de 13 de outubro de 2020a**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3519>>. Acesso em: 26 ago. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 366, de 20 de janeiro de 2021b**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3678>>. Acesso em: 15 out. 2021.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. **Mais de 10 mil presos se autodeclaram LGBTI no Brasil**. 2020b. Disponível em: <<http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/mais-de-10-mil-presas-se-autodeclaram-lgbti-no-brasil>>. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. **Presos em unidades prisionais no Brasil: Período de janeiro a junho de 2020c**. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiaWJ3Y2RjNjctODQzMj00YTE4LWEwMDAtZDIzNWQ5YmIzMzk1IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Proteção Global. **LGBT nas prisões do Brasil: diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento**. 2020d. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/todas-as-noticias/2020-2/fevereiro/TratamentopenaldepessoasLGBT.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.518.525/SE**, Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 19 mai. 2015b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5.170**, Relatora: Min. Rose Weber, protocolo 20 out. 2014b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5.543/DF**, Relator: Edson Fachin, j. 11 mai. 2020e.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 132**, Relator: Min. Ayres Britto, j. 05 mai. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347**, Relator: Min. Marco Aurélio, j. 09 set. 2015c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 527**, Relator: Min. Luís Roberto Barroso, j. 27 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 527**, Relator: Min. Luís Roberto Barroso, j. 18 mar. 2021c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 527**, Relator: Min. Luís Roberto Barroso, j. 15 set. 2021d.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 152.491/SP**, Relator: Min. Luís Roberto Barroso, j. 16 fev. 2018a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 165.704/DF**, Relator: Min. Gilmar Mendes, j. 13 abr. 2021e.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **PET 3.388/RR**, Rel. Carlos Britto, j. 19 mar. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 580.252/MS**, Relator: Min. Gilmar Mendes, j. 16 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 592.581/RS**, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, j. 13 ago. 2015d.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 641.320/RS**, Relator: Min. Gilmar Mendes, j. 11 mai. 2016a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 670.422 RG/RS**, Relator: Min. Dias Toffoli, j. 15 ago. 2018b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula vinculante nº 56**. DJE de 08 de ago. 2016b.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da inconstitucionalidade por omissão ao estado de coisas inconstitucional**. 2015. 248 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Direito Público, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em:

<https://bdtd.ibict.br/vufind/Record/UERJ_9f19cd145c250c99ac13c9ee7b1f94b9>. Acesso em: 11 out. 2021.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin, LORENZETTO, Bruno Meneses. Constituição, Governo Democrático e Níveis de Intensidade do Controle Jurisdicional. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, v. 1, p. 409-471, 2015. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/2/2015_02_0409_0471.pdf>. Acesso em: 13 out. 2021.

CORTE IDH. **Assunto do Complexo Penitenciário de Curado**. 2018. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_06_por.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2021.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 75, jan./mar. 2020, p. 101-136. Disponível em: <http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1606558/Fredie_Didier_jr_%26_Hermes_Zaneti_Jr_%26_Rafael_Alexandria_de_Oliveira.pdf>. Acesso em: 10 out. 2021.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro; PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. Supremo Tribunal Federal e a naturalização da barbárie / The Brazilian Federal Supreme Court and the normalization of barbarity. **Revista Direito e Práxis**, [S. l.], v. 11, n. 2, p. 1211-1237, 2020. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/50270>. Acesso em: 7 nov. 2023.

MIRANDA, Jorge. **Direitos fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018.

MONTENEGRO, Germán Santiago. **Las incidencias del Estado de Cosas Inconstitucional en la jurisprudencia colombiana**: el desplazamiento de los resguardo nulte medio y gran sábalo de la comunidad indígena Awá. Trabalho de conclusão de curso – Curso de Direito, Universidad Católica de Colombia, Bogotá, 2015. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/5499/c8999e3de523fdb656d99dd9b3b160ad5968.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2021.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OABRJ. **TJ autoriza reembolso de cirurgia de transgenitalização pelo plano de saúde**. 2019. Disponível em: <<https://www.oabrj.org.br/noticias/tj-autoriza-reembolso-cirurgia-transgenitalizacao-pelo-plano-saude>>. Acesso em: 13 out. 2021.

OLIVEIRA, João Rezende de Almeida; SANTOS, Júlio Edtsron; GONÇALVES, Vincícius Araújo. A aplicação da Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil: um olhar sobre as possibilidades e dificuldades da utilização dessa teoria no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, [S. l.], v. 12, n. 38, p. 265-306,

2019. DOI: 10.30899/dfj.v12i38.731. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/731>. Acesso em: 7 nov. 2023.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação nº 0206779-52.2018.8.19.0001**. Relatora: Myriam Medeiros da Fonseca Costa, j. 28 jul. 2021.

ROCHA, Gerson Luiz. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade da Lei: a problemática do decisionismo judicial. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, n. 9, Recife, p. 99-134, 2016. Disponível em: <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/149>>. Acesso em: 18 fev. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 1006455-68.2020.8.26.0161**. Relator (a): Alcides Leopoldo, j. 28 set. 2021.

SANZOVO, N. M. **O lugar das trans na prisão**. 1.ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: PIOVESA, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado. **Impacto das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na jurisprudência do STF**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SILVA JÚNIOR, Sebastião Angelim da; FERNANDES, Larissa Sousa. **O direito de autodeterminação dos indivíduos transexuais**: a questão da identidade de gênero face à ausência de tutela estatal. X Colóquio Nacional Representações de Gênero e de Sexualidades. Campina Grande: Editora Realize. 2014. p. 1-10. Disponível em: <http://editorarealize.com.br/editora/anais/conages/2014/Modalidade_1datahora_20_05_2014_11_14_33_idinscrito_292_9efe64e48c3f441faffcc4f409bc6013.pdf>. Acesso em: 01 out. 2021.

SOMOS. **Manual para a qualificação do atendimento de lgbti+ na justiça criminal**. 2020. Disponível em: <<https://sjcdh.rs.gov.br/upload/arquivos/202103/12114519-manual-para-a-qualificac-a-o-do-atendimento-de-lgbti-na-justic-a-criminal.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2021.

TAVARES, André Ramos. A constituição desconsertada. In: BOLONHA, Carlos, et al. **30 anos da Constituição de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

TEPEDINO, Gustavo. Teoria da interpretação e relações privadas: A razoabilidade e o papel do juiz na promoção dos valores constitucionais. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.). **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

TOLEDO, Fabio Lopes. **“O flagrante ganha voz?”**: os significados da presença da pessoa presa nas audiências de custódia no estado de São Paulo. 2019. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/27418/DISSERTAC%cc%a7A%cc%83O%20-%20FABIO%20LOPES%20TOLEDO%20->

%20ARQUIVO%20PARA%20ALTERA%c3%87%c3%83O.Pdf?sequence=4&isAllowed=y
>. Acesso em: 07 nov. 2023,

VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: Teoria e Prática. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli; MONTES NETTO, Carlos Eduardo. Direitos fundamentais: análise da jurisprudência em tempos de pandemia. **Anais do I Congresso “Políticas Públicas, democracia e direitos fundamentais”**. Ribeirão Preto, 2020.

Submissão: 18/10/2021. Aprovação: 08/12/2023