

## CUMPRIMENTO DA PENA POR PESSOA TRANSEXUAL

Suelen Cristina Nunes

## Resumo

Vive-se em um momento de grandes mudanças no que versa sobre a identidade sexual das pessoas e sabe-se que o universo jurídico, na maioria destas transições sociais, não repercute do mesmo modo, como é o caso das disposições relativas ao cumprimento da pena por transexuais. É em decorrência deste grande avanço, relacionado aos transexuais, e da falta de enfoque legislativo sobre o tema, que o sistema carcerário brasileiro virou um ambiente favorável para a prática dos mais diversos abusos e violações de direitos. Nesse sentido, essa pesquisa pretende discutir sobre a possibilidade de a pessoa transexual encarcerada escolher cumprir pena em estabelecimento penal compatível com sua identidade sexual. Para tanto, procedeu-se uma pesquisa de caráter bibliográfico, pautado no método indutivo, utilizando-se de pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais. Examinou-se inicialmente os aspectos referentes a identidade sexual e a caracterização do sistema carcerário brasileiro. Por fim, concluiu-se que, devido o atual cenário da execução de pena no sistema prisional, tal possibilidade, é algo a ser adota com extrema urgência.

Palavras-chave: Transexualismo. Cumprimento de pena. Direitos fundamentais. Sistema carcerário. Sexualidade.

## 1 INTRODUÇÃO

No sistema de execução de pena brasileiro, a partir do momento em que o acusado é condenado pela prática de um delito, cuja pena seja privativa de liberdade, ele será automaticamente recolhido em um estabelecimento penal condizente com o seu gênero, masculino ou feminino,

levando-se em consideração o seu sexo biológico. Este sistema vinha, até então, suprindo com as necessidades sociais existente.

Todavia, a sexualidade da sociedade evoluiu muito e o ordenamento brasileiro não foi capaz de acompanhar tal crescimento, deixando, assim, uma lacuna legislativa sobre a alocação carcerária de pessoas que não se encaixam no sistema binário sexual, como é o caso das pessoas transexuais, aquelas cujo sexo biológico não condizem com a identidade sexual.

Desta forma, o presente artigo tem como finalidade realizar uma análise sobre o cumprimento da pena por pessoa transexual em estabelecimento penal compatível com sua identidade sexual. Direito este que encontraria respaldo em diversos princípios, inclusive o da dignidade humana, adotado pela Constituição Federal.

Por sua vez, o problema de pesquisa versa sobre a possibilidade ou não de a pessoa transexual cumprir pena em estabelecimento prisional condizente com sua identidade sexual.

Para tanto, inicialmente, apresentar-se-á, através do método hermenêutico, referências conceituais sobre identidade de gênero, sexualidade e transexualismo, partindo-se, para um debate referente ao sistema carcerário brasileiro. Por fim, serão tecidos entendimento sobre a possibilidade da pessoa transexual cumprir pena em estabelecimento prisional compatível com sua identidade sexual.

Já no tocante aos procedimentos técnicos utilizados na elaboração da pesquisa, estes se darão inteiramente em caráter bibliográfico, explorando pesquisas já existentes, decisões e doutrinas voltadas para a exploração do tema.

## 2 DESENVOLVIMENTO

### 2.1 A SEXUALIDADE COMO UM DIREITO DE PERSONALIDADE

Quando ao conceito de personalidade, entende Gonçalves (2017, p.70) que “[...] está umbilicalmente ligado ao de pessoa. Todo aquele que nasce com vida torna-se uma pessoa, ou seja, adquire-se personalidade”. Ainda, Rosenvald e Farias (2011, p. 143) estipulam que “a pessoa, enquanto

sujeito de direito, prende-se, atrela-se, inexoravelmente à ideia de personalidade".

Assim, visando preservar estes aspectos relativos a pessoa, tais como a saúde física, a integridade, a honra, a liberdade física e psicológica, a imagem, a intimidade, o nome e a vida digna, após o advento constitucional, o Código Civil de 2002 disciplinou em seus artigos 11º ao 21º os direitos relativos à personalidade (BRASIL, 2002).

Deste modo, tem-se que os direitos da personalidade possuem dois níveis genéricos para garantir sua proteção, o primeiro é a Constituição Federal, que aponta sua base e criação, e o segundo é o Código Civil, enunciador de forma mais específica sobre sua abrangência (ARAÚJO; RODRIGUES, 2017).

Referindo-se a estipulação do direito leciona o doutrinador Gonçalves (2008, p. 153):

Certas prerrogativas individuais, inerentes à pessoa humana, aos poucos foram reconhecidas pela doutrina e pelo ordenamento jurídico, bem como protegidas pela jurisprudência. São direitos inalienáveis, que se encontram fora do comércio, e que merecem proteção legal.

Nesse diapasão, tem-se que os direitos de personalidade são os direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, atualmente disciplinado no Código Civil e conhecidos pela doutrina como direitos absolutos. São destinados a resguardar a dignidade da pessoa humana, preservando-os, para que não sejam violados pelos demais indivíduos (GOMES, 2001).

De mais a mais, como principais características do direito de personalidade tem-se que estes são originais, uma vez assegurados ao nascituro desde sua formação; extrapatrimoniais, porquanto não é possível mesurar um valor para comércio; vitalícios já que permanecem até a morte do indivíduo, podendo alguns até ultrapassar sua existência física e; impenhoráveis, visto que não poderão ser utilizados como caráter de pagamento de dívidas (ARAUJO; RODRIGUES, 2017).

Além disso, os direitos de personalidade também possuem como característica a oponibilidade, visto que são absolutos e serão defendidos

contra qualquer pessoa, é oponível a toda a coletividade e assegurado pelo Estado. Por fim, são imprescritíveis e ilimitados já que não se limitam a determinadas pessoas e não possuem prazo de validade, serão defendidos a qualquer tempo e sobre qualquer pessoa (ARAUJO; RODRIGUES, 2017).

Diante do exposto, conclui-se que os direitos de personalidade possuem como função primordial garantir prerrogativas a todos os ser humano, protegendo e preservando, acima de tudo, a dignidade da pessoa humana contra possíveis atentados.

Ademais, não obstante a sexualidade não estar disposta expressamente no Código Civil como um direito de personalidade, verifica-se que esta deve ser considerada como tal, uma vez que considerada parte do ser humano, conforme entendimento da Organização Mundial da Saúde – OMS (2006, p. 4 apud LIMA; REIS; DEMÉTRIO, 2017):

A sexualidade é um aspecto central do ser humano do começo ao fim da vida e circunda sexo, identidade de gênero e papel, orientação sexual, erotismo, prazer, intimidade e reprodução. A sexualidade é vivida e expressa em pensamentos, fantasias, desejos, crenças, atitudes, valores, comportamentos, práticas, papéis e relacionamentos. [...] A sexualidade é influenciada pela interação de fatores biológicos, psicológicos, sociais, econômicos, políticos, culturais, éticos, legais, históricos, religiosos e espirituais.

Para um dos mais renomados psicanalistas, a sexualidade é um elemento que se constitui desde o início da vida do indivíduo, apesar de ser dependente de vários outros fatores ao decorrer do tempo, tornando-se formalmente constituída somente após o passar dos anos e com o desenvolvimento da pessoa (FREUD, 1996).

Ainda, a sexualidade é reconhecida pelo World Association for Sexual Health como parte da personalidade do ser humano que será desenvolvida plenamente somente após a satisfação de necessidades humanas básicas, tais como a intimidade, o prazer, o desejo, o carinho, o amor e a expressão emocional. Ou seja, somente será totalmente desenvolvida após interações entre os indivíduos e as estruturas sociais (WAS, 2000).

Assim, considerando que a sexualidade integra a própria condição humana, desenvolvida no decorrer da vida e que é um direito valorizado internacionalmente, através da World Association for Sexual Health, constata-se que esta faz parte dos bens jurídicos tutelados pelo direito de personalidade do ordenamento jurídico brasileiro (RÊGO, 2008).

## 2.2 IDENTIDADE SEXUAL E TRANSEXUALISMO

Levando-se em consideração que o presente trabalho versa fortemente sobre a transexualidade, forçoso se faz tecer informações sobre no que consiste a identidade sexual.

O conceito de identidade sexual é algo complexo, estruturado de elementos conscientes e inconscientes, baseado no sexo natural e nas características sociais estabelecidas para cada gênero. Ou seja, a junção de vários componentes e acontecimentos de diversas épocas, somados com as influências externas sociais e as construções mentais, formarão, ao final, uma composição chamada de identidade de gênero (SILVA, 1997).

Ainda, segundo Jesus (2012, p.8):

Sexo é biológico, gênero é social, construído pelas diferentes culturas. E o gênero vai além do sexo: o que importa, na definição do que é ser homem ou mulher, não são os cromossomos ou a conformação genital, mas a auto percepção e a forma como a pessoa se expressa socialmente.

Compreende-se do explanado que a identidade sexual do indivíduo nada mais é do que o sentimento de pertencimento a determinado sexo, identificando-se como pessoa masculina ou pessoa feminina, construção formada a partir do contexto social e do íntimo de cada pessoa.

Por sua vez, a palavra transexualismo, inserida dentro do campo da identidade sexual, surgiu pela primeira vez em um artigo publicado pelo endocrinologista americano Harry Benjamin, no ano de 1953, e foi utilizada para se referir aos indivíduos, que apesar de biologicamente normais encontravam-se inconformados com seu sexo biológico, negando-os e desejando, irrefutavelmente, fazer a mudança de sexo, apesar da ausência de um diagnóstico de problemas genitais (LOPES, 1998).

Do ponto de vista jurídico, Diniz (1998, p. 48) transexual é “[...] aquele que não aceita o seu sexo, identificando-se psicologicamente com o sexo oposto, sendo, portanto, um hermafrodita psíquico”.

Ainda, na perspectiva médica, entendem os especialistas que os transexuais apresentam três características primordiais que configuram o transexualismo, estes devem possuir constituição física biologicamente normal; a convicção precoce e inabalável de pertencimento ao sexo oposto ao seu sexo de biológico e o repulso aos próprios órgãos sexuais, desejando a sua modificação (CAMARGO, 2011).

O entendimento internacional, por sua vez, configura que quando uma determinada pessoa possui o sentimento de pertencimento para com o seu mesmo gênero biológico, esta será considerada um cisgênero. Todavia quando o inverso acontece, e a sua identidade sexual não condiz com o seu sexo de nascimento, esta será considerada um transgênero, trans que significa do lado oposto (SERANO, 2009).

Portanto, dos entendimentos mencionados, constata-se que o transexual vive em uma constante confusão, uma vez que rejeita seu sexo biológico e possui uma identidade sexual compatível com o sexo oposto ao seu sexo biológico.

Além disso, levando em consideração que muitas vezes a sociedade acaba por assemelhar o transexualismo com o homossexualismo, forçoso se faz esclarecer que estes são totalmente distintos. Nesse viés entende FRAGOSO (1979 p.29):

Os transexuais não são homossexuais. Consideram-se membros do sexo oposto e se sentem amaldiçoados pelo aparato sexual errado. Desejam a mudança desse aparato e, além disso, assistência cirúrgica para que possam participar das relações heterossexuais. Ao contrário, um homossexual gosta e utiliza de sua genitália com os membros de seu próprio sexo anatômico.

Desta forma, constata-se que o transexual é uma pessoa que possui sistema genital biologicamente normal, mas que por questão de identificação sexual, acaba rejeitando seu sexo biológico e identificando-se como pessoa

com o sexo oposto do seu, o que acaba gerando o desejo de realizar a mudança de sexo.

### 2.3 SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Conforme vejamos, o legislador, na Constituição Federal e na Lei de Execução Penal, ao estipular disposições sobre o cumprimento da pena, visou assegurar ao presos o respeito a sua integridade física e moral, e aplicou, para tanto, o sistema binário de divisão do cárcere, levando em consideração o sexo biológico do indivíduo, masculino ou feminino (BRASIL, 1998).

A Constituição Federal de 1988 dispôs em seu artigo 5º, inciso XLIX, que “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”.

Ainda, a Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84), da mesma forma que a Constituição Federal, adotou a divisão binária no sistema prisional, levando-se em consideração o sexo do apenado, porquanto dispôs no artigo 89 que “[...] a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrir crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos [...]” e em seu artigo 90 que “a penitenciária de homens será construída, em local afastado do centro urbano, à distancia que não restrinja a visitação” (BRASIL, 1981).

Desta forma, tem-se como confirmado que o atual sistema jurídico brasileiro adota o sistema binário para estipular em que local o agente infrator deverá cumprir sua pena, valendo-se para tanto do critério de sexo biológico da pessoa a ser encarcerada (masculino ou feminino).

Todavia, apesar de estipular em seu texto legal sobre o encarceramento de infratores homens e mulher, a Lei de Execução Penal não dispôs em seu texto legal a previsão de penitenciárias para pessoas transexuais, o que gera hoje uma grande discussão sobre a alocação da população transexual infratora, já que existem direitos sociais que estão sendo fortemente violados em razão da lacuna legislativa existente (CUNHA, 2018).

Ademais, muito embora esteja garantido, na teoria, o princípio da igualdade para todas as pessoas, conforme dispõe a Consituição Federal de 1988 e a Lei de Execução Penal, verifica-se que a pessoa transsexual esta

sendo tratada de forma desigual, porquanto não possui os mesmos direitos fornecidos aos demais detentos, qual seja, de um estabelecimento prisional próprio para sua custódia. (COSTA, 2017, p.1).

#### 2.4 DA POSSIBILIDADE DE A PESSOA TRANSEXUAL ENCARCERADA ESCOLHER CUMPRIR PENA EM ESTABELECIMENTO PENAL COMPATÍVEL COM SUA IDENTIDADE SEXUAL.

De todo o exposto, tem-se que a pessoa transexual não possui estabelecimento prisional próprio para o cumprimento de sua pena, porquanto as disposições legais dividiram os estabelecimentos levando em consideração somente o caráter binário masculino/feminino.

Deste modo, tendo em vista que o transexual, como qualquer outra pessoa, comete crimes, sendo passível de sanção, bem como que não há um local apropriado para sua alocação, pretende-se verificar a possibilidade de a pessoa transexual encarcerada cumprir sua pena em um estabelecimento penal que seja compatível com sua identidade sexual.

Sobre a referida possibilidade, em 2018, o Supremo Tribunal de Justiça no julgamento do Habeas Corpus n. 497.226, se posicionou favorável a transferência de uma transexual para presídio feminino, garantido-lhe todos os direitos equiparados aos fornecidos para as presas nascidas mulheres (Superior Tribunal de Justiça, 2018).

Outro grande avanço para a população transexual, foi a criação dos princípios de Yogyakarta, a qual estipula 29 (vinte e nove) princípios, visando melhorar problemas relacionado ao cárcere de transexuais. Alguns destes princípios estipula que haverá direito ao julgamento justo e ao tratamento humano durante a detenção (BEZERRA, 2017, p.54).

Ainda, em ascensão a este direito, cita-se a Resolução Conjunta nº 01, responsável por definir novas regras de acolhimento para a população LGBT em estabelecimentos prisionais. Uma das principais disposições desta resolução estão elencadas nos artigos 3º ao 7º, os quais expõem que os transexuais e travestis serão encaminhados para as unidades prisionais de acordo com sua identidade de gênero e que serão garantidos a estes uma ala



especializada para garantir a segurança de suas integridades físicas. (Resolução Conjunta nº 01, 2014).

Em cumprimento a esta Resolução, alguns Estados brasileiros, adotaram medidas para evitar a violência em que esta classe minoritária sofre dentro do sistema prisional, implantando, assim, pavilhões e alas integralmente separadas para a população LGBT, como é o caso dos Estados de Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Paraíba e Mato Grosso. (AQUINO, 2016).

Ademais, a própria Constituição Federal baseia-se no princípio da dignidade da pessoa humana, garantindo a todo cidadão, inclusive, ao preso o direito a garantia de sua integridade física e moral (BRASIL, 1988).

Por conseguinte, o artigo 5º da Lei da Execução Penal garantiu que a execução da pena será de forma individualizada e acordo com a personalidade do condenado, garantido-se aos detentos o direito a assistência social, a integridade física e moral (BRASIL, 1984).

Deste modo, verificando todas as garantias previstas na teoria para os detentos, não parece justo e digno que os transexuais não possuam seus direitos à integridade física e a sexualidade garantidos, somente por possuírem uma identidade sexual diversa do seu sexo biológico.

Além disso, tem-se, do acima explanado, que a possibilidade de transexuais cumprirem suas penas em estabelecimentos prisionais compatíveis com sua identidade sexual já é algo passível de existência, porém faltam regulamentações legislativas para que não seja necessário tanta movimentação judiciária para sua implementação.

### 3 CONCLUSÃO

Atualmente a realidade do sistema prisional brasileiro é aterrorizante e muitos assuntos que versam a ele são deixados de lado ou relativizados sob o argumento de que lá estão inseridos os problemas da sociedade, como é o caso da criação de disposições sobre o cumprimento da pena por pessoas transexuais.

Todavia, os direitos constitucionais e internacionais são garantidos a todas as pessoas, de modo que não há distinção entre os seus beneficiários, de modo que o Estado deve garantir a todos os detentos o direito a integridade física e moral, bem como preservar a sexualidade do indivíduo como um direito de personalidade garantido constitucionalmente.

Para tanto, entende-se por necessário a adoção de medidas que modifiquem o atual sistema carcerário, acrescentando-se disposições legais nas leis penais, no que versa sobre o cumprimento da pena por pessoa transexual, a fim de solucionar a problemática, diminuir as desigualdades de gênero e permitir que transexuais tenham o direito de cumprir suas penas em estabelecimento prisional compatível com sua identidade sexual sem que tenham que recorrer ao poder judiciário.

Por fim, conclui-se que, o Estado, como garantidor de direitos, deve fornecerem amparo legal para transexuais encarcerados, para que possam cumprir suas penas nos locais compatíveis com sua identidade sexual, porquanto a criação de presídios somente destinados a estas pessoas é algo não passível de ser concretizado, em razão da realidade de verbas destinadas a estes estabelecimentos, e a imposição de cumprir a pena em local diverso do pretendido, fere frontalmente direitos constitucionais.

#### REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Anne de Fátima Pedrosa; RODRIGUES, Natália Bernadeth Fernandes. Direitos de personalidade. JusBrasil. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/55019/direitos-da-personalidade>. Acesso em: 2 de abril 2020.

BRASIL. Código Civil. Lei. n. 10406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 5 de abril. 2019.

\_\_\_\_\_. Constituição. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF:

Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 05 abril. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jul. 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm). Acesso em: 20 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 497.226. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/static\\_files/STJ/Mídias/arquivos/Noticias/HC%20Min%20Schietti.pdf](http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Mídias/arquivos/Noticias/HC%20Min%20Schietti.pdf): Acesso em: 21 abril. 2019.

\_\_\_\_\_. Resolução Conjunta 1. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e do Conselho Nacional de Combate à Discriminação CNPCP-CNCD/LGBT, de 21 de setembro de 2018. Disponível em: [http://www.lex.com.br/legis\\_25437433\\_RESOLUCAO\\_CONJUNTA\\_N\\_1\\_DE\\_15\\_DE\\_ABRIL\\_DE\\_2014.aspx](http://www.lex.com.br/legis_25437433_RESOLUCAO_CONJUNTA_N_1_DE_15_DE_ABRIL_DE_2014.aspx) Acesso em: 25 mai 2019.

CAMARGO, Marina Carneiro Leão de. A tutela jurídica da pessoa transexual. Curitiba: EdUFP, 2011.

CUNHA, Rogério Sanches. Lei de Execução Penal. 7. ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2018.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito Civil: teoria geral. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FRAGOSO, Heleno Claudio. Transexualismo – Cirurgia. Lesão Corporal. Revista de Direito Penal, Rio de Janeiro, v.25, p.25-34, 1994.

FREUD, Sigmund. Um estudo Autobiográfico. 1. ed. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1996.

GOMES, Orlando. Introdução do Direito Civil. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JESUS, Jaqueline Gomes. Orientações sobre identidade e gênero: conceitos e termos. 2. ed. Brasília: Idealização e desenvolvimento, 2012.

LIMA, Claudia Feio; REIS, Anderson; DEMÉTRIO, Fran. Sexualidade e Saúde:

perspectivas para um cuidado ampliado. 1. ed. Rio de Janeiro: Bonecker, 2017.

RÊGO, Yago Lemos. Sexualidade como um direito de personalidade. *Idéias*, v.10, n.1. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ideias/article/view/230456/25007>. Acesso em: 5 de mai. 2019.

SERANO, Julia. Whipping Girl FAQ on cissexual, cisgender, and cis privilege, Oakland, 2009. Disponível em: <http://juliaserano.blogspot.com/2011/08/whipping-girl-faq-on-cissexual.html>. Acesso em: 23 de mai. 2019.

WORLD ASSOCIATION FOR SEXOLOGY. WAS: emendas para a declaração de direitos sexuais. Valência, 2000. Disponível em: <https://lbnacional.wordpress.com/tag/xv-congresso-de-hong-kong/>. Acesso em 2 de mai. 2020.

Sobre o(s) autor(es)

Suelen Cristina Nunes. Acadêmica em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC, campus de São Miguel do Oeste. E-mail: [suelen.mh@gmail.com](mailto:suelen.mh@gmail.com).