

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
CAIO ZAPPA MONTE LIMA SILVEIRA**

**DIREITO À DIVERSIDADE: Uma Análise dos Direitos Humanos da
População LGBTQIA+ no Sistema Carcerário Brasileiro**

**Juiz de Fora
2022**

CAIO ZAPPA MONTE LIMA SILVEIRA

**DIREITO À DIVERSIDADE: Uma Análise dos Direitos Humanos da
População LGBTQIA+ no Sistema Carcerário Brasileiro**

Artigo apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito Público Formal Ética Profissional sob orientação do Prof. Dr. Bruno Stigert de Sousa

**Juiz de Fora
2022**

FOLHA DE APROVAÇÃO

CAIO ZAPPA MONTE LIMA SILVEIRA

DIREITO À DIVERSIDADE: Uma Análise dos Direitos Humanos da População LGBTQIA+ no Sistema Carcerário Brasileiro

Artigo apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito Público Formal Ética Profissional submetido à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientador: Prof. Dr. Bruno Stigert de Sousa
Universidade Federal de Juiz de Fora - UFJF

Profª. Lídia Carolina Delage da Fonseca
Universidade Federal de Juiz de Fora - UFJF

Prof. Ms. Samuel Rodrigues de Oliveira
Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC - Rio

PARECER DA BANCA

() APROVADO

() REPROVADO

Juiz de Fora, 23 de Fevereiro de 2022

"Transformem-se nas pessoas que gostariam de ser. E celebrem essa realização, não com vaidade, mas como alguém que cumpriu bem o seu destino" Luís Roberto Barroso

DIREITO À DIVERSIDADE: Uma Análise dos Direitos Humanos da População LGBTQIA+ no Sistema Carcerário Brasileiro

Caio Zappa Monte Lima Silveira

RESUMO

O presente artigo científico tem por finalidade averiguar a situação da população LGBTQIA+ em situação de cárcere no Brasil e também analisar seus direitos humanos conquistados nesse ambiente. Isso porque é fato notório que as prisões brasileiras são ambientes já fragilizados para qualquer população, porém merece destaque analisar quais direitos estão sendo violados dessa população em específico e destacar quais foram as conquistas adquiridas por eles e quais estão sendo respeitadas. Também é importante fazer uma análise de como pode melhorar a situação na prática, pois é muito comum na atualidade conquistar direitos no papel e na realidade estes não serem respeitados, seja por falta de preparo ou falta de acompanhamento.

Palavras-chave: Sistema Carcerário; População LGBTQIA+; Direitos Humanos; Direitos da População LGBTQIA+; Ativismo Judicial; Decisões Estruturantes.

ABSTRACT

This scientific article aims to investigate the situation of the Brazilian LGBTQIA+ population in prison and also to analyze their human rights conquered in this environment. This is because it's a well-known fact that Brazilian prisons are already fragile environments for any population, but it is worth mentioning to analyze which rights are being violated with this specific population and to highlight what were the achievements acquired by them and which are being respected. It is also important to analyze how the situation can be improved in practice, as it is very common nowadays to conquer rights on paper and in reality these are not respected, either due to lack of preparation or lack of follow-up.

Keywords: Prison System; LGBTQIA+ Population; Human Rights; Rights of the LGBTQIA+ Population; Judicial Activism; Structuring Decisions.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O SISTEMA CARCERÁRIO. 2.1. O sistema carcerário no Brasil. 3. DIREITOS HUMANOS E POPULAÇÃO LGBTQIA+. 3.1 A busca de direitos da população LGBT. 3.2 O sistema carcerário e os direitos e garantias à população LGBTQIA+

nos estabelecimentos 4. O SISTEMA NA REALIDADE. 4.1 Decisões estruturantes como uma maneira de garantir os direitos da população LGBTQIA+ no sistema carcerário. 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 6. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

No cenário atual brasileiro vê-se de maneira recorrente a violação de inúmeros direitos humanos mesmo eles positivados em nosso ordenamento. O presente artigo busca discorrer sobre esses direitos da população LGBTQIA+, população esta que se encontra tão fragilizada como será demonstrado ao longo do artigo.

Primeiramente, o trabalho objetiva discorrer sobre o sistema carcerário como um todo, tentando remeter desde as primeiras aparições na história sobre a pena de prisão. Nessa mesma linha, o trabalho continua sua extensão explicando como foi introduzido no ordenamento brasileiro o sistema carcerário e como ele se encontra hoje, tecendo críticas acerca do tema, discorrendo como está precária tal instituição não só para a população LGBT.

Após, faz-se necessário abordar sobre a necessidade de se afirmar os direitos humanos mesmo em nossa sociedade que, teoricamente, se encontra de certa forma mais evoluída. No mesmo sentido, mister tratar sobre a história do movimento LGBTQIA+ e sua luta por direitos na sociedade e sua consequente luta por direitos também dessa população em situação de cárcere. O trabalho, ainda, visa discutir sobre como estão essas conquistas na realidade e como os Poderes devem agir para garantir a segurança e o respeito a essa população que, já é fragilizada e atacada na sociedade, se encontra em estado de maior vulnerabilidade em nossas prisões.

Para isso, o estudo foi realizado através de pesquisa bibliográfica em doutrinas, teses, revistas científicas e sítios de internet. Ademais, foram realizadas consultas jurisprudenciais e pesquisas documentais para a coleta de dados e informações em conjunto ao estudo da lei seca.

2 O SISTEMA CARCERÁRIO

Desde o surgimento das primeiras civilizações é nítido a utilização da pena de prisão para o controle social, tornando-se esta um instrumento de dominação de classe. Contudo, é difícil dizer em que momento ou onde surgiu o sistema carcerário como é conhecido hoje.

Certos povos da antiguidade, quando começaram a se organizar, estabeleciam regras visando o bem estar de todos no grupo, contudo, tendo em vista o baixo nível de organização social, as punições se caracterizavam em mecanismos de defesa individual, ou seja, uma vingança privada, sem existir um detentor do poder de punir. Com o passar do tempo, foi-se

dando forma entre os povoados uma forte influência da religião e, com isso, a pena vinha da vontade divina, um castigo dos deuses. Até então a prisão não se destacava entre as punições, contudo, o indivíduo geralmente ficava confinado temporariamente para aguardar sua condenação.

Foi no Direito Grego que aspectos mais relevantes sobre a prisão foram abordados, contudo ainda de forma tímida e não tão divergente dos povos da antiguidade. Platão, em sua obra “As Leis” relatou que existiam três espécies de prisão na Idade Antiga. A primeira era usada para manter as pessoas presas no intuito de impedir novos delitos, já a segunda servia para sujeitos se recuperarem, uma forma de correção e não de punição, e a terceira era destinada àqueles que cometessem delitos mais graves, desempenhando a função punitiva (PLATÃO, 1999, p. 430). Essas prisões sempre ficavam afastadas com a intenção de quem permanecesse lá ficasse em completo isolamento (CHIAVERINI, 2009, p. 05).

Apesar das constatações de penas de prisão nesse período, essas não eram o foco das punições na época, já que na maioria das vezes essas prisões serviam como forma de temporária para o indivíduo aguardar a verdadeira pena, seja ela disputa na arena ou ser executado (CHIAVERINI, 2009, p. 05). Só em Roma, no fim da idade antiga, que foi percebido uma considerável redução na crueldade das penas. No que se refere à pena de prisão, o Direito Romano não trouxe nenhuma inovação significativa, contudo, ele é uma das principais fontes do nosso Direito Penal atual, representando determinado elo entre a Idade Antiga e a Moderna.

O sistema penal que era baseado no sofrimento do indivíduo e a pena de morte começaram a relativamente enfraquecer junto com o Absolutismo. Os meios utilizados para conter as massas falharam pois, embora cruéis e rígidos, não tinham mais efetividade contra a crescente criminalidade. Dessa forma, não chegava a ser mais conveniente a pena de morte, uma vez que com crescimento acelerado da criminalidade, em pouco tempo se dizimaria a população e com isso ficaria cada vez mais escassa a mão-de-obra (MELOSSI; PAVARINI, 2006, p. 36).

Com o surgimento do mercantilismo, iniciou-se o movimento de modificação das penas privativas de liberdade, pensando-se na prisão como uma penalidade em potencial (BITENCOURT, 2011, p. 30), tendo em vista que “todo sistema de produção tende a descobrir punições que correspondem às suas relações produtivas” (RUSCHE; KIRCHHEIMER apud SANTOS, 2009, p. 437). Com isso, nesse período, surgiram as primeiras instituições segregadoras que se assemelhavam à prisão que conhecemos nos moldes atuais, o cerne da prisão passou a ser uma suposta regeneração do indivíduo através do trabalho, não mais o castigo, para que então ele pudesse ser reinserido na sociedade.

Com a chegada do Iluminismo e com a conseqüente mudança no pensamento dos trabalhos realizados pelos intelectuais, foi proposta no âmbito penal uma mudança no sistema de penas, pelo menos no aspecto teórico, de forma que defendiam um tratamento mais humanitário para os presos. A partir desse momento começou-se a reivindicar estabelecimentos mais apropriados para o cumprimento da pena privativa de liberdade, de modo a se analisar qual seria a real função da pena, aspectos presentes no sistema carcerário atual.

Por mais que agora se defendesse penas menos degradantes, a maioria via uma finalidade para a pena, a prevenção da prática de novos crimes, legitimando a pena privativa de liberdade como algo essencial para a proteção do bem estar de todos. Mesmo diante de inúmeras provas do claro fracasso da pena de prisão, ao longo dos anos continuava a insistência de mantê-la, sendo colocada a culpa do aumento da criminalidade na forma de executá-la e nunca no fato de sua existência. Apesar de tentar aparentar certa preocupação com o ser humano, as medidas adotadas somente serviam para atender às necessidades da burguesia que utilizava o controle social que a prisão possibilitava para chegar ao poder.

Mesmo diante de provas contundentes do fracasso da pena de prisão, continuava a insistência de mantê-la, colocando a culpa do aumento da criminalidade na forma de executá-la e nunca no fato de sua existência. No decorrer do tempo a pena privativa de liberdade passou a ser a penalidade mais aplicada do direito punitivo moderno, desse modo surgiram teorias para regulamentar a sua execução, tendo aflorado assim os sistemas penitenciários (BITENCOURT, 2011, p. 60). Com isso, ao longo dos anos vários intelectuais desenvolveram modelos de encarceramento, cada um com sua visão do que seria mais apropriado para a aplicação da pena de prisão. Dentre vários, os que se destacaram no desdobrar das épocas foram os sistemas filadélfico, auburniano e progressivo.

Passando rapidamente pelas principais características de cada sistema, temos primeiro o modelo filadelfiano, desenvolvido nos Estados Unidos em um período que se propagava a privação da liberdade como meio de “recuperar” o condenado. A influência ética da época que pairava sobre a sociedade de certa forma forçou as autoridades a tomarem providências para criação de um estabelecimento onde era regido pelo isolamento celular, a oração e a total abstinência de bebidas alcoólicas, no qual acreditavam que só assim seriam capazes de criar os meios para salvar tantas “criaturas infelizes”. O sistema foi perdendo credibilidade quando se atentou para os prejuízos advindos do isolamento absoluto, que, em primeiro lugar, privava o mercado de força de trabalho e deseducava os presos reduzindo sua capacidade de trabalho original e, em segundo lugar, foi considerado desumano, já que praticamente eliminava o

instituto social, já fortemente atrofiado nos criminosos e tornava inevitável entre os presos a loucura.

Na época da industrialização, o modelo filadelfiano começou a decair, uma vez que o modelo como dito anteriormente reduzia a capacidade de trabalho e a sociedade industrial nesse período necessitava de um sistema carcerário que possibilitasse o trabalho produtivo e com isso essa nova era demandava um trabalho coletivo (SANTOS, 2010, p. 463). O modelo auburniano foi criado como a solução para os problemas econômicos que o antecedente causava (MELOSSI; PAVARINI, 2006, p. 190), já que esse se concentrava em se modular na introdução de um tipo de trabalho de estrutura análoga àquela então dominante no sistema carcerário. Vale registrar que o trabalho nas prisões demandava baixos custos, e com isso começou a competir com o trabalho livre. Nesse contexto, os sindicatos e comissões de trabalhadores reivindicavam medidas contra a ameaça que a colocação das mercadorias produzidas pelos presos no mercado livre representava para sua organização, causando o colapso do modelo auburniano.

A partir do século XIX, se prevaleceu na pena de prisão a busca pela “ressocialização” do recluso e, para tanto, implantou-se o sistema progressivo das penas, que é adotado, com certas modificações, pela estrutura penal contemporânea (BITENCOURT, 2011, p. 79). Considera-se que o apogeu da pena privativa de liberdade culminou quando finalmente foram abandonados os regimes celulares e auburniano e o regime progressivo prevaleceu. Para a época, o sistema progressivo foi considerado um avanço, uma vez que “amenizou” as condições cruéis no cárcere e permitiu que a pena não fosse integralmente cumprida no regime fechado, isto é, era “menos pior” que os outros.

O modelo progressivo tenta compelir o preso a apresentar comportamento “adequado”, para que assim se possa atenuar sua pena, mostrando de forma gradativa sua “aptidão” a “reintegrar-se” à sociedade, e com isso aprender com o lapso temporal que passou na cadeia, a conviver na sociedade com os “cidadãos de bem” sem causar mais frustrações. Pode-se dizer que a insanidade desse modelo é acreditar que o criminalizado aprenderá a viver em sociedade sendo retirado dela (ZAFFARONI, 2001, p. 135). É fato que a regressão é a característica principal da prisão pois, na realidade, o preso está submerso em um meio completamente artificial, sendo introduzido em um meio com valores que nada têm a ver com os da vida em liberdade.

2.1 O sistema carcerário no Brasil

Para se falar na história da pena de prisão em nosso país, é inegável a necessidade de nos remetermos ao direito dos nossos antigos colonizadores, já que foi o direito português que por muito tempo vigorou em nossa pátria.

Durante o período colonial, as prisões e cárceres evidentemente não eram instituições que prezavam pela organização, segurança, higiene ou efeitos positivos sobre os presos. De fato, as cadeias não eram instituições importantes dentro dos esquemas punitivos interpostos pelas autoridades coloniais, não sendo as prisões um de seus principais elementos de castigo e controle social. O castigo aplicava-se bem mais frequentemente por meio de vários outros mecanismos típicos das sociedades do Antigo Regime, tais como execuções públicas. Nessa conjuntura é fácil chegar à conclusão de que, no período colonial o Brasil não possuía um sistema carcerário. O certo é que as cadeias existiam tão somente para assegurar a aplicação da pena, era o lugar onde se aguardava a execução.

Após a proclamação da República em 1822, iniciou-se uma nova ordem jurídica. Em 1824 foi outorgada a primeira Constituição brasileira, que abordava garantias e direitos individuais inspirados no movimento iluminista que inebriava boa parte do mundo na época. Em 1830, foi sancionado o Código Criminal do Império, que trouxe consigo conflitos de interesses, de um lado as ideias de base iluminista e do outro a escravidão, uma vez que, mesmo com a independência, no Brasil Império manteve-se tanto a monarquia quanto a escravidão. O Código Criminal ainda contemplava a pena de morte, as penas de galés e de degredo, que eram mais direcionadas para os escravos, contudo a pena fundamental do novo sistema penal passou a ser a de prisão.

Fazendo uma análise do Brasil no período do Império, tomando como base as informações apresentadas, conclui-se que a conjuntura penitenciária brasileira não divergiu muito do período colonial. Na verdade, as mudanças que tiveram foram feitas para o pior, visto a óbvia estagnação no nosso sistema carcerário nessas épocas. A prisão ainda permanecia na indiferença, porém mantinha-se firme por possuir várias “utilidades”, nesse momento da história, já que era útil para assegurar a escravidão e necessária para satisfazer a economia, que se utilizava dos escravos para se sustentar.

A República foi proclamada em 15 de novembro de 1889, com o golpe militar de Marechal Deodoro da Fonseca e, com a clara pressa do governo na elaboração de um novo Código Criminal, em 1890 foi criado o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil. O novo Código Criminal previa a pena privativa de liberdade como o centro do sistema penal, seja pela prisão disciplinar, pelo trabalho obrigatório, pelo estabelecimento agrícola, pela reclusão em fortalezas ou pela prisão celular (MOTTA, 2011, p. 295).

Em 1891, adveio a Constituição Republicana, que, ao menos no texto, extinguiu as penas de galés e de banimento e limitou a pena de morte, que só poderia ser aplicada em tempo de guerra e trouxe na sua redação a função ressocializadora da pena de prisão (MORAIS, 2012,

p. 06). Portanto, no regime penitenciário adotado pela Constituição, a pena de prisão era utilizada como meio de regeneração da “delinquência”, o que supostamente resolveria o problema da criminalidade na forma de pensar da época (MOTTA, 2011, p. 294). O que não difere da concepção atual sobre o cárcere.

Em 1938, começou a ser elaborado um novo Código Penal no governo de Vargas – ditador do Brasil na época do Estado Novo. O projeto foi submetido a uma comissão revisora composta por Nelson Hungria, Roberto Lyra, Narcélio de Queiroz e Vieira Braga, sendo apresentado em 1940 e promulgado em 1942 (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 194). A pena de prisão apresentou-se com o objetivo de estimular a “regeneração” do condenado. Para tanto considerou o sistema progressivo como o mais adequado para alcançar o fim supostamente almejado. No código havia previsão de medidas de segurança classificando os autores de crimes como imputáveis e inimputáveis, dando início ao sistema do duplo binário.

Embora promulgado durante a tirania de um regime autoritário, o Código de 1940 está vigente até os dias de hoje. Apesar de ter sofrido algumas modificações, o processo histórico em que foi elaborado claramente difere do atual. Se para a época em que foi publicado muitos o consideram impróprio, uma vez que incitava o uso político do aprisionamento, como meio de controle social, em virtude de sua eficácia neutralizadora sobre os indivíduos que representavam ameaça para o governo (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 195), doravante, a persistência desse pensamento só agravou as condições do sistema penitenciário brasileiro.

Um marco importante na história das prisões brasileiras foi a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 1984) que regulou e regula a disciplina carcerária. A Lei de Execução Penal, comumente chamada de LEP, é um meio de controle das condutas carcerárias, com o suposto objetivo de proporcionar a “reintegração” na sociedade do condenado, resguardando uma série de direitos sem aplicabilidade, e desse modo delegou aos órgãos da execução penal julgar o comportamento dos presidiários.

A verdade é que o Brasil, assim como boa parte do mundo, desenvolve suas políticas penais de exclusão há severo tempo. Julgar a pena de prisão como necessária e adequada é um meio de esconder a sua verdadeira finalidade: a de neutralizar a classe que incomoda o governo. O sistema prisional, além de conjugar problemas relativos com a falta infraestrutura e o aumento significativo do número de presos, é uma medida que gera violência institucional. A prisão é visada como melhor remédio de conter o indivíduo, pois tirar sua liberdade e justificar essa ação com a promessa de melhorar o “defeituoso” e fazê-lo ser útil novamente parece convencer a sociedade, que fica alheia a realidade do sistema carcerário. O problema da prisão

não é somente sua estrutura frágil ou sua falta de assistência, e sim o fato de o encarceramento ser utilizado de forma ilimitada e estar focado nos efeitos e não nas causas da criminalidade.

3 DIREITOS HUMANOS E POPULAÇÃO LGBTQIA+

A luta por Direitos Humanos tornou-se uma característica dos debates políticos e jurídicos contemporâneos. Estes são direitos universais que protegem indivíduos e grupos contra ações que possam interferir em suas liberdades e dignidade. Ou seja, eles servem para garantir que todos tenham os mesmos cuidados. As ações de um Estado Democrático têm que estar submetidas aos Direitos Humanos como fundamento, atendendo elementos básicos que promovam uma vida digna a todos os cidadãos e cidadãs.

Bobbio, em sua obra “A Era dos Direitos”, afirma que os debates intensos após a Segunda Guerra Mundial acerca desses direitos no âmbito internacional, podem ser vistos como um indicador de progresso moral da humanidade. A convicção de Bobbio no sucesso dos direitos humanos pela via da positivação decorre da sua crença em um progresso constante da sociedade. Contudo, como vemos por exemplo até no Brasil atualmente, o registro das violações dos direitos humanos desde as suas alardeadas declarações ao final do século XVIII é evidente.

3.1 A busca de direitos da população LGBT

É certo que não é de hoje que a população LGBT precisa lutar para conquistar seus direitos. Não muito tempo atrás, no século XIX, as relações homossexuais eram tratadas e analisadas sob um ponto de vista problemático. Além do discurso da Igreja e das leis criadas por diferentes nações, a visão médica, que veio da suposta evolução do campo científico, passou a exercer grande influência sobre a sociedade. (FERREIRA, 2003, p.39).

Foi por volta de 1870 que os psiquiatras começaram a constitui-la como objeto de análise médica, ponto de partida, certamente, de toda uma série de intervenções e controles novos [...]. Antes, eles eram percebidos como libertinos e, às vezes, como delinquentes (daí as condenações que podiam ser bastante severas – às vezes no fogo, ainda no século XVIII – mas que eram, inevitavelmente, raras). A partir de então, todos serão percebidos no interior de um parentesco global com loucos, como doentes do instinto sexual. (FOUCAULT, 1998 *apud* FERREIRA 2003, p. 39).

Muitos foram os médicos e psicanalistas que condenavam a homossexualidade como uma doença e defendiam que era uma anormalidade genética associada a problemas mentais e, com isso, os consequentes “tratamentos” brutais que consistiam desde hipnose até lobotomia nos pacientes. O absurdo era tanto que, em 1949, o neurocirurgião português Antônio Egas

Moniz, criador do tratamento de lobotomia, no qual cortava um pedaço do cérebro dos pacientes, ganhou o prêmio Nobel de Medicina por desenvolver tal procedimento.

No final da Segunda Guerra Mundial, o Movimento dos Direitos dos Homossexuais começou a ganhar forma na Europa e Estados Unidos, tendo como principal objetivo a descriminalização da homossexualidade e o reconhecimento dos direitos civis dos homossexuais. Assim, a homossexualidade foi, aos poucos, saindo da clandestinidade (SPENCER, 1999, p.355).

O marco do moderno movimento LGBTQIA+ deu-se no dia 28 de junho de 1969 quando o bar *Stonewall Inn*, frequentado por homossexuais, em Nova York, foi invadido por policiais sob alegação de descumprimento de leis sobre venda de bebidas alcoólicas. Já que os homossexuais eram considerados doentes¹, eles não podiam consumir bebidas alcoólicas. O público se revoltou e o motim veio seguido de severos e violentos protestos.

Somente em 1990, em uma revisão da lista de doenças, essa condição foi retirada, pela OMS, da condição de patologia. Conseqüentemente, o dia 17 de maio, dia que a homossexualidade foi retirada da referida lista, ficou determinado como Dia Internacional contra a Homofobia. Válido ressaltar que o Brasil, através do Conselho Federal de Psicologia (CFP), deixou de considerar o homossexualismo como doença em 1985, antes mesmo da resolução da OMS.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi adotada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. A partir dela foram estabelecidos princípios que visam assegurar a dignidade, as liberdades e os direitos fundamentais de todos os seres humanos em qualquer lugar do mundo. Entretanto, apesar do compromisso assumido por governos e nações, os princípios consignados sofreram resistências, como bem visto nos parágrafos acima, e muitos ainda não foram alcançados. Passados mais de 70 anos, permanecem como objetivo da luta para inúmeros grupos populacionais em diferentes partes do planeta.

Nesse contexto, importa destacar que, em especial para a população LGBT, essas garantias na sociedade brasileira foram tardias. A ausência do Estado na proposição de políticas públicas eficientes que garantam o combate às discriminações e intolerâncias às diversidades presentes em nossa sociedade foi marca de sua história. Abriu-se, portanto, espaço para práticas de violência e desvalorização da diversidade, o que possivelmente explica porque o Brasil se situa entre os países onde mais se registra violência contra essa população.

¹ Em 1977, a Organização Mundial de Saúde (OMS) incluiu o homossexualismo na Classificação Internacional de Doenças (CID), no rol de doenças mentais.

O movimento LGBT atua de forma sistemática e comprometida em efetivar os seus direitos, enfrentando a discriminação e violência a que são submetidos. Os grupos de militância ganharam força política e visibilidade no Brasil no final dos anos de 1970, período da ditadura militar no nosso país, colocando no cenário público o respeito a toda forma de amar. Por se tratar de um claro período de grande autoritarismo militar, o movimento passou diversas dificuldades, porém, permaneceu organizado para combater as violências e os homicídios que assolavam a população LGBT. Nesse período o movimento teve como um dos marcos políticos e históricos o Jornal Lâmpião da Esquina que, com suas publicações voltadas para o público LGBT, trazia informações acerca das discussões, exposições, debates e até mesmo denúncias. O movimento ganhou maior visibilidade frente à população no ano de 1990, período em que passaram a ser visto com maior força através de suas lutas pelos seus direitos civis.

Apesar da evolução, ainda hoje existem 69 países, em quase todos os continentes, que não aceitam a homossexualidade e aplicam leis homofóbicas criminalizando a homossexualidade, principalmente na África e no Oriente Médio. Mesmo sendo difícil acreditar que, em pleno século XXI, ainda haja esse tipo de retaliação, as penas contra gays são as mais variadas e incluem desde multas até execuções brutais por apedrejamento ou enforcamento.²

Por outro lado, a homossexualidade é legal em diversos países e os casamentos gays ou uniões civis são reconhecidos em 62 países. Na maior parte do Ocidente, não é mais socialmente aceitável ser homofóbico. No Oriente, a China é um exemplo de nação na qual a vida gay, hoje em dia, é tanto legal quanto explícita, ao menos nas cidades grandes (THE ECONOMIST, 2014). Também é preciso registrar que as uniões homoafetivas já conseguem, sem maiores dificuldades burocráticas, as mesmas vantagens das uniões heteroafetivas, em relação a pensão ou licença para acompanhar cônjuge, licença maternidade/paternidade no caso de adoção de crianças e, mais recentemente, o direito ao uso do nome social das travestis e transexuais.

O termo “homofobia” é usado para indicar a discriminação às mais diversas minorias sexuais, como os diferentes grupos inseridos na sigla LGBTQIA+, designando o preconceito, a aversão à sexualidade que escapa ao padrão heteronormativo. É caracterizada por atitudes e expressões de sentimentos negativos (antipatia, desprezo, preconceito, hostilidade) em relação a lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros ou pessoas que não se enquadrem nos padrões heterossexuais da sociedade. Ela pode se manifestar em locais públicos e privados, abrangendo desde agressão verbal até violência física, levando, inclusive, à morte.

² Dados coletados em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-57641679>

A aversão e o desrespeito às diferentes formas de expressão sexual e amorosa representam uma ofensa à diversidade humana e às liberdades básicas garantidas pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e pela Constituição da República Federativa do Brasil. As vítimas de homofobia muitas vezes sentem-se conduzidas a conter sua orientação sexual, seus hábitos e seus costumes, sendo comuns os casos de depressão.

A Constituição Federal não traz diretamente expressa a homofobia como um crime, mas define como objetivo fundamental da República (art. 3º, IV) “[...] promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, ou quaisquer outras formas de discriminação”. A homofobia sempre foi indiretamente incluída no elemento “outras formas de discriminação”, sendo considerada crime de ódio passível de punição, porém sem legislação específica para tutelar.

No dia 13 de junho de 2019, durante julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e do Mandado de Injunção nº 4733, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, baseando-se na omissão do Congresso Nacional, enquadrando a homofobia e a transfobia como crimes de racismo. Conforme entendimento do STF, a demora do Poder Legislativo para incriminar os atos de homofobia e transfobia ofende direitos e garantias fundamentais desses indivíduos e, por essa razão os Ministros Celso de Mello, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes votaram para que condutas semelhantes sejam enquadradas na Lei nº 7.716/1989 (Lei do Racismo), até que o Congresso Nacional saia da inércia.

Se não para a eliminação, pelo menos para a redução da homofobia, é necessário que haja uma educação de todas as pessoas acerca da condição sexual e do preconceito em relação às pessoas LGBTQIA+. É fundamental que as pessoas tenham acesso a informações precisas a respeito da homossexualidade, especialmente em relação aos jovens que lutam com a sua própria identidade sexual.

O Brasil destaca-se, mundialmente, como o país onde as violações aos direitos humanos de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais – e de outras(os) transgêneras (os) – assumem proporções consideráveis e preocupantes a um só tempo: a estimativa é que a cada dois dias um homossexual ou transgênero(a) é morto(a), vítima de assassinato odioso. (SILVA JÚNIOR, 2011, p.495).

3.2 Os direitos e garantias à população LGBTQIA+ nos estabelecimentos prisionais

O sistema prisional atualmente encontra-se saturado, a superlotação encontrada possui números assustadores – números esses que serão tratados no próximo capítulo –, pois, desde o início do século XIX, a sociedade vem buscando nos presídios um meio de retirar os

“indesejáveis” das ruas; ao jogá-los nos estabelecimentos prisionais, gera a superlotação e, com ela, os maus tratos.

Ao longo das décadas, a população carcerária cresceu de modo que a cadeia acaba sendo um espaço de punição, exclusão e materialização da criminalização da pobreza. Com a superlotação dos estabelecimentos prisionais e a deficiência do sistema, os detentos sofrem uma dupla penalidade: a primeira, por estar privado de sua liberdade em circunstância de sua pena; a segunda, pela negligência aos seus direitos fundamentais gerada pelas precárias condições carcerárias. A superlotação torna o cárcere um ambiente insalubre, promíscuo e violento, que acaba gerando epidemias de inúmeras moléstias, como a tuberculose e o HIV.

O Estado tem o papel de garantir e assegurar os direitos dos detentos, porém, acaba por violar as leis que preveem tais direitos. Como o artigo 5º, inciso III, da Constituição Federal determina que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”, o próprio Estado descumpra o que está positivado, fazendo com que os presos tenham um tratamento desumano e insalubre (BRASIL, 1988).

Dentre tantas violações aos direitos dos detentos, os direitos à diversidade são os que mais sofrem, sendo esquecidos a partir do momento em que pessoas livres viram detentos nos estabelecimentos prisionais.

Segundo o artigo 5º da CF/88, “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 liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, [...]”. (BRASIL, 1988). Tal garantia remete ao princípio da dignidade da pessoa humana, um dos princípios fundamentais da Carta Magna e considerado por alguns doutrinadores como um supra princípio constitucional, uma vez que entendem ser este princípio que se encontra acima dos demais princípios constitucionais.

O princípio da dignidade da pessoa humana está ligado aos direitos humanos, pois visam à proteção da pessoa humana; entretanto, tais direitos, no seu início, visavam apenas à proteção da pessoa frente ao Estado.

Quanto à relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o sistema penal, tem-se que:

A dignidade da pessoa humana é a pedra angular sobre que deve ser construído todo o monumento do sistema penal. O princípio constitucional da proteção e da promoção da dignidade do homem é a célula-mãe desse sistema e, por isso, também seu fundamento máximo. (CARVALHO, 1992, p. 25).

Os direitos humanos estão presentes na esfera judiciária brasileira porque, do contrário, não haveria a necessidade da criação de leis reconhecendo direitos e garantias aos cidadãos. Todavia, é preciso lembrar que o reconhecimento dos direitos humanos partiu das necessidades da população.

Os Direitos Humanos, no mundo da essência sempre existiram, mas encontram-se latentes aguardando seu ingresso no mundo da sociedade, sendo que neste, no entanto, somente surgem conforme a necessidade, conforme a evolução, conforme a batalha (MARCIAL,2003, p. 1).

Entretanto, a população carcerária nunca foi entendida como detentora dos mesmos direitos que os demais cidadãos:

A população carcerária é tratada como um peso para a sociedade, todos acreditam os detentos têm que ter só deveres a cumprir, que eles não devem ter direitos. Mas todos os cidadãos têm que ter direitos e deveres, e não é porque ele está preso que perde esses direitos. O preso não só tem deveres a cumprir, mas é sujeito de direitos, que devem ser reconhecidos e amparados pelo Estado. O recluso não é um “alieni juris”, não está fora do direito, pois encontra-se numa relação jurídica em face do Estado, e exceto os direitos perdidos e limitados pela condenação, sua condição jurídica é igual à das pessoas não condenadas. (ALBEGARIA, 1993, p. 148).

Somente em 1984, quando foi criada a LEP, é que os direitos dos cidadãos em regime penal passaram a ser tratados, determinando-se que os detentos deveriam ser respeitados em sua individualidade, sem qualquer tipo de distinção, inclusive quanto ao direito de visita íntima.

Em 1988, a partir da Constituição Federal, o direito positivo brasileiro tentou organizar uma sociedade sem preconceitos e sem discriminação, considerando todos os cidadãos iguais, embora sem dispor nenhuma norma expressa sobre a liberdade sexual. Em 2011, o Supremo Tribunal Federal aprovou a incorporação de novos direitos civis aos homossexuais. Porém, a população LGBT ainda não está tão acolhida judicialmente quanto o resto da sociedade, pois suas ações sempre são vistas de maneira recriminatória. Nos estabelecimentos prisionais, essa população passa por despercebida, invisível, desconsiderada e negligenciada quanto aos direitos estabelecidos pela CF, igualdade e dignidade da pessoa humana, e pela LEP.

Mesmo com tais leis, a população LGBT nunca recebeu o tratamento que lhe era de direito, principalmente porque a própria sociedade tenta esquecer que eles existem para não ter que lidar com as diferenças e, quando essas pessoas são colocadas em estabelecimentos prisionais, a situação não é diferente, embora o papel do Estado e do Direito seja acolher, e não rejeitar. Percebe-se que o sistema penal é regido por garantias aos detentos, embora nem todos tenham acesso a elas, sendo a população LGBT uma das que mais sofre com isso, pois são

esquecidos e descartados pela sociedade, tornando-se uma parte não vista dentro dos estabelecimentos prisionais e pelo próprio Direito.

Os homossexuais, travestis e transexuais nos estabelecimentos prisionais. sofrem muito preconceito, principalmente por parte dos outros detentos. Dentre várias situações degradantes pelas quais passam nos estabelecimentos prisionais demonstra-se a falta de aceitação das condições e individualidade de cada ser humano. Sua condição sexual torna-se motivo de medo, tanto dentro como fora dos estabelecimentos prisionais.

Foi a Resolução Conjunta nº 1, de 15 de abril de 2014, assinada pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCC) e pelo Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCD/LGBT), que realmente trouxe inovações ao sistema carcerário brasileiro ao assegurar que direitos garantidos a todos os detentos fossem oferecidos especificamente à população LGBT. Apesar de que tais direitos já estavam previstos na LEP e na Constituição, visto que os detentos, independentemente de sua orientação sexual, são cidadãos como quaisquer outros, não havendo teoricamente a necessidade de uma resolução específica quanto ao tema, a Resolução nº 1/2014 veio trazer mais visibilidade a estas minorias.

A Resolução Conjunta nº 1/2014, do CNPCC e do CNCD/LGBT entrou em vigor para que essa população, em teoria, passasse a ter uma condição de vida melhor nos estabelecimentos prisionais. Mesmo não sendo uma lei sancionada, obrigando os estabelecimentos prisionais a cumprirem suas determinações e estabelecendo sanções em caso de descumprimento, esta Resolução já faz com que esses indivíduos comecem a ser notados pela sociedade e, assim, não sejam simplesmente esquecidos a partir do momento em que dão entrada nos presídios.

Referida Resolução trouxe uma série de direitos aos LGBTs que eram desrespeitados e agora têm visibilidade nacional. A partir de tal Resolução, ficaram garantidos o direito ao uso de roupas e à manutenção dos cabelos de acordo com sua identidade de gênero, à visita íntima e a espaços de vivência específicos, caso seja o desejo manifestado pelas pessoas travestis e gays em unidades prisionais masculinas. As transferências obrigatórias serão entendidas como violações, mesmo não havendo nenhuma sanção para isso. Também está garantido o direito ao benefício do auxílio-reclusão aos dependentes da pessoa que está presa, podendo ser incluído cônjuge ou companheiro/a do mesmo sexo.

Outro tópico abordado pela Resolução são as celas ou alas específicas a pessoas LGBT. Essa necessidade da criação de celas ou alas específicas deu-se em virtude de que os homossexuais, transexuais e transgêneros sofriam muito preconceito por parte dos outros detentos. Apesar de ser conquista recente a citada cela, é certo que essa população já vem

lutando por isso há muito tempo, uma vez que seus membros eram mantidos na mesma ala que os heterossexuais, sofrendo preconceito e maus tratos de outros detentos e até de funcionários.

Nesse mesmo sentido, em decisão recente, proferida em março de 2021, o Ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, autorizou que presas transexuais e travestis com identidade de gênero feminino tenham direito a optar por cumprir penas em presídio feminino ou masculino, hipótese em que serão mantidas em área reservada, como garantia de segurança. A decisão do Ministro Barroso, em sua teoria, confere dignidade e proteção a esses grupos extremamente vulneráveis e estigmatizados, em especial no ambiente carcerário, e decorre da jurisprudência consolidada do STF no sentido de reconhecimento do direito desses grupos a viver de acordo com sua identidade de gênero e tratamento social compatível com ela e também vai em concordância com o exposto até aqui sobre os avanços que se teve na luta pelos direitos da população LGBTQIA+.

Mesmo diante desse cenário, ainda hoje existe uma baixa disponibilidade de vagas destinadas exclusivamente aos grupos LGBT. Em dados coletados em 2020, apenas 3% dos estabelecimentos (36 cadeias), aproximadamente, têm alas destinadas para a comunidade LGBTQIA+, e outras 100 cadeias possuem celas específicas para essa população, segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN).³

Sendo assim, é fato que mesmo com grandes melhoras em vários aspectos sobre essa questão, e tendo vários estabelecimentos hoje em dia que seguem as diretrizes necessárias, ainda há várias situações de desrespeito à população LGBTQIA+, ferindo assim sua dignidade. Entender o direito à identidade de gênero e à orientação sexual como um direito subjetivo é uma forma de garantir a dignidade da pessoa humana. No caso do ambiente prisional, esta é uma garantia fundamental, pois se trata de um ambiente favorável à vulnerabilização ainda maior dessa população.

4 O SISTEMA NA REALIDADE

Os últimos relatórios do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) revelam que em 2016 a população carcerária no Brasil alcançou o número de 726.712 presos recolhidos em unidades prisionais. A taxa de superlotação do sistema penitenciário apresenta, atualmente, um índice alarmante de mais 197,4% acima de sua capacidade. De acordo com esses dados divulgados, em 2000, havia 137 presos para cada 100

³ Dados coletados em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/fevereiro/TratamentopenaldepessoasLGBT.pdf>

mil habitantes no país, em 2014 essa taxa chegou a 299,7 pessoas e em 2016, 352,6 presos para cada 100 mil pessoas.⁴

Os números apresentados claramente revelam que o sistema carcerário está longe de promover a propalada ressocialização, uma vez que, na verdade, ele está em vias de um colapso, reflexo do momento também experimentado na sociedade contemporânea, que pode ser definido como uma crise histórica sem precedentes que afeta a todos.

Em 2020, o Departamento de Promoção dos Direitos de LGBT elaborou um documento técnico⁵ contendo avaliação sobre o atual cenário do tratamento penal à população LGBT nas prisões do Brasil, visando a produção de dados qualificados sobre o tratamento dessa população em cárcere. Na tentativa de se fazer um mapeamento nacional das pessoas LGBT privadas de liberdade, foi elaborado um questionário *online* enviado à todas as unidades prisionais do Brasil, sendo a adesão dependente das administrações penitenciárias de cada Estado. No total, foram 508 unidades respondentes de um total de 1499 estabelecimentos prisionais no Brasil, segundo dados do mais recente Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, com dados até julho de 2016.

Nessa pesquisa, foi constatado que nessas 508 unidades que responderam, 106 unidades, todas masculinas, indicaram que dispõem de um espaço designado para realizar a custódia de homens cisgêneros homossexuais, bissexuais, travestis e mulheres trans. Foi relatado também que, dentre esses estabelecimentos, tem-se 2.523 pessoas LGBT em unidades masculinas – 1.333 gays, 572 bissexuais, 455 travestis e 163 transexuais – e 2.225 em unidades femininas – 1.356 lésbicas, 866 bissexuais e 3 transexuais.

Infelizmente, devido à natureza dos dados e à dificuldade de se garantir homogeneidade da amostra e a padronização do procedimento de coleta de dados, os dados quantitativos de pessoas LGBT nas prisões do Brasil não pode ser utilizado como instrumento de censo. Não há como garantir que todas as pessoas LGBT nas unidades prisionais respondentes foram efetivamente consultadas. Tampouco é possível dizer que os LGBT que, de fato, foram consultados, gozavam de ampla liberdade para declarar sua sexualidade e sua identidade de gênero sem risco de sanções tanto administrativas, quanto por parte dos outros internos.

Parte-se do pressuposto do estado de precarização generalizada do sistema prisional no Brasil. Com isso, o plano de fundo de qualquer medida a ser adotada para esse tipo de instituição

⁴ Dados coletados em: <https://dados.mj.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>

⁵ Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/fevereiro/TratamentopenaldepessoasLGBT.pdf>

deve ser uma ampla reforma tanto material, nas prisões em termos físicos, quanto no pensamento punitivo e nas formas de punir. Dito isso, é visto claramente que a população LGBT além de sofrer com o desgaste desse sistema sofrem também com a falta de preparo deste para lidar com suas diversidades. Portanto, é de grande urgência trazer medidas de impactos mais imediato, na tentativa de garantir a integridade da pessoa LGBT privada de liberdade.

4.1 Ativismo judicial estruturante como uma maneira de garantir os direitos da população LGBTQIA+ no sistema carcerário

O Estado brasileiro, a par das inúmeras violações a direitos humanos, vivenciadas diariamente no sistema penitenciário, agravadas principalmente pela superlotação, não apenas ignora tal realidade, como emite sinais claros de que pretende adotar (ou pelo menos tentar adotar) medidas que vão ao encontro da política de encarceramento em massa, tais como a redução da atual menoridade penal, e a extinção de direitos como progressão de regime e saídas temporárias. Em seu programa de governo, o atual Presidente deixa claro o que na sua percepção é a saída para reduzir os homicídios, roubos, estupros e outros crimes no país: prender e deixar preso.

Como visto no capítulo anterior, a população LGBT em situação de prisão enfrenta, em virtude de sua orientação sexual ou identidade de gênero, desafios e violações de direitos adicionais em relação aos demais presos, e mesmo com as conquistas já alcançadas, é notório que persistem no sistema carcerário brasileiro violações sistemáticas de direitos humanos até daquilo que teoricamente já foi conquistado. De forma geral, mesmo considerando a existência da resolução nacional, além das recomendações feitas por entidades internacionais, o recolhimento e o tratamento penal de LGBT's ainda são realizados de forma casuística. Em outras palavras, não existem parâmetros de regularidade instituídos que resguardecam a integridade e o respeito às especificidades dessa população, tampouco que sirvam de orientação para os próprios agentes penitenciários.

Efetividade nas decisões judiciais é o mínimo que a sociedade atual almeja. De nada adianta obter o direito se não consegue implementá-lo. Observa-se que uma parte fundamental em falta no âmbito jurídico brasileiro são decisões estruturantes determinantes para confirmar a efetividade de políticas públicas, através do ativismo judicial. Decisões estruturais são aquelas que buscam implantar uma reforma estrutural em um ente, organização ou instituição, com o objetivo de concretizar um direito fundamental ou realizar uma determinada política pública. Desse modo, o processo em que elas se constroem é chamado de processo estrutural. Essas decisões são formuladas na premissa de que a ameaça ou a lesão que as organizações

burocráticas representam para a efetividade das normas constitucionais não pode ser eliminada sem que essas organizações sejam reconstruídas.

É comum deparar-se com normas jurídicas de conteúdo aberto, em que seu preceito somente indica um resultado a ser alcançado, sem estruturar o modo como se deve alcançar esse resultado. Percebeu-se que a emissão de ordens ao administrador, estabelecendo objetivos genéricos, não era suficiente para alcançar os resultados desejados. Nesse ponto, constatou-se que o juiz precisaria se envolver no cotidiano da instituição, cuidando de minúcias de seu funcionamento, ou teria que se conformar com a ineficácia de sua decisão. Sendo assim, vê-se que é cada vez mais necessário decisões estruturais com conteúdos complexos de forma que se efetive os direitos que elas tutelam.

Ainda que de maneira tímida, já aparecem alguns exemplos de decisões estruturais no ordenamento brasileiro. Esse surgimento, aliás, era de ser esperado, na medida em que esses provimentos são uma necessidade de qualquer sistema que pretenda lidar com casos complexos, especialmente ligados ao Poder Público e a políticas públicas. Como exemplo, pode-se citar a decisão que, visando à concretização do direito de locomoção das pessoas portadoras de necessidades especiais, estabelece um plano de adequação e acessibilidade das vias, dos logradouros, dos prédios e dos equipamentos públicos de uma determinada localidade.

A conceituação dessas decisões nasceu da necessidade de desenvolvimento do direito constitucional, tendo a Suprema Corte Norte-Americana identificado inúmeros direitos materiais cuja efetivação só poderia ocorrer com a supervisão judicial, como, por exemplo, no caso trabalhado em questão, para verificar se os direitos humanos de LGBTs são respeitados em prisões. Importante salientar que mesmo essa figura ter nascido no *Common Law*, ela pode ser facilmente aplicada no sistema brasileiro do *Civil Law*, buscando uma efetividade máxima da decisão.

Resta evidente que para determinadas mudanças no sistema não basta uma mera decisão genérica sem antes reestruturar as instituições de modo que o objetivo seja concretizado. O que se busca com as medidas estruturantes nada mais é que o melhor atendimento das necessidades da sociedade, de maneira que o judiciário contribua de forma efetiva para a modificação da sociedade.

Sendo assim, nesse ponto, parte-se da premissa pela defesa do ativismo judicial, já que este cresce na mesma proporção em que os outros Poderes não conseguem criar estratégias que possam modificar o ambiente em prol de uma minoria.

O ativismo decorre do poder que o ordenamento jurídico concede à sociedade para a busca de políticas públicas quando o Executivo ou o Legislativo não cumprem corretamente o

seu papel. Não há que se falar, dessa forma, de ofensa à separação dos poderes, sendo necessária a atuação do Poder Judiciário para a completude deôntica do modelo garantista nos casos de omissão ou inconstitucionalidade dos demais poderes, em favor dos vínculos estabelecidos pelos direitos fundamentais e não da mera criatividade do juízo.

Nesse sentido, entendeu o STF:

“Não há violação ao princípio da separação dos Poderes quando o Poder Judiciário determina ao Poder Executivo estadual o cumprimento do dever constitucional específico de proteção adequada dos adolescentes infratores, em unidade especializada, pois a determinação é da própria Constituição, em razão da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (art. 227, §1º, V, CF/88). A proibição da proteção insuficiente exige do Estado a proibição de inércia e omissão na proteção aos adolescentes infratores, com primazia, com preferencial formulação e execução de políticas públicas de valores que a própria Constituição define como de absoluta prioridade. Essa política prioritária e constitucionalmente definida deve ser levada em conta pelas previsões orçamentárias, como forma de aproximar a atuação administrativa e legislativa (Annäherungstheorie) às determinações constitucionais que concretizam o direito fundamental de proteção da criança e do adolescente.” (Pedido de suspensão de liminar nº 235, Rel. Min. Gilmar Mendes).

É fato que se precisa de um sistema jurídico maduro o suficiente para compreender a necessidade de revisão da ideia de “separação dos poderes”, percebendo que não há Estado contemporâneo que conviva com a radical proibição de interferência judicial nos atos de outro ramo do Poder Público. Hoje, como se mostrou anteriormente, já é sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal o controle de políticas públicas pelo judiciário, especialmente em atenção aos direitos fundamentais. Contudo, mesmo tendo campo abundante para isso, existem diversos questionamentos sobre a aplicação desse instituto que no momento não convém à discussão do presente trabalho, já que se revela que a atuação do Poder Judiciário ocorre legitimada por uma disfunção política e não por uma atividade política.

É importante salientar que a complexidade do ativismo judicial se revela na forma como se manifestam essas decisões. Existem diferentes dimensões que esse ativismo pode agir, contudo o que se faz mais importante no contexto do presente trabalho se trata do ativismo estrutural.

Nessa dimensão, o juiz ativista acredita que todas as decisões e omissões relevantes dos outros poderes estão sujeitas ao controle de legitimidade constitucional. Com isso os juízes acusam omissões estatais a configurarem falhas estruturais; apontam a ineficiência ou mesmo inexistência de políticas públicas e relacionam a violação massiva de direitos fundamentais a essas falhas; determinam sejam formuladas normas e ações administrativas dirigidas à superação da proteção deficiente de direitos fundamentais; direcionam a alocação de recursos

orçamentários; monitora a implementação das políticas determinadas, controlando o sucesso dos resultados das ordens que formula. Enfim, as cortes assumem funções tipicamente legislativa e administrativa.

As decisões estruturais, frutos da atividade jurisdicional criativa, levam à conclusão de que, a partir da legitimação estatal para atuar em conflitos típicos do Estado moderno, o apego irrestrito à legislação escrita assume papel secundário e insuficiente. Isso tudo abre espaço para que o magistrado adote a providência que considerar mais adequada ao caso concreto, esteja ou não expressamente prevista no texto legal. Logo, o argumento de inexistência de procedimento específico expresso não encontra respaldo apto a impedir as decisões estruturais.

Dito isso, resta evidente que é preciso tratar a problemática em questão com um ativismo judicial estrutural, visto a evidente falha dos outros Poderes em regular esse campo, de forma que o Judiciário analise de perto cada caso, para concretizar direitos da população LGBT em cárcere e que esses direitos sejam devidamente efetivados com mecanismos de monitoramento efetivos e com isso tenha o efeito prático necessário.

Partindo dessas premissas, no caso tratado em questão, é certame que o tema das pessoas LGBT privadas de liberdade já circula em diferentes campos do social. Nas gestões municipais, estaduais e federal, na academia e até na ponta da administração penitenciária.

Muito se discute acerca do tema, mas vê-se que mesmo com as (poucas) conquistas é difícil uma concretização dos direitos sem mudar o sistema como um todo. As dificuldades se iniciam quando já encontra dificuldade em relação ao monitoramento dessa população e até mesmo com a metodologia de identificação das pessoas LGBTQIA+ em sua ampla diversidade. Ao realizar monitoramento, em termos de censo, por exemplo, dessa população é preciso sempre levar em consideração que algumas pessoas procuram ativamente passar despercebidas enquanto LGBT no contexto prisional. Este é um ponto de inflexão que confere importância às políticas prisionais de criação de celas/alas para LGBT.

Um ambiente, em certa medida, seguro proporciona um campo de coleta de dados mais controlado e, portanto, números mais precisos. É crucial compreender que o relato que alguém dá de si mesmo, ou seja, a possibilidade de dizer de si e ser reconhecido, nesse caso, como LGBT não é algo que está inteiramente nas mãos do indivíduo. Dito isso, fica claro que um monitoramento mais fidedigno ocorre quando as pessoas LGBT possuem condições materiais (de segurança e de preservação da sua integridade) e também subjetivas (conhecer as categorias que estão sendo indagadas) para realizar a autodeclaração de gênero e/ou de sexualidade.

Por tudo exposto, observa-se que para a concretização dos direitos humanos da população LGBTQIA+ nos sistemas carcerários se faz de extrema necessidade um ativismo

judicial por meio de decisões estruturantes para analisar de perto a situação precária que passa essa parte da população em situação de cárcere e conseguir realizar de fato uma mudança benéfica para os mesmos. Resoluções, orientações ou qualquer medida desse tipo, embora sejam iniciativas a serem celebradas e que certamente tem impacto na vida dessas pessoas, não tem impacto institucional que garanta seu cumprimento. O risco é generalizado e evidente, e esse tipo de percepção exige, com requintes de urgência, ações concretas e duradouras que garantam a sobrevivência dessas pessoas, bem como atenção de perto às demandas específicas dessa população.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo científico buscou tratar acerca da população LGBTQIA+ em situação de cárcere, pesquisando seus direitos no sistema carcerário e como eles são tratados na realidade. É evidente no nosso ordenamento como se encontra precário o respeito aos direitos humanos da população carcerária como um todo. Com isso se faz mister analisar como a população LGBT, população esta já fragilizada em uma sociedade preconceituosa, vem sendo tratada.

Foi abordado ao longo do artigo o motivo da criação do sistema carcerário e em qual contexto ele foi inserido no ordenamento brasileiro. Além disso, também foi constatado as dificuldades que a população LGBTQIA+ enfrentam a décadas, não só no Brasil como no mundo todo. Ao longo dos anos, foram muitos direitos conquistados, mas vê-se que a caminhada ainda é longa para a conquista de todos seus direitos.

Embora inseridos no contexto de um Estado Democrático, estamos diante de tempos em que se precisa reafirmar nossos direitos mesmo os direitos já conquistados. Também se faz de extrema necessidade que o Poder Judiciário exerça seu trabalho de forma efetiva e clara, supervisionando os demais poderes para que os direitos já conquistados sejam efetivados e não só fiquem no papel.

Inevitável concluir, sob esta linha, que mesmo com o tema das pessoas LGBTQIA+ privadas de liberdade já circular em diferentes campos do social, é inevitável um conhecimento mais aprofundado das pessoas que concretizam os direitos conquistados e uma maior fiscalização das autoridades para um efetivo monitoramento de como essa população vem sendo tratada para, com isso, poder elaborar soluções de acordo com a realidade de cada um.

6 REFERÊNCIAS

- ALBEGARIA, Jason. **Manual de direito penitenciário**. Rio de Janeiro: Aide, 1993
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BOBBIO, N. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995b [1960].
- BOBBIO, N. **A era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004 [1989].
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília de 1988.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da Inconstitucionalidade por Omissão ao “Estado de Coisas Inconstitucional”**. Dissertação (Doutorado em Direito – Universidade do Estado do Rio de Janeiro), Rio de Janeiro, 2015.
- CARVALHO, Márcia Dometila Lima. **Fundamentação constitucional do direito penal**. Porto Alegre: Fabris, 1992.
- CHIAVERINI, Tatiana. **Origem da pena de prisão**. 2009. Dissertação (Mestrado em Filosofia do Direito – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo), São Paulo, 2009.
- DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA; Rafael Alexandria de; ZANETI JR., Hermes. **Notas sobre as decisões estruturantes**. Civil Procedure Review, v.8, n.1: 46-64, jan.-apr., 2017.
- FÁBIO, André Cabette. **A trajetória e as conquistas do movimento LGBTI+ brasileiro**. 2017. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/explicado/2017/06/17/A-trajetoria-e-as-conquistas-do-movimento-LGBTI-brasileiro>>. Acesso em: 02 dez. 2021
- FERREIRA, Daniel Rogers de Souza. **Ousar dizer o nome movimento homossexual e o surgimento do GRAB no Ceará**. 2003. 106f. Monografia (Graduação em Serviço Social) – Universidade Estadual do Ceará, Fortaleza, 2003.
- GONÇALVES, Antônio Baptista. **STF e a criminalização da homofobia**. 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/319644/stf-e-a-criminalizacao-da-homofobia>>. Acesso em: 02 dez. 2021

LAMOUNIER, Gabriela Almeida Moreira. **Gêneros Encarcerados: uma análise transviada da política de Alas LGBT no Sistema Prisional de Minas Gerais**. 2018. 221 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Psicologia, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018.

MARCIAL, Fernanda Magalhães. **Os direitos humanos e a ética aplicada ao sistema penitenciário**. Jus Navigandi, Rio de Janeiro, ano 8, n. 132, nov./2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4458/>>. Acesso em: 09 nov. 2021.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica: As origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MOTTA, Manoel Barros da. **Crítica da Razão Punitiva: Nascimento da Prisão no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CÔRTEZ; Victor Augusto Passos Villani. **As Medidas Estruturantes e a Efetividade Das Decisões Judiciais no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume XIII. 2014.

ROLIM, Marcos. **Prisão e ideologia limites e possibilidade para a reforma prisional no Brasil**. Revista de Estudos Criminais, n. 12, Rio Grande do Sul, 2003.

SANTOS, Fábio. **Homossexualidade não é doença segundo a OMS: entenda**. 2011. Disponível em: <<http://saude.terra.com.br/ha-21-anos-homossexualismo-deixou-de-ser-considerado-doenca-pela-oms,0bb88c3d10f27310VgnCLD100000bbcecb0aRCRD.html>>. Acesso em: 28 nov. 2021.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 4. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2010.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **Homofobia e violência doméstica**. In: DIAS, Maria Berenice. (Coord.). A diversidade sexual e o direito homoafetivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 495-499.

SPENCER, Colin. **Homossexualidade: uma história**. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1999.

THE ECONOMIST. **The gay divide**. Out./2014. Disponível em: <<http://www.economist.com/news/leaders/21623668-victories-gay-rights-some-parts-world-have-provoked-backlash-elsewhere-gay>>. Acesso em: 12 dez. 2021.

PLATÃO. **As Leis**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.