



**UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
FACULDADE DE DIREITO**

JÉSSICA SERAFIM CORREIA

**O SISTEMA PRISIONAL E A POPULAÇÃO VULNERÁVEL: UMA ANÁLISE DA
NECESSÁRIA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS PESSOAS
TRANSGÊNERO NO CÁRCERE**

Salvador - Bahia
2021

JÉSSICA SERAFIM CORREIA

**O SISTEMA PRISIONAL E A POPULAÇÃO VULNERÁVEL: UMA ANÁLISE DA
NECESSÁRIA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS PESSOAS
TRANSGÊNERO NO CÁRCERE**

Apresentação de artigo científico como requisito elementar para a obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador.

Orientador: Prof. Dr. Marcos Luiz Alves de Melo.

Salvador - Bahia

2021

O SISTEMA PRISIONAL E A POPULAÇÃO VULNERÁVEL: UMA ANÁLISE DA NECESSÁRIA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS PESSOAS TRANSGÊNERO NO CÁRCERE

Jéssica Serafim Correia¹

Marcos Luiz Alves de Melo²

Resumo: O cárcere é utilizado como um mecanismo poderoso de manutenção da estratificação social, desrespeitando e isolando quem é considerado transgressor das normas morais e jurídicas. Em razão disso, o presente artigo tem como objetivo geral a exposição e o entendimento acerca do sistema prisional brasileiro, suas irregularidades e seu tratamento com a população transgênero. No rol de objetivos específicos, busca analisar de que forma o ordenamento jurídico pode sanar ou amenizar os equívocos cometidos, a fim de garantir a efetividade de seus direitos fundamentais, bem como assegurar sua integridade física, psíquica e moral. Como metodologia, tem natureza, predominantemente, bibliográfica, tendo em vista o levantamento de fontes como livros, artigos, jurisprudências e dispositivos legislativos para analisar o caso concreto, caracterizando-se por ser, essencialmente, qualitativo.

Palavras-chave: Sistema prisional. Direitos. População vulnerável. Transgêneros.

Abstract: Prison is used as a powerful mechanism of maintenance of social stratification, disrespecting and isolating those who are considered transgressors of moral and legal norms. As a result, this article has as its general objective the exposure and understanding about the Brazilian prison system, its irregularities and its treatment with the transgender population. In the list of specific objectives, it seeks to analyze how the legal system can soften or mitigate the mistakes committed, in order to ensure the effectiveness of its fundamental rights, as well as ensure its physical, psychic and moral integrity. As a methodology, it has a predominantly bibliographical nature, with a view to the survey of sources such as books, articles, jurisprudence and legislative provisions to analyze the specific case. It is characterized by being, essentially, qualitative.

Keywords: Prison system. Rights. Vulnerable population. Transgenders.

¹Graduanda do curso de Direito da Universidade Católica do Salvador (UCSAL). E-mail: jessica.correia@ucsal.edu.br

² Doutor em Direito pela Universidad del Museo Social Argentino – UMSA. Especialista em Docência Universitária pela Universidade Católica do Salvador/BA, Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia, Professor em Penal e Processo Penal na Faculdade de Direito da Universidade Católica do Salvador/BA, Advogado Criminalista. (UCSAL). E-mail: marcos.melo@pro.ucsal.br

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. CONTEXTO HISTÓRICO E O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO; 2.1 A SOCIOLOGIA DA PRISÃO E O CONTROLE SOCIAL ATRAVÉS DA SANÇÃO PENAL; 2.2 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL. 3. A TRANSGENERIDADE NO SISTEMA PENITENCIÁRIO DO BRASIL; 3.1 CONCEITOS NORTEADORES E ESPECIFICIDADES NA IDENTIFICAÇÃO DA POPULAÇÃO LGBT+; 3.2 CRUELDADE E CRUEZA DO BINARISMO SEXUAL NA PRISÃO; 3.3 A “PROBLEMÁTICA” DA IDENTIDADE DE GÊNERO NO CÁRCERE. 4. A NECESSÁRIA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS DA POPULAÇÃO VULNERÁVEL ENCARCERADA; 4.1 DESAFIOS E ALTERNATIVAS NO TRATAMENTO DA POPULAÇÃO TRANSGÊNERO. 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 6. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O direito surgiu da necessidade de se regular as relações humanas, a fim de se conviver em harmonia na coletividade, impedindo o caos, a desordem e o “estado de natureza” do indivíduo, buscando alcançar o bem comum e o ideal de justiça. Desde os primeiros modelos de civilizações e até os tempos hodiernos, o direito, bem como suas respectivas áreas, vem evoluindo e se adaptando às mudanças socioeconômicas, culturais e políticas de cada corpo social. É correto dizer, portanto, que o direito reflete a sociedade e esta, por sua vez, também reflete o direito. No âmbito penal, foco do presente trabalho, a cronologia traz as transformações institucionais sofridas em decorrência das regras, normas e códigos acerca das formas de repressão e sanção penal.

Assim, a pena surge como um instrumento de punição do Estado àqueles considerados “transgressores” das normas jurídico-políticas, isto é, pessoas que apresentavam uma conduta moral reprovável perante a sociedade. Originando-se nos suplícios corporais, no domínio sobre o corpo até a garantia do devido processo legal e das penas privativas ou restritivas de liberdade, atualmente, “mudando a relação castigo-corpo”, como discorre Michel Foucault (1987); apesar disso, o corpo

nunca deixou de ser o alvo da pena. Antes, era visto como o destinatário/ objeto; hoje, como o intermediário, o instrumento.

No Brasil, é a partir do século XIX que se começa uma “reforma” no sistema punitivo, introduzindo-se a pena de prisão também como resultado da punição - não só como meio ou custódia. Todavia, desde aqueles tempos, todo o sistema carcerário é feito e pensado sob uma lógica cisgênero e heteronormativa, negando e invisibilizando a pluralidade social existente. O produto disso vem a ser um sistema que, por mais que esteja inserido em um Estado Democrático de Direito – que busca assegurar e proteger os direitos e garantias fundamentais, ainda é um local de exclusão e descaso que carece de políticas públicas em muitos aspectos. É altamente punitivista, cruel e desumano, subjugando quem ali se encontra.

Hoje em dia, o sistema penitenciário brasileiro é voltado ao binarismo de gênero, ou seja, à dicotomia convencional (homem/mulher cisgênero) no cárcere. No entanto, mesmo com os avanços sociais e as “novas sexualidades e identidades de gênero”, frutos de muita luta, o ordenamento jurídico ainda é omissivo e apresenta várias brechas. A população transgênero sofre ainda mais preconceito e marginalização se comparada com a população cisgênero.

Essas nomenclaturas dizem respeito à identidade de gênero de uma pessoa. Entende-se por “cisgênero” alguém que se identifica com o sexo que lhe foi atribuído no nascimento; já um “transgênero” é uma pessoa que não identifica o seu gênero com o sexo biológico com o qual nasceu. Historicamente, a população composta por pessoas transgênero se mostra em situação de vulnerabilidade e exclusão, simplesmente por transcenderem padrões sociais impostos por uma sociedade conservadora e arcaica que violenta e marginaliza, incapaz de respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana.

O produto final do exercício do poder de punir do Estado é, em muitas situações, a prisão, como forma de controle social. Se visto sob a ótica da sexualidade e do gênero, a situação é ainda pior. Mesmo que a prisão contenha quem teve a sua conduta jurídica e moral reprovada, o cárcere também reproduz a mesma realidade social exterior, tendo em vista que é uma “realidade paralela”. Portanto, muitos preconceitos e muitas discriminações também são reproduzidos na prisão e, como a justiça brasileira não tem pacificado o entendimento acerca da

identidade de gênero, o enquadramento de pessoas “trans” no sistema penitenciário brasileiro ainda é problemático.

O presente estudo visa, portanto, apresentar os desafios sofridos pela população transgênero no ordenamento jurídico penal brasileiro e explorar alternativas para que se façam cumprir os direitos negados, onde: no primeiro capítulo será abordado o sistema prisional brasileiro e de que forma o pacto social interfere na política criminal penitenciária; o segundo capítulo trará as especificidades desta população vulnerável e a sua inserção no cárcere; já o terceiro capítulo explorará a proteção dos direitos e o devido tratamento aos transgêneros, evidenciando as garantias fundamentais a serem asseguradas.

2. CONTEXTO HISTÓRICO E O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

O direito penal e, conseqüentemente, as penas sempre estiveram presentes na vida em sociedade, ainda que nas mais primitivas, chegando, inclusive, a ser impossível datar com exatidão o marco inicial da sanção penal. Nas primeiras civilizações, na Antiguidade, a pena assumia um caráter religioso, a fim de se aplacar a “fúria dos deuses ou de Deus” ou, ainda, como forma de “expição da culpa” do delito cometido (incutindo no imaginário social que era necessário sofrer para reparar as faltas cometidas), sendo delegado às autoridades competentes da época o poder de castigar. Este era exercido através dos suplícios corporais ou da pena de morte. Nesse contexto, o encarceramento era visto como uma forma de custodiar o transgressor da norma, até que se aplicasse a pena cabível.

Na Idade Média, ainda com caráter predominantemente religioso, havia a espetacularização social da pena, onde a execução dos suplícios corporais era feita, muitas vezes, em praça pública, a fim de amedrontar seus cidadãos e implantar no inconsciente destes o medo e a ordem. Na Idade Moderna, por sua vez, começaram a surgir os “institutos de correção” que são os “embriões” das penas privativas de liberdade e, conseqüentemente, das prisões; todavia, os castigos corporais não haviam desaparecido.

Com o Iluminismo, a era da razão, os ideais mais humanos contrastavam com as crenças e as instituições que subjogavam e degradavam os seres humanos,

atacando o sistema vigente e propondo reformas institucionais no direito penal, onde o elemento fundamental passa a ser o pacto social e o crime - não mais o caráter moral ou religioso. A partir do século XIX, as prisões passaram a incorporar os sistemas penais. Portanto, o encarceramento e o aprisionamento, sob uma perspectiva histórica, são “recentes” nas sociedades.

Segundo essa penalidade, o corpo é colocado num sistema de coação e de privação, de obrigações e de interdições. O sofrimento físico, a dor do corpo não são mais os elementos constitutivos da pena. O castigo passou de uma arte das sensações insuportáveis a uma economia dos direitos suspensos. Se a justiça ainda tiver que manipular e tocar o corpo dos justicáveis, tal se fará à distância, propriamente, segundo regras rígidas e visando a um objetivo bem mais “elevado” (FOUCAULT, 1987, p. 15).

Somente em 1830, no Brasil, com o Código Criminal do Império, é que se institui a pena de prisão. Esta passa a ter um papel predominante no rol das penas, apesar de que algumas, como a de morte, ainda eram mantidas. As penitenciárias daquela época careciam de muito investimento e, pela sua precariedade, apresentavam vários problemas; a exemplo de superlotações, mistura de presos já condenados com presos que aguardavam julgamento, má alimentação, assistência médica precária, ambiente inóspito, entre outros.

Infelizmente, mudam-se os tempos, mas permanecem certos problemas. Estes são possíveis de se encontrar, ainda hoje, nas penitenciárias atuais. O que se observa, entretanto, é um agravamento latente das situações supracitadas. Hoje em dia, apesar de existirem verbas destinadas ao sistema carcerário, o investimento feito não se mostra suficiente para atender as demandas necessárias, implicando automaticamente na manutenção precária do estabelecimento penal. Isso contribui para uma segurança falha, seja para o apenado, seja para o agente penitenciário. Consequentemente, com o investimento deficitário, é comum ver, ainda, as superlotações de celas e presídios, resultando em um ambiente degradante e desumano; a não separação dos apenados, muitas vezes, por tipo de delito cometido; pouca oferta de assistência médica e ausência de condições básicas de higiene.

Eis alguns dos motivos pelos quais as políticas criminal e pública são tão questionadas quanto a sua efetividade.

Marcos Melo (2018, p. 73) entende que:

as condições ofertadas para o cumprimento da pena são as piores possíveis, extrapolando inclusive o cerceamento do direito de liberdade (que deveria ser o único atingido pela pena imposta) e atingindo direitos outros para perpetuar uma vingança que visa coibir pelo medo o cometimento de novos delitos.

O direito penal, portanto, deveria ser utilizado como “*ultima ratio*”. Apesar disso, vem sendo aplicado como “*prima ratio*”, servindo (erroneamente) como forma de controle social.

2.1 A SOCIOLOGIA DA PRISÃO E O CONTROLE SOCIAL ATRAVÉS DA SANÇÃO PENAL

A pena de prisão tem seu “nascimento” no século XVIII, a partir do surgimento de ideais humanistas, que iam de encontro às penas de morte e os suplícios corporais na época estabelecidos. Estes castigos, a ideia de “tratar o mal com o mal”, de ter que sofrer para reparar os danos cometidos contra a sociedade, bem como “expurgar o pecado” - frutos da concepção e influência cristã no Estado – não eram compatíveis com as mudanças sociopolíticas e econômicas que se sucediam.

As mudanças econômicas e políticas que abalaram o mundo ocidental no final do século XVIII foram precedidas e acompanhadas por importantes obras de reflexão que tendiam a promover o indivíduo frente ao grupo social e diante do Estado que, por alguns séculos, havia sido constituído com um poderoso soberano à sua frente. Neste contexto de iluminismo e filosofias humanistas (lembre-se dos nomes de Beccaria, Bentham, Rousseau, Voltaire e muitos outros), o sofrimento infligido pela punição corporal tornou-se tão insuportável quanto o absolutismo real. Por outro lado, quando a nascente industrialização exigia cada vez mais trabalho, esses tormentos, ao aniquilar o poder de trabalho representado pelo indivíduo condenado, se revelaram contraproducentes (COMBESSIE, 2018, p. 1, tradução nossa) ³.

³ Les changements économiques et politiques qui ont bouleversé le monde occidental à la fin du XVIII siècle ont été précédés et accompagnés d'importants travaux de réflexion qui tendaient à promouvoir l'individu face au groupe social et face à l'État qui, depuis quelques siècles, s'était constitué avec à sa tête un souverain puissant. Dans ce contexte des Lumières et des philosophies humanistes (rappelons les noms de Beccaria, Bentham, Rousseau, Voltaire et bien d'autres), les souffrances infligées par les châtements corporels devenaient aussi insupportables que l'absolutisme royal. D'autre part, quand l'industrialisation naissante demandait de plus en plus de main-d'œuvre, ces supplices, en anéantissant la force de travail que représentait l'individu condamné, se révélaient contre-productifs (COMBESSIE, 2018, p. 1)

O confinamento mantém ou mesmo reforça o estado de dessocialização da maioria dos litigantes encarcerados (COMBESSIE, 2018, p. 4, tradução nossa) ⁴. Portanto, apesar das mudanças pretendidas, o cárcere não se converte “em um ambiente de recuperação” que virá a coibir ou suprimir futuras transgressões, muito pelo contrário. No cenário brasileiro atual, a prisão vem servindo a diferentes lógicas e objetivos comuns, para que se execute o controle social.

Identificado por Claude Faugeron (apud Combessie, 2018, p. 4), o encarceramento pode ser aplicado utilizando-se três modelos lógicos: o encarceramento de neutralização, ou seja, aquele que busca manter longe os indivíduos que são considerados propensos a prejudicar a sociedade, devido à “periculosidade”; o encarceramento de diferenciação social, isto é, quando há oferta de treinamentos para desenvolvimento de habilidades que busquem garantir um “melhor lugar na sociedade”, assemelhando-se com a ressocialização - vale ressaltar que tal modelo é “eficaz para elites, porém, para os menos favorecidos o benefício é incerto”; e o encarceramento de autoridade, projetado para estabelecer, somente, uma relação de poder, sem o objetivo de pôr um fim às graves perturbações à ordem pública.

Ademais, tais modelos lógicos encontram embasamento em quatro justificativas/teorias das sanções, como elucidada Álvaro Pires (apud Combessie, 2018, p. 5 - 6), sendo estas: a expiação, a dissuasão, a neutralização e a readaptação/reeducação.

A expiação possui relação direta com o ato cometido, com o passado - remetendo, inclusive, às concepções religiosas acerca do castigo divino – deliberando que a pessoa condenada deveria sofrer na “extensão da gravidade do ato cometido”, ou seja, o culpado “compensará o mal” que causou através do seu sofrimento, só assim reparando o problema, associando, por vezes, o “desejo de justiça” com o desejo de vingança. A pena, portanto, se trata de uma expiação.

A dissuasão entende que o papel da sanção será de prevenção, através da intimidação, da ameaça da punição, do castigo infligido aos condenados para que, ao se ver tais sanções aplicadas, o medo fará com que o cidadão se abstenha de

⁴ (...) l'enfermement maintient voire renforce, l'état de désocialisation de la plupart des justiciables incarcérés (COMBESSIE, 2018, p. 4).

transgredir as normas jurídicas. Diferentemente da expiação, a dissuasão não possui cunho reparatório, pois seu enfoque está no porvir.

Por sua vez, a neutralização visa impedir que o condenado cometa novas infrações fora do cárcere, desconfiando e controlando o indivíduo que deve ser neutralizado. Já a readaptação consiste na crença de que o culpado pode melhorar e ser reinserido, se possível, na sociedade, pois a vida no cárcere - em razão do “respeito às regras e aos horários” - refletiria no mundo não prisional, no mundo exterior. Essa teoria é a única que não admite o uso da pena de morte como sanção.

A prisão contemporânea tem como legitimidade a quarta teoria, que justifica as sanções, nascida com o desenvolvimento da pena de prisão (COMBESSIE, 2018, p. 6, tradução nossa) ⁵.

No Brasil, em contrapartida, sabe-se que o encarceramento tende a provocar a dessocialização, na imensa maioria dos casos, ao invés de propiciar a recuperação, a reintegração ao mundo não prisional, devido às condições ultrajantes às quais os presos são submetidos diariamente. Todavia, a configuração da prisão como espaço de encarceramento dos desviantes e punição de seus crimes tem ganhado espaço na concepção da sociedade moderna capitalista, além do espaço historicamente disciplinar do caráter da pena. Essa política de encarceramento em massa reflete, pois, as consequências de uma sociedade capitalista que marginaliza grande parte da população (CUNHA, 2010, p. 2).

De acordo com Vera Malaguti Batista, a questão criminal se relaciona com a posição de poder e as necessidades de ordem de uma determinada classe social (BATISTA, 2018, p. 23). Assim, o que se acompanha hodiernamente na sociedade brasileira é a estrutura dominante de poder determinar sob qual classe incidirá o mecanismo de controle social e as sanções penais, sendo o cárcere uma das “alternativas úteis” para adestrar o indivíduo. Dessa forma, perpetua-se um direito penal pautado na plutocracia e na “seleção natural” onde, segundo Charles Darwin, os mais fortes sobrevivem. Como aniquilar e supliciar os corpos “não é mais possível”, a nova forma efetiva e ideal é o encarceramento.

⁵ La prison contemporaine tient sa légitimité de cette quatrième théorie justificatrice des sanctions, née avec le développement de la peine de prison (COMBESSIE, 2018, p. 6).

É com esse *modus operandi* que a sociedade brasileira sustenta a sua “pirâmide”, utilizando-se do sistema penal seletivo para mirar em populações historicamente vulneráveis, a fim de “manter a ordem social”.

2.2 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

As prisões brasileiras são, em geral, verdadeiros infernos dantescos, com celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos. Homicídios, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos são frequentes, praticadas por outros detentos ou por agentes do próprio Estado. As instituições prisionais são comumente dominadas por facções criminosas, que impõem nas cadeias o seu reino de terror, às vezes com a cumplicidade do Poder Público. Faltam assistência judiciária adequada aos presos, acesso à educação, à saúde e ao trabalho. O controle estatal sobre o cumprimento das penas deixa muito a desejar e não é incomum que se encontrem, em mutirões carcerários, presos que já deveriam ter sido soltos há anos. Neste cenário revoltante, não é de se admirar a frequência com que ocorrem rebeliões e motins nas prisões, cada vez mais violentos (BRASIL, 2015, ADPF n° 347).

Em 2015, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 347 [ADPF 347 (ainda em tramitação)], objetivando o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) face o sistema penitenciário, descrevendo os elementos supracitados como uma das razões para a propositura, tendo em vista que “as mazelas do sistema carcerário brasileiro comprometem também a segurança da sociedade”.

O instituto jurídico do Estado de Coisas Inconstitucional tem como premissa a identificação da existência de “violações generalizadas, contínuas e sistemáticas” dos direitos e garantias fundamentais do ser humano, buscando soluções eficazes para sanar a omissão do poder público frente a massiva violação de direitos das populações vulneráveis. Caracteriza-se, então, pelo grave e permanente desrespeito a um amplo e indeterminado grupo de pessoas; pela omissão reiterada dos órgãos públicos no tocante ao cumprimento de suas responsabilidades – constatando uma falha estrutural; e pela necessária resolução, por parte de vários órgãos e autoridades, a fim de adotar consideráveis mudanças nas matérias alvo desse instituto no ordenamento brasileiro (CUNHA JÚNIOR, 2015).

Em sessão plenária do Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu-se, expressa e unanimemente, o estado de coisas inconstitucional diante do descaso – da União, Estados e Distrito Federal - com os direitos da população carcerária.

Isso implica na urgente necessidade de mudanças estruturais, bem como na melhoria de políticas públicas voltadas, na situação em voga, ao sistema prisional, haja vista que tal cenário é incompatível com a Constituição Federal de 1988 e a Lei de Execução Penal (LEP), bem como com os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que o Brasil é signatário. A ADPF 347 busca, portanto, a

(i) redução da superlotação dos presídios; (ii) contenção e reversão do processo de hiper encarceramento existente no país; (iii) diminuição do número de presos provisórios; (iv) adequação das instalações e alojamentos dos estabelecimentos prisionais aos parâmetros normativos vigentes, no que tange a aspectos como espaço mínimo, lotação máxima, salubridade e condições de higiene, conforto e segurança; (v) efetiva separação dos detentos de acordo com critérios como sexo, idade, situação processual e natureza do delito; (vi) garantia de assistência material, de segurança, de alimentação adequada, de acesso à justiça, à educação, à assistência médica integral e ao trabalho digno e remunerado para os presos; (vii) contratação e capacitação de pessoal para as instituições prisionais; (viii) eliminação de tortura, de maus tratos e de aplicação de penalidades sem o devido processo legal nos estabelecimentos prisionais; (ix) adoção de medidas visando a propiciar o tratamento adequado para grupos vulneráveis nas prisões, como mulheres e população LGBT (BRASIL, 2015, ADPF n° 347).

3. A TRANSGENERIDADE NO SISTEMA PENITENCIÁRIO DO BRASIL

O Brasil possui a terceira maior população carcerária mundial perdendo, apenas, para os Estados Unidos e para a Rússia, respectivamente. Contudo, toda a logística que rege o sistema prisional é feita, conforme Marcos Melo, “por homens e para os homens” e termina por negar os direitos e garantias fundamentais a sujeitos de direitos. Por essa razão,

o sistema prisional e a efetividade do processo penal são fatores postos em cheque constantemente e alvos de ferrenhas críticas no seio social, que apontam a morosidade da justiça, o entrave burocrático para prestação jurisdicional, os altos índices de reincidência, a ineficácia das medidas punitivas do nosso ordenamento jurídico, dentre diversos outros fatores (MELO, 2018, p. 24).

Nesse diapasão, “a política criminal aplicada atualmente no Brasil, feita por homens e para os homens, tem característica altamente punitivista e fomenta o uso exacerbado da privação da liberdade como instrumento de controle social” (MELO, 2018, p. 25). Consequentemente, para o corpo social, uma vez que o indivíduo

adentra o mundo prisional, a pessoa encarcerada “deixa de existir”, se tornando “invisível e merecedora” do que venha a lhe acontecer na prisão. Moralmente, o ser humano sofre uma espécie de silenciamento/apagamento da sua identidade social.

3.1 CONCEITOS NORTEADORES E ESPECIFICIDADES NA IDENTIFICAÇÃO DA POPULAÇÃO LGBTPQIA+

A população LGBTPQIA+ sempre existiu e sempre esteve presente na sociedade. Todavia, as tendências hegemônicas do direito canônico, os costumes e as leis civis, durante muitos séculos, influenciaram diretamente o tratamento dado a essas pessoas, sendo consideradas, portanto, como desviantes, transgressoras das normas morais e dos bons costumes.

No decorrer do século eles carregaram sucessivamente o estigma da "loucura moral", da "neurose genital", da "aberração do sentido genésico", da "degenerescência" ou do "desequilíbrio psíquico" (FOUCAULT, 1988, p. 40). Apesar disso, muitos direitos e garantias foram, e são, conquistados, fruto de muita luta das organizações políticas desse movimento. No Brasil, esse movimento começou a se desenvolver na década de 70.

À priori, é necessário saber a diferença entre sexo, gênero, identidade de gênero e orientação sexual.

O sexo diz respeito principalmente à questão biológica, subdividindo-se em “macho”, “fêmea” e “intersexo”; caracteriza-se por conta dos cromossomos e dos órgãos reprodutivos – externos e internos. Já o gênero - erroneamente confundido com o sexo biológico - está associado à autopercepção, às construções sociais e culturais (de masculino e feminino), não às características naturais; é aquilo que a sociedade entende como o comportamento, o papel a ser desempenhado em razão do sexo biológico. O gênero, portanto, vai além do sexo.

A orientação sexual - atração física, romântica ou emocional de uma pessoa para com a outra - está dissociada e não se confunde com a identidade de gênero.

A identidade de gênero, por sua vez, está relacionada ao gênero de identificação de uma pessoa (dentre os papéis normatizados pela sociedade), independentemente da sua questão biológica, podendo estar ou não “alinhada” com

o sexo biológico designado no seu nascimento; isto é, diz respeito a como a pessoa se apresenta socialmente. O termo “cisgênero” é utilizado quando a pessoa identifica seu próprio gênero com o sexo biológico que lhe foi designado no nascimento; já o termo “transgênero”, ou comumente denominado “trans”, diz respeito à pessoa que não se reconhece, não se identifica com o gênero que lhe foi atribuído no nascimento – este termo engloba homens trans, mulheres trans e travestis. Em suma, transgêneros são pessoas que “biologicamente pertencem a um sexo definido, mas psicologicamente pertencem e identificam-se a outro se comportando segundo este” (SOUZA; VIEIRA, 2015, p. 13).

Tudo isso está relacionado com a sexualidade humana; esta, no que lhe diz respeito, é fluida e manifesta-se diferentemente em cada indivíduo. A sigla LGBTPQIA+ (lésbicas; gays; bissexuais; travestis, transexuais ou transgêneros; pansexuais, polisssexuais ou pessoas não binárias; queer; intersexuais; assexuais ou aromânticos) objetiva, portanto, a inclusão, o respeito e a promoção da diversidade de orientações sexuais e identidades de gênero existentes na sociedade.

3.2 CRUELDADE E CRUEZA DO BINARISMO⁶ SEXUAL NA PRISÃO

Michel Foucault (1988, p. 14 e 15) afirma que o desaparecimento dos suplícios corporais culminou no fim dos espetáculos de execução e, conseqüentemente, na extinção do domínio sobre o corpo, tendo em vista que a relação “castigo-corpo” passou a ser objeto de um “sistema de coação e de privação, de obrigações e interdições”. Historicamente, por conseguinte, o sistema carcerário foi projetado por homens e para os homens (MELO, 2018, p. 24), em razão de pesquisas e estudos apontarem que “os homens, na maioria das sociedades ao redor do mundo, são os maiores autores de crimes, tendo quase exclusividade nas infrações mais violentas” (MELO, 2018, p. 30).

Entretanto, quando as mulheres passaram a ganhar mais espaço na sociedade, exercendo funções no mercado de trabalho, por exemplo – o que

⁶ LEVY, Teresa. Crueldade e Cruieza do Binarismo. In: CASCAIS, Antônio Fernando (Org). **Estudos Gays, Lésbicos e Queer**. Lisboa: Fenda, 2004.

reestruturou o domínio patriarcal em certas áreas, houve um crescimento considerável nos crimes cometidos por elas. Apesar disso, a política criminal pouco mudou e continuou com sua atenção voltada ao público masculino, negando e negligenciando, mesmo que excepcionalmente, a tutela penal efetiva às mulheres.

Por conta disso, só a partir do final do século XIX é que a necessidade de existência das prisões femininas foi posta em xeque, vez que as poucas infratoras que eram apenadas em casas de detenção, acabavam partilhando o mesmo prédio da instituição carcerária masculina, separadas apenas por celas, sem a estrutura adequada e vigiadas por guardas também do sexo masculino. Resultado disso era o abuso e a gravidez dessas mulheres, fosse por violência sexual cometida pelos detentos, fosse pelos guardas (MELO, 2018, p. 59).

São relativamente recentes, portanto, as instituições penitenciárias femininas no Brasil que são, sem dúvida alguma, despreparadas e inefetivas, tendo em vista que se transformam “em suplício para as detentas, que veem suas peculiaridades biológicas, psicológicas e sociais ignoradas e os seus direitos suprimidos” (MELO, 2018, p. 36).

Falar de binarismo sexual dentro do sistema penitenciário brasileiro é, portanto, falar da dicotomia “convencional” atrelada ao sexo biológico (leia-se homens e mulheres cisgêneros), inviabilizando a discussão, portanto, do reconhecimento de outras identidades de gênero inseridas no cárcere. Dicotomia essa que demarca uma relação de poder hierarquizada, com fundamento no campo biológico, a fim de justificar, ou ainda apaziguar, a desigualdade e o descaso sofrido pelos transgêneros.

Esse critério biológico e binário, por se ater ao padrão cis normativo, contribui para acentuar a disparidade de tratamento e de direitos e garantias fundamentais da população transgênero. Ademais, o ordenamento jurídico brasileiro, frente a identidade de gênero, ainda é omissivo e violento, por assim dizer, a dignidade da pessoa humana, tendo em vista que se o cárcere não atende as necessidades mais básicas da população cisgênero, tampouco atenderá da população transgênero.

Por essa razão, o enquadramento de pessoas “trans” no sistema prisional é bastante problemático, visto que a todo tempo se busca o apagamento e o silenciamento, como dito anteriormente, da identidade de gênero dos apenados.

3.3 A “PROBLEMÁTICA” DA IDENTIDADE DE GÊNERO NO CÁRCERE

A primeira coisa a se fazer quando se reflete sobre um objeto confuso e multifacetado como o mundo social é perceber as hierarquias de questões mais importantes a serem esclarecidas. Sem isso, nos perdemos na confusão. A questão do poder é a questão central de toda sociedade. A razão é simples. É ela que nos irá dizer quem manda e quem obedece, quem fica com os privilégios e quem é abandonado e excluído. O dinheiro, que é uma mera convenção, só pode exercer seus efeitos porque está ancorado em acordos políticos e jurídicos que refletem o poder relativo de certos estratos sociais. Assim, para se conhecer uma sociedade, é necessário reconstruir os meandros do processo que permite a reprodução do poder social real (SOUZA, 2017, p. 12).

O Brasil é um “projeto” socioeconômico e político bem pensado, arquitetado e executado pelos detentores do poder social real e pela plutocracia. Isso é reflexo de uma questão histórica bastante problemática e excludente. Dessa forma, o cárcere é visto, equivocadamente, por parte da sociedade como uma solução, como a instituição “capaz de resolver tais problemas e de ressocializar”, a fim de invisibilizar a ineficácia e a precariedade das políticas públicas brasileiras. Por não possuir a devida assistência e investimento, além de abrigar os “indesejáveis sociais” (se tornando um verdadeiro “depósito de pessoas”), o sistema penitenciário termina por potencializar a problemática da política criminal do Estado brasileiro.

“A prisão em seu todo é incompatível com toda essa técnica da pena-efeito, da pena-representação, da pena-função geral, da pena-sinal e discurso. Ela é a escuridão, a violência e a suspeita” (FOUCAULT, 1987, p. 134).

O Brasil é o país que mais mata pessoas da comunidade LGBTPQIA+ em todo o mundo. No que tange à população transgênero, as dificuldades já começam extramuros, ou seja, no mundo não prisional. Como que por osmose (figurativamente), o cárcere reproduz os mesmos padrões de comportamento da sociedade, porém de forma mais violenta, tendo em vista que se trata de um ambiente completamente hostil, degradante e desumano que só faz acentuar uma vulnerabilidade já existente.

Falar da estrutura arquitetônica do cárcere é falar de uma estrutura totalmente arcaica e precária, deficiente de manutenção e investimento, que não oferece o mínimo de dignidade para quem ali se encontra. A partir do momento que o indivíduo ingressa no sistema prisional, ele perde sua identidade, “perde seu nome e vira um número”. O apenado passa a ser visto como um objeto, não mais como um sujeito de direitos. Para Marcos Melo (2018, p. 73), as diferenças de tratamento em

razão do gênero é uma questão gritante no sistema de execução penal brasileiro, mesmo após “constantes progressos e aparentes evoluções”.

É comum ver superlotações nos presídios e, conseqüentemente, nas celas que, apesar de possuírem um limite de capacidade, abrigam além desta, bem como possuem péssima ventilação e iluminação. Caracteriza-se como um ambiente que atenta contra os direitos e garantias fundamentais, o que comprova “que o sistema prisional se encontra em estado de falência grave” (FAGUNDES, 2020, p. 46). Tal situação é observada em todos os estabelecimentos penitenciários.

Ademais, é notável a desorganizada distribuição dos presos de acordo com o tipo de delito cometido e com o tipo de regime estabelecido.

De acordo com dados do Levantamento Nacional de Informações Carcerárias (Infopen 2014), apenas 1% dos presídios brasileiros possui ala LGBT; em 86% não há qualquer espaço destinado a este público, 8% não têm informação e apenas 5% possuem cela específica (AGUIAR, 2018).

O tratamento dado à população transgênero está longe de obedecer aos parâmetros estabelecidos na Constituição Federal de 1988, na Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84) e na Resolução Conjunta nº 1 de 2014. Tais dispositivos, infelizmente, são “pra inglês ver”. A realidade, em sua esmagadora maioria, é excludente e cruel.

O artigo 2º da Resolução Conjunta nº 01/2014 dispõe o direito que o apenado possui de ser chamado pelo seu nome social (nome que reflete a identidade de gênero, diferentemente do nome de registro). O que se observa é que, na imensa maioria dos casos, isso não é respeitado. A pessoa “trans” passa, portanto, por uma “dupla perda de identidade”: primeiro por se tornar “um número”, uma estatística do sistema prisional; segundo por não ter seu nome social respeitado e, conseqüentemente, sua identidade de gênero.

Entre todas as violações que o cárcere representa para as pessoas LGBT, evidenciam-se o desrespeito à identidade de gênero e a omissão de sua situação vulnerável. Apesar da Resolução 11 estender o uso do nome social, já garantido pelo Decreto 8.727 (BRASIL, 2016), para o sistema prisional, tal diretriz é desrespeitada, desencadeando uma situação que burocratiza e invisibiliza as necessidades da população LGBT em cárcere (MAGNANI, 2018).

O artigo 3º do diploma supracitado prevê que “em unidades prisionais masculinas, considerando a sua segurança e especial vulnerabilidade, deverão ser

oferecidos espaços de vivência específicos” para travestis, transgêneros e gays, pois

segundo o relatório produzido pelo Centro para o Progresso Americano (ITTC, 2017), uma pessoa transexual ou travesti tem 15 vezes mais chances de sofrer violência sexual dentro do cárcere do que uma pessoa heterossexual e/ou cisgênero (pessoas cujo gênero é o mesmo que o designado em seu nascimento) (MAGNANI, 2018).

Com as superlotações e o desrespeito à separação dos apenados, seja por delito cometido ou tipo de regime, é comum que ocorram estupros, torturas físicas e psicológicas, espancamentos e discriminação.

Sendo assim, não distante da realidade dos estabelecimentos prisionais brasileiros, também no ano de 2015 no estado do Ceará, ocorreu o fato de uma detenta transgênero que ao ser encaminhada para a Audiência de Custódia, implorou em seu relato para não voltar a prisão, e que caso voltasse cometeria suicídio, ela na seguinte situação se encontrava coberta por marcas de espancamento, com náuseas e aos prantos e relatou ainda ao juiz que seu estado era em decorrência de ter passado aproximadamente 20 dias presa na penitenciária masculina de Caucaia/CE, onde foi estuprada e espancada por outros quatro detentos (FAGUNDES, 2020, p. 52).

O encarceramento, por si só, já é causa de estresse, ansiedade e adoecimento psíquico. Quando essas situações de violência e abuso ocorrem, o trauma é ainda maior, ocasionando em muitos casos automutilações e até suicídios.

Do ponto de vista das instituições prisionais, o despreparo para lidar com os efeitos do aumento da população trans com registro civil retificado pode acarretar consequência deletérias para essa população. Por exemplo, um homem trans que tenha realizado a retificação do prenome e do sexo no seu registro civil, uma vez recolhido por um agente da segurança pública, será encaminhado para uma prisão masculina. Apenas reiterando o óbvio, um ambiente repleto de homens cisgênero configura extremo risco para os homens trans, tornando-os alvos dos mais diversos tipos de violência física e sexual (BRASIL, 2020, p.12).

Jéssica Tavares Fagundes retrata em seu livro (2020) um caso de uma mulher transgênero que “se automutilava quando se encontrava no presídio masculino para conseguir chamar atenção dos membros da diretoria”.

[...] era obrigada a ter relação sexual com todos os homens das celas, em sequência. Todos eles rindo, zombando e batendo em mim. Era ameaçada de morte se contasse aos carcereiros. Cheguei a ser leiloada entre presos. Um deles me “vendeu” em troca de 10 maços de cigarro, um suco e um pacote de biscoitos. [...] Fiquei calada até o dia em que não aguentei mais. Cheguei a sofrer 21 estupros em um dia. Peguei hepatite e sífilis. Achei que iria morrer. Sem falar que eu tinha de fazer faxina na cela e lavar a roupa de todos. Era a primeira a acordar e a última a dormir (KIEFER *apud* FAGUNDES, 2020, p. 62 – 63).

No tocante às visitas íntimas para a população transgênero,

Drauzio Varella (2019) em seu vasto estudo em penitenciárias verificou que (...) continua sendo uma verdadeira agressão física a essas pessoas, pois não são dadas, pelo Estado, as condições adequadas para as relações sexuais, propiciando potencialmente a propagação de doenças sexualmente transmitidas.

Em estudo em um dos presídios de São Paulo, Varella (2019) identificou que entre os transexuais que estão presos a mais de 6 anos, 100% deles eram portadores do vírus da AIDS, devendo ser um índice a alarmar as autoridades, porém, não é como foi recepcionado (MAGNANI, 2018).

Ademais, apesar do direito ao acompanhamento médico e psicológico, que por si só já é deficitário, muitas pessoas “trans” sofrem também com o acesso a manutenção do tratamento hormonal que por vezes é inexistente. Em razão disso, sofrem com a “disforia de gênero”, ou seja, uma insatisfação/frustração, um mal-estar entre o “sexo” (isto é, a questão biológica) e a identidade de gênero, podendo vir a causar profundos danos psicofísicos.

As facções criminosas também se mostram como um problema os transgêneros encarcerados.

Aliado com as condições precárias de associação criminosa ao adentrar no cárcere, o transexual também sofre com a mudança de comportamento forçada por essas facções. Pode-se dizer que, em certa medida, o caráter fortemente generificado da punição e dos códigos de conduta da instituição ao mesmo tempo reflete, recria e aprofunda a estrutura generificada da sociedade mais ampla (MAGNANI, 2018).

O trabalho, por sua vez, já é bastante escasso no sistema carcerário; quando ofertado, por conta da discriminação que sofrem, a oportunidade é quase que nula, fazendo com que seja um dos grupos que menos trabalha no sistema prisional. Vale ressaltar que esses são só alguns dos muitos problemas enfrentados.

Também “são comuns os relatos de alimentação de péssima qualidade e a dificuldade de acesso à vestimenta nos casos de unidades prisionais que não fornecem uniforme, por exemplo [...]” (DEPARTAMENTO DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DE LGBT, 2020, p. 25).

É até possível dizer que a população transgênero se configura como “os invisíveis do cárcere”. Os diplomas legais supracitados existem, na teoria; na prática, a diferença entre a existência e a efetividade/cumprimento é abismal. O cárcere brasileiro, principalmente para as pessoas “trans”, é uma verdadeira afronta aos direitos humanos e às garantias fundamentais. “Em outras palavras, não existem parâmetros de regularidade instituídos que resguardem a integridade e o respeito às

especificidades dessa população [...]” (DEPARTAMENTO DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DE LGBT, 2020, p. 13).

4. A NECESSÁRIA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS DA POPULAÇÃO VULNERÁVEL ENCARCERADA

Os direitos humanos vêm passando por consideráveis mudanças evolutivas ao longo do tempo. Desde os modelos de civilizações mais antigas, a existência de populações vulneráveis (leia-se em situação de risco, em estado de fragilidade) nas sociedades é real - em razão de uma complexidade de fatores - pois nem sempre os direitos e liberdades foram garantidos para todos. Para certos grupos – sociais, religiosos, políticos e culturais - os direitos e garantias eram (e ainda são) motivo de certo descaso, sendo constantemente cerceados, violados e atacados.

Por conta disso, observou-se a crescente necessidade de um processo de conhecimento e reconhecimento de direitos, a fim de se proteger o ser humano e a sua dignidade. O reconhecimento desses direitos é resultado de profundas transformações sociais e culturais que, por muitas vezes, abalaram a estrutura sociopolítica e econômica estabelecida em cada período. Portanto, "para se entender os direitos humanos reconhecidos em determinada época, faz-se necessária a compreensão do contexto em que eles foram conquistados" (ZARO, 2013, p. 14).

Na sociedade brasileira, a vulnerabilidade se associa diretamente com fatores sociais, políticos, econômicos e/ou culturais. Indígenas, negros, mulheres, pobres, portadores de deficiência, apenados e pessoas da população LGBTPQIA+ são alguns dos exemplos que, apesar de históricos, infelizmente, ainda são contemporâneos. No entanto, com a “redemocratização do Brasil” - após o longo período ditatorial militar, regime de exceção e censura das instituições nacionais - e com a promulgação do texto constitucional em 1988, os direitos e garantias fundamentais foram positivados e consagrados na sociedade brasileira, a fim de “combater essa vulnerabilidade” e assegurar a proteção e o

exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na

harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988, preâmbulo).

Para a população prisional, a salvaguarda dos direitos humanos e das garantias fundamentais é mais que necessária, tendo em vista o cárcere ser um local que contém pessoas vulneráveis, com escassez de políticas públicas efetivas e de dignidade humana. No entanto, ainda que existam dispositivos legais dotados de imperatividade, a aplicação destes ainda se mostra um desafio.

4.1 DESAFIOS E ALTERNATIVAS NO TRATAMENTO DA POPULAÇÃO TRANSGÊNERO

De acordo com o art. 3º da Lei de Execução Penal (LEP - 7.210/84), “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”, sem qualquer distinção. Isso significa que, apesar de cerceado o direito de ir e vir, o encarceramento não afasta os direitos e garantias fundamentais inerentes e indisponíveis do ser humano, tendo em vista o Brasil ser um Estado Democrático de Direito que preza pela dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88); pela promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV, CF/88); e pela prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II, CF/88). Sendo assim:

Art. 40 - Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

I - alimentação suficiente e vestuário; II - atribuição de trabalho e sua remuneração; III - Previdência Social; IV - constituição de pecúlio; V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado; X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; XI - chamamento nominal; XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena; XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento; XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito; XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes; XVI - atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente. (Incluído pela Lei nº 10.713, de 2003)

Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento (BRASIL, 1984, Lei de Execução Penal).

Apesar disso, o que se observa na prática está muito aquém do que está previsto nas normas, chegando “a ser um lugar-comum a afirmação de que o nosso sistema prisional é bárbaro, desumano e trata como menos que gente a população encarcerada no país” (BRASIL, 2015, ADPF 347). Diante dos problemas enfrentados, já citados no presente trabalho, não resta dúvida que há urgência na mudança do tratamento ofertado aos transgêneros.

Os princípios de Yogyakarta, documento internacional que trata de “normas de direitos humanos e de sua aplicação a questões de orientação sexual e identidade de gênero” - tendo o Brasil como signatário, traz parâmetros a serem seguidos pelos Estados, a fim de garantir um tratamento mais humanitário e respeitoso pela dignidade humana de todos. O princípio nove estabelece, portanto, que os Estados deverão:

a) Garantir que a detenção evite uma maior marginalização das pessoas motivada pela orientação sexual ou identidade de gênero, expondo-as a risco de violência, maus-tratos ou abusos físicos, mentais ou sexuais; b) Fornecer acesso adequado à atenção médica e ao aconselhamento apropriado às necessidades das pessoas sob custódia, reconhecendo qualquer necessidade especial relacionada à orientação sexual ou identidade de gênero, inclusive no que se refere à saúde reprodutiva, acesso à informação e terapia de HIV/Aids e acesso à terapia hormonal ou outro tipo de terapia, assim como a tratamentos de reassignação de sexo/gênero, quando desejado; c) Assegurar, na medida do possível, que todos os detentos e detentas participem de decisões relacionadas ao local de detenção adequado à sua orientação sexual e identidade de gênero; d) Implantar medidas de proteção para todos os presos e presas vulneráveis à violência ou abuso por causa de sua orientação sexual, identidade ou expressão de gênero e assegurar, tanto quanto seja razoavelmente praticável, que essas medidas de proteção não impliquem maior restrição a seus direitos do que aquelas que já atingem a população prisional em geral; e) Assegurar que as visitas conjugais, onde são permitidas, sejam concedidas na base de igualdade a todas as pessoas aprisionadas ou detidas, independente do gênero de sua parceira ou parceiro; f) Proporcionar o monitoramento independente das instalações de detenção por parte do Estado e também por organizações não-governamentais, inclusive organizações que trabalhem nas áreas de orientação sexual e identidade de gênero; g) Implantar programas de treinamento e conscientização, para o pessoal prisional e todas as outras pessoas do setor público e privado que estão envolvidas com as instalações prisionais, sobre os padrões internacionais de direitos humanos e princípios de igualdade e não-discriminação, inclusive em relação à orientação sexual e identidade de gênero (PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, 2006, p. 17).

No entanto, para assegurar tais medidas, é necessário que se repense toda a estrutura punitivista brasileira vigente, bem como a estrutura arquitetônica carcerária estabelecida; é necessário que se construa um sistema baseado na reparação e na conciliação, em vez de somente se associar o crime ao castigo, tendo em vista que punir não é a solução para reduzir a criminalidade. É preciso, portanto, buscar penas e tratamentos alternativos para a população carcerária.

As alternativas para alcançar esses resultados envolvem medidas (prisãois e não prisãois) de curto e longo prazo - a exemplo da atualização das leis e do investimento em educação, respectivamente. Ademais, é fundamental o fortalecimento das Defensorias Públicas que, por vezes, são as instituições responsáveis por garantir o acesso à justiça e a cidadania aos mais vulneráveis e aos apenados. No entanto, a negligência do Estado brasileiro e a falta de recursos e investimentos terminam por limitar o estabelecimento de políticas públicas dentro e fora do cárcere. É comum ver, por exemplo, dependentes químicos e indivíduos com transtornos psicológicos, dentre os quais muitos transgêneros, serem encarcerados ao invés de receberem o tratamento adequado – resultado de uma ineficaz política de combate às drogas.

As mulheres são 23,7% do segmento de dependentes, das quais 9,7% estavam grávidas no momento da entrevista, e os transgêneros representam 7,5%. Entre os fatores apontados como os principais que os levaram ao local estão a “disponibilidade da droga” (31,2%), a “segurança entre os pares” (20,4%), o “preço” (16,4%) e a “liberdade para o uso” (14,8%). A maioria (87%) diz não ter atividade remunerada, sendo que 79,4% está nesta condição há pelo menos um ano e 52% há cinco anos ou mais (CNM, 2020).

Um levantamento feito pelo Departamento de Promoção dos Direitos de LGBT⁷, em 2020, mostra que os tipos criminais mais comuns entre travestis e mulheres transgêneros são: roubo (38,5%), tráfico (34,6%), furto (15,4%), homicídio (7,7%) e associação (3,8%).

No tocante aos dados sobre os tipos criminais das internas travestis e mulheres transexuais, roubo, furto e tráfico somam aproximadamente 88,5% das acusações/condenações. Esse número pode ser relacionado aos riscos decorrentes da atividade de prostituição mencionada anteriormente. Existem relatos descritos cientificamente que mostram os riscos dessa atividade de trabalho (CARVALHO, 2011). Os riscos vão desde da exploração sexual e tráfico de pessoas vivenciados em casa de

7

<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/todas-as-noticias/2020-2/fevereiro/TratamentopenaldepessoasLGBT.pdf>

cafetinas/cafetões, até a obrigatoriedade de realizar atividades de tráfico agenciado por essas figuras. Os trabalhos sexuais, realizados nessas casas ou em territórios comandados por traficantes nas ruas, tornam as travestis e mulheres trans que se prostituem mais vulneráveis à cooptação por esses agentes criminogênicos (DEPARTAMENTO DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DE LGBT, 2020, p. 28).

O artigo 44 do Código Penal prevê a substituição de penas privativas de liberdade em penas restritivas de direitos (penas alternativas) quando:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

II – o réu não for reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

Essas penas dizem respeito às prestações pecuniárias, perdas de bens e valores, limitação de fim de semana, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas e interdição temporária de direitos (art. 43, Código Penal). Isso ajudaria a reduzir, de certa forma, o contingente populacional carcerário, desde que cumpridos os requisitos do dispositivo supracitado. Todavia, essas alternativas ainda não possuem muita força no ordenamento jurídico brasileiro.

Sendo, portanto, a cultura do encarceramento em massa uma realidade e, tendo em vista a problemática acerca da inserção de transgêneros nos estabelecimentos penais, é importante que se assegure, pelo menos, a participação destes na escolha do local de detenção (optando por estabelecimentos feminino ou masculino), a fim de se preservar a segurança, integridade e dignidade daqueles (em razão dos inúmeros abusos existentes). Além disso, uma vez inseridos no mundo prisional, é fundamental que existam alas específicas, vigiadas e seguras.

Os acessos à prática de esportes e às atividades culturais variadas também são fundamentais para a saúde e bem-estar psicofísicos de pessoas “trans”. No tocante ao trabalho e ao estudo, seria interessante um maior diálogo do Estado com movimentos sociais e com empresas privadas e outros órgãos públicos, a fim de ofertar cursos e trabalhos acessíveis aos transgêneros que tenham por objetivo capacitar e amparar o apenado para a vida extramuros. Vale ressaltar que tanto o

trabalho quanto o estudo possibilitam a remição do tempo da execução da pena, se em regime fechado ou semiaberto [art. 126, Lei de Execução Penal (LEP)].

As casas de albergado (“prisões abertas”) também se mostram como uma alternativa viável para preparar o apenado para a vida pós-encarceramento, tendo em vista ser uma unidade de transição gradual para a recuperação e reinserção social. Contudo, apesar de previstas na legislação brasileira (LEP) essas unidades prisionais, as casas de albergado são “inexistentes” e se associam com o desinteresse do Poder Público no que diz respeito ao funcionamento e manutenção.

O apoio estatal faria toda a diferença na política criminal. Entretanto, no Brasil, o egresso do sistema carcerário sai totalmente desamparado da unidade prisional. A garantia de um emprego ou até mesmo um auxílio - como aluguel de uma moradia, por exemplo - ajudariam a evitar a reincidência e a enfrentar o preconceito que sofre um ex-detento.

Ora, estando o encarceramento dessa população atrelado, por vezes, a questões sociais, vale a pena o Estado brasileiro repensar novos modelos de justiça, a exemplo da justiça restaurativa (em seus mais diversos aspectos), reavaliando o contexto social e as sentenças penais condenatórias, buscando penas alternativas à prisão, tendo em vista que, muitas vezes, “as medidas que visam reduzir o risco vivido por essa população nas prisões estão sempre sustentadas por sistemas muito efêmeros e que não tem real garantia de continuidade” (DEPARTAMENTO DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DE LGBT, 2020, p. 122).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil executa, atualmente, uma política de encarceramento em massa como uma forma de “solução” - ineficaz - para uma série de problemas sociais descontrolados. No entanto, a verdade que se tenta mascarar é a ineficiência das políticas públicas, utilizando-se, portanto, o cárcere como subterfúgio para se exercer um modelo de controle – apenando vulneráveis/ indesejáveis sociais. Isso contribui para uma gradativa defasagem do sistema prisional que, juntamente com a insuficiência de recursos e investimentos, se torna cada vez mais caótico e um “verdadeiro inferno dantesco”.

Para transgêneros, a situação é ainda pior, pois, além dos problemas usuais, sofrem também com a discriminação, a violência e os abusos - físicos e psicológicos. Concomitantemente, passam por um processo de invisibilização, em razão da coleta de dados incompletos e desatualizados e, por vezes, de leis específicas “tímidas”, ainda que existam diplomas legais abrangentes voltados à proteção dos direitos e garantias fundamentais.

A dignidade da pessoa humana é o epicentro da Constituição Federal de 1988; todavia, a vulnerabilidade no sistema penitenciário segue sendo uma afronta a este dispositivo, à Lei de Execução Penal e aos tratados e convenções internacionais sobre os direitos humanos. Conferir o direito penal como solução para problemas sociais é “varrer a sujeira para debaixo do tapete”.

A situação crítica do sistema carcerário exige a adoção de medidas que reestremem a política criminal vigente. Considerar a aplicação de penas alternativas em vez de penas privativas; atualizar leis; investir e evoluir as políticas públicas distributivas, redistributivas e regulatórias; fortalecer as instituições; aperfeiçoar a Política Nacional de Saúde Mental; dialogar com movimentos sociais; promover a oferta de trabalhos e repensar a relação entre renda e poder são algumas das atitudes que colaboram e refletem positivamente na sociedade.

Punir severamente e construir novos estabelecimentos penais não ataca a origem do problema; pelo contrário, só faz com que se crie mais um. O tratamento dado aos apenados, em especial aos transgêneros - ainda que minoria no cárcere - é inadequado e humilhante. O Estado detém o *jus puniendi*. Todavia, é preciso que haja equilíbrio entre o direito de punir e o respeito às garantias fundamentais.

Sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito, é inaceitável que existam estabelecimentos que violem os direitos mais básicos dos seus indivíduos; é inaceitável que se desumanize e “coisifique” qualquer ser humano.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Louise. **Para Ministério Público, ala especial para transgêneros em presídio é “privilégio”**. Saiba mais. Disponível em: <https://www.saibamais.jor.br/para-ministerio-publico-ala-especial-para-transgeneros-em-presidios-e-privilegio/>. Acesso em: 29 out. 2021.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 23.

BISPO, Caroline. Criminologia e etnografia: uma jornada pelas unidades prisionais femininas do Estado do Acre. **Boletim Revista do Instituto Baiano de Direito Processual Penal**. Salvador: ano 4 - nº 15, setembro/2021, p. 19- 21. Disponível em: http://www.ibadpp.com.br/novo/wp-content/uploads/2021/09/TRINCHEIRA_AGOSTO_2021.pdf. Acesso em: 24 set. 2021.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral – Volume 1**. 22. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Vade mecum. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Manual Resolução nº 348/2020: Procedimentos relativos a pessoas LGBTI acusadas, réis, condenadas ou privadas de liberdade: orientações a tribunais, magistrados e magistradas voltadas à implementação da Resolução nº 348/2020, do Conselho Nacional de Justiça / Conselho Nacional de Justiça; coordenação de Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi ... [et al.]**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2021. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/manual_resolucao348_LGBTI.pdf. Acesso em: 24 set. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994. **Cria o Fundo Penitenciário Nacional - FUNPEN, e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 07 jan. 1994. Disponível

em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp79.htm> Acesso em: 06 abr. 2021.

BRASIL. Lei 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. Acesso em: 25 out. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 2020 – 2023**. Brasília, DF, 2019. Disponível em: https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnpcp/plano_nacional/PNPCP-2020-2023.pdf. Acesso em 06 abr. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária; Conselho Nacional de Combate à Discriminação. **Resolução Conjunta nº 1 de 2014**. Hebert José Almeida Carneiro; Gustavo Bernardes. Ed nº 74, de 17 de abril de 2014. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnpcp/resolucoes/2014/resolucao-conjunta-no-1-de-15-de-abril-de-2014.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2021.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos: Departamento de Promoção dos Direitos de LGBT. **LGBT nas prisões do Brasil: Diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento**. Marina Reidel; Amilton Gustavo da Silva Passos. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/todas-as-noticias/2020-2/fevereiro/TratamentopenaldepessoasLGBT.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 347**. Plenário. Relator: Ministro Marco Aurélio. Sessão de 28/05/2015. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 28 de maio de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&documento=&s1=347&numProcesso=347>. Acesso em: 07 jul. 2021.

CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*. São Paulo: Conan, 1995.

COMBESSIE, Philippe. **Sociologie de la prison**. 4^{ième} édition. Paris: Éditions La Découverte, 2018. (Collection Repères). Ebook.

CUNHA, Elizangela Leis da. **Ressocialização: o desafio da educação no sistema prisional feminino**. Cadernos CEDES. Centro de Estudos Educação e Sociedade,

v. 30, n. 81, p. 157-178, 2010. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/11449/28263>>. Acesso em: 13 out. 2021.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Jusbrasil.

Disponível em:

<https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/264042160/estado-de-coisas-inconstitucional>. Acesso em: 13 out. 2021.

DI SANTIS, Bruno Moraes; ENGBRUCH, Werner. A evolução histórica do sistema prisional e a Penitenciária do Estado de São Paulo. **Revista Liberdades, IBCCRIM**. São Paulo: vol. 11, 2012, p. 143 – 161. Disponível em:

https://www.academia.edu/7277103/A_evolu%C3%A7%C3%A3o_hist%C3%B3rica_do_sistema_prisional_e_a_Penitenci%C3%A1ria_do_Estado_de_S%C3%A3o_Paulo. Acesso em: 12 out. 2021.

DO REGO, Isabel Pojo. **Sociologia da Prisão**. Scielo. Disponível em:

<https://www.scielo.br/j/se/a/QTYwDSqsTKh4BRVvt8mMvTp/?format=pdf>. Acesso em: 12 out. 2021.

FAGUNDES, Jéssica Tavares. **Transgêneros no cárcere: a luta contra o preconceito no sistema prisional brasileiro**. 1. ed. – Curitiba: Appris, 2020.

FILHO, José Nabuco. **Evolução histórica da pena**. Disponível em:

<http://josenabucofilho.com.br/evolucao-historica-da-pena/>. Acesso em: 13 out. 2021.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: a vontade de saber**; tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro, Edições Graal, 1988. Disponível em:

https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2940534/mod_resource/content/1/Hist%C3%B3ria-da-Sexualidade-1-A-Vontade-de-Saber.pdf. Acesso em: 22 out. 2021.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes. 1987.

GOMEZ, Mariana Aimée Ribeiro. **O direito da mulher transexual ao cárcere nas penitenciárias e alas femininas no Brasil**. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso. (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, Rio de Janeiro. Orientador: Prof^a. Dra. Mariana Trotta Dallalana Quintans. Disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/handle/11422/6559>. Acesso em: 12 set. 2021.

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

LEVY, Teresa. Crueldade e Cruza do Binarismo. In: CASCAIS, Antônio Fernando (Org). **Estudos Gays, Lésbicos e Queer**. Lisboa: Fenda, 2004, p. 183 – 214.

LIMA, H. B.; RODRIGUES DO NASCIMENTO, R. V. Transgeneridade e cárcere: diálogos sobre uma criminologia transfeminista. **Revista Transgressões**, v. 2, n. 2, p. 75-89, 10 dez. 2014.

MACÊDO, Natália Andrade. **O controle social através da execução penal: considerações acerca do cárcere-senzala e do cárcere-fábrica e suas influências na estratificação social**. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso. (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Católica do Salvador – UCSAL, Salvador. Orientador: Profª Dra. Fernanda Ravazzano Lopes Baqueiro. Disponível em: <http://ri.ucsal.br:8080/jspui/handle/prefix/872>. Acesso em: 16 ago. 2021.

MACHADO, Ana Elise Bernal; SOUZA, Ana Paula dos Reis; SOUZA, Mariani Cristina de. Sistema Penitenciário Brasileiro - origem, atualidade e exemplos funcionais. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**. São Paulo: São Bernardo do Campo, v. 10, n. 10, 2013 DOI: <http://dx.doi.org/10.15603/2176-1094/rcd.v10n10p201-212>.

MAGNANI, Josimara Aparecida. **Transgêneros: cotidiano no sistema prisional brasileiro**. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso. (Pós-Graduação em Direito) - Instituto de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT, Rondonópolis. Orientador: Profº Dr. Aguinaldo Rodrigues Gomes. Disponível em: https://bdm.ufmt.br/bitstream/1/1083/1/TCCP_2018_Josimara%20Aparecida%20Magnani.pdf.

MELO, Marcos Luiz Alves de. **Elas e o cárcere: um estudo sobre o encarceramento feminino**. 1º ed. Salvador: Oxente, 2018.

MORAES, Karla V. Martins de. **Identidade de gênero no sistema prisional brasileiro e o direito das transexuais à unidade prisional feminina: à luz da dignidade da pessoa humana**. 2020. Artigo Científico (Graduação em Direito) -

Faculdade de Direito, Universidade do Grande Rio – UNIGRANRIO, Rio de Janeiro.
Orientador: Millena Fontoura Monteiro.

OLIVEIRA FILHO, Gabriel Barbosa Gomes de. **A origem e história das penas: o surgimento da pena privativa de liberdade.** Âmbito jurídico. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-origem-e-historia-das-penas-o-surgimento-da-pena-privativa-de-liberdade/>. Acesso em: 13 out. 2021.

Pesquisa apresenta perfil de dependentes químicos no maior local de consumo de drogas em São Paulo. CNM. Disponível em: <https://www.cnm.org.br/comunicacao/noticias/pesquisa-apresenta-perfil-de-dependentes-quimicos-no-maior-local-de-consumo-de-drogas-em-sao-paulo>. Acesso em: 29 nov. 2021.

PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Clam. Disponível em: http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 06 abr. 2021.

SANTOS, Everton Leandro de Oliveira. **A vida das mulheres transexuais no sistema penitenciário brasileiro: e a dignidade da pessoa humana?** 2018. Artigo de Evento. (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Católica do Salvador – UCSAL, Salvador. Orientador: Prof^a Ma. Teresa Cristina Ferreira de Oliveira. Disponível em: <http://ri.ucsal.br:8080/jspui/handle/prefix/1069>. Acesso em: 07 jul. 2021.

SOUZA, Jessé. **A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato.** Rio de Janeiro: Leya, 2017. Disponível em: <https://lelivros.love/book/baixar-livro-a-elite-do-atraso-da-escravidao-a-lava-jato-jesse-souza-em-pdf-epub-mobi-ou-ler-online/>. Acesso em: 27 out. 2021.

SOUZA, Mariana Barbosa de; VIEIRA, Otávio J. Zini. **Identidade de gênero no sistema prisional brasileiro.** XII Seminário internacional de demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea. Cepejur, Universidade de Santa Cruz do Sul, 2015. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/314504554_IDENTIDADE_DE_GENERO_NO_SISTEMA_PRISIONAL_BRASILEIRO. Acesso em: 07 jul. 2021.

_____. **Não existe cadeia humanizada! [livro eletrônico]: estudo sobre a população LGBTI+ em privação de liberdade** / [organização Bruna

Benevides...[etal.]]. -- Brasília, DF: Distrito Drag, 2020. Disponível em: https://www.academia.edu/44790451/N%C3%A3o_existe_cadeia_humanizada_estudo_sobre_a_popula%C3%A7%C3%A3o_LGBTI_em_priva%C3%A7%C3%A3o_de_liberdade_There_is_no_humanized_prisons_a_study_about_the_LGBTI_population_in_deprivation_of_liberty_. Acesso em: 12 out. 2021.

VALOIS, Luís Carlos. Pessoas transexuais na prisão. **Boletim Revista do Instituto Baiano de Direito Processual Penal**. Salvador: ano 4 - nº 15, junho/2021, p. 25 – 27. Disponível em: http://www.ibadpp.com.br/novo/wp-content/uploads/2021/07/Boletim-Trincheira-Democratica-Ano-4-n-15_compressed.pdf. Acesso em: 24 set. 2021.

ZARO, Jadir. **Considerações sobre os direitos humanos no Brasil**. Santa Maria: Biblos, 2013.