

A Mulher Transgênero no Sistema Prisional Brasileiro e a Finalidade Ressocializadora da Pena

Transgender Women in the Brazilian Prison System and the Purpose of Resocializing Sentence

Gabriella Valentina Soares de Souza^a; Marcos Paulo Andrade Bianchini^{*ab}; Giselle Marques de Araújo^b

^aFaculdade Pitágoras em Belo Horizonte, Curso de Direito. MG, Brasil.

^bUniversidade Anhanguera Uniderp, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Meio Ambiente e Desenvolvimento Regional. MS, Brasil.

*E-mail: marcosbianchini.adv@hotmail.com

Resumo

A pesquisa buscou entender a violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas com a declaração do Supremo Tribunal Federal sobre o “estado de coisas inconstitucionais” nas prisões brasileiras, como exarado no Julgamento da ADPF n.º 347/DF, e o tratamento dispensado pelo Estado às mulheres transgêneros no cumprimento da pena. Com isso, o estudo buscou verificar se a execução das penas privativas de liberdade desse grupo atinge a finalidade ressocializadora da pena. A pesquisa utilizou o método dedutivo que tem como premissa considerar as verdades postas partindo do geral para o caso específico objeto do estudo. Seguiu o tipo metodológico descritivo-compreensivo por meio de revisão bibliográfica tendo quanto à natureza dos dados primários a CRFB/1988, as leis, resoluções e demais normas. São dados secundários da pesquisa a opinião dos pesquisadores a respeito do Direito Constitucional, do Direito Penal e dos Direitos Humanos e suas interpretações, além de literaturas específicas que abordam as teorias que serão discutidas e as legislações comentadas. O estudo analisou as condições do encarceramento da população LGBT no sistema penitenciário brasileiro e entendeu a teoria da finalidade ressocializadora da pena, com a promessa de ressocializar o apenado e torna-lo apto para regressar a vida em sociedade, se revela como um insucesso generalizado, pois, como concluiu o estudo, as mulheres transgêneros sofrem duplamente em razão da própria estrutura do sistema prisional, com o próprio cumprimento vexatório da pena, e também em razão da discriminação decorrente da sua declaração e concepção de gênero de si mesma

Palavras-chave: Estados de Coisas Inconstitucionais. LGBT. Dignidade da Pessoa Humana. Sistema Penitenciário. Execução Penal.

Abstract

The research sought to understand the massive and persistent violation of fundamental rights, resulting from structural failures and bankruptcy of public policies with the declaration of the Supremo Tribunal Federal on the “estado de coisas inconstitucionais” in Brazilian prisons, as set out Judgment in ADPF No. 347/DF, and the treatment given by the State to transgender women during their sentence. With this, the study sought to verify if the execution of the prison sentences of this group reaches the purpose of resocializing the penalty. For this, it analyzed the conditions of incarceration of the LGBT population in the Brazilian penitentiary system and understood the theory of the resocializing purpose of the sentence. despite the promise of the resocializing function of the sentence to be adopted by the Brazilian criminal justice system, there is widespread failure, and, as analyzed, transgender women suffer doubly due to the structure of the prison system as well as due to of their gender statement and conception of themselves. The research followed the descriptive-comprehensive methodological type and has a comprehensive analytical nature, as it sought to reconstruct the data analyzed from the perspective of the Democratic Rule of Law.

Keywords: *Estado de Coisas Inconstitucionais. LGBT. Dignity of Human Person. Penitentiary System. Penal Execution.*

1 Introdução

A dignidade da pessoa humana é um dos princípios da República Federativa do Brasil e forma o núcleo duro e vetor hermenêutico de todo o ordenamento jurídico pátrio, como dispõe o Art. 1º, III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988).

Entretanto, a realidade das prisões brasileiras, com a grave crise do sistema carcerário que impõe diariamente violações generalizadas e sistemáticas aos direitos humanos e aos direitos fundamentais da população carcerária, suscitou a tese do denominado “Estado de Coisas Inconstitucional”, objeto da ADPF n.º 347/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, que teve como autor o Partido Socialismo e Liberdade – PSOL.

No julgamento da ADPF n.º 347/DF o Supremo Tribunal Federal decidiu pelo contingenciamento das verbas do Fundo Penitenciário Nacional e asseverou a obrigatoriedade das audiências de custódia. Foi reconhecido no julgamento a violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária. Por fim, o sistema penitenciário nacional foi caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”.

Por isso, a crise no sistema penitenciário não oportuniza o alcance das finalidades da pena: o excesso de presos, as más condições dos presídios públicos e a reincidência são fatores que demonstram essa realidade, onde Presídios tem

ocupação superior a sua capacidade. Segundo levantamento realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) consubstanciado nas informações penitenciárias (INFOPEN), revelam que o Brasil possui a terceira maior população carcerária do mundo (BRASIL, 2017), população essa, que cumpre a pena notoriamente em condições humanas degradantes.

A população de Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transgênero - LGBT representa parcela importante da população carcerária nacional com um total de 10.547 presos que se autodeclaram LGBT, nos 23 Estados e no Distrito Federal (BRASIL, 2020).

Porém, considerando todas as unidades prisionais do Brasil, somente 1% possui ala específica para pessoas LGBT e 5% possuem cela específica para pessoas LGBT (BRASIL, 2014).

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) expediu o Ato n. 0003733-03.2020.2.00.0000 (BRASIL, 2020) e reconheceu que transexuais e travestis encarceradas são um grupo sujeito a dupla vulnerabilidade, decorrente tanto da situação de encarceramento, quanto da sua identidade de gênero.

A pesquisa tem como objetivo geral enfrentar as informações sobre o encarceramento da mulher transgênero e verificar se a execução das penas privativas de liberdade desse grupo atinge a finalidade ressocializadora da pena. Para alcançar o objetivo geral, teve como objetivos específicos verificar as condições do encarceramento da mulher transgênero no sistema penitenciário brasileiro e analisar a teoria da finalidade ressocializadora da pena.

2 Desenvolvimento

2.1 Metodologia

A pesquisa utilizou o método dedutivo que tem como premissa considerar do geral para o específico. Com isso, considerou-se os princípios, leis ou teorias consideradas verdadeiras e indiscutíveis, para se verificar a ocorrência de casos particulares com base na lógica. Conforme leciona Gil (2008), o método dedutivo parte de verdades tidas como verdadeiras e indiscutíveis e possibilita alcançar conclusões de maneira puramente formal, isto é, em virtude unicamente de sua lógica.

O estudo seguiu o tipo metodológico descritivo-compreensivo (GUSTIN; DIAS, 2014) por meio de revisão bibliográfica tendo quanto à natureza dos dados primários a Constituição Federal de 1988, as leis, resoluções e demais normas. São dados secundários da pesquisa a opinião dos pesquisadores a respeito do Direito Constitucional, do Direito Penal e dos Direitos Humanos e suas interpretações, além de literaturas específicas que abordam as teorias que serão discutidas e as legislações comentadas.

O trabalho tem natureza compreensivo analítica, pois buscou reconstruir os dados analisados na perspectiva do Estado Democrático de Direito.

2.2 As condições do encarceramento da mulher transgênero no sistema penitenciário brasileiro

Em que pese o reconhecimento do STF do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional brasileiro, como firmado no julgamento da ADPF 347/DF, o trabalho destina o olhar e tem como objeto as mulheres transgêneros, que além de enfrentarem a superlotação e todas as outras violações sistemáticas de Direitos Humanos, estão inseridas em um contexto altamente preconceituoso e com altos resquícios de violências.

É importante conhecer, primeiramente, a definição de transgênero e suas características. Segundo a Organização das Nações Unidas – ONU transgênero é um termo guarda-chuva empregado para descrever ampla variedade de identidades de gênero cujas aparência e características são percebidas como atípicas. Mulheres trans se identificam como mulheres, mas foram designadas homens quando nasceram. Algumas pessoas transgêneras querem passar por cirurgias ou por terapia hormonal para alinhar o seu corpo com a sua identidade de gênero; outras, não (BRASIL, 2020).

Assim, é possível entender um as mulheres trans como pessoas que nasceram, biologicamente, com uma identidade masculina, mas se identificam e se reconhecem como mulheres.

Nas palavras de Santos e Oliveira (2008), transgênero (trans) é um indivíduo que não se reconhece com o gênero correspondente ao sexo atribuído ao nascer, assumindo um comportamento ao do sexo-alvo, possuindo um desconforto ou mesmo um repúdio à sua genitália ou a outros caracteres.

Segundo os Princípios de Yogyakarta (2007, p.9):

[...] a identidade de gênero é a profundidade sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoa do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meio médicos, cirúrgicos ou outros) e outra expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos.

Além do conceito de transgênero, é importante entender a diferenciação de sexo e gênero:

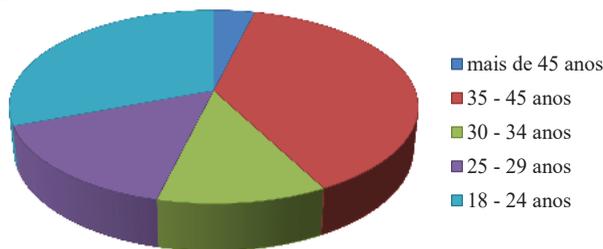
Sexo é biológico, gênero é social. [...] O que importa, na definição do que é ser homem ou mulher, não são os cromossomos ou a conformação genital, mas a autopercepção e a forma como a pessoa se expressam socialmente. (JESUS, 2012, p.6).

Diante da diversidade e necessidade de inclusão do outro se faz necessário a mudança de pensamento da sociedade para que se leve em consideração a realidade em que a pessoa se reconhece e identifica e a superação do sexo biológico atrelado aos aparelhos reprodutores em que a pessoa nasceu.

Após a compreensão das características que definem uma mulher trans, é relevante entender o perfil dessas custodiadas inseridas no sistema prisional, como faixa etária e quais os crimes cometidos, para que assim, sejam abordados os desafios vivenciados. O gráfico da Figura 1 permite a visualização da

faixa etária dessas mulheres.

Figura 1 – Faixa etária das mulheres transgêneros no sistema penitenciário

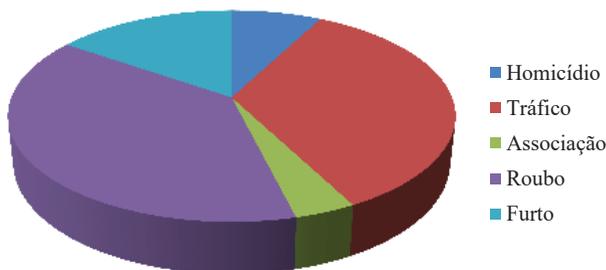


Fonte: Brasil (2020, p.22)

No caso do gráfico da Figura 1, é apresentado a faixa etária média dessas mulheres, sendo liderado pela média de idade de 35 a 45 anos com 38,5% e 18-24 anos com 30,8%, já em contrapartida, cerca de apenas 3,8% possuem idade maior que 45 anos (BRASIL, 2020).

Quanto ao gráfico da Figura 2 é retratado os tipos criminais mais cometidos.

Figura 2 – Tipos criminais das mulheres transgêneros no sistema penitenciário



Fonte: Brasil (2020, p.26).

Pode ser observado no gráfico da Figura 2, que os tipos criminais mais praticados por essas mulheres são o de roubo (Art.157, do Código Penal) com 38,5% e o de tráfico de drogas (Lei 11.342/2006), com 34,6%; por sua vez, o menos praticado é de associação criminosa (Art.288, CP) com apenas 3,8% de ocorrências (BRASIL, 2020).

A realidade do sistema prisional brasileiro é de extrema dificuldade, o que ainda é agravado para um público em que o preconceito, os julgamentos e as violências ainda são muito presentes na sociedade.

Em um país que é considerado como o recordista de homicídios de pessoas trans no mundo, Antunes (2013) afirma que a expectativa de vida desta população é de apenas 35 anos de idade, enquanto, em comparação, a da população brasileira é de 74 anos (IBGE, 2013), isto significa que essas mulheres transgêneros compõem um grupo de vulnerabilidade a morte prematura.

Consoante com o assunto, Benevides e Nogueira (2021, p.45) afirmam:

Desde muito cedo, a sociedade naturalizou os processos de exclusão contra pessoas trans e nos ensinam a ter medo [...]. É comum observamos uma tentativa constante da associação entre travestis e atividades ilícitas para justificar a violência e/

ou os assassinatos dos quais são vítimas, o que põe o Brasil no topo do ranking da violência contra pessoas trans no mundo [...]. As associações recorrentes são o uso de drogas, disputa de território, tentativa de extorsão e roubo.

Tornando-se assim um cotidiano que gera, consecutivamente, medo profundo da homofobia, a solidão profunda que decorre de abandono severo familiar, alto índice de preconceito para encontrar um trabalho formal. De acordo com pesquisa realizada pela Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA) em 2021, cerca de 96% da população acredita que o mercado formal de trabalho não está aberto e comprometido com a contratação de pessoas trans e cerca de 86% acredita que as empresas não estão preparadas para contratar ou garantir a permanência de pessoas trans em seus quadros. Sendo assim, muitas dessas mulheres são obrigadas a encontrarem outros meios para a sua sobrevivência e recorrer a prática de atos ilícitos (BENEVIDES; SIMPSON, 2018).

O princípio da dignidade da pessoa humana garante ao cidadão as condições mínimas e básicas para a sobrevivência em uma sociedade de diferentes raças, sexos, idades e condições sociais, frente até mesmo ao próprio Estado, segundo Canotilho (2003, p.385),

são os conjuntos de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos inerentes à soberania popular, que garante a convivência pacífica, digna, livre e igualitária.

Muitos são os casos de violação diária aos direitos das mulheres trans, como, por exemplo, o caso de Vitoria Rios Fortes, 28 anos, presa por tráfico de drogas em 2009, que era obrigada a ter relações sexuais com todos os homens que estavam na mesma cela e ocorrendo até mesmo a “venda” dela em troca de maços de cigarros e comida. Um dos pontos mais chocantes da situação vivenciada por Vitória, foi o dia em que sofreu 21 estupros, o que fez com que ela cortasse seus pulsos com intuito de chamar a atenção do diretor do presídio para seu caso, objetivando que os episódios de violências fossem cessados (KIEFER, 2014).

Verifica-se que a pena é cumprida em locais incompatíveis com sua a identidade de gênero, ou seja, são encaminhadas a presídios masculinos, sendo obrigadas a conviverem com uma rotina de exploração sexual, bem como de exposição de suas intimidades a um gênero diferente do seu.

Sobre o assunto, Silveira (2013), assegura que as mulheres transgêneros sofrem duplamente com os direitos de personalidade e fundamentais, pois além de serem alvo dos reflexos negativos já impostos pelo cárcere, também são alvos de outros presos que praticam os mais altos níveis de violência e que, em regra, não aceitam conviver no mesmo ambiente.

É corriqueiro que as travestis e mulheres trans assumam dentro das celas a identidade de submissão, principalmente, no que diz respeito a execução de serviços de faxinas, organização das celas, lavagem de roupas e a preparação de alimentos:

Elas e os homossexuais têm papel importante na manutenção de um sistema binário que se fundamenta, entre outras coisas,

na consideração de que o lugar do masculino é o do mando, e o do feminino, o de ser mandado. (FERREIRA, 2014.).

Para esse grupo social, é habitual a rotina de subordinação em que são obrigados a viverem no dia-a-dia, por serem considerados uma população minoritária e frágil, sendo assim não exercem uma imagem de “poder” para outros detentos, sobre o contexto Assis (2007) afirma que homicídios, abusos sexuais, espancamentos e extorsões são práticas comuns por parte dos presos que estão mais “criminalizados”, e em razão disso, exercem domínio sobre os demais, que acabam subordinados a essa hierarquia paralela.

De acordo com Comissão Interamericana de Direitos Humanos (2015), existem diversas denúncias de que os agentes penitenciários incitam o abuso sexual contra a população LGBT, distribuindo até mesmo camisinha, bem como permitem que agressões físicas sejam realizadas. Há também denúncias que apontam que funcionários dos sistemas prisionais administram redes de prostituição em que as custodiadas trans são forçadas a participar como trabalhadoras sexuais. Várias organizações não governamentais informam que as pessoas LGBTQI+ frequentemente decidem ficar enclausuradas em suas celas pelo maior tempo possível para evitar ataques de outras pessoas privadas de liberdade.

Para corroborar com o exposto Klein (2019) destaca que

[...] entrevistou os agentes públicos, percebeu que alguns servidores achavam que não era obrigação deles pensar sobre esses assuntos, mas que outros queriam atender com dignidade as pessoas LGBTs e afirmavam não terem sido ensinados a respeito. Acreditamos que pensar a educação para os direitos humanos e para diversidade sexual e de gênero deve passar pela formação do servidor público.

A segregação dos funcionários nos presídios contra essa população é mais um reflexo da inércia do Estado, uma vez que é fundamental que ocorram capacitações desses agentes para o acolhimento e o tratamento digno dessas mulheres, para que entendam como devem lidar nas situações de agressões, violências e discriminação realizadas por outros detentos.

É evidente que ocorre uma falência do sistema prisional com essas mulheres, pois em muitos casos ocorrem até mesmo a obrigatoriedade da presa tomar banho de sol sem camisa, expondo assim seus seios, além da proibição da continuidade de seus tratamentos hormonais (ROSA, 2016).

Somado as violências, ocorrem também altos índices de discriminação e exclusão por parte dos outros custodiados perante essas mulheres, sendo apenas mais um reflexo da sociedade preconceituosa, que transcende os muros carcerários. Uma das tradições do sistema carcerário é a de aprisionar as mulheres trans ou travestis em alas destinadas aos criminosos sexuais, uma vez que, geralmente, são os únicos que acolhem essa população (FERREIRA, 2014).

A cada situação relatada demonstra a importância de se pautar sobre esse grupo social, pois apesar de existir a diversidade de gênero há séculos, ainda é assunto que não possui devida atenção, uma vez que se trata de um grupo já

discriminado, naturalmente, pela sociedade e além deste fator, houve a prática de algum delito, o que influencia diretamente na visão e opinião dos legisladores.

Sobre esse contexto Dias (2016, p.463) afirma-se que:

O repúdio social a segmentos marginalizados acaba intimidando o legislador, que tem enorme resistência em cancelar lei que vise a proteger quem a sociedade rejeita. Omitem-se na vã tentativa de excluir da tutela jurídica as minorias alvo da discriminação. Nada mais do que uma perversa condenação à invisibilidade.

Conforme a afirmação do autor, o legislador encontra uma grande dificuldade no processo de instaurações de novas leis que versam sobre os direitos dos transgêneros que cumprem pena privativa de liberdade, o que torna essas pessoas fadados à invisibilidade dentro deste sistema (DIAS, 2016).

As violações dos direitos humanos da mulher trans é perpetrada pelo próprio Estado no momento que se mantém inerte e ausência e inefetividade das políticas públicas que não levam em conta a autodeterminação e as singularidades da pessoa humana.

2.3 A função ressocializadora da pena no Paradigma do Estado Democrático de Direito

No atual paradigma do Estado Democrático de Direito, tem-se que a Constituição da República de 1988 possui como objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º), a erradicação da marginalização e redução das desigualdades sociais (art. 3º, III, da CRFB/1988) e a promoção do bem de todos (art. 3º, IV) tudo tendo como fundamento e núcleo duro o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). (BRASIL, 1988)

Importante destacar que a dignidade da pessoa humana atua como postulado interpretativo de todos os direitos fundamentais, permeando a interpretação das normas e dos princípios em todas as matérias, em especial, no caso em análise, as matérias de cunho penal (BARCELLOS, 2011).

Certo que a dignidade é característica inerente à pessoa humana, em razão disso, não há que se falar que existe um “direito” à dignidade, mas sim que há um direito ao respeito e promoção da dignidade. A importância dessa diferenciação se deve ao fato de que o indivíduo continua sendo digno nada obstante a violação das normas que pretendem assegurar condições de dignidade. Quando há violação a tal princípio tem-se que a pessoa está sendo submetida a uma situação indigna, incompatível com sua dignidade que é inerente e essencial (SARLET, 2015).

Assim a dimensão do significado de dignidade da pessoa humana (núcleo duro) e a necessidade de humanidade das penas, impõe-se a necessidade de se evitar ao máximo que os sujeitos de direito sejam afetados pela intervenção do poder punitivo, e que a construção de uma sociedade livre, justa, solidária, orientada no sentido da erradicação da marginalização e redução das desigualdades sociais e que promova o bem de todos mostra-se incompatível

com a habilitação desmesurada e irracional daquele poder. Conclui-se que há um autêntico dever jurídico-constitucional dos órgãos estatais, em especial os judiciais, no sentido de minimizar a intensidade de afetação do poder punitivo sobre o indivíduo sentenciado (ROIG, 2015).

Essa orientação possui dois fins: uma variante preventiva especial e outra variante preventiva geral. A variante preventiva especial diz respeito à pessoa do infrator em que espera a pena ter um efeito ressocializador e de adaptação. Já a variante preventiva geral se destina à sociedade como um todo que, através da aplicação e execução da pena, espera-se a intimidação potencial dos delinquentes a praticar futuros delitos, e, em sua concepção mais ampla, robustece a consciência normativa de todos os indivíduos pertencentes a uma dada comunidade política (HASSEMER, 2005).

Partindo de uma justificativa normativa, Zaffaroni e Pierangeli (2011) defendem que a pena deve aspirar e promover a prover segurança jurídica, coadunando assim a legislação penal e a finalidade da pena, pois seu objetivo deve ser a prevenção de futuras condutas delitivas.

A prevenção especial, segundo Von Liszt (2006), pode atuar de três maneiras: protege a comunidade jurídica ao confinar os infratores; intimidar os autores, através da punição, para que não cometam futuros crimes; e prevenir a reincidência por meio da correção.

Desta forma, o infrator condenado, como destinatário de direitos fundamentais que se fundam na dignidade da pessoa humana, deve ter oportunizado pelo Estado a garantia de sua proteção e a oportunidade de se integrar à sociedade após o cumprimento de sua sentença. Do ponto de vista do cidadão que em algum momento delinuiu, esse interesse pela ressocialização decorre de seu direito fundamental. A pena não tem a missão de praticar compensação de culpa por si mesmo, mas apenas justificado quando, ao mesmo tempo, se manifesta como um meio necessário para o cumprimento da tarefa de proteção preventiva do direito penal. A cláusula de prevenção do preceito legal de determinação da pena permite perceber um deslocamento significativo do centro de gravidade da vingança da retribuição para a ressocialização, do ponto de vista da prevenção especial (ROXIN, 1997).

A teoria da prevenção especial cumpriria bem dois papéis: de proteção do indivíduo e da sociedade, uma que coopera com o infrator a fim de não o expulsar ou estigmatizá-lo, mas integrá-lo ao corpo social.

As primeiras críticas em face da teoria da prevenção especial foi que, ao contrário da teoria da retribuição, a prevenção especial não fornece uma regra e critério objetivo de aplicação gradual para a penalidade no aspecto temporal. A pena levaria o tempo necessário para que a pessoa condenada fosse ressocializada. Isso acarretaria uma intervenção estatal por meio da pena com prazo indeterminado.

Poderia acontecer, também, o caso de uma infração de menor ofensivo ser punida com uma pena de prisão por muitos

anos, sendo a pena considerada como um tratamento de (re) socialização, sob uma hipótese de potencial risco de tal agente ser latente criminoso, sem haver provas naquele momento que se tornasse fundadas as suspeitas nesse sentido.

Essa concepção permite, de um lado, que um fato de pouca gravidade dê ensejo a uma severa e duradoura sanção, o que ocorreria quando outras circunstâncias pudessem justificar uma correspondente avaliação positiva acerca da perigosidade do agente, como, por exemplo, no caso de um contumaz reincidente. Por outro lado, mesmo um fato de maior gravidade poderia ser sancionado sob o ponto de vista preventivo-especial, o que poderia ocorrer quando cometido sob específicas e excepcionais razões de ordem política, e caso se chegue à conclusão, no momento da sentença, de que não há perigo de reincidência (KÖHLER, 2015, p.326).

Ademais, segundo Liszt (2006) a prisão por tempo indeterminado altera profundamente a personalidade do indivíduo e avilta, também, os direitos fundamentais do cidadão, uma vez que não é a missão do Estado corrigir de forma forçada seus assistidos, sob pena de que essa “educação forçada” avilte o núcleo intocável da personalidade do homem. Por isso, seria rechaçada essa ideia de finalidade “terapêutica” criminal (ROXIN, 2006).

Zaffaroni e Pierangeli (2011, p.103) asseveram que a finalidade preventiva especial da pena não pode ser considerada como “reeducação” ou “tratamento”

que pretenda visualizar o homem como um ser carente em sentido ‘moral’ ou ‘médico’ (sentidos que costumam confundir-se, porque o ‘tratamento’ psiquiátrico costuma ter um conteúdo moralizante, ainda que encoberto pela terminologia técnica). O criminalizado é uma pessoa com plena capacidade jurídica, à qual não se pode olhar ‘de cima’, e sim em um plano de igualdade frente à dignidade da pessoa, que não pode ser afetada por conceito algum. O direito penal de um Estado que respeita os Direitos Humanos, de modo algum pode considerar o criminalizado como um ser em situação de inferioridade, o que seria sempre causa de uma ingerência desmedida em sua pessoa.

Por outro lado, em que pese o discurso de correção do delituoso, o que se vê na prática é que o tempo que o condenado é ocioso e, na maioria esmagadora dos casos, nada é oportunizado para sua formação moral, intelectual, acadêmica e social. Aqueles responsáveis pelas guardas dos presos precisam fazer algo racional com o tempo em que os custodiados permanecem acautelados.

A forma mais primitiva de ocupação do tempo dos presos está nos limites do que historicamente se pode denominar ainda ‘Execução penal’. Economia e humilhação são as linhas de orientação das penas de galés e as antigas penas de arresto em fortaleza, com as quais não só se poupava os custos para a viagem no mar e a mão de obra para a guerra, como também os presos eram punidos com trabalhos forçados. A execução de penas privativas de liberdade começaram a partir da metade do séc. XVI na Inglaterra e na Holanda com a criação da ‘house of correction’, da ‘Rsphuis’ para os homens e da ‘Spinhuis’ para mulheres: do presídio (Zuchthausen), que no séc. XVII se estendeu também para a Alemanha. Este movimento foi originalmente uma reação a uma ‘criminalidade de massas proletárias’ (Radbruch) pela falta de trabalho e o empobrecimento, de mendigos e andarilhos.

Mas este movimento, desde o início, estava acompanhado também de um ‘ethos’ preventivo individual, devido ao trabalho moral calvinista que queria tornar os ocupantes das prisões cidadãos decentes através da cultura, da oração e do trabalho (HASSEMER, 2005, p.375).

As épocas mudaram, os aparatos técnicos e tecnológicos também, porém o Direito Penal ainda insiste que a pena tem por finalidade a melhora do delituoso. Tal ideia se encontra expressa no artigo 1º da Lei 7.210/1984, a Lei de Execuções Penais:

A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado. (BRASIL, 1984).

Outro ponto deficiente na teoria da prevenção especial é a impossibilidade de saber quem precisa ou não de ressocialização. Chega-se até ao ponto de se questionar: o indivíduo que julga ser (res)socializado foi socializado? E também, qual seria o conceito determinado de socialização?

Até a atualidade não foi possível desenvolver um conceito para o termo “socialização”, apesar de todos os esforços da sociologia e antropologia. Enquanto a pena de retribuição tem seu fim dentro de si e, portanto, é independente de qualquer “resultado ou sucesso”; o objetivo preventivo especial da teoria relativa é tomado por insucesso. As dificuldades em se efetivar planos de ressocialização têm conduzido a uma fadiga resignada, que conduz a um *nothing works* (nada funciona) (ROXIN, 1997).

Tais fatos esbarram na possibilidade concreta de existir indivíduos que precisarão de socialização, e outros não. Esta última hipótese se dá na ocasião em que determinados infratores ajam com imprudência ou praticam pequenos delitos. Há também a possibilidade de pessoas que cometeram crimes graves, porém sem nenhum risco de reincidirem por ser o ato praticado numa situação de conflito irrepitível, ou, quando as diferentes circunstâncias temporais e de maturidade do indivíduo tornam impossível a reiteração criminosa (ROXIN, 1997).

Outra fragilidade na teoria da prevenção especial se dá com a máxima da intensidade da sanção penal que depende, aprioristicamente, da observação minuciosa das condições internas e externas dos comportamentos e da vida dos infratores:

Observada a partir de uma perspectiva de lógica jurídica, a regra segundo a qual ‘quem faz isso e aquilo é apenado desta ou daquela maneira’, ou seja, a relação proporcional entre pena e fato delituoso, é abolida, tanto no que se refere ao fundamento quanto à medida da sanção. Em lugar disso, surge a regra de aplicação de medidas que se relacionam de forma aberta e indeterminada à perigosidade do agente e à sua aptidão para sofrer influências. A lei penal perde constância e determinação e se transforma em uma lei de medidas ‘flexíveis’ (KÖHLER, 2015, p.327).

Em que pese a promessa da função ressocializadora da pena ser adotada pelo sistema jurídico-penal brasileiro, tem-se que há um insucesso generalizado, e, como visto, as mulheres

trans sofrem duplamente em razão da própria estrutura do sistema prisional bem como em razão da sua declaração de gênero.

3 Conclusão

Verificou-se que o sistema prisional brasileiro reconhecidamente impera violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, como o STF denominou de “estado de coisas inconstitucional

Entendeu que também as teorias relativas que se ocupam da finalidade preventiva da pena, que lhe atribui uma função inibitória com finalidade de impedir futuros delitos. Na prevenção especial a pena visa recuperar e ressocializar o infrator para que não delinqua mais.

Conclui-se que, em que pese a promessa da função ressocializadora da pena ser adotada pelo sistema jurídico-penal brasileiro, tem-se que há um insucesso generalizado, e, como analisado, as mulheres transgêneros sofrem duplamente em razão da própria estrutura do sistema prisional bem como em razão da sua declaração e concepção de gênero de si mesmas.

Referências

- ANTUNES, P.P.S. *Travestis envelhecem?* São Paulo: Annablume, 2013.
- ASSIS, R.D. A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro. 2007. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero39/artigo09.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2021.
- BARCELLOS, A.P. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- BENEVIDES, B.G; SIMPSON, K. Mapa dos assassinatos de travestis e transexuais. Brasília: Associação Nacional de Travestis e Transexuais. 2018.
- BENEVIDES, B.G; NOGUEIRA, S.N.B. Dossiê dos assassinatos e da violência contra travestis e transexuais brasileiras em 2020. São Paulo: Expressão Popular, 2021.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Ato Normativo n. 0003733-03.2020.2.00.0000. Estabelece diretrizes e procedimentos a serem observados pelo Poder Judiciário, no âmbito criminal, com relação ao tratamento da população lésbica, gay, bissexual, transexual, travesti ou intersexo que seja custodiada, acusada, ré, condenada, privada de liberdade, em cumprimento de alternativas penais ou monitorada eletronicamente. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/downloadDocumento.seam;jsessionid=41ABE9C2857982CA28FCBFF0CA62E298?fileName=0003733-03.2020.2.00.0000&numProcesso=0003733-03.2020.2.00.0000&numSessao=74%C2%AA+Sess%C3%A3o+Virtual&idJurisprudencia=52057&decisao=false>>. Acesso em: 24 jul. 2021.
- BRASIL. Constituição da República Federal do Brasil de 1988. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 6 mar. 2021.
- BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São

- José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 21 abr. 2021.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 21 abr. 2021.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 21 abr. 2021.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 3.914, de 09 de dezembro de 1941. Lei de introdução do Código Penal (decreto-lei n. 2.848, de 7-12-940) e da Lei das Contravenções Penais (decreto-lei n. 3.688, de 3 outubro de 1941). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm>. Acesso em: 21 abr. 2021.
- BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210compilado.htm>. Acesso em: 21 abr. 2021.
- BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 21 abr. 2021.
- BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. Mais de 10 mil presos se autodeclararam LGBTI no Brasil. Serviço de Comunicação Social do Depen, 2020. Disponível em: <<http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/mais-de-10-mil-presos-se-autodeclararam-lgbti-no-brasil>>. Acesso em: 24 jul. 2021.
- BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN - junho de 2014. Brasília: DEPEN, 2014. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2021.
- BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Levantamento nacional de informações penitenciárias. Brasília: DEPEN, 2017.
- 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. Brasília: MMFDH, 2020.
- CANOTILHO, J.J.G. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2003.
- DIAS, M.B. Manual de Direito das Famílias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- FERREIRA, G.G. Violência, interseccionalidades e seletividade penal na experiência de travestis presas. *Temporalis*, v.14, n.27, p.99-117, 2014.
- GIL, A.C. Métodos e técnicas de pesquisa social. São Paulo: Atlas, 2008.
- GUSTIN, M.B.S.; DIAS, M.T.F. (Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.
- HASSEMER, W. Introdução aos fundamentos do direito penal. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005.
- JESUS, J.G. Orientação sobre identidade de gênero: conceitos e termos. Brasília: [s.e.], 2012.
- KIEFER, S. Homossexuais contam abusos que sofriam em prisões sem separação. O Estado de Minas, 2014. Disponível em: <<https://www.em.com.br>>. Acesso em 14 abr. 2021.
- KÖHLER, M. O conceito de pena. In: BADARÓ, G.H. (Org.). Direito Penal e processo penal: teoria geral do direito penal. São Paulo: Revista do Tribunais, 2015. p.319-349.
- PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de Direitos Humanos em relação à Orientação Sexual e Identidade de Gênero. 2006. Disponível em: <http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.Pdf>. Acesso em: 5 maio 2021.
- ROIG, R.D.E. Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros. São Paulo: Saraiva, 2015.
- ROSA, V.C. Mulheres transexuais e travestis no sistema penitenciário: a perda da decência humana e do respeito aos Direitos Humanos. 2016. Disponível em: <https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5730-Mulheres-transexuais-e-travestis-no-sistema-penitenciario-a-perda-da-decencia-humana-e-do-respeito-aos-Direitos-Humanos>. Acesso em: 6 maio 2021.
- ROXIN, Cl. Derecho penal parte general, Tomo I: fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Madrid: Civitas, 1997.
- ROXIN, C. Estudos de direito penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- SANTOS, E.L.; OLIVEIRA, T.C. A vida das mulheres transexuais no sistema penitenciário brasileiro: e a dignidade da pessoa humana? 2008. Disponível em: <<http://ri.ucs.br:8080/jspui/bitstream/prefix/1069/1/A%20vida%20das%20mulheres%20transexuais%20no%20sistema%20penitenciar%C3%A1rio%20brasileiro.pdf>>. Acesso em: 5 maio 2021.
- SARLET, I.W. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- ZAFFARONI, E.R.; PIERANGELI, J.H. Manual de direito penal brasileiro, volume 1 – parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.