

## Os desafios do sistema penitenciário brasileiro frente à identidade de gênero

Fauna Maria Wille Souza<sup>1\*</sup>, Teófilo Lourenço de Lima<sup>2</sup>

<sup>1\*</sup>Acadêmica do 8º período do Curso de Direito no Centro Universitário São Lucas Ji-Paraná – JPR, Ji-Paraná, Rondônia. E-mail: fauna\_wille@hotmail.com.

<sup>2</sup>Professor orientador, pós-graduado em Administração e Planejamento para Docentes pela ULBRA, 1996; pós-graduado em Inovação, Gestão e Práticas Docentes no Ensino Superior pela Faculdade Santo Agostino, 2021; Pós-graduando em Psicologia Jurídica, Unileya. Licenciado em Pedagogia pela Universidade Federal de Rondônia, 1996; Bacharelem Direito pelo Centro Universitário São Lucas Ji-Paraná. Ji-Paraná, Rondônia, Brasil. E-mail: teofilolourencodelima@gmail.com.

\* **Autora correspondente:** Acadêmica do 8º período do curso de Direito no Centro Universitário São Lucas Ji-Paraná – São Lucas JPR. E-mail: fauna\_wille@hotmail.com.

**Recebido:** 01/05//2024 **Aceito:** 13/07/2024.

### Resumo

O sistema prisional brasileiro por si só enfrenta diversas dificuldades, a exemplo da insalubridade de suas instituições, reincidência delitiva, superlotação e proliferação de grupos faccionados. Soma-se a esses problemas a situação dos homens e mulheres transgêneros enquanto pessoas submetidas ao cárcere tem resultado em verdadeiro desafio para o sistema penitenciário, uma vez que este somente foi projetado para o padrão heteronormativo. Diante desse cenário, o objetivo desse estudo é analisar quais as dificuldades enfrentadas pelo sistema penitenciário brasileiro frente à identidade de gênero, vez que se trata de assunto relevante para o ordenamento jurídico. O presente estudo foi desenvolvido através de uma revisão bibliográfica de livros de doutrinadores, artigos, jurisprudências e leis através das plataformas digitais. O estudo possibilitou a compreensão de que a saída encontrada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) através da Resolução 348/2020, foi realizar o questionamento da pessoa presa que se autodeclarar transgênero, o local em que prefere cumprir sua pena. No entanto, desse questionamento emergem outras questões que podem colocar em risco a própria integridade física e psicológica, a exemplo do preso transgênero masculino que ainda não realizou a cirurgia de adequação de sexo, ao optar por uma prisão masculina, conseqüentemente estará fadado a sofrer violência sexual, fazendo com que a pena que lhe foi imposta se torne totalmente desproporcional. Portanto, conclui-se que a legislação atualmente aplicada não compreende de forma efetiva a pessoa transgênero como ser de direitos devendo o Estado implementar políticas públicas visando adequar o sistema prisional à diversidade populacional.

**Palavras-chave:** Sistema penitenciário. Transgênero. Violência.

### Abstract

The Brazilian prison system faces numerous difficulties, such as the unsanitary conditions of its institutions, high recidivism rates, overcrowding, and the proliferation of factional groups. Adding to these problems, the situation of transgender men and women in prison presents a significant challenge for the penitentiary system, which has been designed solely according to heteronormative standards. Given this scenario, the objective of this study is to analyze the difficulties faced by the Brazilian penitentiary system regarding gender identity, as this is a relevant issue for the legal system. This study was developed through a bibliographic review of scholarly books, articles, case law, and laws available on digital platforms. The study allowed for the understanding that the solution found by the National Justice Council (CNJ) through Resolution 348/2020 was to question the imprisoned person who self-identifies as transgender about their preferred location to serve their sentence. However, this questioning raises other issues that may endanger the physical and psychological integrity of the individual. For instance, a transgender male prisoner who has not yet undergone sex reassignment surgery may choose a male prison, thereby facing a high risk of sexual violence, making the imposed sentence disproportionately severe. Therefore, it is concluded that the current legislation does not effectively recognize transgender individuals as rights-bearing persons, necessitating that the state implement public policies to adapt the prison system to the diverse population it serves.

**Keywords:** Penitentiary system. Transgender. Violence.

### 1. Introdução

O sistema penitenciário brasileiro tem como escopo a ressocialização dos indivíduos

enquanto privados de liberdade, ancorados na Constituição Federal Brasileira, que é firme ao garantir em seu Art. 3º, IV, a busca pela

promoção do bem de todos, sem qualquer preconceito. Ainda em seu art. 5º que todos são iguais sem qualquer distinção. No entanto, quando falamos de pessoas presas transgêneros, vemos um dilema que pode tornar o cumprimento da pena completamente desproporcional ao que de fato foi atribuído pela lei. O preconceito e a violência enfrentados dentro do cárcere viola os direitos que lhes são inerentes enquanto seres humanos.

Em que pese o sistema penitenciário ter evoluído significativamente, com a busca de adequação de celas, resoluções normativas, a exemplo da 348/2020 do CNJ, ainda vemos casos de abusos e segregação da população LGBTQIA+.

Com esta pesquisa, pretende-se analisar esta realidade com base na literatura e textos de lei, buscando assim uma clara compreensão desta realidade que, apesar de presente, mostra-se invisível quando se trata de políticas públicas.

## 2. Metodologia

O sistema penitenciário brasileiro tem como escopo a ressocialização dos indivíduos enquanto privados de liberdade, ancorados na Constituição Federal Brasileira, que é firme ao garantir em seu Art. 3º, IV, a busca pela promoção do bem de todos, sem qualquer preconceito. Ainda em seu art. 5º que todos são iguais sem qualquer distinção. No entanto, quando falamos de pessoas presas transgêneros, vemos um dilema que pode tornar o cumprimento da pena completamente desproporcional ao que de fato foi atribuído pela lei. O preconceito e a violência enfrentados dentro do cárcere viola os direitos que lhes são inerentes enquanto seres humanos.

Em que pese o sistema penitenciário ter evoluído significativamente, com a busca

de adequação de celas, resoluções normativas, a exemplo da 348/2020 do CNJ, ainda vemos casos de abusos e segregação da população LGBTQIA+.

Com esta pesquisa, pretende-se analisar esta realidade com base na literatura e textos de lei, buscando assim uma clara compreensão desta realidade que, apesar de presente, mostra-se invisível quando se trata de políticas públicas.

## 3. Desenvolvimento

### 3.1 A evolução do sistema penitenciário

O direito penal surgiu junto à organização do homem enquanto sociedade. A evolução do Direito penal passou por diversas fases, entre a vingança até o modelo aplicado atualmente.

O sistema de punições esteve presente na humanidade desde os primórdios. Durante a idade antiga, por volta do século VIII a.C. ao século V d.C., o propósito do cárcere era a garantia do domínio físico para que se exerça a punição, que acontecia basicamente em ruínas e calabouços.

Ensina Carvalho Filho (*apud* ESPEN, 2002), que “[...] a descrição que se tem daqueles locais revela sempre lugares insalubres, sem iluminação, sem condições de higiene e inexpurgáveis”. Os presos permaneciam nas masmorras, onde adoeciam ou permaneciam esquecidos até que a morte os levasse.

Na idade média, o que se tem é a supremacia da igreja católica e o feudalismo. Ainda nesse período, a custódia tinha o propósito de conservar aqueles que posteriormente seria submetido a castigos ou pena de morte.

O direito penal era baseado na Lei das XII Tábuas e na Lei das Sete Partidas, que estabeleciam regras para a punição de crimes. A justiça era executada de forma arbitrária

pelos senhores feudais. Durante a inquisição, as penas que incluíam a tortura e a execução na fogueira tinham por objetivo acabar com as heresias e as práticas consideradas contrárias à Igreja Católica.

A idade moderna se inicia com a Revolução Francesa em 1789. Durante esse período há a transição do sistema Feudal para a constituição do Estado Moderno caracterizado pelo desenvolvimento político, econômico e social ligado ao capitalismo.

Com o nascimento do iluminismo no século XVIII, a pena caracterizada até então pelo castigo corporal, deixou de ser temida pela população, uma vez que enfrentavam grandes dificuldades econômicas e viam nos crimes patrimoniais uma forma de sobrevivência. Surge então, a pena privativa de liberdade como forma eficaz de controle social.

Para Michel Foucault (1998, p.261),

[...] pode-se compreender o caráter de obviedade que a prisão-castigo muito cedo assumiu. Desde os primeiros anos do século XIX, ter-se-á ainda consciência de sua novidade; e, entretanto, ela surgiu tão ligada, e em profundidade, com o próprio funcionamento da sociedade, que relegou ao esquecimento todas as outras punições que os reformadores do século XVIII haviam imaginado.

O período iluminista guiava-se pela razão. Buscava-se uma mudança de mentalidade. Nesse sentido, Cesare Beccaria (2015, p.54),

Para que o castigo produza o efeito que dele se deve esperar, basta que o mal que causa ultrapasse o bem que o culpado retirou do crime. Devem contar-se ainda como parte do castigo os terrores que precedem a execução e a perda das vantagens que o crime devia produzir. Toda severidade que ultrapasse os limites se torna supérflua e, por conseguinte, tirânica.

O Hospício de San Michel, em Roma, foi a primeira instituição penal construída no mundo. Tinha por objetivo, o encarceramento dos “meninos incorrigíveis”, jovens que tinham condutas condenadas pela sociedade.

### **3.2 O sistema penitenciário brasileiro**

No Brasil, o sistema penitenciário se iniciou com a Carta Régia de 8 de julho de 1796, que determinou a construção da Casa de Correção da Corte. Sua construção teve início em 1834, sendo inaugurada somente em 6 de julho de 1850 no Rio De Janeiro, à época, capital do país.

Até o início do século XIX, o Brasil se submetia às Ordenações Filipinas, trazido por Portugal durante a colonização que determinava os crimes e quais penas seriam aplicadas tendo como régua a moral e a religião a fim de disseminar o temor pelo castigo, visto que se tratava de penas completamente desproporcionais aos crimes cometidos. Entre elas: deporto para as galés, pena de morte, penas corporais, humilhação pública e confisco de bens.

As Ordenações Filipinas, foram, em parte, revogadas, fazendo surgir o primeiro Código Criminal. Nesse período, foi estabelecido a pena de prisão com trabalho, que visava além de reprimir, também reabilitar os presos à sociedade. Somente após a metade do século XIX começou a ser colocado em prática

Em 1824, foi elaborado o Código Criminal do Império que buscava a introdução do direito penal sob um viés de humanização da pena. Nesse modelo, a individualização das penas, requisitos de agravantes e atenuantes passaram a vigorar. A pena de morte, abolida somente em 15 de novembro de 1889, coibia, basicamente, os crimes praticados por escravos.

A implementação de novas modalidades de pena só foi possível com a criação do código penal de 1890. As penas de prisão passaram a ter limite de no máximo 30 anos, tendo como modalidade a prisão celular, prisão com trabalho obrigatório e reclusão.

Até a década de 1920, as prisões possuíam caráter misto, onde homens e mulheres dividiam a mesma cela. Com o aumento da criminalidade das mulheres, o encarceramento feminino se tornou debate diante da urgência em separá-las dos homens devido os abusos a que eram submetidas.

A separação do sistema penitenciário por sexo somente aconteceu com a promulgação do Decreto-Lei n. 12.116, de 11 de agosto de 1941, decretando a criação de presídios femininos, conforme o que dispõe o artigo 1º “É criada junto a Penitenciária do Estado e sujeita às leis e regulamentos em vigor, no que lhe for aplicável, uma seção destinada ao “Presídio de Mulheres”, subordinada à administração daquele estabelecimento”.

A primeira penitenciária feminina do Brasil foi sediada na cidade de São Paulo e era administrada pela Igreja Católica sob a gestão da Congregação de Nossa Senhora da Caridade do Bom Pastor. Aqui, as mulheres encarceradas eram “corrigidas” realizando serviços domésticos, o que a sociedade à época julgava ser o seu papel.

Em 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 5º, que trata dos direitos individuais e coletivos, de forma expressa:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com

a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

Vislumbra-se que o sistema penitenciário brasileiro foi criado a partir de um modelo dicotômico não comportando a diversidade existente causando situações de vulnerabilidade e segregação.

### 3.3 Identidade de gênero

É indispensável fazer a distinção de três atributos que definem a identidade sexual de um indivíduo, quais sejam: sexo, gênero e orientação sexual.

Sexo se refere exclusivamente ao sistema biológico da pessoa, não fazendo qualquer relação com o meio social. Ensina a genética que

A determinação do sexo ocorre no momento da fecundação do óvulo. Nos mamíferos, essa determinação é feita através dos cromossomos sexuais encontrados nos gametas masculinos, que são os espermatozoides (XY), e no gameta feminino, que é o óvulo (XX). Sabemos que a espécie humana possui 46 cromossomos, sendo que 23 desses cromossomos foram doados pela mãe (no óvulo) e os outros 23 cromossomos foram doados pelo pai (no espermatozoide) (MORAES, 2024).

Então, partindo, da determinação do sexo biológico, tem a categoria masculina e feminina.

Já o gênero possui cunho psicossocial. Aqui não se pode falar apenas em masculino e feminino simplesmente, mas em como nos reconhecemos independentemente do sexo biológico. As pessoas que não adequam ao gênero designado biologicamente, são chamados de transgêneros, enquanto os que se adequam, de cisgêneros.

A orientação sexual se revela com os desejos ligados às relações afetivas. Aqui surge diversas modalidades, entre elas: homossexualidade, heterossexualidade,

bissexualidade, entre outras. A preferência, em sentido romântico, em nada se relaciona com biologia ou como o indivíduo se identifica.

Focaremos aqui apenas em gênero, mais precisamente em transgêneros, objeto dessa pesquisa. Segundo o dicionário, “os transgêneros, são indivíduos cujo gênero masculino ou feminino é incompatível com o modo como a pessoa se identifica, geralmente as pessoas transgênero se identificam com o gênero oposto ao seu sexo de nascença; opõe-se a cisgênero” (DICIO, 2024).

Portanto, pessoas do sexo masculino que se identificam e vivenciam o gênero feminino, são denominadas mulheres trans, mesmo que não realizada a cirurgia de redesignação sexual, enquanto, as pessoas do sexo feminino que vivenciam o gênero masculino, são denominadas homens trans.

Segundo a Associação Brasileira LGBT ( *apud* Mourão, 2010), “Na América Latina há ainda o termo travesti, que comumente se refere a mulheres-transsexuais que não tem necessidade e nem ambição de realizar a cirurgia de redesignação sexual”.

Existem diversos subgrupos de transgêneros, que variam conforme a cultura local.

### **3.4 O transgênero no sistema penitenciário brasileiro**

Sabe-se que qualquer pessoa é passível de cometer uma infração penal devendo ser submetida ao rigor da lei, conseqüentemente, ao cárcere.

No entanto, desse contexto emergem alguns desafios quando falamos de pessoas transgêneros. Conforme, demonstrado na evolução do sistema penitenciário, havia severas violações quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana. Ainda hoje, as condições carcerárias são de insalubridade,

superlotação, falta de acesso adequado à saúde, aumento dos índices de violência sexual e formação de grupos faccionados nas instalações. A condição dos transgêneros torna-se, portanto, um complicador, visto que a maioria das prisões não são adequadas a recebê-los.

O que se encontra são celas separadas dentro da própria unidade prisional. Entende-se que, nesse caso, não existe igualdade de condições, uma vez que são obrigados a viver segregados como forma de garantir sua própria integridade física diante do preconceito e da violência enraizado no país.

A Resolução 348/2020 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) estabelece em seu art. 7º e 8º, estabelecem o dever do magistrado em determinar o estabelecimento prisional após questionamento da pessoa presa autodeclarada fazer parte da população LGBT. Tal decisão não garante melhores condições de tratamento.

Segundo a coordenadora de Diversidade Sexual do governo de Minas, Walkíria La Roche (*apud* SESTOKAS, 2015), “dentro das cadeias, os travestis são usados como moeda de troca entre os presos. São recorrentes situações em que a pessoa deixa de se declarar como homossexual para evitar sofrer violência, mas, travestis e transexuais já trazem isso no crachá”.

Além das situações já apresentadas, vislumbra-se ainda situações preocupantes, pois, a pessoa transgênero masculino que ainda não realizou a cirurgia de adequação dentro de um presídio masculino pode estar fadada a sofrer violências, tais como estupro, sob aval do Estado, enquanto, por outro lado, uma mulher transgênero pode se relacionar afetivamente com diversas outras presas, vindo a engravidá-las.

Acertada foi a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) que

concedeu em sede de *habeas corpus*, HC 861817, a transgênero feminina, que cumpria pena em prisão domiciliar após ter sido determinado seu cumprimento em presídio masculino.

Não são poucos os relatos de pessoas transgêneros presos que tiveram não só seus direitos enquanto Reeducandos violados, mas também seus corpos e sua dignidade. Claramente o Estado precisa se debruçar sobre o tema criando políticas públicas de conscientização, inclusão e formas de coibir a discriminação desenfreada e violenta dentro das unidades penitenciárias.

#### 4. Considerações Finais

A análise da evolução do direito penal, desde suas origens com práticas desumanas de combate à criminalidade até o modelo utilizado atualmente revela que, embora tenha avançado em termos de garantia aos direitos fundamentais, ainda é possível violações aos direitos humanos, principalmente quando se trata de grupos vulneráveis como as pessoas transgênero dentro do sistema penitenciário brasileiro.

A realidade dos estabelecimentos prisionais é em muito diferente do que prevê a Constituição Federal e legislação infraconstitucional, vez que são locais insalubres, superlotados e violentos. Levando para dentro dessas instituições pessoas transgênero sem considerar as diferenças de sua condição acaba por expô-los a situações degradantes que vão muito além da pena imposta pelo crime cometido.

A Resolução 348/2020 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) representa um avanço significativo, no entanto, insuficiente para assegurar a dignidade e a integridade física das pessoas transgêneros, enquanto privadas de liberdade, que frequentemente

enfrentam segregação e abusos dentro das unidades prisionais.

A decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) concedendo prisão domiciliar a uma mulher transgênero após sentença que determinava o cumprimento da pena em presídio masculino, demonstra a urgência de uma revisão profunda das políticas penitenciárias buscando assegurar o dever do Estado de reeducar e ressocializar de forma inclusiva e digna a todos os presos transgêneros que estiverem sob sua tutela.

#### 5. Declaração de conflitos de interesses

Nada a declarar.

#### 6. Referências

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Tradução de Paulo M. Oliveira; prefácios de Evaristo de Moraes. – 2. Ed. – São Paulo: Edipro, 2015.

BRASIL. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Decreto-Lei n. 12.116, de 11 de agosto de 1941. Disponível em: decreto-lei n.12.116, de 11.08.1941 (al.sp.gov.br). Acesso em: 05 de maio de 2024.

BRASIL. Casa Civil. Constituição 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. 5 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 10 de março de 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução 348/2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3519>. Acesso em: 10 de março de 2024.

BRASIL. Secretaria da Segurança Pública do Estado do Paraná. Escola de formação e aperfeiçoamento penitenciário - ESPEN. A

história das prisões e dos sistemas de punições. Disponível em: <https://www.espen.pr.gov.br/Pagina/historia-das-prisoas-e-dos-sistemas-de-punicoes>. Acesso em: 02 de maio de 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 861817. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=HC%20861817>. Acesso em: 10 de março de 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Transformando a prisão: diferentes olhares sobre direitos, dilemas e esperanças de presos e presas transgênero. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2022/11122022-Transformando-a-prisao-diferentes-olhares-sobre-direitos--dilemas-e-esperancas-de-presos-e-presas-transgenero.aspx>. Acesso em: 10 de março de 2024.

DICIO. Dicionário online de português. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/transgenera/#:~:text=Cuja%20g%C3%AAnero%20masculino%20ou%20feminino,%3B%20op%C3%B5e%20Dse%20a%20cisg%C3%AAnero>. Acesso em: 28/03/2024).

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramalhe. – 20 ed. – Petrópolis: Vozes, 1998.

MORAES, Paula Louredo. Determinação do sexo em bebês; Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilescola.uol.com.br/biologia/determinacao-sexo-bebes.htm>. Acesso em: 18 de abril de 2024.

MOURÃO, Daniela. Transgêneros. Diversidade. Unesp. Disponível em:

<https://educadiversidade.unesp.br/transgeneros>. Acesso em: 10 de março de 2024.

SESTOKAS, Lúcia. Cárcere e grupos LGBT: Normativas nacionais e internacionais de garantias de direitos. Instituto Terra, Trabalho e Cidadania. Disponível em: Cárcere e grupos LGBT: Normativas nacionais e internacionais de garantias de direitos - ITTC - Instituto Terra, Trabalho e Cidadania. Acesso em: 05 de maio de 2024.