



CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

MEMORIAL

DE

AMICUS CURIAE

DA

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

**EM SOLICITAÇÃO DE OPINIÃO CONSULTIVA FORMULADA PELA
COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH) SOBRE
ABORDAGENS DIFERENCIADAS PARA PESSOAS PRIVADAS DE
LIBERDADE.**

2020

AO EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO (DPU)** da República Federativa do Brasil, instituição autônoma e nacional prevista no art. 134 da Constituição Federal, de âmbito nacional, com núcleos em todos os estados da federação, e que tem por objetivos a primazia da dignidade da pessoa humana e a prevalência e efetividade dos direitos humanos, vem respeitosamente, com fundamento nos artigos 44 e 73.3 do Regulamento desta Corte Interamericana de Direitos Humanos (**Corte IDH**), **requerer sua habilitação como AMICUS CURIAE,¹** para apresentar suas **observações escritas** a respeito da solicitação de opinião consultiva formulada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (**CIDH**) quanto ao alcance das normas interamericanas sobre as obrigações diferenciadas que o princípio da igualdade e não discriminação impõe aos Estados no contexto de privação de liberdade, em especial para a real e especial situação enfrentada por grupos vulneráveis, especificamente: (i) de mulheres grávidas, em período pós-parto e lactantes, (ii) pessoas LGBT; (iii) pessoas indígenas; (iv) pessoas idosas e (v) crianças que vivem com as mães na prisão.

1 – INTRODUÇÃO

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (**CIDH**), em petição formalizada em 25 de novembro de 2019, submeteu à Secretaria da Corte Interamericana de Direitos Humanos um pedido de parecer consultivo sobre “Abordagens diferenciadas para as pessoas privadas de liberdade”, em conformidade com o artigo 64.1 do Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Com a delimitação para o encarceramento derivado do envolvimento ou suposto envolvimento da pessoa na prática de delitos e infrações à lei, ordenada por

¹ https://www.corteidh.or.cr/amicus_curiae.cfm

autoridade judicial, ou seja, com foco especial para a situação de privação de liberdade que ocorre no sistema carcerário, sujeita a autoridades penitenciárias, e que se caracteriza pela duração prolongada do encarceramento, a CIDH pede à Corte IDH que se pronuncie a respeito do impacto desproporcional pela falta de proteção diferenciada às pessoas que estão em contexto de extrema vulnerabilidade por pertencerem a grupo em situação especial de risco.

Pede-se, também, sejam formuladas diretrizes para que os Estados cumpram adequadamente suas obrigações na matéria, oferecendo uma resposta efetiva e mais integral para a proteção dessas pessoas, em condição de igualdade com o restante da população carcerária, já que a falta de um enfoque diferenciado para esses grupos vulneráveis específicos tem potencial para causar danos que geram um impacto desproporcional em seu encarceramento.

Os questionamentos formulados à Corte IDH estão consolidados em 2 (duas) perguntas de contexto geral e outras 21 (vinte e uma) divididas nos recortes específicos de cada um dos grupos de risco elegidos pela CIDH, a saber: (i) de mulheres grávidas, em período pós-parto e lactantes, (ii) pessoas LGBT; (iii) pessoas indígenas; (iv) pessoas idosas e (v) crianças que vivem com as mães na prisão.

Considerando o disposto no artigo 73.3 do Regulamento Corte IDH, seguindo instruções da Presidenta da Corte, Juíza Elizabeth Odio Benito, todas as partes interessadas foram convidadas a expor por escrito sua opinião sobre os pontos submetidos à apreciação.

Sendo assim, verifica-se que o momento processual é oportuno à juntada das nossas considerações escritas a respeito do mérito da consulta, nos termos do que dispõem os arts. 28.1 e 44 do Regulamento da Corte IDH.

2 – DA PERTINÊNCIA TEMÁTICA: A LEGITIMIDADE DA DPU

A possibilidade de a DPU atuar perante Sistemas Internacionais de proteção dos Direitos Humanos, postulando perante seus órgãos², inclusive como

² Vide, expressamente, o artigo 4º, VI, da LC 80/94: 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: VI – representar aos sistemas internacionais de proteção dos

amicus curiae, proporciona maior interação entre a sociedade civil, seus atores e o sistema de justiça internacional, além de vocalizar, de forma coletiva, os anseios de populações vulneráveis, cujo acesso à jurisdição internacional é por demais dificultoso.

Nesse contexto, a admissão dos escritos da **DPU** constituiria um importante passo no sentido de prover o acesso à justiça internacional às pessoas humanas vulneráveis, no marco, por exemplo, do que decidido na quarta reunião de expertos realizada pela Corte IDH em 08/02/2000 e 09/02/2000, cuja primeira recomendação se porta, dentre outros aspectos, sobre a necessidade de participação mais efetiva dos **indivíduos** perante esse tribunal.

Se tradicionais mecanismos de solução de controvérsia no campo internacional prescindiam da participação de indivíduos, como é o caso da Organização Mundial do Comércio e da Corte Internacional de Justiça, a emergência de uma nova realidade, que reposiciona o ser humano como sujeito de Direito Internacional, traz consigo o questionamento sobre ferramentas de assistência jurídica àqueles que participam do julgamento internacional.

Nessa ordem de ideias, Antônio Augusto Cançado Trindade refere que o acesso à justiça se impõe nos planos tanto nacional como internacional³.

Os critérios legais definidores da atuação da Defensoria Pública da União apontam para a total compatibilidade de sua participação processual em favor de grupos vulneráveis, em razão de múltiplos fatores, dentre os quais a situação de privação de liberdade e todas outras especiais dificuldades em exercitar com plenitude perante o sistema de justiça os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico.

O conceito de vulnerável não se exaure nos limites da necessidade econômica. Ada Pellegrini Grinover leciona, com base na teoria de Mauro Cappelletti, que são igualmente necessitados as pessoas e grupos sociais que, do ponto de vista

direitos humanos, postulando perante seus órgãos;

³ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A humanização do direito internacional**. 1^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 115.

organizacional, são socialmente vulneráveis⁴. Essa vulnerabilidade decorre de uma série de circunstâncias que transcendem o aspecto meramente financeiro, alcançando grupos historicamente excluídos e com barreiras culturais e sociais para o acesso a direitos fundamentais.

O legislador, atento a essa miríade de vulnerabilidades, inseriu dentre as funções institucionais da Defensoria Pública a prestação da assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados e a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de **outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado** (art. 4º, II e XI, da Lei Complementar n. 80/94).

Desse modo, com a proteção desses grupos vulneráveis, a Defensoria Pública da União maximiza o cumprimento de sua missão constitucional de promoção dos direitos humanos e persegue o objetivo fundamental de erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais e regionais, bem como a promoção do bem de todos, sem qualquer tipo de preconceito, para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, III e IV, Constituição Federal).

O princípio da igualdade (*todos são iguais perante a lei*), nessa perspectiva, assume uma dimensão normativa-axiológica para corresponder não apenas à igualdade formal, mas também à igualdade material para defender sujeitos concretos que, em razão de fatores econômicos, históricos, culturais ou sociais não possuem as mesmas condições para a fruição da dignidade humana enquanto preceito fundante da comunidade política pós-1988.

Eis o princípio da igualdade fática que, conforme ensinamento de Robert Alexy, justifica o direito a um determinado tratamento jurídico desigual, de caráter afirmativo⁵. Essa premissa é também defendida por Boaventura de Sousa Santos, quando assevera o direito à igualdade quando a diferença inferioriza e o direito

⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Legitimação da Defensoria Pública à ação civil pública. In: Processo Coletivo: do surgimento à atualidade. Org.: Ada Pellegrini Grinover *et al.* 1ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, n.p.

⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo, Malheiros, 2008, p. 422.

à diferença quando a igualdade descaracteriza⁶.

De acordo com Tiago Fensterseifer,

A configuração político-jurídica de um Estado Social (e Democrático) de Direito encarrega o Direito de assegurar especial proteção aos indivíduos e grupos sociais que, por alguma razão concreta, encontram-se em situação fática de privação no exercício e gozo dos seus direitos – sobretudo daqueles de natureza fundamental – assegurados pela ordem jurídica vigente⁷.

Portanto, a necessidade de proteção especial não é privilégio. Decorre da situação histórica e estrutural de grupos sociais alijados de condições materiais para o exercício isonômico dos direitos fundamentais.

Dessa forma, os princípios da igualdade e da não discriminação, em sua dimensão normativa-axiológica, exigem, na execução de medidas privativas de liberdade, o respeito às condições e às necessidades especiais de grupos populacionais em situação de hipervulnerabilidade.

A Lei brasileira de Execução Penal alçou a Defensoria Pública ao status de órgão de execução penal⁸, o que se traduz em atribuir à esta Instituição a atuação tanto no exercício estrito da defesa daqueles/as que não possuem condições de contratar advogado sem prejuízo de seu sustento quanto no dever de defesa dos interesses dos vulneráveis e objetivamente aos direitos humanos, representando a busca democrática do progresso jurídico-social das categorias mais vulneráveis no curso processual e no cenário jurídico-político.

Por isso, o presente pedido formalizado por instituição vocacionada à defesa de direitos humanos permite a ampliação do debate sobre os fatos e fundamentos jurídicos em análise. Ademais, na linha das Resoluções da Organização dos Estados Americanos (OEA) n. **2656/2011**, n. **2714/2012**, n. **2801/2013**, n. **2821/2014** e n. **2928/2018**, a Defensoria Pública da União trata-se de **órgão autônomo e não submetido hierarquicamente a qualquer outra instância**

⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma Concepção Multicultural dos Direitos Humanos. In: **Contexto Internacional**, Rio de Janeiro, vol. 21, n. 1, jan./jun. 2001, p. 28.

⁷ FENSTERSEIFER, Tiago. O Conceito Jurídico de Necessitado e o Regime Jurídico de Especial Proteção dos Indivíduos e Grupos Sociais (Hiper)Vulneráveis na Constituição Federal de 1988. In: **Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**. São Paulo, v. 2, n. 1, p. 39-82, jan./jun.2020.

⁸ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm

administrativa ou judicial do Estado brasileiro, o que, em debates como o presente, resulta em maior legitimidade das decisões emanadas pela jurisdição internacional de proteção dos direitos humanos.

Por fim, cabe lembrar que o Brasil é Estado-parte da Convenção Americana sobre Direitos Humanos desde 25 de setembro de 1992, reconhecendo, desde então, a competência consultiva da Corte. Logo, a opinião consultiva da Corte a ser exarada no presente caso terá caráter vinculante e deverá ser imediata e integralmente cumprida pelo Estado brasileiro.

3 - OS STANDARDS GLOBAIS DE PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS PARA O SISTEMA PRISIONAL

Nas lições introdutórias das ciências jurídicas, logo se aprende que as fontes do direito não são excludentes umas das outras, muito pelo contrário, entre elas ocorre um intenso e saudável diálogo.

Como afirma Erik Jayme: Nos termos do art. 29 da CADH, "nenhuma disposição sua pode ser interpretada no sentido de limitar o gozo ou o exercício de qualquer direito ou liberdade previsto no direito interno [...] suas normas não podem limitar outros direitos previstos em outros tratados ou convenções".

E essa comunicação entre todas as normas sobre direitos humanos se justificam na medida em que sempre deve ser ponderada a interpretação que mais amplia o exercício dos direitos humanos, por força do princípio do *pro homine*.

A partir dessa concepção, listam-se as principais normas internacionais com incidência no plano global que tratam da questão prisional, quer sejam de caráter convencional, quer sejam de caráter não convencional, de proteção do Direito Internacional dos Direitos Humanos:

Declaração Universal dos Direitos Humanos: proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, em 10 de dezembro de 1948, por meio da Resolução 217 A (III).

Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos. Incorporado no Brasil pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, dispõe de natureza suprallegal

Regras de Mandela: Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos, denominadas como “Regras de Mandela”. Aprovado pela Assembleia Geral da ONU em 17 de dezembro de 2015, através da Resolução n.º 17/175, resultado de ampla revisão das Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos, adotadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Genebra, em 1955, é um documento que tem em seu propósito promover condições humanitárias de encarceramento, conscientizar para o fato de que a pessoa privada de liberdade é ser integrante permanente da sociedade, enfatizar e consolidar os principais diplomas internacionais que discorrem sobre as condições prisionais em seus mais variados aspectos.

Regras de Bangkok. Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Resolução 2010/16 de 22 de julho de 2010, o Conselho Econômico e Social recomendou à Assembleia Geral que deliberou na Sexagésima quinta Assembleia - Terceira Comissão- Item 105 do programa.

Regras de Tóquio. As Regras formuladas pelo Instituto da Ásia e do Extremo Oriente para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delincente (em 1986), cujo projeto foi aprovado em 14 de dezembro de 1990, pela Assembléia Geral das Nações Unidas (8º Congresso), integrando a Resolução n.º 45/110, oficialmente denominadas Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade, com o objetivo de incentivar a adoção, pelos Estados-membros, de meios mais eficazes que o cárcere para prevenir a criminalidade e melhorar o tratamento dos encarcerados.

Protocolo de Istambul. Manual para investigação e documentação eficazes da tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos- Genebra, série de formação profissional n.º 8. Ano 2001.

Princípios de Yogyakarta. Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à Orientação Sexual e Identidade De Gênero. Trata-se de documento resultado de uma reunião de especialistas realizada na

cidade de Yogyakarta na Indonésia, entre 6 e 9 de novembro de 2006, que definiu 29 princípios e 16 recomendações, tendo como signatários representantes de **diversos** países, inclusive do Brasil.

Princípios e Boas Práticas para a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas. Resolução n. 01/08, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, adotada durante seu 131º Período Ordinário de Sessões, que reúne princípios e critérios para aplicação e interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos no contexto das pessoas privadas de liberdade.

4 - DO DIÁLOGO ENTRE CORTES INTERNACIONAIS: INFLUXOS RECÍPROCOS ENTRE OS SISTEMAS EUROPEU E INTERAMERICANO NA TEMÁTICA DA PRESENTE OPINIÃO CONSULTIVA

Os sistemas regionais europeu e interamericano de proteção dos direitos humanos têm-se debruçado há alguns anos sobre a temática relativa à proteção dos direitos das pessoas privadas de liberdade. As características de cada continente permitem análises mais atentas às peculiaridades locais, sem invalidar o crescente e profícuo diálogos entre ambos os sistema

Nesse sentido, ainda em 1995 esta Corte Interamericana estabeleceu de maneira clara que:

“nos termos do art. 5.2 da Convenção, toda pessoa privada de liberdade tem direito a viver em condições de detenção compatíveis com sua dignidade pessoal e o Estado lhe deve garantir o direito à vida e à integridade pessoal. Em consequência, o Estado, como responsável pelos estabelecimentos de detenção, é o garante desses direitos dos detentos.”⁹

A situação de sujeição especial a que estão submetidas as pessoas encarceradas, particularmente aquelas integrantes de grupos vulneráveis, foi analisada de forma ainda mais peculiar pela CtIDH no caso *Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*:

Frente às pessoas privadas de liberdade, o Estado se encontra em uma

⁹ Caso *Neira Alegria y otros vs. Perú*. Sentença de 19/01/1995 (mérito). Parágrafo 60. Disponível em <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_20_esp.pdf>. Acesso em 14/12/2020.

posição especial de garante, uma vez que as autoridades penitenciárias exercem um forte controle ou domínio sobre as pessoas que se encontram sujeitas a sua custódia. Desse modo, produz-se uma relação e interação especial de sujeição entre a pessoa privada de liberdade e o Estado, caracterizada pela particular intensidade com que o Estado pode regular seus direitos e obrigações pelas circunstâncias próprias do cárcere, em que se impede ao recluso satisfazer por conta própria uma série de necessidades básicas que são essenciais ao desenvolvimento de uma vida digna.

Ante esta relação e interação especial de sujeição entre o interno e o Estado, este último deve assumir uma série de responsabilidades particulares e tomar diversas iniciativas especiais para garantir aos reclusos as condições necessárias para desenvolver uma vida digna e contribuir ao gozo efetivo daqueles direitos que sob nenhuma circunstância podem ser restringidos ou daqueles cuja restrição não deriva necessariamente da privação de liberdade e que, portanto, não é admissível.¹⁰

Por sua vez, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) editou, em 2011, o informe sobre os direitos humanos das pessoas privadas de liberdade. Rememora a Comissão que o direito das pessoas privadas de liberdade de receber um tratamento humano enquanto estejam sob a custódia do Estado é uma norma universalmente aceita pelo Direito Internacional, expressamente consagrada no art. XXV da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem¹¹.

A Corte Europeia de Direitos Humanos (CtEDH), a seu turno, já estabeleceu que as garantias à liberdade e segurança pessoais, consagradas no art. 5º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, têm especial significação, particularmente quando as potenciais vítimas estão sob a custódia de agentes estatais. Assim, no caso *Tanli vs Turquia*, a Corte destacou que qualquer privação da liberdade deve não apenas ser efetuada em conformidade com o as regras de direito processual e substantivo interno, mas devem também guardar consonância com o propósito em si do art. 5º, consistente, nomeadamente, em proteger os indivíduos contra a detenção

¹⁰ Caso *Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*. Sentença de 02/09/2004 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Parágrafo 152 e 153. Disponível em <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf>. Acesso realizado em 14/12/2020.

¹¹ Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 64 31 diciembre 2011 Original: Español. Disponível em <<http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/PPL2011esp.pdf>>. Parágrafo 66. Acesso realizado em 14/12/2020. Parágrafo 67.

arbitrária.¹²

No Caso *Torregiani vs. Itália*¹³, a CtEDH destacou que o encarceramento não conduz à negação de direitos humanos da pessoa privada de liberdade, mas sim à necessidade de maior proteção diante da patente vulnerabilidade que a situação lhe enseja e também pelo fato de estar totalmente sob a responsabilidade estatal. Com efeito, o art. 3 da Convenção Europeia de Direitos Humanos impõe ao Estado a obrigação de propiciar condições adequadas para preservar a saúde e bem-estar das pessoas presas, bem como adotar medidas efetivas para evitar qualquer tratamento degradante ou desumano.

Com relação à possibilidade de que condições degradantes de detenção e práticas desumanas executadas por funcionários públicos configurem tortura, a CtEDH tem reiteradamente destacado que os Estados devem assegurar que os indivíduos sejam detidos em condições compatíveis com o respeito à dignidade humana e que a forma e método de execução da medida detentiva não lhes inflija angústia ou padecimento que excedam os níveis inevitáveis de sofrimento inerentes ao encarceramento.¹⁴

O sistema regional europeu também tem-se mostrado atento às peculiaridades relativas aos efeitos da detenção sobre grupos especialmente vulneráveis. No caso *A.B and others vs. France*, por exemplo, ficou consignado o efeito desastroso que tratamentos desumanos podem acarretar sobre crianças e adolescentes privados de liberdade, especialmente em razão da potencialização decorrente da passagem do tempo em um período crucial à formação do indivíduo. Os danos decorrentes de repetição e acumulação de situações estressoras sobre pessoas em fases sensíveis da vida (como a infância, gestação e velhice, por exemplo) podem, assim,

¹² Corte Europeia de Direitos Humanos. *Case Tanli vs. Turkey*. Parágrafo 164. Disponível em <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59372>>. Acesso realizado em 14/12/2020.

¹³ Corte Europeia de Direitos Humanos. *Case Torregiani vs. Itália*. Sentença de 08 de janeiro de 2013. Parágrafo 65 *Apud* CEDH, *Kudła versus Polônia* [GC], n. 30210/96, § 94, CEDH 2000-XI e *Norbert Sikorski versus Polônia*, n. 17599/05, § 116, 22 de outubro de 2009.

¹⁴ Corte Europeia de Direitos Humanos. *Case of G.B and others vs. Turkey*. Sentença de 17/10/2019. Disponível em <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-196612>>. Parágrafo 99. Acesso realizado em 14/12/2020.

mais facilmente romper as barreiras de condutas caracterizáveis como tortura.¹⁵

5 - CONSIDERAÇÕES SOBRE O MÉRITO E RESPOSTAS ÀS PERGUNTAS FORMULADAS PELA CIDH NA OPINIÃO CONSULTIVA

5.1 DO ESTADO DE COISAS INCONVENCIONAL VIVENCIADO PELO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: BREVES CONSIDERAÇÕES

O Brasil possui a terceira maior população carcerária do mundo. Segundo dados divulgados pelo Infopen¹⁶ (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, elaborado pelo Ministério da Justiça) de julho a dezembro de 2019, 755 mil pessoas encontram-se privadas de liberdade, cumprindo pena em diferentes regimes prisionais. Ainda segundo o Infopen, durante o período mencionado, o número total de vagas nos presídios era de 442 mil, o que evidencia um déficit de 313 mil vagas, ou seja, há muito mais presos do que vagas, o que faz com que os presídios operem em um sistema caótico de superlotação.

Da população carcerária no país, 66,6% dos presos estão à espera do trânsito em julgado. Desses, 67% ainda não têm uma sentença condenatória (aproximadamente 44,6% do total) e 33% estão aguardando o julgamento de seus recursos. Enquanto isso, somente 32,9% estão em execução definitiva e, por fim, 0,5% por prisão civil (responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia).

Entre os anos 2000 e 2016, a taxa de aprisionamento no Brasil aumentou 119%, conforme aponta indicadores do Departamento Penitenciário Nacional¹⁷. Em 2000, havia 137 presos para cada 100 mil habitantes. Essa taxa subiu

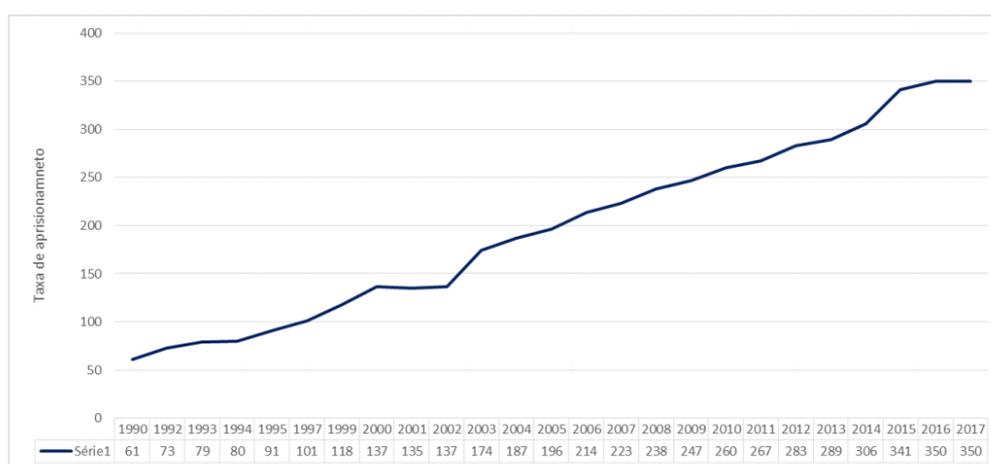
¹⁵ Corte Europeia de Direitos Humanos. Case of A.B and others vs. France. Sentença de 12/07/2016. Disponível em <<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-165262%22%5D%7D>>. Acesso realizado em 14/12/2020.

¹⁶ Disponível em: <shorturl.at/kqBX0>. Acesso em 03/12/2020

¹⁷ Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização - Junho de 2017*. Disponível em <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em 15 de dezembro de 2020.

para 352,6 em pouco mais de uma década. Se estima que seguindo este ritmo, o país contará em 2022 com mais de 1 milhão de pessoas em situação de prisão. O gráfico a seguir ilustra o crescimento exponencial da taxa de aprisionamento brasileira.

Gráfico 3. Evolução da taxa de aprisionamento no Brasil entre 2000 e 2017



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho /2017
Para os cálculos das taxas foram utilizados dos dados da PNAD continua/ IBGE 2017

Em junho de 2017, o país contava com um déficit no sistema penitenciário nacional de 303.112 vagas, perfazendo uma taxa de ocupação de 171,62%.

Quadro 1. Pessoas privadas de liberdade no Brasil junho de 2017⁵

Brasil - Junho de 2017	
Total da população prisional	726.354
Sistema Penitenciário	706.619
Secretarias de Segurança e Carceragens*	19.735
Total de Vagas	423.242
Déficit de vagas	303.112
Taxa de Ocupação	171,62%
Taxa de Aprisionamento	349,78

Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho /2017; IBGE, 2017.

* Dados referentes a dezembro de 2016.

Este contexto conduz a necessidade de se refletir a efetividade das políticas públicas na seara econômica e social para prevenir os transtornos sociais de uma comunidade e a redução contínua do Poder público na consecução de medidas de promoção efetiva de bem-estar e empoderamento. As estatísticas trazidas à baila deixam clara a opção brasileira por uma atuação interventora punitivista em lugar de

promover medidas de transformação dos entornos sociais.

Por outro lado, o aumento da criminalidade e o sentimento de insegurança generalizado reflete no desejo do imaginário social de recrudescimento da política penitenciária e das leis penais como panaceia para resolver os conflitos sociais. Com efeito, ao final e ao cabo, esses conflitos se intensificam exatamente na deficiência do Poder Público em viabilizar a igualdade no acesso de oportunidades a todos e todas indistintamente.

O Supremo Tribunal Federal do Brasil (STF)¹⁸, em setembro de 2015, no bojo da ADPF 347/DF, reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional face à crise do sistema penitenciário nacional.

Em decisão cautelar, o Plenário reconheceu que no sistema prisional brasileiro realmente há uma violação generalizada de direitos fundamentais dos presos. As penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios acabam sendo penas cruéis e desumanas. Diante disso, o STF declarou que diversos dispositivos constitucionais, documentos internacionais (o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos) e normas infraconstitucionais estão sendo desrespeitados.

Os cárceres brasileiros, além de não servirem à ressocialização das pessoas presas, fomentam o aumento da criminalidade, pois se transformam em redutos de crescimento do crime organizado, territórios onde o Estado já não possui controle sobre a organização social. A prova da ineficiência do sistema como política de segurança pública está nas altas taxas de reincidência.

Consignou-se, ademais, que a situação seria assustadora: dentro dos presídios, violações sistemáticas de direitos humanos; fora deles, aumento da criminalidade e da insegurança social. Vale ressaltar a afirmação de que a responsabilidade por essa situação deve ser atribuída aos três Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), tanto da União, como dos Estados-Membros e do Distrito

18 <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=299385>
<https://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/232387594/uma-vitoria-pirrica-o-julgamento-da-adpf-347>
<http://uerjdireitos.com.br/adpf-347-estado-de-coisas-inconstitucional-no-sistema-penitenciario/>

Federal.

Ponderou-se que haveria problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas, quanto de interpretação e aplicação da lei penal. A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representa uma verdadeira "falha estrutural" que gera ofensa aos direitos das pessoas privadas de liberdade, além da perpetuação e do agravamento da situação.

O Poder Judiciário também seria responsável, já que aproximadamente 41% (quarenta e um por cento) dos presos estariam sob custódia provisória e pesquisas demonstraram que, quando julgados, a maioria viria a alcançar a absolvição ou a condenação a penas alternativas.

A violação de direitos fundamentais alcançaria a transgressão à dignidade da pessoa humana e ao próprio mínimo existencial e justificaria a atuação mais assertiva do Poder Judiciário. Nas palavras do então presidente da Corte, Ministro Ricardo Lewandowski, esse quadro insuportável e permanente de violação de direitos fundamentais exigia a intervenção legítima do Poder Judiciário.

Cunhado pela doutrina¹⁹, é a partir da criação do conceito de um "Estado de Coisas Inconvencional" que se buscou investigar em que medida existe também uma violação massiva da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), decorrente da omissão do Estado Brasileiro, somada a uma proposta que integre à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) nesse litígio estrutural.

Vale registrar que o Brasil aderiu à CADH e a internalizou em 1992 por meio do Decreto nº 678, vindo a aceitar a competência contenciosa da Corte IDH anos depois, em dezembro de 1998. No ano de 2002, por meio do Decreto nº 4.463, foi promulgada a declaração de reconhecimento da competência da Corte IDH nos seguintes termos: "É reconhecida como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da CADH, de 22 de novembro de 1969, de acordo com o art. 62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos

19 FERREIRA, Siddharta Legale; ARAÚJO, David Pereira. *O Estado de Coisas Inconvencional: trazendo a Corte Interamericana de Direitos Humanos para o debate sobre o sistema prisional brasileiro*. In: Revista Publicum, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, 2016, p. 67-82.

posteriores a 10 de dezembro de 1998”.

A grande maioria das medidas provisórias adotadas pela Corte IDH contra o Brasil estão relacionadas à violações de direitos humanos no ambiente de privação de liberdade, a saber: (i) Urso Branco²⁰ (Porto Velho, Rondônia); (ii) Complexo do Tatuapé da FEBEM²¹ (São Paulo, São Paulo); (iii) Penitenciária Dr. Sebastião Martins Silveira²² (Araraquara, São Paulo); (iv) Unidade de Internação Socioeducativa²³ (Cariacica, Espírito Santo); (v) Complexo Penitenciário de Curado²⁴ (Recife, Pernambuco); (vi) Complexo Penitenciário de Pedrinhas²⁵ (São Luís, Maranhão) e (vi) Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho²⁶ (Rio de Janeiro, Rio de Janeiro).

A propósito, vale ressaltar decisão, em sede de medidas provisionais, proferida por esta honorável Corte IDH no Caso Complexo Penitenciário de Curado vs. Brasil, em que se reconheceu a importância da aplicação das Regras de Mandela e demais normas internacionais no contexto das pessoas privadas de liberdade. Esta

²⁰ *Caso da Penitenciária Urso Branco*, Medidas Provisórias. Resoluções da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 18 de junho de 2002; 29 de agosto de 2002; 22 de abril de 2004; 7 de julho de 2004; 21 de setembro de 2005; 02 de maio de 2008; 17 de agosto de 2009; 25 de novembro de 2009; 26 de julho de 2011; e de 25 de agosto de 2011.

²¹ *Caso das Crianças e Adolescentes privados de liberdade no “Complexo do Tatuapé”*, Medidas Provisórias. Resoluções da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 17 de novembro de 2005; 30 de novembro de 2005; 04 de julho de 2006; 03 de julho de 2007; 10 de junho de 2008; e de 25 de novembro de 2008.

²² *Caso das pessoas privadas de liberdade na Penitenciária “Dr. Martins Silveira”*, Medidas Provisórias. Resoluções da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 28 de julho de 2006; 30 de setembro de 2006; 10 de junho de 2008; e 25 de novembro de 2008.

²³ *Caso das crianças e adolescentes privados de liberdade na Unidade de Internação Socioeducativa - UNIS*, Medidas Provisórias. Resoluções da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 25 de fevereiro de 2011; 26 de julho de 2011; 01 de setembro de 2011; 26 de abril de 2012; 20 de novembro de 2012; 21 de agosto de 2013; 29 de janeiro de 2014; 26 de setembro de 2014; 23 de junho de 2015; e 15 de novembro de 2017.

²⁴ *Caso do Complexo Penitenciário de Curado*, Medidas Provisórias. Resoluções da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 22 de maio de 2014; 07 de outubro de 2015; 18 de novembro de 2015; 23 de novembro de 2016; 15 de novembro de 2017; e 28 de novembro de 2018.

²⁵ *Caso do Complexo Penitenciário de Pedrinhas*, Medidas Provisórias. Resoluções da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 14 de novembro de 2014; 14 de março de 2018; e 14 de outubro de 2019.

²⁶ *Caso do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho*, Medidas Provisórias. Resoluções da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 13 de fevereiro de 2017; 31 de agosto de 2017; e 22 de novembro de 2018.

honorável Corte IDH teve a oportunidade de destacar:

“O Tribunal recorda que o Estado tem o dever de adotar as medidas necessárias para proteger e garantir o direito à vida e à integridade pessoal daqueles que se encontram privados da liberdade, e de abster-se, em qualquer circunstância, de agir de maneira tal que possa esse direito ser violado. Por conseguinte, as obrigações que indubitavelmente deve assumir, em sua posição de garante, incluem a adoção das medidas que possam favorecer a manutenção de um clima de respeito dos direitos humanos das pessoas privadas de liberdade entre si, reduzir a superlotação e fazer com que as condições de detenção mínimas sejam compatíveis com sua dignidade, o que implica prover suficiente pessoal capacitado para assegurar o adequado e efetivo controle, custódia e vigilância do centro penitenciário. Além disso, dadas as características dos centros de detenção, o Estado deve proteger os reclusos da violência que, na ausência de controle estatal, possa ocorrer entre os que se encontram privados de liberdade²⁷”

São diversas as providências determinadas para se tentar fazer cessar, dentro do ambiente prisional, a violação generalizada de direitos das pessoas, assim como proteger a vida e a integridade pessoal de todas pessoas que ingressam no estabelecimento prisional (presos, visitantes, funcionários), manter lista atualizada de das custodiados, assegurar o contato entre as pessoas presas e as autoridades e organizações de defesa dos direitos humanos, investigar e punir as violações de direitos humanos no interior de estabelecimentos prisionais, possibilitar a visita dos familiares dos reclusos, assegurar as condições adequadas de aprisionamento, ajustar a ocupação prisional à capacidade do estabelecimento, abster de praticar revistas íntimas ou vexatórias em visitantes.

Voltamos às lições da doutrina para registrar que²⁸:

[...]

É mesmo possível forjar um conceito de que existe um Estado de Coisas Inconvencional a partir da jurisprudência contenciosa da Corte IDH em relação ao Brasil?

Sim. Os casos descritos acima em termos qualificativos já forneceriam elementos suficientes para fundamentar essa conclusão.

²⁷ Caso Complexo Penitenciário Curado vs. Brasil. *Resolução. Medidas provisionais*. 28 de novembro de 2018. Parágrafos 53 e 54. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_06_por.pdf. Acesso em 15 de dezembro de 2020.

²⁸ FERREIRA, Siddharta Legale; ARAÚJO, David Pereira. O Estado de Coisas Inconvencional: trazendo a Corte Interamericana de Direitos Humanos para o debate sobre o sistema prisional brasileiro. In: *Revista Publicum*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, 2016, p. 67-82.

Ainda assim, quantificamos o total de casos contenciosos envolvendo apenas o Brasil para reforçar essa tese. Constatamos que, até outubro de 2016, existiam 35 medidas provisórias (MP), 5 sentenças (S) e 8 supervisões de cumprimento de sentença (SC). Em linhas gerais, percebe-se um elevado número de medidas provisórias em quantidade inclusive bastante superior em relação a todas as demais espécies de decisão; um reduzido número de sentenças propriamente ditas; e mais supervisões de sentença do que sentenças.

Esses dados são bastante reveladores. Em primeiro lugar, comprova a existência não apenas de violações aos direitos humanos, mas de violações graves. Isso porque as medidas provisórias pressupõem para serem aceitas violações graves e o risco de danos irreparáveis e não apenas o esgotamento das instâncias internas para que a Corte IDH possa apreciar a questão.

Em segundo lugar, esses dados revelam também a existência de uma omissão persistente, porque, de um lado, a Corte IDH precisa reiterar sistematicamente as suas decisões para que se amplie o cumprimento das mesmas. Isso ocorre tanto no âmbito das medidas provisórias, quanto no âmbito das supervisões de cumprimento de sentença. Em geral, o Estado brasileiro cumpre apenas parcialmente as suas obrigações. Costuma indenizar, mas é omissivo em relação às demais formas de reparação que exigem outras medidas não necessariamente pecuniárias. O cumprimento parcial não deixa de ser um descumprimento, o que em casos graves é, com o perdão do pleonasma, ainda mais grave. A propósito, vale destacar esse ponto da omissão, tendo em vista que a duração do procedimento varia de 3 a 9 anos apenas no desenrolar das fases escrita, oral e de cumprimento na Corte IDH. Se somarmos o arrastado processo no plano doméstico que não teve êxito, ou mesmo o tempo entre a CIDH e a Corte IDH, o lapso temporal aumentaria exponencialmente. Mesmo assim, ficando apenas com o tempo de tramitação na Corte IDH, casos, como o caso do Presídio de Urso Branco, durou por 9 anos entre a primeira e última medida provisória proferida (2002-2011). O caso da Febem do Tatuapé durou 4 anos (2006-2008). O caso do Presídio de Araraquara consumiu por 3 anos (2006- 2008). O caso Ximenes Lopes gastou 5 anos (2006-2010). O caso da UNIS levou 5 anos (2011-2015). O Presídio de Curado tem movimentações entre 2014 e 2015, mas nada em 2016. O caso de Pedrinhas tem apenas uma decisão (2014) e mais nada até 2016. Nos dois últimos casos, porém, não há novos documentos na Corte IDH com informações até 2016 sobre a situação atual do Presídio, o que torna um pouco inviável uma análise da duração do procedimento na Corte IDH.

Essa demora é particularmente dramática, quando se presta atenção para o fato de o esgotamento dos recursos internos e o processamento da CIDH consumirem um tempo precioso para os que têm urgência e precisam da proteção de direitos humanos. A questão é particularmente sensível por envolver grupos bastante vulneráveis, como os presos (ex: Urso Branco, Pedrinhas, Curado), os menores de idade nas unidades socioeducativas (FEBEM e UNIS)

e aqueles em casas de repouso por possuírem deficiência mental (Damião Ximenes Lopes).

Por fim, em terceiro e último lugar, vale consignar que a Corte IDH e a CIDH podem desempenhar um papel relevante nesse litígio estrutural, cobrando ações concretas por parte do Estado, provocando uma atuação da União que não pode alegar no plano internacional que a segurança pública envolve uma competência federativa do Estado-membro. Mais do que isso, a reiteração de medidas provisórias, somadas aos mecanismos de supervisão de cumprimento de sentença consubstanciam um importante fase pós-deliberativa ou pós-decisória de acompanhamento da decisão e, a despeito dos limites e insuficiências, de ativismo judicial transnacional pode estimular um diálogo interinstitucional no plano interno, por exemplo, quando a Corte IDH cobrou um plano de emergência, como o fez no caso envolvendo o Presídio de Curado. Esse diálogo, por meio de uma maior intervenção da Corte IDH, aumentará potencial e gradativamente a efetividade dos direitos humanos previstos na CADH, auxiliando o Estado brasileiro a reverter o atual Estado de coisas não só inconstitucional, mas também inconvencional.

Embora ainda não devidamente observadas em todos os estabelecimentos prisionais do país, essas intervenções da Corte IDH, de certo modo, já indicam um ponto de partida no qual os debates a respeito da opinião consultiva ora formulada podem buscar elementos de realidade e de juridicidade.

5.2 A MARCADOR RACIAL E A POLÍTICA DE APRISIONAMENTO BRASILEIRA: A ATUAÇÃO DA DPU NA DEFESA DE DIREITOS ÉTNICOS DA POPULAÇÃO NEGRA

Embora a CIDH tenha afastado o marcador racial do escopo do seu pedido de opinião consultiva²⁹, entende-se necessário tecer algumas considerações a respeito da temática, até porque, no Brasil, no contexto das pessoas em situação de privação de liberdade, a intersecção de mais de um fator vulnerabilidade, experimentado nas mesmas circunstâncias de tempo e espaço, intensifica a fragilidade de um sujeito ou grupo. Exemplos: presa negra e migrante; presa negra, lésbica e

²⁹ [...] Do mesmo modo, as pessoas afrodescendentes não se incluem no alcance da presente solicitação, devido a que, em conformidade com o observado pela Comissão, os danos a esse grupo da população decorrem principalmente da discriminação racial de que são objeto em seu envolvimento no sistema penal e em seu acesso à justiça.

grávida; criança negra, estrangeira e em situação de prisão com mãe presa; prego negro, gay e migrante; preso idoso e negro, encarcerado negro e transexual, etc.

Frise-se que a DPU tem como objetivo constitucional e legal a defesa de grupos sociais vulneráveis, tanto sob o prisma econômico quanto social. Nesse contexto, a Lei Complementar nº 80/94 traça como objetivos da Defensoria Pública, institucionalmente:

Art. 3º-A. São objetivos da Defensoria Pública:

I – a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais;

(...)

III – a prevalência e efetividade dos direitos humanos; (grifo nosso)

Diante desse quadro, a população negra de nosso país - historicamente marginalizada - é um dos grupos essenciais para atuação da DPU, como consta na própria página oficial do órgão.

A DPU promove a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos da população negra; fomenta a efetivação da igualdade de oportunidades e o enfrentamento do preconceito, da discriminação e demais formas de intolerância étnica; monitora casos sensíveis relacionados ao enfrentamento do preconceito contra a população negra, podendo realizar os encaminhamentos e recomendações que entender cabíveis; e fomenta a criação e adoção de medidas, programas e políticas de ação afirmativa. (grifo nosso)

Nesta senda, a defesa da população negra, marginalizada por mais de 300 anos de escravidão em nosso país deve ser um verdadeiro norte na redução das desigualdades sociais.

Não é novidade, ainda, que a população brasileira é composta em sua maioria por pessoas autodeclaradas negras e pardas, de acordo com dados oficiais são 56,2% dos brasileiros e brasileiras³⁰. Se hoje no Brasil a maioria da população se autodeclara negra, nos principais postos de trabalho e no topo da pirâmide econômica não está a população negra, alijada, na maioria das vezes, não apenas dos serviços públicos que concretizam direitos fundamentais e possibilitam o atendimento do princípio da dignidade da pessoa humana, mas também dos melhores e mais bem

³⁰ <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18319-cor-ou-raca.html>

remuneradas funções trabalhistas. Tal realidade desnuda um intenso racismo estrutural na sociedade brasileira e que se reflete inclusive nos espaços públicos de tomada de decisões políticas, refletindo um racismo institucional exacerbado e que reproduz as condições socioeconômicas perpetuadas desde a escravidão.

No Brasil ser negro significa, com grandes probabilidades, ser também pobre ou, melhor dizendo, mais pobre. Dos 13,5 milhões de pessoas que vivem na extrema pobreza, 75% são pretos ou pardos. No estrato dos 10% com maior rendimento per capita, os brancos representavam 70,6%, enquanto os negros eram 27,7%. Entre os 10% de menor rendimento, isso se inverte: 75,2% são negros, e 23,7%, brancos. Além disso, na classe de rendimento mais elevado, apenas 11,9% das pessoas ocupadas em cargos gerenciais eram pretas ou pardas. Entre os brancos esse percentual era de 85,9%. Além disso, na classe de rendimento mais elevado, apenas 11,9% das pessoas ocupadas em cargos gerenciais eram pretas ou pardas. Entre os brancos esse percentual era de 85,9%. O levantamento do IBGE ainda revela que a renda menor pode ser explicada também pela dificuldade dos negros em acessarem altos cargos no emprego entre todos os estratos de rendimentos. No ano passado, os cargos gerenciais eram 68,6% ocupados por brancos, contra 29,9% dos negros³¹.

Muito embora tenham sido adotadas políticas públicas concernentes a debelar este grave quadro retratado acima, os resultados ainda são muito tímidos e incapazes de alterar a realidade do país. Foram elaboradas diversas leis que estabeleceram necessidade de maior equidade racial no mercado de trabalho e nítida promoção de acesso à educação superior. Tais diplomas legais preveem a adoção de cotas para o ingresso em universidades públicas federais e no serviço público, além de criar talvez o mecanismo legal mais relevante desta realidade com a edição do Estatuto da Igualdade Racial, que estabelece medidas específicas para assegurar o gozo dos direitos fundamentais para a população negra. Tal fato demonstra que ainda necessitamos de avanços no tema da equidade etnicorracial³².

Ocorre que dentro do sistema prisional este percentual é sobremaneira elevado e chega a cerca de 66%, isso, aliás, reflete percentual impreciso já que como

³¹ https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681_informativo.pdf. Anexo I.

³² Lei 12288/2010, Lei 12711/2012 e Lei 12990/2014

alertado por Poliana Ferreira *et cetera*³³:

A ausência de sistematicidade na produção de dados e o preenchimento inadequado das ferramentas institucionais de captura do pertencimento racial das pessoas que transitam pelo sistema de justiça, seja na condição de réu ou de vítima, seja daquelas que ocupam cargos públicos e que são responsáveis pelo funcionamento regular das instituições jurídicas, são fatores que têm dificultado a produção de diagnósticos sobre a prestação de serviços jurisdicionais e suas desigualdades (Ferreira, 2019).

Em síntese, de cada três pessoas presas no Brasil, duas hoje são negras³⁴. É importante frisar que muito embora tenha havido uma redução na taxa de encarceramento de pessoas brancas, a taxa de encarceramento de pessoas negras vem aumentando significativamente³⁵:

“Se em 2005 os negros representavam 58,4% do total de presos, enquanto os brancos eram 39,8%, em 2019 essa proporção chegou a 66,7% de negros e 32,3% de brancos. A taxa de variação nesse período mostra o crescimento de 377,7% na população carcerária identificada pela raça/cor negra, valor bem superior à variação para os presos brancos, que foi de 239,5%. Existe, dessa forma, uma forte desigualdade racial no sistema prisional, materializada não somente nos números e dados apresentados, mas que pode ser percebida concretamente na maior severidade de tratamento e sanções punitivas direcionadas aos negros, como já demonstrado por Adorno (1995). Aliado a isso, as chances diferenciais a que negros estão submetidos socialmente e às condições de pobreza que enfrentam no cotidiano, fazem com que se tornem os alvos preferenciais das políticas de encarceramento do país.”

Evidentemente que a maior taxa atribuída de criminalidade à população negra está associada, não a uma percepção de que há mais crimes sendo cometidos por pessoas negras, mas sim existe um interesse ou uma inércia em se criminalizar justamente as pessoas mais vulneráveis na sociedade. O grau de pobreza mais elevado e a imobilidade social que são perceptíveis e inegáveis na sociedade brasileira eternizam essa condição, a de país que mais tempo demorou para a abolição da escravidão negra. Desta maneira observa-se não a punição, através da

³³ Anexo II – Informativo: Desigualdades raciais e Covid-19.

³⁴ Anexo III - <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf> (p. 306 e seguintes).

³⁵ Op. cit. P. 307

criminalização de atos, mas a criminalização da pobreza³⁶. Da mesma forma, a Corte passou a considerar a questão étnica desde o ano de 2015, com a edição de um relatório específico denominado “Afrodescendientes, violencia policial, y derechos humanos en los Estados Unidos”. Tal fato demonstra, por si só, não apenas uma consequência na violação de direitos humanos da população negra (evidentemente não apenas nos Estados Unidos, como no Brasil essa realidade é presente), mas isso gerará reflexos na população carcerária, funcionando o próprio cárcere como uma demonstração do racismo.

Um dos fatores que foram essenciais para a manutenção desta triste realidade foi a edição da Lei 11343/2006, que trata da tipificação dos crimes decorrentes do tráfico ilícito de entorpecentes. Pela redação dos dispositivos legais, caberá não à lei, mas ao juiz, diante do quadro fático, do caso concreto, aferir se o réu deve ser considerado um traficante ou apenas um usuário, ainda que seja um usuário na modalidade cedente. A partir de então, juízes, que integram a sociedade e são sujeitos naturalmente influenciados pelo racismo estrutural decidem em inúmeros casos levados ao Judiciário, se jovens negros periféricos presos com pequenas quantidades de entorpecentes considerados ilícitos, são apresentados às autoridades judiciárias não raro com apenas as autoridades policiais que figuraram no momento da prisão como testemunhas, ao invés de terem o desfecho de simples usuários. Tal previsão legal levou a um aumento considerável na população carcerária e sobretudo, da juventude negra.

Importante falarmos sobre a política de drogas na medida em que, após o término da guerra fria, com o fim de uma polarização consubstanciada em nosso país através do medo de um suposto e abstrato perigo vermelho, o combate às drogas passou a ser a guerra movida deliberadamente contra os mais pobres. Assim, uma política de confronto encontrou terreno fértil para um encarceramento massivo da população e, em especial, para a opressão da população negra.

Desde o momento da abordagem policial sem qualquer filtragem de uma visão voltada para a consecução dos direitos humanos e, assim, racista, como se

³⁶ Wacquant, Loic. Punir os Pobres. A nova Gestão da Pobreza nos Estados Unidos. Editora Revan.

sabe a busca pessoal praticada por policiais não pode ser indiscriminada. O Código de Processo Penal, em seu artigo 244³⁷, prevê de forma expressa uma fundada suspeita pelo agente de segurança para só então ser autorizada pela legislação uma busca pessoal. Se o domicílio é uma extensão do corpo, com muito mais razão a busca sobre este mesmo corpo deve ser limitada restritivamente. Se a máquina policial funciona, via de regra, sem investigação, formação e por aí afora, fato é que apenas o racismo irá movê-los perpetuando uma mesma lógica colonial da busca pela situação de flagrância. Desta forma, se perpetua uma realidade de encarceramento daqueles “de sempre”. Não é à toa que existem prisões, sendo referendadas pelo Poder Judiciário, baseadas exclusivamente em depoimentos realizados por policiais³⁸ permitindo qualquer forma de vingança pessoal, mas também em fotos extraídas exclusivamente pelas redes sociais. Tudo isso se reflete através de uma completa ausência de conhecimento e publicidade de protocolos de atuação das forças de segurança. Atenta a tal fato a Corte, atenta à um racismo estrutural da própria atividade policial feita sem critérios objetivos, a partir da ampla suspeita do direito penal do inimigo, em territórios vulnerabilizados socialmente e racializados, passa a realizar prisões indiscriminadas.³⁹

Diante disso, o GT de Políticas Etnoraciais, através de sua coordenadora, já asseverou em nota técnica a necessidade de se criar, no intuito de evitar uma abordagem policial notoriamente racista⁴⁰:

“A possibilidade do cidadão de identificar com qual agente público está lidando é necessária para que seja possível um efetivo controle da atividade policial, em sentido estrito, e da própria atividade da Administração Pública, em sentido amplo. Qualquer impedimento na identificação pode resultar em frustrante arquivamento de procedimento investigatório em caso de eventual abuso ou prática de crime por parte da autoridade policial. De outro lado, não se pressupõe que a proteção do policial deva ser trabalhada na

³⁷ “A busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.”

³⁸ A Súmula 70 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro foi editada nos seguintes termos: "O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação."

³⁹ Caso Fernández Prieto & Tumbeiro vs. Argentina

⁴⁰ Anexo IV - NOTA TÉCNICA Nº 6 - DPGU/SGAI DPGU/GTPE DPGU.

perspectiva de torná-lo um agente público de difícil identificação pelo cidadão durante a atividade regular de policiamento, porque nesse escopo os resultados estatísticos mostram que não se protege nenhuma das partes envolvidas, nem o cidadão, nem o agente policial, na medida em que não há dados idôneos de que a identificação do policial constitua fator de agravamento dos índices de vitimização de policiais por crimes violentos.:

De acordo com estudo da Universidade Federal da Bahia⁴¹, a fundada suspeita, enquanto mecanismo precedente do ato de abordagem, possui duas dimensões complementares. A primeira corresponde à técnica-operacional, correspondente à norma institucionalizada, pautada em critérios objetivos. A segunda, por sua vez, é a discricionária, de caráter subjetivo, dependendo do julgamento dos agentes policiais. Apesar de ser notório que a primeira dimensão deva ser prevalente em relação à segunda, conforme se nota a partir dos dados reunidos no presente relatório, a dimensão discricionária tem predominado nas abordagens, configurando um papel decisivo na definição do perfil do indivíduo suspeito. Antes de iniciar abordagens corriqueiras, a autoridade policial precisa estar preparada e capacitada para interpretar a consolidação desse perfil suspeito atribuído aos indivíduos negros, especialmente homens jovens. A incorporação da compreensão da questão racial como gatilho subjetivo da percepção da suspeição antecede, portanto, o momento de busca pessoal, devendo estar atrelada à desconstrução do imaginário social brasileiro e de suas instituições acerca da criminalização da população negra. Reitera-se, aqui, trecho de Módulo do SENASP/MJ, constante no Caderno Técnico de Abordagem da Brigada Militar do Rio Grande do Sul: A suspeita é a atitude do cidadão, é a forma como ele age que leva você, policial, a suspeitar de uma possível situação ilegal, merecedora de verificação. Jamais se pode dizer que “a pessoa é suspeita”, o cidadão por si só não carrega essa característica. Sem dúvidas, a adjetivação de suspeita deve recair sobre condutas⁴² (Grifo nosso) O que se pauta, em um protocolo de abordagem, é, para além da incorporação normativa de que não há pessoas suspeitas, que a dimensão discricionária da abordagem policial seja igualmente capacitada para a desvinculação do perfil do indivíduo negro à possibilidade de atitude suspeita. Por tal razão, devem ser estabelecidas diretrizes de busca pessoal no esteio do art. 244 do Código de Processo Penal, de modo a evitar tratamento racialmente discriminatório. O objetivo é que, tanto quanto possível, a prévia especificação das ações de contenção permitidas ou vedação de determinadas posturas ostensivas, acarrete que o ato de revista ou

⁴¹ ANUNCIACÃO, Diana et al. “Mão na cabeça!”: abordagem policial, racismo e violência estrutural entre jovens negros de três capitais do Nordeste. *Saúde Soc*, v. 29, n. 1, e190271, 2020.

⁴² SENASP/MJ. Aspectos Jurídicos da Abordagem Policial – Módulo 2 - Atualização em 23/10/2009, p. 17.

busca pessoal não seja realizado de forma agressiva ou constrangedora às pessoas detidas como suspeitas de atos delituosos com uso desproporcional da força, quando desnecessário. No momento da abordagem, normativamente, é evidente que as buscas pessoais devem ser realizadas de forma digna a qualquer cidadão brasileiro, ressalvadas as hipóteses de necessidade comprovada do emprego da força, progressiva e moderadamente, tendo em mira que os maiores bens a serem preservados são as vidas humanas (de outrem, própria e do detido). Frise-se, contudo, que a presente discussão não se dá nesta dimensão. A necessidade de um protocolo de abordagem é porque os dados demonstram, inquestionavelmente, que estas condutas não têm sido adotadas pelas autoridades policiais, notadamente quando direcionadas às pessoas negras. O desmantelamento da criminalização seletiva do indivíduo negro perpassa, necessariamente, pela desconstrução de narrativas racistas engendradas na lógica do sistema criminal brasileiro que privilegia bens outros que não as vidas negras. Ainda sobre o protocolo de abordagem, conforme destacado em item anterior, é fundamental a plena identificação, de fácil visualização e compreensão dos agentes policiais. Trata-se de corolário do princípio da publicidade do ato administrativo, sendo inadmissível que uma pessoa em situação tensa e conflituosa não disponha de informação sobre a autoridade policial. Dada a dificuldade de memorização em momento de abordagem, é insuficiente a identificação por código alfanumérico, devendo se dar pelo nome próprio do agente, além de ser absolutamente necessário que seu rosto seja visível.”

E prossegue desta vez para afirmar da imprescindibilidade de incremento na formação de policiais sob uma pauta antirracista:

“Nesse sentido, o agente policial precisa ter contato frequente com as temáticas raciais para compreender as complexidades que levam à formação de uma subjetividade racista. Em verdade, é inquestionável que a função policial é altamente estressante e de intenso risco pessoal, devendo não ser exigido apenas formação técnica, mas também formação psicológica, para que se consolide que a função policial é de proteção do cidadão e da cidadania, e que todas as pessoas, a princípio, devem ser protegidas e não combatidas, sempre com o objetivo final de estrita e rigorosa observância das garantias constitucionais. Não há o que justifique, portanto, o disparo de arma de fogo em defesa do patrimônio ou de outro bem jurídico que não aqueles atingidos com o disparo, ou seja, a vida ou a integridade corporal. O mesmo vale para casos em que há descumprimento da ordem legal de parada de um policial, sendo inconcebível o imediato disparo de arma de fogo para contenção do indivíduo. Exemplos como estes, em que a maioria das vítimas são pessoas negras, reforçam a urgência de capacitação sobre questões raciais”.

Em síntese, é o controle da atividade policial, e não o controle do inquérito, que vai evitar o início da cadeia de acontecimentos que irá redundar em uma condenação judicial indevida e com fruto em uma abordagem (busca pela situação de flagrância delitiva) racista.

A jurisprudência e a doutrina pátria não enfrentam o tema da fundada suspeita com a atenção que ele merece. Talvez até em razão da falta de uma mínima chance de êxito para que haja algum reconhecimento de nulidade de um processo penal, praticamente inexistente qualquer estudo mais aprofundado ou mesmo requerimentos de réus que tenham vindo a gerar acórdãos que demonstrem o abuso de autoridade policial em se tratando da falta de fundada suspeita, requisito legal, para a busca pessoal. Inegável que a própria falta de educação em direitos e mesmo a possibilidade de violência por parte de policiais em regiões periféricas sejam os motores para a ausência de uma casuística. Fato é que a advocacia em geral quase não consegue que os tribunais tenham sindicabilidade sobre um tema tão sensível e que afinal vem a ser o fato jurídico que propulsiona o processo penal como é a abordagem policial para a busca.

Conseguimos mapear dois casos. Um deles do E. STF em que um advogado foi abordado nas imediações da sua residência. De outro lado encontramos também um acórdão do TJDFT que trata, e, ao menos ao que parece, foram ocorrências em espaços públicos privilegiados:

“EMENTA: HABEAS CORPUS. TERMO CIRCUNSTANCIADO DE OCORRÊNCIA LAVRADO CONTRA O PACIENTE. RECUSA A SER SUBMETIDO A BUSCA PESSOAL. JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL RECONHECIDA POR TURMA RECURSAL DE JUIZADO ESPECIAL.

Competência do STF para o feito já reconhecida por esta Turma no HC n.º 78.317. Termo que, sob pena de excesso de formalismo, não se pode ter por nulo por não registrar as declarações do paciente, nem conter sua assinatura, requisitos não exigidos em lei. A "fundada suspeita", prevista no art. 244 do CPP, não pode fundar-se em parâmetros unicamente subjetivos, exigindo elementos concretos que indiquem a necessidade da revista, em face do constrangimento que causa. Ausência, no caso, de elementos dessa natureza, que não se pode ter por configurados na alegação de que trajava, o paciente, um "blusão" suscetível de esconder uma arma, sob risco de referendo a condutas arbitrárias ofensivas a direitos e garantias individuais e caracterizadoras de abuso de poder. Habeas corpus

deferido para determinar-se o arquivamento do Termo.”⁴³

“EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. DESOBEDIÊNCIA. SUBMISSÃO DE TODOS OS FREQUENTADORES DO LOCAL A BUSCA PESSOAL. NEGATIVA DO RÉU A PERMITIR A REVISTA. DÚVIDA ACERCA DA EXISTÊNCIA DE FUNDADA SUSPEITA PARA AUTORIZAR A BUSCA. DENÚNCIA ANÔNIMA. RECURSO PROVIDO.

1. A busca pessoal é um meio de prova previsto no artigo 240, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal, cuja realização independe de mandado (artigo 244 do Código de Processo Penal), condicionada a fundada suspeita de que o sujeito oculte consigo arma proibida ou objetos ou papéis que constituam corpo de delito.

2. Em atenção ao aspecto invasivo e vexatório do procedimento, a própria lei reforça que a suspeita de que o indivíduo esteja ocultando consigo algum dos materiais previstos no dispositivo deve ser "fundada", ou seja, é necessário que exista indício concreto de ocorrência de alguma das situações que autorizam a busca pessoal, evitando-se submeter pessoas aleatoriamente a revista pessoal.

3. Embora a suspeita de porte de substância entorpecente ilícita possa justificar a adoção dessa medida, não se pode considerar a comunicação genérica de que havia pessoas consumindo drogas em determinado bar como indício concreto de que o apelante estava nessa situação, pois não consta dos autos que tenham sido informadas características dos suspeitos para que os policiais pudessem identificar o recorrente como um deles. Tampouco há relato de que a equipe tenha realizado alguma diligência antes da abordagem a fim de que, diante dessa informação imprecisa, eles concluíssem que o apelante poderia ser uma daquelas pessoas que supostamente estariam consumindo drogas no bar. Também não há notícia de que havia poucos clientes no estabelecimento, reunidos numa mesma mesa, de modo que aquela comunicação não poderia ser referente a outros indivíduos, senão àquele único grupo ali reunido.

4. Uma vez que não existe nos autos prova suficiente de que havia suspeita fundada de que o apelante estava em alguma das situações que justificam a busca pessoal, há dúvida acerca da legalidade da própria ordem emanada pelos policiais, de modo que o recorrente deve ser absolvido com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, em consonância com o princípio in dubio pro reo”.⁴⁴

De outra banda na jurisprudência, é cada vez mais corrente que a busca pessoal, inclusive em aparelhos celulares, precedida de uma autorização informal por

⁴³ STF, 1ª Turma, HC 81305, relator Min. Ilmar Galvão, RTJ VOL-00182-01 PP-00284

⁴⁴ Acórdão n.869366, 20100410089483APR, Des. SILVANO BARBOSA DOS SANTOS, 2ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 21/05/2015, Publicado no DJE: 29/05/2015. Pág.: 88. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdf.tj.br/IndexadorAcordaos-869666>. Acesso em: 02 nov. 2017

parte daquela pessoa que sofre os ônus da busca pessoal, seja no momento da abordagem; que é feita de forma violenta como se sabe em locais ermos e afastados de qualquer espécie de controle social sobre aquele ato e sem qualquer chance de recusa por parte de pessoas jovens e claramente hipossuficientes; seja na fase inquisitorial, não invalide a produção probatória. A rigor a própria jurisprudência do STJ acaba por privilegiar a não observância do próprio Código de Processo Penal e nisso a própria nulidade ab initio daquele momento em que se forma uma atuação estatal repressiva e que vem macular toda a legalidade de um futuro processo penal, qual seja, o momento do flagrante. De se ressaltar que a prova nesta hipótese é nula e há uma nítida contaminação de toda a cadeia probatória e assim, porque não dizer, uma mácula também ao princípio da eficiência da Administração na medida em que a atuação estatal redundará em um nada, uma má versação de recursos públicos.

Na doutrina e na jurisprudência estadunidense o tema é abordado e observado pela ótica da Décima Quarta Emenda da Constituição, promulgada justamente sob as lembranças da Revolução Americana. Era praxe das tropas britânicas a busca pessoal indiscriminada e discriminatória contra cidadãos estadunidenses, o que foi objeto de repulsa pelos congressistas dos tempos mais remotos daquele país.

A partir da política conhecida como “guerra às drogas”, a rigidez da Suprema Corte na análise dos casos foi trocada por um abrandamento consequencialista, o que veio a gerar um aumento do impacto policialesco em penitenciárias e em um volume de processos penais que não encontram precedentes na História e neste aspecto somos muito parecidos com os Estados Unidos. Deixamos aqui uma curta digressão sobre uma class action (Floyd vs. New York)⁴⁵ movida contra a cidade de Nova Iorque. A cidade foi condenada em razão do nítido critério racial percebido em cerca de 4.4 milhões de pessoas com resultados pífios nas buscas pessoais que encontraram drogas ilícitas, armas e produtos contrabandeados em apenas cerca de 1,5%. Observa-se, assim, que em inúmeras vezes, e na avassaladora maioria dos casos, a busca pessoal e violadora de direitos não apresenta resultados e,

⁴⁵ <https://archive.nytimes.com/www.nytimes.com/interactive/2013/08/12/nyregion/stop-and-frisk-decision.html>

ao contrário, é o exemplo do que apresentou um resultado questionável, é o que aparece para o sistema de justiça. Muito embora tenham encontrado, em percentuais mais elevados de produtos de crimes com pessoas brancas, eram as pessoas negras e hispânicas as mais abordadas. Os índices de criminalidade em Nova Iorque não aumentaram com a alteração da política de abordagem das polícias⁴⁶.

De se notar, ainda, que o controle da atividade policial se faz de forma efetiva com a obrigatoriedade do preenchimento de informações nos sistemas de informática da polícia a cada abordagem, inclusive com as características fenotípicas das pessoas, como ato administrativo que é e assim dotado de caráter de oficialidade.

Se é certo ser o conceito aberto da busca pessoal algo extremamente subjetivo, inegável que deve haver uma característica objetiva. Ao ser indagado o policial que realiza a busca, deve o mesmo saber responder de forma objetiva responder o que deu ensejo para a realização da busca, sob pena de se liberar toda a sorte de preconceitos que existem em nossa sociedade, perpetuando não apenas uma segurança pública baseada em flagrantes, que prendem, “os mesmos de sempre” e não solucionam o grave problema da segurança pública, como estigmatizam os mesmos, em uma lógica de que a mudança na sociedade privilegia tudo para deixar tudo da mesma maneira que sempre foi feito.

As conclusões de Michelle Alexander são imprescindíveis para a compreensão do grave fenômeno social e jurídico que vemos⁴⁷:

“Os olhos cegos das cortes em relação à discriminação racial no sistema de justiça criminal têm sido especialmente problemáticos no que diz respeito ao policiamento. O preconceito racial é mais agudo no ponto de entrada do sistema por duas razões: discricionariedade e autorização. Embora, como grupo, os promotores sejam aqueles que detêm maior poder no sistema de justiça criminal, a polícia tem a maior discricionariedade – amplificada na aplicação da lei de drogas. E sem o conhecimento do público em geral, a Suprema Corte autorizou a discriminação racial no policiamento, em vez de adotar regras legais que a proibam.

A discricionariedade policial com viés racial é fundamental para entender como a esmagadora maioria das pessoas varridas para o sistema de justiça criminal na Guerra às Drogas pode ser preta ou parda, mesmo que a polícia negue categoricamente que se utilize de

⁴⁶ <https://www.nyclu.org/en/stop-and-frisk-data>. Capturado em 04.12.2020.

⁴⁷ ALEXANDER, Michelle. A Nova Segregação – Racismo e Encarceramento em Massa. São Paulo - Editora Boitempo. P. 129.

perfilamento racial. Na Guerra às Drogas, a polícia tem discricionariedade em relação a quem mirar (quais indivíduos), bem como onde mirar (quais bairros e comunidades). Como mencionado anteriormente, ao menos 10% dos estadunidenses violam a lei de drogas todos os anos, e pessoas de todas as raças se envolvem em atividades ligadas a drogas ilegais em taxas similares. Com uma população tão extraordinariamente grande de criminosos a escolher, é preciso que se tomem decisões a respeito de quem deve ser o alvo e onde a Guerra às Drogas deve ser travada.

Desde o início, a Guerra às Drogas poderia ter sido travada principalmente em subúrbios predominantemente brancos ou em campi universitários. As equipes da Swat poderiam ter saltado de rapel de helicópteros em ricos condomínios fechados e invadido as casas de jogadores de lacrosse de ensino médio conhecidos por sediar festas com cocaína e ecstasy depois das partidas. A polícia poderia ter confiscado televisões, móveis e dinheiro de casas de fraternidades com base em uma dica anônima de que alguns baseados ou um estoque de cocaína poderiam ser encontrados escondidos na gaveta da cômoda de alguém. As donas de casa suburbanas poderiam ter sido colocadas sob vigilância e submetidas a operações secretas destinadas a flagrá-las violando as leis que regulam o uso e a venda de receitas para a compra de “estimulantes”. Tudo isso poderia ter acontecido como uma rotina nas comunidades brancas, mas não aconteceu.

Em vez disso, quando a polícia sai para procurar drogas, ela procura na “comunidade”.

Ainda que a doutrina nacional tenha tratado de forma muito tímida tema de tamanha importância, trazemos uma ponderação que nos é elucidativa⁴⁸:

“[...] há que se pontuar, também, a necessidade de se conter atuações seletivas (escolhas arbitrárias de determinadas pessoas) do aparelho estatal, muitas vezes acobertadas por juízos discriminatórios e inconfessáveis.”

Já Aury Lopes Jr. aponta uma possível solução para evitar abusos de direitos devido a amplitude da norma em questão⁴⁹:

“o problema de medidas assim [...], poderia ser atenuado com maior rigor no preparo técnico dos policiais e, principalmente, efetivo controle da validade dos atos por parte dos juízes e tribunais”

A política de segurança, o que vai redundar em percentual de privação de liberdade específico para a população negra tal qual demonstrado, e aí se inclui não

⁴⁸ FISCHER, Douglas, PACELLI, Eugênio. Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência, 8ª edição. Atlas, 05/2016. VitalSource Bookshelf Online

⁴⁹ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p 727 – grifos nossos

apenas o que está normatizado, mas também como as instituições de segurança atuam na realidade, deve ter como norte a preservação da vida e a segurança efetiva de todos, não sendo possível que se torne um meio de ameaça e de terror para cidadãos. Há estudos em criminologia indicando a falta de apelo às forças de segurança a cada episódio de violência policial. É de se notar que a população em geral, a cada momento que observa haver violência por parte dos agentes de segurança, encontra outras formas de acesso a este direito e não raro se formam grupos armados como as facções criminosas e as milícias, relegando o serviço público a um segundo plano.

A própria falta, e falha, de regulamentação legal por parte do legislador atesta que o Estado quer seguir com uma política de segurança pública que causa insegurança, na medida em que a busca por segurança é a busca por prisão de um determinado estamento social e racial, tanto em violação aos preceitos constitucionais, como com o próprio conteúdo da Convenção Americana de Direitos Humanos que prevê a primazia da vida humana inserto no artigo 4º de seu texto como já ocorreu inclusive a responsabilização do Brasil através do caso da Favela Nova Brasília (Rosa Genoveva vs. Brasil) em que há um tópico específico acerca da necessidade de alteração da política de segurança.

Relatório de grande relevância para ainda mais comprovar este quadro foi elaborado pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. O objetivo da edição do relatório era aferir em dados os impactos da introdução das audiências de custódia no estado. Assim, se chegou ao índice de soltura, em média, de apenas 30% dos casos em que houve relaxamento da prisão ou a concessão de liberdade provisória que relata os dados colhidos nas audiências de custódia no estado. Verificou-se que o índice de soltura de pessoas brancas é maior do que o índice de soltura de pessoas negras⁵⁰, (30,8%, contra 27,4%).

Da mesma forma, pesquisa conduzida pela Defensoria Pública do Estado da Bahia⁵¹ com dados das audiências de custódia de 2015 a 2018 identificou 99% das cerca de quinze mil prisões em flagrante em Salvador no período foram de

⁵⁰ <http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/0b6d8d161c1b41739e7fc20cca0c1e39.pdf>

⁵¹ Anexo V - Relatório disponível em: <https://www.defensoria.ba.def.br/wp-content/uploads/2019/09/relatorio-audiencia-de-custodia.pdf>

pessoas negras. O viés racial se perpetua nas várias etapas da ação estatal: as pessoas negras tiveram comparativamente mais prisões preventivas decretadas (em 40,2% dos casos, contra 27,4% para brancos e brancas). Igualmente, o número de negros(as) beneficiados(as) por relaxamento de prisão foi metade do de pessoas brancas, no intervalo.

Tal prevalência de população negra se repete também nos homicídios decorrentes de intervenção policial, no sistema socioeducativo e também dentre as vítimas de crimes violentos em geral, vindo a se configurar com o que muitos autores vem chamando no país de um verdadeiro genocídio negro.

5.3 O ENCARCERAMENTO FEMININO NO BRASIL E A SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE AGRAVADA DAS MULHERES GRÁVIDAS, LACTANTES E COM CRIANÇAS PEQUENAS

O último relatório consolidado elaborado pelo governo federal com dados do sistema prisional (Infopen – Mulheres junho/2017⁵²) aponta que, em junho de 2017, havia 37.828 mulheres presas no Brasil, o que representa 5,2% da população encarcerada no país.

Segundo o mesmo relatório “(...)74,85% dos estabelecimentos prisionais no Brasil foram construídos para a detenção de presos do sexo masculino, seguido de 18,18% para o público misto e 6,97% exclusivamente para as mulheres”⁵³.

Especificamente quanto ao exercício da maternidade, o relatório Infopen indica que no Brasil, apenas 14,2% das unidades prisionais que recebem mulheres possuem espaço reservado para gestantes e lactantes⁵⁴.

O Infopen Mulheres junho/2017 aponta que havia na data ao menos 196 lactantes presas no país (8 Estados não forneceram informações). Aponta ainda a existência de, ao menos, 342 gestantes (6 Estados não forneceram informações), sendo

⁵²Disponível em http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf

⁵³Disponível em http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf

⁵⁴Disponível em http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf

que apenas 59,6% estavam em Unidades Prisionais que têm celas adequadas para essa condição.

Quadro 7. Mulheres gestantes e lactantes privadas de liberdade, por Unidade da Federação

	Quantidade de Gestantes	Quantidade de Lactantes	Gestantes em Unidades que têm cela adequada	
			N	%
AC	-	-	-	-
AL	-	1	-	-
AM	32	4	0	0,0%
AP	-	-	-	-
BA	9	5	9	100,0%
CE	26	7	26	100,0%
DF	11	10	11	100,0%
ES	11	6	11	100,0%
GO	9	1	8	88,9%
MA	1	-	0	0,0%
MG	24	22	24	100,0%
MS	15	2	7	46,7%
MT	1	1	1	100,0%
PA	-	7	-	-
PB	3	3	3	100,0%
PE	12	11	9	75,0%
PI	-	-	-	-
PR	11	16	3	27,3%
RJ	5	-	5	100,0%
RN	2	-	0	0,0%
RO	8	2	5	62,5%
RR	-	-	-	-
RS	6	4	5	83,3%
SC	8	9	7	87,5%
SE	3	1	3	100,0%
SP	143	84	67	46,9%
TO	2	-	0	0,0%
Brasil	342	196	204	59,60

Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, junho/2017

No Brasil, apenas 48 estabelecimentos penais têm berçário e/ou centro de referência materno-infantil.

Quadro 8. Estabelecimentos penais que têm berçário e/ou centro de referência materno-infantil, por Unidade da Federação

UF	Unidades com berçário e/ou centro de referência materno-infantil		Capacidade de bebês
	N	%	
AC	0	0,0%	-
AL	1	10,0%	10
AM	3	15,8%	11
AP	1	14,3%	8
BA	2	8,7%	7
CE	1	0,7%	15
DF	1	16,7%	18
ES	4	11,8%	31
GO	2	1,9%	8
MA	1	2,3%	12
MG	3	1,2%	81
MS	4	8,7%	32
MT	1	2,0%	6
PA	2	4,3%	17
PB	3	3,8%	17
PE	2	2,6%	20
PI	0	0,0%	-
PR	1	3,1%	22
RJ	1	2,0%	20
RN	0	0,0%	-
RO	3	6,0%	13
RR	0	0,0%	-
RS	0	0,0%	-
SC	3	6,1%	12
SE	1	11,1%	5
SP	8	4,8%	176
TO	0	0,0%	-
Brasil	48	3,20%	541

Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, junho/2017.

Apenas 10 estabelecimentos penais no país têm creche, totalizando menos de 1% das unidades femininas.

Quadro 9. Estabelecimentos penais que têm creche, por Unidade da Federação

UF	Unidades com creche		Capacidade de crianças
	N	%	
AC	0	0,0%	-
AL	0	0,0%	-
AM	0	0,0%	-
AP	0	0,0%	-
BA	0	0,0%	-
CE	0	0,0%	-
DF	0	0,0%	-
ES	0	0,0%	-
GO	0	0,0%	-
MA	0	0,0%	-
MG	0	0,0%	-
MS	1	2,2%	15
MT	0	0,0%	-
PA	0	0,0%	-
PB	0	0,0%	-
PE	0	0,0%	-
PI	0	0,0%	-
PR	1	3,1%	22
RJ	1	2,0%	20
RN	0	0,0%	-
RO	0	0,0%	-
RR	0	0,0%	-
RS	2	1,9%	31
SC	0	0,0%	-
SE	0	0,0%	-
SP	5	3,0%	64
TO	0	0,0%	-
Brasil	10	0,66%	152

Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, junho/2017.

O Relatório aponta que há 705 filhas/os em estabelecimentos prisionais do país.

Quadro 17. Número de filhos presentes nos estabelecimentos penais, de acordo com a faixa etária, por Unidade da Federação

UF	0 a 6 meses	mais de 6 meses a 1 ano	mais de 1 ano a 2 anos	mais de 2 a 3 anos	mais de 3 anos	Total
AC	2	-	-	-	-	2
AL	1	-	-	-	-	1
AM	3	-	-	-	-	3
AP	-	-	-	-	-	0
BA	4	2	-	-	-	6
CE	1	5	1	-	-	7
DF	10	-	-	-	-	10
ES	11	-	-	-	-	11
GO	2	-	-	-	-	2
MA	-	-	3	1	6	10
MG	11	10	6	9	18	54
MS	10	1	-	-	-	11
MT	1	-	-	-	-	1
PA	5	5	5	15	8	38
PB	6	-	-	-	-	6
PE	10	-	1	-	-	11
PI	-	-	-	-	-	0
PR	15	-	1	-	-	16
RJ	-	9	3	7	315	334
RN	-	-	-	-	-	0
RO	2	-	-	-	-	2
RR	-	-	-	-	-	0
RS	5	7	-	-	15	27
SC	11	7	5	4	39	66
SE	3	-	-	-	-	3
SP	82	2	-	-	-	84
TO	-	-	-	-	-	0
Brasil	195	48	25	36	401	705

Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2017

Mesmo os estabelecimentos que possuem estrutura diferenciada para mulheres grávidas, lactantes e/ou com filhos pequenos, o impacto do encarceramento atinge de forma desproporcional esse grupo. Essa é a constatação de um importante estudo realizado pelo IPEA - um respeitado centro de pesquisa no Brasil, que se debruçou sobre cinco espaços de privação de liberdade diferenciados com experiências piloto no desenvolvimento de tratamento diferenciado⁵⁵.

Também a Defensoria Pública da União tem se envolvido, há algum tempo, em projetos e iniciativas que se debruçam sobre o fenômeno do

⁵⁵ Brasil. Ministério da Justiça/IPEA. BRAGA, Ana Gabriela Mendes; ANGOTTI, Bruna. Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. -- Brasília: Ministério da Justiça, IPEA, 2015. Disponível em: <https://carceropolis.org.br/publicacoes/dar-%C3%A0-luz-na-sombra-condi%C3%A7%C3%B5es-atuais-e-possibilidades-futuras-para-o-exerc%C3%ADcio-da-maternidade-por-mulheres-em-situa%C3%A7%C3%A3o-de-pris%C3%A3o/>

encarceramento feminino e o seu impacto em grupos que sofrem discriminação interseccional.

Como exemplo, mencionamos o *Grupo de Trabalho para Atendimento de Presxs e Egressxs Estrangeirxs* desenvolvido pelo Núcleo da Defensoria Pública da União em São Paulo, que passou a realizar atendimentos semanais na Penitenciária Feminina da Capital (regime fechado) desde 2014 e mensais na Penitenciária do Butantã (regime semiaberto) desde 2016, com visita periódica às presas de origem nacional estrangeira. A partir do acompanhamento deste grupo vulnerável, foi constatada *in loco* a situação agravada das mulheres grávidas e das que se encontravam na ala “materno-infantil”. A partir desta vivência e da extração de dados oriundos do INFOPEN, bem como dos vários diálogos travados com a sociedade civil nos últimos anos, é possível tecer alguns pilares sobre os quais as políticas públicas penitenciárias e de segurança pública devem ser construídas, de forma a garantir a sua compatibilidade com as obrigações gerais e específica que emanam da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

5.3.1. A necessidade social imperiosa de uma rigorosa política de desencarceramento com prioridade aos grupos vulneráveis

Não se pode falar em encarceramento de gestantes e mães de filhas/os na primeira infância sem destacar que a diretriz a ser seguida nesses casos é a priorização do desencarceramento, com a substituição por medidas que não impliquem a reclusão em estabelecimento prisional. O uso desproporcional de prisões preventivas (como regra) e a submissão das pessoas privadas de liberdade em cumprimento de pena ao regime fechado (mesmo quando elas fazem jus a regimes menos gravosos) é uma prática recorrente no Brasil e na América Latina, já detectada em inúmeros informes na CIDH.

A legislação brasileira tem dado importantes (mas insuficientes) passos rumo à priorização de medidas de desencarceramento, com a ampliação da conversão da prisão em estabelecimento penal em prisão domiciliar e, criação de hipótese diferenciada de progressão de regime de cumprimento de pena para mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência. Iniciativas pontuais, como o

indulto de dia das mães, de 2017, e a Recomendação nº 62 do Conselho Nacional de Justiça, por ocasião da pandemia de COVID (2020), reforçam a existência de ferramentas e iniciativas aptas à priorização do desencarceramento como norte primordial de política pública.

Apesar de alguns passos dados pelo legislativo e pelos órgãos regulamentares, há ainda resistência do Judiciário de base em relação a implementação de políticas voltadas à redução substancial da população prisional. Foi necessária, inclusive, a impetração de um habeas corpus coletivo para maior concretização do direito à conversão da prisão preventiva em domiciliar⁵⁶.

Vale destacar, ainda, o distanciamento do Judiciário em relação à realidade prisional, muito embora seja possível identificar iniciativas que fogem a essa realidade.

5.3.2 O enfoque diferenciado para o encarceramento de mulheres grávidas, lactantes e com crianças pequenas (nos casos que deveriam ser excepcionalíssimos)

Em sua consulta para a Corte IDH, a Comissão Interamericana indaga, nos casos de mulheres privadas de liberdade com filhos ou filhas na primeira infância que se encontram fora do estabelecimento carcerário, quais medidas específicas devem ser adotadas para assegurar que a mãe e o(a) filho(a) mantenham um vínculo próximo, de acordo com suas necessidades especiais.

Sem dúvidas, as “Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras”

⁵⁶ Trata-se do paradigmático Habeas Corpus coletivo impetrado pela CADHU – Coletivo de Advogadas de Direitos Humanos que, pela primeira vez, determinou a substituição de prisão preventiva para mulheres grávidas, lactantes e mães com filhos pequenos que preenchessem determinados requisitos. Ao adquirir os contornos de um litígio estrutural, o *habeas corpus coletivo* contou com a participação de vários atores que atuam sob o tema, como a DPU e as Defensorias Estaduais. C.f. STF, HC 143.641/SP, REl. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 20/02/2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5183497>. Voto pode ser consultado em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-ministro-ricardo-lewandowski1.pdf>. As Ongs CADHU e ITTC lançaram, posteriormente, uma cartilha sobre as estratégias para reinvidicar a prisão domiciliar, disponível em: <<http://itc.org.br/wp-content/uploads/2018/05/Cartilha-HC-COR-Online.pdf>>

(doravante Regras de Bangkok)⁵⁷ compõe um dos mais relevantes documentos que sistematizaram o alcance das obrigações internacionais específicas, tanto em âmbito regional quanto em âmbito universal, em relação às mulheres privadas de liberdade.

No Brasil, o Conselho Nacional de Justiça, em parceria com a ONG ITTC e Pastoral Carcerária providenciaram a tradução⁵⁸ do documento ao Português, sendo que, desde então, é possível notar a influência e impacto no desenho de políticas públicas e na adoção de medidas voltadas a este grupo específico.

Conforme mencionado acima, a primeira diretriz de política pública, sem dúvidas, deve ser a adoção de um esforço para implementação de medidas desencarceradoras em relação às mulheres com filhas ou filhos na primeira infância. Vale lembrar o princípio da intranscendência da pena e que o Sistema de Justiça Criminal deve zelar para que os efeitos da condenação não atinjam sujeitos(as) que não perpetraram eventual conduta proscrita.

Em segundo lugar, quando a prisão é inafastável em face de qualquer outra medida, a Lei de Execução Penal Brasileira assegura à mulher privada de liberdade o direito de manter o filho(a) até os seis meses. Em alguns casos excepcionais⁵⁹, há relatos de autorização judicial para a extensão do período enquanto perdurar a lactância ou, para evitar que a criança fique em situação de desamparo social (por não ter nenhuma outra pessoa oriunda da rede de apoio que possa cuidar da criança).

Outra questão sensível à vivência do encarceramento durante o período de maternidade diz respeito ao frequente temor da perda da guarda do(a) filho recém nascido ou das crianças e adolescentes que não foram inseridos no ambiente de privação de liberdade. A destituição de guarda em razão de prisão foi uma prática

⁵⁷ United Nations. United Nations Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-custodial Measures for Women Offenders (the Bangkok Rules). Sixty-fifth session: Third Committee, Agenda item 105, Crime prevention and criminal justice. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/BangkokRules.pdf>

⁵⁸ Conselho Nacional de Justiça. Regras de Bangkok: regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras / Conselho Nacional de Justiça; Coordenação: Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi - Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/cd8bc11ffdcbc397c32eecd40afbb74.pdf>.

⁵⁹

comum (e nefasta) por toda América Latina, tendo sido inclusive reportada no caso paradigmático dos irmãos Ramirez Escobar⁶⁰. Apesar de o encarceramento de um dos pais ser uma causa que abala sensivelmente o convívio familiar, certo é que a perda do contato e das relações familiares é ainda mais traumático, além do risco de criação de um fluxo de tráfico de crianças. Por isso, pelo menos do ponto de vista formal, no Brasil, a privação da liberdade não é causa para a perda do poder familiar ou do convívio em relação à prole pela mulher encarcerada. O Estatuto da Criança e do Adolescente foi alterado em 2014 para melhor assegurar os direitos de filhas e filhos de pessoas privadas de liberdade, passando a dispor:

Artigo 23, § 2º A condenação criminal do pai ou da mãe não implicará a destituição do poder familiar, exceto na hipótese de condenação por crime doloso sujeito à pena de reclusão contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar ou contra filho, filha ou outro descendente.

Art. 24. A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.

A esse respeito, concluiu a pesquisa “Dar à luz na sombra” que são estanques as instâncias cível e criminal no que tange às mulheres encarceradas:

“Esse é um retrato da superveniência da lógica punitiva sobre outros aspectos da vida social, na medida em que a presença na audiência criminal é priorizada – na maioria das vezes há intimação, transporte e escolta – em detrimento ao direito de participar e ser ouvida em processos de decisão acerca dos aspectos sóciofamiliares que envolvem a vida dessas mulheres. A representação criminosa se sobrepõe às outras.

A subjetividade da presa é reduzida ao seu crime e o interrogatório é seu único momento de fala, uma fala pautada, engasgada, limitada ao que lhe foi perguntado. Da mesma maneira, à juíza/juiz da infância não interessa a situação processual da presa, o tempo de pena da condenada, ou quanto tempo falta para os benefícios de mudança de regime. No campo de pesquisa identificamos uma ausência de escuta da mulher acerca de seus desejos e suas possibilidades. A categoria criminosa basta para deslegitimar a presa como boa mãe, logo, a decisão não leva em conta o contexto específico daquela mulher ao blindar suas possibilidades de

⁶⁰ Corte IDH. Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351.

exercício da maternidade.”⁶¹

Pesquisadoras e mulheres que militam no campo do encarceramento feminino há tempos apontam problemas dessa ordem, inclusive o fato de que muitas vezes os processos cíveis relacionados à guarda e poder familiar não destacarem que a mãe está presa, o que leva a entendimento de que haveria desinteresse de sua parte no não comparecimento em audiências, não manifestação no prazo fixado, com consequências possivelmente nefastas.

A Lei 12.962/2014 representou um avanço nesse sentido ao alterar o ECA para dispor que, no processo de perda e suspensão do poder familiar, a pessoa demandada que estiver presa deverá ser citada pessoalmente (artigo 158, §2º do ECA), sendo que o juiz deve requisitar a escolta para a oitiva (artigo 161, §5º).

De outro lado, quanto à convivência familiar durante o período de encarceramento, o artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, com redação dada pela Lei 12.962/2014, assegura expressamente o direito de visitação à mãe reclusa, estendido à mãe adolescente internada:

§ 4º - Será garantida a convivência da criança e do adolescente com a mãe ou o pai privado de liberdade, por meio de visitas periódicas promovidas pelo responsável ou, nas hipóteses de acolhimento institucional, pela entidade responsável, independentemente de autorização judicial.

As visitas que assegurem o convívio social são direito de filhas e filhos, mas também da mãe. Nesse sentido, a Lei de Execução Penal estabelece no artigo 41, “c”, que é direito da pessoa presa “visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados”.

A pesquisa “Dar à luz na sombra” mencionou que algumas dificuldades de realização das visitas às mulheres encarceradas em decorrência da priorização, pela administração penitenciária, das visitas às penitenciárias masculinas. Segundo o que foi observado, as visitas às penitenciárias masculinas com frequência são alocadas aos

⁶¹ Brasil. Ministério da Justiça/IPEA. BRAGA, Ana Gabriela Mendes; ANGOTTI, Bruna. Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. -- Brasília: Ministério da Justiça, IPEA, 2015. Disponível em: <https://carceropolis.org.br/publicacoes/dar-%C3%A0-luz-na-sombra-condi%C3%A7%C3%B5es-atuais-e-possibilidades-futuras-para-o-exerc%C3%ADcio-da-maternidade-por-mulheres-em-situa%C3%A7%C3%A3o-de-pris%C3%A3o/>

finais de semana, enquanto as visitas às penitenciárias femininas são permitidas em algum dia da semana, o que inviabiliza, por exemplo, que crianças e adolescentes em idade escolar visitem suas mães semanalmente. Além disso, observou-se que os(as) cuidadores primários(as) dessas crianças (geralmente avós), têm dificuldades para realizar a visita, posto que muitas vezes desempenham atividades laborais durante a semana.

Para evitar constrangimento a presas e visitantes e incentivar o convívio familiar, as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos dispõem que “(...) os procedimentos de entrada e revista de visitantes não devem ser degradantes e devem ser regidos por princípios tão protetivos como os delineados nas Regras 50 a 52. As revistas feitas a partes íntimas do corpo devem ser evitadas e não devem ser aplicadas a crianças.” (Regra 60.2)

No mesmo sentido, vemos entre as Regras de Bangkok:

Regra 21

Funcionários/as da prisão deverão demonstrar competência, profissionalismo e sensibilidade e deverão preservar o respeito e a dignidade ao revistarem crianças na prisão com a mãe ou crianças visitando presas.

As Regras de Bangkok têm outros dispositivos sobre a visita:

Regra 23

Sanções disciplinares para mulheres presas não devem incluir proibição de contato com a família, especialmente com crianças

Regra 26

Será incentivado e facilitado por todos os meios razoáveis o contato das mulheres presas com seus familiares, incluindo seus filhos/as, quem detêm a guarda de seus filhos/as e seus representantes legais. Quando possível, serão adotadas medidas para amenizar os problemas das mulheres presas em instituições distantes de seus locais de residência.

Regra 28

Visitas que envolvam crianças devem ser realizadas em um ambiente propício a uma experiência positiva, incluindo no que se refere ao comportamento dos funcionários/as, e deverá permitir o contato direto entre mães e filhos/as. Onde possível, deverão ser incentivadas visitas que permitam uma permanência prolongada dos/as filhos/as.

Nota-se que a regra 26 (Bangkok) menciona a necessidade de amenizar os problemas das mulheres presas em instituições distantes de seus locais de residência. Já o item 58(1) das Regras Mínimas mencionam que as pessoas privadas de liberdade devem ter autorização de comunicação periódica com os(as) familiares e amigos(as), seja por correspondência, meios de telecomunicação, digitais, eletrônicos e outros; ou por meio de visitas. Contudo, no Brasil há a vedação à utilização de meios de telecomunicação e digitais para o contato da mulher presa com sua família, o que poderia facilitar muito a manutenção de vínculo familiar.

Neste ponto, destaca-se especialmente o caso das mulheres migrantes com filhos em outros países, que não têm assegurado o contato com suas famílias, já que não é autorizado o uso de telefone ou meios informáticos pelas pessoas privadas de liberdade, e muitas vezes o preço do selo postal internacional é proibitivo. Assim, dependem do trabalho de organizações não governamentais para que alguma comunicação seja viabilizada⁶².

Destaca-se ainda que grande número de mulheres de nacionalidade brasileira está custodiada distante de sua cidade natal, o que dificulta a realização de visitas, pela logística e custos implicados.

5.3.3. Obrigações específicas em matéria de alimentação, vestimenta e acesso a assistência médica e psicológica

A Lei de Execução Penal não faz qualquer ressalva quanto à alimentação e vestimenta no que se refere às mulheres gestantes, puérperas e lactantes, referindo genericamente que:

“(...) a assistência material ao preso e ao internado consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas” (artigo 12) e que “(...) constituem direitos do preso: I - alimentação suficiente e vestuário” (artigo 41).

Quanto ao direito à saúde, a Lei de Execução Penal faz referência expressa à maternidade, apontando no artigo 14, § 3º que “(...) será assegurado

⁶² Em São Paulo, a Penitenciária Feminina da Capital firmou um convênio com o ITTC, por meio do projeto estrangeiras, para tentar viabilizar o contato com o mundo exterior, diante das enormes dificuldades enfrentadas. Sobre a iniciativa, c.f.: <<http://itcc.org.br/wp-content/uploads/2016/11/Livro-Projeto-Estrangeiras-1.pdf>>

acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido”.

O artigo 8º do ECA dispõe que:

“(…) é assegurado a todas as mulheres o acesso aos programas e às políticas de saúde da mulher e de planejamento reprodutivo e, às gestantes, nutrição adequada, atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério e atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal integral no âmbito do Sistema Único de Saúde.”

Dispõe ainda no §4º que ”(...)incumbe ao poder público proporcionar assistência psicológica à gestante e à mãe, no período pré e pós-natal, inclusive como forma de prevenir ou minorar as consequências do estado puerperal”, incluindo expressamente as mulheres privadas de liberdade nesta previsão (§5º)⁶³.

5.3.4 Condições mínimas a serem garantidas pelo Estado durante o trabalho de parto.

As bases convencionais, constitucionais e legais que amparam as obrigações do Estado para garantir atenção médica e tratamento humanizado durante o parto propiciaram o desenho de uma política pública nacional no Brasil. Nesse sentido, a Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional – PNAME, foi instituída pela Portaria Interministerial do então Ministério da Justiça e da Secretaria de Políticas Públicas para Mulheres da Presidência da República nº 210/2014:

“Art. 4º - São metas da PNAME:

(...)

II - incentivo aos órgãos estaduais de administração prisional para que promovam a efetivação dos direitos fundamentais no âmbito dos estabelecimentos prisionais, levando em conta as peculiaridades relacionadas a gênero, cor ou etnia, orientação sexual, idade, maternidade, nacionalidade, religiosidade e deficiências física e mental, bem como aos filhos inseridos no contexto prisional, que contemplem:

(...)h) atenção específica à maternidade e à criança intramuros,

⁶³ A propósito, dispõe as regras de Bangkok: “Regra 48 1. Mulheres gestantes ou lactantes deverão receber orientação sobre dieta e saúde dentro de um programa a ser elaborado e supervisionado por um profissional da saúde qualificado. Deverão ser oferecidos gratuitamente alimentação adequada e pontual, um ambiente saudável e oportunidades regulares de exercícios físicos para gestantes, lactantes, bebês e crianças. 2. Mulheres presas não deverão ser desestimuladas a amamentar seus filhos/as, salvo se houver razões de saúde específicas para tal”.

observando:

(...)

3. autorização da presença de acompanhante da parturiente, devidamente cadastrada/o junto ao estabelecimento prisional, durante todo o período de trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, conforme disposto no art. 19-J da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990;

4. proibição do uso de algemas ou outros meios de contenção em mulheres em trabalho de parto e parturientes, observada a Resolução nº 3, de 1º de junho de 2012, do CNPCP”

Apesar de ainda vigente, a implementação da referida política tem sido impactada pelas mudanças sucessivas da organização ministerial no Brasil, que não tem priorizado o enfoque diferenciado de gênero na implementação de políticas públicas. De toda forma, a existência formal da política é um norte a ser consolidado nos próximos anos, de forma a garantir proteção efetiva ao grupo em questão.

Alguns pontos específicos merecem especial atenção.

Sem dúvidas, a primeira condição a ser assegurada no curso do trabalho de parto é a garantia do direito ao mais alto nível de tratamento de saúde, o que inclui o acesso à unidade hospitalar para a realização do parto. Para tanto, há necessidade de um acompanhamento pré-natal, a existência de um planejamento sobre o parto e uma programação sobre as medidas e estratégias a serem adotadas em casos de necessidade de antecipação. Assim como é garantido a todas as mulheres em geral, todas as decisões que envolvem o corpo e a saúde sexual e reprodutiva devem ser tomadas e consentidas pela própria pessoa, após acesso à informação sobre possíveis riscos e impactos na saúde.

Outro ponto essencial que merece destaque se refere à proibição de tratamento degradante na vivência da maternidade e do trabalho de parto. O uso de algemas é uma prática que necessita ser superada, seja pela própria interpretação do Ordenamento Jurídico Brasileiro, em consonância com as obrigações que derivam do SIPDH.

Para as pessoas privadas de liberdade em cumprimento de pena e/ou prisão provisória, a Lei de Execução Penal (Lei n. 7210/84) estabelece genericamente que a disciplina do uso de algemas seria regulamentada pelo poder Executivo. Nesse sentido: “Art. 199. O emprego de algemas será disciplinado por decreto federal.”

O Supremo Tribunal Federal Brasileiro restringiu essa potencial discricionariedade ampla sobre o uso de algemas - em especial aos(as) presos(as) provisórios(as) ao adotar a súmula vinculante n. 11, no qual reconheceu a excepcionalidade do uso de algemas. A propósito:

“Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”⁶⁴.

Assim, o uso de algemas não deveria ser a regra, exigindo sempre uma justificativa pormenorizada da autoridade, sob pena de sua responsabilização.

Especificamente no caso das mulheres em trabalho de parto, a adoção de algemas não faz sentido. Em primeiro lugar, a própria condição de saúde torna a mobilidade da gestante reduzida, sendo que na maioria dos casos, a medida é adotada como forma de estigmatização, punição e humilhação da mulher em situação de prisão transportada ao hospital para o parto.

Por isso, ao disciplinar o uso de algemas, o art. 3º do Decreto Federal 8858/2016, que assim dispôs:

Art. 3º É vedado emprego de algemas em mulheres presas em qualquer unidade do sistema penitenciário nacional durante o trabalho de parto, no trajeto da parturiente entre a unidade prisional e a unidade hospitalar e após o parto, durante o período em que se encontrar hospitalizada.

A construção desta norma oriunda do Poder Executivo teve a sua raiz em diversos instrumentos internacionais, que pautaram o debate nacional. Como exemplo, menciona-se o item 48(2) das Regras de Mandela, a saber:

Regra 48(2) – “Os instrumentos de coação não devem ser utilizados em mulheres em trabalho de parto, nem durante nem imediatamente após o parto”.

No mesmo sentido as Regras de Bangkok dispõem:

Regra 24 - Instrumentos de contenção jamais deverão ser usados em mulheres em trabalho de parto, durante o parto e nem no período

⁶⁴ STF. Súmula Vinculante n. 11. DJE 22.08.2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1220>

imediatamente posterior.

A Resolução nº 3/2012 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, estabeleceu uma diretriz nacional para que as algemas não sejam usadas nessas circunstâncias:

Art. 3º - Considerar defeso utilizar algemas ou outros meios de contenção em presas parturientes, definitivas ou provisórias, no momento em que se encontrem em intervenção cirúrgica para realizar o parto ou se estejam em trabalho de parto natural, e no período de repouso subsequente ao parto.

Apesar da existência de uma paulatina incorporação das diretrizes internacionais, é importante também destacar que vários órgãos de fiscalização trazem relatos de que mulheres ainda são transportadas algemadas durante o trabalho de parto e após⁶⁵. O fortalecimento e a garantia de independência de tais órgãos é medida essencial para que os abusos sigam sendo reportados, de forma a garantir a efetiva implementação das obrigações internacionais.

5.3.5 Sobre a vedação do uso de algemas no traslado de mulheres grávidas

Para a realização do parto, o traslado da penitenciária ao hospital deve ser garantido, compondo uma das obrigações que derivam da dimensão de acessibilidade do direito à saúde (CADH, art. 26)⁶⁶. Há necessidade de visibilização deste direito, tendo em vista que, muitas vezes, a sua existência não é garantida. Como exemplo, há portaria do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que estabelece a prioridade do traslado de presos para a realização de audiências, do que para a realização de outras atividades. Como além das audiências, o traslado de presos(as) geralmente ocorre para tratamento médico/ internação hospitalar e/ou transferência, nota-se que dita norma acaba por colocar em segundo plano o traslado para fins de saúde, o que inclui os casos de gestantes em trabalho de parto. Não são raros os relatos de mulheres que deram a luz na penitenciária, enquanto a escolta saía para levar outras

⁶⁵ Anexo VI - Relatórios anuais do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate a Tortura, disponíveis em <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/temas-de-atuacao/tortura/relatorios-mnnp/mnnpct-relatorio-anual-2017-2018>, <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/temas-de-atuacao/tortura/relatorios-mnnp/relatorio-anual-2016-2017>.

⁶⁶ C.f. Corte IDH. Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349.

presas para audiência. Assim, a prioridade de traslado para fins de tratamento de saúde deriva da própria proteção à saúde, conferida pelos artigos 5(1) e art. 26 da CADH, como também a proteção ao melhor interesse da criança, protegida no marco do art. 17(1) do mesmo tratado.

Nos casos em que o traslado ao hospital não é possível, há necessidade que os agentes da Penitenciária tenham treinamento para lidar com a realização de um parto de emergência.

Além disso, tendo em vista toda a questão disposta no item anterior, a política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional – PNAME⁶⁷ estabelece que há “necessidade de garantir um transporte diferenciado para mulheres idosas, com deficiência, gestantes, lactantes e mães com filhos, sem utilização de algemas”. Conforme já mencionado anteriormente, apesar dessas disposições, os relatos de inspeção mencionados no rodapé apontam que a prática de transporte de mulheres grávidas algemadas segue existindo.

5.3.6. Sobre o alcance do direito ao acesso à informação, no contexto de privação de liberdade, das mulheres grávidas, em pós-parto e lactantes, quanto às informações relativas à sua condição especial

A Constituição da República Federativa do Brasil assegura, no artigo 5º, L, que “(...) às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”.

A Lei de Execução Penal estabelece, no artigo 83, §2º:

“§ 2º Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade”.

O prazo de permanência de filha/o com a mãe encarcerada varia de acordo com o Estado e com o caso. No Estado de São Paulo, que encarcera cerca de 1/3 das mulheres do país, o limite de 6 (seis) meses estabelecido pela LEP é o prazo estipulado. Assim, a partir desse momento a criança pode ser retirada da mãe, que

⁶⁷ Instituída pela Portaria Interministerial MJ/SPM nº 210/2014, art. 4º(IV),(c).

muitas vezes não é precedida de transição ou comunicação.

Aponta-se que uma grande angústia de mulheres grávidas e puérperas no cárcere é a ausência de definição sobre a separação da/o filha/o, e ausência de preparação prévia para esse momento.

As Regras de Bangkok reconhecem a dificuldade da situação, dispondo:

Regra 52 1. A decisão do momento de separação da mãe de seu filho deverá ser feita caso a caso e fundada no melhor interesse da criança, no âmbito da legislação nacional pertinente. 2. A remoção da criança da prisão deverá ser conduzida com delicadeza, e apenas quando alternativas de cuidado da criança tenham sido identificadas e, no caso de presas estrangeiras, com consulta aos funcionários/as consulares. 3. Uma vez separadas as crianças de suas mães e colocadas com familiares ou parentes, ou sob outras formas de cuidado, serão oferecidas às mulheres presas o máximo de oportunidades e condições para encontrar-se com seus filhos e filhas, quando estiver sendo atendido o melhor interesse das crianças e a segurança pública não for comprometida.

5.3.7 Obrigações específicas devem adotar os Estados para assegurar o direito à vida familiar da criança, incluindo o contato com o outro progenitor

Apesar de inegável a necessidade de se assegurar que filhos recém nascidos possam permanecer com as mães, ainda que no cárcere, caso estas não consigam alguma forma de prisão domiciliar, regime aberto, liberdade provisória, as estudiosas do tema apontam para o risco de institucionalização das crianças, como indica a pesquisa “Dar à luz na sombra”⁶⁸.

Muitos estudos acerca da maternidade na prisão apontam que muitas vezes o outro progenitor também está preso, o que dificulta o contato.

O próprio registro de nascimento da criança com o nome de ambos os progenitores em casos assim pode ser dificultado, dependendo da boa vontade dos agentes das duas instituições.

⁶⁸ Brasil. Ministério da Justiça/IPEA. BRAGA, Ana Gabriela Mendes; ANGOTTI, Bruna. Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. -- Brasília: Ministério da Justiça, IPEA, 2015. Disponível em: <https://carceropolis.org.br/publicacoes/dar-%C3%A0-luz-na-sombra-condi%C3%A7%C3%B5es-atuais-e-possibilidades-futuras-para-o-exerc%C3%ADcio-da-maternidade-por-mulheres-em-situa%C3%A7%C3%A3o-de-pris%C3%A3o/>

5.3.8 Obrigações dos Estados em matéria de acesso ao direito à saúde e à alimentação de crianças que vivem em centros de detenção com suas mães

O Estado tem o dever de garantir o acesso ao aleitamento materno, viabilizando as condições adequadas no estabelecimento prisional, conforme reconhecido no art. 9º do Estatuto da Criança e do Adolescente.⁶⁹ A previsão expressa foi introduzida na legislação brasileira pela Lei 13.257/2016, que dispôs sobre políticas públicas para a primeira infância. Nota-se clara influência das regras de Bangkok⁷⁰, bem como as diretrizes dos órgãos internacionais voltados à proteção da infância e da saúde.

Além disso, as crianças que vivem com as mães na prisão devem ter acesso a tratamento médico e acompanhamento do seu desenvolvimento por meio de profissionais especializados, como pediatras e agentes de saúde, nos mesmos moldes como é garantido às crianças cuja mãe não se encontram submetidas ao contexto carcerário⁷¹. Contudo, no Brasil o acesso da pessoa privada de liberdade aos tratamentos de saúde são extremamente precários. Em relação aos presos (em geral), tal fato vem sendo reportado em inúmeras medidas provisórias já adotadas pela Corte IDH em relação ao Brasil. A situação não é diferente em relação às crianças que vivem com as mães em centro de detenções⁷². Inclusive, a DPU em parceria com o Instituto

⁶⁹ Segundo a Lei “Art. 9º O poder público, as instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas a medida privativa de liberdade”. (ECA)

⁷⁰ A respeito do tema, destaca-se: “Regra 48 1. Mulheres gestantes ou lactantes deverão receber orientação sobre dieta e saúde dentro de um programa a ser elaborado e supervisionado por um profissional da saúde qualificado. Deverão ser oferecidos gratuitamente alimentação adequada e pontual, um ambiente saudável e oportunidades regulares de exercícios físicos para gestantes, lactantes, bebês e crianças. 2. Mulheres presas não deverão ser desestimuladas a amamentar seus filhos/as, salvo se houver razões de saúde específicas para tal”. (Regras de Bangkok)

⁷¹ Regras de Bangkok, regra n. 51(1) – “Crianças vivendo com as mães na prisão deverão ter acesso a serviços permanentes de saúde e seu desenvolvimento será supervisionado por especialistas, em colaboração com serviços de saúde comunitários. 2. O ambiente oferecido para a educação dessas crianças deverá ser o mais próximo possível àquele de crianças fora da prisão”. (Regras de Bangkok)

⁷² Brasil. Ministério da Justiça/IPEA. BRAGA, Ana Gabriela Mendes; ANGOTTI, Bruna. Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade

Terra Trabalho e Cidadania já organizou, em janeiro de 2015, um mutirão carcerário, com duas pediatras⁷³ e uma doula para atendimento de mulheres grávidas e de crianças que viviam com as mães na Penitenciária Feminina da Capital, como forma de tentar dar visibilidade à demanda e mobilizar o sistema penitenciário para se organizar de forma a garantir o atendimento médico⁷⁴. Em relação à esta penitenciária específica, houve esforços para buscar aumentar o acesso a pediatras e pessoal especializado por meio de convênios, mas as iniciativas são pontuais e dependem da conjuntura, sendo que ainda não existe a implementação concreta e perene de uma política que assegure um efetivo acompanhamento de saúde a essas crianças.

5.3.9 Deveres dos Estados para assegurar um desenvolvimento adequado de crianças que vivem em centro de detenção com suas mães, incluindo o relacionado à integração comunitária, socialização, educação e recreação

As regras de Bangkok estabelecem diretrizes gerais sobre os contornos das obrigações. Em primeiro lugar, é compatível com a Convenção que as crianças sejam autorizadas a permanecer com suas mães, desde que se trate de medida de *ultima ratio*, após exauridos os esforços concretos por medidas alternativas de desencarceramento menos lesivas. Ademais, as referidas crianças não podem ser tratadas como presas⁷⁵. Além disso, as “(...) mulheres presas cujos/as filhos/as estejam na prisão deverão ter o máximo possível de oportunidades de passar tempo com eles”⁷⁶.

Atualmente, a legislação nacional reconhece o direito da mãe e da

por mulheres em situação de prisão. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. -- Brasília: Ministério da Justiça, IPEA, 2015. Disponível em: <https://carceropolis.org.br/publicacoes/dar-%C3%A0-luz-na-sombra-condi%C3%A7%C3%B5es-atuais-e-possibilidades-futuras-para-o-exerc%C3%ADcio-da-maternidade-por-mulheres-em-situa%C3%A7%C3%A3o-de-pris%C3%A3o/>

⁷³ Trata-se das pediatras Dra. Marcela Damásio e Dra. Márcia Gomes Penido, vinculadas ao Programa de Reanimação Neonatal de Sociedade Brasileira de Pediatria. A humanização do atendimento ficou ao encargo da Meire, que atua como doula.

⁷⁴ O mutirão permitiu o atendimento de 86 crianças que se encontravam na ala materno-infantil na Penitenciária Feminina da Capital (em São Paulo). O relato sobre o mutirão foi disponibilizado em reportagem de Viviane Balbúglio, disponível no sítio do ITTC: <<http://ittc.org.br/8903/>>.

⁷⁵ C.f. Regra n. 49 de Bangkok.

⁷⁶ C.f. Regra n. 50 de Bangkok

criança de fruir de mecanismos de acolhimento, em articulação com o sistema de ensino competente, visando ao desenvolvimento integral da criança.

Em 2009, a Lei de Execução Penal foi alterada, de forma a exigir que a penitenciária de mulheres tivesse uma ala própria para gestantes e parturientes, além de uma creche que pudesse acolher crianças maiores de 6 (seis meses) e menores de 7 (sete) anos (LEP, art. 89). Na mesma linha, o artigo 4, II, “h” PNAME também previu a necessidade de uma ala própria (“local específico”) e o acesso à atividades lúdicas, coordenadas por equipes multidisciplinares.

5.4 O TRATAMENTO CARCERÁRIO DA PESSOA LGBTI NA VISÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA

5.4.1 A população lgbti+ no Brasil

É comum encontrar relatos de privados de liberdade sobre a péssima higiene das celas, que os tornam vulneráveis a contraírem doenças, como sarna e tuberculose; da presença de ratos, baratas e da falta de assistência médica nos presídios, entre outras situações que ferem a dignidade humana⁷⁷. Como se pode imaginar, a pandemia causada pelo Coronavírus (covid-19) agravou ainda mais esse cenário.

Sabe-se que há 884.885 presos no Brasil, mas somente 4.745 presos se declaram partes da comunidade LGBT. Ressalta-se que 77% dos LGBTI+ que declaram abertamente sua sexualidade e identidade de gênero, se concentram em prisões que possuem alas/celas para essa população.

O Brasil lidera o ranking de países com maior índice de mortalidade de travestis e transexuais no mundo, segundo dados divulgados pela ONG International Transgender Europe⁷⁸. Entre 2008 e 2016, 868 travestis e transexuais foram mortos no Brasil. Em 2019, o Grupo Gay da Bahia⁷⁹ divulgou em seu Relatório Anual de Mortes Violentas de LGBT, que 329 LGBTI+ (lésbicas, gays, bissexuais, travestis e

⁷⁷ CABRAL, Lucas. SAKAMOTO, Felipe. Transviados no cárcere: um retrato de LGBTs no sistema penitenciário. São Paulo: Faculdade Cásper Líbero, 2018.

⁷⁸ Disponível em: <shorturl.at/iCKS9>. Acesso em: 04/12/2020.

⁷⁹ Disponível em: shorturl.at/jsEQZ. Acesso em 04/12/2020.

transexuais) foram vítimas de homotransfobia no Brasil. Além disso, dados recentes divulgados pela ANTRA⁸⁰ (Associação Nacional de Travestis e Transexuais) mostram que nos dez primeiros meses de 2020, 151 pessoas trans foram assassinadas, 22% a mais que no ano inteiro de 2019.

Outro dado preocupante foi divulgado pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos⁸¹, que através do Disque 100 (Disque Direitos Humanos), recebeu 1.685 denúncias de violência contra pessoas LGBTQ+ no ano de 2018. A discriminação e a violência psicológica figuram como os principais relatos contra essa população, seguida de agressões físicas e violência institucional.

Ainda, um estudo publicado esse ano⁸² informou que foram registrados 2.865 casos de LGBTQfobia nas delegacias do Acre, Alagoas, Ceará, Distrito Federal, Espírito Santo, Goiás, Mato Grosso, Pará, Paraná, Pernambuco, Roraima e Tocantins.

Esses dados relevam a situação preocupante de preconceito, violência e discriminação que a população LGBTQ+ vivencia cotidianamente no Brasil. Apesar de haver certos avanços normativos e de políticas públicas, essa população ainda experimenta situações de extrema vulnerabilidade que merecem as devidas atenções do poder público a fim de superá-las.

5.4.2 Situações de violações vivenciada pela população lgbti+ no sistema carcerário

A vulnerabilidade da população LGBTQ+ vivenciada no cotidiano das relações sociais, se acentua ainda mais nos ambientes prisionais, tendo em vista que, nestes locais a imposição da cultura de opressão do cárcere reproduz e reforça estigmas, discriminações, violências e preconceitos associados à orientação sexual e a identidade de gênero, ou seja, *o caráter fortemente generificado da punição ao mesmo tempo reflete e aprofunda a estrutura generificada da sociedade mais ampla*⁸³.

Além disso, a dinâmica organizacional dos espaços nas prisões e a existência de facções nem sempre permitem a coexistência de grupos diversos, o que

⁸⁰ Disponível em: shorturl.at/cyIJU. Acesso em: 04/12/2020.

⁸¹ Disponível em: shorturl.at/kuFT6. Acesso em: 04/12/2020

⁸² Disponível em: shorturl.at/huFJP. Acesso em 09/12/2020.

⁸³ DAVIS, Ângela. (2003). *Are Prisons Obsolete?* New York: Seven Stories Press.

gera a diferenciação e exclusão em razão do gênero ou sexualidade. Quando há celas específicas, estas normalmente se encontram superlotadas e com restrições de acesso a benefícios relacionados à educação, trabalho, lazer e banhos de sol.

Soma-se à isso considerar a demanda de sujeitos que não consideram haver uma identidade fixa, algo comum em presídios. Reproduz-se in totum uma oitiva de um preso de Presidente Prudente.⁸⁴

“Quanto às especificidades médicas afirma que tem acompanhamento médico específico para tratar ansiedade, depressão e insônia, mas não atribui esses transtornos à sua condição de homossexual. Não utiliza hormônio, só tendo feito uso de tais substâncias na fase de adolescente, quando foi travesti e se prostituía. Hoje afirma não haver mais nenhum hormônio em seu organismo, tanto que já refez sua aparência masculina.

Quanto à sua identidade de gênero, afirma considerar-se homem, porém, tem relações sexuais tanto com homem quanto com mulher, concluindo assim que ser [sic] bissexual.

Declara que não há desejo de transferência para uma unidade prisional feminina, nem tampouco para local onde somente haja homossexuais. Afirma que em 2003 ficou recolhido em uma cadeia pública em que os pavilhões eram separados entre homo e heterossexuais e havia muita agressão física e moral entre os homossexuais, que não é a favor de haver unidades apenas com homossexuais, pois eles não se entendem e não se dão bem, que há muita disputa e falsidade entre os mesmos”

Percebe-se, de antemão, a fluidez de gênero (identidade de gênero, travesti, transsexual, homem). Com essa oitiva, percebe-se também o descompasso entre a auto identificação dos sujeitos e as classificações que lhe são atribuídas pela administração prisional.

Ou seja, por mais que existam dados oficiais acerca do tema, não fica claro quais critérios foram usados para definir a identidade de gênero e se houve consideração das múltiplas identidades dos indivíduos.

Como ele se define como não-mulher e não-homem, não cabe levá-lo para uma cadeia feminina. Também, não é justo levá-lo para uma cadeia masculina. Nesse sentido, a criação da ala LGBTI+ se torna mais atraente, mas nem mesmo ele quer participar dela. Ou seja, não há espaço para o corpo dele no sistema penitenciário.

⁸⁴ Disponível em: shorturl.at/rzMQ2. Acesso em 10/12/2020.

Além da falta de interesse considerável, nota-se a problemática da relação entre a criação de espaços segregacionistas e os guetos. Separá-los faz com que a população carcerária fortaleça suas ideias intolerantes contra as pessoas LGBTI+. Por isso que, alguns diretores de presídios, entendem que devem agir mudando o pensamento dos agentes penitenciários.

Ora, esse pensamento não comporta funcionalidade prática também. De início, restou comprovado que os agentes públicos que trabalham com os presos são considerados inimigos por eles. Além disso, as discriminações internas, além de serem realizadas pelos servidores públicos, são impulsionadas por regras discriminatórias das facções. Nenhum estudo comprovou a existência de uma relação direta.

A violência, a discriminação e a exclusão são vivenciadas de forma mais acentuada por mulheres trans, travestis e homens homossexuais em presídios masculinos. Nesses locais são frequentes os relatos ⁸⁵ de violência física e sexual contra esse grupo de pessoas, além de serem obrigados a servirem de “mulas” para transportar drogas e realizar os serviços domésticos nas celas. Além disso, ao ingressarem no sistema prisional mulheres trans são obrigadas a raspar o cabelo, usar vestimentas masculinas e a cortarem as unhas e remover esmaltes. Em muitas situações não há ainda o reconhecimento do nome social.

Além disso, no Centro de Detenção Provisória de Pinheiros, há relatos de LGBTs que são banidos, por outros detentos, de usar – ou até mesmo tocar – qualquer objeto que foi tocado por um cis-heterossexual. Até mesmo tocar na mesma vassoura usada por um detento heterossexual é visto como um insulto.⁸⁶

Isso fez com que os objetos usados por presos LGBTQIA+ fossem marcados com perfurações ou marcas de fogos, além de serem guardados em prateleiras específicas. Antes de entrar no banheiro, LGBTs devem anunciar a chegada para que não veja um preso heterossexual sem roupa. Não seguir essas regras, segundo pesquisadores, podem levar até à morte.

⁸⁵ Para mais informações e relatos, acessar o documentário "Passagens: ser LGBT na prisão", produto do projeto Passagens - rede de apoio a LGBTs nas prisões, financiado pelo Fundo Brasil de Direitos Humanos e executado pelo Somos - Comunicação, Saúde e Sexualidade. Disponível em: shorturl.at/ezAG6. Acesso em 04/12/2020.

⁸⁶ Disponível em: shorturl.at/ekqLQ. Acesso em 09/12/2020.

Há relatos de presos LGBTI+ que não podem andar sem camisa nas penitenciárias. Nem mesmo quando está quente, o que não é muito difícil dada a superlotação. Não podem deixar o cabelo crescer ou usar short. Em alguns estados, não é permitida a aproximação com gays.

Os prisioneiros LGBTs costumam evitar estar em prisões dominadas pelo PCC, eles costumam pedir transferência para o que chamam de “seguro” ou “oposição”, que nada mais são do que presídios onde não há dominância de nenhuma facção. Essas cadeias são conhecidas por inimigos do comando, ou seja, ex-agentes penitenciários, pedófilos, estupradores, policiais, presos de outras facções... Ainda assim, LGBTs não dividem a mesma cela com os outros detentos.

Quando há essas celas específicas, estas normalmente se encontram superlotadas e com restrições de acesso a benefícios relacionados à educação, trabalho, lazer e banhos de sol. Quando não há, elas costumam ser enviadas para celas solitárias.

Vanessa Baronne, por exemplo, travesti, revelou numa entrevista para o documentário “A Ala”⁸⁷ que chegou a atear fogo nos colchões e nas suas roupas de cama, provocando um incêndio na cadeia ao descobrir que estaria na mesma cadeia que estupradores e pedófilos.

No Brasil, as prisões são divididas por facções. Ou seja, cada organização criminosa tem o seu código de conduta a ser seguido em determinado presídio. Algumas são mais progressistas com a população LGBTI+ e outras nem tanto.

Uma reclamação constante, por relato dos detentos, é o Primeiro Comando da Capital (PCC). Desde os anos 90, o PCC adotou em seu estatuto a igualdade em seus valores. Isso ajudou a dirimir consideravelmente agressões a LGBTs, contudo somente em 2007 que a facção proibiu o estupro contra gays e somente em 2018 que passou a permitir as visitas íntimas. Desde meados de 2015 há rumores de que, por meio de novas regras, as posturas do PCC em relação a esses temas têm se transformado – inclusive com a aceitação de homossexuais como

⁸⁷ Disponível em: shorturl.at/lrVWX. Acesso em 10/12/2020.

irmãos.⁸⁸

Essa boa convivência, segundo prisioneiros, não tem qualquer valor de mudança no interior dos presídios dominados pela facção. Segundo eles, é comum ocorrer discriminação, chega ao ponto de detentos não ingerirem comida que foi tocada por um LGBTQIA+.

Outra situação preocupante vivenciada pela comunidade LGBTI+ nos presídios é em relação a saúde, uma vez que o acesso ambulatorial em todo sistema prisional é precário e defasado. Apesar de ser garantido o acesso nos parâmetros do SUS, pessoas trans encontram dificuldade para iniciarem ou continuarem tratamentos hormonais, pois muitas vezes estes tratamento não estão disponíveis ou param de ser ofertados com a mudança na administração do presídio⁸⁹.

O abandono ou rompimento familiar é outro problema bastante recorrente nas experiências de travestis, transexuais e pessoas homoafetivas nos sistemas prisionais. Isso porque, quando o rompimento não ocorre antes, o encarceramento acaba contribuindo para quebra de vínculos familiares, pois reforça estigmas sociais de que as pessoas LGBTI+ são perigosas ou marginais. Além disso, a falta de espaços destinados às visitas íntimas, a existência de empecilhos que exigem a formalização dos relacionamentos e até mesmo a discriminação sofrida pela população LGBTI+ são obstáculos que se impõe e acabam contribuindo para o afastamento familiar.

Soma-se a tudo isso a quase inexistência de dados acerca da população LGBTI+, suas necessidades e dificuldades enfrentadas nos presídios, o que inviabiliza a formulação e implementação de políticas públicas. Atualmente, a única sistematização nacional de informações fornecida pelo Infopen em relação a essa população é o número de alas/galerias. Calcula-se que no Brasil há pelos menos 106 unidades prisionais⁹⁰ destinadas à população LGBTI+, subdivididas em "Alas/Galerias" e "Celas".

⁸⁸ Disponível em: shorturl.at/vELN7. Acesso em 10/12/2020.

⁸⁹ Disponível em: shorturl.at/lrGN8. Acesso em: 04/12/2020.

⁹⁰ Disponível em: shorturl.at/ijrM8. Acesso em 09/12/2020.

5.4.3 Normativas nacionais voltadas à população lgbti+ em situação de privação de liberdade.

A nível nacional, em 2014, foi criada a Resolução Conjunta proposta pelo Conselho Nacional de Combate à Discriminação e o Comitê Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Essa resolução estabelece os parâmetros para a acomodação de pessoas LGBTI em privação de liberdade no Brasil.

A Resolução se baseou na Constituição 1988, que em seu art. 5º incisos III, XLVII, XLVIII e XLIX, estabelece *que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; não haverá penas cruéis; a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo da pessoa apenada, devendo-se garantir o respeito à sua integridade física e moral.*

Além disso, a Resolução levou em consideração a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, o Protocolo Facultativo da Convenção contra a Tortura e outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos, as Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras e os princípios de Yogyakarta.

Em linhas gerais, a Resolução estabelece que às pessoas privadas de liberdade e aos seus visitantes deve-se assegurar o direito à orientação sexual e identidade de gênero, incluindo o direito ao tratamento por nome social. Além disso, travestis e homens homossexuais em prisões masculinas têm direito a alas e celas específicas, para as quais podem ser transferidas se quiserem e que de nenhuma forma podem ser usadas como medidas disciplinares ou métodos coercivos.

A resolução prevê ainda que homens e mulheres transgêneros, bem como travestis, devem ser encaminhados/as para prisões femininas caso assim desejarem, tendo em vista que qualquer transferência compulsória é vista como violação, embora não haja sanções previstas. Como forma de se fazer valer a normativa dessa Resolução, o Ministro do STF, Luís Roberto Barroso, determinou, em

caráter liminar na ADPF 527⁹¹ que mulheres transexuais sejam transferidas para presídios femininos, alegando que *“Transexuais e travestis encarceradas são, assim, um grupo sujeito a uma dupla vulnerabilidade, decorrente tanto da situação de encarceramento em si, quanto da sua identidade de gênero. Trata-se de pessoas ainda mais expostas e sujeitas à violência e à violação de direitos que o preso comum. Trata-se, ademais, de providência necessária a assegurar a sua integridade física e psíquica, diante do histórico de abusos perpetrados contra essas pessoas em situação de encarceramento. Não há, no caso, uma opção aberta ao Poder Público sobre como tratar esse grupo, mas uma imposição que decorre dos princípios constitucionais da dignidade humana, da liberdade, da autonomia, da igualdade, do direito à saúde e da vedação ao tratamento cruel e à tortura.”*

A Resolução visa ainda garantir a igualdade material ao dispor que as pessoas LGBTI+ têm direito a visitas conjugais, saúde, educação, formação profissional e assistência financeira para seus dependentes, de acordo com os mesmos critérios utilizados para a população prisional em geral. Além disso, homens e mulheres transgêneros têm o direito de vestir roupas de acordo com sua identidade de gênero.

Apesar de prever inúmeros direitos e avanços, questões quanto a aplicabilidade da Resolução ainda permanecem em aberto, uma vez que fica à discricionariedade da administração dos presídios a implementação da Resolução e por isso não há sanções estabelecidas às instituições prisionais que não cumprem a Resolução.

Há ainda Resolução recente aprovada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), principal órgão responsável por definir diretrizes para o Judiciário nacional. A resolução N° 348, de 13 de outubro de 2020 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. Assim, a

⁹¹ Disponível em: shorturl.at/stBKL. Acesso em: 04/10/2020

Resolução prevê que a Justiça leve em consideração a autodeclaração do cidadão, possibilitando que a pessoa identificada como LGBTI+ cumpra pena em presídio que possua alas diferenciadas para essa população.

Importante destacar ainda o Decreto Nº 8.727/2016, que dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

Junte-se a tudo isso o Relatório de Inspeção em Estabelecimentos Penais - Acordo de Cooperação nº 11/2017, firmado entre o Ministério da Justiça, Senado Federal, Câmara dos Deputados, Conselho Nacional do Ministério Público e o Conselho Nacional de Defensores Públicos Gerais, de prazo indeterminado, que objetiva formular e implementar medidas de promoção do Sistema Penitenciário Brasileiro.

Como desdobramento, foi implementado o Grupo de Trabalho Interinstitucional, com o objetivo de aperfeiçoar o sistema de informações referentes à fiscalização prisional, visando especialmente simplificar o modelo de formulário utilizado pelas instituições com atribuição legal para inspecionar estabelecimentos penais.

Em breve síntese, o documento atualizado contém tópicos sobre a estrutura organizacional; a identificação do estabelecimento; a administração; as características das dependências, das pessoas presas, das pessoas cumprindo medida de segurança, e dos funcionários; as condições materiais; a alimentação; a rotina; assistência à saúde, jurídica, social, laboral, educacional, religiosa, desportiva, cultural e de lazer; segurança; disciplina e ocorrências; visitas; relatos das pessoas presas ou de funcionários; inspeções; e conclusões sobre a adequação das unidades prisionais aos princípios de igualdade e da não discriminação.

No entanto, foi constatada a ausência de requisitos específicos mínimos destinados à população LGBTI+ encarcerada, com vistas a reduzir o maior risco de violência desse grupo, bem como os impedimentos ao gozo dos direitos constitucionais fundamentais.

Aliás, consigne-se que nenhum relatório comum de mutirão carcerária

inclui quesitos de gênero ou identidade de gênero, evidenciando a omissão estatal perante toda discriminação e impacto diferenciado aos quais esse grupo está submetido.⁹²

Contando com a colaboração do Grupo SOMOS – Comunicação, Saúde e Sexualidade, foram desenvolvidos quesitos relativos à capacidade das unidades prisionais, aprofundando os questionamentos sobre a lotação LGBTI+, funcionários ou servidores LGBTI+, alas ou celas separadas para a população LGBTI+ (e as respectivas condições) ou se, e com quais grupos específicos, dividem o espaço destinado, capacitação aos agentes penitenciários sobre o princípio da não discriminação, com ênfase na identidade de gênero e orientação sexual, disponibilidade de atividade profissional ou de ensino, liberdade religiosa e acesso aos locais de culto religioso dentro da unidade prisional, e períodos para banhos de sol.

Outrossim, quanto às visitas, as sugestões para o formulário, indagou-se se haveria permissão e qual a quantidade de visitas íntimas homoafetivas, bem como a de visitas sociais, todas no último semestre.

No que tange à saúde e assistência social, foi demonstrada preocupação quanto às políticas de prevenção de Infecções Sexualmente Transmissíveis (ISTs), distribuição de preservativos, testagem e aconselhamento em HIV, número de pessoas LGBTI+ com HIV na unidade prisional, tratamento com profilaxia pré-exposição para prevenção de contágio por HIV, número de pessoas LGBTI+ com depressão, tentativas de suicídio, e atendimento psicológico e de assistência social destinado ao público.

Em relação às pessoas travestis e transexuais, foram observados outros pontos, tais como exigência de corte de cabelo feita pela unidade prisional, possibilidade de tratamento hormonal e como ele seria feito, proibições ao uso de maquiagens, vestimenta de acordo com a identidade de gênero, revista íntima por funcionário com a mesma identidade de gênero da pessoa encarcerada, campo para nome social no registro de admissão no estabelecimento prisional, garantia do uso do nome social, e capacitação dos agentes penitenciários quanto à necessidade de

⁹² Relatórios disponíveis em: <<https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/mutirao-carcerario/relatorios-dos-mutiroes-carcerario/>>. Acesso em: 11/12/2020

respeitar o nome social.

De mais a mais, foram identificados itens relacionados à realização de casamentos homoafetivos dentro da unidade prisional, faltas graves cometidas pela população LGBTI+, e agressões homofóbicas ou crime de homofobia dentro das dependências.

Nessa seara, tem-se recente decisão judicial oriunda da justiça federal da 3ª Região (processo n, 50040743020174036100) , em que o Estado de São Paulo foi condenado a fornecer gratuitamente às presas e presos transexuais o devido tratamento hormonal imediato e contínuo enquanto durar a pena de prisão que lhes foram impostas.

No caso em tela, o magistrado a quo destacou o direito à saúde, à dignidade humana e à vida, os quais foram reforçados à população LGBTI+ por meio das Portarias nos 2.836/2011 e 2.803/2013, as quais preveem a obrigação do Sistema Único de Saúde (SUS) de *“promover a saúde integral da população LGBT, eliminando a discriminação e o preconceito institucional e contribuindo para a redução das desigualdades e para a consolidação do SUS como sistema universal, integral e equitativo”* e definem que *“o processo transexualizador consiste tanto em tratamento hormonal quanto em cirurgia de reassignação de gênero”*.

Sob esse ângulo, a decisão levou em consideração que o tratamento hormonal *é indispensável para a preservação do direito à saúde e à dignidade humana da pessoa transexual, tendo em vista que a interrupção do tratamento acarreta modificações físicas que implicam grave sofrimento psíquico*, tendo como base, justamente, o art. 7º, parágrafo único, a Resolução Conjunta nº 1, de 15/04/2014, do Conselho Nacional de Combate à Discriminação da Presidência da República e do Conselho Nacional de Política Criminal e Carcerária⁹³.

Oportuno ressaltar também que a jurisprudência reconhece e legitima regras internacionais quanto ao acesso à terapia hormonal e cirurgias de reassignação de sexo/gênero (processo transexualizador) pelo Sistema Único de Saúde por força de regulamentação do Ministério da Saúde.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu no RE 477.554/MG, de relatoria

⁹³ 5004074-30.2017.4.03.6100, Fls. 147/152

do Ministro Celso de Mello:

UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR: POSIÇÃO CONSAGRADA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADPF 132/RJ E ADI 4.277/DF). O AFETO COMO VALOR JURÍDICO IMPREGNADO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL: VALORIZAÇÃO DESSE NOVO PARADIGMA COMO NÚCLEO CONFORMADOR DO CONCEITO DE FAMÍLIA. O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE, VERDADEIRO POSTULADO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO E EXPRESSÃO DE UMA IDÉIA-FORÇA QUE DERIVA DO PRINCÍPIO DA ESSENCIAL DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA (2006) (...).

Os Princípios 09 e 17 de Yogyakarta determinam as obrigações do Estado em relação aos direitos de dignidade humano e à saúde de pessoas LGBTI+ encarceradas: 9.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; e 17.g) Facilitar o acesso daquelas pessoas que estão buscando modificações corporais relacionadas à reassignação de sexo/gênero, ao atendimento, tratamento e apoio competentes e não discriminatórios⁹⁴.*

Impossível não mencionar, em igual importância, as Regras de Mandela ou Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos, cujas diretrizes determinam que *nenhum preso deverá ser submetido a tortura ou tratamentos ou sanções cruéis, desumanos ou degradantes e deverá ser protegido de tais atos; para que o princípio da não discriminação seja posto em prática, as administrações prisionais devem levar em conta as necessidades individuais dos presos, particularmente daqueles em situação de maior vulnerabilidade; o sistema prisional*

⁹⁴ Disponível em Princípios de Yogyakarta.indd (clam.org.br). Acesso em 10/12/2020.

não deverá agravar o sofrimento inerente a tal situação, exceto em casos incidentais, em que a separação seja justificável, ou nos casos de manutenção da disciplina, as administrações prisionais e demais autoridades competentes devem oferecer educação, formação profissional e trabalho, bem como outras formas de assistência apropriadas e disponíveis, inclusive aquelas de natureza reparadora, moral, espiritual, social, esportiva e de saúde; tais programas, atividades e serviços devem ser oferecidos em consonância com as necessidades individuais de tratamento dos presos; Informações precisas que permitam determinar sua identidade única, respeitando a sua autoatribuição de gênero; e o provimento de serviços médicos para os presos é uma responsabilidade do Estado. Os presos devem usufruir dos mesmos padrões de serviços de saúde disponíveis à comunidade, e os serviços de saúde necessários devem ser gratuitos, sem discriminação motivada pela sua situação jurídica⁹⁵.

Na opinião consultiva OC 24/17, a Corte Interamericana de Direitos Humanos considerou “orientação sexual”, “identidade de gênero” e “expressão de gênero” como pertencentes ao artigo 1º da CADH, colocando uma pá de cal em cima das práticas discriminatórias com base nesses critérios diferenciadores.

A Corte IDH estabeleceu que o direito à identidade de gênero e sexual está intrínseco à liberdade, autodeterminação e possibilidade de o indivíduo escolher as circunstâncias que fazem sentido a sua existência⁹⁶].

Destaque-se ainda o icônico caso judicial *Rojas Marín vs Perú*, em que Azul, mulher transgênero, foi arbitrariamente presa por policiais em 2008, tendo sido estuprada, torturada e abusada verbalmente e psicologicamente devido à sua orientação sexual ⁹⁷. Entre outras medidas, a Corte entendeu pela necessidade de impor medidas legislativas, administrativas ou de outra índole para garantir o acesso à

⁹⁵ Disponível em Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos (Regras de Nelson Mandela) (unodc.org). Acesso em 10/12/2020.

⁹⁶ Disponível em [https://nidh.com.br/opiniao-consultiva-no-24-identidade-de-genero-igualdade-e-nao-discriminacao-a-casais-do-mesmo-sexo/#:~:text=A%20Opini%C3%A3o%20Consultiva%20\(OC\)%20n%C2%BA,de%20casais%20do%20mesmo%20sexo](https://nidh.com.br/opiniao-consultiva-no-24-identidade-de-genero-igualdade-e-nao-discriminacao-a-casais-do-mesmo-sexo/#:~:text=A%20Opini%C3%A3o%20Consultiva%20(OC)%20n%C2%BA,de%20casais%20do%20mesmo%20sexo). Acesso em 11/12/2020

⁹⁷ Disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_402_esp.pdf. Acesso em 11/12/2020.

justiça em casos de violência contra as pessoas LGBTI. Nesse sentido, deve-se destacar recente avanço na questão, com a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADO 26/DF e MI 4733, pela criminalização da homotransfobia, segundo a qual as condutas motivadas por discriminação por orientação sexual e identidade de gênero também fazem incidir as condutas tipificadas na Lei n. 7.716/89, assim como a qualificadora por motivo torpe do crime de homicídio (§2º do inciso I do art. 121 do Código Penal. Contudo, há relatos de dificuldades para recebimento de denúncias por parte da autoridade policial com base na decisão do STF.

Semelhante ao Peru, em que pese todo esforço do Legislativo e Judiciário brasileiros, faltam ainda muitas providências a serem tomadas de forma a sistematizar e assegurar os direitos e garantias das pessoas LGBTI+ nas unidades prisionais.

O Estado brasileiro deve atentar-se ao fato de que tais políticas públicas somente serão implementadas com o esforço dos três poderes.

Nesse contexto, são constatadas muitas denúncias das unidades prisionais em que se percebe uma gritante omissão estatal. A falta de capacitação e de infraestrutura propagam a máxima vulnerabilidade às quais esses grupos estão sujeitos. Os relatos são estarrecedores⁹⁸.

Insta reforçar que grande parte das discriminações são oriundas das expressões de gênero fora do parâmetro cisheteronormativo, tido como “padrão” na sociedade brasileira.

Muitas pessoas LGBTI+ não podem encostar em utensílios utilizados pelos encarcerados heterossexuais, tendo seus objetos pessoais marcados com algum tipo de identificação, para que não haja mistura.

Ademais, quando as pessoas LGBTI+ dirigem-se aos sanitários, devem anunciar sua chegada para que não vejam uma pessoa heterossexual despida, caso contrário, esse evento pode acarretar morte em alguns presídios do país. Nos banhos de sol, muitas pessoas LGBTI+ preferem não o usufruir, dado que todos os

⁹⁸ Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47376077>. Acesso em 10/12/2020.

encarcerados vão juntos, sem horário específico para os grupos.

Essas pessoas LGBTI+ relatam que os agentes penitenciários e os outros internos chegam a sentir prazer ao verem as transexuais sendo humilhadas ao terem seus cabelos cortados ou raspados, o que configura patente violação à identidade de gênero.

Estudiosos apontam que cada unidade prisional varia suas regras e procedimentos de lidar com as LGBTI+ encarceradas. Em certas localidades, quando há rebeliões, homossexuais são os primeiros a serem atacados, junto com criminosos que cometeram estupro ou pedofilia. Em outras, muitos sofrem estupros coletivos e severas agressões físicas. Ainda, há facções criminosas que proíbem que seus membros violentem LGBTI+, mas porque isso “contaminaria” os encarcerados heterossexuais. Outra dificuldade enfrentada é a quase impossibilidade de recolocação no mercado desses grupos.

Entretanto, embora haja toda essa dissonância entre as unidades prisionais espalhadas pelo país, é preciso notar o estudo feito pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos sobre “LGBT nas prisões do Brasil: Diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento”, com intuito de levantar dados oficiais que viabilizem políticas públicas mais eficazes no combate à violência e na conquista da cidadania para que o Ministério da Justiça e Segurança Pública regulamentem alas ou celas para LGBTI+⁹⁹.

Outro fator que corrobora a atenção voltada ao assunto, foi a recente resolução do CNJ, a qual determinou que as pessoas condenadas devem ser direcionadas a presídios e cadeias conforme sua autoidentificação de gênero, informação a ser coletada pelo juiz em audiência, em qualquer fase do procedimento penal, incluindo a audiência de custódia, até a extinção da punibilidade pelo cumprimento da pena, garantidos os direitos à privacidade e à integridade da pessoa declarante, passo que coloca uma pá de cal nas regras específicas de cada estabelecimento prisional¹⁰⁰.

⁹⁹ Disponível em <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/fevereiro/TratamentopenaldepessoasLGBT.pdf>. Acesso em 10/12/2020.

¹⁰⁰ Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3519>. Acesso em 10/12/2020.

Importante apontar que a Resolução nº 348/2020 determina que a tomada de decisão ocorrerá dentro cada contexto, de forma a garantir maior proteção contra discriminação e violência, sendo assegurado o direito de escolha da parte reeducanda LGBTI+. Segundo referida Resolução:

Art. 7º Em caso de prisão da pessoa autodeclarada parte da população LGBTI, o local de privação de liberdade será determinado pelo magistrado em decisão fundamentada após consulta à pessoa acerca de sua escolha, que poderá se dar a qualquer momento do processo penal ou execução da pena, devendo ser assegurada, ainda, a possibilidade de alteração do local, em atenção aos objetivos previstos no art. 2º da presente Resolução.

§ 1º A possibilidade de escolha do local de privação de liberdade e de sua alteração deverá ser informada expressamente à pessoa parte da população LGBTI no momento da autodeclaração.

§ 2º Para os fins do caput, a autodeclaração da pessoa como parte da população LGBTI poderá ensejar a retificação e emissão dos seus documentos quando solicitado ao magistrado, nos termos do art. 6º da Resolução CNJ nº 306/2019.

§ 3º A alocação da pessoa autodeclarada parte da população LGBTI em estabelecimento prisional, determinada pela autoridade judicial após escuta à pessoa interessada, não poderá resultar na perda de quaisquer direitos relacionados à execução penal em relação às demais pessoas custodiadas no mesmo estabelecimento, especialmente quanto ao acesso a trabalho, estudo, atenção à saúde, alimentação, assistência material, assistência social, assistência religiosa, condições da cela, banho de sol, visitação e outras rotinas existentes na unidade.

Art. 8º De modo a possibilitar a aplicação do artigo 7º, o magistrado deverá:

I - esclarecer em linguagem acessível acerca da estrutura dos estabelecimentos prisionais disponíveis na respectiva localidade, da localização de unidades masculina e feminina, da existência de alas ou celas específicas para a população LGBTI, bem como dos reflexos dessa escolha na convivência e no exercício de direitos;

II - indagar à pessoa autodeclarada parte da população transexual, travesti e intersexo acerca da preferência pela custódia em unidade feminina, masculina ou específica, se houver, e, na unidade escolhida, preferência pela detenção no convívio geral ou em alas ou celas específicas, onde houver; e

III - indagar à pessoa autodeclarada parte da população gay, lésbica e bissexual acerca da preferência pela custódia no convívio geral ou em alas ou celas específicas.

§ 1º Os procedimentos previstos neste artigo devem ser observados na realização da audiência de custódia após prisão em flagrante ou cumprimento do mandado de prisão, na prolação de sentença condenatória, assim como em audiência na qual seja decretada a privação de liberdade de pessoa autodeclarada parte da população LGBTI.

§ 2º A preferência de local de detenção declarada pela pessoa constará

expressamente da decisão ou sentença judicial, que determinará seu cumprimento.

Em conjunto, o Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária 2015 do Ministério da Justiça também contemplou a necessidade de garantir a visita íntima aos LGBTI+ encarcerados, proteção contra a violência física e psicológica dentro das unidades prisionais, e a implementação da Resolução conjunta nº 01, de 2014, do CNPCP e CNCD (Conselho Nacional de Combate à Discriminação), que estabelece parâmetros de acolhimento de LGBTI+ em privação de liberdade. Sem embargo, faltam mecanismos de fiscalização das medidas elencadas¹⁰¹.

Na mesma linha, tem-se o Mecanismo de Prevenção à Tortura que reporta as condições subumanas dos estabelecimentos prisionais e a necessidade de reformas urgentes para a adequação à dignidade da pessoa humana. Todavia, nos relatórios de visitas às penitenciárias femininas não se encontram observações quanto à população LGBTI+ carcerária. Esses apontamentos foram feitos nos relatórios acerca das unidades prisionais masculinas, realçando a necessidade de identificar e providenciar as medidas necessárias para combater a escalada da violência contra esse grupo.

Dito isso, conclui-se desse panorama geral que ainda há muito a ser feito no sentido de garantir o direito de igualdade e não discriminação dentro das unidades prisionais, tais como capacitação dos agentes penitenciários e separação adequada da população LGBTI+ dentro do cárcere, sem que isso implique segregação ou punição pela identidade. Mas não se deve olhar apenas com perspectiva pessimista. Não obstante, é preciso notar que essa temática passou a fazer parte das atividades dos três poderes por meio de estudos e decisões judiciais. Com isso, cada vez mais, será possível assegurar os princípios fundamentais constitucionais das pessoas LGBTI+.

5.5 O APRISIONAMENTO INDÍGENA: AÇÕES NECESSÁRIAS PARA A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS

¹⁰¹

Disponível em <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/issue/view/239/showToc>. Acesso em 11/12/2020.

Inicialmente é preciso destacar, o estado de coisas em relação aos indígenas no sistema prisional brasileiro, desde a invisibilidade, o desproporcional aumento dos percentuais relativos ao seu encarceramento, a criminalização de suas lideranças e a violência contra as comunidades, a ausência de tradutores e de perícias antropológicas no sistema judicial e penitenciário, até o desrespeito às diferenças culturais e às formas alternativas de solução de conflitos.

Os números oficiais da composição étnica da população prisional brasileira são imprecisos, pois resultantes da invisibilidade e da descaracterização realizada pelo sistema de Justiça, além de estarem permeados pela transitoriedade das prisões provisórias, das progressões na execução da pena e nas transferências entre unidades prisionais.

Segundo dados do Infopen¹⁰², em dezembro de 2019 havia no sistema prisional brasileiro 1.390 indígenas presos, sendo 1.325 homens e 65 mulheres, desses somente 672 pessoas teriam nomeado seus povos às administrações penitenciárias.

A divergência de números entre as pessoas auto identificadas e as que teriam nomeado as suas etnias confirma a existência de falhas na caracterização étnica das pessoas privadas de liberdade.

Como lembram Oliveira e Tenório¹⁰³:

(...) a maior dificuldade para analisar a situação do encarceramento indígena, tanto no país quanto no estado de Mato Grosso do Sul, é com toda certeza a ausência de dados, oficiais ou não. Isso se dá por variados motivos, sendo que a imputação da qualidade indígena muitas vezes é indicada pelos gestores dos presídios e ignorada a autodeclaração. Além disso, é recorrente que os próprios indígenas se identificam como “pardos ou caboclos” (BAINES, 2015, p. 148), com o fim de livrar-se da subjugação relativa às condições de presidiário e indígena.

É notória a falta, inadequação ou insuficiência de treinamentos e capacitações de servidores administrativos, operadores do Direito (Juízes, Promotores,

¹⁰² Sistema informatizado, mantido pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) e alimentado pelas administrações dos estabelecimentos penitenciários, e que podem não observar adequadamente a autodeclaração das pessoas privadas de liberdade.

¹⁰³ OLIVEIRA, Tayran Valiente Dias e TENÓRIO, Lilian Raquel Ricci. Encarceramento indígena no Mato Grosso do Sul: uma análise antropológica e jurídica. Justiça Criminal e Povos Indígenas no Brasil. São Leopoldo/RS: Karywa. 2020, p. 223. Anexo VII.

Defensores e advogados) e policiais, no sentido de instruí-los a travarem diálogo intercultural capaz de identificar e respeitar os diferentes aspectos culturais dos povos originários.

As marcas do período colonial que inviabilizou os indígenas, ainda contaminam o sistema brasileiro, estruturado sob um equivocado viés assimilacionista de integração social, completamente divergente da Constituição Federal, dos diplomas internacionais e da Lei de Execuções Penais brasileira.

Mesmo diante da subnotificação pela ausência de oportunidade para autodeclaração e registro adequado da etnicidade das pessoas presas, os números demonstram a alta taxa de encarceramento de indígenas, principalmente nas regiões geográficas de intenso conflito fundiário e violências contra os povos originários.

O Brasil possui 817.963 pessoas indígenas, dentre seus 190.755.799 milhões de habitantes, conforme o censo realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2010) e, conforme a Fundação Nacional do Índio (FUNAI)¹⁰⁴:

Esta população, em sua grande maioria, vem enfrentando uma acelerada e complexa transformação social, necessitando buscar novas respostas para a sua sobrevivência física e cultural e garantir às próximas gerações melhor qualidade de vida. As comunidades indígenas vêm enfrentando problemas concretos, tais como invasões e degradações territoriais e ambientais, exploração sexual, aliciamento e uso de drogas, exploração de trabalho, inclusive infantil, mendicância, êxodo desordenado causando grande concentração de indígenas nas cidades.

Os registros oficiais brasileiros são de que a etnia indígena com maior número de pessoas encarceradas é a Kaiowá, com 184 (cento e oitenta e quatro) pessoas, em segundo lugar, os Guarani, com 93 (noventa e três) pessoas e em quarto lugar os Terenas, com 67 (sessenta e sete) pessoas. As três etnias concentram sozinhas 344 pessoas presas.

Os Terena¹⁰⁵ e os Kaiowá vivem em comunidades localizadas em Mato

¹⁰⁴ Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/quem-sao>. Acesso em 14 de dezembro de 2020.

¹⁰⁵ Os Terena estão distribuídos em 25 aldeias, localizadas de maneira descontínua na região da bacia do Rio Aquidauana, na região do pantanal sul-mato-grossense.

Grosso do Sul, dividem algumas comunidades e espaços com os Guarani Ñandeva¹⁰⁶, em um Estado que **concentra 73.295 pessoas autodeclaradas indígenas** (dos quais cerca de 50.000 são Guarani e Kaiowá), a segunda maior população indígena em números absolutos do Brasil, conforme dados consolidados pelo censo demográfico (IBGE, 2010).

Localizado na fronteira brasileira com o Paraguai e a Bolívia, o estado de Mato Grosso do Sul¹⁰⁷ possui a taxa de 696,7 presos por 100.000 habitantes, sendo o primeiro Estado no ranking nacional de encarceramento. Tal percentual é influenciado pelo maior encarceramento de indígenas, já que para esses, a média alcança 520 presos por 100 mil habitantes.

A desproporção existente em Mato Grosso do Sul salta aos olhos quando se verifica que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em dados de 2016, apontou taxa de encarceramento nacional de 313 presos por 100 mil habitantes. Ainda que o Brasil tenha optado por uma alta taxa de encarceramento, o Mato Grosso do Sul - em decorrência do aprisionamento dos indígenas - consegue ter percentuais maiores de aprisionamento.

Em relatório publicado pelo Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente (ILANUD), verificou-se um aumento da população prisional por toda a América Latina e Caribe. Apenas Cuba e Panamá possuem percentual superior ao brasileiro, se observada a taxa de encarceramento em proporção a grupo de 100.000 habitantes¹⁰⁸.

O agravamento de algumas sanções, o acréscimo de obstáculos para a progressão de regime¹⁰⁹ e, sobretudo, a escolha legislativa por uma maior punição para

¹⁰⁶ Nos estados de São Paulo, Santa Catarina e Paraná também existem comunidades Guarani, porém, com presença populacional menor do que o Mato Grosso do Sul.

¹⁰⁷ Em 2016, o IBGE apontou 2.682.386 habitantes no MS.

¹⁰⁸ COYLE, Andrew. Segurança penitenciária e direitos humanos. In: CARRANZA, Elías (ORG). **Cárcere e justiça penal na América Latina e Caribe**: como implementar o modelo de direitos e obrigações das Nações Unidas. San José da Costa Rica: ILANUD, Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, p. 121.

¹⁰⁹ O clássico exemplo da severidade desejada pelo legislador foi a edição da Lei n.º 8.076/90 que impedia a progressão de regime para os denominados crimes hediondos e seus

determinadas condutas, como o tráfico de substâncias ilícitas, fez com que a prisão fosse cada vez mais aplicada em solo brasileiro.

A nefasta consequência da adoção dessa política penal, aliada ao histórico esquecimento dos gestores públicos a respeito dos estabelecimentos prisionais, é a superlotação das celas, transformando-as em verdadeiras masmorras medievais, nas quais a higiene inexistente e é comum a proliferação de doenças e a degradação. O Estado retira dos presos qualquer condição humana ao permitir que eles dividam espaços inadequados, sem ventilação, estrutura e superlotados.

No dizer do procurador da República Marco Antonio Delfino, atuante em Dourados/MS:

Uma leitura fotográfica do cenário de super-representação na população carcerária dos Kaiowá e Guarani apresenta claras limitações em um processo de investigação científica. Não há como dissociar o encarceramento como mero efeito colateral de um cenário de intensa violação de direitos humanos. (...) Há uma clara associação entre um cenário de massacres, escravidão, remoção forçada de territórios tradicionais, acesso deficiente a políticas públicas e encarceramento¹¹⁰

O Mato Grosso do Sul é área de intenso conflito pela posse e propriedade de terras indígenas, já que as comunidades Guarani-Kaiowá e Nandeva, com população de 54.658 pessoas, ocupam ou estão na posse de apenas 29,04% de suas terras, segundo a FUNAI.

Nos últimos 14 anos, o Mato Grosso do Sul é líder no triste ranking de assassinatos de indígenas no Brasil. Relatório do Conselho Indigenista Missionário (CIMI)¹¹¹ aponta que, entre 2003 e 2016, 444 indígenas foram assassinados em Mato Grosso do Sul, o que corresponde a 44% do total de homicídios de indígenas no mesmo período, em todo o Brasil.

A Anistia internacional destaca que ao longo da última década

assemelhados, em uma clara afronta à Constituição Federal, como decidido pelo Supremo Tribunal Federal em 2006.

¹¹⁰ DELFINO, Marco Antonio. Super-representação dos kaiowá e guarani no sistema penitenciário: um pedaço da Austrália em Mato Grosso do Sul. Justiça Criminal e Povos Indígenas no Brasil. São Leopoldo/RS: Karywa. 2020, p. 163.

¹¹¹ Anexo VIII . Conselho Indigenista Missionário – CIMI. Relatório: Violência contra os Povos Indígenas no Brasil – Dados de 2018.

registrou-se:

assassinatos, ameaças de morte contra líderes indígenas, trabalho escravo, desnutrição, remoções violentas e a destruição de plantações e propriedades. Com processos judiciais emperrados, mais de mil famílias indígenas guarani e kayowa vivem à margem das rodovias.¹¹²

Não é demais lembrar que muitos indígenas ocupam áreas de retomada em Mato Grosso do Sul, em acampamentos improvisados com barracos de lona, barro e sapé, com a coabitação de núcleos familiares extensos e/ou com as denominadas parentelas, nos quais inexistente saneamento básico, fornecimento de água potável e sequer a possibilidade de autonomia alimentar por meio de roças e hortas.

Eles sofrem com a insegurança alimentar e grande parte das famílias sobrevive graças ao fornecimento de cestas básicas pelo Estado e pela União (conforme determinado por liminar do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, na ação civil pública nº. 00019758420174036000, ajuizada pela DPU e pelo MPF) e por doações da sociedade civil organizada.

Afora os despejos, as ameaças e o intenso conflito entre produtores rurais e indígenas, agravados pela disparidade de forças, o cenário de violência também contamina as aldeias diante da ausência da prestação de serviços básicos como educação e saúde.

O Ministério da Saúde aponta que o município de Amambai/MS, por exemplo, registrou 79 casos de violência doméstica contra mulheres indígenas em 2017, último ano sobre o qual há estatísticas consolidadas, sendo o número mais alto do Brasil. E Dourados, a segunda maior cidade sul-mato-grossense, desde 2012 é a localidade em que mais mulheres indígenas são vítimas de violência sexual no Brasil. Os indicadores de Dourados levam o Mato Grosso do Sul a ser o Estado com maior número absoluto de violência sexual contra mulheres indígenas, com quase o dobro dos registros de qualquer um dos estados da Amazônia brasileira.

Não à toa, segundo o Distrito Sanitário de Saúde Indígena (DSEI) de Mato Grosso do Sul, nos últimos 13 anos, cerca de 611 integrantes dos povos

¹¹² Disponível em: <https://anistia.org.br/guarani-kaiowa-margem-dos-direitos/>. Acesso em: 27 de julho de 2019.

originários se suicidaram nesse Estado, numa assustadora estatística de 1 a cada 7,7 dias.

Na recente visita ao Brasil, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos denunciou a situação Guarani e Kaiowá em Mato Grosso do Sul que sobrevive em “ambiente marcado por violência por parte de milícias armadas, violações do direito ao território tradicional e as denúncias recebidas de separação das mães e crianças indígenas”¹¹³

Nesse cenário, não há como deixar de relacionar a crescente população carcerária indígena ao aumento da criminalização de lideranças e ao acirramento das disputas pela terra.

Relatório da ONU de 2018 considerou o Brasil como o país mais perigoso do mundo para os defensores indígenas de direitos humanos.

O Brasil é de longe o país mais perigoso do mundo para os defensores indígenas dos direitos humanos. Durante a visita da Relatora Especial ao Brasil em 2016, os membros de comunidades do Mato Grosso do Sul lhe mostraram feridas de bala em seus corpos e a levaram a lugares onde haviam sido assassinados seus familiares. Ademais, a informaram de casos de detenções arbitrárias, tortura e criminalização de seus líderes. As organizações governamentais e da sociedade civil que se ocupavam dos povos indígenas lhe facilitaram informação inquietante sobre uma tendência sistemática às ameaças e intimidação por parte do Estado e entidades do setor privado. Prevalece a impunidade em relação aos ataques, os assassinatos e a intimidação de pessoas indígenas e frequentemente têm lugar quando os povos indígenas tentam fazer valer seus direitos sobre suas terras e coincidem com a criminalização das lideranças indígenas.¹¹⁴ (ONU, 2018)

Paralelamente ao constante aumento no número de presos indígenas no Brasil, a Constituição Federal de 1988 rompeu com a concepção até então vigente na legislação brasileira de que o indígena deveria ser tratado como sujeito relativamente incapaz, necessitando ser tutelado, até sua completa integração à sociedade majoritária. A Assembleia Constituinte apresentou o direito à diversidade cultural, assegurando o exercício de crenças, protegendo costumes, tradições e idiomas

¹¹³ Relatório disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2018/238.asp> . Acesso em: 27 de julho de 2019.

¹¹⁴ Anexo IX – ONU, 2018.

indígenas.

Nesse mesmo passo, a Convenção 169, da Organização Internacional do Trabalho (internalizada no Brasil através do Decreto 5.501/2004) assegurou não só os bens e a cultura dos povos originários, mas determinou em seu artigo 4º que sejam estabelecidas medidas especiais para protegê-los:

Os povos interessados deverão ter proteção contra a violação de seus direitos, e poder iniciar procedimentos legais, seja pessoalmente, seja mediante os seus organismos representativos, para assegurar o respeito efetivo desses direitos. Deverão ser adotadas medidas para garantir que os membros desses povos possam compreender e se fazer compreender em procedimentos legais, facilitando para eles, se for necessário, intérpretes ou outros meios eficazes.

O Brasil deveria, portanto, possibilitar aos indígenas acusados em ações penais a compreensão sobre o processo penal e para os condenados, a compreensão sobre a execução da pena, sobretudo sobre as questões disciplinares dentro das prisões, por meio da tradução linguística para os seus idiomas nativos. Também deveria assegurar a eles o direito de ser compreendido nas suas especificidades culturais, por meio, por exemplo, das perícias antropológicas.

Todavia, mesmo que outros documentos internacionais protejam os direitos linguísticos e culturais dos povos indígenas – tais como a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2006), a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2016), a Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas (1992), a Declaração Universal dos Direitos Linguísticos (1996), a Convenção da UNESCO para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial (2003), a Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2006) – a prática brasileira é não observar os direitos dos povos originários no processo penal.

No mês de julho de 2018, em inspeção da Defensoria Pública da União (DPU) em conjunto com o Conselho Penitenciário de Mato Grosso do Sul (COPEN/MS), somente nos estabelecimentos prisionais da cidade de Dourados/MS, foram encontrados 86 indígenas presos, todos auto identificados durante as ações penais e a quem não foram assegurados o regime de semiliberdade previsto no Estatuto do Índio.

A DPU distribuiu a esses indígenas questionários impressos, a serem respondidos mediante marcação em respostas objetivas previamente estabelecidas, com o objetivo de aferir temas específicos relacionados à condição étnica.

Foram realizadas as seguintes indagações:

Teve intérprete da sua língua materna durante o processo criminal?
Realizou entrevista com antropólogo durante o processo criminal ou na execução da pena?
Durante o tempo em que está preso recebeu visita?
Acredita que sua condição de indígena é amparada ou vista pelo Estado?

Em resposta às questões apresentadas pela DPU, 72 (setenta e dois) indígenas presos afirmaram que não tiveram assegurado intérprete, 70 (setenta) não passaram por perícia antropológica e apenas 28 (vinte e oito) apontaram ter recebido alguma visita de familiares. O mais estarrecedor é que nenhum respondeu afirmativamente à indagação sobre o amparo ou a observação de sua condição de indígena pelo Estado.

Os dados refletem a invisibilidade dos indígenas perante a Justiça Criminal e o desconhecimento de boa parte dos operadores do Direito sobre os direitos e garantias de proteção e preservação das especificidades culturais. Referida conclusão é corroborada pelo Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT) que, em relatório sobre inspeção no Presídio de Dourados (PED), divulgado no mês de outubro de 2016, destacou:

[...] os elementos culturais não estariam sendo considerados no decorrer do processo judicial. Exemplo disso é a usual ausência de perícias antropológicas que poderiam apontar a vinculação da pessoa indicada como autora do crime com a cultura de seu povo e, portanto, a importância de aplicação dos costumes do povo em questão [...]

Particularmente quanto ao Tribunal de Justiça sul-mato-grossense, em nenhum dos casos analisados nesta pesquisa, foi acatada a nulidade por falta de perícia antropológica, indicando a dispensa de adaptações às especificidades indígenas se, por exemplo, o "indígena aculturado ou que não apresenta sintomas de que desconhece os costumes do 'homem branco'" ou, de modo mais geral, seria dispensável sua produção.¹¹⁵

¹¹⁵ Anexo X – Relatório de visita a unidades de privação de liberdade do mato grosso do sul. 2016, p. 100 -102.

Embora a Lei nº 7.210/1984, que regula a execução penal no Brasil, traga como pilares a inserção social, a dignidade na aplicação e a personalização da pena, pressupondo a classificação da pessoa condenada e a individualização do tratamento, conforme sua personalidade e antecedentes, há um verdadeiro desprezo em relação às peculiaridades culturais dos indígenas nas prisões brasileiras.

Não há qualquer tratamento destinado a sua condição. Não se assegura que o apenado não perca as características individuais que o distinguem das demais pessoas, pois nenhuma condenação alcança a identidade humana. As experiências e vivências que compõem a própria identidade étnica são apagadas, ao contrário do que determina a Constituição Federal.

A disciplina severa dos horários, da alimentação, a padronização das vestimentas (e algumas vezes até do corte de seus cabelos), a limitação das atividades diárias pela notória e conhecida ausência de oportunidades de estudo e trabalho são situações impostas coercitivamente e que levam a uma “mortificação do ego”, agravada pela imposição de penalidades diante de pequenos descumprimentos, às vezes justificáveis.

No Brasil, durante o cumprimento da reprimenda, o Estado deixa de ser o titular de bens jurídicos ameaçados ou violados (como era na fase prévia à condenação) e passa a ser unicamente o responsável pela segurança jurídica dos reclusos e da administração penitenciária. A transformação da função estatal deveria refletir na escolha de modelos para a resolução dos conflitos existentes no ambiente prisional, observando os aspectos culturais da população prisional indígena.

Ocorre que o corrente modelo disciplinar retributivo brasileiro impõe procedimentos inquisitoriais para a apuração das faltas disciplinares o que – contrariando toda a ideologia ressocializadora constante da própria Lei de Execuções Penais – reduz o preso a mero objeto da imposição de sanções administrativas (algumas de caráter nitidamente penal), sem permitir que ele assuma a função de protagonista de seu comportamento e do cumprimento de sua reprimenda, sem considerar os costumes do grupamento étnico a que pertença.

O Estado, desta feita, assume papel semelhante ao que exercia durante a persecução criminal: aponta, determina, pune ou premia condutas, adentra o preso para

o cumprimento de seus deveres e impõe-lhe a institucionalização.

A nossa Lei de Execuções Penais ao optar por um conteúdo impositivo de sanções e penalidades acaba por se tornar mera extensão do processo de conhecimento, em lugar de ser a garantidora de uma execução justa.

O cenário não se modifica diante da gradação elencada no artigo 49, da LEP entre faltas graves, médias ou leves, pois essas duas últimas podem ser regulamentadas pelos Estados membros, ou seja, possuem conteúdo ao alvedrio das autoridades locais. Na maior parte dos Estados não há uma lei disciplinando a execução criminal, a matéria é regulada por Decreto.

A legalidade somente é observada nas faltas graves, previstas taxativamente no art. 50 da LEP, que podem ser resumidas como a incitação ou participação em movimento para subverter a ordem ou a disciplina, a fuga, a posse de instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem, a provocação de acidente de trabalho, o descumprimento das condições do regime aberto, a inobservância dos deveres expostos no art. 39, incisos II e V, e por fim, a posse, utilização ou fornecimento de aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.

Da leitura das condutas definidas como faltas e daquelas que são consideradas como deveres dos presos, verifica-se a extrema preocupação do legislador com a ordem, obediência e segurança dos estabelecimentos. Nenhuma preocupação com os aspectos culturais relacionados aos indígenas.

A reinserção pregada por parte da doutrina, como interpretação adequada à lei, mostra-se uma ficção, quando o sistema elimina a sociabilidade, a individualidade e a autonomia inerentes ao especial modo de vida dos indígenas.

A punição sob essa forma não traz reflexos apenas sobre o corpo do condenado, mas sobre sua própria alma. No dizer de Arendt¹¹⁶ (1989, p. 528), o isolamento impede o contato político entre os homens, sendo que o discurso e a ação totalmente excluídos da rotina humana acarretam a falta de compartilhamento de um mundo comum. A solidão causada por essa espécie de tratamento enseja a destruição

¹¹⁶ ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das letras, 1989, p. 528.

da própria capacidade humana criativa, passando esse homem (no caso, o preso indígena) a estar fadado a uma mera sobrevivência biológica.

A prisão afeta não apenas o indígena privado de liberdade, mas toda a sua comunidade, em razão de retirar do modo de vida daquela sociedade um dos seus componentes humanos, para permitir a imposição de sanção pelo Estado, cujo modelo nem sempre é partilhado com a cultura daquele grupo indígena. Na cultura da maior parte das etnias indígenas, o sentido de coletividade, a cultura do pertencimento e o desejo de comunhão entre as pessoas é diverso daquele apregoado pela sociedade majoritária. O isolamento de um indígena traz consequências mais severas já que fere todo o grupo a que ele pertence.

Significativo dado levantado pela DPU no Presídio de Dourados, por meio dos questionários entregues aos indígenas presos, foi o de que percentual inferior a 1/3 deles recebeu visita de familiares durante a prisão. O afastamento compulsório do indivíduo do seu grupamento de origem, seja pela falta de recursos financeiros das famílias ou pela dificuldade em cumprir as burocracias para a visitação, é fator que não deveria ser desprezado pelo Juízo Criminal ou da Execução Penal, constituindo-se em evidente lesão ao direito de manutenção da cultura e tradições indígenas e reforçando a necessária semiliberdade como forma de impedir essa nefasta consequência.

Aliás, as Regras de Bangkok, aprovadas pela ONU em 2010 e que dispõem sobre o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para infratoras, tratam também da proteção das mulheres indígenas e estipulam a obrigação de o Estado reconhecer a possibilidade de discriminações e dificuldades em razão de suas origens, impondo o dever de elas serem identificadas para terem suas necessidades específicas supridas.

A preocupação das regras de Bangkok com o multiculturalismo é evidenciada pela previsão de que a construção de políticas públicas na execução penal para indígenas contenha a participação das próprias mulheres e de suas comunidades, considerando os processos históricos e a ruptura de vínculos que a prisão traz.

Se já é difícil apontar uma espécie de política penitenciária inclusiva, diante da própria natureza da segregação, por si só excludente do meio social, a rigidez

com que se apresentam as regras carcerárias brasileiras aos indígenas impede o sucesso de qualquer objetivo nesse sentido. Configura-se um *bis in idem* punitivo, pois além da privação da liberdade, o indígena é submetido a um verdadeiro processo inquisitivo de aculturação e perda de sua subjetividade, decorrente da total falta de escolhas e privação de sua própria vontade.

Importante também citar pesquisa realizada pelo Núcleo Institucional de Promoção e Defesa dos Povos Indígenas e da Igualdade Racial e Étnica da Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul (NUPIIR/DPE-MS) em 131 processos criminais envolvendo indígenas presos no município Dourados/MS, que resumiu da seguinte forma as principais violações encontradas¹¹⁷:

1. **Violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa:** falta de defesa técnica (seja por meio de defensor público seja por advogado dativo), desde a fase de inquérito, até a presente execução da pena; Ausência do intérprete em todas as fases do processo, sobretudo nas audiências onde o réu é ouvido, respeitando seu idioma nativo;
2. **Fase inquisitorial comprometida:** conteúdo probatório reduzido, ausência de exames de corpo de delito, laudos psicológicos e prova testemunhal considerável;
3. **Análise antropológica dos processos crimes:** ausência de laudo antropológico; nos casos em que a motivação do delito gira em torno de rixas entre lideranças, ou mesmo questões a respeito da comunidade, da cultura e do modo de vida diferenciado entre etnias que convivem sob um mesmo território, é obrigatório a interferência de um antropólogo, o que não ocorreu em nenhum dos processos analisados até então; Pedido de perícia Antropológica;
4. **Inépcia da denúncia:** a narrativa fática construída e sustentada nas denúncias demonstram uma escassez de circunstâncias; é percebido que há escassa informação na qualificação do acusado ou no fornecimento de dados que possibilitem a sua identificação;
5. **Desconhecimento do delito (erro de tipo):** nos crimes de tráfico de drogas internacional, é notório nas oitivas das testemunhas, bem como no interrogatório do réu, o desconhecimento da tipificação da conduta;
6. **Etnocentrismo nas decisões judiciais:** durante todas as fases do processo, nas decisões e sentenças, há um distanciamento entre o Judiciário e a realidade social em que vivem os indígenas, bem como suas culturas e práticas; a persistência em subverter a lógica punitiva do aparato estatal, representado pelo direito penal, sobretudo nos processos em que não há proteção e respeito às prerrogativas do

¹¹⁷ MENDES, Neyla Ferreira. A etnofobia no sistema penal: os indígenas presos em Mato Grosso do Sul. Justiça Criminal e Povos Indígenas no Brasil. São Leopoldo/RS: Karywa. 2020, p. 191-192.

Estatuto do Índio, dos princípios processuais e dos artigos constitucionais que tratam sobre seus direitos *artigo 231, CF);

7. **Dosimetria da pena:** a respeito das 3 fases, é possível perceber nas sentenças, a fixação da pena base em seu máximo legal, a errônea consideração das circunstâncias judiciais contidas no artigo 59 do Código Penal, bem como a inobservância causas especiais de diminuição de pena e relativização das causas de aumento; 8. **Análise psicológica:** comunicação, saúde e estatística.

Ainda que carregue um ideário assimilacionista, já superado pelo ordenamento jurídico, a Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, denominada Estatuto do Índio, ainda tem vigência no Brasil e os seus artigos 56 e 57, ao assegurar o respeito às especificidades indígenas, determinam o regime especial de semiliberdade.

Art. 56. No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola.

Parágrafo único. As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado.

Art. 57. Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte.

Assim, bastaria a condição de indígena para a concessão da semiliberdade, no local de funcionamento da FUNAI mais próxima à habitação do preso, no entanto, a medida de semiliberdade não é aplicada pelos Juízes brasileiros e não há respeito à cultura e aos métodos de resolução dos conflitos pelos indígenas.

O desprezo aos métodos utilizados pelos indígenas afronta a Convenção nº 169 da OIT que, em seu art. 9º, explicita que deverão ser respeitados os métodos aos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros, na medida em que isso for compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos.

A preferência a modelos de punição diversos ao encarceramento e a

consideração das características econômicas, sociais e culturais também não são observados pelas autoridades brasileiras.

5.5.1. Que obrigações específicas os Estados devem assumir para assegurar que as pessoas indígenas privadas da liberdade preservem sua identidade cultural, em especial seus costumes, rituais e alimentação?

Em observação ao estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro, é necessário que os Estados assumam preferencialmente medidas alternativas à prisão, permitindo que sejam aceitas formas de resolução de conflitos tradicionalmente aplicadas pelos povos originários, no intuito de evitar medidas penalizadoras mais gravosas, como a privação de liberdade que possui maior peso para as comunidades indígenas, especialmente aquelas que possuem componente cultural de forte ligação com os espaços territoriais e com a convivência comunitária.

A privação de liberdade em espaços físicos e edifícios não adequados às especificidades culturais deve ser evitada. Caso seja imprescindível a privação da liberdade, que ela seja realizada na comunidade indígena ou o mais próximo possível da área, sempre em instalações específicas, separadas das destinadas aos presos não indígenas, de forma a atender as necessidades culturais dos povos originários e respeitar o seu modo de vida.

Em relação aos rituais e à alimentação, os Estados devem se comprometer a permitir a livre assistência religiosa tradicional e a fornecer a alimentação compatível com os costumes da etnia declarada pelo preso.

Também devem assumir o compromisso de criar equipes multidisciplinares com a presença de antropólogos nos presídios, além de treinar e capacitar os servidores administrativos, operadores do Direito (Juízes, Promotores, Defensores e advogados) e policiais, no sentido de instruí-los a travarem diálogo intercultural capaz de identificar e respeitar os diferentes aspectos culturais dos povos originários.

Os Estados deveriam fomentar nos currículos das faculdades de Direito matérias que abordem a legislação internacional e o Direito Indígena, bem como a contratação e/ou formação de especialistas para as Defensorias Públicas ou Órgãos de

assistência jurídica.

Comprometerem-se a implementar programas públicos de atendimento jurídico às comunidades indígenas, envolvendo, estudantes universitários indígenas.

Possibilitar, com o fornecimento de transporte adequado e com a flexibilização de regras burocráticas, as visitas rotineiras dos integrantes da comunidade de origem do preso ainda que não sejam civilmente parentes, a fim de que ele não seja alijado do seu grupo étnico.

5.5.2. Quais os deveres do Estado em relação à atenção médica das pessoas indígenas privadas da liberdade, em especial sobre suas práticas medicinais e medicamentos tradicionais?

No intuito de evitar todas as mazelas da dinâmica social inerente ao cárcere, deve-se propiciar ao indígena preso o mínimo de possibilidades para manifestar seus desejos e pensamentos. A compreensão do sentenciado como adulto, detentor de opiniões e capaz de escolher receber as práticas medicinais e medicamentos tradicionais é necessária para a preservação de seu modo de vida e da sua liberdade de crenças, que não deve ser atingida pela condenação.

Ademais, o protagonismo carcerário tem sido decantado nos últimos anos como um dos meios indispensáveis a permitir o adequado retorno do condenado ao seu meio social, após o cumprimento de sua reprimenda.

A efetiva participação do preso nas questões relacionadas ao cumprimento de sua pena, atribuindo-lhe responsabilidades além da mera sujeição de regras e disciplina, preserva a maturidade, a individualidade e impede os nefastos processos de infantilização e aculturação comuns nas prisões brasileiras.

5.5.3. Que medidas especiais os Estados terão de adotar em relação às atividades ou programas desenvolvidos no âmbito carcerário, bem como às audiências disciplinares, atendendo às particularidades culturais e linguísticas das pessoas indígenas?

É necessário que os Estados assegurem tradutores nos estabelecimentos prisionais para que os indígenas possam se comunicar adequadamente com a direção,

com agentes prisionais e com defensores públicos, permitindo-lhes requerimentos administrativos de seus direitos.

No âmbito disciplinar, em lugar da mera aplicação de sanções disciplinares, os Estados deveriam assegurar a resolução pacífica de conflitos, com a utilização de métodos e medidas tradicionalmente identificadas nas Primeiras Nações.

O respeito aos costumes do preso indígena, aliás, atende não só o dever de proteção de suas especificidades culturais, mas também contribuirá para a adoção da Justiça Restaurativa nas prisões.

A Justiça Restaurativa inspira-se nas modalidades de resolução de conflitos utilizadas por povos originários da África e da Nova Zelândia, conforme lembra Nils Christie¹¹⁸

Atualmente uma forte influência nas políticas criminais vem das tradições nativas da Nova Zelândia, da Austrália e da cultura indígena, particularmente no Canadá. Mas também dos EUA. Já ficou claro como é desproporcional a quantidade de jovens nativos nas prisões modernas. Assim, aflorou a necessidade de retrocedermos às velhas formas de resolver os conflitos. Tais formas se baseiam na mediação. Em sociedades relativamente igualitárias, distantes das autoridades centrais, é de certa forma óbvio que a punição pode levar à guerra civil, do mesmo modo que as punições na arena internacional, sem um poder central, podem desaguar na renovação de velhos conflitos e na guerra. Nessas sociedades, torna-se essencial restaurar a situação e, com isso, preservar os sistemas sociais. Restaurar é um velho termo norueguês. Significa, literalmente, levantar mais uma vez as toras de madeira – *staur* – que haviam caído, ou simplesmente reconstruir a casa. Essas atividades representam uma negação dos ideais da lei penal. Se a culpa e a vergonha devem ser aplicadas, que seja na forma de vergonha restaurativa. Se se consegue definir com clareza o ofensor, deve-se enfatizar a forma através da qual ele (a) poderá reparar o dano, material ou simbolicamente, e não como aquela pessoa deve sofrer.

5.5.4. Que obrigações particulares cabe aos Estados para a prevenção de todo ato de violência a respeito das pessoas indígenas privadas da liberdade?

¹¹⁸ CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2011. (coleção pensamento criminológico, v. 17), p. 147.

O compromisso de possibilitar que - por intermédio de ações afirmativas - que integrantes dos povos indígenas sejam qualificados e selecionados para ocupar cargos no sistema de Justiça e prisional.

O estabelecimento de comissões e comitês integrados por representantes das comunidades indígenas, em número compatível à composição étnica prisional, para o fim de efetuar vistorias e inspeções nos estabelecimentos prisionais.

5.6: ENVELHECIMENTO E CÁRCERE: REFLEXÕES SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA IDOSA EM SITUAÇÃO DE PRISÃO

No Brasil, o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN¹¹⁹ mostrou que, em 2016, 64% das pessoas encarceradas são negras, 75% não chegaram ao ensino médio e menos de 1% possui graduação. **Já os detentos idosos representam o equivalente a 1% da população carcerária total.**

De outra banda, diversas pesquisas demográficas têm revelado o envelhecimento da população brasileira. Alguns estudos mencionam que até o ano de 2060, a sociedade brasileira será composta por ¼ de idosos com mais de 65 anos (<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/21837-projecao-da-populacao-2018-numero-de-habitantes-do-pais-deve-parar-de-crescer-em-2047>).

Sim, os números são alarmantes – e contra eles não há muitos argumentos – e demonstram que uma considerável e crescente parcela da sociedade brasileira está envelhecendo, adoecendo e, como se isso já não fosse o bastante, sofrendo com uma situação de abandono. Muitas dessas pessoas estão acamadas e possuem limitações que lhe impedem até mesmo de falar e/ou expressar qualquer tipo de vontade.

Isso demonstra uma tendência demográfica que irá se refletir na população carcerária. É dizer: se a população de um determinado país está envelhecendo de modo tão veloz, é certo que o mesmo venha a ocorrer, em ritmo

119 <http://dados.mj.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>

similar, com sua população carcerária.

Lamentavelmente, a atenção que o país tem oferecido aos idosos no sistema carcerário é demasiadamente precária, na medida em que não são atendidos em suas necessidades específicas. Nesse ambiente de condições insalubres, nota-se que o envelhecimento gradativo dos detentos, frente à evidente fragilidade do sistema, não recebe as adaptações necessárias. Como exemplo de aspectos que precisam de atenção, a higiene e a saúde configuram uma questão emergente dentro dos presídios, afetando mais os idosos em razão das limitações físicas que podem estar presentes pela idade.

Sabe-se que o corpo muda com o envelhecimento. Alguns órgãos são mais propensos do que outros a funcionarem mal sob estresse, como, por exemplo, o coração e os vasos sanguíneos, os órgãos urinários (como os rins) e o cérebro. Os ossos se tornam mais fracos e mais propensos a se quebrarem. Surgem fragilidades em vértebras, cartilagens, ligamentos, tendões, redução da massa e força musculares e etc. O número de células nervosas no cérebro diminui. O fluxo sanguíneo para o cérebro diminui. Com o envelhecimento, os nervos podem transmitir os sinais mais lentamente. Além disso, os nervos podem se recuperar mais lentamente e de modo incompleto. Portanto, em idosos com nervos danificados, a sensibilidade e força são reduzidas.

Não fosse o bastante, as células do sistema imunológico agem mais lentamente. Esta desaceleração imunológica pode explicar vários achados associados com o envelhecimento. O câncer é mais comum entre os idosos. As vacinas tendem a conferir menos proteção aos idosos, mas as vacinas contra gripe, pneumonia e herpes zóster são essenciais e oferecem alguma proteção. Algumas infecções, como pneumonia e influenza, são mais comuns entre idosos e frequentemente resultam em morte. Como o sistema imunológico se desacelera, os distúrbios autoimunes se tornam menos comuns.

Enfim, exsurge limitações de toda ordem, sejam elas físicas, psíquicas, intelectuais, visuais, auditivas e sensoriais. E tais limitações são, com clareza solar, agravadas em quem se encontra literalmente encarcerado! Não há dúvidas quanto a isso! Afinal, o famigerado “estado de coisas inconstitucionais” do sistema carcerário

brasileiro foi objeto de declaração específica emitida pelo próprio Supremo Tribunal Federal (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347).

O fato é que quando tais limitações são verificadas em pessoas idosas, elas passam a ser enquadradas, também, no conceito de pessoa com deficiência. Por conseguinte, tais pessoas afiguram-se como destinatárias lógicas de todo o arcabouço jurídico protetivo, no plano nacional e internacional, voltado não só à proteção dos idosos, mas, também, à proteção das pessoas com deficiência, como, e.g., o Decreto nº 6.949 - que promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, e possui status de emenda constitucional – e a Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência, dentre outros institutos normativos congêneres.

Logo, há necessidade de todo esse arcabouço jurídico protetivo ser observado pelo Estado brasileiro em relação a quem se encontra encarcerado. Ou seja, considerando a obrigação dos Poderes constituídos em assegurar o atendimento preventivo e curativo em saúde para pessoas privadas de liberdade, compreendendo os direitos de serem informadas permanentemente sobre o seu estado de saúde, assistência à família, tratamento de saúde gratuito, bem como o pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às suas liberdades fundamentais, nos termos da Constituição Federal de 1988¹²⁰, do artigo 14 da Lei de Execução Penal – LEP – Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984¹²¹, do Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011¹²², dentre outros instrumentos normativos, além de compromissos internacionalmente assumidos, **seguem algumas sugestões para preservar o direito à vida, saúde e liberdade de idosos e pessoas com deficiência em situação de privação de liberdade por conflito com a lei:**

- Garantir um cadastramento que reflita na realidade a população idosa e com deficiência existente em presídios e instituições similares, bem como a prestação específica de assistência jurídica integral, gratuita e *in loco* de tal população;

¹²⁰ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

¹²¹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm

¹²² http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7508.htm

- Garantir que tais locais sejam dotados de uma equipe multidisciplinar específica para atendimento na área de saúde; e
- Garantir que esses locais sejam salubres, adaptados e adequados, de acordo com as limitações existentes em razão da idade e/ou deficiência da população carcerária.

As outras sugestões a serem adotadas para a população carcerária idosa e com deficiência encontram ressonância em pontos já sugeridos em decisão do ministro Marco Aurélio a serem considerados pelos juízes de execução penal diante da pandemia de Covid-19 para a população carcerária, conforme notícia veiculada no site da Suprema Corte (<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=439614&ori=1>), bem como na Recomendação n. 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), dentre os quais, citam-se:

- Liberdade condicional a encarcerados com idade igual ou superior a 60 anos, nos termos do artigo 1º da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso¹²³);
- Regime domiciliar aos soropositivos para HIV, diabéticos, portadores de tuberculose, câncer, doenças respiratórias, cardíacas, imunodepressoras ou outras suscetíveis de agravamento, ante o estado de coisas inconstitucional que acomete a situação carcerária brasileira;
- Regime domiciliar a presos por crimes cometidos sem violência ou grave ameaça;
- Substituição da prisão provisória por medida alternativa em razão de delitos praticados sem violência ou grave ameaça;
- Medidas alternativas a presos em flagrante ante o cometimento de crimes sem violência ou grave ameaça;
- Progressão de pena a quem, atendido o critério temporal, aguarda exame criminológico; e
- Progressão antecipada de pena a submetidos aos regimes fechado e semiaberto, nos termos das diretrizes fixadas pela Súmula

123 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm

Vinculante nº 56 do Supremo Tribunal Federal - (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto -, sobretudo em relação às pessoas responsáveis por pessoa idosa e/ou com deficiência, assim como idosos, pessoas com deficiência e demais pessoas presas em estabelecimentos penais com ocupação superior à capacidade, que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão de sistema de jurisdição internacional, ou que disponham de instalações que favoreçam a propagação de doenças.

Para garantir a aplicação de tais sugestões, revela-se fundamental capacitar e formar equipes multidisciplinares, compostas por profissionais formados nas áreas de psicologia/assistência social, engenharia/arquitetura e membros da defensoria ligados aos GTs (por ex.), para que sejam intensificadas as ações fiscalizatórias *in loco*.

Com essas considerações de caráter geral, passam-se às respostas propriamente ditas às questões apresentadas no pedido de opinião consultiva formulado pela CIDH.

5.6.1. Que obrigações específicas cabem aos Estados para assegurar o direito à acessibilidade e à mobilidade pessoal nos centros de detenção, por parte das pessoas idosas privadas de liberdade?

Falar em garantia de direitos à acessibilidade e mobilidade para o público idoso do sistema penitenciário brasileiro não é tarefa fácil. Como já esclarecido no bojo dessa manifestação, quando do Supremo Tribunal Federal, em setembro de 2015, no bojo da ADPF 347/DF¹²⁴, reconheceu o Estado de Coisas

124 <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=299385>

<https://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/232387594/uma-vitoria-pirrica-o-julgamento-da-adpf-347>

Inconstitucional face à crise do sistema penitenciário brasileiro, reconheceu que realmente há uma violação generalizada de direitos fundamentais dos presos, sendo que as penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios acabam sendo penas cruéis e desumanas.

É sabido que o avanço da idade traz consigo o desgaste natural das estruturas do corpo, em especial problemas na visão, audição e realização de atividade diárias simples, como a prática de uma caminhada, alimentação e higienização pessoal.

O mínimo de qualidade de vida para a situação do cárcere é o que se espera seja garantido para a pessoa idosa, isso porque a privação da liberdade num sistema caótico como o brasileiro já não o permite viver de forma plena, tendo completamente preservadas questões como saúde, lazer, segurança e locomoção.

Ações de cunho estrutural são importantes. No Brasil, ainda no âmbito da atividade legislativa, tramita o Projeto de Lei n. 6014/2019,¹²⁵ que dispõe a observância, no âmbito nacional, de requisitos mínimos definidos pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP) quando da construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais.

Dentro do seu poder normativo¹²⁶, o CNPCCP apresentou orientações gerais para a construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais, levando em consideração os conceitos e parâmetros de acessibilidade definidos em normas técnicas nacionais. Apesar de não ter sido abordada nenhuma inserção específica, voltada para o público idoso, alguns parâmetros arquitetônicos para a acomodação de pessoas presas estão devidamente conceituados: Vejamos:

A cela individual é a menor célula possível de um estabelecimento penal. Neste cômodo devem ser previstos cama e área de higienização pessoal com pelo menos lavatório e aparelho sanitário, além da circulação. O chuveiro pode ser configurado fora da cela em local determinado. Podem ainda ser projetados: mesa com banco, prateleiras, divisórias, entre outros elementos de apoio. Caso se opte também pode ser incluído o chuveiro dentro da cela. A área mínima deverá ser de 6 metros quadrados, incluindo os elementos básicos – cama e aparelho sanitário – independentemente

<http://uerjdireitos.com.br/adpf-347-estado-de-coisas-inconstitucional-no-sistema-penitenciario/>

125 <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2229719>

126 <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/cnppc/resolucoes/2011/resolucao9de09denovembrede2011.pdf>

de o chuveiro localizar-se fora da cela ou não. A cubagem mínima é de 15 metros cúbicos. O diâmetro mínimo é de 2 metros.

No caso da cela acessível, as dimensões do mobiliário dos dormitórios acessíveis devem atender às condições de alcance manual e visual previstos na NBR 9050/2004 e ser dispostos de forma a não obstruir uma faixa livre mínima de circulação interna de 0,90 m de largura, prevendo área de manobras para o acesso ao sanitário, camas e armários. Os armários devem atender ao item 7.4.2. da NBR 9050/2004. Deve haver pelo menos uma área com diâmetro de no mínimo 1,50 m que possibilite um giro de 360°. A altura das camas deve ser de 0,46 m.

Ainda no referido documento, também se previu que há necessidade de se observar que, para a localização de conjuntos ou estabelecimentos penais, os parâmetros a serem considerados são os seguintes: a facilidade de acesso, a presteza das comunicações e a conveniência socioeconômica, ou seja, o aproveitamento dos serviços básicos e de comunicação existentes (meios de transportes, rede de distribuição de água, de energia e serviço de esgoto etc.) e das reservas disponíveis (hídricas, vegetais, minerais etc.), bem como as peculiaridades do entorno.

Mas há outras medidas, voltadas diretamente para a situação da condição física e de saúde da pessoa idosa em situação de cárcere, que devem ser objeto de atenção dos poderes constituídos quando se trata de aspectos relacionados à acessibilidade e mobilidade.

Sendo assim, como obrigações específicas mínimas que devem ser exigidas dos Estados para assegurar à pessoa idosa a preservação do seus direitos à acessibilidade e à mobilidade pessoal nos centros de detenção, entende-se que necessário pontuar:

- (i) desenvolver ações frequentes e específicas para realização de exame de audiometria para aferir o grau de eventual perda da audição, viabilizando, se for o caso, o fornecimento gratuito de aparelhos auditivos, que hoje em dia são muito discretos.
- (ii) desenvolver ações frequentes e específicas para realização de exame de oftalmológicos para aferir eventual doença dos olhos, viabilizando, se for o caso, o fornecimento gratuito de óculos, lentes ou até mesmo a realização de procedimento cirúrgicos para o tratamento de doenças como a catarata, que é muito comum em idosos.

(iii) acompanhamento de profissional especializado para o desenvolvimento correto e regular de atividades físicas e laborais, de modo que se possa equilibrar um estilo de vida saudável com o surgimento natural de doenças que causam desgastes ósseos, problemas lombares e outras enfermidades que prejudicam a mobilidade nessa etapa da vida.

(iv) na construção e/ou reforma de unidades prisionais devem ser observadas as normas técnicas que apresentem disciplinas mínimas a respeito de parâmetros de mobilidade e acessibilidade das pessoas idosas, sendo que os estabelecimentos penais também deverão estar localizados de modo a facilitar a integração da pessoa a seu meio social.

5.6.2. Quais as obrigações estatais em matéria de atenção médica e psicológica a pessoas idosas privadas da liberdade? Em especial, que deveres competem ao Estado a respeito dos cuidados paliativos que essas pessoas possam necessitar?

Esse momento de colapso social causado pela pandemia do COVID-19 mostrou que é necessária uma atuação concatenada dos Poderes constituídos para garantir medidas necessárias à preservação da saúde individual e coletiva das pessoas idosas. Além da própria dignidade humana da pessoa sujeita a um processo penal e à execução da pena (o que por si só bastaria), está em jogo também um sentido coletivo de dignidade e humanidade, onde os julgamentos e erros analisados em uma ótica material-individualista devem dar lugar a uma dimensão coletiva da nossa própria condição existencial enquanto comunidade política e humana.

Embora os sintomas iniciais da COVID-19 sejam bastante semelhantes àqueles de uma gripe comum e podendo ainda que muitos a contraíam assintomaticamente, insta ressaltar que o vírus causa importantes dificuldades respiratórias e sequelas nos pulmões, de modo a ter causado, desde o início da pandemia, mais mortes dentre a população idosa, hipertensa, cardiopatia, diabética e asmática, juntamente àqueles portadores de problemas crônicos nos pulmões, justamente por conta da imunidade já enfraquecida e/ou suas fragilidades respiratórias.

Quanto ao seu tratamento, há a recomendação por parte dos órgãos de saúde pública de que nos casos suspeitos ou doentes com sintomas sejam mantidos em casa e isolados - o que seria impraticável de adotar-se em relação aos infectados que fossem mantidos presos. A verdade é que, não bastasse a insalubridade que viceja no sistema carcerário brasileiro, hoje não há nos presídios brasileiros nenhuma garantia de que os presos que vierem a ser infectados por coronavírus possam vir a receber algum tratamento médico, e, além de facilitar a disseminação da doença, colocando em risco a vida de todos os envolvidos no dia-a-dia penitenciário.

A manutenção de idosos presos no específico e grave momento em que estamos atenta expressamente contra o Estatuto do Idoso brasileiro¹²⁷:

Art. 4º Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei.

§ 1º É dever de todos prevenir a ameaça ou violação aos direitos do idoso.

§ 2º As obrigações previstas nesta Lei não excluem da prevenção outras decorrentes dos princípios por ela adotados.

No mesmo sentido, a Portaria Interministerial no 7, de 18 de março de 2020, editada pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública e pelo Ministério da Saúde¹²⁸, que “dispõe sobre as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública previstas na Lei 13.979/20, no âmbito prisional” estabelece, dentre outros, o seguinte:

Art. 2º A Administração Penitenciária deverá identificar os custodiados que apresentem sinais e sintomas gripais, inclusive por meio do incentivo à informação voluntária dos próprios custodiados.
(...)

§ 3º Os profissionais de saúde que atuam nos estabelecimentos prisionais deverão priorizar a identificação e o monitoramento da saúde de custodiados nos seguintes grupos de risco:

I - pessoas acima de 60 (sessenta) anos;

Ademais, a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos trata no seu art. 29 especificamente do dever dos Estados de garantir a integridade e os direitos das pessoas idosas em situação humanitárias, como a que estamos enfrentando:

¹²⁷ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm

¹²⁸ <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-interministerial-n-7-de-18-de-marco-de-2020-248641861>

Artigo 29

Situações de risco e emergências humanitárias Os Estados Partes tomarão todas as medidas específicas que sejam necessárias para garantir a integridade e os direitos do idoso em situações de risco, inclusive situações de conflito armado, emergências humanitárias e desastres, em conformidade com as normas de direito internacional, em particular do direito internacional dos direitos humanos e do direito internacional humanitário.

Os Estados Partes adotarão medidas de atenção específicas às necessidades do idoso na preparação, prevenção, reconstrução e recuperação em situações de emergência, desastres ou conflitos.

Os Estados Partes propiciarão que o idoso interessado participe nos protocolos de proteção civil em caso de desastres naturais.

Dito isso, entende-se que os Estados, em matéria de atenção à saúde das pessoas idosas privadas da liberdade, notadamente no que se referem aos cuidados paliativos de que essas pessoas possam necessitar, devem minimamente garantir:

(i) acompanhamento regular com médico especializado em geriatria, composto por consultas de rotina e exames preventivos, de modo a propiciar a identificação de qualquer sinal de anormalidade e o tratamento precoce de doenças, assegurando que a pessoa consiga manter uma boa qualidade de vida dentro do cárcere.

(ii) recebimento de informações através de palestras e esclarecimentos dos profissionais de saúde a respeito das doenças que mais afetam o bem estar desse grupo vulnerável, como a demência, mal de alzheimer, mal de parkinson, perda visual e auditiva, diabetes, doenças cardiovasculares, osteoporose, etc.

(iii) acesso à prática de atividades físicas regulares, com acompanhamento de profissional especializado, de modo que se possa equilibrar um estilo de vida saudável com o surgimento natural de doenças que causam desgastes ósseos, problemas lombares e outras enfermidades que prejudicam a mobilidade nessa etapa da vida.

Vale lembrar que a osteoporose é causada pelo desgaste de cálcio dos ossos, natural a partir dos 60 anos. O exame da densitometria óssea é utilizado para diagnosticar a doença, que pode causar fraturas e dificultar a autonomia do idoso. O tratamento consiste em reposição do

cálcio, através de suplementação, e fortalecimento com atividade física moderada.

(iv) acesso gratuito e prioridade no calendário de vacinação contra as doenças que compõem as campanhas de imunização do Estado parte.

(v) preservação do direito ao exercício da sexualidade, com permissão para realização de “visita íntima”, em periodicidade e condições adequadas.

5.6.3. Que medidas os Estados devem adotar para assegurar que as pessoas idosas privadas da liberdade tenham contato exterior com a família?

A visitação às pessoas em situação de prisão foi elevada a direito humano básico das pessoas em conflito com a lei penal por diversos dispositivos legais nacionais e internacionais, considerando seu caráter eminentemente ressocializador e reeducativo, primordial ao êxito do retorno ao convívio social¹²⁹.

Ademais, trata-se de questão de saúde mental, considerando que o direito à visitação e o apoio familiar se relaciona com a depressão no período do encarceramento¹³⁰ não só por parte da pessoa privada de liberdade¹³¹ mas também de seus familiares¹³².

No âmbito do Sistema Penitenciário Federal brasileiro¹³³, já há cerca de uma década, são realizadas visitas virtuais com regularidade. As particularidades desse Sistema, tais como o proposital distanciamento do preso em relação ao seu local de origem (onde supostamente possui vínculos criminosos, mas onde também provavelmente reside sua família) e o rigorismo do regime disciplinar, tornaram a visita virtual uma necessidade, e, por vezes, o único meio de contato entre o interno e

129 Direito de visita (Lei Execução Penal, art. 41, X); direito fundamental à assistência familiar (artigo 5º, inciso LXIII, da CF/88); direito de contato com o mundo exterior (Regra de Mandela nº 58 e Regras de Bangkok nº 26).

130 BAHIANO, Milena de Andrade. Depressão e enfrentamento de adversidades em pessoas sob condição de privação de liberdade. 2019. 120 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) - Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, SE, 2019. pág. 31. Disponível em: <https://ri.ufs.br/jspui/handle/riufs/12539>.

131 COLORADO-MARTINEZ, Martha P. Factores sociodemográficos asociados con los síntomas depresivos en una muestra de mujeres reclusas en dos prisiones de México. pág. 212. Disponível em: <https://iris.paho.org/handle/10665.2/9782>.

132 ROBERTSON, Oliver. El impacto que el encarcelamiento de un(a) progenitor(a) tiene sobre sus hijos. 2007. Disponível em: https://quno.org/sites/default/files/resources/ESPAN%CC%83OL_The%20impact%20of%20parental%20imprisonment%20on%20children.pdf

133 <https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2019/12/conheca-o-sistema-penitenciario-federal>

sua família.

A matéria é objeto de regulamentação pela Portaria Conjunta nº 500, de 30/09/2010, do Defensor Público-Geral Federal e do Diretor-Geral do Departamento Penitenciário Nacional¹³⁴.

É certo que a visita virtual não substitui, e nem deve justificar restrições ao direito à visita social presencial previsto no art. 41, X, da Lei de Execução Penal¹³⁵, devendo-se sempre dar preferência à realização desta e aplicação daquela tão somente nas hipóteses de impossibilidade da visita social.

Desse modo, como medida que os Estados pode adotar para assegurar que as pessoas idosas privadas da liberdade tenham contato exterior com a família, entendemos que a estimulação da realização da visita virtual é uma boa prática que fortalece os vínculos familiares, bem como pode diminuir os problemas de saúde mental causados pela solidão e ou ausência da família, quando a visita social ou conjugal presencial não é viável.

5.6.4. Quais os deveres específicos dos Estados para garantir a essas pessoas sua plena reinserção social?

Não há razões jurídicas para se privar direitos da pessoa custodiada além das forças definidas pela sentença condenatória.

A Lei de Execução Penal brasileira¹³⁶, ao instituir normativas para o “egresso”, rege que “a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”. Dispõe ainda que a assistência será: I - material; II - à saúde; III - jurídica; IV - educacional; V - social; VI - religiosa. Por fim, ressalta que deverão ser implementados Núcleos Especializados da Defensoria Pública, fora dos estabelecimentos penais, objetivando prestar assistência jurídica integral e gratuita aos egressos sem recursos financeiros para constituir advogado.

Os incisos VI e VII do art. 61 da Lei de Execução Penal dispõem,

¹³⁴ https://www.normasbrasil.com.br/norma/portaria-conjunta-500-2010_225627.html

¹³⁵ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm

¹³⁶ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm

respectivamente, sobre o patronato e o conselho da comunidade como órgãos da execução penal. Em seu art. 78 a LEP preceitua a existência do patronato público ou particular para “prestar assistência aos albergados e aos egressos”. Conforme preceitua o art. 79, III da LEP incumbe ao patronato “colaborar na fiscalização do cumprimento das condições da suspensão e do livramento condicional”. Já o art. 139, tratando da observação cautelar decorrente do livramento condicional, dispõe que o patronato ou o conselho da comunidade terão como finalidade: “I – fazer observar o cumprimento das condições especificadas na sentença concessiva do benefício; II – proteger o beneficiário, orientando-o na execução de suas obrigações e auxiliando-se na obtenção de atividade laborativa”

Ainda nessa esteira, cabe lembrar que as medidas a serem tomadas para os egressos devem estar em consonância com a regra número 4 das Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos (Regras de Mandela), em que o Brasil é signatário.

Regra 4 1. Os objetivos de uma pena de prisão ou de qualquer outra medida restritiva da liberdade são, prioritariamente, proteger a sociedade contra a criminalidade e reduzir a reincidência. Estes objetivos só podem ser alcançados se o período de detenção for utilizado para assegurar, sempre que possível, a reintegração destas pessoas na sociedade após a sua libertação, para que possam levar uma vida autossuficiente e de respeito para com as leis. 2. Para esse fim, as administrações prisionais e demais autoridades competentes devem proporcionar educação, formação profissional e trabalho, bem como outras formas de assistência apropriadas e disponíveis, incluindo aquelas de natureza reparadora, moral, espiritual, social, desportiva e de saúde. Estes programas, atividades e serviços devem ser facultados de acordo com as necessidades individuais de tratamento dos reclusos¹³⁷.

Também não podemos nos esquecer que o convívio mínimo familiar, proporcionado por visitas, não pode ficar prejudicado quando o sentenciado se encontra em local distante de seus familiares, dificultando, assim, de sobremaneira as visitas permitidas pela lei.

De acordo com a doutrina¹³⁸, “em termos de ideal penitenciário, porém, o preso deve cumprir a pena em seu meio social, ou seja, em sua cidade ou Estado,

¹³⁷ <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a9426e51735a4d0d8501f06a4ba8b4de.pdf>

¹³⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução Penal. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2000. pág. 238.

embora tenha cometido o crime em localidade diversa. Só assim poderá ficar em relação constante com sua família e seus amigos, por meio de visitas ou mesmo de saídas temporárias. Permanecer o condenado em presídio do Estado com que não tem qualquer vínculo pode frustrar a terapêutica penal de reinserção social pela previsível inadaptação ou eventual embaraço à correta execução da pena”.

Conforme já abordado em questionamento anterior, os estabelecimentos penais deverão estar localizados de modo a facilitar a integração da pessoa a seu meio social. Lembrando que a origem das pessoas presas é um dos indicadores básicos de localização, de modo a não impedir ou dificultar sua visitação e a preservar seus vínculos para a futura reintegração harmônica à vida em sociedade.

Sendo assim, como deveres mínimo dos Estados para garantir a essas pessoas sua plena reinserção social, entendemos necessários listar:

- (i) incentivar, prioritariamente pelo modo presencial e alternativamente por meio virtual, que a pessoa idosa em situação de prisão tenha contato exterior com a família. A estimulação da realização da visita virtual, a possibilidade de ligações telefônicas, o envio de correspondências físicas ou eletrônicas podem ser consideradas boas práticas que fortalecem os vínculos familiares e sociais.
- (ii) regulamentar, estimular, incentivar e patrocinar a criação de estruturas institucionais voltadas para o atendimento/orientação e assistência ao egresso idosos do sistema prisional nos órgãos de gestão dos Sistemas Prisionais locais.

6 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo exposto, requer-se, preliminarmente, a admissão da DPU como *amicus curiae* no presente pedido de opinião consultiva formulado pela CIDH, franqueando-se o exercício das faculdades inerentes a essa função, tais como o recebimento e processamento do presente memorial, para sua juntada aos autos, a participação em eventual audiência pública e a sustentação oral dos argumentos, caso necessário.

Quanto ao mérito, opine-se:

1. À luz dos artigos 1.1, 4.1, 5, 11.2, 13, 17.1 y 24 da Convenção Americana de Direitos Humanos, e do artigo 7 da Convenção Interamericana para Prevenir, Sancionar e Erradicar a Violência Contra a mulher, conclui-se, quanto ao encarceramento de mulheres grávidas, lactantes, em pós-parto e com crianças pequenas, que os Estados devem implementar, prioritariamente, medidas desencarceradoras, e, quando não for possível, garantir:
 - a. A criação de estrutura diferenciada para mulheres grávidas, lactantes e/ou com filhos pequenos nos estabelecimentos prisionais;
 - b. A adoção de medidas que assegurem à mulher privada de liberdade o direito de manter o (a) filho (a) até os seis meses, ou até quando perdurar a lactância;
 - c. A manutenção do poder familiar;
 - d. A convivência familiar durante o período de encarceramento;
 - e. Que os profissionais alocados nas revistas pessoais para entrada no estabelecimento prisional o façam de maneira a preservar a dignidade e o respeito às crianças revistadas;
 - f. Às mulheres migrantes com filhos em outros países, meios que assegurem o contato com suas famílias;
 - g. Abordagem específica, nas legislações internas, relativas à alimentação, vestimenta e acesso à assistência médica e psicológica às mulheres gestantes, puérperas e lactantes;

- h. Acompanhamento pré-natal, planejamento sobre o parto, programação sobre as medidas e estratégias a serem adotadas em casos de necessidade de antecipação, bem acesso à unidade hospitalar para a realização do parto;
 - i. Que todas as decisões que envolvam o corpo e a saúde sexual e reprodutiva sejam consentidas pela própria mulher após acesso à informação sobre possíveis riscos e impactos na saúde;
 - j. Proibição de tratamento degradante na vivência da maternidade e do trabalho de parto;
 - k. Vedação ao uso de algemas no traslado de mulheres grávidas;
2. Em observação aos artigos 1.1, 4.1, 5, 17.1, 19 e 24 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, os Estados devem adotar, em relação às crianças que vivem em centros de detenção com suas mães, medidas que garantam:
- a. O contato da criança com o outro progenitor de modo a assegurar o direito à vida familiar da criança;
 - b. Acesso ao aleitamento materno;
 - c. Acesso a tratamento médico e acompanhamento do seu desenvolvimento por profissionais especializados, como pediatras e agentes de saúde;
 - d. Permanência das crianças com suas mães após exauridos os esforços concretos por medidas alternativas de desencarceramento menos lesivas;
 - e. Que as crianças não sejam tratadas como presas;

- f. O acolhimento das crianças e das mães, em articulação com o sistema de ensino competente, visando o desenvolvimento integral da criança;
 - g. Ala própria para gestantes e parturientes, além de creches que possam acolher crianças maiores de seis meses e menores de sete anos;
 - h. Ala própria para acesso à atividades lúdicas coordenadas por equipes multidisciplinares.
3. Pela conjugação dos artigos 1.1, 4.1, 5, 11.2, 13, 17.1 y 24 da Convenção Americana sobre direitos Humanos, e do artigo 7 da Convenção Interamericana para Prevenir, Sancionar e Erradicar a Violência Contra a Mulher, aduz-se que os Estados devem adotar, sem qualquer discriminação baseada em identidade de gênero, medidas como:
- a. Capacitação dos agentes penitenciários;
 - b. Separação adequada da população LGBTI+ dentro do cárcere sem que isso implique em segregação ou punição desses indivíduos por suas identidades;
 - c. Registro e classificação adequados à autoidentificação dos sujeitos, considerando, para tanto, as múltiplas identidades;
 - d. Garantia de vestimenta de acordo com a identidade de gênero, revista íntima por funcionário com a mesma identidade de gênero da pessoa encarcerada, campo para nome social, bem como capacitação dos agentes penitenciários quanto à necessidade de respeitar o nome social;

- e. Acesso aos tratamentos hormonais oferecidos pelos Sistemas públicos de Saúde, bem como às cirurgias de reassignação de sexo/gênero;
- f. Criação de espaços destinados às visitas íntimas e vedação de empecilhos discriminatórios tais como a exigência de formalização de relacionamentos;
- g. Sistematização de dados acerca da população LGBTI+ que traduzam suas necessidades e dificuldades nos ambientes prisionais e, por conseguinte, garantam a formulação e implementação de políticas públicas;
- h. A transferência de homens e mulheres transgêneros, bem como de travestis para prisões femininas, caso assim desejem, sendo vedada a transferência compulsória;
- i. Garantia de igualdade material ao dispor que as pessoas LGBTI+ têm direito a visitas conjugais, saúde, educação, formação profissional e assistência financeira para seus dependentes;
- j. Formalização de requisitos específicos mínimos destinados à população LGBTI+ encarcerada no âmbito das políticas públicas e diretrizes adotadas pelos Estados;
- k. Políticas de prevenção de Infecções Sexualmente Transmissíveis (ISTs), distribuição de preservativos, testagem e aconselhamento em HIV, indicação do número de pessoas LGBTI+ com HIV nas unidades prisionais, tratamento com profilaxia pré-exposição para prevenção de contágio por HIV, apontamento do número de pessoas LGBTI+ com depressão, tentativas de suicídio, e

atendimento psicológico e de assistência social destinado ao público.

4. Tendo em vista os artigos 1.1, 4.1, 5, 12, 13 e 24 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e outros instrumentos interamericanos aplicáveis, infere-se que os Estados têm, em relação à pessoas indígenas privadas de liberdade, o dever de:
 - a. Dar preferência a modelos de punição diversos do encarceramento;
 - b. Flexibilizar regras burocráticas de modo a garantir que esses indivíduos não sejam alijados de seus grupos étnicos;
 - c. Propiciar ao indígena preso o mínimo de possibilidades para manifestar seus desejos e pensamentos;
 - d. Garantir tradutores nos estabelecimentos prisionais para que os indígenas possam se comunicar adequadamente assegurando seus direitos;
 - e. Possibilitar que, por intermédio de ações afirmativas, integrantes dos povos indígenas sejam qualificados e selecionados para ocupar cargos no sistema de justiça e prisional;
 - f. Garantir o estabelecimento de comissões e comitês integrados por representantes das comunidades indígenas com vistas a efetuar vistorias e inspeções nos sistemas prisionais.
5. À luz dos artigos 1.1, 4.1, 5, 17.1 e 24 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e dos dispositivos da Convenção

Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos das Pessoas Idosas, depreende-se que os Estados têm as seguintes obrigações em relação às pessoas idosas em situação de encarceramento:

- a. Cadastramento que reflita, na realidade, a população idosa e com deficiência existente em presídios e instituições similares;
- b. Prestação de assistência jurídica integral, gratuita e *in loco*;
- c. Adaptação e adequação desses locais de acordo com as limitações existentes em razão da idade e/ou deficiência da população carcerária;
- d. Liberdade condicional a encarcerados com idade igual ou superior a 60 anos;
- e. Regime domiciliar aos soropositivos para HIV, diabéticos, portadores de tuberculose, câncer, doenças respiratórias, cardíacas, imunodepressoras ou outras suscetíveis de agravamento;
- f. Medidas alternativas, progressão antecipada de pena em casos de delitos praticados sem violência ou grave ameaça, de presos submetidos aos regimes fechado e semiaberto, bem como nas situações em que se aguarda exame criminológico;
- g. Desenvolvimento de ações frequentes e específicas para realização de exames de audiometria, oftalmológicos - com o fornecimento gratuito de aparelhos auditivos e óculos – bem como exames geriátricos com consultas de rotina e exames preventivos;

- h. Acompanhamento de profissionais especializados para o desenvolvimento correto e regular de atividades físicas e laborais;
- i. Acesso gratuito e prioritário no calendário de vacinação contra doenças que compõem as campanhas de imunização;
- j. Preservação do direito ao exercício da sexualidade, com permissão para realização de visitas íntimas em periodicidade e condições adequadas;
- k. No contexto da COVID-19, faz-se necessária a adoção e estimulação de visitas virtuais para que as pessoas idosas privadas de liberdade tenham contato com a família;
- l. Regulamentação, estímulo, incentivo e patrocínio da criação de estruturas institucionais voltadas à orientação e assistência ao egresso idoso nos órgãos de gestão dos Sistemas Prisionais.

Reitera-se, por fim, a importância do fortalecimento da autonomia das Defensorias Públicas Oficiais na América Latina, vocacionadas à efetividade e proteção aos direitos humanos de grupos socialmente vulneráveis, bem como à promoção do acesso integral e gratuito à justiça, inclusive, no âmbito interamericano.

Salvo melhor juízo, eis a contribuição da Defensoria Pública da União a esta Honorable Corte IDH.

Brasília/DF, 17 de dezembro de 2020.



JAIR SOARES JÚNIOR
Defensor Público-Geral Federal, em exercício
Defensoria Pública da União
República Federativa do Brasil

ANEXOS

ANEXO I – Estudos e Pesquisas – Informação Demográfica e Socioeconômica nº 41: Desigualdades Sociais por Cor ou Raça no Brasil. IBGE.

ANEXO II - Informativo: Desigualdades raciais e Covid-19.

ANEXO III - Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020.

ANEXO IV - Nota técnica nº 6 - DPGU/SGAI DPGU/GTPE DPGU.

ANEXO V - Relatório das Audiências de Custódia na comarca Salvador/ BAHIA (anos 2015 a 2018).

ANEXO VI - Relatórios anuais do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate a Tortura.

ANEXO VII - Encarceramento indígena no Mato Grosso do Sul: uma análise antropológica e jurídica. Justiça Criminal e Povos Indígenas no Brasil.

ANEXO VIII - Conselho Indigenista Missionário – CIMI. Relatório: Violência contra os Povos Indígenas no Brasil – Dados de 2018.

ANEXO IX – Informe da Relatora Especial sobre os direitos dos povos indígenas. Assembleia Geral da ONU.

ANEXO X - Relatório de visita a unidades de privação de liberdade do mato grosso do

sul.